

Colophon

Editor: Mr P.Q. van der Burg
Head, Communications and External Relations Division
Email: pq.vd.burg@raadvanstate.nl
Council of State
Postbus 20019
2500 EA Den Haag

Secretariat: Ms Joyce Leeuwerke
Secretary
Email: j.leeuwerke@raadvanstate.nl
Council of State
Postbus 20019
2500 EA Den Haag

This publication has been realised with the financial support of the European Union.

Contact persons

Country		Email address
Austria	Ms Annemarie Ginthör	annemarie.ginthör@vwgh.at
Belgium	Mr Paul Lewalle	paul.lewalle@raadvt-consetat.be
Germany	Mr Michael Groepper	groepper@bverwg.bund.de
Spain	Mr Manuel Campos Sanchez Bordona	m.campos@ts.mju.es
Finland	Ms Hannele Klemettinen	hannele.klemettinen@om.fi
Great Britain	Sir Konrad Schiemann	kschiemann@lix.compulink.co.uk
Greece	Ms Evi Skoura	evi.skoura.ste@internet.gr
Ireland	Mr John Murray	JohnMurray@Courts.ie
Sweden	M. Mats Melin	mats.melin@reg.dom.se
France	Mr Laurent Olléon	laurent.olleon@conseil-etat.fr
Portugal	Mr Rosendo Dias José	correio@lisboa.st.mj.pt
Luxembourg	Mr Marc Besch	conseil@ce.etat.lu
	Mr Georges Kill	Administrative court
Denmark	Mr Torben Melchior	Supreme court
Italy	Mr Giuseppe Barbagallo	Council of State
The Netherlands	Mr Molle Eisma	m.eisma@raadvanstate.nl

1. From the Presidents desk	7
2. Communications of the Association	9
• Brief report of the meeting of rapporteurs for the 2004 Colloquium, held in Trier on 24-25 March 2003	
• Report of the meeting of the Board of administration held in The Hague, 22 November 2002	
3. Communications of the members	15
• Mr Hirsch Ballin to be President of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State of The Netherlands	
• Conclusions of the meeting of Benelux Councils of State, Brussels, 7 February 2003	
4. Advisory opinions regarding Community Law	17
The Netherlands	
• Advisory opinion of the Raad van State of the Netherlands of 14 April 2000, no. W 12.00.0097/IV European Convention on Social Security, Association Agreement between the European Union (EU) and Turkey, and Association Council decisions nos. 1/80 (labour market access) and 3/80 (social security)	
• Advisory opinion of the Raad van State of the Netherlands of 13 March 2002, nr. W12.02.0097/IV Euro-Mediterranean agreement establishing an association between the European Communities and their member states, on the one part, and the kingdom of Morocco, on the other part (OJ EC 2000, LO 70); art 10 EC Treaty	
5. Jurisprudence	19
5.a Austria	
Decisions of the Verwaltungsgerichtshof	
• Decision of the Verwaltungsgerichtshof of 28 November 2002, No. 98/13/0038 Concerning Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977, concerning the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover tax – Common system of value added tax: uniform basis of assessment. Judgment of the Court of 19 September 2000, Case C-454/98. Regularisation of tax wrongly invoiced- Determination of the conditions for regularisation – Good faith of the issuer of the invoice	
• Decision of the Verwaltungsgerichtshof of 11 December 2002, No. 2000/03/0190 Directive of the European Parliament and Council Directive 97/33/EC of 30 June 1997 concerning interconnection in telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of Open Network Provision	
• Decision of the Verwaltungsgerichtshof of 16 December 2002, No. 2002/10/0206 Order of the Court (Fourth Chamber) of 5 November 2002, Case C-204/01 concerning a request for preliminary decision – Article 104, paragraph 3, of the rules of procedure Council Directive 78/686/EEC of 25 July 1978, with a view to achieving the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications in dentistry and containing measures designed to facilitate the effective exercise of the right of establishment and the freedom to provide services. Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993, aimed at facilitating the free movement of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications. Freedom to provide services – mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications – Access to training for practitioners of dentistry – Act of adherence of the Republic of Austria	

- **Decision of the Verwaltungsgerichtshof of 17 December 2002, No. 2002/17/0047**

Commission Regulation (EEC) No. 3665/87 imposing common modalities of application of the export refund arrangements for agricultural products Council Regulation (EEC) No. 2913/92 of 12 October 1992, establishing the Community customs code.
Commission Regulation (CE) No. 1829/94 of 26 July 1994 modifying Regulation (EEC) No. 3665/87 imposing common modalities of application of the export refund arrangements for agricultural products

5.b Spain

Decisions of the Tribunal Supremo

- Decision of the Tribunal Supremo of 10 December 2002: Administrative Appeal in cassation no. 246/1997 (Third Division, Chamber Three)
Regarding European Commission Directive 95/47/EC of 24 October 1995, concerning the application of regulations for the transmission of television signals
- Decision of the Tribunal Supremo of 11 December 2002: Appeal in cassation no. 3320/2001 (Third Division, Chamber Three)
Regarding Council Directive 85/337/EC, of 27 June 1985, concerning the assessment of the environmental repercussions of certain public and private projects).

5.c France

Decisions of the Conseil d'État:

- Decision of the Conseil d'État of 5 June 2002, No. 202667, and of 29 July 2002, No. 141112
Concerning article 119 of the Treaty setting up the European Union relating to the principle of equality of remuneration between workers of both sexes.
- Decision of the Conseil d'État of 10 July 2002, No. 232034
Concerning Council Directive No. 89/391 of 12 June 1989 concerning the introduction of measures to encourage improvement in the safety and health of workers at work – Obligation to consult with employees on questions of safety and health at work – Field of application - Inclusion – Public law legal persons, except where prevented by particular circumstances

5.d The Netherlands

Decisions of the Raad van State:

- **Decision of the Administrative Jurisdiction Division of the Raad van State of the Netherlands of 15 May 2002, no. 200101869/1**
Concerning directive 96/61/EC (IPPC Directive), article 2, paragraph 10 (a and b), article 12, paragraph 1: definition of 'substantial change'
- **Decision of the Administrative Jurisdiction Division of the Raad van State of 17 July 2002, no. 20020238/1**
Concerning Community secrecy provisions; Regulation (EEC) no. 1468/81, article 19, Regulation (EC) no. 515/97, article 45
- **Decision of the Administrative Jurisdiction Division of the Raad van State of 23 October 2002, no. 200100860/2**
Concerning Council Directive 76/464/EEC of 4 May 1976, article 3, paragraph 4; Court of Justice judgment C-168/95 of 26 September 1996; no direct applicability of the provisions of the Directive
- **Decisions of the Administrative Jurisdiction Division of the Raad van State of 13 November 2002, nos. 200104431/2 and 200200405/1**
Concerning directive 96/61/EC (IPPC Directive) article 9, paragraphs 4 and 8, and article 16, paragraph 2; Direct applicability of article 9, paragraph 4 of the IPPC Directive

Decision of the Hoge Raad of the Netherlands

- **Decision of the Hoge Raad (Supreme Court) of the Netherlands of 21 March 2003, CO1/327 HR**

Directive 91/676 of the Council of the EU (Nitrate Directive); the State's failure to enact implementation legislation; can the State be made subject to a judicial order to produce an act of parliament?

5.e Portugal

Decisions of the Supremo Tribunal Administrativo of Portugal:

- Decisions of the Supremo Tribunal Administrativo (STA) of 21 January 2003, Action no. 1546-02, of 19 February 2003, Action no. 1545-02 and of 5 February 2003, Action no. 1559-02 regarding Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969 juncto Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985
 - 1 Fiscal provisions
 - 2 Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969, taken together with the wording of Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985, which permits Member States to collect a tax on capital contributions to companies (article 1) and forbids the imposition of other taxes.
 - 3 Judgment of the Court of Justice of the European Communities of 21 September 2000, no. C-19/99
 - 4 Notarial fees charged for deeds of: reduction in the authorised share capital of a commercial company;
 - 5 transfer of shares in a company;
 - 6 setting up a regime of co-ownership of a building development.

5.f Sweden

Decision of the Regeringsrätten of 20 December 2002 (case no 7682-2000)

Regarding articles 30(now 28) and 36(now30) of the EEC treaty – decision of the Court of Justice C – 189/95 Franzén [1997] ECR I - 5909 - Repayment of charges unduly levied.

6. Preliminary referrals

6 a. Austria

Requests for preliminary rulings by the Verwaltungsgerichtshof of Austria:

- **Order of the Verwaltungsgerichtshof of 25 July 2002, no. 2002/07/0002**

Regarding EEC Council Regulation no. 259/93 of 1 February 1993, concerning the supervision and control of shipments of waste into and out of the European Community
EEC Council Directive 75/442 of 15 July 1975, on waste
- **Order of the Verwaltungsgerichtshof of 27 August 2002, no. 99/14/0164**

Regarding EC Treaty Articles 73b paragraph 1(a), 1(b) and paragraph 3
(currently EC Treaty Articles 56 paragraph 1, 58 paragraph 1(a) and (b) and paragraph 3)
- **Order of the Verwaltungsgerichtshof of 6 November 2002, no. 2001/16/0567, 0568**

Regarding EEC Council Regulation no. 2913/92 of 12 October 1992, establishing the community customs code

6.b. France

Requests for preliminary rulings by the Conseil d'État of France:

- **Decision of 25 January 2002, No. 224850**

Concerning directive No. 79/409/EEC of 2 April 1979 concerning the preservation of wild birds
- **Decision of 6 November 2002, No. 247209**

Concerning principle of freedom of establishment, Article 43 of the Treaty setting up the European Community.

1. From the president's desk

The General Assembly of the Association, to be held in The Hague on 16 June, provides a good opportunity for the board and members to evaluate the Association's activities and to reflect on the policies pursued in the past and those we should pursue in the future.

As part of this general discussion, we should reflect on the reasons underlying our collective decision to change the Association into one with a wide range of activities, instead of what we had been doing for the past 30 years - merely taking turns to organise a colloquium every two years. We should chart the need for cooperation and exchanges of information, and define where this need is greatest. We also need to ascertain the degree of willingness among the membership to help attain the Association's objectives.

We must realise that without the active contribution and cooperation of the membership, the Association's own communication channels, such as this Newsletter, and the other channels it wants to create - such as a system of rapid communication of recent judgments and advisory reports, and an expanded and updated version of the database of judgments from national courts that the European Court of Justice has placed at our disposal¹ - will fall short of their objective. For they will be neither useful aids in our everyday work nor vehicles that can help standardise the application of Community law within the EU.

Of course, cooperation between the ECJ and the supreme jurisdictions of EU member states remains the cornerstone of the uniform application of Community law by national courts. But the process of enlargement and the deepening of Community law are putting this cooperation under increasing pressure. The ECJ already has too heavy a workload, added to which it notes that many of the questions it is called upon to answer are unnecessary.

Exchanges of information about the way in which the supreme national jurisdictions define *acte claire* and *acte éclairé* in practice are therefore becoming more and more relevant to achieving greater uniformity as well as greater effectiveness and efficiency in the way national courts apply Community law. This would not just benefit the supreme jurisdictions themselves and parties to proceedings before them, whose cases would be heard more rapidly, but it would also foster the sound and effective administration of justice within all member states of the European Union.

Money and technology alone cannot achieve this goal; the active participation of the membership is essential. We shall therefore have to have a frank and searching discussion about this issue when we meet in The Hague on 16 June.

It is certainly an opportune moment to look closely at the importance of cooperating and exchanging information through the Association, with the prospect of enlargement adding several new members. For we must decide, at this next General Assembly, on whether to admit - as observers - a number of supreme jurisdictions that will automatically become members of the Association when their countries accede to the EU. The supreme courts of Cyprus and Hungary have already applied to join, as have the supreme administrative courts of Poland and the Czech Republic.

Besides exchanging information originating from individual members, we should also share information about activities that members have undertaken jointly and that may be relevant to others. In this spirit, the Newsletter encloses the conclusions of a meeting of the Councils of State of the three Benelux countries that was held in Brussels on 17 February 2003 to discuss problems experienced in transposing EU directives into domestic law.

One of the conclusions to emerge from this meeting was that the three Councils of State want to explore the scope for further cooperation regarding the issuing of advisory reports on legislation, especially in relation to Community legislation. The reports of this meeting drawn up (in French) by the three Councils of State are enclosed as attachments with the electronic version of this Newsletter, making them accessible to all interested parties.

The subject for this Benelux meeting was chosen partly with a view to the Association's colloquium to be held in The Hague on 14-15 June, on the subject of the legal quality of European legislation and its transposition and application in national law.

To prepare for this colloquium, the national rapporteurs held a meeting in Trier on 24-25 March, chaired by the general rapporteur, Ernst Hirsch Ballin of the Dutch Council of State. A brief report of this meeting is also enclosed with this Newsletter.

¹ See Newsletter 3, p. 5

This meeting proved very constructive, and gave the general rapporteur some excellent material for the questionnaire he is drawing up.

The meeting was also attended by representatives of the ECJ, the Court of First Instance, and the Legal Service of the European Commission. Their institutions are of course closely involved with this theme, and their contributions to the discussion were of great value. Judge Christian Timmermans of the ECJ had some important good news to relate. He told the meeting that the ECJ had decided to post incoming requests for preliminary rulings on its website in the near future. Later on he explained that the Court had taken this decision largely in response to a request made by the Association's board during its visit to the ECJ on 16 January this year.

Finally, heeding the adage that variety is the spice of life, this Newsletter has something new to report. From now on we shall do our best to enclose the full, original texts of the advisory reports and judgments, the English and French summaries of which we distribute on paper, as attachments to the electronic text. So not only will the original texts become immediately accessible, but we shall be taking some first steps towards the electronic information systems that the Association envisages for the future.

So let me invite the polyglots among you to surf straight away to the Association's website (www.raadvst-consetat.be) or to that of the Dutch Council of State (www.raadvanstate.nl).

Herman Tjeenk Willink

2. Information from the Association

• **Brief report of the meeting of rapporteurs for the 2004 Colloquium, held in Trier on 24-25 March 2003**

On 24-25 March 2003 Ernst Hirsch Ballin of the Dutch Council of State chaired a meeting of the national rapporteurs for the Association's next Colloquium, to be held in The Hague in 2004. The Colloquium will be devoted to the theme "The quality of European legislation and its implementation and application in the national legal order". The discussions were based on a document drawn up by the general rapporteur with the assistance of Linda Senden and Molle Eisma.²

Besides the rapporteurs, the following people attended the meeting: Giuliano Marengo of the European Commission (Deputy Director-General of the Legal Service) and Christian Timmermans and Arjen Meij, judges of the Court of Justice of the European Communities (ECJ) and the Court of First Instance, respectively.

The following is an impression of the lively, constructive discussion that took place on 24-25 March.

Quality of legislation

The suggestion made in the document that a European Council of State could help improve the quality of European legislation received a mixed response.

The Irish rapporteur John Murray, a former judge of the ECJ, questioned the wisdom of the idea. In his opinion, such a body would only exacerbate the already complicated process of legislation in the EU. He felt that haste was a key factor in producing bad legislation. Other negative factors included the process within the Council ("side understandings" among ministers to placate the home front) and that in the European Parliament. In these cases there was a lack of effective quality control

While not denying the existence of a language problem, he did not see it as a major stumbling block.

The Italian rapporteur Giuseppe Barbagallo, on the other hand, warmly advocated the idea of setting up an EU Council of State in which the different national judicial traditions would be represented, and which would make neutral and independent recommendations on the quality of legislation, paying special attention to the coherence of the system.

Giuliano Marengo had not previously heard of the

proposals to set up a European Council of State. In his view, the value of such an institution hinged on its independence. He did not think it was very realistic to expect it could be created in the near future. But he suggested that the advice of an independent body such as the Association might be sought in an informal procedure, especially in controversial cases. This would be a way of building up authority as an advisory body "in progress".

Correction mechanism for incorrect decisions taken at national level

This subject was broached by Arjen Meij. UK rapporteur Konrad Schiemann thought the Commission should take action in such cases.

Giuliano Marengo argued that the Commission is already competent to act in such cases, but for various reasons it has never done so

The idea of having a mechanism to redress incorrect decisions taken by national courts (decisions that had not been challenged before the ECJ by one of the parties to the case) received little support.

Improving proceedings to elicit preliminary rulings
Konrad Schiemann thought that courts should consider whether answering a particular question is important at EU level, in other words whether the answer would have any repercussions at that level. He pointed out that informal methods exist for solving relatively minor problems. He also commented that courts sometimes seek preliminary rulings out of laziness, to avoid dealing with a problem they should really be solving themselves.

Manuel Campos from Spain also thought that only important cases should be referred for preliminary rulings (de minimis rule). He wanted to see the CILFIT criteria applied with greater flexibility.

John Murray agreed. He pointed out that the CILFIT criteria had been needed when judgment was given in that case. But since then, national courts have gained far more experience with Community law. Their expertise has matured. On the other hand, the uniformity of Community law is still at risk. He put this problem in perspective, however, by pointing out that national decisions are only binding on the parties. He suggested using a system of selection by the Court itself.

² The document was published in Newsletter 4, March 2003.

Arjen Meij drew attention to the analogy with national legal systems. In that context too, he pointed out, problems can often be solved using informal networks, with only "primary coordination problems" being referred to a higher court.

In response to a comment by Michael Groepper that the Bundesverwaltungsgericht is unaware of preliminary rulings requested by other German courts, Christian Timmermans mentioned that the Court is planning to publish in the near future all requests for preliminary rulings on the Internet.

After the meeting, he told the general rapporteur that the Court had made this decision as a direct consequence of its discussions with the Board of the Association in Luxembourg earlier this year.

Ernst Hirsch Ballin announced that on the basis of the first day's discussions the following subjects would be worked out in greater detail in the questionnaire:

1. informal consultation
2. beter communication with the Court
3. independent selection of requests for preliminary rulings by the highest courts
4. selection by the Court itself ("leave for preliminary procedure")
5. changes to the appeals system
6. courts enclosing their own draft rulings
7. methods for preventing vagueness (travaux préparatoires; soft law)
8. ways in which Member States can prevent or solve problems, in particular by displaying a better appreciation of the specific qualities of Community law.

The following comments were added.

Christian Timmermans pointed out that legal protection is an increasingly important factor in references to the Court and must not be overlooked in the questionnaire.

Michael Groepper pointed out that it would be difficult for courts to accept the Court's rejection of their proposed draft judgment. This would have to be taken into account when elaborating subject 6.

Giuseppe Barbagallo was concerned about the possibility of new member states overloading the system with requests for preliminary rulings. He urged that swift and effective measures be taken to prevent this happening.

The second day's discussion focused on the subject of soft law and on improving communication among member organisations.

Soft Law

Speakers expressed a variety of positions concerning "soft law". There is a difference, for the administration of justice, between preparatory texts to clarify the legislature's intentions and the Commission's interpretive statements, which are issued after the fact. The former provide information that is relevant to the courts, while the latter are binding only on the Commission itself. Several speakers pointed out however that the latter documents can be useful, especially where different language versions exist.

Communication / networking

The discussion on this subject focused on the proposals submitted at the meeting of the heads of the Research and Documentation Departments on 14-15 November 2002. The aim is to enable Association member organisations to inform each other - and the general public in the EU - about decisions made in the area of Community law. The Association sees the operationalisation of this system as a key priority.

Giuliano Marengo pointed out that the Commission wants to introduce a compulsory concordancing system. This would greatly simplify comparisons between the law of the different Member States.

Evaluation

It was felt that the meeting had been extremely productive, and especially enhanced by the presence of prominent representatives of the Court of Justice, the Court of First Instance, and the Commission's Legal Service.

A detailed questionnaire will be drawn up on the basis of the discussion. The end product will give a good picture of practice in different countries and of proposals for improvements in areas presently thought unsatisfactory.

The meeting also underscored the need for a good information system and yielded ideas, such as Giuliano Marengo's suggestion, that the Association should explore.

• **Report of the meeting of the Board of administration, held in The Hague 22 November 2002**

Present:

- **President:** Mr. H.D. Tjeenk Willink (Vice-President of the Council of State of The Netherlands) assisted by Mr. A. Heijmans
- **Vice-President:** Mr. P. Hallberg (President of the Supreme Administrative Court of Finland)
- **Vice-President:** Mr. E. Hein (President of the Federal Administrative Court of Germany)
- **Secretary General:** Mr. Y Kreins (Chamber President at the Council of State of Belgium), assisted by Messrs. P. Vermeulen and Tom De Waele
- **Treasurer:** Mr. M. Oosting (Councillor of State at the Council of State of The Netherlands)
- **Auditor:** Mr. F. Azevedo Moreira (Vice-President of the Supreme Administrative Court of Portugal).

Invited:

- Mr. P. Frydman, Secretary General, AIHJA (Secretary General of the Council of State of France)

The meeting was held on Friday, 22 November 2002, from 9.15 to 12 noon, and was chaired by Mr. H.D. Tjeenk Willink, President of the Association.

For Information:

1.a. Programme and preparations for the 2004 Colloquium

The Chairman gave a summary of the preparations for the Colloquium.

The theme of the 2004 Colloquium will be "The quality of Community legislation, its implementation and its application in the national legal order".

Two aspects will be studied:

- problems relating to the legislation itself and its drafting;
- problems related to the transposition and application of Community law in national legislation.

The idea is to involve the organs of the European Union in the work and to be able to contribute to the Intergovernmental Conference (IGC) planned for 2004.

A preparatory meeting between the national rapporteurs and Mr. Hirsch Ballin, the Rapporteur General, will take place at the ERA in Trier on 24 and 25 March 2004.

It was decided to call upon an expert with specialist

knowledge of the subject to cooperate in the preparation and follow-up of the Colloquium. This will be Mrs. Linda Senden who is currently teaching at the University of Tilburg.

The Board of Directors noted its agreement on these various points.

1.b. Collection of the case-law of the Association

A meeting of the editorial board took place in London on 1 August 2002 at which it was decided to choose the protection of the environment as the theme for this collection.

The Board of Directors nonetheless noted that too little progress has been made with regard to this project and regrets that it has not been possible to use the 50,000 euros allocated to it in the budget for 2002, since this cannot be carried forward to the next year.

The chairman was given the task of writing to Lord Schiemann to clarify the situation. The question to be answered is whether it is possible to bring this project to completion in 2003: is Lord Schiemann getting a sufficient level of cooperation, for example, from the British Institute of Comparative Law? Is the allocated amount of 50,000 euros enough, on the understanding that the editing and publication could be done free of charge through the Publications Office of the European Union?

If the answer is negative, or if it is not persuasive, the project will be abandoned. If it should prove impossible to publish a collection, the preferred alternative would be the setting up of a good data bank containing up-to-date information that would be based on the results of the meeting of the documentation services held in Trier (see item 1.f.)

In addition, a further meeting of the heads of the documentation services in Trier should be held as a matter of priority. At a certain point in time, the question must again be asked whether and how a collection of cases could offer added value. The great advantage such a collection will have in the years to come also depends on the information being readily accessible, in such a way that one will be able to go directly to the data bank to put together the collection.

1.c. The data bank

The Secretary General reported that, thanks to the information services of the Council of State of Belgium, the

data bank will be operational at the beginning of the year 2003. A large-screen demonstration will be given at the next general meeting.

It must be decided how the data bank is to be supplied with information in the future. This aspect should be looked at together with the setting up of a network between the members, which was suggested at the meeting of the study and documentation services in Trier held on 14 and 15 November 2002 (see below).

A discussion took place as to how the working of the data bank was to be presented to those colleagues who will be using it. It was suggested that a meeting should be organised in Trier or in Brussels.

The data bank is only available in French. It would be desirable to arrange for it to be translated into English.

1.d. The Internet site

The Secretary General reported that the site is regularly updated. The reports of the last 8 colloquia have been scanned and are now available on the website. The rest will be finished in time for the next general meeting.

The Secretary General insisted that members should make sure that their own websites have a link set up with the Association's website.

The translation of the 'Reflets' review into English is not a priority.

1.e. The Association's information bulletin

This bulletin is the work of the Council of State of The Netherlands. To date, two editions have appeared. The bulletin, written in French and English, was printed and sent to the members of the Association. It is also available via the internet sites of the Association and of the Council of State of The Netherlands.

1.f. Meeting at ERA on 14 and 15 November 2002

The meeting between study and documentation services of the member institutions held in Trier on 14 and 15 November 2002 was a success. Its work, chaired by Mr. Laurent Olléon of the Council of State of France, gave rise to the following proposals:

Fast information about cases in the respective countries

It was suggested that in the days immediately following a decision dealing with an interesting and novel issue of Community law, the study and documentation services

should send by electronic mail to the Secretary General the full text of that decision, in the original language, preceded by one or two lines in French and English indicating the provisions which it applies (Treaty articles, Directives, Regulations, etc..) The General Secretariat would quickly put this short summary on line on its website accompanied by the full text of the decision.

In the second stage, the study and documentation services would send to the General Secretariat a slightly longer summary, in French and English, of the decisions they have forwarded. This summary would serve for entering the decision in the database, and it could also be used for the information bulletin and the collection of case law.

Setting up of a non-public network

Aside from the setting up of the data bank, the proposal was made to put in place a network mainly using electronic messaging, which would consist of one correspondent for each member institution.

This network could be of service, in the first instance, to those institutions which are engaged in a consultation exercise, for the sharing of information.

Secondly, the network could be used to obtain information on comparative law needed to decide certain cases, for example if someone from a member jurisdiction wishes to have more precise information about one of the decisions which has appeared in summary form on the Association's website.

Finally, this network could serve as a forum for any topic of common interest to the member institutions.

It was proposed to hold a meeting each year of the representatives of the study and documentation services in order to monitor how the system is working.

The meeting of specialists in Community law is postponed until 2004.

As to the meeting of judges which is scheduled for 2004, there will be no age limit.

The possibility should be looked into of organising a meeting of institutions with a consultative function, to the extent that this might become financially possible as a result of the decision to abandon the collection of cases in 2003.

For Discussion

2.a. Setting of priorities for the meetings in Trier

The Board of Directors gave its agreement for the following meetings to be organised in 2003:

- meeting between the national rapporteurs and the Rapporteur Général for the preparation of the 2004 Colloquium;
- meeting with new members;
- meeting between the study and documentation services.

2.b. Relations with international organisations

- with the European Commission: a meeting took place between the Board of Directors and Commissioner Vitorino on 21 November 2002;
- with the Court of Justice of the European Communities: a meeting with the President of the Court is scheduled for 16 January 2003;
- with the European Parliament: The Secretary General is entrusted with setting up a meeting with representatives of the European Parliament, in particular with the Chairmen of the Parliamentary committees of interest to the Association. This meeting will be planned so as to take place when the Parliament meets to discuss its budget (May 2003).

There are no plans, for the present, to make contact with the European Court of Human Rights in Strasbourg.

2.c. Relations between Members

The Board of Directors insisted on the need for each member institution to have a contact person in place. The list of contact persons - which appears in the information bulletin - might need to be revised.

Official communications are to be addressed to the President with a copy to the contact person. Informal matters are to be handled with the contact person.

The members of the board of Directors are invited to encourage certain institutions to take a more active part in the activities of the Association.

2.d. Allocation of tasks among the members of the Board of Directors

Some of the meetings in Trier will be under the responsibility of someone other than the President.

Within the Board of Directors, Mr. Hein is primarily responsible for policy with regard to new or future members.

The President may entrust certain specific tasks to other members of the Board of Directors.

2.e. Relations with new members

Aside from the six institutions which took part as guests in the Helsinki Colloquium, the first requirement is to identify, with precision, those institutions in countries seeking accession to the European Union which should be regarded as possible candidates for membership of the Association. These will be invited to apply to participate as observers. The applications will be scrutinised by the general meeting. A meeting between the Board of Directors and the candidate institutions is planned for the second half of 2003.

The next step will be to try to determine what their needs are, as well as to identify what can be offered by the Association, its members, or other institutions (for example, in Europe). An overall plan drawn up in collaboration with Messrs. Hein and Jabloner will be presented to the general meeting.

Consideration is being given to the question whether representatives of the new members could take part in the meetings of the documentation services.

2.f. Reinforcement of the General Secretariat

It was decided to reinforce the General secretariat by the following measures:

- recruitment of a collaborator (or obtaining collaboration) to be responsible for certain of the Association's activities
- the possibility of calling upon third parties if the occasion demanded for specific tasks
- the granting of remuneration to the Secretary General to enable him to devote one or two days per week to the Association.

The possibility of taking on a student trainee will be looked into.

The conditions under which these steps will be taken will be decided by the President, the Treasurer and the Secretary General.

2.g. Exchange of magistrates

Having regard to the other priorities of the Association, it was decided not to take any action in this area for the moment.

2.h. Financial and budget report 2002

The Treasurer presented the financial report on the budget for 2002 (attached as an annex).

2.i. Budget 2003

The Board of Directors approved the draft budget for 2003 (attached as an annex) presented by the Treasurer.

2.j. Allocation of expenses relating to participation in the various meeting and colloquia of the Association

The following allocation was adopted:

- travel expenses are the responsibility of the participants;
- accommodation (room and breakfast) costs will be borne by the Association, or failing that, by the members. The number of persons for whom accommodation expenses will be paid by the association is fixed at 2 per delegation (head of delegation and national rapporteur in the case of colloquia).
- the costs of logistics for meetings (interpretation, translation, hire of a conference facility, etc..) will be paid by the Association;
- the cost of meals, transport (airport - meeting place, excursions) and social activity programmes will be paid by the host country.

The allocation of costs will be communicated to members by letter.

2.k. Date of the next Board of Directors meeting and Annual General Meeting 2003

The President will propose a date.

N.B. This date has since been set for 15 and 16 June 2003.

2.l. Date of the Annual General Meeting and the Colloquium for 2004

The annual general meeting and the colloquium will take place on 14 and 15 June 2004.

Yves Kreins,
Secretary General

H.D. Tjeenk Willink
President

3. Information from the members

• **Councillor of State Hirsch Ballin to be President of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State of The Netherlands**

Queen Beatrix has appointed Professor Ernst Hirsch Ballin President of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State with effect from 1 August 2003. He is taking over from Mr Pieter van Dijk, who is resigning from the presidency for health reasons.

Mr van Dijk will continue to serve as a State Councillor, a position he has held since 1990. He was appointed President of the Administrative Jurisdiction Division in 2000.

The appointment followed a unanimous recommendation by the Council of State.

Professor Hirsch Ballin (1950) has been a State Councillor since November 2000. His previous positions included a professorship at Tilburg University and a term as Minister of Justice. The next few months will be used as a transitional period with a view to effecting the changeover as smoothly as possible.

• **Conclusions of the meeting of the Councils of State of the Benelux in Brussels, on Friday 7 February 2003**

The Councils of State of Belgium, Luxemburg and The Netherlands held a meeting in Brussels on 7 February 2003 devoted to a discussion of the various problems concerning the transposition of Community Law in the national legal order of their countries. The following are the conclusions of that meeting.

The texts of the papers that were prepared for the meeting, are in French included in the annex to the electronic copy of the Newsletter.

1. National legislation is increasingly becoming part of a comprehensive Community legal order. This places national legislatures under an obligation to transpose Community rules and to incorporate them into national bodies of legislation that were not originally intended for this purpose. Continuing integration makes implementation more complicated, while meeting the set deadline becomes an ever more compelling necessity. National governments are held liable if these deadlines are exceeded. It is therefore necessary to find ways of reducing this complexity and speeding up implementation.

2. First of all, it is essential to bear the distinctive nature of Community law in mind. European legislation does not always fulfil the same function as national legislation. While national legislatures are motivated by a desire to find satisfactory solutions to shared problems, the European legislator is often driven by a need to create a framework for problems that each country experiences differently. A national legislature will often lay down uniform rules for what must be done. The European legislator, on the other hand, will often prescribe what must not be done. The function of European legislation, ideally speaking, is to set the limits for national differences. At the same time, it has to be said that European legislation is often extremely detailed, sometimes as a result of a lack of mutual trust, and sometimes because a particular area of policy makes it unavoidable. Still, even this does not detract from the intrinsic culture and structure of European legislation. The legislative process is different. The conditions for it are different. The quality requirements also differ from those to be expected of national legislation. These differences also play a role - particularly so - when it comes to implementation. It is of great importance to achieve more clarity concerning the instruments of legislation, the hierarchy of rules and regulations.

3. Member States need to pay more attention to the process whereby European legislation comes into being than they have in the past, and to acknowledge the specific function of this legislation. An early warning system (not to be confused with the early warning system now under discussion in the Convention, which relates to subsidiarity) can help in this respect, for instance by identifying possible implementation problems at an early stage. Who should take responsibility for it? Various possibilities come to mind. National officials need to be trained in European legislation, not just so that they can explain their countries' positions in Brussels, but also to enable them to devise timely solutions to implementation problems - these are two different kinds of activity. National parliaments too should be more proactive. The same applies to national advisory bodies such as Councils of State. In this respect, the trial with ex ante evaluation by the Dutch Council of State is an interesting experiment.

Some voices have been raised in favour of a European Council of State. Such a body could perhaps enhance the specific role and the consistency of European

legislation, but that would not necessarily prevent implementation problems from arising in the various national legislations.

4. However much the function of European legislation is enhanced and clarified, the problem remains of how to deal with it at the level of national legislation. It is important not to lose sight of the specific nature of the national legal system. National legislation cultures differ from one country to the next. Different Member States do not always view the workings and enforcement of legislation in the same way. Yet each of these national cultures has to link up with a European legislative culture that is increasingly developing a character of its own. This means that the mechanisms for this linkage will continue to differ, and each Member State will continue to have its own system of implementation. These national differences are in part possible because the Court of Justice does not in general insist on uniformity. The question therefore arises of whose task it is to develop this national system of implementation. This cannot be left for each individual ministry to decide. Legislative drafters must examine this question together. The Council of State has a role to play here, as does a commission on implementation. Another question that needs to be explored is at what stage a European system of legislation can be said to have reached a level of cohesiveness that is no longer compatible with ad hoc adjustments to national legislation (the new Medicines Act being perhaps a case in point).

5. In developing a national system of implementation, it is both useful and necessary to make comparisons with other countries. That is one of the reasons underlying cooperation between the Councils of State. This cooperation means in the first place exchanging advisory and other reports, as well as experience and expertise. In more detailed terms, there is scope for comparisons of different techniques of implementation, including problems and possible solutions. One possibility would be to make this comparison on the basis of previous experience of the implementation of certain specific directives (e.g. Habitats Directive, Birds Directive, EIA Directive). Another would be advance consultation in the case of recommendations on complex directives or directives impinging on Benelux agreements.

6. Since the quality of European legislation and its implementation in national legislation is the subject of the 2004 Colloquium, there is an obvious need for cooperation in preparing this colloquium. The paper for the meeting in Trier at the end of March will soon be distributed. Perhaps the initial responses of the Benelux partners (i.e. of the rapporteurs and staff) could be discussed when the general rapporteur is in Brussels on 17-18 March.

7. Institutional developments in the EU and their implications for national institutional arrangements need addressing in the short term. As soon as the Treaty of Athens is available, it would be a good idea to convene a meeting of representatives of the three Councils of State and their staff who will be involved in preparing the advisory reports on the Treaty. This meeting could be held in Brussels. The Benelux Secretary-General is prepared to host it.

The advisory reports on the Treaty of Athens can be expected to focus on a number of questions concerning the future of the EU and its structure and working methods. For the Councils of State to respond to the Convention's conclusions may be a fairly logical next step in the cooperation.

Since the Convention will be issuing its report at the beginning of June, it would make sense to devote part of the General Assembly of the European Association to it. Perhaps agreements can be made on mutual exchanges of information to help prepare recommendations on the Convention's proposals and a new Treaty of Rome (concluding the IGC) at the end of 2003.

4. Advisory opinions regarding Community Law

The Netherlands

• Advisory opinion of the Raad van State of The Netherlands of 14 April 2000, no. W 12.00.0097/IV

European Convention on Social Security, Association Agreement between the European Union (EU) and Turkey, and Association Council decisions nos. 1/80³ (labour market access) and 3/80⁴ (social security)

The Council of State's advisory report related to the approval of a Convention amending the Convention between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Turkey in accordance with articles 7 and 26 of the European Convention on Social Security of 14 December 1972, and revising the Convention on Social Security concluded between the two countries on 5 April 1966, with Final Protocol, Supplementary Convention and Administrative Agreement; Ankara, 6 January 2000.

The amendment of these conventions aimed to restrict the extent to which claimants resident in Turkey are entitled to Dutch social security benefits pursuant to the Benefit Restrictions (Foreign Residence) Act.

In its report, the Council made the following observations:

- Bilateral conventions concluded between the Netherlands and Turkey in the field of social security should remain within the framework of the applicable legislation at European level - i.e. the European Convention on Social Security, the Association Agreement between the European Union (EU) and Turkey, and Association Council decisions nos. 1/80⁵ (labour market access) and 3/80⁶ (social security). In article 11, part IV of the Convention in accordance with articles 7 and 26 of the European Convention on Social Security, a paragraph will be added to article 22 of the Dutch-Turkish Social Security Convention to the effect that if, for the purposes of old-age benefits or death grants, an insurance period of less than one year has been filled, benefits do not have to be provided in that period on the basis of that insurance if there is no independent benefit entitlement. That period may, however, be taken into account when providing benefits on the basis of the legislation of the other state.
- The Council believes that, in the light of the case law of the Court of Justice of the European Communities,⁷ this restriction is incompatible with article 3, paragraph 1 of Decision 3/80, which stipulates that persons resident

in the territory of one of the states in question have the rights and obligations arising from the legislation of that state under the same conditions. For resident insureds, the requirement of a period of at least one year does not apply (except in certain exceptional cases).

- In view of the foregoing, the Council recommends that the explanatory notes should specify how article 3, paragraph 1 of Decision 3/80 can be taken into account when applying the provision in question.
- The Supplementary Convention contains provisions for checking the lawfulness of payments with regard to residents of Turkey who are entitled to Dutch benefit. The reason for this is the enactment of the Benefit Restrictions (Foreign Residence) Act.
- Under article 6, paragraph 1 of Decision 3/80, entitlement to benefit may in no way be reduced, modified, suspended, withdrawn or confiscated by reason of the fact that the entitled party lives in Turkey (principle of non-discrimination on grounds of nationality). In this connection, the Council wonders whether the granting of benefit may be made dependent on the fact that an enforcement convention has been concluded with the state concerned, and above all whether - as indicated in article 4 of the enforcement convention and in the explanatory memorandum⁸ - a reservation may be made to the effect that the enforcement arrangements should also be in line with expectations, in practice as well as in theory.
- The Council recommends that the explanatory notes should discuss the above points.'

³ Decision no. 1/80 of the Association Council of 19 September 1980 on the development of the Association (unpublished).

⁴ Decision no. 3/80 of the Association Council of 19 September 1980 on the application of the social security schemes of the Member States of the European Communities to Turkish workers and members of their families, OJ EC 1983, C 110/60.

⁵ Decision no. 1/80 of the Association Council of 19 September 1980 on the development of the Association (unpublished).

⁶ Decision no. 3/80 of the Association Council of 19 September 1980 on the application of the social security schemes of the Member States of the European Communities to Turkish workers and members of their families, OJ EC 1983, C 110/60.

⁷ Case C-262/96, Sürül, European Court reports 1999, p. I-2685; consolidated cases C-102/98 and C-211/98, Kocak and Örs, European Court reports 2000, p. I-0000.

⁸ Part V.

• **Advisory opinion of the Raad van State of The Netherlands of 13 March 2002, no. W 12.00.0097/IV**

Euro-Mediterranean agreement establishing an association between the European Communities and their member states, on the one part, and the kingdom of Morocco, on the other part (OJ EC 2000, LO 70); art 10 EC Treaty

The advisory report related to a Bill submitted to the Council denouncing the General Convention on Social Security between the Kingdom of the Netherlands and the Kingdom of Morocco, signed in Rabat on 14 February 1972, and the Administrative Agreement concerning the method of application of the General Convention on Social Security between the Kingdom of the Netherlands and the Kingdom of Morocco, signed in Rabat on 3 November 1972.

The intention to denounce the Convention was prompted by problems with the checks that the government deemed desirable in Morocco with a view to establishing the lawfulness of payments made to claimants resident in Morocco. The government wanted to obtain direct access to Moroccan land registers, but Morocco was unwilling to grant this request.

As far as the Community aspects of the Convention's denunciation are concerned, the Council observed the following:

- Implementation of the decision to denounce the Social Security Convention, whatever the underlying motives, means in any event the termination of the entitlements and obligations laid down in the Convention. This affects not only the contracting states but also the claimants in question. In this connection, it should be examined whether the Convention's denunciation will actually put an end to the transfer of the benefits concerned. An assessment of the Convention's denunciation from the standpoint of European law shows conclusively that this question must be answered in the negative.
- This is because the transfer of benefits is affected not only by bilateral agreements between Morocco and the Netherlands, but also by the Euro-Mediterranean Agreement establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Kingdom of Morocco, of the other part (OJ EC 2000, L 070).

- a. It can be deduced from article 65 of the Euro-Mediterranean Agreement that the benefits falling under the Social Security Convention, with the exception of child benefit, remain transferable under article 65, paragraph 4 of the Agreement. In this respect, the Convention's denunciation has no effect de facto, and cannot end the transferability of benefits to Morocco. Ending cooperation with Morocco is in fact counter-productive, as it prevents the Netherlands from obtaining information through cooperation with the Moroccan authorities, whereas the transferability of benefits remains intact.
- b. As set out in article 1, the aims of the Euro-Mediterranean Agreement, a mixed agreement to which the Netherlands is therefore also party as an individual State, include:
 - providing an appropriate framework for political dialogue between the Parties, allowing the development of close relations in all areas they consider relevant to such dialogue;
 - promoting trade and the expansion of harmonious economic and social relations between the Parties, notably through dialogue and cooperation, so as to foster the development and prosperity of Morocco and its people;
 - promoting economic, social, cultural and financial cooperation.
- These objectives are further developed in the individual chapters.
- The present proposal to denounce the Convention is at variance with the objectives of the agreement. Since the agreement forms an integral part of the Community legal order, the Council doubts whether the approach adopted is in accordance with article 10 of the EC Treaty, in which the principle of sincere cooperation of the Community is laid down. The explanatory memorandum does not make it clear whether the European Commission has been consulted on this matter. Such consultation is necessary given the Community context of the Convention's denunciation.
- In the light of the foregoing, the Council recommends that the denunciation of the Convention be reconsidered.'

5. Jurisprudence

5.a Austria

Decision of the Verwaltungsgerichtshof of 28 November 2002, No. 98/13/0038

Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977, concerning the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover tax - Common system of value added tax: uniform basis of assessment

Judgment of the Court of 19 September 2000, Case C-454/98.

Regularisation of tax wrongly invoiced- Determination of the conditions for regularisation - Good faith of the issuer of the invoice

In the case in hand, the restitution of deductible tax which had been granted to a limited liability company on the basis of invoices issued by the claimant had been requested from the latter after the review of the proceedings concerning the VAT owed by the company. The fiscal authorities subsequently refused to accept the regularisation of the invoices by the claimant.

The Verwaltungsgerichtshof began by recalling the Judgment of the Court of 19 September 2000, Case C-454/98. According to the Court's jurisprudence, the measures which it was open to Member States to adopt, by virtue of Article 22, paragraph 8, of the Sixth Directive, in order to ensure the accurate levying of tax and the avoidance of fraud, must not go beyond what was necessary in order to achieve those objectives. They could therefore not be used in such a way as to call into question the neutrality of VAT, which was a fundamental principle of the common system of VAT put in place by the community legislation on the subject.

Where the issuer of an invoice had, in a timely manner, completely eliminated the risk of loss of fiscal receipts, the principle of neutrality of VAT required that the tax which had been wrongly invoiced could be regularised, without such regularisation being able to be conditioned upon the good faith of the issuer of the said invoice. Only if it became clear that it was no longer possible to cancel, in the hands of the recipient of the invoice, the deduction which had been granted to it, could the issuer of the invoice be held liable for a deficit in fiscal receipts in order to guarantee fiscal neutrality. However, when such a risk had been eliminated, the regularisation of wrongly invoiced VAT could not be left to the discretionary powers of appreciation of the fiscal administration.

The refusal by the claimant to regularise the VAT would only have been in conformity with the principle of neutrality of VAT if the demand for restitution made to the company had been irrecoverable, in such a way as to make it possible to presume the existence of a risk of loss of fiscal receipts. No such risk having been found to exist by the fiscal authorities, the Verwaltungsgerichtshof overturned the decision in question.

Decision of the Verwaltungsgerichtshof of 11 December 2002, No. 2000/03/0190

European Parliament and Council Directive 97/33/EC of 30 June 1997 concerning interconnection in telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of Open Network Provision

Charges for interconnection - approach based on long-run average incremental costs

With the administrative decision of the independent control commission for the telecommunications sector (Telekom - Control - Kommission), the interconnection of the telecommunications network of a limited liability company with the public telecommunications network of a limited company had been imposed on the latter. The commission had, as well, fixed the charges for interconnection. The limited company took the view that the charges fixed were, among other things, not in conformity with Directive 97/33/CE.

The Verwaltungsgerichtshof ruled that it could be deduced from Article 7, paragraph 2, first sentence of the Recommendation of the Commission of 8 January 1998 concerning interconnection in a liberalised telecommunications market that, in setting the prices for interconnection, the approach to be followed first was that based on the long-run average incremental costs. This approach must be based, first, on the actual costs of the dominant enterprise in the network supply market, which must themselves be based on the common costs, which an efficient operator would have to bear under competitive conditions. The claimant could therefore not argue, on the basis of the norms cited, nor on the basis of the principle of orientation by reference to costs, which was applicable to the setting of prices for a dominant enterprise in the market, that the costs actually incurred by an enterprise dominating the market were determinative in fixing interconnection charges.

For an approximate evaluation of the long-run average incremental costs one could first use the 'Top-Down' approach (which starts from the most realistic possible mirroring of the existing network, and eliminates all costs which are not strictly necessary for interconnection) and then verify the result on the basis of the 'Bottom-Up' approach (which evaluates the costs of the different participants in the network by analytically following a technical model of the network that would be ideal for efficiently satisfying demand). It was therefore in conformity with the principle of cost-orientation to apply the two approaches by combining the 'Top-Down' and the 'Bottom-Up' expense models.

The application of the 'Bottom-Up' model did not contravene a national norm, which requires consideration of common costs, since the 'Bottom-Up' model itself also contains common costs in the form of surcharges (see the Communication of the Commission concerning price-setting for interconnection in a liberalised telecommunications market).

The price regime imposed on the claimant was not discriminatory, since in order to evaluate the long-run average incremental costs, the acquisition costs of investment in order to provide services were not taken into account, but only the future return on those investments. Nor did the pricing regime involve accounting twice over for alleged inefficiency.

In the end, however, the Verwaltungsgerichtshof overturned the administrative decision, because the Commission had not respected the rules of procedure.

Decision of the Verwaltungsgerichtshof of 16 December 2002, No. 2002/10/0206

Order of the Court (Fourth Chamber) of 5 November 2002, Case C-204/01: request for preliminary decision - Article 104, paragraph 3, of the rules of procedure

Council Directive 78/686/EEC of 25 July 1978, with a view to achieving the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications in dentistry and containing measures designed to facilitate the effective exercise of the right of establishment and the freedom to provide services.

Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993, aimed at facilitating the free movement of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications

Freedom to provide services – mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications - Access to training for practitioners of dentistry - Act of adherence of the Republic of Austria

The claimant, a German national, completed his medical studies in Germany and, on 14 February 1974, the Bayerisches Staatsministerium des Inneren (Ministry of the Interior of the Land of Bavaria) presented him with a diploma attesting that he had passed the State examinations in medicine. On 2 July 1975, the same Ministry granted him the authorisation to practise as a doctor, and he thus acquired the right to practise the medical profession on his own account. Furthermore, on 10 September 1980, he obtained the title of Doctor of Medicine from the University of Hamburg (Germany). On 25 March 1995, he asked to be admitted to follow the specialised training in dentistry offered by the University of Graz (Austria). He was informed in several different ways that he had not been admitted to this training, without any formal decision having been taken on the subject. He made two consecutive appeals on the grounds of failure to render a decision. These appeals were rejected on the grounds of absence of any failure on the part of the administrative authority named by the appellant as the respondent authority.

Following a third appeal, the Verwaltungsgerichtshof, by order of 30 January 2001, enjoined the competent administrative authority to render the decision which was lacking within a time-limit of one week, and to send the court a copy of it, or to indicate the reason why there had been no violation of the obligation to render a decision.

On 6 February 2001, the competent administrative authority rendered an express decision in which it rejected the claimant's request, specifying that, in order to be admitted to follow the training in dental practice, he must, by virtue of the applicable Austrian legislation, have a doctorate in general medicine conferred by an Austrian university. Furthermore, in that decision, reference was made to Article 19 ter of Directive 78/686 and to a letter from the general directorate for the internal market at the Commission, of 10 October 2000, in which the latter claimed that the said provision did not confer rights on doctors coming from other Member States who were bearers of a diploma in medicine obtained in a Member State where there existed a specific training for the dental profession and where this was an autonomous profession.

The claimant lodged an appeal with the Verwaltungsgerichtshof against the decision of 6 February 2001,

contesting, amongst other things, the interpretation given by the administrative authority to Article 19 ter of Directive 78/686.

Considering that the solution to the dispute pending before it required the interpretation of certain Community rules, notably of Articles 12 EC and 39 EC, and 19 ter of Directive 78/686, as well as 3 and 9 of Directive 93/16, the Verwaltungsgerichtshof decided, by its Order of 25 April 2001, to defer its decision and to put the following preliminary question to the Court:

- *Is it proper to interpret Article 19 ter, as added by the act of adherence, of Council Directive 78/686/EEC, of 25 July 1978, aimed at achieving the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications in dentistry and containing measures designed to facilitate the effective exercise of the right of establishment and the freedom to provide services (...), Articles 12 EC and 39 EC, as well as Article 1, taken together with Articles 3 and 9, of Council Directive 93/16 EEC, of 5 April 1993, aimed at facilitating the free circulation of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications, in such a way that they contradict a provision by virtue of which the admission to training in the specialisation of dentistry, governed by Article 19 ter of Directive 78/686 EEC, presupposes that the qualification of doctor in general medicine has been granted by a national university?*

The Court replied to this request, in its Order of 5 November 2002, that Directives 78/686 and 78/687 envisaged that, in order to have the right to exercise his activities, a dental practitioner must possess one of the qualifications contemplated by Article 2 of Directive 78/686. Article 19 ter of Directive 78/686 constituted a derogation from Article 2 thereof, and was thus, as a derogation, to be strictly interpreted. In that respect, it should be noted that Article 19 ter of Directive 78/686 aimed at establishing measures of derogation in favour of doctors who had already begun or completed the old specialist training in dentistry, so that those doctors, even though they had not completed that training, could finish it, and that, if they were on the point of completing it or had already completed it, they could exercise their profession in other Member States. Furthermore, the Court recalled that it was not for Member States to create a category of practitioners of dentistry which did not correspond to any of the categories provided for in Directives 78/686 and 78/687. It followed from these considerations that Article 19 ter of Directive 78/686 did not give to a national of a Member state other than the Republic of Austria, in

which he had completed his studies in general medicine, the possibility of being admitted to follow a course of specialist postdoctoral training in dentistry in Austria, a training which would cease to exist and which would only remain open in order to give those people who had already started that training the possibility to finish it. If it had been otherwise, a new category of dental practitioner would have been created, contrary to Directives 78/686 and 78/687.

That being the case, the reply to the question must be that Article 19 ter of Directive 78/686 must be interpreted in such a way that a person whose qualification of doctor of general medicine had not been conferred by an Austrian university could not be admitted to the specialist training in dentistry provided in that Member State.

In consequence, the Verwaltungsgerichtshof rejected the claimant's appeal, ruling that not only was the application of the national provision which presupposed that the title of doctor of general medicine had been obtained from a national university in conformity with Community law, but that Community law even required the application of that provision.

Decision of the Verwaltungsgerichtshof of 17 December 2002, No. 2002/17/0047

Commission Regulation (EEC) No. 3665/87 imposing common modalities of application of the export refund arrangements for agricultural products

Council Regulation (EEC) No. 2913/92 of 12 October 1992, establishing the Community customs code

Commission Regulation (CE) No. 1829/94 of 26 July 1994 modifying Regulation (EEC) No. 3665/87 imposing common modalities of application of the export refund arrangements for agricultural products

In the case in question, the Verwaltungsgerichtshof had been seized of a case concerning export refunds for agricultural products, notably for hard wheat flour.

The Verwaltungsgerichtshof deduced from the provisions of Article 47 paragraph 1 and Article 3 paragraph 1 of Regulation (EEC) No. 3665/87 that the written demand for a refund could not only be made together with the export declaration, but that a refund could also be requested after the consignment of the export declaration, if it was indicated in this latter document that a request for a refund would be made.

In taking the view that the claimant had indicated in its export declaration in a sufficiently clear manner that it would be seeking a refund, the first instance customs authority, which had decided on the request in hand, had lacked competence according to the national rules of jurisdiction. This being so, the Verwaltungsgerichtshof overturned the decision taken at second instance, because this latter body had not taken account of the lack of competence of the first instance authority.

5.b Spain

Decision of the Tribunal Supremo of 10 December 2002; Administrative Appeal in cassation no. 246/1997 (Third Division, Chamber Three)

Regarding European Commission Directive 95/47/EC of 24 October 1995

This litigation concerns the review of the legality of an article included in the Royal Decree (Real Decreto) 136/1997, whereby the Technical Regulations and the Regulations on the Rendering of Telecommunications Services via satellite were approved. The basic legal provision relevant to the process is the European Commission Directive 95/47/EC, of 24 October, concerning the application of regulations for the transmission of television signals.

In relation to the Decree aforementioned, the Supreme Court has declared the said article void, understanding that the requirement imposed on digital television operators, which obliges them to be compulsory registered and to use a certain model of decoder, infringes community law. In particular, it is stated that those compulsory requirements give way to administrative discretion and double the controls made by other member States, violating in this way two fundamental liberties proclaimed in the Treaty of Rome - the freedom of movement of goods and the freedom of rendering of services.

Decision of the Tribunal Supremo of 11 December 2002: Appeal in cassation no. 3320/2001 (Third Division, Chamber Three)

Regarding Council Directive 85/337/EC of 27 June 1985

This case involves an appeal in cassation lodged against an order handed down by the High Court of Madrid Autonomous Region (Tribunal Superior de Justicia de Madrid). The said order dismissed an appeal, brought by a group of municipalities, against the administrative decision which made public the Environmental Impact Declaration of the Madrid- Barajas Airport enlargement.

The relevance of Community Law in this case (as, with respect to this subject matter, our Internal Law is a sheer transposition of the Community provisions contained in the Council Directive 85/337/EC, of 27 June 1985, concerning the assessment of the environmental repercussions of certain public and private projects) is centred on the analysis of the legal nature of the Environmental Impact Declaration. From this analysis, it is inferred that this Declaration is a procedural step, being included in the general procedure to obtain approval for the project. For this reason, the appeal brought against it cannot be allowed. However, it is possible to invoke defects of form or defects of substance in the process when contesting the final stage of the proceedings.

5.c France

Decisions of the Conseil d'État of 5 June 2002, No. 202667, and of 29 July 2002, No. 141112

Article 119 of the Treaty setting up the European Union relating to the principle of equality of remuneration between workers of both sexes.

The Council of State drew conclusions from a judgement of 20 November 2001 (C. 366-99, Reports 2001, p. I-9383) in which the Court of Justice of the European Communities ruled that the principle of equality of remuneration, affirmed by Article 119, subsequently 141, of the Treaty setting up the European Community, prevented a benefit granted for the calculation of the retirement pension of persons having provided for their children's education from being reserved only for women, while men who had provided for their children's education were denied this benefit.

By a decision of 5 June 2002, the Council of State ruled first of all that Article L 50 of the civil and military retirement pensions code is incompatible with this principle, inasmuch as it provides that the enjoyment of a pension to which the surviving spouse of a female civil servant is entitled is, in certain cases, suspended, without there being any analogous provision in the case of the surviving spouse of a male civil servant. Article L. 50 of the code introduces, on this point, a discrimination between men and women which is not justified by any difference in circumstances relative to the grant of the pension in question.

By a decision of 29 July 2002, the Council of State also applied the principle of equality of remuneration with regard to a provision in the civil and military retirement pensions code which instituted a seniority bonus of one year per child. Also held to be incompatible with this principle were the provisions of b) of Article L.12 of that code which reserve the benefit of that bonus to 'female civil servants'.

Decision of the Conseil d'État of 10 July 2002, No. 232034

Council Directive No. 89/391 of 12 June 1989 concerning the introduction of measures to encourage improvement in the safety and health of workers at work - Obligation to consult with employees on questions of safety and health at work - Field of application - Inclusion - Public law legal persons, except where prevented by particular circumstances

By a decision of 10 July 2002, the Council of State ruled that the right of each worker to be consulted and to take part in discussion of questions relating to safety and health at work, established by Council Directive No. 89/391 of 12 June 1989, requires that the staff representatives on the joint technical committees of the local communities and of their public institutions must be elected by all categories of employee.

The Council of State had been seized by a trade union organisation of an appeal against the implicit decisions of the Prime Minister in refusing to abrogate or modify the decree of 30 May 1985 relating to joint technical committees of national communities and of their public institutions on the grounds that he had exceeded his powers. That decree, taken as the application of the law of 26 January 1984 containing statutory provisions concerning the national civil service, provides, in Article 8, that those who may vote for the nomination of staff representatives on the joint technical committee of a local community or public institution are tenured and non-tenured members of staff in permanent employment.

The Legal Section ruled that the Prime Minister could not keep these provisions in force after 31 December 1992, the date of expiry of the time limit for transposition of Council Directive No. 89/391 of 12 June 1989 concerning the introduction of measures to encourage improvement in the safety and health of workers at work, Article 11 of which provides that employers must consult the employees or their representatives and allow them to take part in discussion on questions relating to safety and health at work.

It follows in practice from the interpretation given by the Court of Justice of the European Communities to the provisions of Article 11 of that Directive (CJCE, 3 October 2000, SI MAP, upholding 303/98, Reports p. I -7963) that the obligation of consultation and participation applies to legal persons in public law, provided there is no particular aspect inherent in their activity which prevents this.

The Council of State deduced from this that when the consultation of workers on questions of hygiene and safety is carried out exclusively through an elected organism, the right of each worker to be consulted on, and to take part in discussion on, questions relating to safety and health at work, provided for in the Directive of 12 June 1989, necessarily implies that the staff representatives in that organism be elected by all categories of employee. The government could therefore not keep in force, after the expiry of the time limit for transposition of the directive, the provisions of Article 8 of the decree of 30 May 1985, inasmuch as they exclude from the body of electors for the joint technical committees of local communities and of their public institutions non-tenured employees who do not occupy a permanent position, and private law employees.

5.d. The Netherlands

Decisions of the Raad van State

Decision of the Administrative Jurisdiction Division of the Raad van State of the Netherlands of 15 May 2002, no. 200101869/1

Directive 96/61/EC (IPPC Directive), article 2, paragraph 10 (a and b), article 12, paragraph 1: definition of 'substantial change'

Changes to the installation must be considered as a change in operation as referred to in article 2, point 10a of the IPPC Directive. The changes have positive environmental effects in terms of ammonia emissions and deposition and odour emissions: these types of pollution are on the decline. Although the negative effects of substances and noise on humans and the environment show a slight increase, the administrative authority has firmly established that, in view of their extent and the nature and scope of the activities in question, as evidenced by annex I, these effects cannot be deemed to be significant as referred to in article 2, point 10b of the Directive. The question of whether this constitutes a substantial change in the operation of the installation, as referred to in article 2, point 10b of the Directive, which, having regard to article 12, paragraph 2 of the Directive, is not permitted without a licence in accordance with the Directive, should therefore be answered in the negative. The assessment framework

contained in article 9, paragraphs 3 and 4 of the Directive is therefore not applicable in the present case. The question of whether the housing system to which the licence in question relates may be considered to be an application of the best available techniques within the meaning of the IPPC Directive therefore does not arise.

In view of the foregoing, the Division also sees no reason to assume that the granting of a licence would be incompatible with article 12, paragraph 1, second sentence of the IPPC Directive. This objection therefore fails.

Decision of the Administrative Jurisdiction Division of the Raad van State of 17 July 2002, no. 20020238/1.

Community secrecy provisions; Regulation (EEC) no. 1468/81, article 19, Regulation (EC) no. 515/97, article 45

Rejection of request that European Commission documents be published on the basis of the Government Information (Public Access) Act

The European Commission supplied the documents requested to the State Secretary on the basis of article 19 of Regulation (EEC) no. 1468/81 (now article 45 of Regulation (EC) no. 515/97) on mutual assistance between the administrative authorities of the Member States and cooperation between the latter and the Commission to ensure the correct application of the law on customs and agricultural matters.

Pursuant to article 19, paragraph 1, which has been incorporated in article 45 virtually unamended, any information provided under these regulations, in whatever form, is confidential. It is covered by the obligation of professional secrecy and enjoys the protection extended to similar information under both the national law of the member state receiving it and the corresponding provisions applicable to Community authorities.

In particular, such information may not be sent to persons other than those in the member states or within the Community institutions whose functions require them to know or use it. Nor may it be used for purposes other than those provided for by this Regulation, except with the express permission of the authority providing it and in so far as such communication or use is not prohibited by the provisions in force in the member state in which the recipient authority is based.

The Division is of the opinion that the State Secretary could have adopted the position that the provision of the documents requested had to be refused under the Community secrecy provisions. It was therefore unnecessary to use the grounds for refusal under the Government Information (Public Access) Act. The district court therefore reached the right decision, albeit on different grounds.

The appeal should be declared unfounded and the contested judgment should be upheld, though the grounds for the judgment should be corrected.

Decision of the Administrative Jurisdiction Division of the Raad van State of 23 October 2002, no. 200100860/2

Council Directive 76/464/EEC of 4 May 1976, article 3, paragraph 4; Court of Justice judgment C-168/95 of 26 September 1996; no direct applicability of the provisions of the Directive

The administrative authority had issued a temporary licence pursuant to the Pollution of Surface Waters Act for the discharge of wastewater and for the discharge of unpolluted rainwater into surface water.

The appellant claimed that the licence granted by the contested decision pursuant to the Pollution of Surface Waters Act was wrongly issued for a period of only five years after it had entered into force. Since the obligation laid down in article 3, paragraph 4 of Council Directive 76/464/EEC of 4 May 1976 was not included in an order in council as referred to in section 8.17, subsection 3 of the Environmental Management Act, there was no legal basis for granting the licence for a limited period.

Referring, inter alia, to the aforementioned Directive 76/464/EEC and the report issued by the Institute for Inland Water Management and Wastewater Treatment (RIZA) on 9 October 2000, the respondent held that the period of validity of the licence should be limited because the blacklisted substances cadmium and mercury were being discharged. The respondent stated that a limited period of validity was intended to allow an assessment of the appellant's efforts to minimise the discharge of these substances. According to the respondent, an effort should be made, within the period for which the licence is valid, to eliminate the discharge of cadmium and mercury by applying the best available techniques.

The Administrative Jurisdiction Division held as follows: *'That the discharge licensed by the contested decision involved the discharge of cadmium and mercury, which are blacklisted substances mentioned in list I of Directive 74/464/EEC, is not at issue. On the basis of the provisions of article 3, chapeau, and paragraph 4 of the Directive, a licence for the discharge of such substances may be granted for a limited period only. It has been neither stated nor established that the above-mentioned obligation has been implemented in national law. Having regard to the system of granting licences for an unlimited period laid down in the Environmental Management Act and the exceptions thereto in section 8.17 of the Act, the Division deems it impossible to interpret national law on this point in accordance with the wording and purpose of article 3, chapeau and paragraph 4 of Directive 76/464/EEC. An unconditional and sufficiently accurate provision of a non-transposed provision of a directive can only be invoked by private individuals, with respect to every member state for which it is intended. This means that a directive cannot, of itself, impose obligations on a private individual and that a provision of a directive cannot be invoked as such by the State vis-à-vis a private individual. Since a private individual has not invoked the provision of a directive in the present case, there can be no direct applicability in the aforementioned sense and the respondent was unable to invoke the provision to which the appellant objects. The Division finds support for this position, inter alia, in judgment C-168-95 given by the Court of Justice of the European Communities on 26 September 1996. The Division concludes that the appellant is right to complain that, since the obligation laid down in the Directive is not included in an order in council as referred to in section 8.17, subsection 3 of the Environmental Management Act, there was no legal basis in the present case, at the time of the contested decision, for granting a licence for a limited period. To this extent, the appeal is well founded.'*

Decisions of the Administrative Jurisdiction Division of the Raad van State of 13 November 2002, nos. 200104431/2 and 200200405/1

Directive 96/61/EC (IPPC Directive) article 9, paragraphs 4 and 8, and article 16, paragraph 2

Direct applicability of article 9, paragraph 4 of the IPPC Directive

Since the Ammonia and Livestock Farming (Interim Measures) Act provides no guarantee of an integrated approach and an equivalent high level of protection of the environment as a whole, the possibility that the

result of granting the licence required by article 9, paragraph 8 of the IPPC Directive may not be achieved through application of the Act cannot be ruled out. The Division will therefore examine whether article 9 of the IPPC Directive is directly applicable.

Community legislation is unconditional if the obligation it imposes is not made dependent on any condition and its implementation is not made dependent on any action by the institutions of the EC or of the member states. In the Division's opinion, having regard to the detailed definition of best available techniques in article 2, chapeau and point 11, in conjunction with annex IV of the IPPC Directive, the rule contained in article 9, paragraph 4 of the IPPC Directive that the emission limit values, the parameters and the equivalent technical measures should be based on the best available techniques, taking into account the technical characteristics and the geographical location of the installation in question, and local environmental conditions, is sufficiently accurate. The Division also concludes from the preamble to the IPPC Directive, especially recitals 17, 18, 20 and 25, and article 16, paragraph 2 of the Directive, in conjunction with annex IV, point 12, of the Directive, that the BREF documents (BAT reference documents) do not need to be available for the implementation of article 9, paragraph 4. Although these documents are important for the exchange of information at Community level, they cannot undermine the applicability of the IPPC Directive.

In this regard, the rule contained in article 9, paragraph 4 of the IPPC Directive is unconditional and sufficiently accurate, at least as regards the discretion accorded to the State, so that this paragraph can be invoked - to that extent - before the national courts.

Decision of the Hoge Raad of the Netherlands

Decision of the Hoge Raad of the Netherlands of 21 March 2003, CO1/327 HR

Directive 91/676 of the Council of the EU (Nitrate Directive); the State's failure to enact implementation legislation; can the State be made subject to a judicial order to produce an act of parliament?

Even if the failure to produce legislation to implement a European directive - in this case the Nitrate Directive - is unlawful, there is no scope under Dutch law for a court to order the State to adopt an act of parliament ending this unlawful situation. Pursuant to Art. 81 of the Constitution, acts of parliament are adopted jointly by the Government and the States General. The question

of whether an act of parliament should be introduced, and if so in what form, must be answered on the basis of political decisions and a balancing of the interests involved. The division of powers among the organs of state, likewise based on the Constitution, makes it impossible for courts to intervene in that process of political decision-making, even if the outcome pursued by such legislation and the period within which this outcome must be achieved have been fixed by a European directive.

This is not affected by the fact that any party that is under an obligation to end an unlawful situation can be ordered to do so by a court of law under Article 3:296 of the Civil Code,⁹ since this Article provides for exceptions based inter alia on the law or the nature of the obligation, and it must be assumed that such an exception is applicable in the case at hand. Nor do the provisions of Article 94 of the Constitution have any relevance here: the provision that statutory regulations in force within the Kingdom shall be inapplicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions is of a different nature from an order to produce legislation, since the declaration of inapplicability of the regulations at issue applies only to the plaintiff in legal proceedings, and does not have the consequence that the rule in question is amended or withdrawn, while an order to produce an act of parliament would seek to create regulations that are universally applicable, i.e. also applicable to persons other than the parties to legal proceedings.

The provisions of EC law do not dictate that a different conclusion be reached here. The task of national courts to ensure the full implementation of Community law (ECJ 19 November 1991, *Francovich*), can only be fulfilled in this matter within the framework of their existing powers (ECJ 24 December 1995, *Van Schijndel*), which powers are determined by domestic law. Nor does the EC Treaty give the European Court of Justice the power to order a State to enact legislation.

5.e Portugal

Judgments of the Supreme Administrative Court (STA) of 21 January 2003, Action no. 1546-02; of 19 February 2003, Action no. 1545-02 and of 5 February 2003, Action no. 1559-02.

1. *Fiscal provisions;*
2. *Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969, taken together with the wording of Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985, which permits Member States to collect a tax on capital contributions to*

companies (article 1) and forbids the imposition of other taxes;

3. *Judgment of the Court of Justice of the European Communities of 21 September 2000, no. C-19/99;*
4. *Notarial fees charged for deeds of;*
5. *reduction in the authorised share capital of a commercial company;*
6. *transfer of shares in a company;*
7. *setting up a regime of co-ownership of a building development.*

Fees were charged in relation to each of the situations set forth above. The STA (Supreme Administrative Court) has decided several times in its case-law that these are not subject to the prohibition contained in article 10 para. c) of the Directive.

In Action no. 1546-02 before the Chamber for Fiscal Disputes of the STA, A... contested before the court the statement of calculation of the notary's fees which had been submitted by a Notary for the sum of 3,800.84 euros for a formal public deed of reduction of the authorised share capital.

The judge at first instance upheld the challenge, decided to declare the statement of fees to be void, and in consequence ordered the restitution of the amount paid together with the interest claimed as compensation.

The Representative of the Public Treasury did not accept this judgment, and lodged an appeal with the STA.

In this case, as well as in other identical cases, the STA held, unanimously, that, as laid down in articles 4 (1), para c); 10 and 12 (1), para e) of Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969, taken together with the wording of Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985, notarial fees charged for the formal deed of reduction of the share capital of a company were not included in the prohibition imposed by the said Directives.

To decide in this way, the STA said, is in accordance with the interpretation upheld by the Court of Justice of the European Communities in its judgment of 21 September 2000, in case no. C-19/99. According to that judgment, where a fee is received for a formal notarial deed for a transaction covered by the Directive in the framework of a system under which notaries are public officials, and

⁹ "Unless the law, the nature of the obligation, or a juristic act entails otherwise, whosoever is obliged to give, to do, or to omit something vis-à-vis another shall be ordered to do so by a court of law in response to an application by the party entitled."

part of their remuneration is given back to the State to finance its undertakings, then the charges must be upheld in order to be taxed.

The STA held that articles 7 and 10 para c) of the Directive forbid the charging of fees on a formal public deed increasing the share capital of a company, and the modification of a company's articles of association accompanied by capital contributions, but, on the other hand, it held that the same articles of the Directive did not impose any restriction on the charging of fees for a deed of reduction in a company's authorised share capital.

In Action no. 1545-02 before the Chamber for Fiscal Disputes of the STA, company B... brought a legal action to contest the statement of calculation of notary's fees submitted by a Notary in the sum of 1451.51 euros for a formal public deed of transfer of shares in the company.

The court of first instance upheld the challenge, declared the fee statement void, and ordered, in consequence, the restitution of the said amount together with the interest claimed as compensation.

The Representative of the Public Treasury did not accept this judgment, and lodged an appeal with the STA.

The STA held that the collection of the said notarial fees was not in violation of Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969 taken together with the wording of Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985, and it took as the basis of its judgment the fact that the Foreword to the first Directive, as made clear by the above-cited interpretative decision of the Court of Justice of the European Communities, was aimed at the elimination of taxation on the raising of capital, and allowed only one single form of taxation to be levied on the capital of a given company. All this was directed at ensuring that there was no disturbance to the free movement of capital within the EC internal market.

In the case before the court, "there is no increase in the share capital, as the authorised capital remains unchanged, the articles of association remain unchanged as far as the capital is concerned, and, that being so, the only consequence of the deed in question, for the transfer of shares, is a simple modification in the company's assets, which is a concept very different from that of modifying the authorised share capital."

In Action no. 1559-02 before the said Chamber for Fiscal Disputes, limited company A... took legal action to contest the statement of calculation of notary's fees submitted by a Notary for the amount of 41,210.69 on a formal deed setting up a regime of co-ownership of a building development.

The court of first instance held that the challenge was unfounded.

The company lodged an appeal with the STA.

In the case before the court, the STA considered that the question to be decided involved the charging of notary's fees in connection with a formal deed setting up a regime of co-ownership of a building development. The co-ownership of building developments is a type of ownership of a building divided into apartments in which each co-owner has exclusive title to one apartment and a share in the co-ownership of the common parts.

Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969, taken together with the wording of Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985, has as its objective the standardisation of the legislation of Member States in order to avoid placing restrictions or obstacles in the way of the free movement of capital.

In the light of the presuppositions mentioned, the judgment held that the subject-matter of the case under consideration by the STA did not fall within the field of application of the Directive. Thus, the Directive could not be applied, and as a result, the decision to require payment of the fees must be upheld.

5.f Sweden

Decision by the Regeringsrätten of 20 December 2002 (case no 7682-2000)

Regarding articles 30(now 28) and 36(now30) of the EEC treaty - decision of the Court of Justice C - 189/95 Franzén [1997] ECR I - 5909 - Repayment of charges unduly levied

The Swedish Law on Alcohol entered into force on 1 January 1995 – the day of the Swedish accession to the European Union. With the introduction of this law, State monopolies on import, export, production and wholesale of alcoholic beverages were abandoned and replaced with a system of licences.

Under the law, the production of alcoholic beverages was subject to the holding of a "production licence" and the wholesale of such beverages to the holding of a "wholesale licence". In addition, the law also made importation of alcoholic beverages subject to the

possession of one of these two licences. Submission of an application for a licence was subject to payment of a fixed charge (before 23 October 1997 the considerable amount of 25000 SEK). Furthermore, the holder of a licence was each year obliged to pay a charge for the monitoring of his business. The rate of that charge depended on the kind and quantity of beverages produced or marketed.

On 23 October 1997 the Court of Justice (the ECJ) handed down a preliminary ruling requested by a Swedish court of first instance (C-189/95, *Franzén*, [1997] ECR I-5909). The case before the ECJ was primarily concerned with whether or not the Swedish state monopoly on the retail sale of alcoholic beverages was in conformity with, at the time, Articles 30 and 37 of the EC Treaty. However, the ECJ also ruled that "Articles 30 and 36 of the Treaty preclude domestic provisions allowing only traders holding a production licence or a wholesale licence to import alcoholic beverages on conditions such as those laid down by Swedish legislation".

In subsequent national legislation - effective as of 23 October 1997 (the day of the *Franzén*-judgment) - the charges applied by the Swedish system were considerably reduced.

A private company in possession of a wholesale licence claimed repayment of charges - with interest - paid during the years 1995-1997.

The state authority responsible refused the claim on the following grounds.

- 1 The charges levied were not contrary to Community law, at least not after the reduction of charges resulting from the legislation of 23 October 1997.
- 2 If charges should have been levied contrary to Community law, they should nevertheless not be repaid since the company must have included the charges in its prices and thus have passed them on to its customers. Hence, repayment would lead to an unjustified enrichment of the company.

The Supreme Administrative Court stated that the ECJ had found the Swedish system of licences to constitute an obstacle to the importation of alcoholic beverages from other Member States and therefore to be contrary to Article 30 (currently 28) of the Treaty. When considering whether the system nevertheless could be accepted according to Article 36 (currently 30), the ECJ stated that the Swedish Government had not "established that the licensing system set up by the Law on Alcohol, in particular as regards the conditions relating to storage

capacity and the high fees and charges which licence-holders are required to pay, was proportionate to the public health aim pursued or that this aim could not have been attained by measures less restrictive of intra-Community trade" (*Franzén*-judgment, para. 76). The ECJ therefore held that Articles 30 and 36 of the Treaty preclude domestic provisions allowing only traders holding a licence to import alcoholic beverages "on conditions such as those laid down by Swedish legislation".

Concerning the situation after 23 October 1997 - when the charges were reduced - the Supreme Administrative Court maintained that it could reasonably be questioned whether the licensing system had had any real significance with regard to the protection of public health. The Court found that it had not been established that the changes of 1997 had brought Swedish legislation to be in conformity with Community law. Consequently, the charges had been levied in breach of Community law.

Regarding the question of repayment of the charges unduly levied, the Supreme Administrative Court, referring to a number of judgments by the ECJ (such as, *inter alia*, C-192/95 – 218/95, *Comateb* and others, [1997] ECR I-165, C-188/95, *Fantask* and others, [1997] ECR I-6783 and C-10/97-22/97, *IN.CO.GE.'90* and others, [1998] ECR I-6307), stated that entitlement to the recovery of sums levied in breach of Community law is a consequence of, and an adjunct to, the rights conferred on individuals by Community provisions as interpreted by the ECJ. Consequently there is, the Court concluded, a Community law obligation to, applying national law, repay charges unduly levied. Admittedly, provisions on repayment in the Swedish legislation on alcohol were not designed to cover the situation at hand. Nevertheless, those provisions had to be considered possible to apply in order to fulfil the Community law obligation.

Concerning the claim that repayment would amount to unjust enrichment of the company, the Court agreed that it followed from the case-law of the ECJ that a Member State may refrain from repayment of charges unduly levied when it is established that those charges had been passed on to purchasers (see, for example, case 61/79, *Amministrazione delle finanze dello stato vs. Denkvit italiana*, [1980] ECR 1205). The Court pointed out, however, that this case-law is to be understood only in the sense that Community law accepts that a Member State refrains from repayment under such circumstances. This does not mean that Community law, regardless of the content of national law, requires national courts to consider whether or not the charges have

been passed on. The provisions on repayment in the Swedish legislation make no exception for charges having been passed on. Therefore, the claim could not be upheld.

The Supreme Administrative Court concluded that all of the charges levied should be repayed to the company.

With regard to, finally, the claim for interest, the Court stated that, from a Community law point of view, whereas damages due to the fact that a public authority has acted in breach of Community law may include a right to interest (for example, case C-271/91, Marshall, [1993] ECR I-4367), the same is not true concerning repayment of charges levied unduly (cf case C-66/95, Sutton, [1997] ECR I-2163). Neither does national law give right to interest in such a case.



6. Preliminary referrals

6a. Austria

Requests for Preliminary Rulings by the
Verwaltungsgerichtshof

Order of the Verwaltungsgerichtshof of 25 July 2002, no. 2002/07/0002

EEC Council Regulation no. 259/93 of 1 February 1993, concerning the supervision and control of shipments of waste into and out of the European Community
EEC Council Directive 75/442 of 15 July 1975, on waste

The Verwaltungsgerichtshof submitted the following questions to the Court:

1. As to the question whether the shipment of waste constitutes an R1 recovery operation under Annex IIB or a D10 disposal operation under Annex IIA of EEC Directive 75/442, are the provisions of EEC Council Regulation no. 259/93 of 1 February 1993 concerning the supervision and control of shipments of waste into and out of the European Community, and of Council Directive 75/442/EEC of 15 July 1975, on waste, sufficiently clear and precise to enable the notifier to understand his rights and obligations without ambiguity, and take measures accordingly, or are the said provisions invalid for lack of certainty and because of the resulting impossibility of execution?
2. As to the characterisation of an operation involving waste as one of R1 recovery (principal utilisation as a combustible or other means of producing energy) under Annex IIB of Directive 75/442/EEC, is the only decisive question whether the waste is used entirely for the production (the utilisation) of energy and if the energy generated is itself in fact utilised?
3. Is the competent administrative authority at the place of destination permitted to base itself on the following criteria in deciding whether a planned operation constitutes a R1 recovery operation or a D10 disposal operation:
 - minimalisation of danger
 - consideration for primary material resources
 - consideration for energy resources
 - consideration for the place of discharge
 - the ecological suitability of the operation
 - the economic suitability of the operation
4. Is the wording of the sentences that follow precise?

Combustion accompanied by the utilisation of energy is not necessarily a recovery in the sense of an R1 operation. An R1 operation refers not only to the utilisation of the heat generated by combustion, but also requires

utilisation as a combustible material. A combustible material is characterised by the fact that it corresponds to certain criteria as to its calorific value, to the noxious substance content and the speed of deflagration, and by the fact that it presents a sufficient homogeneity in these characteristics to be able to control the combustion process. Waste which does not correspond to these criteria, in other words which does not have a high enough calorific value or whose composition is so variable that there are insufficient possibilities for control (in conventional combustion installations) or which have a content of noxious substances such that their combustion would generate unacceptable emissions, can of necessity not be the subject of a recovery operation in accordance with R1.

Order of the Verwaltungsgerichtshof of 27 August 2002, no. 99/14/0164

EC Treaty Articles 73b paragraph 1(a), 1(b) and paragraph 3 (currently EC Treaty Articles 56 paragraph 1, 58 paragraph 1(a) and (b) and paragraph 3)

The Verwaltungsgerichtshof submitted the following questions to the Court:

- 1 Are Articles 73b paragraph 1 and 73d paragraph 1(a) and (b) and also paragraph 3, of the EC Treaty (currently Articles 56 paragraph 1, 58 paragraph 1(a) and (b) and paragraph 3 of the EC Treaty) in conflict with a rule such as that contained in §97 paragraphs 1 and 4, as well as in §37 paragraphs 1 and 4 of the Austrian law on income tax (EstG 1988) according to which, in respect of dividends on national shares - this being a definitive lump-sum tax - the taxpayer can choose whether to subject these dividends to a rate of tax of 25% or whether to have them taxed at a rate which corresponds to half of the average rate applicable to his total income, while for dividends on foreign shares tax must always be paid at the normal rate?
- 2 Is the amount of tax levied on the revenue of the company of which the taxpayer is a shareholder and whose registered office and place of management are in another Member State or in a third State, relevant in answering the first question?
- 3 If the answer to the first question is in the affirmative: Can a situation arise which falls within Article 73b paragraph 1 of the EC Treaty (currently Article 56 paragraph 1 of the EC Treaty) by charging, proportionately, taxes on companies paid in their respective State of establishment by limited companies whose

registered office and place of management are in another Member State or in a third State, to the Austrian income tax of the taxpayer?

Order of the Verwaltungsgerichtshof of 6 November 2002, no. 2001/16/0567, 0568

EEC Council Regulation no. 2913/92 of 12 October 1992, establishing the community customs code

The Verwaltungsgerichtshof submitted the following question to the Court:

Does the expedient of §79 paragraph 2 of the Austrian law on complementary provisions for the execution of EC customs law (which creates a customs liability also on the part of the employer or the principal at the same moment that a customs liability arises for an employee or other agent of a contractor, where the latter, in carrying out the tasks of his employment or his mandate, was found to have acted illegally with regard to the safeguard of customs obligations), amount to an extension of the notion of a debtor which is not allowed in terms of Article 202 paragraph 3 of the Community customs code and is thus contrary to Community law?

6.b France

Order of the Conseil d'État of 25 January 2002, No. 224850

Council directive No. 79/409/EEC of 2 April 1979 concerning the preservation of wild birds

The Council of State submitted the following questions to the Court of Justice:

Does Article 9^o1 under c) of Council directive 79/409 of 2 April 1979 permit a Member State to derogate from the dates of opening and closing of the hunting season which result from consideration of the objectives set forth in ^o4 of Article 7 there of?

In case of a reply in the affirmative, what are the criteria by which the limits of this derogation may be determined?

Order of the Conseil d'État of 6 November 2002, No. 247209,

Principle of freedom of establishment (Article 43 of the Treaty setting up the European Community).

1 In view of the silence of European Parliament and Council Directive 2000/12/EC of 20 March 2000, does the prohibition against remunerating sight deposits and other reimbursable funds imposed by a Member State on banking institutions regularly established in its territory constitute a hindrance to freedom of establishment?

2 In case of a positive reply to the first question, what kind of reasons of general interest could, if the need arose, be invoked to justify such a hindrance?

Annexe des textes complètes et originaux du bulletin d'information numéro 5, mai 2003

5. Jurisprudence

5.a. Autriche

Erkenntnis vom 28. November 2002, ZI. 98/13/0038

Der Verwaltungsgerichtshof bat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Hargassner, Dr. Fuchs, Dr. Büsser und Dr. Mairinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. jur. Mag. (FH) Schärf, über die Beschwerde der SR in R, vertreten durch Dr. Peter Spörk, Rechtsanwalt in

2700 Wiener Neustadt, Neunkirchner Strage 17, gegen den Bescheid der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 19. Dezember 1997, ZI. GA 17-96/4433/02, betreffend Festsetzung einer Umsatzsteuergutschrift für Februar 1996, zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 973,04 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Begründung Die Beschwerdeführerin hatte mit Rechnungen vom 31. Juli 1993 und 31. Dezember 1993 der A. GmbH für die Überlassung ihres Kundenstocks einen Betrag von insgesamt S 500.000,-- unter Ausweis von 20 % Umsatzsteuer im Betrag von insgesamt S 100.000,- -in Rechnung gestellt.

Während diese Rechnungslegung und der ihr zu Grunde liegende Sachverhalt im Zuge einer über das Unternehmen der Beschwerdeführerin durchgeführten abgabenbehördlichen Prüfung unbeanstandet blieb, wurde im Rahmen einer abgabenbehördlichen Prüfung über das Unternehmen der A. GmbH die Auffassung vertreten, dass die in den genannten Rechnungen verrechnete Leistung nicht habe erbracht werden können, weil die Beschwerdeführerin über einen Kundenstock gar nicht verfügt habe. Es stehe der Vorsteuerabzug aus diesen Rechnungen im Betrage von S 100.000,-- der A. GmbH daher nicht zu. Ein im Ergebnis der Auffassung des Prüfers vom Finanzamt an die A. GmbH nach Wiederaufnahme des Umsatzsteuerverfahrens für das Jahr 1993 neu erlassener Umsatzsteuerbescheid für dieses Jahr, in welchem der von der A. GmbH geltend gemachte Vorsteuerabzug aus den Rechnungen der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt wurde, erwuchs in Rechtskraft.

Fünf Tage nach der am 24. Jänner 1996 stattgefundenen Schlussbesprechung im Prüfungsverfahren der A. GmbH, nämlich am 31. Jänner 1996 legte die Beschwerdeführerin der A. GmbH eine Rechnung über "Kundenstock" in Höhe von S 500.000,-- ohne Umsatzsteuerausweis.

Mit einem heim Finanzamt am 8. Mai 1996 eingelangten Anbringen machte die Beschwerdeführerin für den Kalendermonat Februar 1996 einen Umsatzsteuerüberschuss in Höhe von S 100.000,-- geltend und beantragte dessen Überrechnung auf das Abgabekonto der A. GmbH. Erläuternd führte sie dazu aus, dass sie mit der A. GmbH aus dem Grunde der mangels Leistungsaustausches erfolgten Verweigerung des Vorsteuerabzuges durch die Abgabenbehörde übereingekommen sei, die Rechnungen aus dem Jahre 1993 zu karrigieren und den Betrag mit 31. Jänner 1996 ohne Mehrwertsteuer in Rechnung zu stellen. Die Rechnung vom 31. Jänner 1996 schloss die Beschwerdeführerin ihrem Anbringen ebenso an wie die mit Stornovermerken versehenen Rechnungen vom 31. Juli 1993 und 31. Dezember 1993 und eine Ablichtung der dazu erstatteten Ausführungen des Prüfers im Prüfungsbericht über das Unternehmen der A. GmbH.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wurde das Begehren der Beschwerdeführerin auf Festsetzung einer Umsatzsteuergutschrift für den Monat Februar 1996 in Höhe von S 100.000,- im Instanzenzug mit der Begründung abgewiesen, die Beschwerdeführerin schulde die seinerzeit in Rechnung gestellte Umsatzsteuer aus dem Grunde des § 11 Abs. 14 UStG 1972 deshalb, weil sie in Kenntnis des Umstandes, dass ein Kundenstock nicht existiert habe und für einen solchen deshalb auch kein Erlös habe erzielbar sein können, trotzdem Rechnungen mit Umsatzsteuer ausgestellt habe, um dadurch ungerechtfertigte Steuervorteile für sich und die A. GmbH in Anspruch nehmen zu können. Der vorliegende Sachverhalt sei als Missbrauch zu qualifizieren und führe deshalb zu einer ungemilderten Anwendung der Bestimmung des § 11 Abs. 14 UStG 1972.

Über die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof erwogen:

Während die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift im Wesentlichen die behördliche Beurteilung angreift, sie habe den Umsatzsteuerausweis in ihren Rechnungen aus dem Jahre 1993 nicht irrtümlich und gutgläubig, sondern wissentlich und damit missbräuchlich vorgenommen, verweist sie in einem ergänzenden Schriftsatz im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens auf das Urteil des EuGH vom 19. September 2000, Rs C-454/98, Schmeijl & Cofreth AG & Co. KG und Manfred Strobel, aus dessen Tenor hervorgehe, dass eine Rechnungsberichtigung für Rechnungen mit Umsatzsteuerausweis, denen keine Lieferung oder sonstige Leistung zu Grunde liege, jedenfalls dann zu erfolgen habe, wenn damit keine Gefährdung des Steueraufkommens verbunden sei. Ein solcher Sachverhalt liege im Beschwerdefall vor.

Dieses Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrem ergänzenden Schriftsatz an den Verwaltungsgerichtshof führt die Beschwerde zum Erfolg:

Die Regelungen des § 11 Abs. 12 und Abs. 14 haben im Umsatzsteuergesetz 1994 den gleichen Wortlaut wie im Umsatzsteuergesetz 1972 und lauten wie folgt:

"(12) Hat der Unternehmer in einer Rechnung für eine Lieferung oder sonstige Leistung einen Steuerbetrag, den er nach diesem Bundesgesetz für den Umsatz nicht schuldet, gesondert ausgewiesen, so schuldet er diesen Betrag auf Grund der Rechnung, wenn er sie nicht gegenüber dem Abnehmer der Lieferung oder dem Empfänger der sonstigen Leistung entsprechend berichtigt. Im Falle der Berichtigung gilt § 16 Abs. 1 sinngemäß.

(14) Wer in einer Rechnung einen Steuerbetrag gesondert ausweist, obwohl er eine Lieferung oder sonstige Leistung nicht ausführt oder nicht Unternehmer ist, schuldet diesen Betrag."

Auch die im letzten Satz des § 11 Abs. 12 der Umsatzsteuergesetze 1972 und 1994 verwiesene Bestimmung des § 16 Abs. 1 ist in beiden Umsatzsteuergesetzen gleich lautend und hat folgenden Wortlaut:

"§ 16. (1) Hat sich die Bemessungsgrundlage für einen steuerpflichtigen Umsatz im Sinne des § 1 Abs. 1 Z. 1 und 2 geändert, so haben

1. der Unternehmer, der diesen Umsatz ausgeführt hat, den dafür geschuldeten Steuerbetrag und
2. der Unternehmer, an den dieser Umsatz ausgeführt worden ist, den dafür in Anspruch genommenen Vorsteuerabzug entsprechend zu berichtigen. Die Berichtigungen sind für den Veranlagungszeitraum vorzunehmen, in dem die Änderung des Entgeltes eingetreten ist."

Auf Grund der von der Beschwerdeführerin am 31. Jänner 1996 vorgenommenen Rechnungsberichtigung hatte die belangte Behörde im Sinne der Bestimmung des § 16 Abs. 1 Z. 2 letzter Satz UStG 1994 die Berechtigung der Beschwerdeführerin zur Vornahme der Rechnungsberichtigung damit nicht auf der Grundlage der durch das Umsatzsteuergesetz 1972, sondern der durch das Umsatzsteuergesetz 1994 gestalteten Rechtslage zu beurteilen und in dieser rechtlichen Beurteilung dabei zwangsläufig auch die Vorgaben des Gemeinschaftsrechtes zu beachten.

Wie der EuGH in seinem von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführten Urteil vom 19. September 2000, Rs C-454/98, Schmeink & Cofreth AG & Co. KG und Manfred Strobel, ausgesprochen hat, dürfen Magnahmen, welche die Mitgliedstaaten nach Art. 22 Abs. 8 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Umsatzsteuern erlassen dürfen, um die genaue Erhebung der Steuer zu gewährleisten und Steuerhinterziehungen zu verhindern, nicht so eingesetzt werden, dass sie die Neutralität der Mehrwertsteuer in Frage stellen, die ein Grundprinzip des durch das einschlägige Gemeinschaftsrecht geschaffenen gemeinsamen Mehrwertsteuersystems darstellt. Hat der Aussteller der Rechnung die Gefährdung des Steueraufkommens rechtzeitig und vollständig beseitigt, so ist es zur Gewährleistung der Erhebung der Mehrwertsteuer und zur Verhinderung von Steuerhinterziehungen nicht erforderlich, dass er seinen guten Glauben nachweist. Erst wenn sich herausstellt, dass die Rückabwicklung eines gewährten Vorsteuerabzugs beim Rechnungsempfänger nicht mehr möglich ist, kommt zur Herstellung der Steuerneutralität eine Ausfallhaftung des Ausstellers der Rechnung in Betracht. Ist eine Gefährdung des Steueraufkommens ausgeschlossen, dann darf die Berichtigung der zu Unrecht in Rechnung gestellten Mehrwertsteuer nicht im Ermessen der Finanzverwaltung stehen, hat der EuGH im genannten Urteil auch ausgeführt.

Im Ergebnis dieser Rechtsauslegung des Gemeinschaftsrechtes durch das zitierte Urteil des EuGH erweist sich das in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelte Abgrenzungskriterium für den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 12 UStG 1972 und 1994 einerseits und des § 11 Abs. 14 leg. cito andererseits nach dem Vorliegen einer gutgläubigen oder missbräuchlichen Rechnungsausstellung (siehe die bei Ruppe, UStG 19942, § 11 Tz 119 ff angeführten Nachweise und angestellten Überlegungen) in solchen Fällen als nicht mehr relevant, in denen die verfehlte Rechnungsausstellung mit Umsatzsteuerausweis eine Gefährdung des Steueraufkommens nicht erwächst. Diesfalls kann eine Berichtigung der Rechnung auch dann nicht verwehrt werden, wenn ihre Ausstellung mit Umsatzsteuerausweis nicht gutgläubig erfolgt war.

Im Beschwerdefall wurde die von der A. GmbH auf Grund der von der Beschwerdeführerin ausgestellten Rechnungen des Jahres 1993 lukrierte Vorsteuer im Ergebnis des gegenüber der A. GmbH im wieder aufgenommenen Verfahren ergangenen Umsatzsteuerbescheides vom 13. Mai 1996 rechtskräftig zurückgefordert. Der Beschwerdeführerin im Gegenzug die Berichtigung ihrer Rechnungen zu verwehren, wäre damit mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundprinzip der Neutralität der Mehrwertsteuer nur dann in Einklang zu bringen gewesen, wenn der Rückforderungsanspruch des Abgabengläubigers gegenüber der A. GmbH etwa nicht einbringlich gewesen wäre, sodass von einer aufrechten Gefährdung des Steueraufkommens hätte gesprochen werden können. Einen solchen Sachverhalt aber hat die belangte Behörde nicht festgestellt (vgl. hierzu auch die diesbezüglichen Ausführungen in dem zu einl-m vergleichbaren Fall ergangenen hg. Erkenntnis vom 26. Juni 2001, 2001/14/0023).

Indem die belangte Behörde den von ihr festgestellten Umstand, dass die Beschwerdeführerin bei Ausstellung der Rechnungen im Jahr 1993 missbräuchlich und nicht gutgläubig gehandelt habe, als allein ausreichend angesehen hat, in Anwendung der Bestimmung des § 11 Abs. 14 UStG 1972 mit dem Ergebnis einer pönalwirkung dieser Norm eine Rechnungsberichtigung ohne Bedachtnahme

auf die Frage zu verweigern, ob eine Gefährdung des Steueraufkommens durch die verfehlte Rechnungsausstellung ausgeschlossen werden kann, hat die belangte Behörde die Rechtslage verkannt, weshalb der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. II Nr. 501/2001. Stempelgebührenersatz konnte nur im angesprochenen Betrag zuerkannt werden.

Wien, am 28. November 2002

Erkenntnis vom 11. Dezember 2002, ZI. 2000/03/0190

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Bernegger, Dr. Riedinger und Dr. Handstanger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Winter, über die Beschwerde der T Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 9. Mai 2000, ZI. Z 2/2000-13, betreffend Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs. 3 TKG (mitbeteiligte Partei: T GmbH in Wien, vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16), zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.089,68 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 17. April 2000, Z 33/99- 87, wurde in Spruchpunkt I A die Zusammenschaltung des

öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Mitbeteiligten mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Beschwerdeführerin mit Wirkung vom 1. Jänner 2000 unter den näher angeführten

Bedingungen angeordnet. Die Höhe der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte (Peak- und Off-Peak-Zeiten) wurden in ATS und Eurocent (pro Minute) exklusive Umsatzsteuer (in Anhang 6) für die verschiedenen Verkehrsarten festgelegt. So wurde in diesem Bescheid auch die Verkehrsart V 33 (Terminierung vom Netz der Mitbeteiligten in das Netz der Beschwerdeführerin lokal (NVSt (Netzvermittlungsstelle), OVSt (Ortsvermittlungsstelle)»

bestimmt. Für die Verkehrsart V 39 (Terminierung vom Netz der Beschwerdeführerin in das Netz der Mitbeteiligten lokal (NVSt und OVSt)» wurde in diesem Bescheid nichts festgelegt, da dies von der Mitbeteiligten nicht nachgefragt worden war. Zu diesem Bescheid ist beim Verwaltungsgerichtshof das Beschwerdeverfahren ZI. 2000/03/0174 anhängig (Ende der Beschwerdefrist am 31. Mai 2000).

Mit dem angefochtenen Bescheid wurden auf entsprechenden Antrag der Mitbeteiligten gemäß § 41 Abs. 3 TKG für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Mitbeteiligten mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Beschwerdeführerin ergänzend zu der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000, Z. 33/99-87, in einem ergänzten Anhang 13a

weitere Bedingungen angeordnet. Anhang 13a trifft Regelungen betreffend die Zusammenschaltung und die hierfür anzuwendenden Bedingungen für bestimmte Netzvermittlungsstellen (NVSten) und Ortsvermittlungsstellen (OVSten). Anhang 13 der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000 sah bloß grundsätzlich die Verpflichtung vcr, dem Zusammenschaltungspartner über dessen Nachfrage die Zusammenschaltung mit dem Netz der Beschwerdeführerin auch auf Vermittlungsstellen der unteren Netzhierarchieebene, also unterhalb der Hauptvermittlungsstellen (HVSten), anzubieten. In Punkt 3. des Anhanges 13a wurden die Zusammenschaltungsentgelte in diesem Bereich festgelegt. Für die Terminierung von Zusammenschaltungsverkehr aus dem Netz der Beschwerdeführerin auf der Ebene der Netzvermittlungsstellen bzw. Ortsvermittlungsstellen ins Netz der Mitbeteiligten bezahlt die Beschwerdeführerin an die Mitbeteiligte die Verkehrsart V 39 (Peak 0,21 Cent, Off-Peak 0,10 Cent; in der Höhe der in der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000 festgelegten Verkehrsart V 3). Für die Terminierung von Zusammenschaltungsverkehr aus dem Netz der Mitbeteiligten ins Netz der Beschwerdeführerin auf der genannten Ebene wurde das von der Mitbeteiligten zu leistende Entgelt mit der Verkehrsart V 33 bestimmt, die bereits mit dem angeführten Bescheid der belangten Behörde vom 17. April 2000 festgelegt worden bei der angefochtene Zusammenschaltungsanordnung galt nach ihrem Punkt 7. bis zum 31. Dezember 2000.

Diese Entscheidung wurde im Hinblick auf die Kosten für die verfahrensgegenständlichen Leistungen in Punkt 2.6. der Begründung des angefochtenen Bescheides im Wesentlichen damit begründet, dass in den Anhängen der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000, Z 33/99-87, die Zusammenschaltungsentgelte geregelt worden seien (vgl. Anhang 6). In diesem Bescheid seien insbesondere auch Entgelte für die Zusammenschaltung auf niedriger Netzhierarchieebene, wobei zwischen dem Zugang auf Netzvermittlungsstellen und Ortsvermittlungsstellen nicht unterschieden werde (V 33 -Terminierung lokal, die Mitbeteiligte an die Beschwerdeführerin), angeordnet worden, nicht jedoch Entgelte für die Terminierung lokal, von der Beschwerdeführerin an die Mitbeteiligte (V 39). Die kostenorientierten Entgelte (FL- LRAIC) seien im Rahmen des betriebswirtschaftlichen Gutachtens der Amtssachverständigen zu Z 33/99 ermittelt worden. Zu den festgelegten Entgelten für die Terminierung wurde in Punkt 4.4.2. der Begründung des angefochtenen Bescheides ausgeführt, dass die Zusammenschaltungsentgelte des marktbeherrschenden Unternehmens gemäß § 41 Abs. 3 TKG nach dem Grundsatz der Kostenorientiertheit entsprechend der Richtlinie (97/33/EG) festzulegen seien. In Konkretisierung des § 41 Abs. 3 TKG statuiere die zusammenschaltungsverordnung, dass die Zusammenschaltungsentgelte -soweit die Beschwerdeführerin als marktbeherrschendes Unternehmen betroffen sei -kostenorientiert auf der Grundlage eines Kostenrechnungssystems auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung festzulegen seien (in diesem Zusammenhang wird u.a. auf den Bescheid der belangten Behörde vom 17. April 2000, Z 33/99, S 121 ff, verwiesen). Die von den Gutachtern im Verfahren Z 33/99 durchgeführten Berechnungen hätten als Entgelte für die Verkehrsart V 33 für die Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,14 und für die Off-Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,07/Minute auf FL-LRAIC-Basis für den auf lokaler Ebene übergebenen Verkehr ergeben. Die Höhe der Entgelte der Verkehrsart V 39 sei mit dem gegenständlichen Bescheid festgelegt worden, richte sich allerdings nach der im Bescheid Z 33/99-87 festgelegten Verkehrsart V 3 (0,21 Peak und 0,10 Off-Peak). Insgesamt könne zu den Grundlagen der Entgeltfestlegung daher auf die Ausführungen im Bescheid Z 33/99 vom 17. April 2000 verwiesen werden.

Hinsichtlich der Entgelte für Verkehr, der von der Beschwerdeführerin der Mitbeteiligten an einem Netzübertragungspunkt auf niedriger Netzebene zur Terminierung übergeben werde, habe die belangte Behörde Folgendes erwogen:

Grundsätzlich werde bereits mit der Verbindung auf Hauptvermittlungsstellen-Ebene die Zusammenschaltung bewirkt (es wird auf den Bescheid der belangten Behörde vom 5. Oktober 1999, Z 3/98, S 96 ff und S 129 ff, verwiesen). Da bei einer Übergabe des Verkehrs auf niedrigerer Netzebene (für Verkehr, der im Einzugsbereich der Vermittlungsstelle terminiert wird) die "darüberliegenden" Netzelemente der Beschwerdeführerin nicht beansprucht würden, ergäben sich in diesem Fall auch niedrigere Kosten, die unter Berücksichtigung der Verpflichtung des Marktbeherrschers zur Kostenorientierung auf der Basis FL-LRAIC zu dem im Verfahren Z 33/99 bereits festgelegten Entgelt für diese Verkehrsart V 33 geführt hätten. Eine Verpflichtung des nicht marktbeherrschenden Zusammenschaltungspartners, in vergleichbarer Weise wie der Marktbeherrscher Zugang zu entbündelten Elementen des eigenen Netzes zu gewähren, bestehe nicht; ganz abgesehen davon, dass die Netzstruktur gerade in diesem Punkt nicht vergleichbar ist. Die Beschwerdeführerin solle jedoch nicht daran gehindert sein, den Verkehr auch an den Netzübertragungspunkten zu übergeben, die auf (ihrer) niedrigeren Netzebene eingerichtet seien. Im Netz der Mitbeteiligten würden dabei jedoch dieselben Ressourcen wie bei einer Übergabe auf den an den Vermittlungsstellen der Beschwerdeführerin eingerichteten Netzübertragungspunkten beansprucht, sodass das Entgelt in der Höhe von V 3 festgelegt worden sei.

In dem im angefochtenen Bescheid maßgeblich verwiesenen Verfahren Z. 33/99 wurde ein technisches Gutachten von Dipl. Ing. Mag. Dr. B, Dipl. Ing. E und Dipl. Ing. M und drei betriebswirtschaftliche Gutachten (Gutachten über die Bestimmung der Kapitalkosten unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsmarktes für die Erbringung des Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes im Zusammenhang mit der Erbringung originärer und terminierender Zusammenschaltungsleistungen von den nichtamtlichen Sachverständigen Univ. Prof. Dr. D und Univ. Prof. Dr. Z, Gutachten zur Ermittlung der Kosten auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten ("forward looking long run average incremental costs" -FL- LRAIC) der Zusammenschaltung der Beschwerdeführerin (auf der Grundlage einer von den Gutachtern zu erstellenden Kostenstudie und Sensibilitätsanalyse auf der Basis des WIK-Bottom-Up-Modells) von den nichtamtlichen sachverständigen Dr. S und Dr. N und ein wirtschaftlich-technisches Gutachten zur Feststellung der Kosten der Beschwerdeführerin für Zusammenschaltungsleistungen (unter

Zuhilfenahme eines Top-Down-Ansatzes der Amtssachverständigen Ing. L u.a.) und ergänzende Stellungnahmen zu den zuletzt genannten drei Gutachten erstattet.

Zu den Kriterien für die Festsetzung des Entgeltes von Zusammenschaltungsleistungen führte die belangte Behörde in der im angefochtenen Bescheid maßgeblich verwiesenen Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000, Z. 33/99-87, unter Punkt 4.5.1. der Begründung Folgendes an:

"4.5.1.1. Europarechtliche Vorgaben

Hinsichtlich der für die Zusammenschaltung zu verrechnenden Entgelte normiert der Anhang der RL 90/387/EWG in der Fassung der RL 97/51/EG in Z 3 unter dem Titel 'harmonisierte Tarifgrundsätze': 'Die Tarife müssen auf objektiven Kriterien beruhen und (...) grundsätzlich kostenorientiert sein'. 'Bei allen Tarifen für den Zugang zu Netzressourcen oder Diensten sind die genannten Grundsätze und die Wettbewerbsregeln des Vertrags einzuhalten und das Prinzip der angemessenen Umlegung der Gesamtkosten für die genutzten Ressourcen sowie die notwendige Investitionsrendite (...) gemäß der Richtlinie über die Zusammenschaltung zu berücksichtigen.'

Daraus erhellt, dass nach dem Willen des Richtliniengabers alle Tarife für den Zugang zu Netzressourcen oder Diensten marktbeherrschender Unternehmen kostenorientiert sein sollen.

Art 7 Abs 2 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) stellt klar, dass der Grundsatz der Kostenorientierung bei der Festlegung der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung findet.

Mit Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 15.6.1999 sowie vom 23.07.1999, M 1/99, wurde festgestellt, dass die TA sowohl auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes als auch auf dem Zusammenschaltungsmarkt eine marktbeherrschende Stellung innehat. Das Entgelt für diesen Netzzugang hat daher nach den genannten Richtlinien kostenorientiert zu sein.

Freilich ergibt sich dies auch schon aus Art 82 (früher Art 86 EGV): Gemäß dieser Bestimmung bedeutet die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung unangemessener Verkaufspreise eine Form des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Die Angemessenheit wird dabei auf Grund des Wertes der Gegenleistung beurteilt (EuGH Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, 207 Rn 257).

Für die Beurteilung der Angemessenheit werden auch Vergleiche mit Preisen anderer Unternehmen (EuGH Rs 110/88, *Lucazeau ua/SACEM*, Blg 1989, 2811 Rn 25), Vergleiche mit anderen geographischen

Gebieten, die dem Wettbewerb unterliegen (EuGH Rs 30/87, *Bodson*, Slg 1988, 2479 Rn 31), oder die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens (z.B. EuGH Rs 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg

1989, 803 Rn 43) herangezogen. Die Kommission führt im Speziellen aus, dass sie in passenden Fällen die Berechnungen der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens durch die nationalen Telekom-Regulierungsbehörden zur Bestimmung eines angemessenen Preises heranziehen würde (Mitteilung, Rn 109).

Auf Grund des Anhangs der RL 90/387/EWG idF 97/51/EG und Art 7

Abs 2 RL 97/33/EG sowie auf Grund Art 82 EG (früher Art 86 EGV) ergibt sich daher die Unterwerfung sämtlicher Leistungen der TA unter das Prinzip der Kostenorientierung. Vor diesem Hintergrund ist das nationale Recht zu interpretieren -dieses ist nach der Judikatur des EuGH so weit als möglich im Lichte des Gemeinschaftsrechtes auszulegen.

Die Richtlinie enthält ferner in Art 7 Abs 2 die Bestimmung, dass sich die Entgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten lassen müssen, wobei die Beweislast dafür bei der Organisation liegt, die die Zusammenschaltung mit ihren Einrichtungen bereitstellt. Wie schon der Begriff 'herleiten' zum Ausdruck bringt, bedeutet dies keineswegs einen 'Kostenpreis', der sich unter Berücksichtigung sämtlicher Kosten des Netzbetreibers ergibt. Die zur Auslegung der Richtlinie heranzuziehenden Erwägungsgründe präzisieren, was unter dem Grundsatz der Kostenorientierung im Sinne des Art 7 Abs 2 der Richtlinie 97/33/EG zu verstehen ist: 'Die Höhe der Entgelte sollte die Produktivität und eine effiziente Markterschließung fördern; sie sollten nicht unterhalb der Grenze liegen, die anhand langfristiger Grenzkosten und einer Kostenzurechnung auf Grund der tatsächlichen Kostenverursachung berechnet wird und auch nicht eine Obergrenze überschreiten, die sich aus den Kosten ergibt, die anfallen würden, wenn die betreffende Zusammenschaltung unabhängig von anderen Leistungen bereitgestellt wird ('stand-alone-costs').

Zusammenschaltungsentgelte, die auf einem Preisniveau beruhen, das sich eng an den langfristigen Grenzkosten für die Bereitstellung des Zugangs zur Zusammenschaltung orientiert, sind dazu geeignet, die rasche Entwicklung eines offenen und wettbewerbsfähigen Marktes zu fördern.'

(Erwägungsgrund 10 zur RL 97/33/EG). Der Begriff 'Grenzkosten' ist dabei aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht ganz zutreffend: offensichtlich gemeint sind Zusatzkosten, wie dies etwa auch in der englischen Sprachfassung ('incremental costs') zum Ausdruck kommt. Auch die österreichische Umsetzung durch die Zusammenschaltungsverordnung bezieht sich zutreffenderweise auf Zusatzkosten.

4.5.1.2. Nationales Recht

Das Prinzip der Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte findet sich in § 41 Abs 3 TKG und in § 8 Abs 2 ZVO.

§ 41 Abs 3 TKG bestimmt, dass '(e)ntsprechend der Richtlinie (...) der Grundsatz der Kostenorientiertheit nur bei Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung' findet. Zudem nimmt diese Bestimmung auf das Prinzip der Kostenorientierung indirekt Bezug, nämlich insofern als diese Bestimmung die Regulierungsbehörde verpflichtet, bei der Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung die ONP-Richtlinien zu beachten. Unter diesen Richtlinien sind unter anderem die RL 90/387/EWG, 97/33/EG, 97/51/EG und 98/10/EG zu nennen. Der Verweis auf diese Richtlinien bewirkt, dass diese Richtlinien von der Regulierungsbehörde insofern beachtet werden müssen, als sie kraft des Europarechts direkt wirken und unmittelbar anwendbar sind, aber insofern sie auf Grund der Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Rechts indirekt Wirksamkeit *inter partes* haben.

Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG normiert -wie bereits dargelegt - eindeutig, dass Zusammenschaltungsentgelte den Grundsätzen der Transparenz und der Kostenorientierung unterliegen. Wenngleich die Richtlinie 97/33/EG zum Zeitpunkt der parlamentarischen Behandlung des TKG nicht veröffentlicht war, wurde auf sie durch Einfügung des letzten Satzes des § 41 Abs. 3 TKG bereits Bezug genommen. In diesem Satz wird festgelegt, dass -wie dies in Artikel 7 Abs 2 der Richtlinie 97/33/EG vorgesehen ist -der Grundsatz der Kostenorientierung nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung findet. Angesichts dieser Historie und in konsequenter Anwendung des Grundsatzes der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts ergibt sich daher die Unterwerfung der Zusammenschaltungsleistungen der TA unter das Prinzip der Kostenorientierung.

In Übereinstimmung damit hat auch der Verordnungsgeber der ZVO in § 8 Abs 2 ZusammenschaltungsVO generell *für* Zusammenschaltungsentgelte den Grundsatz der Kostenorientierung angeordnet. Unter dem Begriff 'Zusammenschaltungsentgelte' kann dabei nichts anderes verstanden werden, als alle Entgelte *für* Zusammenschaltleistungen, das sind Leistungen, die im Sinne des § 3 Z 16 TKG und § 41 TKG als Zusammenschaltung zu qualifizieren sind. Diese klare Anordnung der ZVO ist, wie oben dargelegt, gesetzeskonform und auch durch das Gemeinschaftsrecht gefordert.

§ 8 Abs. 3 ZVO determiniert die Kostenorientierung noch weiter, indem er bestimmt, dass die Kosten auf der Grundlage der Kostenrechnungssysteme nach § 9 ZVO zu ermitteln sind. § 9 Abs 3 ZVO ordnet dabei die Verwendung der FL-LRAIC-Methode an (zukunftsorientierte langfristige durchschnittliche zusätzliche Kosten entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung).

Für die von der Telekom-Control-Kommission zu treffende Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte ist daher der entscheidungsrelevante Grundsatz der Kostenorientiertheit im

Sinne des § 41 Abs 3 TKG eindeutig dahingehend zu verstehen, dass eine Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (forward looking long run average incremental costs, FL-LRAIC) zu erfolgen hat. Im Folgenden wird näher auf die Berechnungsmethoden für FL-LRAIC eingegangen.

Berechnungsmethoden für FL-LRAIC

In Abhängigkeit von der gewählten Annahme der Netztopologie (Hierarchieebenen, Anzahl und Standort der Vermittlungs- und Übertragungstechnik) ergeben sich in der Praxis mehrere Möglichkeiten zur Berechnung von FL-LRAIC. Dabei bedient man sich Kostenmodellen, die die komplexen Produktionsprozesse für Telekommunikationsprodukte bzw. Dienstleistungen auf eine überschaubare Zahl von wesentlichen Beziehungen zwischen eingesetzten Produktionsfaktoren und Leistungsangebot abbilden.

Zur Berechnung mittels des Top Down Ansatzes

Bei diesem Ansatz geht man am Beginn der Modellierung vom bestehenden Netz aus und versucht dieses mit der entsprechenden Wahl von Kostenstellen, Kostenträgern und aktivitätsorientierten Zurechnungen möglichst wahrheitsgetreu abzubilden. Ausgangsbasis sind dafür die bestehenden Informationen aus der Kostenrechnung bzw. der Buchhaltung. Bei einem Top Down Ansatz werden alle für Zusammenschaltung nicht relevanten Kosten eliminiert (der Zusammenschaltung nicht direkt zurechenbare Kosten, Altlasten, Überkapazitäten, Ineffizienzen).

Da der Ansatz auf tatsächlichen Kosten beruht und alle Kosten aktivitätsorientiert ermittelt werden, bietet er bei entsprechender Transparenz und Nachvollziehbarkeit gute Ergebnisse für die Höhe der auf der Basis von FL-LRAIC ermittelten Zusammenschaltungsentgelte. Werden jedoch vorhandene Ineffizienzen nicht aus dem Modell eliminiert, so ergeben sich durch diese Berechnung zu hohe Werte für FL-LRAIC.

Ein Top Down Ansatz sehr feiner Granularität und die Berücksichtigung vieler Kostenstellen und Abhängigkeiten führen dazu, dass das Modell sehr komplex und intransparent wird. Vereinfachungen und Komplexitätsreduktionen bergen wiederum die Gefahr in sich, dass das Gebot der Verursachungsgerechtigkeit nicht ausreichend beachtet wird. Die Ergebnisse eines Bottom Up Modells (vgl dazu die nachfolgenden Ausführungen) wiederum tragen dazu bei, Anhaltspunkte über die bereits oben erwähnten Ineffizienzen zu liefern.

Zur Berechnung mittels des Bottom Up Ansatzes

Mit Bottom Up Kostenmodellen versucht man in der Praxis, auf analytischer Basis zunächst zu bestimmen, welche Netzwerkelemente notwendig sind, um eine bestimmte Nachfrage effizient zu befriedigen. Dazu ist eine aufwändige technische Modellierung eines optimalen Netzes notwendig, bei der die Art, Zahl, Standorte der Netzknoten und die eingesetzte Vermittlungs- und Übertragungstechnik für das Anschluss- und Vermittlungsnetz bestimmt werden. Nach der Modellierung erfolgt die Zurechnung von Kosten auf die einzelnen Netzwerkelemente. Durch entsprechende Berücksichtigung von allen zur Leistungserstellung notwendigen Kosten kann eine Annäherung an FL-LRAIC erzielt werden.

Ein Bottom Up Modell muss jedoch Vereinfachungen vornehmen, da es in der Praxis nicht möglich ist, ein in ganz Österreich flächendeckendes Netz bis auf jeden einzelnen Haushalt zu modellieren. Ein wesentlicher Erfolgsfaktor für die Modellierung ist die Verfügbarkeit von Daten. Dabei ist es einerseits Voraussetzung, dass vom marktbeherrschenden Unternehmen entsprechende Daten über das Gesprächsverhalten bzw. die Nachfrage vorliegen. Diese Daten bilden den Ausgangspunkt für die Dimensionierung des Netzes. Im daran angeknüpften Modellierungsprozess müssen realistische Wiederbeschaffungswerte in das Modell eingebracht werden. Diese Wiederbeschaffungswerte sollten von den Marktteilnehmern zur Verfügung gestellt werden.

Der Ansatz ist auf Grund seiner geringeren Komplexität transparenter und leichter nachvollziehbar als ein Top Down Ansatz. Er orientiert sich teilweise (z.B. Orte der Vermittlungsstellen) an einem bestehenden Netz. Je realitätsnäher und je feiner die Modellierung durchgeführt wird und je verlässlicher und genauer die Angaben und Annahmen zur Netzstruktur, den Wiederbeschaffungswerten und den Betriebskosten sind, desto größer wird die Aussagekraft eines solchen Modells sein."

Im Punkt 4.5.2.2. führte die belangte Behörde in der Zusammenschaltungsanordnung Z. 33/99 zur Zulässigkeit des Bottom Up Modells noch Folgendes ins Treffen:

"Entgegen der Ansicht der TA ist das analytische Kostenkonzept eines Bottom-Up-Modells durchaus eine Methode zur Verwirklichung des im Gemeinschaftsrecht manifestierten Grundsatzes der Kostenorientierung. So spricht zwar die RL 97/33/EG in ihrem Art 7 Abs 2 Satz 2 von den tatsächlichen Kosten, dies schließt jedoch die Heranziehung eines Bottom-Up-Modells zur Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte nicht aus. Dies lässt sich auch aus der Mitteilung der Europäischen Kommission über Zusammenschaltungsentgelte in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt vom 19.3.1998, ABI. C 84/98, S 3-11, ableiten. Darin bringt die Kommission zum Ausdruck, dass sich die Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten für die Übergangszeit mit dem Konzept der 'besten gegenwärtigen Praxis' behelfen sollten, bis die Informationen vorliegen, die zur Ermittlung der Kosten LRAIC-Basis nach der Bottom-up Methode erforderlich sind. Es wird sohin deutlich, dass das Gemeinschaftsrecht den Bottom-up Ansatz als taugliches Instrument zur Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte ansieht.

Darüber hinaus ist der TA entgegenzuhalten, dass den nicht amtlichen Sachverständigen Dr. S und Dr. N bei der Durchführung des Gutachtens eine Reihe von Daten vorlagen, die von der TA selbst zur Verfügung gestellt worden sind. So war wesentliche Grundlage eine von der TA übermittelte Datenbank mit Hauptverteilerinformationen.

Konkret enthält die Datenbank Namen, Geokoordinaten sowie angeschlossene Teilnehmer für alle 1488 Hauptverteilerstandorte der TA. Weiters erstattete die TA im Rahmen einer Fragebogenbeantwortung Angaben über die wesentlichen Inputparameter des Bottom-up Modells. Über diese Parameter erfolgte darüber hinaus eine Abstimmung zwischen den Sachverständigen und Vertretern der TA (vgl. das Gutachten SiN, S 3). Es wird somit deutlich, dass es entgegen der Ansicht der TA auf Grund dieser von der TA bereitgestellter Inputparameter zu keiner Entgeltbestimmung 'kraft analytischer -von real existierende Bedingungen völlig abgehobener -Berechnungen auf Grund fiktiv angenommener Netze' kommt."

In Punkt 4.5.2.3. der verwiesenen Zusammenschaltungsanordnung Z. 33/99 wurde die Festlegung der konkreten Höhe der Zusammenschaltungsentgelte begründet. So wird dazu betreffend die Verkehrsarten V 33 (lokale Terminierung), V 3 (regionale Terminierung), V 4 (nationale

Terminierung) im Wesentlichen ausgeführt, dass -wie bereits unter Pkt. 4.5.1. eingehend ausgeführt - die Entgelte kostenorientiert auf der Grundlage eines Kostenrechnungssystems auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung festzulegen seien. Die bestmögliche Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen zusätzlichen Kosten eines effizienten Netzbetreibers habe für die Verkehrsart V 33 für die Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,14/Minute und für die Off-Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,07/Minute, für die Verkehrsart V 3 für die Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,21/Minute und für die Off-Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,10/Minute und für die

Verkehrsart V 4 für die Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,31/Minute und für die Off-Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,12/Minute ergeben. Diese Entgelte ergäben sich aus dem arithmetischen Mittel aus einem Szenario des Bottom-Up-Modells (Bottom-Up-Modell mit Inputdatensätzen des VAT -Verband Alternativer Telekommunikationsanbieter) und aus dem Top-Down-Modell mit Annahme eines 20 %igen Verbesserungspotenzials.

Konkret seien zum einen die Ergebnisse des Top-Down-Modells (unter Annahme eines 20 %igen Verbesserungspotenzials) als Kostenobergrenze herangezogen worden. Die Annahme eines 20 %igen Verbesserungspotenzials basiere -wie bereits unter Punkt 2.6. ausführlich dargestellt -darauf, dass die Ergebnisse aus dem

Top-Down-Modell die Plankosten für das Jahr 2000 darstellten. Insbesondere unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes, dass im Kostenrechnungsmodell eine alte Netzstruktur (Stand 31. Dezember 1998) zur Anwendung gelange und es darüber hinaus an einer zukunftsorientierten Betrachtung der Mietleitungsnachfrage mangle, sei es für eine Annäherung an die FL-LRAIC notwendig, Ineffizienzen zu eliminieren. Indiz für diese Notwendigkeit sei darüber hinaus der Umstand, dass die von den amtlichen Sachverständigen auf der Basis des Top-Down-Modells ermittelten Kosten tendenziell höhere Werte ergäben als die von den nichtamtlichen Sachverständigen auf der Grundlage des Bottom-Up-Modells ermittelten Kosten. Auf Grund dieser Differenz werde nach Ansicht der belangten Behörde deutlich, dass mögliche Effizienzpotenziale noch nicht vollständig ausgeschöpft seien.

Für die Annäherung an FL-LRAIC erschienen der belangten Behörde daher im Bereich der Terminierung Effizienzabschläge in der Größenordnung von 20 % als gerechtfertigt. Die Rechtfertigung ergebe sich aus dem Umstand, dass die Mietleitungsnachfrage stärker ansteigen werde als die Nachfrage nach Sprachtelefonie und auch die "economies of scope" in der Übertragungstechnik zunehmen würden. Darüber hinaus würden durch den Rückbau von Vollvermittlungsstellen auf abgesetzte Konzentratoren

Einsparungen im Bereich der Vermittlungstechnik möglich sein. Weiters seien im Netz der Beschwerdeführerin im Bereich der Linientechnik Reservekapazitäten vorhanden und schließlich gebe es in den innerbetrieblichen Prozessen der Beschwerdeführerin noch erhebliche Effizienzsteigerungspotenziale. In der Folge

werden die sich auf der Basis des Top-Down-Modells ergebenden Entgelte für die angeführten Verkehrsarten genannt.

Zu dem herangezogenen Bottom-Up-Modell führte die belangte Behörde aus, dass bei Zugrundelegung der Inputparameter der Beschwerdeführerin das Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell Kosten ergebe, welche über den Vollkosten der Beschwerdeführerin lägen. Dies liege daran, dass für die einzelnen Komponenten die aktuellen Einkaufspreise auf der Basis von langfristigen Rahmenverträgen, die noch vor der Liberalisierung des Sprachtelefoniedienstes abgeschlossen worden seien, angegeben worden seien. Darüber hinaus seien von der Beschwerdeführerin keine verlässlichen Angaben über das Verhältnis zwischen schmal- (Sprache)

und breitbandiger (Daten) Nutzung der Infrastruktur gemacht worden. Ein zusätzliches Problemfeld bildeten auch die unverhältnismäßig hohen Kosten für das Zeichenabgabernetz. Nach Ansicht der belangten Behörde erscheine daher eine Orientierung an dem Bottom-Up-Modell, das *auf* den Inputparametern der Beschwerdeführerin basiere, nicht zweckmäßig; es sei vielmehr *auf* die Ergebnisse des Bottom-Up- Modells *auf* Basis der Inputparameter des VAT abzustellen. In der Folge werden die sich daraus ergebenden Entgelte angeführt. Das arithmetische Mittel aus der aufgezeigten Preisobergrenze sowie der aufgezeigten Preisuntergrenze erscheine daher zur Bestimmung der konkreten Zusammenschaltungsentgelte als gerechtfertigt. Beide Modelle würden gute und unabhängige Werte liefern, die nach den Grundsätzen der mathematischen Schätzung im Sinne eines Mittelwertes ein Ergebnis lieferten, die die Fehlerwahrscheinlichkeit nach beiden Seiten minimieren würde. Die Orientierung an diesem arithmetischen Mittel zeige jedoch auch, dass die daraus resultierenden Werte zwar geringfügig über den Benchmarks der (nicht verbindlichen) Empfehlung der Europäischen Kommission vom 20. März 2000 lägen, sich aber dennoch im internationalen Vergleich im besseren Mittelfeld bewegten. Abschließend begründete die belangte Behörde in diesem Zusammenhang, warum die Entgeltfestlegung allein *auf* der Basis von Vergleichswerten anderer Länder nicht angewendet worden sei.

Im Rahmen der Beweiswürdigung setzte sich die belangte Behörde in dem verwiesenen Bescheid Z. 33/99 mit der ausführlichen Stellungnahme der Beschwerdeführerin zu den betriebswirtschaftlichen Gutachten, *auf* Grund deren das Entgelt festgesetzt wurde, auseinander und kam abschließend zu der Beurteilung, dass sich die Darlegung der Kosten der Zusammenschaltungsleistungen aus den für schlüssig und widerspruchsfrei erachteten Gutachten einerseits der Amtssachverständigen Ing. Dr. L u.a., andererseits der nichtamtlichen Sachverständigen Dr. S und Dr. N ergebe. Der Kapitalkostenzinssatz (WACC -durchschnittlich gewichtete Kapitalkosten nach Körperschaftsteuer) unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Telekommunikationsmarktes für die Erbringung des Sprachtelefondienstes mittels eines Festnetzes im Zusammenhang mit der Erbringung originierender und terminierender Zusammenschaltungsleistungen sei in dem nicht minder überzeugenden und zweifelsfreien Gutachten von Univ. Prof. Dr. D und Univ. Prof. Dr. Z ermittelt worden. Die gegen die Gutachten vorgebrachten Einwände der Verfahrensparteien (u.a. die Beschwerdeführerin) hätten die Stichhaltigkeit und Glaubwürdigkeit der Ergebnisse nicht zu erschüttern vermocht.

In der gegen den angefochtenen Bescheid erhobenen Beschwerde wird Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht. Das Beschwerdevorbringen betreffend die Entgeltfestsetzung und -ermittlung stimmt mit dem Beschwerdevorbringen im Verfahren Zl. 2000/03/0174 weitgehend überein, das den verwiesenen Zusammenschaltungsbescheid vom 17. April 2000, Zl. 33/99-87, zum Gegenstand hat. Als Beschwerdepunkt wird das "Recht gemäß § 41 Abs. 3 TKG auf kostenorientierte Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten" geltend gemacht. Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 26. November 2002 zu einer entsprechenden Anfrage des Verwaltungsgerichtshofes hat ergeben, dass damit nur das Entgelt bekämpft wird, das die Beschwerdeführerin (als marktbeherrschendes Unternehmen) gemäß dem angefochtenen Bescheid für entsprechende Zusammenschaltungsleistungen verlangen darf.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und -wie die mitbeteiligte Partei -eine Gegenschrift samt Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde erstattet. Die belangte Behörde legte im Hinblick auf das in den Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0125 und Zl. 2000/03/0174 gleichartige Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Rechtswidrigkeit der Entgeltfestsetzung und -ermittlung die im Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0125 erstattete Gegenschrift ergänzend vor, die wiederum mit der im Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0174 erstatteten Gegenschrift übereinstimmt. Der dem Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0125 zu Grunde liegende Zusammenschaltungsbescheid Z. 30/99-88 ist auf der Grundlage derselben Beweismittel

wie der Zusammenschaltungsbescheid Z. 33/99-87 erfolgt und stimmt inhaltlich mit letzterem Bescheid überein mit der Ausnahme, dass er gegenüber einem anderen mitbeteiligten Telekommunikationsunternehmen ergangen ist.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1.1. Die vorliegende, am 19. Juni 2000 beim

Verwaltungsgerichtshof eingelangte Beschwerde ist gemäß § 115 Abs. 2

Telekommunikationsgesetz 1997 i.d.F. des Art. 29 Z. 26 Budgetbegleitgesetz 2000, BGBl. I Nr. 26, zulässig (Ende der für vor dem 1. Juni 2000 erlassene Bescheid maßgeblichen Beschwerdefrist am 20. Juni 2000; vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 6. September 2001, Zl. 2000/03/0195).

1.2. Nach der hg. Rechtsprechung (vgl. u.a. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 19.

September 1984, Slg. Nr. 11.525/A) kommt dem Beschwerdepunkt i.S.d. § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG bei der Prüfung des angefochtenen Bescheides entscheidende Bedeutung zu, weil der

Verwaltungsgerichtshof nach der Anordnung des § 41 Abs. 1 VwGG nicht zu prüfen hat, ob irgendein subjektives Recht des Beschwerdeführers, sondern nur ob jenes verletzt wurde, dessen Verletzung er behauptet. Durch den Beschwerdepunkt wird der Prozessgegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens festgelegt und der Rahmen abgesteckt, an den der Verwaltungsgerichtshof bei der Prüfung des angefochtenen Bescheides gebunden ist. In diesem Sinne ist im vorliegenden Beschwerdefall angesichts des im Sinne der Beschwerdeführerin zu verstehenden Beschwerdepunktes allein jene Entgeltfestsetzung beschwerdegegenständlich, die gegenüber der Beschwerdeführerin für die von ihr vorzuschreibenden Entgelte vorgenommen wurde.

1.3. Der Umstand, dass die bekämpfte Entgeltfestsetzung des angefochtenen Bescheides nur bis 31. Dezember 2000 gegolten hat, bewirkt im Hinblick darauf, dass der angefochtene Bescheid im Zeitraum von 10. Mai 2000 bis 31. Dezember 2000 Grundlage für die davon erfassten Zusammenschaltungsentgelte war, die nach einer allfälligen Aufhebung in der Folge für diesen in der

Vergangenheit gelegenen Zeitraum neu zu regeln wären, keinen Wegfall der Beschwer.

2.1. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, dass sowohl das gemeinschaftsrechtliche Richtlinienrecht als auch das nationale Recht bei der Festlegung von

Zusammenschaltungsentgelten eine Kostenorientierung anhand der konkreten Kosten des jeweiligen marktbeherrschenden Unternehmens verlangten und eine Kostenbestimmung anhand fiktiv angenommener Netze nicht zuließen. Dennoch habe die belangte Behörde in ihrem Bescheid Zusammenschaltungsentgelte für alle Terminierungsleistungen

(lokal: V 33, regional: V 3 und national: V 4) sowie für lokale Originierung (V 41) und regionale Originierung (V 11) nicht an den Kosten der Beschwerdeführerin orientiert, sondern unter

Bezugnahme auf ein von der belangten Behörde fiktiv angenommenes "effizientes Netz" ("Bottom-Up") bestimmt. Im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht wird ausgeführt, dass sich bereits aus Art. 7 Abs. 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie RL 97/33/EG das Gebot

einer Kostenorientierung von Zusammenschaltungsentgelten im Sinne einer Orientierung an den konkreten Kosten des jeweiligen marktbeherrschenden Unternehmens ergäbe. Danach seien die Zusammenschaltungskosten auf Grund der einschlägigen

Kostenrechnung des entsprechenden Unternehmens zu bestimmen. Die Richtlinie habe primär eine privatautonome Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte im Auge, für die "die Richtlinie einen (durchaus breiten) Rahmen von Kostenorientierung" definiere. Art. 7 Abs. 2 der angeführten

Richtlinie spreche davon, dass "Zusammenschaltungsentgelte den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung unterliegen". Inhalt dieser Kostenorientierung Bei das Erfordernis, "dass sich Entgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten". Auch durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die "tatsächlichen Kosten" ordne die Richtlinie eine Kostenorientierung im Sinne der Kosten des jeweiligen Unternehmens an. In diesem Sinne sehe Art. 7 Abs. 2 der angeführten Richtlinie auch die Möglichkeit der Regulierungsbehörde vcr, die Unternehmen zu einer vollständigen Begründung ihrer Zusammenschaltungsentgelte aufzufordern. Als kostenorientiert könne ein Unternehmen nur Zusammenschaltungsentgelte auf der Basis realer Netzdaten begründen, nicht aber Entgelte eines anderen -hypothetisch angenommenen -Netzes.

Auch Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 97/33/EG wiederhole den Grundsatz der Kostenorientierung und knüpfe durch den Hinweis auf die geforderte ausreichende Aufgliederung der entsprechenden Kostengrößen sowie die Empfehlung "kapazitätsabhängiger Entgelte" unmittelbar an die Kostenstruktur des jeweiligen konkreten Unternehmens an. Als Untergrenze nenne Erwägungsgrund 10 eine Kostenrechnung "anhand langfristiger Grenzkosten (gemeint: Zusatzkosten) und einer Kostenzurechnung auf Grund der tatsächlichen Kostenverursachung". Auch mit dieser Terminologie stelle die angeführte Richtlinie auf die Kosten des konkreten Unternehmens ab, denn nur insoweit sei eine "Kostenzurechnung auf Grund der tatsächlichen Kostenverursachung" möglich.

Auch die innerstaatliche Rechtslage (§ 41 Abs. 3 TKG, weiters § 8 Abs. 2 und § 9 Abs. 1 und 3 Zusammenschaltungs-VO -ZVO) entspreche dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot einer an den Kosten des konkreten Unternehmens Maß nehmenden Kostenorientierung. So normiere § 41 Abs. 3 TKG "den Grundsatz der Kostenorientiertheit ...bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen". Auch die für die Vollziehung maßgebliche Zusammenschaltungsverordnung kenne eine Kostenermittlung allein auf Grund der jeweiligen Kosten des konkreten Unternehmens. Schon § 8 Abs. 3 ZVO erlaube eine angemessene Umlegung der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten (sowie weiterer spezifischer Kosten) des Unternehmens auf die Zusammenschaltungsentgelte und las se damit -weil gemeinsame Kosten und Gemeinkosten wesensgemäß Kostenkategorien eines real bestehenden Unternehmens seien -eine klare Bezugnahme auf das konkrete Telekomunternehmen erkennen. Der allgemeine Grundsatz der Kostenorientierung ergebe sich sodann aus § 8 Abs. 2 ZVO, wonach Zusammenschaltungsentgelte den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung unterlägen und auf der Grundlage der Kostenrechnungssysteme gemäß § 9 zu erstellen seien. Indem § 9 ZVO die Anforderungen an die Kostenrechnungssysteme der Telekomunternehmen definiere, stelle die ZVO auf die Kosten des konkreten Unternehmens ab. § 9 Abs. 3 ZVO sehe im Speziellen vcr, dass Kostenrechnungssysteme marktbeherrschender Betreiber auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung zu gestalten seien. Auch daraus ergebe sich, dass allein die Kosten des marktbeherrschenden Betreibers und nicht die Kosten irgendeines anderen (hypothetischen) Betreibers für die Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte maßgeblich seien. Im Ergebnis stehe damit fest, dass Zusammenschaltungsentgelte -in einer aktivitätsorientierten "forward-looking"-Perspektive -anhand der konkreten Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens zu ermitteln seien.

Die belangte Behörde habe im angefochtenen Bescheid die Kosten

eines fiktiven Betreibers rechtswidrig herangezogen. Dies stehe in einem offenen Widerspruch zu der angeführten gemeinschaftsrechtlichen und innerstaatlichen Rechtslage. Die Behörde habe zwar zunächst auf der Grundlage des

Kostenrechnungssystems der Beschwerdeführerin durch ein wirtschaftliches Gutachten *auf* FL-LRAIC-Basis die Zusammenschaltungskosten der Beschwerdeführerin ermitteln lassen. Diese Berechnung sei unter Heranziehung von unrichtig ermittelten Kapitalkosten erfolgt, die solcherart ermittelten Zusammenschaltungskosten lägen deshalb unterhalb der "long run average incremental costs" der Beschwerdeführerin. Die Behörde habe die Zusammenschaltungsentgelte der Beschwerdeführerin für lokale, regionale und nationale Terminierung sowie lokale und regionale Originierung nicht einmal *auf* Basis der Kosten der Beschwerdeführerin gemäß FL-LRAIC, sondern entscheidend unterhalb der solcherart ermittelten Kosten festgelegt, in dem sie auch die Kosten eines fiktiv angenommene[n] sog. "effizienten Netzbetreibers" (sog. "Bottom-Up-Kostenmodell") ermitteln habe lassen und diese Kosten -die mit den realen Kosten eines existierenden Netzbetreibers nichts zu tun hätten -ihrer Entgeltbestimmung zu Grunde gelegt. Ein solches "Bottom-Up- Kostenmodell" ermittle Zusammenschaltungsentgelte *auf* Grundlage von Annahmen über ein - real weder existentes noch tatsächlich konkret verwirklichtes -rein hypothetisch angenommene[n] "effizientes" Unternehmen. Bottom- Up-Modelle modellierten eine Produktionsfunktion, leiteten davon eine Kostenfunktion ab und simulierten solcherart die einschlägigen ökonomischen Parameter eines solchen hypothetisch angenommene[n] Netzbetreibers. Die Behörde habe eine Art "Mittelwert" zwischen den konkreten Zusammenschaltungskosten der Beschwerdeführerin (abzüglich eines - völlig freihändig angenommene[n] -Effizienzabschlages) und der von ihr beauftragten Bottom-Up-Berechnung errechnet. Die Kosten der Beschwerdeführerin seien daher *auf* Grundlage eines hypothetisch angenommene[n] Netzes *auf* rein analytischer Basis ermittelt worden. Die Heranziehung der hypothetisch ermittelten Kosten eines fiktiv angenommene[n] "effizienten Betreibers" erfolge ohne jede Rechtsgrundlage.

Auch die belangte Behörde weise in ihrer Begründung darauf hin, dass die Richtlinie 97/33/EG in ihrem Art. 7 Abs. 2 Satz 2 von einer Kostenorientierung im Sinne der "tatsächlichen Kosten" spreche. Warum dies jedoch die Heranziehung eines Bottom-Up- Modells zur Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte nicht ausschließe, wie die belangte Behörde meine, sei nicht nachvollziehbar. Die Behörde lasse dabei auch die detaillierten - genau gegenteiligen - Bestimmungen der ZVO unerwähnt.

Die Tatsache, dass § 8 Abs. 3 ZVO die Berücksichtigung von gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten vorsehe, zeige, dass die ZVO die Zusammenschaltungskosten *auf* der Basis existierender Unternehmen und somit *auf* der Basis von Top-Down- Kostenrechnungsmodellen festlegen wolle. Die Berücksichtigung von gemeinsamen Kosten oder Gemeinkosten erfordere nämlich ein Umlagen von Kostenelementen, das inhaltlich notwendigerweise mit einer Top- Down-Berechnung verbunden sei. Bottom-Up-Modelle würden derartige Rechnungsschritte nicht kennen, da bei Rechnungen von "unten nach oben" keine Kostenblöcke (wie etwa Gemeinkosten) für mehrere Leistungen übrig blieben, die per Umlage auf Produkte alloziert werden müssten. Deshalb rechneten Bottom-Up-Modelle genau umgekehrt mit "Zuschlägen". Die von der belangten Behörde getroffene Entgeltfestlegung erweise sich daher auch als mit § 9 Abs. 3 zva und § 41 Abs. 3 TKG unvereinbar. Für eine Bottom-Up- Kosten inhaltlich mitberücksichtigende "Mittelwerterrechnung" welcher Art immer bestehe nach den §§ 8 und 9 zva und im Lichte des § 41 TKG keinerlei Grundlage. Der Bescheid erweise sich schon insoweit jedenfalls als rechtswidrig.

2.2. Der dargelegten Auffassung der Beschwerdeführerin kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

2.2.1. Maßgebliche nationale Rechtsvorschriften sind die folgenden:

Aus dem TelekommunikationsG 1997, BGBl. I Nr. 100 in der Fassung der Novellen BGBl. I Nr. 98/1998, 27 und 188/1999 (TKG):

"§ 3. Im Sinn dieses Bundesgesetzes bedeutet

...

7. I Netzzugang, die physische und logische Verbindung eines Telekommunikationsnetzes mit einem anderen Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben zum Zwecke des Zugriffs auf Funktionen dieses Telekommunikationsnetzes oder auf die darüber erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen

...

16. 'Zus~enschaltung' jenen Netzzugang, der die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen herstellt, um Nutzern, die an verschiedenen Telekommunikationsnetzen angeschlossen sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen."

"§ 32. (1) Die Regulierungsbehörde hat durch die nachfolgend angeführten Maßnahmen der Regulierung

1. einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt sicherzustellen,
2. den Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern,
3. den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen und Missbräuchen vorzubeugen,
4. die Einhaltung der Grundsätze eines offenen Netzzuganges gemäß aNP sicherzustellen,
5. die sektorspezifischen Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaften umzusetzen und
6. Streitfälle zwischen Marktteilnehmern sowie zwischen Marktteilnehmern und Nutzern zu schlichten."

"§ 33. ...

(4) Die Regulierungsbehörde hat auf Antrag eines betroffenen Unternehmers durch Bescheid festzustellen, ob dieser marktbeherrschend im Sinne dieses Bundesgesetzes ist. Sie kann dies auch von Amts wegen tun."

"§ 37. (1) Der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, hat anderen Nutzern Zugang zu seinem Telekommunikationsnetz oder zu entbündelten Teilen desselben zu ermöglichen. Die Verpflichtung zur Entbündelung besteht insoweit nicht, als der Betreiber Tatsachen nachweist, auf Grund derer

diese Verpflichtung im Einzelfall sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Regulierungsbehörde hat binnen sechs Wochen über die sachliche Rechtfertigung und darüber zu entscheiden, ob ein technischer oder ökonomischer Mehraufwand für Teilleistungen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zumutbar und abzugleiten ist. Ein solcher Betreiber hat insbesondere eine Zusammenschaltung seines Telekommunikationsnetzes mit öffentlichen Telekommunikationsnetzen anderer Betreiber zu ermöglichen.

(2) Der Zugang ist über Anschlüsse, die allgemein am Markt nachgefragt werden (allgemeiner Netzzugang), zu gewähren. Er kann auch über besondere Anschlüsse (besonderer Netzzugang) gewährt werden, wenn dies der Nutzer begehrt.

(3) Vereinbarungen über Netzzugänge und Zusammenschaltung müssen auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein und einen gleichwertigen nichtdiskriminierenden entbündelten Zugang zu den Telekommunikationsnetzen eines Betreibers nach Abs. 1 Satz 1 gewähren."

"§ 38. (1) Die Zusammenschaltung hat zumindest folgende Leistungen zu umfassen:

1. Sicherstellung des Zugangs von Nutzern eines marktbeherrschenden Anbieters zum Netz eines neuen Anbieters durch vorprogrammierte Netzauswahl oder Wählen von Auswahlcodes entsprechend dem Nummerierungsplan,
2. Zurverfügungstellung der notwendigen Vermittlungsdaten der jeweiligen Verbindung an den zusammenschaltenden Anbieter,
3. Zustellung der Gespräche an Nutzer der jeweils anderen zusammengeschalteten Betreiber,
4. Zurverfügungstellung der für die Verrechnung benötigten Daten

in geeigneter Weise an den zusammenschaltenden Anbieter.

(2) Die näheren Bestimmungen über die Zusammenschaltung sind vom Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr durch Verordnung festzulegen. Dabei hat er auf die Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs und auf die Aufrechterhaltung einer durchgehenden Dienstqualität Bedacht zu nehmen sowie die verbindlichen internationalen Vorschriften zu berücksichtigen. Weiters hat er durch Verordnung ein Mindestangebot an entbündelten Netzelementen festzulegen. Dabei ist vor allem auf die internationale Praxis Bedacht zu nehmen.

(3) Ist für die Zusammenschaltung eine Heranführung über Leitungswege notwendig und ist für einen im Wettbewerb stehenden gleichen oder ähnlichen Dienst das marktbeherrschende Angebot dies nicht notwendig, so sind die Kosten der Heranführung auf beide Anbieter gleichmäßig aufzuteilen (fiktive Kosten).

(4) Die Telekom-Control-Kommission entscheidet im Streitfall über die Angemessenheit der Kosten und die technische Realisierbarkeit einer Zusammenschaltung gemäß Abs. 3."

"§ 41. (1) Jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ist verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben. Alle Beteiligten haben hierbei als Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.

(2) Kommt zwischen einem Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes eine Vereinbarung über Zusammenschaltung binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zu Stande, kann jeder der an der Zusammenschaltung Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen.

(3) Die Regulierungsbehörde hat nach Anhörung der Beteiligten innerhalb einer Frist von sechs Wochen, beginnend mit der Anrufung, über die Anordnung der Zusammenschaltung zu entscheiden. Die Regulierungsbehörde kann das Verfahren um längstens vier Wochen verlängern. Die Anordnung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung. Die Regulierungsbehörde hat dabei die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, die nach Art. 6 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzuganges (Open Network Provision -aNP) (ABl. Nr. L 192 vom 24.7.1990, S 1) vom Europäischen Parlament und vom Rat erlassen werden, zu beachten. Entsprechend der Richtlinie findet der Grundsatz der Kostenorientierung nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung. "

"§ 111. Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

6. Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 und 38 ...".

§ 45 Abs. 1 TKG lautet: "Kostenrechnung

§ 45. (1) Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsdienstleistungen, die auf einem Markt der Telekommunikation eine marktbeherrschende Stellung innehaben, sind verpflichtet, ein Kostenrechnungssystem im Einklang mit den ONP- Richtlinien zu betreiben, das die Zuordnung von Kosten und Kostenelementen auf alle Dienste und Dienstelemente vorsieht und eine nachträgliche Überprüfung erlaubt."

§§ 8 und 9 der Verordnung zur näheren Bestimmung der Zusammenschaltung, BGBl. II Nr. 14/1998 (Zusammenschaltungsverordnung -im Folgenden: ZVO), lauten:

"Entgelte für die Zusammenschaltung

§ 8. (1) Zusammenschaltungsentgelte von marktbeherrschenden Betreibern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten müssen folgende Elemente (Tarifstruktur) und Grundsätze enthalten, wobei in der Tarifstruktur die Hauptkategorien bezeichnet werden, in die Zusammenschaltungsentgelte unterteilt werden:

1. Entgelte für die erstmalige Herstellung der physischen Zusammenschaltung (§ 3 Abs. 2 und 3);
2. Miete für die laufende Benutzung von Geräten und Betriebsmittel;
3. variable Entgelte für Hilfs- und zusätzliche Dienstleistungen;

4. verkehrsabhängige Entgelte für die Übermittlung von Verkehr zu und von den zusammengeschalteten Netzen.

(2) Zusammenschaltungsentgelte unterliegen den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung und Bind auf der Grundlage der Kostenrechnungssysteme gemäß § 9 zu erstellen.

(3) Zusammenschaltungsentgelte können nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit einen angemessenen Anteil an gemeinsamen Kosten, Gemeinkosten und den Kosten beinhalten, die durch die

Gewährung eines gleichwertigen Zugangs und die Übertragbarkeit von Nummern sowie die Erfüllung grundlegender Anforderungen entstehen.

Kostenrechnungssysteme für die Zusammenschaltung

§ 9. (1) Die Kostenrechnungssysteme von marktbeherrschenden Betreibern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten müssen gemäß § 45 TKG jedenfalls folgende Elemente enthalten:

1. Kostenelemente, die im Zusammenschaltungstarif eingeschlossen sind (einschließlich Gewinnelement) *i*
2. Grad und Verfahren, insbesondere die Behandlung von gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten
3. Gegenüberstellung von Erträgen und Kapitalkosten bei anderen wesentlichen Ausgabenposten.

(2) Marktbeherrschende Betreiber haben ihre Tätigkeiten im Rahmen der Zusammenschaltung gemäß § 45 TKG in einer getrennten Buchführung darzustellen.

(3) Die Kostenrechnungssysteme gemäß Abs. 1 sind auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (forward-looking long run average incremental costs) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung zu gestalten."

2.2.2. Maßgebliche gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlagen für die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten sind die Folgenden:

Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 97/33/EG in der Stammfassung lautet auszugsweise:

"(10) Die Preisgestaltung für Zusammenschaltung ist ein Schlüsselfaktor für die Bestimmung der Struktur und der

Intensität des Wettbewerbs beim Übergang zu einem liberalisierten Markt. Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht müssen in der Lage sein nachzuweisen, dass ihre Zusammenschaltungsentgelte auf der Grundlage objektiver Kriterien festgesetzt sind, den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung folgen und hinsichtlich der Netz- und Dienstleistungselemente hinreichend aufgegliedert sind. Die Entgeltgestaltung für den Zusammenschaltungsverkehr sollte flexibel gehandhabt werden und kapazitätsabhängige Entgelte einschließen. Die Höhe der Entgelte sollte die Produktivität und eine effiziente, nachhaltige Markterschließung fördern; sie sollten nicht unterhalb einer

Grenze liegen, die anhand langfristiger Grenzkosten und einer Kostenzurechnung auf Grund der tatsächlichen Kostenverursachung berechnet wird, aber auch nicht eine Obergrenze überschreiten, die sich aus den Kosten ergibt, die anfallen würden, wenn die betreffende Zusammenschaltung unabhängig von anderen Leistungen bereitgestellt wird ('stand-alone costs').

Zusammenschaltungsentgelte, die auf einem Preisniveau beruhen, das sich eng an den langfristigen Grenzkosten für die Bereitstellung des Zugangs zur Zusammenschaltung orientiert, sind dazu geeignet, die rasche Entwicklung eines offenen und wettbewerbsfähigen Marktes zu fördern."

Art. 7 der Richtlinie 97/33/EG in der Stammfassung lautet auszugsweise:

"Artikel 7

Grundsätze für Zusammenschaltungsentgelte und Kostenrechnungssysteme

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Absätze 2 bis 6 auf Organisationen angewandt werden, die die in Anhang I Abschnitte 1 und 2 aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste betreiben und von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht gemeldet wurden.

(2) Die Zusammenschaltungsentgelte unterliegen den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung. Die Beweislast, dass sich Entgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten, liegt bei der Organisation, die die Zusammenschaltung mit ihren Einrichtungen bereitstellt. Die nationalen Regulierungsbehörden können eine Organisation dazu auffordern, ihre Zusammenschaltungsentgelte vollständig zu begründen, und gegebenenfalls eine Anpassung von Entgelten verlangen. Dieser Absatz gilt auch für die in Anhang I Abschnitt 3 aufgeführten Organisationen, die von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt gemeldet werden.

...

(5) Die Kommission erstellt nach dem Verfahren des Artikels 15 Empfehlungen für die Kostenrechnungssysteme und die Transparenz der Kostenrechnung im Bereich der Zusammenschaltung. Die nationalen Regulierungsbehörden stellen sicher, dass die von den betreffenden Organisationen zu Grunde gelegten Kostenrechnungssysteme zur Umsetzung der Anforderungen dieses Artikels geeignet und entsprechend Anhang V hinreichend genau dokumentiert sind. Die nationalen Regulierungsbehörden stellen sicher, dass auf Anfrage eine Beschreibung des Kostenrechnungssystems zur Verfügung gestellt wird, aus der die Hauptkategorien, unter denen die Kosten zusammengefasst sind, sowie die Regeln für die Zurechnung von Kosten auf die Zusammenschaltung hervorgehen. Die Einhaltung des Kostenrechnungssystems wird von der nationalen Regulierungsbehörde oder einer anderen zuständigen Stelle, die von der Telekommunikationsorganisation unabhängig und von der nationalen Regulierungsbehörde zugelassen ist, überprüft. Eine diesbezügliche Erklärung wird jährlich veröffentlicht. ..."

2.2.3. Die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gehen übereinstimmend zutreffend davon aus, dass Zusammenschaltungsentgelte der Beschwerdeführerin als im vorliegenden Telekommunikationsbereich marktbeherrschendem Unternehmen auf der Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (forward-looking long run average incremental costs, FL-LRAIC) zu berechnen sind (vgl. insbesondere § 8 Abs. 2 i.V.m. § 9

Abs. 3 ZVO). Die Europäische Kommission hat in ihrer Empfehlung 98/195/EG vom 8. Jänner 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 1 - Zusammenschaltungsentgelte),

ABl. Nr. L 073 vom 12. März 1998, S. 42 -50, im Lichte des Art. 7 der Richtlinien 97/33/EG festgehalten, dass sich die Zusammenschaltungsentgelte von Betreibern mit marktbeherrschender Stellung ("gemeldete Betreiber") nach diesem

Kostenrechnungssystem richten sollen, und diesbezüglich insbesondere Folgendes ausgeführt:

"2. Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 97/33/EG schreibt vor, dass die Zusammenschaltungsentgelte von gemeldeten Betreibern den Grundsätzen der Kostenorientierung und Transparenz entsprechen müssen. Auf die Zusammenschaltung angewendet bedeutet der Grundsatz der Kostenorientierung, dass die Zusammenschaltungsentgelte dem tatsächlichen Anfall der Kosten bei der Zusammenschaltung Rechnung tragen sollten. Gemeldete Betreiber sollten in der Lage sein, die einmaligen zusätzlichen Kosten für den Anschluss der Netze sowie die zusätzlichen Kapazitätskosten, die vom Zusammenschaltungsverkehr verursacht werden, zu decken. 3. Die Zusammenschaltungskosten sollten auf der Grundlage der zukunftsrelevanten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten berechnet werden, da diese Kosten denen eines effizienten Betreibers, der moderne Technologien einsetzt, sehr nahe kommen. Zusammenschaltungsentgelte, die auf solchen Kosten beruhen, können berechnete Zuschläge enthalten, um einen Teil der zukunftsrelevanten Gemeinkosten eines effizienten Betreibers abzudecken, die unter Wettbewerbsbedingungen anfallen würden.

6. Die Zugrundelegung von zukunftsrelevanten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten setzt ein Kostenrechnungssystem voraus, bei dem die aktivitätsorientierte Zurechnung der Kosten auf Basis der Wiederbeschaffungskosten statt der Anschaffungs- und Herstellungskosten erfolgt. Aktivitätsorientierte Kostenrechnungssysteme, bei denen die Kosten jedem Produkt und/oder jeder Dienstleistung auf der Basis der zu Grunde liegenden Kostenträger und Aktivitäten eines effizienten Betreibers zugerechnet werden, werden empfohlen, damit möglichst wenig nicht direkt zurechenbare Gemeinkosten verbleiben. "Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinem Erkenntnis vom 6. September 2001, Zl. 2000/03/0195, ausgesprochen, dass es im Hinblick auf § 41 Abs. 3 letzter Satz TKG und §§ 8 und 9 Abs. 3 ZVO zulässig ist, die Berechnung des der Beschwerdeführerin im Rahmen der angeordneten Zusammenschaltung zustehenden Zusammenschaltungsentgeltes auf der Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) vorzunehmen.

Auf der Grundlage des Art. 7 Abs. 2 (erster Satz) der Richtlinie 97/33/EG und der dazu von der Europäischen Kommission ergangenen Empfehlung vom 8. Jänner 1998 (98/195/EG) kann nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes abgeleitet werden, dass sich die Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte -wie in § 9 Abs. 3 ZVO normiert -auf der Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) primär an den tatsächlichen Kosten des die Zusammenschaltung bereitstellenden (marktbeherrschenden) Unternehmens orientiert und zwar -wie sich dies aus den vom Verwaltungsgerichtshof zitierten Passagen der genannten Empfehlung weiters ergibt -derart, dass die bei einem effizienten Betreiber anfallenden Kosten auf der Basis der Wiederbeschaffungskosten heranzuziehen sind. Dass die "tatsächlichen" Kosten in Art. 7 Abs. 2 der angeführten Richtlinie 97/33/EG in diesem Sinne zu verstehen sind, ergibt sich auch aus der Mitteilung der Kommission über Zusammenschaltungsentgelte in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (98/C 84/03; kundgemacht im Amtsblatt Nr. C 084 vom 19. März 1998, S. 3-11, insb. Pkt. 3.3. zweiter und dritter Absatz). So wird in dieser Mitteilung ausgeführt, dass der zukunftsrelevante Ansatz implizit gegeben sei, wenn wirtschaftliche oder "tatsächliche" Kosten (d. h. LRIC-Kosten) erfasst oder berechnet werden, die mit einer Steigerung der Ausbringungsmenge

verbunden sind. Im speziellen Fall der Steigerung um genau eine Einheit seien diese zusätzlichen Kosten mit den Grenzkosten identisch.

In der gerade zitierten Mitteilung der Kommission über Zusammenschaltungsentgelte (98/C 84/03) in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt wird näher begründet, welche Überlegungen der Heranziehung der zukunftsrelevanten langfristigen zusätzlichen Kosten als einem Analysewerkzeug, mit dem die Kosten in einem Markt mit vollständigem Wettbewerb geschätzt werden können, zu Grunde liegen. In einem vom Wettbewerb geprägten Markt sei nämlich der Preis, den ein Unternehmen für ein Anlagegut oder eine Investition aufwendet, nicht renditebestimmend. Von dem Zeitpunkt an, zu dem die Investition getätigt wurde (d.h. von dem Zeitpunkt an, ab dem die Investition nicht mehr ohne beträchtliche Kosten rückgängig gemacht werden könne), hänge der Wert des Anlagegutes für das Unternehmen davon ab, was das Unternehmen mit diesem Anlagegut künftig tun könne. Es könne das Anlagegut entweder zum höchstmöglichen Preis verkaufen oder das Anlagegut zur Erzeugung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung nutzen, die das Unternehmen zur Erzielung eines Gewinnes anbietet. Ist einer der Wettbewerber von ähnlichen Substitutionsprodukten effizienter, sodass er den Abnehmern ein besseres Preis-Leistungsverhältnis bieten könne, müssten weniger effiziente Anbieter am Markt entsprechend reagieren, und könnten ihren Preisen nicht mehr die Anschaffungskosten zu Grunde legen. Mit anderen Worten seien die Unternehmen gezwungen, zukunftsrelevant zu kalkulieren, statt in einer vergangenheitsorientierten Betrachtung die ursprünglichen Investitionen zu Grunde zu legen, wenn sie weiter bestehen wollen. In dem Positionspapier der Telekom-Control-GmbH zum Ansatz der FL-LRAIC zur Berechnung von kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelten ("Ansatz der Forward Looking Long Run Average Incremental-Costs zur Berechnung von kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelten vom 15. Jänner 1999, abgedruckt in Zanger-Schöll, Telekommunikationsgesetz, 2000, S. 293 ff) wird dargelegt, dass die von den meisten etablierten Betreibern zur Zeit angewendeten Kostenrechnungssysteme auf Basis vollständig umgelegter Anschaffungskosten nicht als Ansatz zur Förderung des Wettbewerbs in diesem Bereich geeignet seien. Dies wird damit begründet, dass ein Unternehmen, das auch in der Zukunft ein Angebot entsprechend der zu erwartenden Nachfrage effizient bereitstellen will, langfristig jene Kosten in Anschlag bringen muss, die für die Erhaltung der Produktionskapazität aufgewendet werden müssen. Denn um eine möglichst starke Position im Wettbewerb zu haben, würde ein Anbieter in Zukunft die ökonomisch- effizienteste Technologie bzw. die effizienteste Netztypologie einsetzen (vgl. dazu auch die bereits bezogenen Ausführungen in der Mitteilung der Kommission -98/C 84/03, Pkt. 3.3.), daher seien die Wiederbeschaffungswerte dieser zur Leistungserbringung notwendigen Ausstattung die Basis für die Berechnung der Kosten nach dem FL-LRAIC-Ansatz. Dem auch von der Beschwerdeführerin ausdrücklich anerkannten FL-LRAIC-Ansatz liegt somit ein Effizienzgrundsatz zu Grunde, der den alleinigen Bezug auf konkrete historische Kosten oder Gegebenheiten, die in der Argumentation der Beschwerdeführerin eine zentrale Rolle spielen, ausschließt. Die Beschwerde ist somit nicht im Recht, wenn sie meint, aus den angeführten Rechtsgrundlagen, insbesondere aus dem Grundsatz der Kostenorientiertheit, der bei der Entgeltfestsetzung für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt, lasse sich die Relevanz der konkreten, beim marktbeherrschenden Unternehmen tatsächlich angefallenen Kosten für die Zusammenschaltung bei der Entgeltfestsetzung ableiten. In dem angeführten Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof weiters bereits zum Ausdruck gebracht, dass nach den Ausführungen in dem bereits angeführten Positionspapier der Telekom-Control-GmbH durch eine Kombination des "Bottom-Up-Ansatzes" (bei dem die Zurechnung von Kosten auf die einzelnen Netzwerkelemente auf Grund eines auf analytischer Basis nach dem Gesichtspunkt einer effizienten Nachfragebefriedigung vorgenommenen 'aufwändige(n) technische(n) Modellierung eines optimalen Netzes' erfolgt) und des "Top-Down-Ansatzes" (bei dem ausgehend von einer möglichst wahrheitsgetreuen Abbildung des bestehenden Netzes alle für die Zusammenschaltung nicht relevanten Kosten eliminiert werden) "Näherungswerte für FL-LRAIC für ein effizientes Netz bestimmt werden" bzw. damit "die beste Annäherung an FL-LRAIC" erzielt werden kann. Diese

Berechnungsmethode lässt sich nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes als eine in Betracht kommende Möglichkeit -mit den sich aus Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 97/33/EG ergebenden Grundsätzen -insofern in Einklang bringen, als die Berechnung zunächst anhand des Top-Down-Ansatzes vorgenommen und sodann zur Kontrolle (insbesondere hinsichtlich der Effizienz des Betriebes) der Bottom-Up-Ansatz angewendet werden könnte.

In der angeführten Mitteilung der Kommission (98/C 84/03, Pkt. 3.4. dritter Absatz) wird auch ausgeführt, dass eine aktivitätsorientierte Kostenerfassung unter Zugrundelegung der Wiederbeschaffungskosten eine "Top-Down"-Prüfung durch Abstimmung mit den Zusammenschaltungskosten ermögliche, die anhand der "Bottom-Up"-Methode der zukunftsrelevanten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten berechnet wurden.

Weiters wird in Pkt. 3.5. dieser Mitteilung dargelegt, dass von Regulierungseinrichtungen, Beratungsunternehmen und Wissenschaftlern zahlreiche Untersuchungen zu den langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (LRAIC) von Telefonnetzen oder Teilen von Telefonnetzen vorgenommen worden seien. Dabei würden "'Bot tom-Up' Modellrechnungen durchgeführt, denen das ökonomisch- technische Modell eines effizienten Netzes zu Grunde liegt, anhand dessen die Zusammenschaltungskosten durch Summierung der Kosten einzelner Netzelemente ermittelt werden können. Durch Abstimmung der Ergebnisse dieser Modellrechnungen mit den Ergebnissen von Top-Down-Modellen (denen Wiederbeschaffungskosten zu Grunde liegen und bei denen versucht wird, die Zusammenschaltungskosten durch Zurechnung und Eliminierung von Kostenelementen zu errechnen) kann nachgewiesen werden, dass die berechneten Zusammenschaltungskosten grob richtig sind."

In der Empfehlung der Kommission vom 8. April 1998 (98/322/EG) zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 2 -getrennte Buchführung und Kostenrechnung) wird für die überschaubare Zukunft im Hinblick darauf, dass die zunehmend komplizierter werdenden wirtschaftlich- technischen "Bottom-Up"-Modelle bisher noch nicht ausgereift geien, eine Annäherung van "Top-Down"- und "Bottom- Up"-Ansätzen empfohlen. In der zuletzt genannten Empfehlung (punkt 3.) wird auch angeraten, "die Zurechnung van Kosten, eingesetztem Kapital und Erträgen gemäß den Grundsätzen der Kostenverursachung (z.B. der aktivitätsorientierten Kostenerfassung ("ABC"» vorzunehmen."

Und weiter heiBt es in Pkt. 4 dritter Absatz der zuletzt genannten Empfehlung wie folgt:

"Die Bewertung van Netzanlagevermögen nach seinem zukunftsrelevanten bzw. Wiederbeschaffungswert für einen effizienten Betreiber, d.h. nach Preisen, wie sie auf einem hart umkämpften Markt herrschen würden, ist ein entscheidendes Element der auf Wiederbeschaffungskosten beruhenden Methodik der Kostenrechnung (CCA, 'Current Cast Accounting')."

Weiters wird in dieser Empfehlung erläutert (Punkt 5.), dass es "hinsichtlich der Herleitung der Zusalmnenschaltungsentgelte ... für die nationalen Regulierungsbehörden erforderlich sein" kann, "unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Anwendung van CCA- Werten auf das Netz die Kosten eines effizienten Betreibers nicht unbedingt in vollem Umfang widerspiegelt, Effizienzfaktoren zu Grunde zu legen (12) ". Dazu wird in FuBnote 12 erläutert, dass vielleicht ein Teil des Anlagevermögens über die Erfordernisse hinausgehe ader die Netzarchitektur nicht optimal gei; die Einführung eines wirtschaftlich-technischen "Bottom-Up"- Modells werde dazu beitragen, Informationen über derartige Ineffizienzen zu liefern.

Die belangte Behörde verweist in der ergänzend vorgelegten Gegenschrift zum Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0125 daher zu Recht darauf, dass das im vorliegenden Fall in unterstützender Weise zur Anwendung gelangte analytische Kostenkonzept eines Bottom-Up-Modells eine anerkannte und zulässige Methode zur Verwirklichung des -sowohl im innerstaatlichen Recht als auch im Gemeinschaftsrecht verankerten -Grundsatzes der Kostenorientierung ist. Auf Grund der auch von der Beschwerdeführerin anerkannten Kostenermittlung auf Grund der zukunftsrelevanten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) war von eben diesen Kosten und nicht -wie die Beschwerdeführerin meint -von ihren historischen Vollkosten auszugehen.

Die belangte Behörde hat den Grundsatz der Kostenorientiertheit zu Recht -was von den Parteien des Verfahrens unbestritten ist - dahingehend verstanden, dass eine Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen Kosten (forward looking long run average incremental costs, FL-LRAIC) zu erfolgen hat. Dass die Ermittlung der FL-LRAIC nicht nur auf Grund von Top-Down- Kostenrechnungsmodellen, sondern in Kombination mit Bottom-Up- Kostenrechnungsmodellen vorzunehmen ist, kann allein schon aus der Mitteilung der Kommission (98/C 84/03, Pkt. 3.4. und 3.5.) und der Empfehlung der Kommission 98/322/EG (Pkt. 3 erster Satz und Pkt. 5. i.V.m. Fußnote 12) abgeleitet werden, aus denen das diesbezügliche Verständnis zu dem Begriff der FL-LRAIC auf europarechtlicher Ebene hervorgeht. Dieses Verständnis kann auch zu dem im TKG verankerten Grundsatz der Kostenorientiertheit herangezogen werden (vgl. auch das angeführte Positionspapier der Telecom-Control GmbH). Auch die von der belangten Behörde vorgenommene Mittelwertberechnung zwischen den auf Grund des Top-Down-Modells und des Bottom-Up- Modells errechneten Entgelten mit der Begründung, dass danach nach den Grundsätzen der mathematischen Fehlerschätzung ein Ergebnis erreicht werde, das die Fehlerwahrscheinlichkeit nach beiden Seiten minimiert, als Methode, die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten annäherungsweise zu ermitteln, kann nicht als rechtswidrig erkannt werden.

Der Umstand, dass in § 8 Abs. 3 und § 9 Abs. 1 Z. 2 ZVO von Gemeinkosten und gemeinsamen Kosten die Rede ist, bewirkt - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin -nicht, dass die Heranziehung eines Bottom-Up-Kostenmodells unzulässig wäre. So spricht § 8 Abs. 3 ZVO lediglich von einem angemessenen Anteil an gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten im Rahmen von Zusammenschaltungsentgelten. Auch im Bottom-Up-Kostenmodell sind Gemeinkosten in Form von Zuschlägen zu berücksichtigen (vgl. die Mitteilung der Kommission 98/C 84/03, Pkt. 3.3. letzter Absatz).

2.3. Die Beschwerdeführerin macht weiters geltend, dass die Heranziehung eines Bottom-Up-Modells auch ökonomisch unzutreffend sei. Derartige Modelle modellierten künstliche Referenzwelten, in denen Effizienzbedingungen fiktiv unterstellt würden, die in realen Welten auch bei funktionierendem Wettbewerb nicht erreichbar seien. So gälten in der tatsächlichen Welt Effizienzgrade von 80 % oder auch nur 70 % als durchaus mit funktionsfähigem Wettbewerb vereinbar. Die modellierte Annahme einer hundertprozentigen ("Hyper")-Effizienz sei daher durch nichts gerechtfertigt. Analytische Bottom-Up-Kostenmodelle seien schon aus sich heraus nicht in der Lage, die genuin- unternehmerische Entscheidung realer Netzbetreiber zu ersetzen. Es gebe keine objektiven Maßstäbe für "effiziente Kosten" und es könne dies in einem im Fluss befindlichen Markt auch nicht geben. Kosten seien die Folge unternehmerischer Erwartungen bezüglich Marktentwicklungen, technischem Fortschritt, etc. Derartige Kostenmodelle seien aber auch deshalb ungeeignet, weil sie von der Annahme eines neu modellierten, effizienten Netzes "auf der grünen Wiese" ausgingen. Sie vernachlässigten ganz gezielt die bestehende Struktur realer Netze, die als solche in der historischen Welt gewachsen seien. Die Frage der effizienten Netzstruktur beurteile sich für jedes real existierende Netz

nicht im Hinblick auf den Referenzpunkt "grüne Wiese", sondern im Hinblick auf den Referenzpunkt "Netzstruktur hier und jetzt". Auch diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Wie bereits näher dargelegt wurde, ergibt sich im Lichte der im vorliegenden Fall maßgeblichen Rechtsgrundlagen die Zulässigkeit der Heranziehung von Bottom-Up-Kostenmodellen zur Ermittlung der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten eines marktbeherrschenden Telekommunikationsunternehmens für die Zusammenschaltung. Gerade die analytische Methode der Bottom-Up-Kostenrechnung ermöglicht - wie dargelegt - die Kosten eines effizienten Unternehmens annäherungsweise zu ermitteln, die bei einer Kostenberechnung auf Grund eines FL-LRAIC-Ansatzes - wie gleichfalls bereits dargelegt - von maßgeblicher Bedeutung sind. Auch die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass Zusammenschaltungsentgelte unter Zugrundelegung der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC-Ansatz) zu ermitteln sind. Die herangezogenen wirtschaftlichen Sachverständigen Dr. S und Dr. N haben gemäß dem erteilten

Auftrag eine Ermittlung der Kosten der Beschwerdeführerin unter Zugrundelegung dieses Ansatzes und auf der Basis des näher dargelegten Bottom-Up-Modells vorgenommen. Auch wenn die Heranziehung der Bottom-Up-Kostenrechnung im Auftrag der belangten Behörde für diese Sachverständigen vorgegeben war, konnten die Sachverständigen dieses Kostenmodell nur dann heranziehen, wenn damit ihrer Auffassung nach der Ermittlung der Kosten für die Zusammenschaltung gemäß dem FL-LRAIC-Ansatz entsprochen wird. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin dem Gutachten zur grundsätzlichen Frage der Heranziehung der Bottom-Up-Methode für die Berechnung der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten gemäß § 9 Abs. 3 ZVO auf gleicher fachlicher Ebene entgegenzutreten müssen, da sie damit das Gutachten im Bereich der Erfahrungen der Sachverständigen in der in Betracht kommenden Wissenschaft rügt (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 26. September 1991, ZI. 89/09/0030).

Die belangte Behörde weist in ihrer auch im vorliegenden Verfahren vorgelegten Gegenschrift zum Beschwerdeverfahren ZI. 2000/03/0125 die Beschwerdeführerin aber in diesem Zusammenhang auch zutreffend darauf hin, dass die Ausgangsbasis für die Berechnung der Sachverständigen nach der Bottom-Up-Methode das reale Netz der Beschwerdeführerin war und nicht ein "modelliertes, effizientes Netz auf der grünen Wiese", wie die Beschwerdeführerin meint. Die festgelegten Entgelte gehen - selbst wenn man dem Bottom-Up-Modell eine 100%ige Effizienz unterstellt - auch schon deshalb nicht von einer hundertprozentigen Effizienz der Unternehmenstätigkeit aus, da zwischen den Ergebnissen der Top-Down-Methode und der Bottom-Up-Methode als Entgelt ein Mittelwert festgelegt wurde, woraus sich nach Auffassung der belangten Behörde eine angenommene Effizienz von 60 % ergibt.

Weiters ist festzustellen, dass die belangte Behörde in dem Zusammenschaltungsbescheid vom 17. April 2000, Z. 33/99 auf der Grundlage des Gutachtens der Sachverständigen Dr. S und Dr. N vom 17. Februar 2000 die angewendete Bottom-Up-Methode, die herangezogen wurde, näher dargelegt hat. Dagegen werden in der Beschwerde konkret keine Einwände erhoben. Auch wenn in der Wirtschaftswissenschaft von einem Wissenschaftler die Auffassung vertreten wird, dass es keine objektiven Maßstäbe für "effiziente Kosten" gäbe, kann die im Übrigen in Fachkreisen vertretene Auffassung, die FL-LRAIC u.a. mittels eines Bottom-Up-Modells zu ermitteln, nicht in Frage stellen.

2.4. Die Beschwerdeführerin hält die auf einer solchen Bottom-Up-Berechnung bescheidmäßig verfügte Entgeltanordnung auch deshalb für inhaltlich rechtswidrig, weil sie ihrer Ansicht nach der Sache nach eine Diskriminierung zu Lasten der Beschwerdeführerin begründe. Die Entgeltanordnung der belangten Behörde führe dazu, dass die alternativen Netzbetreiber das Netz der Beschwerdeführerin zu Vorzugsbedingungen nutzen könnten, während die Beschwerdeführerin ihre eigenen Netzleistungen gerade auf Grundlage

ihres real existierenden Netzes -und nicht irgend eines anderen fiktiven Netzes -in Anspruch nehmen müsse.

Dem genügt es entgegenzuhalten, dass für eine Kostenrechnung, die von den zukünftigen langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten und damit von den Kosten eines effizienten Netzbetreibers ausgeht (vgl. dazu das erwähnte Positionspapier der Telekom- Control-GmbH, abgedruckt in Zanger-Schöll, Telekommunikationsgesetz, 2000, S. 293 ff), nicht die ursprünglichen Anschaffungskosten von Investitionen zur Erbringung von Leistungen maßgeblich sind, sondern die zukünftigen Erträge, die mit dieser Investition erzielt werden können. Im Wettbewerb kann nämlich der Anbieter den Preis für jedes Produkt oft nicht so festlegen, dass die gesamten Anschaffungskosten gedeckt werden, da sich der Anbieter an den Marktpreisen orientieren muss, die oft weit unter den Anschaffungskosten liegen können. In die Marktpreise werden die Anbieter die Kosten einkalkulieren, die für eine zukünftige Substanzerhaltung des Unternehmens notwendig sind. Für die Berechnung der Kosten sind danach die Kosten relevant, die durch die Erhaltung der Produktionskapazität entstehen. Um eine möglichst starke Position im Wettbewerb zu haben, würde der Anbieter in Zukunft die ökonomisch-effizienteste Technologie bzw. die effizienteste Netztopologie einsetzen. Die Wiederbeschaffungswerte dieser zur Leistungserbringung notwendigen Ausstattung sind die Basis für die Berechnung der zukünftigen langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (vgl. in diesem Sinne auch die angeführte Mitteilung der Kommission 98/C 084/03, Pkt. 3.3.). Allein diese Kosten wären aber auch von der Beschwerdeführerin für das von ihr genutzte eigene Netz in Rechnung zu stellen. Im Übrigen dient das Abstellen auf einen effizienten Betreiber einem der zentralen Ziele des TKG (siehe § 1 Abs. 2 Z. 2 leg. cit.: der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen

Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation). Die Mitbeteiligte weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass es, wenn die historischen Vollkosten der Beschwerdeführerin für die Entgeltfestsetzung maßgeblich wären, zu einer Diskriminierung der alternativen Betreiber käme, weil allein die Beschwerdeführerin von der in der Laufzeit der Anordnung vorgenommenen Beseitigung von Ineffizienzen profitierte.

2.5. Die Beschwerdeführerin macht weiters geltend, dass sich die Behörde über ein wesentliches im Verfahren Z. 33/99 vorgetragenes Sachverhaltsvorbringen der Beschwerdeführerin hinweggesetzt habe. Die Beschwerdeführerin habe im Verfahren ein eigenes Bottom-Up- Modell, das deutlich andere Zusammenschaltungskosten als das von den Sachverständigen herangezogene gogo WIK-Modell ausgewiesen habe, vorgelegt. Die belangte Behörde habe sich zu Unrecht mit der Begründung mit diesem Modell nicht auseinandergesetzt, dass eine eingehende Analyse des Modells einige Wochen in Anspruch genommen hätte und dies auf Grund der sehr knapp bemessenen Zeit bzw. auf Grund des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin die Übermittlung desselben verzögert habe, nicht möglich gewesen sei. Hätte die belangte Behörde in dieser Hinsicht das Ermittlungsverfahren weitergeführt und hätte sie die von ihr selbst als notwendig bezeichnete "eingehende Analyse" durchgeführt, so hätte sich die Richtigkeit des CSELT-Bottom-Up- Modells gegenüber dem WIK-Modell erwiesen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin zwar ein von ihr in Zusammenarbeit mit der Telekom-Italia und CSELT (Centro Studi Laboratori Telecomunicazione, Turin) entwickeltes Bottom-Up-Modell im Zusammenschaltungsverfahren Z. 33/99

vorgelegt hat die belangte Behörde hat dieses Modell aber zutreffend insofern als nicht schlüssig angesehen, als darin die damit berechneten Entgelte nicht ausgewiesen worden seien. Mit diesem Gutachten konnte daher die Schlüssigkeit des von der belangten Behörde herangezogenen WIK-Bottom-Up-Modells nicht in Frage gestellt werden. Die Beschwerdeführerin ist somit den von den Sachverständigen Dr. S und Dr. N ermittelten Entgelten auf Grund der Bottom-Up-Methode nicht auf fachlich gleicher Ebene entgegengetreten.

Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang auch auf eine "sachverständige Stellungnahme" vom 24. März 2000, in der zu den Kritikpunkten der belangten Behörde betreffend das vorgelegte CSELT-Modell eingegangen worden sei. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin stelle es einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, dass die belangte Behörde auf diese Stellungnahme nicht eingegangen sei.

Diesem Vorbringen ist gleichfalls zu erwidern, dass auch nach den Beschwerdeausführungen in dieser ergänzenden Stellungnahme keine konkreten Berechnungen gemäß dem vorgelegten Bottom-Up-Modell vorgelegt wurden. Dieser allfällige Verfahrensmangel ist somit jedenfalls kein wesentlicher.

2.6. Die Beschwerdeführerin macht auch geltend, dass der 20 %ige Effizienzabschlag von den tatsächlichen Kosten der Beschwerdeführerin nicht nur ohne Rechtsgrundlage erfolgt sei, er erweise sich auch in seiner tatsächlichen Höhe als inhaltlich rechtswidrig. Dieser pauschale Abschlag beruhe auf (qualitativen) Annahmen der belangten Behörde betreffend ein Ansteigen der Mietleitungsnachfrage, Einsparungsmöglichkeiten der Beschwerdeführerin im Bereich der Vermittlungstechnik, behaupteten Überkapazitäten im Bereich der Übertragungstechnik und der zusätzlich behaupteten Möglichkeit zur innerbetrieblichen Effizienzsteigerung. Die belangte Behörde habe einen pauschalen 20 %igen Effizienzabschlag vorgenommen, weil die Beschwerdeführerin die von den Gutachtern begehrten Informationen, insbesondere über die zukünftige Entwicklung des Mietleitungsmarktes sowie die zukünftige Entwicklung von Reservekapazitäten und Netzurückbaumaßnahmen, nach Meinung der belangten Behörde nicht in der gewünschten Form bereitgestellt hätte. Die Behörde sei infolge der behaupteten Nichtbereitstellung von Informationen von Seiten der Beschwerdeführerin ohne weitere Voraussetzungen den Pauschalschätzungen der Sachverständigen gefolgt. Nach der anwendbaren Rechtslage gebe es keine Beweislastregel und wäre die Behörde zur amtswegigen Weiterführung des Ermittlungsverfahrens verpflichtet gewesen. Sofern die Behörde von einer spezifischen Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin ausgehe, werde demgegenüber die Auffassung vertreten, dass eine solche Mitwirkungspflicht im Hinblick auf Prognosedaten rechtlich keinesfalls vorliegen könne. Eine Rechtfertigungspflicht im Hinblick auf die Kostenorientierung von Entgelten könne der Natur der Sache nach allein im Hinblick auf die tatsächlichen Kosten, nicht aber im Hinblick auf zukünftige Kosten bestehen. Es seien in diesem Zusammenhang Ermittlungsschritte zu Unrecht nicht gesetzt worden. Dieser sekundäre Verfahrensmangel stelle eine inhaltliche Rechtswidrigkeit dar.

Zu diesem Vorwurf, der das zur Kostenberechnung herangezogene Top-Down-Modell und das dazu erstattete Gutachten der Amtssachverständigen Ing. L u.a. betrifft, ist Folgendes auszuführen:

Wie bereits dargelegt, ist angesichts des im Gesetz verankerten Grundsatzes der Kostenorientiertheit bei der Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte von den

zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) - wie es im § 9 Abs. 3 ZVO normiert ist - auszugehen. Die von der Behörde herangezogenen Amtssachverständigen haben in ihrem

Gutachten (S. 30 ff) die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Kostenrechnung auf die Realisierung eines Kostenrechnungssystems auf Basis dieser zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten geprüft. Es wurde festgestellt (S. 31 des Gutachtens), dass die gesamte Kalkulation für das Jahr 2000 auf der Netzstruktur zum Stand vom 31.12.1998

basieren. Es seien nur analoge Vermittlungsstellen durch entsprechende digitale Konzentratoren ersetzt worden. Zukunftsorientierte Netzoptimierungen, die in der Realität bereits durchgeführt bzw. geplant seien, seien nicht abgebildet worden. Es seien somit im Ansatz der Beschwerdeführerin nicht alle Annahmen im Sinne einer Berechnung der FL-LRAIC getroffen worden. Die angewandte Methode entspreche einer Planvollkostenrechnung für das Jahr 2000, die möglichst verursachungsgerecht die Kosten zurechne. Weiters waren die Sachverständigen der Meinung (8.33 des Gutachtens), dass auf Grund des unterschiedlichen Ergebnisses im Top-Down-Modell und im Bottom-Up-Modell davon ausgegangen werden könne, dass sowohl in der Netzstruktur, bei der eingesetzten Technologie und bei unterstützenden Prozessen mögliche Effizienzpotenziale noch nicht voll ausgeschöpft seien. Besonders sei im Hinblick auf die schon mehrmals von den Sachverständigen kritisierte Verwendung einer alten Netzstruktur (Stand 31. Dezember 1998) und der mangelnden zukunftsorientierten Betrachtung der Mietleitungsnachfrage nach Auffassung der Sachverständigen für eine Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten durch den Top-Down-Ansatz Korrekturen der berechneten Vollplankostenwerte notwendig. Da den Gutachtern keine Daten hinsichtlich

1. der verfügbaren Kapazitäten in der Übertragungstechnik,
2. der tatsächlichen und zukünftigen Entwicklung der Mietleitungsnachfrage,
3. über den derzeitigen Stand des Netzes und den zukünftigen Netzoptimierungsplänen und der
4. Optimierung der Geschäftsprozesse

vorgelegen seien, wurden von den Gutachtern die noch möglichen Effizienzgewinne geschätzt. Die Sachverständigen hielten daher eine Effizienzverbesserung in der Größenordnung von mindestens 20 % für möglich.

Der verfahrensgegenständliche Effizienzabschluss erfolgte somit aus dem Grund, um die vorgelegte Kostenrechnung der Beschwerdeführerin in Form einer Planvollkostenrechnung für das Jahr 2000 einer Kostenrechnung auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten anzunähern. Wenn aber im Sinne des § 9 Abs. 3 ZVO kein Kostenrechnungssystem auf der Basis dieser Kosten von einem Zusammenschaltungspartner vorgelegt wird, kann von der Behörde geprüft werden, ob die vorgelegte Kostenrechnung diesem Ansatz entspricht und können allenfalls Korrekturen zur Annäherung an diesen Ansatz vorgenommen werden. Es kann der Beschwerdeführerin auch nicht gefolgt werden, dass die belangte Behörde mögliche Effizienzpotenziale bei der Beschwerdeführerin von Amts wegen weiter hätte ermitteln müssen. Gemäß der h.g. Judikatur (vgl. u.a.

das Erkenntnis vom 27. März 1990, 89/04/0139) korrespondiert dem Grundsatz der Amtswegigkeit des Verwaltungsverfahrens eine Verpflichtung der Partei zur Mitwirkung bei der Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der amtswegigen

behördlichen Erhebung im Hinblick auf die nach den materiell-rechtlichen Verwaltungsvorschriften zu beachtenden Tatbestandsmerkmale faktische Grenzen gesetzt sind, insbesondere, wenn die Behörde zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes der Mitwirkung der Partei bedarf, weil sich die Behörde die für den maßgeblichen Sachverhalt relevanten Daten nicht von Amts wegen verschaffen kann. Die von den Amtssachverständigen näher angeführten, das zukünftige Handeln der Beschwerdeführerin betreffenden, von den Amtssachverständigen für die Erstattung ihres Gutachtens erforderlich erachteten Daten sind derartige Daten, über die allein die Beschwerdeführerin verfügt, auch wenn sie überwiegend die Zukunft betreffen haben. Wenn aber die Kostenrechnung auf der Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten erfolgen soll, sind in der Zukunft gelegene Daten Teil des von der Behörde zu ermittelnden maßgebenden Sachverhaltes. Wenn die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht im Verfahren nicht mitgewirkt hat, war es zulässig, das Potenzial für Effizienzverbesserungen zu schätzen. Es wurden auch die Bereiche, in denen Effizienzverbesserungen für möglich erachtet wurden, und die Gründe hierfür näher angeführt. Dass in den angeführten vier Bereichen Effizienzsteigerungen nicht möglich und die angeführten Gründe für mögliche Effizienzsteigerungen nicht zutreffend wären, wird im Übrigen in der Beschwerde konkret nicht behauptet bzw. dargelegt. Es handelt sich auch nicht -wie die Beschwerdeführerin an späterer Stelle in der Beschwerde dazu meint - um bloße Behauptungen der Sachverständigen. Aus den bereits dargelegten Gründen konnten die Sachverständigen und auf ihr Gutachten gestützt die Behörde von einer Schätzung im vorliegenden Zusammenhang ausgehen.

2.7. Weiters meint die Beschwerdeführerin, die Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte durch die belangte Behörde sei auch in sich rechtswidrig. Anstatt wie von der belangten Behörde selbst verheigen, einen "Mittelwert" zwischen den tatsächlichen Kosten der Beschwerdeführerin und den hypothetischen Kosten eines fiktiv angenommenen effizienten Betreibers zu ermitteln, habe die belangte Behörde zunächst noch von den tatsächlichen Zusammenschaltungskosten der Beschwerdeführerin einen 20 %igen Effizienzabschlag abgezogen. Dieser Effizienzabschlag werde mit der Ausblendung von behaupteten Ineffizienzen im Netz der Beschwerdeführerin begründet. Gleichzeitig solle aber auch das Bottom-Up-Modell einen -fiktiv angenommenen - effizienten Netzbetreiber modellieren und gleichfalls "Ineffizienzen" ausblenden. Damit zeige sich, dass die von der belangten Behörde verfügbaren Zusammenschaltungsentgelte inhaltlich auf einer doppelten Anrechnung von behaupteten Ineffizienzen beruhten. Wenn die Methode der belangten Behörde darin bestehe, einen Mittelwert aus den tatsächlichen Zusammenschaltungskosten der Beschwerdeführerin und den fiktiv angenommenen Kosten eines effizienten Betreibers zu ermitteln, dann gebe es keine sachliche Grundlage dafür, vor Berechnung dieses "Mittelwertes" von den konkreten Zusammenschaltungskosten noch einen 20 %igen Abschlag vorzunehmen.

Dazu ist zunächst klarzustellen, dass der von der belangten Behörde herangezogene "Mittelwert" kein Mittelwert zwischen den tatsächlichen Kosten der Beschwerdeführerin und den hypothetischen Kosten eines fiktiv angenommenen effizienten Betreibers sein sollte. Das von der belangten Behörde angewendete sogenannte Hybridmodell aus Top-Down- und Bottom-Up-Ansatz geht - wie dies dem angeführten Positionspapier der Telekom-Control-Ges.m.b.H. zu entnehmen ist (Pkt. 4.10.3) - davon aus, dass durch einen Abgleich der Ergebnisse der Top-Down- und der Bottom-Up-Modellierung Näherungswerte für die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC)

für ein effizientes Netz bestimmt werden. Dabei wird das Bottom-Up-Modell durch die Erkenntnisse des Top-Down-Modells verfeinert und verschiedene Annahmen für die Input-Größen überprüft. Durch die Bottom-Up-Modellierung ist es auch möglich, die Plausibilität einiger Ergebnisse des Top-Down-Modells zu untersuchen.

Beim Top-Down-Ansatz, der als Berechnungsmethode für die Ermittlung der FL-LRAIC auch herangezogen wird (vgl. das angeführte Positionspapier, Pkt. 4.10.1), geht man zwar zunächst am Beginn der Modellierung vom bestehenden Netz aus und versucht dieses mit der entsprechenden Wahl von Kostenstellen, Kostenträgern und aktivitätsorientierten Zurechnungen möglichst wahrheitsgetreu abzubilden. Ausgangsbasis dafür sind die bestehenden Informationen aus der Kostenrechnung bzw. der Buchhaltung. Es werden aber alle für die Zusammenschaltung nicht relevanten Kosten eliminiert (u.a. Altlasten, Überkapazitäten, Ineffizienzen). Mit einem guten Top-Down-Ansatz sollte das marktbeherrschende Unternehmen berechnen und dokumentieren können, welche Kosten dadurch entstehen, dass ein effizientes Anbieten der nachgefragten Ermittlungsleistung auch in Zukunft (forward looking) möglich ist. Im Rahmen des Top-Down-Ansatzes sind somit Ineffizienzen des marktbeherrschenden Unternehmens zu berücksichtigen. Es kann daher keine Rede davon sein, dass es bei der vorliegenden Entgeltfestsetzung zu einer doppelten Anrechnung von behaupteten "Ineffizienzen" gekommen ist.

3. Zu den Verfahrensmängeln:

3.1. Zur Verletzung des Parteiengehörs:

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass das im vorliegenden Verfahren herangezogene technische Gutachten und auch die betriebswirtschaftlichen Gutachten, die im Zusammenschaltungsverfahren Z 33/99 erstattet worden seien, ihr im vorliegenden Verfahren nicht zugestellt und auch nicht zur Stellungnahme übermittelt worden seien. Damit sei gegen § 45 Abs.

3 AVG verstoßen worden, nach dem der Verfahrenspartei -sofern das Beweisergebnis in der behördlichen Entscheidung verwertet werden sollte -eine angemessene Frist zur Stellungnahme eingeräumt werden müsse. Das vorliegende Verfahren sei gerade nicht -wie dies die Beschwerdeführerin beantragt hätte -mit dem Verfahren Z 33/99 verbunden worden. Sämtliche auch im vorliegenden Verfahren maßgebliche Gutachten seien der Beschwerdeführerin nicht zugestellt worden. Selbst wenn man davon ausginge, dass die angesprochenen Gutachten, weil sie der Beschwerdeführerin im Verfahren Z 33/99 zur Kenntnis gekommen seien, als offenkundige Tatsachen zu qualifizieren wären, wären sie als solche den Parteien zur Stellungnahme bekannt zu geben gewesen. Auf Grund der in den angegebenen Gutachten angeführten Zahlen habe die Beschwerdeführerin gerade nicht schließen können, dass die Gutachten des Verfahrens Z 33/99 auch im vorliegenden Verfahren herangezogen würden. Die von der Beschwerdeführerin im Zuge des Verfahrens Z 33/99 vorgebrachte Kritik an technischen Gutachten habe schon wegen des grundsätzlich unterschiedlichen Verfahrensgegenstandes nicht eine Ausschließlichkeitswirkung in dem Sinne erzeugen können, die die Beschwerdeführerin zu einer gesonderten Stellungnahme im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht berechtigt hätte. Die Wahrung des Parteiengehörs sei fundamentaler Ausfluss der Rechtsstaatlichkeit. Danach dürfe die Behörde nur solche Tatsachen für die Begründung ihrer Entscheidung heranziehen, die der Partei vorher zur Stellungnahme zwecks Wahrung und Geltendmachung ihrer Rechte vorgehalten worden seien. Die belangte Behörde habe die im vorliegenden Verfahren herangezogenen Gutachten des Verfahrens Z 33/99 der Beschwerdeführerin nie zur Kenntnis gebracht und sie in weiterer Folge ihrer Entscheidung jedoch zu Grunde gelegt. Dies gelte für das technische Gutachten wie auch für die betriebswirtschaftlichen Gutachten.

Gemäß § 45 Abs. 3 AVG ist den Parteien Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen. Dass die belangte Behörde das technische und die betriebswirtschaftlichen Gutachten des Verfahrens Z 33/99 auch im vorliegenden Verfahren

herangezogen hat, ohne dies der Beschwerdeführerin in förmlicher Weise zur Kenntnis zu bringen und in der Folge der Beschwerdeführerin die Möglichkeit einzuräumen, innerhalb angemessener Zeit dazu auch im vorliegenden Verfahren Stellung zu nehmen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. Mai 2002, ZI. 2000/11/0242), stellt jedenfalls einen Verfahrensmangel dar, der sich im Lichte des weiteren Vorbringens der Beschwerdeführerin in Bezug auf die betriebswirtschaftlichen Gutachten auch als wesentlich erweist. In Bezug auf das aus dem Verfahren Z. 33/99 herangezogene technische Gutachten wurde die Wesentlichkeit dieses Verfahrensmangels in der Beschwerde nicht dargetan.

3.2. Zum Gutachten betreffend die Kapitalkosten:

3.2.1 Als Verfahrensmangel macht die Beschwerdeführerin zunächst

Gegen das Gutachten über die Bestimmung der Kapitalkosten von Univ.-Prof. Dr. D und Univ.-Prof. Dr. Z vom Februar 2000 bzw. März 2000 geltend, dass die Berechnungsmethode betreffend den Marktwert des Eigenkapitals inkonsequenterweise geändert worden sei. Im vorliegenden Verfahren hätten die Sachverständigen dem Grundsatz nach die Notwendigkeit einer konkret marktwertkalkulierten Berechnung des Eigenkapitals anerkannt. In dem im Februar 2000 erstatteten Gutachten habe die Ermittlung des Marktwerts des Eigenkapitals der Beschwerdeführerin durch eine Multiplikation des Buchwerts des Eigenkapitals mit dem Faktor

3,44 (der sich aus einem Vergleich von Buchwert und Marktwert des Eigenkapitals anderer einschlägiger Unternehmen zum damaligen Zeitpunkt ergeben habe) vorgenommen. In diesem Gutachten hätten die Gutachter einen unrichtigen Eigenkapitalwert der Beschwerdeführerin angenommen (statt S 49,3 Mrd. S 27,1 Mrd.).

Das Eigenkapital der Beschwerdeführerin zu Marktwerten sei somit insgesamt um ca. S 76 Mrd. unterschätzt worden. Ein von der Beschwerdeführerin vorgelegtes Gutachten habe auf dieses offensichtliche Versehen hingewiesen. Aus diesem Anlass hätten die Sachverständigen in der Folge die Berechnungsmethode geändert. Anstatt den methodisch konsistenten Eigenkapitalmarktwert mit S 169,6 Mrd. ($3,44 \times 49,3$ Mrd.) anzusetzen -der unter Berücksichtigung der seither eingetretenen Entwicklungen im Telekommunikationsmarkt als durchaus konservativ einzuschätzen sei -habe das Gutachten der Sachverständigen D/Z in der Gutachtensfassung vom März 2000 eine neue

Berechnungsmethode herangezogen. Im Gutachten vom März 2000 sei der Marktwert des Eigenkapitals nicht mehr aus einer Marktwertapproximation, sondern unbeschrieben aus einer linearen Hochrechnung des Verkaufserlöses eines 25 %igen Anteiles der Beschwerdeführerin aus dem Jahre 1998 ermittelt worden. Damit erweise sich das Gutachten von D/Z vom Februar 2000 mit dessen Neufassung vom März 2000 als augenscheinlich methodisch inkonsistent. Wenn die angewendete Berechnungsmethode im Februar 2000 richtig gewesen sei, bleibe es auch bei Richtigstellung des versehentlich zu niedrig angesetzten Bilanzwertes des Eigenkapitals. Nur durch diese Vorgangsweise kämen die Sachverständigen nach Korrektur ihrer Berechnung zu einem zur ersten Berechnung ähnlichen Kapitalzinssatz. Dieses Gutachten erscheine daher diesbezüglich inkonsistent.

Die belangte Behörde begründete im Bescheid Z 33/99-87 die kritisierte Änderung der Berechnungsmethode der Sachverständigen auf der Grundlage eines ergänzenden Gutachtens dieser Sachverständigen damit, dass die Anwendung des Faktors 3,44 auf den korrigierten Buchwert des Eigenkapitals der Beschwerdeführerin von S 49,3 Mrd. einen Eigenkapitalwert von S 169,6 Mrd. ergebe, welcher der belangten Behörde überhöht erschienen sei, da dieser Wert einem Eigenfinanzierungsgrad (=

Marktwert des Eigenkapitals durch Summe aus Marktwert des Eigenkapitals plus Buchwert des Fremdkapitals) von 73 % entspräche. Darüber hinaus würde bei dieser Berechnung der Eigenkapitalwert signifikant über der einzigen konkreten

Beobachtung des Marktwertes der Beschwerdeführerin *auf* Basis des Kaufpreises der Telekom-Italia liegen.

Es ist zwar der Beschwerdeführerin Recht zu geben, dass die Änderung der Berechnungsmethode im Hinblick *auf* die Ermittlung des Marktwertes innerhalb eines Monats *auf* den ersten Blick inkonsistent erscheint. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes erscheinen die von der belangten Behörde im Bescheid Z. 33/99 für die Änderung ins Treffen geführten Gründe jedoch schlüssig. Während sich bei der ersten Berechnung des Eigenkapitalwertes eine maßgebliche Diskrepanz des errechneten Wertes zu dem im Jahr 1998 für einen 25%igen Anteil des Unternehmens erzielten Kaufpreis nicht ergeben hat, trat eine solche Diskrepanz bei der Neuberechnung zu Tage und führte zur Bewertung des Marktwertes *auf* der Grundlage dieses Kaufpreises und somit zur Änderung der Berechnungsmethode. Dass aber eine derartige Bewertung des Marktwertes *auf* Grund eines tatsächlich erzielten Kaufpreises im Hinblick *auf* einen Teil des Unternehmens gleichfalls eine Methode zur Berechnung des Marktwertes des Unternehmens darstellt, wird von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt. Die Beschwerdeführerin wendet sich auch nicht dagegen, dass ein Eigenfinanzierungsgrad von 73 % von der belangten Behörde gestützt *auf* die ergänzende Stellungnahme der beiden Sachverständigen als überhöht angenommen wurde.

3.2.2. Eine weitere methodische Inkonsistenz der ergänzenden Stellungnahme der Sachverständigen Univ. Prof. Dr. D und Univ. Prof. Dr. Z (betreffend die Bestimmung der Kapitalkosten) wird betreffend die Marktwertberechnung *auf* Grund des von der Beschwerdeführerin erzielten Kaufpreises für einen Teil des Unternehmens darin gesehen, dass damit die Marktwertberechnung in einer Forward-Looking-Perspektive nicht ernst genommen werde, sondern *auf* irgend einem historischen Referenzpunkt eingefroren werde. Eine solche *-auf* Grund welcher Vergangenheitsbeobachtung auch immer *-historisierende* Betrachtung sei mit einer Forward-Looking-Perspektive nicht vereinbar. Seit dem Jahr 1998 habe sich der Markt ständig dynamisch weiterentwickelt, er werde dies auch in Zukunft tun. Eine historisierende Marktwertbetrachtung zum Stichtag 1998 blende die Steigerungen des Marktwertes seit diesem Zeitpunkt gezielt aus. Die dadurch bewirkte Unterschätzung des Marktwertes des Eigenkapitals der Beschwerdeführerin sei wesentlich. Auch die Vergleichswerte anderer europäischer Telekommunikationsunternehmen wiesen gerade im Zeitraum der letzten ca. eineinhalb Jahre signifikante Zunahmen im Marktwert des Eigenkapitals *auf*. Die Sachverständigen setzten sich auch in keiner Weise damit auseinander, dass sie in ihren Gutachten vom Februar 2000 wie auch im Gutachten vom März 2000 mit einem zu niedrig angesetzten Marktwertfaktor operierten. Infolge der Marktwertsteigerungen der Telekommunikationsunternehmen habe der Marktwertfaktor per 14. Jänner 2000 nicht mehr 3,44, sondern 5,58 betragen. In einer Forward-Looking-Perspektive wäre zwingend dieser neue Wert festzusetzen gewesen. Obwohl nach Auffassung dieser Sachverständigen eine Differenzierung des Eigenkapitals in

einzelne Unternehmenssparten nicht möglich sei (so in der ergänzenden Stellungnahme S. 4) und sich eine solche Differenzierung überdies nach Auffassung der Beschwerdeführerin in einer Forward-

Looking-Perspektive verbiete, hätten die Gutachter gleichwohl die jüngsten Marktwertsteigerungen des Eigenkapitals

van Telekom-Unternehmen auch deshalb nicht adäquat berücksichtigt (Seite 4 der ergänzenden Stellungnahme), um den "Urstand, dass

die Referenzunternehmen auch Dienste der Mobiltelefonie anbieten, zu neutralisieren". Sei aber eine Separierung van Festnetz- und Mobiltelefon, wie van diesen Sachverständigen selbst ausdrücklich zugestanden, nicht sinnvoll möglich, dürfe unter Berufung auf dieses Argument in konsistenter Weise eine Ausblendung van Marktwertsteigerungen nicht erfolgen.

Diese Rüge der Beschwerde ist beachtlich. Im Gutachten betreffend die Kapitalkosten wurde nicht näher begründet, warum es für die Marktwertberechnung im Jahre 2000 ausreichend Bei, den Marktwert

auf der Grundlage eines im Jahr 1998 erzielten Verkaufserlöses zu schätzen. In den Ausführungen der Sachverständigen in ihrer ergänzenden Stellungnahme (S. 4) zu den Einwendungen der alternativen Netzbetreiber findet sich zwar ein Argument, warum

bei der Marktwertschätzung des Eigenkapitals konservative Ansätze gewählt worden Bei, die die jüngsten Marktwertsteigerungen des Eigenkapitals van Telekom-Unternehmungen nicht voll widerspiegelten. Dies wird damit begründet, dass die im vorliegenden Fall für die Ermittlung des

Beta-Faktors herangezogenen Referenzunternehmungen im Ausland auch Dienste der Mobiltelefonie anböten (in welchem Bereich grundsätzlich ein größeres Risiko bestehe), was dadurch neutralisiert worden Bei, dass bei der Marktwertschätzung des Eigenkapitals der Beschwerdeführerin van konservativen Ansätzen ausgegangen worden Bei. Dem hält die Beschwerdeführerin zu Recht entgegen, dass nach den eigenen Ausführungen dieser Gutachter eine Differenzierung

des Eigenkapitals in einzelne Unternehmenssparten nicht möglich

Bei (S. 4 der ergänzenden Stellungnahme), weshalb unter Berufung auf dieses Argument eine Ausblendung van Marktwertsteigerungen nicht erfolgen dürfte. Das van der belangten Behörde herangezogene Gutachten betreffend die Bestimmung der

Kapitalkosten erweist sich somit im Hinblick auf die Bestimmung

des Marktwertes als nicht schlüssig. Dieser Verfahrensmangel ist auch wesentlich, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine allenfalls gebotene Berücksichtigung einer Marktwertsteigerung für die Schlussfolgerungen des Gutachtens betreffend die Höhe der Kapitalkosten der Beschwerdeführerin van Bedeutung Bind.

Im Hinblick auf die ausreichend begründete, nicht zu beanstandende Änderung der Berechnungsmethode für die Ermittlung des Marktwertes spielt der jeweils anzusetzende Marktwertfaktor in Verbindung mit einem anzunehmenden Buchwert keine Rolle mehr. Auf das diesbezügliche Vorbringen brauchte daher nicht näher eingegangen zu werden.

3.2.3. Im Hinblick auf dasselbe Gutachten wird in Bezug auf die Ermittelte Marktrisikoprämie für die

Berechnung der Eigenkapitalkosten ins Treffen geführt, dass das (erste)

Gutachten van Februar 2000 eine langfristige Referenzperiode (8palte "Durchschnitt 1978 -1997") und eine kurzfristige Referenzperiode (8palte "Durchschnitt 1988 -1997") aufgewiesen habe. Das Gutachten habe -entsprechend der einschlägigen Tabelle bei Ibbotson Associates -die kurzfristige Referenzperiode mit 10 Jahren und die langfristige Referenzperiode mit 20 Jahren bestimmt. Die so gewählten Referenzperioden geien auch deswegen sachlich verständlich, weil die österreichischen Werte aug der

Zeit vor 1972 in den Tabellen von Ibbotson Associates gar nicht ausgewiesen seien. Auch im Text des Gutachtens vom Februar 2000 (8 10, erster Absatz) sprächen die Gutachter in unzweideutigen Worten von den Referenzperioden "1978 bis 1997" und "1988 bis 1997". Tatsächlich sei in dem Gutachten bei der Gegenüberstellung dieser Referenzwerte jedoch ein Ablesefehler aus der entsprechenden Ibbotson-Tabelle unterlaufen. Die im Gutachten vom Februar 2000 für Österreich für die "lange" Referenzperiode tatsächlich angesetzten Werte entstammten nicht der Ibbotson-Tabelle für den Zeitraum "1978 bis 1997", sondern jener für den Zeitraum "1970 bis 1997". Die Beschwerdeführerin habe im Verfahren durch ein Gutachten auf diesen Fehler aufmerksam gemacht. Bei Korrektur dieses Fehlers hätten sich deutlich höhere Kapitalzinsen für die Beschwerdeführerin ergeben. Es wäre nahe gelegen, den Übertragungsfehler durch eine schlichte Richtigstellung zu korrigieren und die tatsächlich in der Ibbotson-Tabelle für den Zeitraum "1978 bis 1997" angesetzten Werte in die Berechnung des Gutachtens zu übernehmen. Durch die Gutachter sei jedoch nicht eine Richtigstellung der entsprechenden Werte aus der Ibbotson-Tabelle für das Zeitfenster "1978 bis 1997, sondern gerade umgekehrt -unter Beibehaltung der "ursprünglich unrichtig abbeschriebenen" Werte - eine Korrektur der "Überschriften" erfolgt. Die Sachverständigen hätten unter dem Eindruck der Kritik den zeitlichen Bezugsrahmen der Variante 1 auf "1970 bis 1997" abgeändert, sodass die Zahlen in der Tabelle der Überschrift entsprochen hätten. Damit sei freilich eine implizite Abänderung der Berechnungsmethode erfolgt, nämlich eine Änderung der bezughabenden Vergleichsgrößen. Aus einem Vergleich der Referenzwerte für 1978 -1997 zu jenen von "1988 -1997" habe das Gutachten einen Vergleich der Perioden "1970 -1997" und "1988 -1997" gemacht. Von den Sachverständigen hätten weiters weitere Korrekturen vorgenommen werden müssen. Dieses Gutachten in den Fassungen von Februar und März 2000 erweise sich auch insoweit als methodisch inkonsistent.

Die Sachverständigen Univ.-Prof. Dr. D und Univ.-Prof. Dr. Z haben in ihrem ersten Gutachten vom Februar 2000 in Punkt 4.1.B) als Zeitfenster zur Schätzung der relevanten Marktrisikoprämien den Zeitraum 1978 -1997 und 1988 -1997 angegeben (siehe das Gutachten, 8 9 f). Der Zeitraum 1978 -1997 wurde im Text des Gutachtens und in der dazu erfolgten Tabelle 3 (8. 10) angeführt. Die Sachverständigen legten in ihrer ergänzenden Stellungnahme Erkenntnis vom 11. pagina 40 von 91

dar, dass sie immer von der Stützperiode 1970 -1997 ausgegangen seien und die dazu im Ibbotson-Bericht enthaltenen Zinssätze zur Berechnung der Marktrisikoprämie herangezogen hätten. Irrtümlich sei im Gutachten aber von der Stützperiode 1978 -1997 die Rede. Es liege ein Übertragungsfehler vor. Dass sie mit den Werten der Stützperiode 1970 -1997 gerechnet hätten, wird an Hand einer im Gutachten in der Folge vorgenommenen Berechnung der Risikoprämie in Tabelle 7 belegt. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, das Abstellen auf die Periode 1978 -1997 sei für Österreich auch sachlich, weil Werte für Österreich im Ibbotson-Bericht vor 1972 nicht ausgewiesen seien, ist entgegenzuhalten, dass Österreich im herangezogenen internationalen Bericht selbst für die Periode 1970 -1997 (trotz des Hinweises, dass für Österreich erst Werte seit 1972 vorhanden seien) angeführt wird, die Beschwerdeführerin im Übrigen aber auch nicht begründet, warum der für Österreich angeführte Durchschnittswert für einen Zinssatz einer langfristigen Veranlagung für diese Periode, der aus konkreten Werten von 23 statt von 25 Jahren errechnet wurde, nicht zutreffend sein soll.

3.2.4. Weiters macht die Beschwerdeführerin in Bezug auf das ergänzende Gutachten dieser Sachverständigen geltend, dass "unverzinsliches Fremdkapital" als Abzugsgröße bei der Bemessungsgrundlage erstmals und ohne Begründung in Ansatz gebracht worden sei. Die Sachverständigen hätten diese Änderung in dem Ergänzungsgutachten nicht begründet. Sie hätten lediglich die Literatur dazu als umstritten bezeichnet und den Abzug dann vorgenommen, weil sich sonst eine Abweichung zu einem früheren Gutachten ergeben hätte. Ein solcher Abzug sei aber auch in der Sache unberechtigt. Unverzinsliches Fremdkapital bestehe in Telekommunikationsunternehmen nicht. Die in der Literatur kontrovers diskutierten Kategorien des (nicht verzinslichen) Fremdkapitals betreffen nämlich kurzfristige Fremdkapitalpositionen wie Lieferantenverbindlichkeiten oder Kundenanzahlungen. Diese Kategorien spielten bei Telekommunikationsunternehmen keine Rolle.

Der Beschwerdeführerin ist Recht zu geben, dass der in der ergänzenden Stellungnahme vorgenommene Abzug von unverzinslichem Fremdkapital von den Sachverständigen nicht schlüssig begründet wurde. In der ergänzenden Stellungnahme wird selbst darauf hingewiesen, dass es in der betriebswirtschaftlichen Literatur umstritten sei, welche Teile des Fremdkapitals nicht verzinslich seien und dass zu prüfen sei, inwieweit auch das notwendige Umlaufvermögen (d.h. Lagerbestände) zum zinsberechtigten Kapital zähle. Trotz dieser zum Teil offenen Fragen würde nach Ansicht der Sachverständigen aber eine Nichtberücksichtigung des nicht verzinslichen Fremdkapitals eine Abweichung von der Vorgangsweise im Vergleich zum Gutachten derselben Sachverständigen vom Mai 1999 bedeuten, weshalb eine Berücksichtigung auch in diesem Gutachten erfolge. Auch diesbezüglich liegt somit ein wesentlicher Verfahrensmangel vor.

3.3. Zum Gutachten betreffend die Ermittlung der Kosten auf Basis FL-LRAIC unter Zugrundelegung eines Bottom-Up-Modells der Sachverständigen des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) Dr. S und Dr. N:

3.3.1. Wenn sich das Gutachten im Hinblick auf die Ermittlung der Kapitalkosten nicht als schlüssig erweist, ergibt sich auch für das Gutachten der Sachverständigen Dr. S und Dr. N zur Ermittlung der Kosten der Beschwerdeführerin auf der Grundlage der Bottom-Up-Methode jedenfalls ein wesentlicher Verfahrensmangel, das den in diesem Gutachten ermittelte Kapitalkostensatz für die eigenen Berechnungen herangezogen hat.

3.3.2. Im Hinblick auf das Gutachten von Dr. S und Dr. N wendet sich die Beschwerdeführerin auch gegen die Heranziehung des bloßen Planungswertes BHCA (Busy Hour Call Attempts = Verbindungsversuche in Vermittlungsstelle in einer definierten Hauptverkehrsstunde) im Zusammenhang mit der Kostenzurechnung für Signalisierungsrechner an Netzvermittlungsstellen. Es fehle an jeglichen Hinweisen in der Literatur oder auch an Erfahrungen real existierender Telekommunikationsunternehmen, dass diese von den Sachverständigen freihändig angenommene Approximation empirisch zutreffe. Für eine solche kostenmäßige Zurechnung trage die von den Sachverständigen erfundene Planungswereinheit "Kosten/1000 BHCA" (= Kosten/Verbindungsversuche in einer Vermittlungsstelle in einer definierten Hauptverkehrsstunde) nichts bei. Es fehle an nachprüfbareren Aussagen dazu, wieso die von den Gutachtern angenommene Approximationszurechnung real zutreffe. Die Richtigkeit der von den Sachverständigen angenommenen pauschalen Approximation sei auch deshalb besonders unwahrscheinlich, weil tatsächlich die Kosten der eingesetzten Signalisierungsrechner entscheidend davon abhängen, ob die Signalisierungsfunktionalität in die Vermittlungsstelle integriert sei (in welchem Falle es deutlich geringere Investitionskosten gebe) oder ob es sich um selbstständige Signalisierungsrechner handle. Die Behauptung der Sachverständigen sei nicht richtig, dass lokalen Zusammenschaltungsleistungen keine Signalisierungskosten zuzurechnen seien. Tatsächlich würden alle

Zusammenschaltungsleistungen zwischen der Beschwerdeführerin und den neuen Betreibern über Signalisierungsrechner signalisiert. Auf Grundlage der freihändigen Approximation der genannten Sachverständigen ergebe sich daher im Ergebnis eine signifikante Unterschätzung der Zusammenschaltungskosten.

In der ergänzenden Stellungnahme der angeführten Sachverständigen wurde zu dieser Problematik argumentiert, dass es für den gegenwärtigen Zweck der Kostenmodellierung ausreiche, die Kosten derjenigen Elemente des Zeichenabgabernetzes zu bestimmen, die gemeinsam von Zusammenschaltungsdiensten und anderen Diensten genutzt würden. Dienste, die zum Zwecke der Signalisierung IN-Plattformen nutzen, seien also Mehrwertdienste und deren Leistungserbringung müsse außerhalb von Standardzusammenschlungsverträgen vereinbart werden. Die von der Beschwerdeführerin bemängelte BHCA-Verwendung sei dennoch akzeptabel, wenn bekannt sei, welchen Aufwand (und damit welche Kosten) eine durchschnittliche Verbindung im ISDN erfordere. IN-Verbindungen sollten ausgeklammert bleiben, da normale Zusammenschaltung keine Elemente des intelligenten Netzes nütze.

Der verwiesene Bescheid Zl. 33/99-87 beruft sich im Hinblick *auf* diese Einwendungen der Beschwerdeführerin *auf* die Argumentation in der ergänzenden Stellungnahme der Sachverständigen, ohne diese in diesem Bescheid selbst ins Treffen zu führen. Auch mit der eingehenden Begründung in der Gegenschrift der belangten Behörde dazu kann die mangelnde Begründung im angefochtenen bzw. verwiesenen Bescheid (Zl. 33/99-87) nicht ersetzt werden. Dem angefochtenen Bescheid ist in dieser Hinsicht ein wesentlicher Begründungsmangel anzulasten. Im Lichte der angeführten Einwendungen der Beschwerdeführerin kann die wiedergegebene Argumentation der Sachverständigen in ihrer ergänzenden Stellungnahme nicht als schlüssig erkannt werden.

3.3.3. Wenn die Beschwerdeführerin weiters im Zusammenhang mit der ergänzenden Stellungnahme der Sachverständigen Dr. S und Dr. N den Einwand erhebt, dass sich bei ähnlicher Modellierung im Grundsätzlichen bei realistischeren Eingabewerten deutlich andere Resultate ergäben, was im Vergleich zum CSELT-Bottom-Up-Modell der Beschwerdeführerin unmittelbar zum Ausdruck komme, genügt es der Beschwerdeführerin entgegenzuhalten, dass sie keinerlei konkrete Berechnungen diesbezüglich vorgelegt hat.

3.3.4. Wenn die Beschwerdeführerin weiters meint, die Sachverständigen Dr. S und Dr. N hätten nicht ausreichend aufgezeigt, *auf* Grund welcher gutachterlichen Überlegungen sie in concreto welche Inputdaten im Gutachten verwendet hätten, es liege also dafür keine Begründung vor, kann dem nicht gefolgt werden. Die belangte Behörde hat die Frage der herangezogenen Input-Parameter im Zusammenhang mit der Bottom-Up-Methode *auf* der Grundlage des diesbezüglichen vorgelegten Gutachtens in Punkt 2.6.2. und Punkt 4.5.2.3.1. des verwiesenen Bescheides Zl. 33/99-87 behandelt (S. 95 letzter Absatz und S. 128 dritter Absatz des verwiesenen Bescheides). In diesem Zusammenhang wurde die Nichtheranziehung der Input-Parameter der Beschwerdeführerin damit begründet, dass bei Heranziehung dieser Daten das Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell Kosten ergebe, die über den Vollkosten der Beschwerdeführerin lägen. Der Grund dafür wurde wiederum darin gesehen, dass für die einzelnen Komponenten die aktuellen Einkaufspreise *auf* der Basis von langfristigen Rahmenverträgen, die noch vor der Liberalisierung des Sprachtelefoniedienstes abgeschlossen worden seien, angegeben worden seien. Darüber hinaus wurde darauf hingewiesen, dass von der Beschwerdeführerin keine verlässlichen Angaben über das Verhältnis zwischen schmal- (Sprache) und breitbandiger (Daten)-Nutzung der Infrastruktur gemacht worden sei. Als weiteres Problemfeld wurden die unverhältnismäßig hohen Kosten *für* das Zeichenabgabernetz angeführt. Auch wenn im angefochtenen Bescheid die Heranziehung der Inputparameter des

Verbandes Alternativer Telekommunikationsanbieter (VAT) nicht im Einzelnen -wie im zu Grunde liegenden Gutachten -dargelegt wurde, stellt dies jedenfalls keinen wesentlichen Begründungsmangel dar, weil die dazu in dem herangezogenen Gutachten gegebenen Begründungen schlüssig und nachvollziehbar sind. So wird etwa bei der Ermittlung von Zuschlagsätzen für netzunterstützende Investitionen (S. 28 des Gutachtens von Dr. S und Dr. N) zu den von den Parteien angegebenen Daten ausgeführt:

"Der VAT (Alternative Telekom-Betreiber) gibt dazu an, dass die Investitionen z.B. in das Netzmanagementcenter Wien der TA (Beschwerdeführerin) nicht unerheblich sind und hält deshalb den hohen Prozentsatz von ...für gerechtfertigt. Auf der anderen Seite erklärte der VAT, dass diese Zentren ein überaus großes Einsparungspotenzial bei den Betriebskosten bewirken und somit die VAT-Werte für Betriebskostenfaktoren sehr niedrig ausfallen. Dieser Argumentation haben wir uns letztlich angeschlossen und an dieser Stelle die VAT-Input-Werte ins Modell eingestellt. Der extrem hohe Zuschlagssatz der TA für Grundstücke und Gebäude lässt sich u.E. nur so erklären, dass dar in nicht nur die Investitionen in Gebäude für die Netzunterstützung, wie Garagen, Büros oder Werkstatträume, sondern, ähnlich wie bei den US- amerikanischen Angaben, auch die Gebäudeinvestitionen für vermittlungs- und übertragungstechnische Einrichtungen enthalten sind. Diese werden jedoch direkt berücksichtigt. Die entsprechenden Angaben der TA an diesen Stellen sind ebenfalls sehr hoch. Wir haben um weitere Erläuterungen gebeten, die aber im Rahmen der Gutachtensfrist nicht mehr vorgelegt wurden. Wir halten den ACCC-Wert von 3,73 % zwar für vertretbar, verwenden aber im Rahmen des Gutachten den eher konservativen VAT-Wert."

Weiters wurde im Gutachten etwa zu Punkt 2.3.2.1.

(Netzintegration auf der Ebene der Infrastruktur und Übertragungstechnik) zur vorliegenden Problematik ausgeführt, dass zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung von Seiten der Beschwerdeführerin weder in der einen noch in der anderen Form Angaben vorgelegt seien. Die alternativen Netzbetreiber verträten eine 80 %ige (Access) bzw. 70 %ige (Backbone) Zurechnung der Infrastrukturinvestitionen zur Übertragungsplattform für schmalbandige Dienste, die angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin bereits ein ATM-Netz aufgebaut habe, als angemessen erscheine. Im Übrigen ist der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auch entgegenzuhalten, dass sie gegen die von den Sachverständigen herangezogenen Inputparameter des VAT konkret keine Einwände vorträgt.

3.4. Zurn wirtschaftlich-technischen Gutachten der Amtssachverständigen Ing. L u.a. betreffend die Feststellung der Kosten der Beschwerdeführerin für Zusammenschaltungsleistungen unter zu Hilfenahme eines Top-Down-Ansatzes:

3.4.1. Im Hinblick auf die ergänzende Stellungnahme der Amtssachverständigen rügt die Beschwerdeführerin, dass die Annahmen betreffend die Nutzungsdauern von Weitverkehrskabeln und von Kabelkanälen nicht zutreffend seien. Es sei auch sachlich nicht konsistent, wenn die belangte Behörde auf der Grundlage behaupteter internationaler Vergleichswerte Veränderungen der Annahmen der Beschwerdeführerin in Form von Verlängerungen von Abschreibungsdauern vorgenommen hätte. Änderungen seien nur in Bezug auf zu kurz erachtete Abschreibungsdauern vorgenommen worden. Wenn die belangte Behörde der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang entgegengehalten hat, dass die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Nutzungsdauern für die verschiedenen Anlagegüter überprüft und mit internationalen "Benchmarks" und Angaben von Netzbetreibern abgeglichen worden seien, die diesbezüglichen Annahmen der Amtssachverständigen auf einem europäischen Vergleich beruhten, der im Rahmen einer Bottom-Up-Kostenrechnungsstudie im Auftrag der Europäischen Kommission von "European Economics" durchgeführt worden sei, kann dies nicht als unschlüssig erkannt werden.

3.4.2. Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn die Amtssachverständigen davon ausgegangen sind (siehe S. 4 der ergänzenden Stellungnahme), dass die Beschwerdeführerin auf der Basis von Planwerten und auf Grund einer entsprechenden Kalkulation entscheide, ob Rückbau- oder Umbauprojekte im Netz durchgeführt werden. Eine Bewertung der Entscheidungssituation (wie die Beschwerdeführerin meint als "klar") wurde von den Amtssachverständigen nicht vorgenommen.

3.4.3. Weiters sind die Amtssachverständigen nicht von einer pauschalen Unterstellung von Kapazitätsreserven ausgegangen, worauf in der ergänzenden Stellungnahme (Pkt. 2.8.) ausdrücklich hingewiesen wurde. Der angenommene Effizienzabschlag von 20 % wurde vielmehr -wie bereits dargelegt -ausreichend begründet. Da die Beschwerdeführerin insbesondere über die geplante zukünftige Unternehmensentwicklung den Sachverständigen bzw. der belangten Behörde keine Daten bekannt gab, war die in diesem Zusammenhang vorgenommene Schätzung von Effizienzsteigerungen zulässig. Die in der ergänzenden Stellungnahme der Amtssachverständigen vorgenommene ergänzende Begründung dazu, dass auch ein Vergleich mit EU- Benchmarks, die auf Basis der Kosten eines effizienten Netzbetreibers beruhen, Kostensenkungspotenzial von mindestens 20 % ergäbe, war nicht von tragender Bedeutung, weshalb auf die diesbezüglichen Bedenken der Beschwerdeführerin nicht näher einzugehen war.

3.4.4. Wenn die Beschwerdeführerin weiters die Kosten der notwendigen Anpassungsmagnahmen für Effizienzsteigerungen ins Treffen führt, die nicht berücksichtigt worden seien, genügt es ihr zu entgegnen, dass nur bei entsprechender Bekanntgabe von Daten von Seiten der Beschwerdeführerin derartige Kosten im Rahmen einer dann möglichen konkreteren Berechnung des anzunehmenden Effizienzsteigerungspotenzials hätten in Rechnung gestellt werden können.

3.5. Zu den Begründungsmängeln:

Wenn die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Bestimmung des Marktwertes bei der Ermittlung der in Rechnung zu stellenden Kapitalkosten auch einen Begründungsmangel geltend macht, weil die Berechnungsmethode geändert wurde, kann ihr im Hinblick auf das dazu bereits Ausgeführte nicht gefolgt werden. Dies gilt auch für die behaupteten weiteren Begründungsmangel, dass das WIK- Bottom-Up- Modell und nicht das von der Beschwerdeführerin vorgelegte CSELT- Modell herangezogen und in diesem Zusammenhang auch eine sachverständige Stellungnahme vom 24. März 2000 nicht behandelt und dass bei der Top-Down-Berechnung der Zusammenschaltungskosten der Beschwerdeführerin ein 20 %iger Effizienzabschlag gemacht worden sei.

3.6. Wenn sich die Beschwerdeführerin auch gegen die Annahme der belangten Behörde wendet, dass zu Unrecht eine von der Beschwerdeführerin unterschiedliche Netzstruktur der Mitbeteiligten angenommen worden sei und in diesem Zusammenhang geltend macht, dass die von der belangten Behörde vorzuschreibenden Entgelte für die Beschwerdeführerin und für die Mitbeteiligte in gleicher Höhe erfolgen müssten, genügt dem entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin für eine derartige Annahme weder eine Grundlage im TKG noch im Gemeinschaftsrecht ins Treffen führt und eine solche auch für den Verwaltungsgerichtshof nicht erkennbar ist.

4. Der angefochtene Bescheid war im Hinblick auf die festgestellten wesentlichen Verfahrensfehler wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit c VwGG aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwendersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i.V.m. der Verordnung BGBl. II Nr. 501/2001.

Wien, am 11. Dezember 2002

Erkenntnis vom 16. Dezember 2002, 2002/10/026 E

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Novak, Dr. Mizner, Dr. Stöberl und Dr. Köhler als Richter, im Beisein des Schriftführers MMag. Zavadil, über die Beschwerde des Dr. Tilmann K in Würzburg, vertreten durch Dr. Rainer Roniger, Rechtsanwalt in 1220 Wien, Donau-City-Straße 11, ARES-Tower, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur vom 6. Februar 2001, Zl. 35.515/4-VII/B/5/2001, betreffend Zulassung zum Zahnarztlehrgang, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 332,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Text

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung zum Ausbildungslehrgang gemäß der Verordnung BGBl. Nr. 381/1925 für die fachliche Ausbildung von Doktoren der gesamten Heilkunde auf dem Gebiete der Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde an der Universität Graz (die Verordnung gilt gemäß Art. I des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 184/1986 als Bundesgesetz) abgewiesen. Der Beschwerdeführer hat als deutscher Staatsbürger in der Bundesrepublik Deutschland das Studium der Humanmedizin absolviert und erhielt am 14. Februar 1974 vom Bayerischen Staatsministerium des Innern die Urkunde über die erfolgreiche Ablegung der ärztlichen Staatsprüfung. Am 2. Juli 1975 hat er vom Bayerischen Staatsministerium des Innern die Approbation als Arzt erhalten und insofern die Berechtigung zur selbständigen ärztlichen Berufsausbildung erworben. Zudem hat er am 10. September 1980 an der Universität Hamburg den Dokortitel der Medizin erworben. Der Beschwerdeführer hat nach seinen Angaben seit 1975 dauernd als Arzt gearbeitet.

Dem Beschwerdeführer wurde zunächst die Nichtaufnahme in den zahnärztlichen Lehrgang an der Universität Graz nur formlos mitgeteilt. Die belangte Behörde holte Stellungnahmen der Generaldirektion Binnenmarkt vom 10. Jänner 2000 und vom 10. Oktober 2000 ein, in denen zum Ausdruck gebracht wurde, dass die österreichischen Behörden gegen Art. 19b der Richtlinie 78/686/EWG in der Fassung der Beitrittsakte verstießen, wenn sie "jenen, die ihre Diplome als Arzt in einem anderen Mitgliedstaat als Österreich erworben haben, über den Fachlehrgang Zugang zum Beruf des Zahnarztes" gewährten.

Nach Erhebung von Säumnisbeschwerden (zunächst gegen die Säumnis von unzuständigen Bundesministern, schließlich zur hg. Zl. 2001/10/0019) erging der angefochtene Bescheid, mit welchem der

Antrag des Beschwerdeführers abgewiesen wurde

Begründet wurde die Abweisung des Antrags damit, dass nach der Verordnung BGBI. Nr. 381/1925 ein an einer österreichischen Universität erworbenes Doktorat der gesamten Heilkunde Voraussetzung für die Zulassung zum Lehrgang Bei. Unter Hinweis auf Art. 19b der Richtlinie 78/686/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für die Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr in der Fassung der Beitrittsakte, Amtsblatt Nr. C 241 vom 29. August 1994, S. 218, vertrat die belangte Behörde die Auffassung, dass bei der Aufnahme in den zahnärztlichen Lehrgang der in Art. 19b der Richtlinie 78/686/EWG normierte Studienabschluss in Österreich vorausgesetzt werde. Wie auch die Europäische Kommission (GD Binnenmarkt; freier Warenverkehr und reglementierte Berufe) mit Schreiben vom 10. Oktober 2000 bestätigt habe, Bei davon auszugehen, dass das Erfordernis eines in Österreich ausgestellten Befähigungsnachweises, der die Absolvierung eines Medizinstudiums bescheinige, darauf abziele, die rechtmäßig erworbenen Rechte jener Ärzte zu schützen, die in Österreich den Beruf des Zahnarztes zu einem Zeitpunkt ausgeübt haben, als es noch keinen vom normalen Arztberuf unabhängigen eigenständigen Beruf des Zahnarztes gegeben habe. Diese Bestimmung diene nicht dazu, Ärzten aus anderen EU-Mitgliedstaaten Rechte zu verleihen, die Inhaber eines Nachweises über die ärztliche Prüfung Bei, der in einem Mitgliedstaat ausgestellt worden Bei, in dem es eine eigene zahnärztliche Fachausbildung und den eigenständigen Beruf des Zahnarztes gebe. Ihnen die Aufnahme in den Fachlehrgang und damit den Zugang zum Beruf des Zahnarztes in Österreich zu gestatten, würde bedeuten, dass man ihnen eine Umgehung der für Zahnärzte geltenden Richtlinie erlaube.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer die vorliegende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Mit Beschluss vom 25. April 2001 legte der Verwaltungsgerichtshof dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art. 234 EG folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

"Sind Art. 19b der Richtlinie 78/686/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr in der Fassung der Beitrittsakte, Amtsblatt Nr. C 241 vom 29. August 1994, S. 218, Art. 12 EG und Art. 39 EG sowie Art. 1 in Verbindung mit Art. 3 und Art. 9 der Richtlinie 93/16/EWG zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise dahingehend auszulegen, dass sie einer Regelung entgegenstehen, wonach die Zulassung zu dem von Art. 19b der Richtlinie 78/686/EWG erfassten zahnärztlichen Ausbildungslehrgang den Erwerb des Doktorats der gesamten Heilkunde an einer inländischen Universität voraussetzt?"

Begründend wurde nach Wiedergabe der wesentlichen Rechtsgrundlagen im innerstaatlichen Recht und Darstellung des Verfahrensganges ausgeführt, dass ungeachtet des Umstandes, dass die Rechtsauffassung der belangten Behörde von der zuständigen Generaldirektion der Europäischen Kommission geteilt werde, die Rechtsfrage nicht als eine solche beurteilt werden könne, deren Beantwortung als offenkundig im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bezeichnet werden könnte (Hinweis auf das Urteil vom 6. Oktober 1982, Rs 283/81, CILFIT, 81g. 1982, 3415). Wenngleich die Überlegung der belangten Behörde, dass bei Zulassung von Absolventen ausländischer Universitäten eine Umgehung der für die übrigen Mitgliedstaaten bestehenden Verpflichtungen aus der genannten Richtlinie möglich wäre, plausibel erscheine, habe auch die Interpretation des Beschwerdeführers, der in Art. 19b der Richtlinie 78/686/EWG lediglich eine Vorschrift darüber erblicke, welche Ausbildungen die übrigen Mitgliedstaaten hinsichtlich von Zahnärzten, die in Österreich ausgebildet wurden, anerkennen müssen, nicht jedoch darüber, welche

Personen zu dieser Ausbildung in Österreich zuzulassen. Bei den, einiges für sich. Die vom Beschwerdeführer unter Berufung auf ein Gutachten von Prof. Dr. iur. habil. Dieter H. Scheuing, Universität Würzburg, vertretene Auffassung, dass Art. 19b der Richtlinie im vorliegenden Fall nicht einschlägig sei bzw. sich daraus die von der belangten Behörde gezogenen Schlüsse nicht ableiten ließen, könnten nicht mit Hinweis auf Rechtsprechung des EuGH entkräftet werden.

Mit Schreiben vom 12. Juli 2002 des Kanzlers des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften wurde auf Art. 104 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes hingewiesen. Die Antwort auf die in der vorliegenden Rechtslage gestellte Vorlagefrage könne klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden, namentlich aus den Urteilen des Gerichtshofes vom 28. April 1988 in den Rechtssachen 31/86 und 35/85 (LA18A/Rat, 81g. 1988, 2285, Randnrn. 9 bis 15), vom 1. Juni 1995 in der Rs C-40/93 (Kommission/Italien, 81g. 1995, 1-1319) und vom 29. November 2001 in der Rs C-202/99 (Kommission/Italien, 81g. 2001, 1-9319), beabsichtige der Gerichtshof, gemäß der genannten Vorschrift seiner Verfahrensordnung durch einen mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden. Im Urteil vom 1. Juni 1995, Rs. C-40/93, kam der EuGH zum Schluss, dass die italienische Republik dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 78/686/EWG und 78/687/EWG verstoßen habe, dass sie über die der italienischen Republik zugestandene Übergangszeit hinaus eine Regelung aufrecht erhalten hatte, die dazu führte, dass (wie von der Kommission gerügt wurde) Personen zu den Tätigkeiten eines Zahnarztes zugelassen werden konnten, die sich nicht in einer Weise spezialisiert hätten, die ihnen eine der Koordinierungsrichtlinie entsprechende Ausbildung gewährleiste. Im Urteil vom 29. November 2001, Rs. C-202/99, stellte der EuGH erneut einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht durch die Italienische Republik dadurch fest, dass ein zweiter Ausbildungsgang für den Zugang zum Zahnarztberuf aufrecht erhalten worden war, obwohl der zweite Ausbildungsgang nicht im Einklang mit der Richtlinie der Gemeinschaft stand. Das Urteil in den Rechtssachen 31 und 35/86, LAISA, betrifft den primärrechtlichen Charakter von Vorschriften des Anhangs I der Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals betreffend die Anpassung von Rechtsakten der Organe.

Der Verwaltungsgerichtshof leitete dieses Schreiben den Parteien des Verfahrens zur Abgabe einer allfälligen Stellungnahme zu. Der Beschwerdeführer erstattete mit Schreiben vom 3. Oktober 2002 eine Äußerung, in der die Auffassung vertreten wird, dass nicht unter Verstoß gegen die Richtlinien 78/686/EWG und 78/687/EWG eine neue Kategorie von Zahnärzten geschaffen werde, wenn einem Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates, der in diesem Mitgliedstaat seine Ausbildung zum Arzt abgeschlossen hat, die Möglichkeit geboten wird, nach der Promotion eine Ausbildung in Österreich zum Zahnarzt zu absolvieren.

Mit Beschluss vom 5. November 2002 gemäß Art. 104 § 3 der Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofes beantwortete EuGH die ihm vorgelegte Frage wie folgt:

"Art. 19b der Richtlinie 78/686/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für Magnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr in der Fassung der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge ist so auszulegen, dass eine Person, deren Dokortitel in Allgemeinmedizin nicht von einer österreichischen Universität verliehen worden ist, nicht zu dem in Österreich angebotenen zahnärztlichen Lehrgang zugelassen werden kann."

Der Europäische Gerichtshof verweist zur Begründung auf die oben genannten Urteile und führt aus, dass zu beachten sei, dass das Zahnärztdiplom in Österreich vor dem 1. Jänner 1998 nur von Personen erworben werden konnte, die Inhaber eines Doktorats der gesamten Heilkunde waren und nach der Promotion einen zahnärztlichen Lehrgang absolviert hatten. Infolge des Beitritts zur Europäischen Union sei die Republik Österreich nach den Richtlinien 78/686 und 78/687 verpflichtet gewesen, die Ausbildungsvoraussetzungen für die Zahnarztstätigkeit durch die Einführung eines

neuen, von der allgemeinen ärztlichen Ausbildung unabhängigen Ausbildungssystems an den europäischen Standard auszugleichen. Nach den Angaben in den Erklärungen der österreichischen Regierung Bei dieser neue Studiengang am 1. August 1998 eröffnet worden und die zahnärztlichen Lehrgänge für promovierte Ärzte in Österreich zum Ende des akademischen Jahres 2000/2001 ausgelaufen. Die Richtlinien 78/686 und 78/687 sähen var, daas zur Ausübung der Tätigkeit eines Zahnarztes nur berechtigt Bei, wer einen der in Art. 2 der Richtlinie 78/686 genannten Befähigungsnachweise besitze (Hinweis auf das Urteil Kommission/Italien vom 1. Juni 1995, Randnr. 21). Art. 19b der Richtlinie 78/686 stelle eine Ausnahme von Art. 2 dieser Richtlinie dar und Bei daher als Ausnahmebestimmung eng auszulegen (Hinweis auf das Urteil Kommission/Italien vom 1. Juni 1995, Randnr. 23, und die dort zitierte Rechtsprechung).

Insoweit Bei zu berücksichtigen, dass in Art. 19b der Richtlinie 78/686 für Ärzte, die die frühere Zahnarzt Ausbildung bereits begonnen oder abgeschlossen hätten, eine Sonderregelung geschaffen werden sollte, um es diesen Ärzten zu ermöglichen, die Ausbildung zu Ende zu bringen, falls Bie Bie noch nicht abgeschlossen hatten und ihren Beruf in den anderen Mitgliedstaaten ausüben, soweit Bie dabei gewesen Beien, die Ausbildung abzuschließen oder diese bereits abgeschlossen hatten ("in diesem Sinne zu Art. 19 der Richtlinie 78/686, der Art. 19b entspricht, Urteil Kommission/Italien vom 29. November 2001, Randnr. 52"; in diesem Verfahren ging es um die Frage, ob ein Mitgliedstaat außerhalb der ihm eingeräumten Übergangsfrist Personen zur Tätigkeit eines Zahnarztes zulassen darf te, die ihre Diplome in Italien erworben hatten und keine den in Art. 1 der Koordinierungsrichtlinie aufgestellten Kriterien entsprechende Ausbildung erhalten hatten und ihr Hochschulstudium der Medizin auch nicht var dem in Art. 19 der Anerkennungsrichtlinie vorgesehenen Zeitpunkt begonnen hatten, sodass davon gesprochen werden konnte, dass das Gesetz auf diese Weise eine Kategorie von Zahnärzten schaffe, die weder in der Richtlinie 78/686 noch in der Koordinierungsrichtlinie 78/687 vorgesehen Bei; in Rdnr. 52 führt der EuGH aus, dass Art. 19 der Anerkennungsrichtlinie -der die Art. 19b der Richtlinie entsprechende Übergangsregelung für die Italienische Republik enthielt -für eine bestimmte Gruppe von Ärzten, d~e ~hr D~plom ~n Ital~en erworben haben, und zwar für diejenigen, die zwar ein Arztdiplom besitzen, in Italien aber hauptsächlich als Zahnarzt tätig Bind, eine Sonderregelung eingeführt habe, um den Übergang zu der neuen Regelung zu erleichtern. Zu diesem Zweck verpflichtete dieser Artikel die anderen Mitgliedstaaten, linter bestimmten Voraussetzungen die Arztdiplome dieser Gruppe für die Ausübung der Tätigkeiten eines Zahnarztes anzuerkennen).

Der Europäische Gerichtshof weist weiters darauf hin, dass die Mitgliedstaaten keine Kategorie von Zahnärzten schaffen könnten, die keiner der in den Richtlinien 78/686 und 78/687 angeführten Kategorien entspreche. Daraus folge, dass Art. 19b der Richtlinie 78/686 einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates als der Republik Österreich, der in seinem Herkunftsmitgliedstaat das Studium der Allgemeinmedizin abgeschlossen habe, nicht die Möglichkeit gewähre, in Österreich zum zahnärztlichen Lehrgang nach der Promotion zugelassen zu werden, bei dem es sich um eine im Auslaufen befindliche Ausbildung handle, die nur noch angeboten worden Bei, um denjenigen, die Bie bereits begonnen hätten, den Abschluss zu ermöglichen. Andernfalls würde linter Verletzung der Richtlinien 78/686 und 78/687 eine neue Kategorie von Zahnärzten geschaffen.

5.d. Pays Bas

LJN-nummer: AE9208 Zaaknr: 200100860/2

Bron: Raad van State 's-Gravenhage

Datum uitspraak: 23-10-2002

Datum publicatie: 23-10-2002

Soort zaak: bestuursrecht - bestuursrecht overig

Soort procedure: eerste aanleg - meervoudig

200100860/2.

Datum uitspraak: 23 oktober 2002

**AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK**

Uitspraak in het geding tussen:

[appellante], gevestigd te [plaats]

en

het Dagelijks Bestuur van het Hoogheemraadschap van West-Brabant,
verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 8 januari 2001, kenmerk 01/00195, heeft verweerder krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren aan appellante, onder intrekking van de bij besluit van 20 mei 1992 verleende vergunning, een tijdelijke vergunning verleend voor het lozen van afvalwater via de vuilwaterriolering van het Havenschap Moerdijk en de Afvalwaterpersleiding voor westelijk Noord-Brabant op de rioolwaterzuiveringsinstallatie Bath, alsmede voor de lozing van niet-verontreinigd regenwater op oppervlaktewater. Dit aangehechte besluit is op 11 januari 2001 ter inzage gelegd.

Tegen dit besluit heeft appellante bij brief van 19 februari 2001, bij de Raad van State ingekomen op dezelfde datum, beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

Bij brief van 17 april 2001 heeft verweerder een verweerschrift ingediend.

De Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening heeft een deskundigenbericht uitgebracht, gedateerd 14 december 2001. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld daarop te reageren.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 16 juli 2002, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. E.T. Sillevius Smitt, advocaat te Rotterdam, en [gemachtigde], en verweerder, vertegenwoordigd door mr. W.J. de Zeeuw en ing. P.E.C.M. Grootens, ambtenaren van het hoogheemraadschap, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Appellante heeft aangevoerd dat de aan haar bij het bestreden besluit verleende vergunning ingevolge de Wet verontreiniging oppervlaktewateren ten onrechte slechts is verleend voor de duur van 5 jaar na het van kracht worden hiervan. Omdat de in artikel 3, vierde lid, van de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 4 mei 1976, 76/464/EEG, neergelegde verplichting niet is opgenomen in een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 8.17, derde lid, van de Wet milieubeheer bestaat volgens appellante geen juridische grondslag voor het verlenen van de vergunning voor een beperkte duur.

2.2. Verweerder heeft, onder meer verwijzende naar voornoemde Richtlijn 76/464/EEG en het aan hem uitgebrachte advies van het Rijksinstituut voor Integraal Zoetwaterbeheer en Afvalwaterbehandeling/RIZA van 9 oktober 2000, overwogen dat de geldigheidsduur van de vergunning wordt beperkt omdat de zwarte-lijststoffen cadmium en kwik worden geloosd. Doel van de tijdelijkheid is, aldus verweerder, om de verrichte inspanningen van appellante om de lozing van deze stoffen te minimaliseren, te kunnen beoordelen. Binnen de gestelde geldigheidsduur van de vergunning dient, aldus verweerder, een inspanning te worden verricht, gericht op het met behulp van de best bestaande technieken behalen van een nullozing voor kwik en cadmium.

2.3. In artikel 3, aanhef en vierde lid, van de Richtlijn 76/464/EEG is het volgende bepaald:

“Ten aanzien van de stoffen die behoren tot de families en groepen van stoffen die worden genoemd in lijst I, hierna te noemen “onder lijst I vallende stoffen” wordt het volgende bepaald:

(...)

4. de vergunning mag slechts worden verleend voor een beperkte duur. Zij kan worden verlengd met inachtneming van de eventuele wijzigingen van de grenswaarden als bedoeld in artikel 6.”.

2.4. Niet in geding is dat de bij het bestreden besluit vergunde lozing mede betrekking heeft op de lozing van de onder lijst I bij de Richtlijn 76/464/EEG vallende zwarte-lijststoffen cadmium en kwik. Op grond van het bepaalde in artikel 3, aanhef en vierde lid, van de richtlijn mag een vergunning voor de lozing van dergelijke stoffen slechts voor een beperkte duur worden verleend. Gesteld noch gebleken is dat vorenbedoelde verplichting in het nationale recht is geïmplementeerd. Gelet op het in de Wet milieubeheer neergelegde systeem van verlening van vergunningen voor onbepaalde duur en de daarop in artikel 8.17 van deze wet gemaakte uitzonderingen, acht de Afdeling het niet mogelijk om het nationale recht op dit punt in het licht van de bewoordingen en het doel van artikel 3, aanhef en vierde lid, van de Richtlijn 76/464/EEG richtlijnconform te interpreteren. De mogelijkheid om een beroep te doen op een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling van een niet-omgezette richtlijnbeperking bestaat slechts voor particulieren ten aanzien van ‘elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is’. Hieruit volgt dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan een particulier kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn niet als zodanig door de overheid tegenover een particulier kan worden ingeroepen. Omdat in het onderhavige geval niet door een particulier een beroep is gedaan op de richtlijnbeperking kan van rechtstreekse werking in vorenbedoelde zin geen sprake zijn en kon de voor appellante bezwarende bepaling niet door verweerder jegens haar worden ingeroepen. Steun voor dit standpunt vindt de Afdeling onder meer in de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 26 september 1996, C-168/95 (M en R 1997, 128). De Afdeling concludeert dat appellante er terecht over klaagt dat, aangezien de in de richtlijn neergelegde verplichting niet is opgenomen in een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 8.17, derde lid, van de Wet milieubeheer, in het onderhavige geval ten tijde van het bestreden besluit geen juridische grondslag bestond voor het verlenen van een vergunning voor een beperkte duur. Het beroep is in zoverre gegrond.

2.5. Omdat de aan de vergunning verbonden voorschriften zijn gebaseerd op de verkeerde veronderstelling van verweerder dat een tijdelijke vergunning diende te worden verleend, ziet de Afdeling aanleiding om het gehele besluit te vernietigen en een beoordeling van de overige bezwaren van appellante achterwege te laten.

2.6. Verweerder dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het beroep gegrond;

II. vernietigt het besluit van het Dagelijks Bestuur van het Hoogheemraadschap van West-Brabant van 8 januari 2001, kenmerk 01/00195;

III. veroordeelt het Dagelijks Bestuur van het Hoogheemraadschap van West-Brabant in de door appellante in verband met de behandeling van het beroep gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 668,31, waarvan een gedeelte groot € 644,00 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand; het totale bedrag dient door het Hoogheemraadschap van West-Brabant te worden betaald aan appellante;

IV. gelast dat het Hoogheemraadschap van West-Brabant aan appellante het door haar voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht (€ 204,20) vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, Voorzitter, en mr. M. Oosting en mr. J.G.C. Wiebenga, Leden, in tegenwoordigheid van mr. S.P.M. Zwinkels, ambtenaar van Staat.

w.g. Hammerstein-Schoonderwoerd w.g. Zwinkels
Voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 23 oktober 2002

309.

LJN-nummer: AE2589 Zaaknr: 200101869/1

Bron: Raad van State 's-Gravenhage

Datum uitspraak: 15-05-2002

Datum publicatie: 15-05-2002

Soort zaak: bestuursrecht - bestuursrecht overig

Soort procedure: eerste aanleg - meervoudig

200101869/1.

Datum uitspraak: 15 mei 2002

**AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK**

Uitspraak in het geding tussen:

de vereniging "Vereniging Milieudefensie", gevestigd te Amsterdam en
[appellanten sub 2], beide wonend te [woonplaats],

en

burgemeester en wethouders van Eibergen,
verweerders.

1. Procesverloop

Bij besluit van 27 februari 2001 hebben verweerders krachtens de Wet milieubeheer aan de

vennootschap onder firma [vergunninghouder] een revisievergunning als geregeld in artikel 8.4, eerste lid, van deze wet verleend voor pluimveebedrijf met opslag van mest annex opslag en verkoop van p.v.c.-artikelen op het perceel [locatie]. Dit aangehechte besluit is op 8 maart 2001 ter inzage gelegd.

Tegen dit besluit hebben appellanten bij brief van 18 april 2001, bij de Raad van State ingekomen op 18 april 2001, beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 10 mei 2001. Deze brieven zijn aangehecht.

Bij brief van 19 juni 2001 hebben verweerders een verweerschrift ingediend.

Na afloop van het vooronderzoek zijn nadere stukken ontvangen van verweerders. Deze zijn aan de andere partijen toegezonden.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 15 november 2001, waar appellanten, vertegenwoordigd door [gemachtigde], en verweerders, vertegenwoordigd door R.M. Schokker, gemachtigde, zijn verschenen. Voorts zijn als partij gehoord namens vergunninghoudster [gemachtigden].

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 20.6, tweede lid, van de Wet milieubeheer kan tegen een besluit als het onderhavige beroep worden ingesteld door:

- a. degenen die bedenkingen hebben ingebracht tegen het ontwerp van het besluit;
- b. de adviseurs die gebruik hebben gemaakt van de gelegenheid advies uit te brengen over het ontwerp van het besluit;
- c. degenen die bedenkingen hebben tegen wijzigingen die bij het nemen van het besluit ten opzichte van het ontwerp daarvan zijn aangebracht;
- d. belanghebbenden aan wie redelijkerwijs niet kan worden verweten geen bedenkingen te hebben ingebracht tegen het ontwerp van het besluit.

Voorzover het beroep is ingediend door [appellant sub 2] stelt de Afdeling vast dat de grond inzake de IPPC-richtlijn door hem niet als bedenking tegen het ontwerp van het bestreden besluit is ingebracht.

Voorzover het beroep is ingediend door [appellant sub 2] stelt de Afdeling vast dat de gronden inzake de aangevraagde en vergunde geluidssituatie en het bezwaar over vergunningvoorschrift 1.11 door hem niet als bedenking tegen het ontwerp van het bestreden besluit zijn ingebracht.

Evenmin is de grond inzake de verwijzing in vergunningvoorschrift 4.2 naar de "Handleiding meten en rekenen industrielawaai" door appellanten in de bedenkingen tegen het ontwerp van het besluit aangevoerd.

Verder is het bepaalde onder b en c hier niet van toepassing. Niet is gebleken van omstandigheden op grond waarvan de vorengenoemde appellanten redelijkerwijs niet kan worden verweten op dit punt geen bedenkingen te hebben ingebracht tegen het ontwerp van het besluit. Uit het vorenstaande volgt dat het beroep in zoverre niet-ontvankelijk is.

2.2. Bij het bestreden besluit is vergunning verleend voor het houden van legkippen. In een stal voorzien van mestbandbatterij voor droge mest met geforceerde mestdroging (voormalig Groen Label-stalsysteem BB 93.06.008) mogen 60.780 legkippen gehouden worden. In een Groen Label-stal BB 97.07.058 voorzien van mestbandbatterij voor droge mest met geforceerde mestdroging belucht met 0,7 m³ lucht per leghen per uur mogen 56.400 legkippen gehouden

worden. Tevens is bij het bestreden besluit vergunning verleend voor de opslag van mest.

Het onderliggende besluit, waarbij voor bovengenoemd perceel krachtens de Hinderwet vergunning is verleend voor een pluimveehouderij, dateert van 12 december 1990.

2.3. Appellanten, voorzover ontvankelijk, betogen dat het bestreden besluit in strijd is met Richtlijn 96/61/EG van de Raad van de Europese Unie van 24 september 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (hierna te noemen: de IPPC-richtlijn of de richtlijn). Meer in het bijzonder wordt gesteld dat het bestreden besluit beweerdelijk in strijd is met de artikelen 3 en 9 van de IPPC-richtlijn. In dit verband voeren appellanten aan dat weliswaar sprake is van een vermindering van de ammoniakemissie per legkip, maar niet van het toepassen van de beste beschikbare technieken voor de gehele inrichting, nu de stallen 1, 2 en 3 niet zijn voorzien van een Groen Label-huisvestingsstelsel.

2.3.1. Ingevolge artikel 21, eerste lid, van de IPPC-richtlijn treffen de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen om uiterlijk drie jaar na de inwerkingtreding aan deze richtlijn te voldoen. Op 30 oktober 1999 is deze implementatietermijn verstreken.

Artikel 1 van de IPPC-richtlijn luidt:

"Deze richtlijn heeft de geïntegreerde preventie en beperking van verontreiniging door de in bijlage I genoemde activiteiten ten doel. Zij bevat maatregelen ter voorkoming en, wanneer dat niet mogelijk is, beperking van emissies door de bedoelde activiteiten in lucht, water en bodem, met inbegrip van maatregelen voor afvalstoffen, om een hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel te bereiken, onverminderd de bepalingen van Richtlijn 85/337/EEG en andere Gemeenschapsvoorschriften".

In bijlage I, onder 2, van de richtlijn wordt gesteld:

"De hieronder genoemde drempelwaarden hebben in het algemeen betrekking op de productiecapaciteit of op het vermogen. Wanneer een exploitant in dezelfde installatie of op dezelfde plaats verscheidene activiteiten van dezelfde rubriek verricht, worden de capaciteiten van de activiteiten bij elkaar opgeteld".

In bijlage I is onder categorie 6.6, aanhef en onder a opgenomen:

"Installaties voor intensieve pluimveehouderij met meer dan

a) 40.000 plaatsen voor pluimvee";

Artikel 3, aanhef en onder a, alsmede de slotalinea, van de richtlijn luidt:

"De Lid-Staten treffen de nodige maatregelen opdat de bevoegde autoriteiten ervoor zorgen dat de installatie zo zal worden geëxploiteerd dat:

a) alle passende preventieve maatregelen tegen verontreinigingen worden getroffen, met name door toepassing van de beste beschikbare technieken;

(...)

Voor de naleving van dit artikel is het voldoende dat de Lid-Staten ervoor zorgen dat de bevoegde autoriteiten bij de vaststelling van de vergunningsvoorwaarden rekening houden met bovengenoemde algemene beginselen".

Artikel 9, derde en vierde lid, van de IPPC-Richtlijn luidt als volgt:

"3. De vergunning bevat emissiegrenswaarden voor de verontreinigende stoffen, met name die

van bijlage III, die in significante hoeveelheden uit de betrokken installatie kunnen vrijkomen, gelet op hun aard en potentieel voor overdracht van verontreiniging tussen milieucompartimenten (water, lucht en bodem). De vergunning bevat, zo nodig, passende voorschriften ter bescherming van bodem en grondwater, en maatregelen voor het beheer van de door de installatie voortgebrachte afvalstoffen. De grenswaarden kunnen, zo nodig, worden aangevuld of vervangen door gelijkwaardige parameters of gelijkwaardige technische maatregelen.

Voor de installaties van rubriek 6.6 van bijlage I wordt bij de overeenkomstig dit lid vastgestelde emissiegrenswaarden rekening gehouden met de aan die categorieën installaties aangepaste praktische regelingen."

"4. Onverminderd artikel 10 zijn de emissiegrenswaarden, de parameters en de gelijkwaardige technische maatregelen, bedoeld in lid 3, gebaseerd op de beste beschikbare technieken, zonder dat daarmee het gebruik van een bepaalde techniek of technologie wordt voorgeschreven, met inachtneming van de technische kenmerken en de geografische ligging van de betrokken installatie, alsmede de plaatselijke milieuomstandigheden. De vergunningsvoorwaarden bevatten in ieder geval bepalingen betreffende de minimalisering van de verontreiniging over lange afstand of van de grensoverschrijdende verontreiniging en waarborgen een hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel."

Artikel 12 van de richtlijn luidt:

"1. De Lid-Statens treffen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de exploitant de bevoegde autoriteiten in kennis stelt van wijzigingen in de exploitatie in de zin van artikel 2, punt 10. Zo nodig stellen de bevoegde autoriteiten de vergunning of de voorwaarden bij."

"2. De Lid-Statens treffen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat een door de exploitant beoogde belangrijke wijziging in de exploitatie van de installatie in de zin van artikel 2, punt 10, niet geschiedt zonder een vergunning overeenkomstig deze richtlijn. De aanvraag van een vergunning en het besluit van de bevoegde autoriteiten moeten betrekking hebben op de delen van de installatie en de in artikel 6 opgesomde punten waarop de wijziging van invloed kan zijn. De desbetreffende voorschriften van de artikelen 3 en 6 tot en met 10 en artikel 15, leden 1, 2 en 4, zijn van overeenkomstige toepassing."

Artikel 2, aanhef en onder 10, aanhef en onderdelen a en b, van de richtlijn luidt:

"In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) wijziging van de exploitatie: een wijziging van de kenmerken of de werking, of een uitbreiding van de installatie die gevolgen voor het milieu kan hebben;

b) belangrijke wijziging: een wijziging in de exploitatie die volgens de bevoegde autoriteit negatieve en significante effecten kan hebben op mens of milieu".

2.3.2. De in geding zijnde vergunning ziet op 117.180 kippen. Nu op grond van het bestreden besluit in de onderhavige inrichting meer dan 40.000 stuks pluimvee mogen worden gehouden, is – gelet op artikel 1 van de IPPC-richtlijn in samenhang met categorie 6.6, aanhef en onder a, van bijlage I behorende bij deze richtlijn en het in deze bijlage onder 2 gestelde, de IPPC-richtlijn in de onderhavige zaak in beginsel van toepassing.

Aangezien de Wet milieubeheer en de Interimwet in verband met het verstrijken van de implementatietermijn van de IPPC-Richtlijn niet zijn aangepast met het oogmerk om aan deze richtlijn te voldoen, gaat de Afdeling ervan uit dat de Wet milieubeheer en de Interimwet als een implementatie van de IPPC-Richtlijn moeten worden gezien. De vraag of dit een juiste omzetting van de IPPC-Richtlijn oplevert, en zo dit niet het geval zou zijn, of de relevante bepalingen uit de IPPC-Richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn zodat

justitiabelen zich voor de nationale rechter op die bepalingen kunnen beroepen, behoeft evenwel in de onderhavige zaak geen beantwoording. Daartoe wordt het volgende overwogen.

2.3.3. In de onderhavige zaak is een revisievergunning verleend voor een pluimveehouderij. Het verlenen van een nieuwe de gehele inrichting omvattende vergunning valt onder het toepassingsbereik van artikel 12 van de IPPC-richtlijn.

Het bij het bestreden besluit vergunde aantal stuks pluimvee veroorzaakt, gezien het bepaalde in de ten tijde van het nemen van het bestreden besluit geldende Uitvoeringsregeling ammoniak en veehouderij, een ammoniakemissie van 3.985,5 kilogram. De depositie die dit veroorzaakt op het dichtstbijzijnde voor verzuring gevoelige gebied - een bos dat zich op ongeveer 750 meter afstand van de inrichting bevindt - bedraagt 63,8 mol. Niet in geding is dat het aantal stuks pluimvee, vergund bij onderliggende besluit van 12 december 1990, en voorzover daar thans nog op grond van artikel 8.4, derde lid, van de Wet milieubeheer rechten voor zijn, een hogere ammoniakemissie en -depositie veroorzaakt, te weten 4.173,5 kilogram respectievelijk 66,8 mol. De ammoniakemissie en -depositie nemen dan ook af met 188 kg NH₃ respectievelijk 3 mol.

Het aantal bij het bestreden besluit vergunde legkippen komt, gezien de in de Richtlijn veehouderij en stankhinder opgenomen omrekeningsfactoren, overeen met 976,5 mestvarkeneenheden. Niet in geding is verder dat de bestaande rechten die voortvloeien uit het pluimveebestand waarvoor op 12 december 1990 vergunning is verleend, overeenkomen met 2.411 mestvarkeneenheden. Het aantal mestvarkeneenheden neemt derhalve af met 1.434,5. Verder is onbetwist dat bij het hanteren van de categorie-indeling van de brochure Veehouderij en Hinderwet aan de afstandseisen van de Richtlijn veehouderij en stankhinder 1996 wordt voldaan. Evenmin is in geschil dat het rapport 'Beoordeling cumulatie stankhinder door intensieve veehouderij' (Publicatiereeks Lucht, nr. 46) niet aan vergunningverlening op grond van de Wet milieubeheer in de weg staat.

De inrichting wordt bij het thans bestreden besluit uitgebreid met een nieuwe Groen Label-stal, voorzien van ventilatoren, voor de huisvesting van 56.400 legkippen. Daarnaast vermeerderd – voornamelijk als gevolg van het bij het bestreden besluit, ten opzichte van de bestaande rechten, groter aantal te houden stuks pluimvee – het aantal transportbewegingen van en naar de inrichting.

De hiervoor beschreven veranderingen van de inrichting moeten worden aangemerkt als een wijziging van de exploitatie als bedoeld in

artikel 2, aanhef en onder 10, aanhef en onderdeel a, van de IPPC-richtlijn. De veranderingen hebben wat de ammoniakemissie en -depositie en de stankemissie betreft positieve milieueffecten. Deze vormen van milieubelasting nemen immers af. Wat betreft de aspecten stof en geluid is weliswaar sprake van enige toename van negatieve effecten op mens of milieu, doch verweerders hebben op goede gronden vastgesteld dat deze effecten gelet op de omvang daarvan en mede gelet op de aard en de omvang van de activiteiten waarop de richtlijn ziet blijkens bijlage 1, niet als significant zijn aan te merken zoals bedoeld in artikel 2, aanhef en onder 10 b van de IPPC-richtlijn. De vraag of in dit geval sprake is van een belangrijke wijziging in de exploitatie van de installatie als bedoeld in artikel 2, aanhef en onder 10, aanhef en onderdeel b, van de IPPC-richtlijn die, gelet op artikel 12, tweede lid, van de richtlijn, niet mag geschieden zonder een vergunning overeenkomstig deze richtlijn dient dan ook ontkennend te worden beantwoord. Het in artikel 9, derde en vierde lid, van de IPPC-richtlijn opgenomen beoordelingskader is daarom in de onderhavige zaak niet van toepassing. De vraag of het stalsysteem waarop de vergunning in kwestie betrekking heeft al dan niet kan worden aangemerkt als een toepassing van de beste beschikbare technieken in de zin van de IPPC-richtlijn, is dan ook niet aan de orde. Ook ziet de Afdeling, gelet op het bovenstaande, geen aanleiding om te veronderstellen dat de vergunningverlening in strijd zou komen met artikel 12, eerste lid, tweede volzin, van de IPPC-richtlijn. Dit bezwaar kan niet slagen.

2.4. Appellanten, voorzover ontvankelijk, stellen voorts de duidelijkheid van de aanvraag aan de

orde en wijzen daarbij op het aangevraagde aantal vervoerbewegingen en de daarvan te verwachten geluidbelasting. Uitgaande van één vergunde vervoerbeweging in de avond- en één in de nachtperiode, zijn appellanten van mening dat hier onmogelijk aan kan worden voldaan, nu voor een door een derde af te leggen bezoek van de inrichting zowel een aan- als een afvoerbeweging nodig is.

Verder is volgens hen evenmin aannemelijk dat aan de opgelegde geluidvoorschriften voldaan kan worden. Sprake zou zijn van een impliciete weigering van de onderhavige vergunning, aldus appellanten. Zij zien zich gesteund in hun mening door het feit dat in vergunningvoorschrift 4.4 de in de dagperiode vergunde aan- en afvoerbewegingen van de piekgeluidgrenswaarden zijn uitgezonderd in tegenstelling tot de in de avond- en nachtperiode vergunde bewegingen, waarbij zelfs aan strengere piekgeluidgrenswaarden moet worden voldaan.

2.4.1. Verweerders zijn van mening dat geen sprake is van onduidelijkheid dan wel onvolledigheid van de aanvraag en dat gelet op de aard en bedrijfsduur van de geluidrelevante activiteiten redelijkerwijs kan worden voldaan aan de te stellen geluidwaarden. Mede gezien de afstand van de onderhavige veehouderij tot de dichtstbij gelegen woningen, behoeft voor geluidoverlast ter plaatse van woningen van derden niet te worden gevreesd.

2.4.2. Onder paragraaf 5.3 van het aanvraagformulier is in het schema ingevuld dat er 13 vrachtautobewegingen per week plaatsvinden en 11 per maand. Bij de informatie over de verspreiding van deze bewegingen binnen een etmaal staat, ook in dit schema, ingevuld dat één beweging in de dag- en één in de avondperiode plaatsvindt. Uit het schema is de Afdeling gebleken dat bij een juiste invulling de per dag/week/maand ingevulde aantallen vervoerbewegingen behoren overeen te komen met de per dag-/avond-/nachtperiode ingevulde aantallen. Reeds op grond hiervan blijkt bij lezing van paragraaf 5.3 van het aanvraagformulier dat een verschrijving heeft plaatsgevonden. De ingevulde aantallen vrachtautobewegingen zijn een hokje te ver naar links geplaatst. Uit het bij het bestreden besluit behorende aanvraagformulier volgt derhalve dat vergunning is verleend voor 13 verkeersbewegingen van en naar de inrichting per week, waarvan er 11 plaatsvinden tussen 07.00 uur en 19.00 uur, 1 tussen 19.00 uur en 23.00 uur en 1 tussen 23.00 uur en 07.00 uur.

De Afdeling overweegt verder dat één in het aanvraagformulier aangegeven vervoerbeweging ziet op een aan- én afvoerbeweging. Het bezwaar van appellanten hieromtrent mist derhalve feitelijke grondslag, nu dit is gebaseerd op een ander uitgangspunt.

Hetgeen appellanten hebben aangevoerd leidt derhalve niet tot het oordeel dat de aanvraag niet voldoet aan het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer of dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de aanvraag voldoende informatie bevat om een goede beoordeling van de gevolgen voor het milieu door het in werking zijn van de inrichting mogelijk te maken.

2.4.3. Uit het bepaalde in de vergunningvoorschriften 4.3 en 4.1 volgt dat verhogingen van het geluidniveau, voorzover deze een gevolg zijn van de in de inrichting aanwezige toestellen en installaties, alsmede van de in de inrichting verrichte werkzaamheden, als piekwaarden (L_{max}), gemeten in de meterstand "fast" – op enig punt op een afstand van 50 meter van de inrichting - niet meer mogen bedragen dan:

60 dB(A) tussen 07.00 uur en 19.00 uur (dagperiode);

55 dB(A) tussen 19.00 uur en 23.00 uur (avondperiode);

50 dB(A) tussen 23.00 uur en 07.00 uur (nachtperiode).

In vergunningvoorschrift 4.4 is bepaald dat het voorgaande voorschrift niet van toepassing is op het laden en lossen inclusief aan- en afvoerbewegingen ten behoeve van de inrichting voorzover dit plaatsvindt tussen 07.00 uur en 19.00 uur.

2.4.4. Blijkens het bestreden besluit hebben verweerders bij de beoordeling van het geluidaspect de "Circulaire Industrielawaai", van 1979 gehanteerd.

Ter zitting hebben verweerders gesteld dat vergunningvoorschrift 4.4 overbodig is. Daarbij verwijzen zij naar het rapport van 15 oktober 2001 "Geluidsmethode intensieve veehouderij, berekeningen volgens herziene handleiding industrielawaai", opgesteld door "Agra-Matic". Meer in het bijzonder duiden zij op de te verwachten piekgeluiden van de onderhavige inrichting die voor de dag- en avondperiode ter plaatse van de woning aan de [locatie], op 230 meter van de onderhavige inrichting zijn berekend op 49,1 dB(A) respectievelijk 45,8 dB(A) en ter plaatse van de woning aan de [locatie], op 235 meter van de onderhavige inrichting, zijn berekend op 51,5 dB(A) respectievelijk 44 dB(A).

Nu de in vergunningvoorschrift 4.3 neergelegde piekgeluidgrenswaarden echter op een afstand van 50 meter zijn gesteld, hebben verweerders met de berekende geluidbelasting op 230 respectievelijk 235 meter van de onderhavige inrichting niet aangetoond dat er op 50 meter bij het in werking zijn van de inrichting geen overschrijding zal zijn van de in vergunningvoorschrift 4.3 gestelde piekgeluidgrenswaarden als gevolg waarvan vergunningvoorschrift 4.4 overbodig moet worden geacht. Voorts hebben verweerders in het geheel geen onderzoek ingesteld naar de voor de nachtperiode te verwachten piekgeluiden.

De Afdeling stelt op grond van het voorgaande vast dat een impliciete weigering niet is uitgesloten. Het bestreden besluit is dan ook in strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht, waarin is bepaald dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten vergaart. Deze beroepsgrond slaagt.

2.5. Appellanten, voor zover ontvankelijk, zijn van mening dat vergunningvoorschrift 1.11 overbodig is, nu de strekking identiek is aan artikel 17.1 van de Wet milieubeheer.

Naar het oordeel van de Afdeling kan ten aanzien van vergunningvoorschrift 1.11 niet met vrucht worden gesteld dat dit voorschrift geheel overeenkomt met artikel 17.1 van de Wet milieubeheer en dat deze naar aard en strekking overbodig is. Dit beroepsonderdeel kan in zoverre niet slagen.

2.6. Het beroep is, voor zover ontvankelijk, gegrond. Nu het aspect over de piekgeluiden een essentieel onderdeel vormt van de vergunning, dient het bestreden besluit geheel te worden vernietigd.

2.7. Verweerders dienen op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het beroep voorzover het voorschrift 4.2 betreft en voorzover het de door P. Leutscher aangevoerde beroepsgrond inzake de IPPC-richtlijn betreft en voorzover het de door A. Bosscher aangevoerde beroepsgronden inzake de aangevraagde en vergunde geluidssituatie en voorschrift 1.11 betreft, niet-ontvankelijk;

II. verklaart het beroep, voor het overige, gegrond;

III. vernietigt het besluit van burgemeester en wethouders van Eibergen van 27 februari 2001;

IV. veroordeelt burgemeester en wethouders van Eibergen in de door appellanten in verband met de behandeling van het beroep gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 644,00, welk

bedrag geheel is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand; het bedrag dient door de gemeente Eibergen te worden betaald aan appellanten;

V. gelast dat de gemeente Eibergen aan appellanten het door hen voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht (€ 204,20) vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, Voorzitter, en mr. J.R. Schaafsma en mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens, Leden, in tegenwoordigheid van mr. I. Beurmanjer-de Lange, ambtenaar van Staat.

w.g. Hammerstein-Schoonderwoerd w.g. Beurmanjer-de Lange
Voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 15 mei 2002

241-327.

LJN-nummer: AE5446 Zaaknr: 200200238/1

Bron: Raad van State 's-Gravenhage

Datum uitspraak: 17-07-2002

Datum publicatie: 17-07-2002

Soort zaak: bestuursrecht - bestuursrecht overig

Soort procedure: hoger beroep

200200238/1.

Datum uitspraak: 17 juli 2002

**AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK**

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats]

tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam van 7 december 2001 in het geding tussen:

appellante

en

de Staatssecretaris van Financiën.

1. Procesverloop

Bij besluit van 11 februari 2000 heeft de Staatssecretaris van Financiën (hierna: de staatssecretaris) een verzoek van appellante om verstrekking van informatie afgewezen.

Bij besluit van 19 april 2000 heeft de staatssecretaris het daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 7 december 2001, verzonden op dezelfde dag, heeft de arrondissementsrechtbank te Amsterdam (hierna: de rechtbank) het daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellant bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 15 januari 2002, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 31 januari

2002. Deze brieven zijn aangehecht.

Bij brief van 27 maart 2002 heeft de staatssecretaris van antwoord gediend en stukken overgelegd ten aanzien waarvan hij om geheimhouding ingevolge artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft verzocht. Appellant heeft aan de Afdeling toestemming verleend om mede op basis van de geheime stukken uitspraak te doen.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 18 juni 2002, waar appellant, vertegenwoordigd door mr. J.J. Vetter, advocaat te Amsterdam, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J.Th.W. van Ravenstein, mr. R.M. Rijsbaarman en P.N. Polderman, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. In hoger beroep is het geschil beperkt tot het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de in bezwaar gehandhaafde weigering om inzage te verlenen in de stukken betreffende de door de Europese Commissie verzonden AM (Assistance Mutuelle)-melding 58/92 en betreffende het verslag van de ad hoc bijeenkomst in Brussel in maart 1994. De staatssecretaris heeft zich bij de beslissing op het bezwaar primair op het standpunt gesteld dat Verordening (EEG) nr. 1468/81, thans Verordening (EG).nr. 515/97) van de Raad van 13 maart 1997, aan de inwilliging van het verzoek van appellante ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob) in de weg staat. De rechtbank heeft, gelet daarop, overwogen dat de staatssecretaris zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat het algemene belang van geheimhouding zwaarder dient te wegen dan het individuele belang van openbaarmaking, zodat artikel 10, tweede lid, aanhef en onder c en d, van de Wob zich tegen openbaarmaking van de stukken verzet.

2.2. De documenten waarom is gevraagd zijn door de Europese Commissie aan de staatssecretaris ter beschikking gesteld op basis van artikel 19 van de Verordening (EEG) nr. 1468/81 (thans artikel 45 van Verordening (EG).nr. 515/97), betreffende wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de Lid-Staten en samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie, met het oog op de juiste toepassing van de douane - en landbouwvoorschriften.

Ingevolge het eerste lid van artikel 19, dat in artikel 45 nagenoeg ongewijzigd is overgenomen, zijn de krachtens deze verordeningen in welke vorm dan ook verstrekte gegevens vertrouwelijk. Zij vallen onder het beroepsgeheim en genieten de bescherming waarin voor soortgelijke gegevens wordt voorzien door de nationale wet van de ontvangende Lid-Staat en door de overeenkomstige bepalingen die voor communautaire instanties gelden.

De in de eerste alinea bedoelde gegevens mogen met name niet worden doorgegeven aan andere personen dan die welke, in de Lid-Staten of binnen de Instellingen van de Gemeenschap, uit hoofde van hun functie, daarvan kennis dienen te nemen. Zij mogen evenmin worden gebruikt voor andere doeleinden dan die waarin deze verordening voorziet, behalve met de uitdrukkelijke toestemming van de autoriteit die ze heeft verstrekt en voor zover die bekendmaking of dat gebruik niet in strijd is met bepalingen in de Lid-Staat waar de autoriteit die ze heeft ontvangen, is gevestigd.

2.3. De Afdeling is van oordeel dat de staatssecretaris zich, reeds gelet op deze communautaire geheimhoudingsbepalingen, op het standpunt heeft kunnen stellen dat de verstrekking van de gevraagde stukken moest worden geweigerd. Aan de gehanteerde weigeringsgronden ingevolge de Wob behoeft daarom niet te worden toegekomen. De rechtbank is, zij het op andere gronden, tot het juiste oordeel gekomen.

2.4. Appellante heeft voorts, ter onderbouwing van haar verzoek om openbaarmaking,

gewezen op drie Europese arresten waarin onder meer de toegang tot documenten aan de orde is geweest, te weten het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaak C-61/98 van 7 september 1999 en de arresten van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak T-92/98, van 7 december 1999 en de (gevoegd behandelde) zaak

T-186/97 van 10 mei 2002. De door appellante aangehaalde passages uit genoemde arresten geven de Afdeling evenwel geen aanleiding tot een ander oordeel. Die arresten betreffen de openbaarheid van gegevens die zich bij de instellingen van de Europese Unie bevinden, in verband met het gebruik van deze gegevens bij het nemen van besluiten door die instellingen zelf. Op grond daarvan kan dan ook niet worden staande gehouden dat in het onderhavige geval geen strikte naleving van voornoemde communautaire geheimhoudingsbepalingen zou zijn vereist.

2.5. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient, zij het met verbetering van de gronden waarop zij berust, te worden bevestigd.

2.6. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. J.H.B. van der Meer, Voorzitter, en mr. T.M.A. Claessens en mr. A.W.M. Bijloos, Leden, in tegenwoordigheid van mr. S. Zwemstra, ambtenaar van Staat.

w.g. Van der Meer w.g. Zwemstra
Voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 17 juli 2002

91-367.



LJN-nummer: AF0314 Zaaknr: 200200405/1

Bron: Raad van State 's-Gravenhage

Datum uitspraak: 13-11-2002

Datum publicatie: 13-11-2002

Soort zaak: bestuursrecht - bestuursrecht overig

Soort procedure: eerste aanleg - meervoudig

200200405/1.

Datum uitspraak: 13 november 2002

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak in het geding tussen:

[appellant], wonend te [woonplaats] (Duitsland),

en

burgemeester en wethouders van Hof van Twente,

verweerders.

1. Procesverloop

Bij besluit van 4 december 2001, kenmerk 3/2000, hebben verweerders krachtens de Wet milieubeheer aan de maatschap "[vergunninghouder]" een revisievergunning als geregeld in artikel 8.4, eerste lid, van deze wet verleend voor een vleesvarkenshouderij gelegen aan de [locatie] te [plaats], kadastraal bekend gemeente Bentelo. Dit aangehechte besluit is op 19 december 2001 ter inzage gelegd.

Tegen dit besluit heeft appelland bij brief van 21 januari 2002, bij de Raad van State ingekomen op 23 januari 2002, beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

Bij brief van 14 maart 2002 hebben verweerders een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 22 augustus 2002, waar appelland, vertegenwoordigd door gemachtigde, en verweerders, vertegenwoordigd door M. Betzema, ambtenaar van de gemeente, zijn verschenen.

Voorts is als partij gehoord vergunninghoudster, vertegenwoordigd door gemachtigde.

2. Overwegingen

2.1. Bij het bestreden besluit is vergunning verleend voor het houden van 2.589 vleesvarkens in een Groen Label-stal (BB 96.10.042/C), 1.990 vleesvarkens in traditionele stallen en 2 paarden.

Bij besluit van 17 november 1997 is op grond van de Wet milieubeheer een revisievergunning verleend voor het houden van 3.309 vleesvarkens in een Groen Label-stal (BB 96.10.042/C), 1.476 vleesvarkens in traditionele stallen en 2 paarden.

2.2. Appelland betoogt dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 9, vierde lid, van de Richtlijn 96/61/EG van de Raad van de Europese Unie van 24 september 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (hierna te noemen: de IPPC-richtlijn). Hij voert hiertoe aan dat het onderdeel van de IPPC-richtlijn dat de lidstaten in hun milieuwetgeving ten aanzien van vergunningbesluiten de beste beschikbare techniek moeten verlangen, niet in de Interimwet ammoniak en veehouderij (hierna te noemen: de Interimwet) is verwerkt, waardoor de IPPC-richtlijn in zoverre rechtstreekse werking kent. In dit verband wijst hij er op dat het stalsysteem van stal 3, waarop het geschil zich toespitst, niet kan worden aangemerkt als de beste beschikbare techniek. Ten tijde van het nemen van het bestreden besluit waren er, naar de mening van appelland, voor vleesvarkens stalsystemen beschikbaar waarmee een grotere reductie van de ammoniakemissie kan worden bewerkstelligd.

2.2.1. Verweerders hebben de onderhavige vergunning gebaseerd op artikel 8, vierde lid, van de Interimwet, zoals dit luidde ten tijde van het nemen van het bestreden besluit; deze wet is inmiddels komen te vervallen. Verweerders betogen dat er in het onderhavige geval geen sprake is van oprichting of uitbreiding van een installatie waarvoor een vergunning als bedoeld in de IPPC-richtlijn nodig is, omdat er geen stal wordt gerealiseerd waarin meer vleesvarkens worden gehouden dan de voor deze dieren in de IPPC-richtlijn opgenomen drempelwaarden. Verder menen zij dat, nu er nog geen BAT Reference documents (hierna te noemen: BREF-documenten) voor intensieve veehouderijen beschikbaar zijn, het niet mogelijk is de beste beschikbare techniek vast te stellen. Voorts hebben zij in het bestreden besluit aangegeven dat het realiseren van een emissiearm stalsysteem in stal 3, zoals opgenomen in de onderliggende revisievergunning van 1997, technisch en economisch niet haalbaar is als gevolg van de constructie van de bestaande stal 3, gewijzigde inzichten in het ventilatiesysteem, de capaciteit van de luchtwasinstallatie en de hoge kosten.

2.2.2. Ingevolge artikel 3, tweede lid, van de Interimwet kan een vergunning voor een veehouderij niet worden geweigerd om redenen die verband houden met ammoniakdepositie, voorzover de ammoniakdepositie die de veehouderij kan veroorzaken op het dichtstbijgelegen voor verzuring gevoelige gebied, niet meer bedraagt dan de ingevolge de artikelen 4 tot en met 8 voor de betrokken veehouderij geldende waarde.

Ingevolge artikel 4 van de Interimwet geldt voor een veehouderij als waarde voor de ammoniakdepositie ten hoogste 15 mol, behoudens in gevallen, als aangegeven in de artikelen 5 tot en met 8.

Krachtens artikel 8, eerste lid, van de Interimwet kan de raad van een gemeente dan wel kunnen de raden van twee of meer gemeenten een plan vaststellen ter beperking van de ammoniakdepositie op voor verzuring gevoelige gebieden en van de ammoniakemissies, die door veehouderijen in zijn onderscheidenlijk hun gemeenten worden veroorzaakt.

Ingevolge het vierde lid van dit artikel kan in het plan worden bepaald dat voor veehouderijen een daarbij aangegeven hogere waarde geldt dan ingevolge de artikelen 4 tot en met 6 van de wet is toegestaan, indien in onmiddellijke samenhang daarmee de ammoniakdepositie die wordt veroorzaakt door een andere veehouderij, door intrekking of wijziging van de vergunning voor die veehouderij met het oog op het geheel of gedeeltelijk buiten werking stellen daarvan op verzoek van degene die die veehouderij drijft, zodanig vermindert dat de totale ammoniakdepositie op de in de betrokken gemeenten gelegen voor verzuring gevoelige gebieden afneemt en de totale ammoniakemissie van de veehouderijen in de betrokken gemeenten daalt.

2.2.3. Ingevolge artikel 21, eerste lid, van de IPPC-richtlijn treffen de Lid-Staten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen om uiterlijk drie jaar na de inwerkingtreding aan deze richtlijn te voldoen. Op 30 oktober 1999 is deze implementatietermijn verstreken.

Artikel 1 van de IPPC-richtlijn luidt:

"Deze richtlijn heeft de geïntegreerde preventie en beperking van verontreiniging door de in bijlage I genoemde activiteiten ten doel. Zij bevat maatregelen ter voorkoming en, wanneer dat niet mogelijk is, beperking van emissies door de bedoelde activiteiten in lucht, water en bodem, met inbegrip van maatregelen voor afvalstoffen, om een hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel te bereiken, onverminderd de bepalingen van Richtlijn 85/337/EEG en andere Gemeenschapsvoorschriften".

In bijlage I, onder 2, van de IPPC-richtlijn wordt gesteld:

"De hieronder genoemde drempelwaarden hebben in het algemeen betrekking op de productiecapaciteit of op het vermogen. Wanneer een exploitant in dezelfde installatie of op dezelfde plaats verscheidene activiteiten van dezelfde rubriek verricht, worden de capaciteiten van de activiteiten bij elkaar opgeteld".

In bijlage I is onder categorie 6.6, aanhef en onder b opgenomen:

"Installaties voor intensieve varkenshouderij met meer dan
b) 2.000 plaatsen voor mestvarkens (van meer dan 30 kg)";

Artikel 2, aanhef en onder 4, van de IPPC-richtlijn luidt:

"In deze richtlijn wordt verstaan onder:

bestaande installaties: een installatie die in bedrijf is of, in het kader van de voor de datum van toepassing van deze richtlijn bestaande wetgeving, een installatie waarvoor een vergunning is verleend of waarvoor naar het oordeel van de bevoegde autoriteit een

volledige vergunningsaanvraag is ingediend, op voorwaarde dat die installatie uiterlijk een jaar na de datum van toepassing van deze richtlijn in werking wordt gesteld";

In artikel 12, tweede lid, van de IPPC-richtlijn zijn met betrekking tot een door de exploitant beoogde belangrijke wijziging in de exploitatie van de installatie in de zin van artikel 2, aanhef en onder 10, onder meer de desbetreffende voorschriften van de artikelen 3 en 9 van de richtlijn van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel 12, tweede lid, van de IPPC-richtlijn luidt:

De Lid-Staten treffen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat een door de exploitant beoogde belangrijke wijziging in de exploitatie van de installatie in de zin van artikel 2, punt 10, niet geschiedt zonder een vergunning overeenkomstig deze richtlijn. De aanvraag van een vergunning en het besluit van de bevoegde autoriteiten moeten betrekking hebben op de delen van de installatie en de in artikel 6 opgesomde punten waarop de wijziging van invloed kan zijn. De desbetreffende voorschriften van de artikelen 3 en 6 tot en met 10 en artikel 15, leden 1, 2 en 4, zijn van overeenkomstige toepassing."

Artikel 3, aanhef en onder a, van de IPPC-richtlijn, alsmede de slotalinea van dit artikel luiden:

"De Lid-Staten treffen de nodige maatregelen opdat de bevoegde autoriteiten ervoor zorgen dat de installatie zo zal worden geëxploiteerd dat:

a) alle passende preventieve maatregelen tegen verontreinigingen worden getroffen, met name door toepassing van de beste beschikbare technieken;

(...)

Voor de naleving van dit artikel is het voldoende dat de Lid-Staten ervoor zorgen dat de bevoegde autoriteiten bij de vaststelling van de vergunningsvoorwaarden rekening houden met bovengenoemde algemene beginselen".

Artikel 9, derde, vierde en achtste lid, van de IPPC-Richtlijn luidt als volgt:

"3. De vergunning bevat emissiegrenswaarden voor de verontreinigende stoffen, met name die van bijlage III, die in significante hoeveelheden uit de betrokken installatie kunnen vrijkomen, gelet op hun aard en hun potentieel voor overdracht van verontreiniging tussen milieucompartimenten (water, lucht en bodem). De vergunning bevat, zo nodig, passende voorschriften ter bescherming van bodem en grondwater, en maatregelen voor het beheer van de door de installatie voortgebrachte afvalstoffen. De grenswaarden kunnen, zo nodig, worden aangevuld of vervangen door gelijkwaardige parameters of gelijkwaardige technische maatregelen.

Voor de installaties van rubriek 6.6 van bijlage I wordt bij de overeenkomstig dit lid vastgestelde emissiegrenswaarden rekening gehouden met de aan die categorieën installaties aangepaste praktische regelingen."

"4. Onverminderd artikel 10 zijn de emissiegrenswaarden, de parameters en de gelijkwaardige technische maatregelen, bedoeld in lid 3, gebaseerd op de beste beschikbare technieken, zonder dat daarmee het gebruik van een bepaalde techniek of technologie wordt voorgeschreven, met inachtneming van de technische kenmerken en de geografische ligging van de betrokken installatie, alsmede de plaatselijke milieuomstandigheden. De vergunningsvoorwaarden bevatten in ieder geval bepalingen betreffende de minimalisering van de verontreiniging over lange afstand of van de grensoverschrijdende verontreiniging en waarborgen een hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel."

"8. Onverminderd de verplichting tot instelling van een vergunningsprocedure overeenkomstig deze richtlijn kunnen de Lid-Staten voor bijzondere categorieën installaties bijzondere verplichtingen vaststellen in dwingende algemene voorschriften en niet in de vergunningsvoorwaarden, mits een geïntegreerde aanpak en een even hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel gewaarborgd zijn."

Artikel 2, aanhef en onder 10, onder a en b, van de IPPC-richtlijn luidt:

"In deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) wijziging van de exploitatie: een wijziging van de kenmerken of de werking, of een uitbreiding van de installatie die gevolgen voor het milieu kan hebben;
- b) belangrijke wijziging: een wijziging in de exploitatie die volgens de bevoegde autoriteit negatieve en significante effecten kan hebben op mens of milieu".

Artikel 2, aanhef en onder 11 van de IPPC-richtlijn luidt:

"In deze richtlijn wordt verstaan onder:

beste beschikbare technieken: het meest doeltreffende en geavanceerde ontwikkelingsstadium van de activiteiten en exploitatiemethoden, waarbij de praktische bruikbaarheid van speciale technieken om in beginsel het uitgangspunt voor de emissiegrenswaarden te vormen is aangetoond, met het doel emissies en effecten op het milieu in zijn geheel te voorkomen, of wanneer dat niet mogelijk blijkt algemeen te beperken; - technieken: zowel de toegepaste technieken als de wijze waarop de installatie wordt ontworpen, gebouwd, onderhouden, geëxploiteerd en ontmanteld;

- beschikbare: op zodanige schaal ontwikkeld dat de betrokken technieken, kosten en baten in aanmerking genomen, economisch en technisch haalbaar in de betrokken industriële context kunnen worden toegepast, onafhankelijk van de vraag of die technieken al dan niet op het grondgebied van de betrokken Lid-Staat worden toegepast of geproduceerd, mits zij voor de exploitant op redelijke voorwaarden toegankelijk zijn;

- beste: het meest doeltreffend voor het bereiken van een hoog algemeen niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel.

Bij de bepaling van de beste beschikbare technieken moeten de in bijlage IV vermelde punten speciaal in aanmerking worden genomen".

In Bijlage IV van de IPPC-richtlijn wordt gesteld:

"Overwegingen waarmee in het algemeen of in bijzondere gevallen rekening moet worden gehouden bij de bepaling van de beste beschikbare technieken, omschreven in artikel 2, punt 11, rekening houdend met de eventuele kosten en baten van een actie en met het voorzorgs- en preventiebeginsel:

1. de toepassing van technieken die weinig afval veroorzaken;
2. de toepassing van minder gevaarlijke stoffen;
3. de ontwikkeling, waar mogelijk, van technieken voor de terugwinning en recycling van de in het proces uitgestoten en gebruikte stoffen en van afval;
4. vergelijkbare processen, apparaten of exploitatiemethoden die met succes op industriële schaal zijn beproefd;

5. de vooruitgang van de techniek en de ontwikkeling van de wetenschappelijke kennis;
6. de aard, de effecten en de omvang van de betrokken emissies;
7. de data van ingebruikneming van de nieuwe of bestaande installaties;
8. de tijd die nodig is voor het omschakelen op een betere beschikbare techniek;
9. het verbruik en de aard van de grondstoffen (met inbegrip van water) en de energie-efficiëntie;
10. de noodzaak het algemene effect van de emissies en de risico's op het milieu te voorkomen of tot een minimum te beperken;
11. de noodzaak ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor het milieu te beperken;
12. de door de Commissie krachtens artikel 16, lid 2, of door internationale organisaties bekendgemaakte informatie".

Artikel 16, tweede lid, van de IPPC-richtlijn luidt:

"De Commissie organiseert de uitwisseling van informatie tussen de Lid-Staten en de betrokken bedrijfstakken over de beste beschikbare technieken, de daarmee samenhangende controlevoorschriften en de ontwikkelingen op dat gebied. De Commissie maakt de resultaten van de informatie-uitwisseling om de drie jaar bekend".

2.2.4. De in het geding zijnde vergunning heeft betrekking op het houden van in totaal 4.579 vleesvarkens. Nu meer dan 2.000 vleesvarkens in de inrichting worden gehouden is, gelet op artikel 1 van de IPPC-richtlijn in samenhang gezien met categorie 6.6, aanhef en onder b, van bijlage I behorende bij deze richtlijn en het in deze bijlage onder 2 gestelde, de IPPC-richtlijn in de onderhavige zaak in beginsel van toepassing. Verder stelt de Afdeling vast dat in het onderhavige geval sprake is van een bestaande installatie als bedoeld in artikel 2, aanhef en onder 4, van de IPPC-richtlijn.

Voorts staat vast dat bij het bestreden besluit vergunning is verleend voor onder andere de wijziging van een Groen Label-stal voor vleesvarkens in een traditionele stal (stal 3) voor vleesvarkens. Het veranderen van een reeds bestaande inrichting valt onder het toepassingsbereik van artikel 12, tweede lid, van de IPPC-richtlijn.

Nu door de genoemde verandering de kenmerken van de onderhavige installatie wijzigen, kan deze verandering van de inrichting worden aangemerkt als een wijziging van de exploitatie als bedoeld in artikel 2, aanhef en onder 10, onder a, van de IPPC-richtlijn.

Niet in geschil is dat de vleesvarkens die op grond van de onderliggende vergunning in de inrichting mogen worden gehouden, gezien het bepaalde in de ten tijde van het nemen van het bestreden besluit geldende Uitvoeringsregeling ammoniak en veehouderij (hierna te noemen: de Uitvoeringsregeling), een ammoniakemissie veroorzaken van 7.123,9 kg NH₃. De depositie die het aantal vleesvarkens op het dichtstbijzijnde voor verzuring gevoelige gebied veroorzaakt – dit gebied bevindt zich op een afstand van 190 meter van de inrichting – bedraagt 1.795,2 mol. Het bij het bestreden besluit vergunde veebestand veroorzaakt een hogere ammoniakemissie en –depositie, te weten 8.129,9 kg NH₃ en 2.064,6 mol. De ammoniakemissie en –depositie nemen als gevolg van de bij het bestreden besluit verleende vergunning derhalve toe met respectievelijk 1006 kg NH₃ en 269,4 mol. Gelet hierop heeft de onderhavige verandering van de inrichting, in ieder geval wat de ammoniakemissie en –depositie betreft, negatieve milieueffecten die naar het oordeel van de Afdeling tevens als significant kunnen worden aangemerkt, zodat in het onderhavige

geval sprake is van een belangrijke wijziging in de exploitatie van de installatie als bedoeld in artikel 2, aanhef en onder 10, onder b, van de IPPC-richtlijn die, gelet op artikel 12, tweede lid, van deze richtlijn, niet mag geschieden zonder een vergunning overeenkomstig deze richtlijn. Dit houdt in dat het in artikel 9, derde en vierde lid, van de IPPC-richtlijn opgenomen beoordelingskader in het onderhavige geval van toepassing is.

2.2.5. Gelet op het vorenstaande overweegt de Afdeling dat de Interimwet, waar het onderhavige geschil op ziet, de wetgeving omvat, waarin omzetting van de IPPC-richtlijn moet plaatsvinden dan wel geacht moet worden te hebben plaatsgevonden.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna te noemen: het Hof) moet ter bepaling van de werking van een richtlijn een onderscheid worden gemaakt tussen een correcte en een incorrecte implementatie van die richtlijn. In geval van correcte implementatie bereikt de werking van een richtlijn de particulieren via de door de betrokken Lid-Staat getroffen uitvoeringsmaatregelen. Slechts indien een richtlijn, na afloop van de implementatieperiode, niet, niet-tijdig of onjuist is geïmplementeerd, kan een particulier een rechtstreeks beroep op die richtlijn doen en dan nog alleen op de bepalingen van de richtlijn die onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn bepaald (arrest 8/81, Becker, 19 januari 1982, Jur EG 1982, p. 53). Volgens vaste jurisprudentie van het Hof dienen de rechterlijke instanties van de Lid-Statens de rechtsbescherming te verzekeren die voor de justitiabelen uit de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht voortvloeit (arrest C-312/93, Peterbroeck, 14 december 1995, Jur EG 1995, p. I-4599). Uit het vorenstaande blijkt, dat de vraag naar de rechtstreekse werking van de bepalingen van de richtlijn alleen kan rijzen in geval van incorrecte implementatie.

Alvorens de Afdeling toekomt aan de vraag of in het onderhavige geval rechtstreeks een beroep kan worden gedaan op artikel 9, vierde lid, van de IPPC-richtlijn, moet worden nagegaan of het van toepassing zijnde nationale recht richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof (arrest 14/83, Von Colson en Kamann, 10 april 1984, Jur EG 1984, p. 1891; arrest C-106/89, Marleasing, 13 november 1990, Jur EG 1990, p. I-4135) moet bij de toepassing van nationaal recht, de nationale rechter dit recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken.

2.2.6. Vaststaat dat verweerders vergunning hebben verleend op grond van artikel 8, vierde lid, van de Interimwet. De Afdeling heeft onder andere in haar uitspraak van 12 januari 1996, no. E03.95.0160 (AB 1996/423) geoordeeld dat bij de beoordeling van de ammoniakdepositie van veehouderijen de Interimwet en de Uitvoeringsregeling het exclusieve toetsingskader vormen, zodat er geen ruimte meer is voor de toepassing van andere met de ammoniakdepositie verband houdende, milieuhygiënische inzichten dan welke zijn neergelegd in voornoemde wettelijke regelingen. Ook de emissie van ammoniak is verdisconteerd in de Interimwet en de daarop gebaseerde Uitvoeringsregeling zodat daarmee evenmin afzonderlijk rekening behoeft te worden gehouden. Hieruit volgt dat het toetsingskader van artikel 8.11, derde lid, van de Wet milieubeheer bij de beoordeling van de ammoniakdepositie en -emissie, in tegenstelling tot hetgeen verweerders betogen, buiten beschouwing blijft.

De Interimwet laat naar het oordeel van de Afdeling bij de toepassing van de artikelen 5 tot en met 8 van deze wet, behoudens het bepaalde in artikel 7 (oud) van deze wet - dat op het onderhavige geval niet van toepassing is -, geen ruimte voor het voorschrijven van emissiegrenswaarden die zijn gebaseerd op de beste beschikbare technieken. Gelet op artikel 9, achtste lid van de IPPC-richtlijn mogen voor bijzondere categorieën installaties bijzondere verplichtingen worden vastgesteld in dwingende algemene voorschriften en niet in vergunningsvoorwaarden, mits een geïntegreerde aanpak en een even hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel zijn gewaarborgd. Niet uitgesloten kan worden dat de bepalingen van de Interimwet onder omstandigheden als zodanig dwingende

bepalingen kunnen worden beschouwd, namelijk indien bij de toepassing van deze bepalingen een geïntegreerde aanpak en een even hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel zijn gewaarborgd.

2.2.7. Aangezien de Interimwet geen garantie biedt voor een geïntegreerde aanpak en een even hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel, moet niet uitgesloten worden geacht dat het resultaat van vergunningverlening dat artikel 9, achtste lid, van de IPPC-richtlijn vereist door toepassing van de Interimwet niet kan worden bereikt. De Afdeling zal daarom onderzoeken of artikel 9, vierde lid, van de IPPC-richtlijn rechtstreekse werking heeft.

Een gemeenschapsregeling is onvoorwaardelijk, indien de verplichting die zij oplegt, van geen enkele voorwaarde en haar uitvoering of werking van generlei handeling van de instellingen der Europese Gemeenschappen of van de Lid-Staten afhankelijk is gesteld.

De in artikel 9, vierde lid, van de IPPC-richtlijn opgenomen norm dat de emissiegrenswaarden, de parameters en de gelijkwaardige technische maatregelen gebaseerd zijn op de beste beschikbare technieken met inachtneming van de technische kenmerken en de geografische ligging van de betrokken installatie, alsmede de plaatselijke milieuomstandigheden, is naar het oordeel van de Afdeling, mede gelet op de uitgebreide beschrijving van het begrip beste beschikbare technieken in artikel 2, aanhef en onder 11 in samenhang gezien met bijlage IV van de IPPC-richtlijn, voldoende nauwkeurig. De Afdeling leidt voorts uit de considerans van de IPPC-richtlijn, in het bijzonder de overwegingen 17, 18, 20 en 25, en artikel 16, tweede lid, van die richtlijn in samenhang gezien met bijlage IV onder 12 van die richtlijn af dat voor de uitvoering van voormeld artikel 9, vierde lid, niet noodzakelijk is dat er BREF-documenten beschikbaar zijn. Deze documenten zijn weliswaar van belang ter uitwisseling van informatie op communautair niveau, maar deze documenten kunnen geen afbreuk doen aan de werking van de bepalingen van de IPPC-richtlijn. Gelet hierop is de in artikel 9, vierde lid, van de IPPC-richtlijn opgenomen norm in ieder geval wat betreft de grenzen van de aan de Staat gelaten beoordelingsvrijheid onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig, zodat voor de nationale rechter in zoverre een rechtstreeks beroep kan worden gedaan op dit artikellid (vergelijk arrest van het Hof inzake C-72/95, Kraaijeveld, 24 oktober 1996, Jur EG 1996, p. I-5403 en arrest van het Hof inzake C-435/97, Bozen, 16 september 1999, Jur EG 1999, p. I-5613).

2.2.8. De Afdeling begrijpt de in het bestreden besluit gegeven motivering en het ter zitting door verweerders gegeven verweer aldus dat het stalsysteem van stal 3, zoals vergund bij het bestreden besluit, gelet op de technische kenmerken en de plaatselijke milieuomstandigheden, als de beste beschikbare techniek moet worden aangemerkt.

Vaststaat dat bij het bestreden besluit, in afwijking van de onderliggende vergunning uit 1997, een Groen Label-stal vervangen wordt door een traditionele stal (stal 3), hetgeen, zoals hiervoor reeds is aangegeven, negatieve milieu-effecten, in ieder geval wat betreft de ammoniakemissie en –depositie, tot gevolg heeft.

Wat het betoog van appellant betreft dat in het bestreden besluit geen emissiegrenswaarden zijn opgenomen die zijn gebaseerd op de beste beschikbare techniek, overweegt de Afdeling dat vergunninghouder weliswaar een onderzoek heeft laten uitvoeren naar de toepasbaarheid van emissiearmere stallen dan de stal waarvoor bij het bestreden besluit vergunning is verleend, maar dat de brief van 14 september 2001, kenmerk 224, van GIBO Adviesgroep Bedrijfskunde slechts een summiere beschrijving bevat van de technische problemen betreffende de aanpassing van de onderhavige stal en eveneens slechts beknopt in gaat op alternatieve, emissiearme, stalsystemen. Niet aannemelijk is geworden dat andere stalsystemen in het onderhavige geval niet kunnen worden toegepast, nu een gedegen onderzoek hiernaar ontbreekt. Hier komt nog bij dat vergunninghoudster zelf ter zitting heeft medegedeeld in de toekomst om te willen schakelen naar een ander, emissiearmere stalsysteem. Reeds hierom hebben verweerders onvoldoende onderzocht of

het bij het bestreden besluit vergunde stalsysteem en de daarmee in feite vergunde emissie is gebaseerd op de beste beschikbare techniek met inachtneming van de technische kenmerken en de geografische ligging van de betrokken installatie alsmede de plaatselijke milieuomstandigheden als bedoeld in artikel 9, vierde lid, van de IPPC-richtlijn, mede bezien in het licht van artikel 9, achtste lid, van de IPPC-richtlijn. Het betoog van verweerders dat de ammoniakdepositie door de toepassing van de saldomethode, zoals bepaald in artikel 8, vierde lid, van de Interimwet, elders in het plangebied afneemt en dat in zoverre bij de bepaling van de beste beschikbare technieken rekening is gehouden met de plaatselijke milieuomstandigheden, doet aan het vorenstaande niet af, nu de ammoniakdepositie op het dichtstbijzijnde voor verzuring gevoelig gebied toeneemt, hetgeen voor dit gebied, zoals hiervoor reeds is bepaald, een verslechtering inhoudt.

Het bestreden besluit is derhalve genomen in strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht dat vereist dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten vergaart.

2.3. Gelet op het vorenstaande is het beroep gegrond en dient het bestreden besluit te worden vernietigd.

2.4. Verweerders worden op na te melden wijze in de proceskosten veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het beroep gegrond;

II. vernietigt het besluit van burgemeester en wethouders van Hof van Twente van 4 december 2001, kenmerk 3/2000;

III. veroordeelt burgemeester en wethouders van Hof van Twente in de door appellant in verband met de behandeling van het beroep gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 644,00, welk bedrag geheel is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand; het bedrag dient door de gemeente Hof van Twente te worden betaald aan appellant;

IV. gelast dat de gemeente Hof van Twente aan appellant het door hem voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht (€ 109,00) vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. Th.G. Drupsteen, Voorzitter, en mr. J.G.C. Wiebenga en mr. Ch.W. Mouton, Leden, in tegenwoordigheid van mr. W. van Hardeveld, ambtenaar van Staat.

w.g. Drupsteen w.g. Van Hardeveld
Voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 13 november 2002

312-374.



LJN-nummer: AE8462 Zaaknr: C01/327HR

Bron: Hoge Raad der Nederlanden 's-Gravenhage

Datum uitspraak: 21-03-2003

Datum publicatie: 21-03-2003

Soort zaak: civiel - civiel overig
Soort procedure: cassatie

21 maart 2003
Eerste Kamer
Nr. C01/327HR
JMH

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. STICHTING WATERPAKT, gevestigd te Amsterdam,
2. STICHTING NATUUR EN MILIEU, gevestigd te Utrecht,
3. VERENIGING CONSUMENTENBOND, gevestigd te 's-Gravenhage,
4. [eiser 4], wonende te [woonplaats],
5. [eiser 5], wonende te [woonplaats],
6. [eiser 6], wonende te [woonplaats],

EISERS tot cassatie,

advocaat: mr. R.A.A. Duk,

t e g e n

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij en Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer), gevestigd te 's-Gravenhage,

VERWEERDER in cassatie,

advocaat: mr. G.J.H. Houtzagers.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eisers tot cassatie - verder te noemen: Waterpakt c.s. - hebben bij exploit van 31 maart 1998 verweerder in cassatie - verder te noemen: de Staat - gedagvaard voor de Rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk bij voorraad:

I voor recht te verklaren dat het in deze zaak bedoelde handelen c.q. nalaten van de Staat onrechtmatig is jegens de eisende partijen;

II de Staat te veroordelen om binnen een maand na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, althans met ingang van een door de Rechtbank in goede justitie vast te stellen tijdstip, al het nodige te doen om aan de in deze zaak bedoelde onrechtmatigheid een einde te maken, waartoe de Staat in elk geval een nieuw actieprogramma ingevolge artikel 5 van de nitraatrichtlijn dient op te stellen, welk actieprogramma in ieder geval dient te voldoen aan het vereiste dat eutrofiëring wordt teruggedrongen en voorkomen, waartoe in elk geval moet worden voldaan

- aan de in bijlage I van de nitraatrichtlijn neergelegde eis dat in Nederland niet meer dan 50 mg nitraat per liter in grond- en oppervlaktewater mag voorkomen, althans uiterlijk aan het einde van het eerste actieprogramma (18 december 1999) aan deze eis wordt voldaan, althans aan het einde van het tweede actieprogramma (18 december 2003), althans op een door de Rechtbank in goede justitie vast te stellen tijdstip;

- aan de in bijlage III van de nitraatrichtlijn neergelegde eis dat uiterlijk aan het einde van het eerste actieprogramma (18 december 1999) maximaal 210 kilo stikstof per hectare per jaar uit dierlijke mest in of op de bodem wordt gebracht en uiterlijk 18 december 2003 een

maximum van 170 kilo stikstof per hectare per jaar;
- althans aan door de Rechtbank in goede justitie vast te stellen eisen.

De Staat heeft voor antwoord geconcludeerd. Daarbij heeft de Staat gevorderd dat het de Rechtbank moge behagen zichzelf in deze procedure niet bevoegd te verklaren voor zover het betreft het in het petitum van de inleidende dagvaarding onder II gevorderde, althans Waterpakt c.s. in hun vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren, althans deze aan hen te ontzeggen.

De Rechtbank heeft bij vonnis van 24 november 1999:

- voor recht verklaard dat het nalaten van de Staat, daarin bestaande dat hij niet heeft gewaarborgd dat tussen 18 december 1998 en 18 december 1999 per landbouw- of veehouderijbedrijf per hectare niet meer dierlijke mest op of in de bodem wordt gebracht dan die welke 210 kg stikstof bevat, onrechtmatig is jegens Waterpakt c.s.;
- de Staat veroordeeld zodanige maatregelen te nemen dat wordt gewaarborgd dat in het jaar, lopende van 1 januari 2002 tot en met 31 december 2002 aan de gebruiksnorm voor dierlijke mest van 210 kg stikstof per landbouw- of veehouderijbedrijf per hectare wordt voldaan, met dien verstande dat, voor zover de Staat van de zijde van de Europese Gemeenschap toestemming verkrijgt een hogere gebruiksnorm te hanteren, deze hogere gebruiksnorm treedt in de plaats van de norm van 210 kg,
- deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard, en
- het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft de Staat hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Waterpakt c.s. hebben incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 2 augustus 2001 heeft het Hof:

in het principaal beroep:

- het bestreden vonnis vernietigd wat betreft de daarin achter het tweede streepje van het dictum vermelde veroordeling van de Staat tot het treffen van nader aangeduide maatregelen en de daaraan gekoppelde uitvoerbaarverklaring bij voorraad;
- de desbetreffende vordering afgewezen;
- de behandeling van grief 1, gericht tegen de verklaring voor recht als vermeld achter het eerste streepje van het dictum, aangehouden totdat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de litigieuze inbreukzaak C 322/00 uitspraak zal hebben gedaan, zulks met verwijzing van de zaak naar de rol;

in het incidenteel beroep:

- de behandeling van de grieven II, III en IV aangehouden totdat het Hof van Justitie in de inbreukzaak uitspraak zal hebben gedaan, zulks met verwijzing van de zaak naar de rol.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof hebben Waterpakt c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Waterpakt c.s. mede door mr. J.M. Haasnoot en voor de Staat mede door mr. J. van Duijvendijk-Brand, beiden advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof.

De advocaat van de Staat heeft bij brief van 18 oktober 2002 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Op 12 december 1991 heeft de Raad van de Europese Gemeenschappen een richtlijn vastgesteld inzake de bescherming van water tegen verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen (Richtlijn 91/676 van de Raad, Pb nr. L 375/1, hierna: de Nitraatrichtlijn). Ingevolge art. 12 van de Nitraatrichtlijn doen de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om binnen een termijn van twee jaar te rekenen vanaf de kennisgeving, die heeft plaatsgevonden op 19 december 1991, aan deze richtlijn te voldoen.
- (ii) Ter uitvoering van art. 3 en 4 van de Nitraatrichtlijn heeft de Staat op 5 januari 1994 aan de Europese Commissie medegedeeld dat hij geen kwetsbare zones zou aanwijzen maar een actieprogramma zou opstellen dat op het gehele grondgebied van Nederland zou worden toegepast, en heeft hij de Nederlandse code van goede landbouwpraktijken aan de Europese Commissie toegezonden.
- (iii) Ter uitvoering van art. 5 van de Nitraatrichtlijn heeft de Staat op 18 december 1995 - nadat de Staat door de Europese Commissie op 10 juli 1995 in gebreke was gesteld - een actieprogramma als bedoeld in art. 5 van de Nitraatrichtlijn opgesteld, dat hij op 22 december 1995 aan de Europese Commissie heeft toegezonden.
- (iv) Op 12 november 1996 heeft de Staat dit actieprogramma ingetrokken, waarna hij op 13 juli 1997 aanvullend in gebreke is gesteld. Op 15 december 1997 heeft de Staat wederom een actieprogramma aan de Europese Commissie toegezonden.
- (v) Waterpakt c.s. hebben de Staat op 22 december 1997 gesommeerd ervoor te zorgen dat alle maatregelen worden genomen om op tijd en volledig aan de eisen van de Nitraatrichtlijn te voldoen. Bij brief van 5 februari 1998 heeft de Staat aan Waterpakt c.s. medegedeeld dat met het actieprogramma dat op 15 december 1997 aan de Europese Commissie was toegezonden, aan de eisen van de Nitraatrichtlijn werd voldaan.
- (vi) Op 29 september 1998 heeft de Europese Commissie de Staat ter zake van de uitvoering van de Nitraatrichtlijn wederom in gebreke gesteld. Nadat de Staat op deze ingebrekestelling had gereageerd, heeft de Europese Commissie terzake op 3 augustus 1999 een met redenen omkleed advies als bedoeld in art. 226 EG uitgebracht.
- (vii) Bij brief van 29 november 1999 heeft de Staat op dit advies gereageerd. Nader overleg met de Europese Commissaris voor het milieu heeft niet tot overeenstemming met de Commissie geleid. Op 28 augustus 2000 heeft de Europese Commissie bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen een inbreukprocedure tegen Nederland aanhangig gemaakt.

3.2 In het onderhavige geding hebben Waterpakt c.s. gevorderd, samengevat weergegeven, voor recht te verklaren dat het in deze zaak bedoelde handelen of nalaten van de Staat onrechtmatig is jegens hen, alsmede de Staat te veroordelen al het nodige te doen om aan de onrechtmatigheid een einde te maken, waartoe de Staat in elk geval een nieuw actieprogramma zal moeten opstellen, dat in elk geval zal moeten voldoen aan het vereiste dat de eutrofiëring wordt teruggedrongen en voorkomen. Zij hebben, voor zover in cassatie van belang, gesteld dat de onrechtmatigheid hierin is gelegen dat de Staat door na te laten voldoende uitvoering te geven aan de richtlijn, in het bijzonder ter zake van de daarin opgenomen tijdslimieten en maximumhoeveelheden nitraat en stikstof, in strijd heeft gehandeld met zijn wettelijke plicht.

3.3 De Rechtbank heeft de gevorderde verklaring voor recht met enige nader omschreven beperkingen toegewezen. Zij heeft voorts de Staat veroordeeld zodanige maatregelen te nemen dat wordt gewaarborgd dat in het jaar, lopende van 1 januari 2002 tot en met 31 december 2002 aan de gebruiksnorm voor dierlijke mest van 210 kg stikstof per landbouw- of veehoudersbedrijf per hectare wordt voldaan, met dien verstande dat, voor zover de Staat van de zijde van de Europese Gemeenschap toestemming verkrijgt een hogere gebruiksnorm te hanteren, deze hogere gebruiksnorm treedt in de plaats van de norm van 210 kg.

In het door de Staat tegen het vonnis van de Rechtbank ingestelde principaal hoger beroep heeft het Hof de behandeling van grief 1 van de Staat, gericht tegen de verklaring voor recht, aangehouden totdat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen uitspraak zal hebben gedaan in de hiervoor in 3.1 onder (vii) vermelde, op 28 augustus 2000 tegen

Nederland aanhangig gemaakte inbreukprocedure. Met betrekking tot grief 4 van de Staat, die was gericht tegen de door de Rechtbank uitgesproken veroordeling, heeft het Hof het standpunt van de Staat aldus weergegeven dat de Rechtbank met deze veroordeling in wezen aan de Staat een bevel heeft gegeven formele wetgeving tot stand te brengen en dat de rechter in het Nederlandse staatsbestel daartoe de bevoegdheid mist (rov. 7). Het Hof heeft de stelling van de Staat onderschreven dat implementatie van de Nitraatrichtlijn noodzakelijkerwijs door middel van formele wetgeving dient te geschieden (rov. 8), en vervolgens overwogen "dat het de rechter op grond van zijn staatsrechtelijke positie niet vrijstaat in het proces van formele wetgeving in te grijpen conform de strekking van deze vordering. Deze strekking verzet zich ook tegen het bevelen van materiële wetgeving omdat deze ten nauwste is verweven met formele wetgeving" (rov. 9). Het Hof heeft het vonnis wat betreft deze veroordeling vernietigd en de vordering afgewezen.

3.4 Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte middel moet het volgende worden vooropgesteld.

a. Het oordeel van het Hof dat implementatie van de Nitraatrichtlijn uitsluitend mogelijk is door middel van formele wetgeving - wijziging van de Meststoffenwet dan wel totstandbrenging van andere formele wetgeving - is in cassatie niet bestreden, zodat hiervan moet worden uitgegaan.

b. Het Hof heeft zijn oordeel of het nalaten van de Staat als onrechtmatig moet worden aangemerkt, aangehouden totdat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen uitspraak zal hebben gedaan in de inbreukprocedure.

Dit een en ander betekent dat in cassatie de vraag moet worden beantwoord of, ook ingeval het niet tot stand brengen van wetgeving ter implementatie van een richtlijn onrechtmatig is, het Nederlandse recht eraan in de weg staat dat de rechter de Staat een bevel geeft wetgeving in formele zin tot stand te brengen teneinde de onrechtmatige toestand op te heffen. Zo deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, moet vervolgens de vraag onder ogen worden gezien of het EG-recht tot een andere beslissing noopt.

3.5 Wetten in formele zin worden ingevolge art. 81 Gr.w vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermogt in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen op grond van een Europese richtlijn. Ook ingeval de wetgever heeft nagelaten binnen de implementatietermijn van een richtlijn wetgeving vast te stellen om het vereiste resultaat te bereiken, en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog die wetgeving vast te stellen. Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden. Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht ter implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure.

Aan het voorgaande doet niet af dat degene die verplicht is een onrechtmatige toestand op te heffen, daartoe op grond van art. 3:296 BW door de rechter kan worden veroordeeld, en dat deze bepaling ook dit geval bestrijkt indien ervan wordt uitgegaan dat de Staat verplicht is de onrechtmatige toestand op te heffen, die is ontstaan door zijn nalaten de Nitraatrichtlijn te implementeren. Dit artikel voorziet immers ook erin dat onder meer uit de wet en uit de aard van de verplichting anders kan voortvloeien. Aangenomen moet worden dat, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, deze uitzondering van toepassing is.

Voor de beoordeling van de hiervoor in 3.4 bedoelde vraag is evenmin van belang dat de rechter formele wetgeving, als zij eenmaal is tot stand gekomen, op grond van art. 94 Gr.w

buiten toepassing moet laten, voor zover zij in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het buiten toepassing laten van formele wetgeving op deze grond heeft een ander karakter dan een bevel wetgeving tot stand te brengen: het buiten toepassing laten geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en het heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl met een bevel formele wetgeving tot stand te brengen wordt beoogd een algemeen, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen.

Ten slotte verdient nog opmerking dat ook zonder dat voor de rechter de mogelijkheid bestaat een bevel te geven tot vaststelling van wetgeving in formele zin, degenen te wier bescherming een richtlijn strekt niet iedere rechtsbescherming missen, ingeval de Staat nalaat binnen de gestelde termijn wetgeving tot stand te brengen om het met de richtlijn te bereiken resultaat te verwezenlijken.

In dat geval is de rechter immers gehouden tot richtlijnconforme interpretatie van bestaande wetgeving, terwijl voorts de Staat onder omstandigheden tot schadevergoeding kan zijn gehouden. Indien de richtlijn directe werking heeft - waartoe onder meer is vereist dat de richtlijn een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurig omschreven verplichting aan de lidstaten oplegt en als zodanig aan de burgers rechten jegens de Staat toekent - kunnen de burgers bovendien daarop een beroep doen en daarin rechtsbescherming vinden.

3.6 Ten aanzien van de vraag of het EG-recht noopt tot een andere beslissing is in de eerste plaats van belang dat volgens het arrest van het HvJEG van 19 november 1991, Jur. 1991 blz. I-5357, NJ 1994, 2 (Francovich), "de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, de volle werking van die bepalingen dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten moet beschermen". Aangenomen moet worden dat de taak van de rechter de volle werking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen te verzekeren, te dezen slechts kan worden vervuld binnen het kader van de voor hem bestaande bevoegdheden, en dat deze bevoegdheden worden bepaald door het nationale recht (vgl. HvJEG 24 december 1995, Jur. 1995, blz. I-4705, NJ 1997, 116 (Van Schijndel)). Uit hetgeen hiervoor in 3.5 is overwogen, volgt dat de rechter naar Nederlands recht niet bevoegd is de wetgever te bevelen formele wetgeving tot stand te brengen.

Opmerking verdient voorts dat volgens art. 228 EG het Hof van Justitie wel kan vaststellen dat een Staat een krachtens het Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen, in welk geval deze Staat gehouden is de maatregelen te nemen ter uitvoering van het arrest van het Hof, maar dat in dit artikel niet aan het Hof de bevoegdheid is gegeven een Staat te bevelen formele wetgeving tot stand te brengen. Ook in het licht hiervan kan niet worden aangenomen dat het EG-recht ertoe noopt de Nederlandse rechter de specifieke bevoegdheid toe te kennen de Staat een bevel te geven formele wetgeving vast te stellen, ofschoon deze bevoegdheid hem naar Nederlands recht niet toekomt en zij door het EG-Verdrag ook niet aan de Europese rechter is toegekend.

Dit een en ander leidt tot de slotsom dat redelijkerwijs buiten twijfel is dat in het EG-recht geen grond kan worden gevonden voor een andere beslissing.

3.7 Hetgeen hiervoor in 3.5 en 3.6 is overwogen brengt mee dat de beide in 3.4 vermelde vragen ontkennend moeten worden beantwoord, en dat het middel tevergeefs is voorgesteld.

4. Beslissing

De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt Waterpakt c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 301,85 aan verschotten en € 1.365,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman, als voorzitter, en de raadsheren J.B. Fleers, A.G. Pos, D.H. Beukenhorst en P.C. Kop, en in het openbaar uitgesproken door

de raadsheer F.B. Bakels op 21 maart 2003.

*** Conclusie ***

C 01/327 HR
Mr. F.F. Langemeijer
Zitting 4 oktober 2002

Conclusie inzake:

1. de Stichting Waterpakt
2. de Stichting Natuur en Milieu
3. de Consumentenbond
4. [eiser 4]
5. [eiser 5]
6. [eiser 6]

tegen

de Staat der Nederlanden

In dit geding wordt aangevoerd dat de Staat onrechtmatig jegens eisers handelt door niet naar behoren uitvoering te geven aan een Europese richtlijn. Het cassatiemiddel stelt de vraag aan de orde of de Nederlandse rechter aan de Staat een bevel kan geven tot het uitvoeren van de richtlijn, óók wanneer dit betekent dat daartoe formele wetgeving tot stand moet worden gebracht.

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende(1):

1.1.1. Op 12 december 1991 heeft de Raad van de Europese Gemeenschappen een richtlijn vastgesteld inzake de bescherming van water tegen verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen (hierna: de Nitraatrichtlijn)(2).

1.1.2. Ter uitvoering van het bepaalde in artikel 3 (leden 2 en 5) van de Nitraatrichtlijn heeft de Staat op 5 januari 1994 aan de Europese Commissie medegedeeld dat hij geen kwetsbare zones als bedoeld in de Nitraatrichtlijn zal aanwijzen, maar een actieprogramma zal opstellen voor het gehele grondgebied van Nederland. Ter uitvoering van artikel 4 heeft de Staat een code van goede landbouwpraktijken aan de Europese Commissie toegezonden.

1.1.3. Ter uitvoering van artikel 5 van de Nitraatrichtlijn heeft de Staat op 18 december 1995 een actieprogramma als bedoeld in dat artikel opgesteld, dat op 22 december 1995 aan de Europese Commissie is toegezonden.

1.1.4. Op 12 november 1996 heeft de Staat dit actieprogramma weer ingetrokken, waarna hij op 13 juli 1997 door de Europese Commissie in gebreke is gesteld. Op 15 december 1997 heeft de Staat een nieuw actieprogramma aan de Europese Commissie toegezonden.

1.1.5. De Stichting Waterpakt en anderen hebben de Staat op 22 december 1997 gesommeerd ervoor te zorgen dat alle maatregelen worden genomen die nodig zijn om tijdig en volledig aan de eisen van de Nitraatrichtlijn te voldoen. Bij brief van 5 februari 1998 heeft de Staat aan de Stichting Waterpakt c.s. geantwoord dat met het actieprogramma dat op 15 december 1997 aan de Europese Commissie was toegezonden aan de eisen van de Nitraatrichtlijn is voldaan.

1.1.6. De Europese Commissie heeft de Staat opnieuw in gebreke gesteld bij brief van 29 september 1998. Nadat de Staat op deze ingebrekestelling had gereageerd, heeft de Europese Commissie een gemotiveerd advies als bedoeld in art. 226 E.G.-verdrag uitgebracht. Bij brief van 29 november 1999 heeft de Staat hierop geantwoord. Overleg met de Europese Commissaris belast met milieuzaken heeft niet tot overeenstemming geleid. Op 28 augustus 2000 heeft de Europese Commissie bij het Hof van Justitie van de Europese

Gemeenschappen (HvJ EG) een inbreukprocedure tegen Nederland aanhangig gemaakt(3).

1.2. Bij inleidende dagvaarding d.d. 31 maart 1998 hebben drie belangenorganisaties (Waterpakt c.s.) en drie privépersonen(4) de Staat gedagvaard in een bodemprocedure voor de rechtbank te 's-Gravenhage. Zij hebben gevorderd voor recht te verklaren dat het in de dagvaarding omschreven handelen of nalaten van de Staat (kort samengevat: het niet naar behoren uitvoering geven aan de Nitraatrichtlijn) jegens hen onrechtmatig is(5).

Daarnaast hebben zij gevorderd:

"de Staat te veroordelen om binnen één maand na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, althans met ingang van een door de Rechtbank in goede justitie vast te stellen tijdstip, al het nodige te doen om aan de in deze zaak bedoelde onrechtmatigheid een einde te maken, waartoe de Staat in elk geval een nieuw actieprogramma ingevolge artikel 5 van de nitraatrichtlijn dient op te stellen, welk actieprogramma in ieder geval dient te voldoen aan het vereiste dat eutrofiëring(6) wordt teruggedrongen en voorkomen, waartoe in elk geval moet worden voldaan

- aan de in bijlage I van de nitraatrichtlijn neergelegde eis dat in Nederland niet meer dan 50 mg nitraat per liter in grond- en oppervlaktewater mag voorkomen, althans uiterlijk aan het einde van het eerste actieprogramma (18 december 1999) aan deze eis wordt voldaan, althans aan het einde van het tweede actieprogramma (18 december 2003), althans op een door de Rechtbank in goede justitie vast te stellen tijdstip;

- aan de in bijlage III van de nitraatrichtlijn neergelegde eis dat uiterlijk aan het einde van het eerste actieprogramma (18 december 1999) maximaal 210 kilo stikstof per hectare per jaar uit dierlijke mest in of op de bodem wordt gebracht en uiterlijk 18 december 2003 een maximum van 170 kilo stikstof per hectare per jaar;

- althans aan door de rechtbank in goede justitie vast te stellen eisen."

1.3. De Staat heeft verweer gevoerd. Het verweer m.b.t. de ontvankelijkheid van eisers, door de rechtbank verworpen, blijft in cassatie buiten beschouwing. Inhoudelijk heeft de Staat onder meer aangevoerd (i) dat een toetsing door de nationale rechter "niet opportuun" is, gelet op de door de Europese Commissie voorgenomen inbreukprocedure tegen Nederland; (ii) dat de door eisers bedoelde normen van de Nitraatrichtlijn geen directe werking hebben; (iii) dat er geen sprake is van strijdigheid met de Nitraatrichtlijn omdat Nederland het door de richtlijn verlangde actieprogramma bij de Europese Commissie heeft ingediend en eisers niet hebben aangetoond dat dit actieprogramma niet toereikend is om het door de Nitraatrichtlijn vereiste resultaat te behalen(7). Bovendien is volgens de Staat niet voldaan aan het relativiteitsvereiste: verondersteld dat de Staat tekort is geschoten in de uitvoering van de Nitraatrichtlijn, dan wordt daardoor noch aan eisers zelf, noch aan personen wier belangen door eisers worden behartigd, nadeel toegebracht.

1.4. Bij vonnis van 24 november 1999(8) heeft de rechtbank het onder (i) bedoelde verweer verworpen (rov. 3.10 Rb). De rechtbank heeft de verweren onder (ii) en (iii) afzonderlijk behandeld voor ieder punt waarop de Staat volgens eisers te kort is geschoten in de implementatie van de Nitraatrichtlijn, te weten:

a. de grenswaarde van 50 mg nitraat per liter grond- en oppervlaktewater, alsmede de verplichting om eutrofiëring tegen te gaan en te voorkomen(9);

b. de verplichting om binnen bepaalde termijnen actieprogramma's van een bepaalde inhoud op te stellen(10);

c. de verplichting om te waarborgen dat per jaar per hectare niet meer dierlijke mest op de bodem wordt gebracht dan die welke 170 kg N (voor het eerste actieprogramma van vier jaar: 210 kg N) bevat(11). (rov. 3.11 Rb).

De rechtbank heeft ten aanzien van de punten onder a en b het verweer onder (ii) gevolgd en geoordeeld dat eisers zich niet rechtstreeks op de bepalingen van de Nitraatrichtlijn kunnen beroepen (rov. 3.12 en 3.13 Rb). Ten aanzien van punt c was de rechtbank van oordeel dat de norm in de Nitraatrichtlijn voldoende stellig en nauwkeurig is om rechtstreeks te worden toegepast. Door haar formulering kent deze richtlijnbeepaling

impliciet rechten toe aan individuele burgers die door overschrijding van de norm schade lijden, alsook aan organisaties die zich richten op de bescherming van het grondgebied van Nederland, aldus de Rb. in rov. 3.14. Vervolgens heeft de rechtbank vastgesteld dat de Staat niet heeft gezorgd voor een tijdige en behoorlijke uitvoering van dit gedeelte van de richtlijn (rov. 3.17-3.21 Rb). De rechtbank kwam tot het volgende dictum:

"Verklaart voor recht dat het nalaten van de Staat, daarin bestaande dat hij niet heeft gewaarborgd dat tussen 18 december 1998 en 18 december 1999 per landbouw- of veehouderijbedrijf per hectare niet meer dierlijke mest op of in de bodem wordt gebracht dan die welke 210 kg stikstof bevat, onrechtmatig is jegens Waterpakt c.s.;
Veroordeelt de Staat zodanige maatregelen te nemen dat wordt gewaarborgd dat in het jaar, lopende van 1 januari 2002 tot en met 31 december 2002 aan de gebruiksnorm voor dierlijke mest van 210 kg stikstof per landbouw- of veehouderijbedrijf per hectare wordt voldaan, met dien verstande dat, voor zover de Staat van de zijde van de Europese Gemeenschap toestemming verkrijgt een hogere gebruiksnorm te hanteren, deze hogere gebruiksnorm treedt in de plaats van de norm van 210 kg."

De rechtbank wees het meer of anders gevorderde af.

1.5. De Staat heeft hoger beroep ingesteld. Voor het cassatieberoep is grief IV van belang. In deze grief betoogde de Staat dat de rechtbank in wezen hem een bevel heeft gegeven om wetgeving in formele zin tot stand te brengen. Daartoe mist de rechter in het Nederlandse staatsbestel de bevoegdheid: de totstandkoming en de inhoud van een wet in formele zin worden door de wetgever (regering en parlement tezamen) bepaald. Dat het om een Europese richtlijn gaat doet volgens de Staat aan deze grief niet af: de nationale rechter kan geen andere bevelen geven dan het nationale recht hem toestaat te geven. De Staat acht de rechtbank niet bevoegd een bevel van deze aard te geven. Subsidiair, voor het geval de Nederlandse rechter die bevoegdheid wel zou hebben, heeft de Staat een beroep gedaan op art. 6:168 BW. Ter toelichting op dit laatste heeft de Staat aangevoerd dat reeds de voorgenomen maatregelen ter uitvoering van de Nitraatrichtlijn ingrijpende gevolgen hebben voor de omvang van de veestapel en voor de werkgelegenheid. Een nog verdere aanscherping van de stikstofnorm en een versnelde uitvoering van de maatregelen ter uitvoering van de Nitraatrichtlijn zullen volgens de Staat een te grote belasting voor de agrarische sector vormen.

1.6. Waterpakt c.s. hebben incidenteel hoger beroep ingesteld waardoor naast het punt onder c ook de punten onder a en b aan het hof werden voorgelegd. Bij arrest van 2 augustus 2001(12) heeft het gerechtshof te 's-Gravenhage grief I van de Staat gegrond geacht. In deze grief had de Staat bepleit dat het hof de uitkomst van de inmiddels door de Europese Commissie bij het HvJ EG aanhangig gemaakte inbreukprocedure zal afwachten. Het hof heeft om die reden de beslissing over de gevorderde verklaring voor recht aangehouden. Het hof zou hierin aanleiding hebben kunnen vinden om óók de beslissing omtrent het gevorderde bevel aan te houden. Het hof heeft dat echter niet gedaan(13). Het hof heeft het vonnis van de rechtbank op dit punt vernietigd en, opnieuw rechtdoende, het door eisers gevorderde bevel alsnog afgewezen. Naar aanleiding van grief IV van de Staat heeft het hof overwogen:

"Het hof onderschrijft de visie van de Staat m.b.t. de uitleg en de gevolgen van het door de rechtbank opgelegde gebod (veroordeling) en oordeelt dat het de rechter op grond van zijn staatsrechtelijke positie niet vrijstaat in het proces van formele wetgeving in te grijpen conform de strekking van deze vordering. Deze strekking verzet zich ook tegen het bevelen van materiële wetgeving omdat deze ten nauwste is verweven met formele wetgeving. Ook deze grief slaagt, zodat dit deel van de vordering alsnog zal worden afgewezen inclusief de daaraan verbonden uitvoerbaarverklaring bij voorraad." (rov. 9).

1.7. Waterpakt c.s. hebben tijdig cassatieberoep ingesteld. De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten met re- en dupliek.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

Inleiding

2.1. Het cassatiemiddel richt een rechtsklacht tegen rov. 9. Het middel benadrukt dat de Staat niet de vrijheid heeft om geen uitvoering te geven aan de Nitraatrichtlijn noch de vrijheid heeft om van de bepalingen van de richtlijn af te wijken (behalve voor zover de richtlijn zelf daartoe de ruimte biedt). Volgens het cassatiemiddel kan - anders dan het hof heeft geoordeeld - de Nederlandse rechter aan de Staat bevelen datgene te doen wat volgens de Nitraatrichtlijn moet gebeuren, óók indien dit feitelijk meebrengt dat de Staat genoodzaakt is formele wetgeving daartoe tot stand te brengen.

2.2. 's Hof's beslissing om het gevorderde bevel nu reeds af te wijzen heeft tot gevolg dat de rechtsklacht moet worden beoordeeld in een stadium van de procedure, waarin het antwoord van het hof (1) op de vraag of de Staat jegens eisers onrechtmatig heeft gehandeld door niet naar behoren uitvoering te geven aan de Nitraatrichtlijn en (2) op de vraag of de desbetreffende bepalingen van de Nitraatrichtlijn voldoende concreet en nauwkeurig zijn voor rechtstreekse toepassing, nog geheel open ligt. Het hof heeft de beantwoording van die vragen immers aangehouden in afwachting van de uitkomst van de inbreukprocedure bij het HvJ EG. De thans aangevallen rechtsoverweging 9 is algemeen en zonder voorbehoud geformuleerd. 's Hof's oordeel omvat dus ook de - op dit moment geheel hypothetische - situatie dat het hof in een eindarrest beide vragen bevestigend zal beantwoorden. Houdt de afwijzing, op de in rov. 9 gebezigde gronden, van het door Waterpakt c.s. gevorderde rechterlijk bevel ook dán nog stand?

2.3. Hoewel de Staat in zijn s.t. onder 4.31-4.38 anders meent, kan m.i. niet worden volgehouden dat eisers bij het gevorderde bevel geen belang hebben. Hun belang is voorwaardelijk aanwezig, namelijk voor het geval het hof te zijner tijd in een eindarrest de bovengenoemde vragen alsnog bevestigend beantwoordt. Het argument van de Staat dat een eventuele toewijzing van het gevorderde bevel zonder gevolgen blijft omdat eisers aan hun vordering geen dwangsom sanctie hebben verbonden, gaat m.i. niet op. Reële executie van het bevel tegen de Staat is inderdaad uitgesloten, maar een indirecte executie niet. Het is in Nederland reeds lang goed gebruik om bij een vordering tegen de Staat een nevenvordering tot vaststelling van een dwangsom achterwege te laten in het vertrouwen dat de Staat iedere veroordeling door een rechter stipt nakomt. Ervan uitgaand dat de Staat (in casu de wetgever) dat vertrouwen ook ditmaal niet zal beschamen, gaat het hier niet om een "tandeloze" vordering maar om een vordering die, indien toegewezen, naar redelijke verwachting ertoe leidt dat de Staat zijn verplichting tot uitvoering van de Nitraatrichtlijn daadwerkelijk nakomt. In de veronderstelde situatie dat het hof in een eindarrest de bovengenoemde vragen bevestigend beantwoordt, behoeven eisers geen genoegen te nemen met de enkele constatering in een verklaring voor recht dat de Nitraatrichtlijn niet naar behoren door de Staat is uitgevoerd. In dat hypothetische geval hebben zij er belang bij dat de rechter een bevel aan de Staat geeft om de richtlijn daadwerkelijk uit te voeren.

Aspecten van Europees gemeenschapsrecht

2.4. Art. 249 (voorheen 189) van het EG-verdrag bepaalt dat een richtlijn ten aanzien van het te bereiken resultaat verbindend is voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is. Aan de lidstaten wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen voor de uitvoering te kiezen. Een richtlijn verplicht de lidstaten niet rechtstreeks tot het vaststellen van wetgeving in formele zin. De inhoud van een richtlijn ("het te bereiken resultaat") kan echter van dien aard zijn dat de lidstaat praktisch geen andere keuze heeft dan het vaststellen van formele wetgeving. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EG vereist de omzetting van een richtlijn in nationaal recht weliswaar niet noodzakelijkerwijs het optreden van de wetgever van de lidstaat, doch dient het nationale recht daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn te verzekeren, moet de uit dit recht voortvloeiende rechtstoestand met voldoende nauwkeurigheid bepaald en duidelijk zijn en moeten, indien de richtlijn beoogt rechten voor

particulieren in het leven te roepen, de begunstigen in staat zijn om kennis te nemen van al hun rechten en deze, zo nodig, geldend te maken voor de nationale rechterlijke instanties(14). Ik werk dit thema niet verder uit, want partijen zijn eensluidend van mening dat op grond van rov. 8 - in cassatie niet bestreden - bij de beoordeling van het cassatiemiddel tot uitgangspunt dient dat Nederlandse wetgeving in formele zin noodzakelijk is om aan de eisen van de Nitraatrichtlijn te kunnen voldoen(15).

2.5. De verplichting tot uitvoering van een richtlijn is in de eerste plaats een verplichting van de lidstaat tegenover de Europese Unie en tegenover de andere lidstaten. Het Europees gemeenschapsrecht voorziet in sancties wanneer een lidstaat niet, niet tijdig of niet behoorlijk uitvoering geeft aan een richtlijn. In zo'n geval kan de Europese Commissie de zaak voorleggen aan het HvJ EG. Een gelijke bevoegdheid hebben de overige lidstaten mits zij eerst de Europese Commissie hebben ingeschakeld. Wanneer het Hof van Justitie vaststelt dat een lidstaat zijn verplichting niet is nagekomen, is de lidstaat gehouden die maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest. Zo nodig kunnen in een volgende procedure bij het HvJ EG financiële sancties aan de lidstaat worden opgelegd(16). Zie voor dit alles de art. 226 - 228 EG-verdrag. Het aanhangig zijn van een inbreukprocedure bij het HvJ EG doet, vanzelfsprekend, de verplichting van de lidstaat om uitvoering te geven aan de richtlijn niet vervallen.

2.6. Is naast de inbreukprocedure bij het HvJ EG nog enige taak weggelegd voor de nationale rechter? In beginsel kan deze vraag, naar ik meen, bevestigend worden beantwoord. Het HvJ EG is immers van oordeel dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de lidstaten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting van de lidstaten krachtens art. 5 EEG-verdrag [thans art. 10 van het EG-verdrag] om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten gelden en dus ook, binnen het kader van hun bevoegdheden, voor de rechterlijke instanties van de lidstaten(17). De verplichting van de nationale rechter tot handhaving van het gemeenschapsrecht kan op verschillende wijzen tot uitdrukking komen. Zo kan bijv. nodig zijn dat de nationale rechter, nadat de uitvoeringstermijn is verstreken die de richtlijn aan de lidstaten vergunt, bepalingen van nationaal recht die strijdig zijn met de richtlijn buiten toepassing laat dan wel aan het nationale recht een zodanige uitleg geeft dat het met de richtlijn in overeenstemming is(18). Aan deze vorm van rechtstoepassing zijn echter grenzen. Anders dan een Europese verordening kan een Europese richtlijn niet rechtstreeks verplichtingen aan particulieren opleggen. Bepalingen van een richtlijn kunnen door particulieren worden tegengeworpen aan de Staat of aan een ander overheidsorgaan, maar een richtlijn die niet in nationaal recht is omgezet kan niet tegen particulieren worden ingeroepen(19). Dit laatste wil overigens niet zeggen dat de belangen van derden nooit geraakt zouden kunnen worden, wanneer een particulier tegenover een overheidsorgaan een beroep doet op rechtstreeks werkende bepalingen van een richtlijn. Dit blijkt met name in het milieurecht, waar de verplichting tot uitvoering van een Europese milieurichtlijn bijv. in de weg kan staan aan de afgifte van een milieuvergunning(20). In de vakliteratuur wordt dit verschijnsel aangeduid als "horizontale effecten van de verticale rechtstreekse werking". De kwestie is van gewicht omdat, zoals hierna zal blijken, een belangrijk argument van de Staat in cassatie is, dat door een toewijzing van het gevorderde bevel de belangen van derden (de agrarische sector) geschaad zouden worden.

2.7. De plicht van de nationale rechter tot handhaving van het gemeenschapsrecht komt voorts tot uitdrukking in de mogelijkheid van toekenning van schadevergoeding wegens nalatigheid in het uitvoeren van een richtlijn. Wanneer particulieren schade lijden door het uitblijven van tijdige en behoorlijke uitvoering van een Europese richtlijn, kunnen zij onder zekere - gemeenschapsrechtelijk bepaalde - voorwaarden de in gebreke gebleven lidstaat dagvaarden voor de nationale rechter en vergoeding vorderen voor de schade die zij dientengevolge hebben geleden(21). In de vakliteratuur is geconstateerd dat de rechtspraak van de Nederlandse burgerlijke rechter over overheidsaansprakelijkheid verder gaat dan de Europese rechtspraak die een gekwalificeerde schending van

gemeenschapsrecht eist voor aansprakelijkheid. Van zulk een gekwalificeerde schending is sprake wanneer de lidstaat "in de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid de grenzen waarbinnen hij bij de uitoefening van zijn bevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden"(22). Het HvJ EG heeft overwogen dat de eisen voor aansprakelijkheid van een lidstaat naar gemeenschapsrecht niet uitsluiten dat de staat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk is(23).

2.8. Aan het Francovich-arrest ontleen ik:

"dat het EEG-Verdrag een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen, die in de rechtsorde der Lid-Staten is opgenomen en waarmee de nationale rechter rekening dient te houden. Binnen die rechtsorde zijn niet alleen de Lid-Staten, maar ook hun onderdanen gerechtigd en, evenzeer als het gemeenschapsrecht ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, schept het ook rechten die dezen uit eigen hoofde kunnen doen gelden. Deze rechten ontstaan niet alleen wanneer het Verdrag ze uitdrukkelijk toekent, maar ook als weerslag van de verplichtingen die het Verdrag zowel aan particulieren als aan de Lid-Staten en de gemeenschapsinstellingen oplegt (...). Bovendien is het vaste rechtspraak dat de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, de volle werking van die bepalingen dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten moet beschermen (...)" (rov. 31-32) en

"(...) in artikel 5 EEG-Verdrag, dat de Lid-Staten verplicht alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de krachtens het gemeenschapsrecht op hen rustende verplichtingen te verzekeren. Hiertoe behoort ook de verplichting om de onwettige gevolgen van een schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken (...)" (rov. 36).

Uit het voorgaande leid ik af dat het Europese gemeenschapsrecht niet in de weg staat aan een vordering tegen de lidstaat bij de nationale rechter welke ertoe strekt door een bevel, zoals hier door de rechtbank gegeven, de daadwerkelijke uitvoering van de richtlijn door die lidstaat te verzekeren.

2.9. De vraag of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen een vordering als de onderhavige, is niet gelijk aan de vraag of het gemeenschapsrecht de nationale rechter ook verplicht om, desgevorderd, een bevel te geven tot uitvoering van de richtlijn. Het antwoord op deze laatste vraag is van belang ingeval de Hoge Raad van oordeel mocht zijn dat het - hierna te bespreken - nationale recht in de weg staat aan deze vordering. Deze laatste vraag is bij mijn weten nog niet door het HvJ EG beantwoord. Het Francovich-arrest spreekt over de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen. Ik noem, naast de reeds aangehaalde jurisprudentie, HvJ EG 19 juni 1990 (Factortame I), Jur. 1990 blz. I-2433, rov. 20, waarin het Hof herhaalde:

"dat met de vereisten welke in de eigen aard van het gemeenschapsrecht besloten liggen, onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden, dat aan de werking van het gemeenschapsrecht wordt afgedaan, doordat aan de rechter die dit gemeenschapsrecht heeft toe te passen, de bevoegdheid wordt onzegd, daarbij terstond al het nodige te doen om toepassing te onthouden aan de nationale wettelijke bepalingen die, al is het maar tijdelijk(24), de volle werking van de gemeenschapsregels zouden kunnen verhinderen."

Indien de Hoge Raad aan deze vraag toekomt lijkt mij aangewezen dat zij prejudicieel aan het HvJ EG wordt voorgelegd.

Het toetsingsverbod

2.10. Had het hof naar Nederlands nationaal recht de mogelijkheid om het gevorderde bevel te geven? Art. 3:296 BW biedt in het algemeen de rechter de mogelijkheid tot het geven

van een bevel voor zover uit de wet of uit de aard van de verplichting niet anders voortvloeit. Er moet dus worden onderzocht of uit de wet of uit de aard van de verplichting anders voortvloeit. Het verweer van de Staat, zoals door het hof aanvaard, komt erop neer dat de burgerlijke rechter niet een bevel aan de Staat kan geven dat (impliciet) ertoe strekt dat wetgeving in formele zin tot stand wordt gebracht. De beslissing om een wet in formele zin al dan niet tot stand te brengen komt volgens de Staat bij uitsluiting toe aan de daartoe bevoegde organen, te weten: de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk (art. 81 Grondwet).

2.11. In het Nederlandse staatsbestel kan de rechter op eigen kracht geen wetgeving tot stand brengen, evenmin als de wetgever recht kan spreken. Dit volgt uit de leer van de trias politica. Wel wordt - met de hierna te noemen beperkingen - in het Nederlandse staatsbestel aanvaard dat de rechter achteraf het werk van de wetgever beoordeelt. De Grondwet bepaalt immers in art. 94 dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien de toepassing niet verenigbaar is met voor een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Een toetsing van wettelijke voorschriften aan het Europees gemeenschapsrecht zou in theorie kunnen worden gebaseerd op het EG-Verdrag in verbinding met art. 94 Grondwet. Onder invloed van de jurisprudentie van het HvJ EG wordt de voorrang van het Europese recht gegrond op de eigen rechtsorde van de gemeenschap, waarmee de nationale rechter die daarvan deel uitmaakt rekening dient te houden(25). Toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet is de rechter niet toegestaan: luidens art. 120 Grondwet treedt de rechter niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen(26). De Hoge Raad leest in art. 120 Grondwet tevens een verbod om wetten in formele zin te toetsen aan algemene (ongeschreven) rechtsbeginselen(27). Recent is voorgesteld het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet te doen vervallen voor zover het betreft de toetsing aan bepaalde grondwettelijke voorschriften, waaronder de klassieke grondrechten, en voor het overige te behouden(28). Toetsing door de rechter van regelgeving die geen formele wetgeving is (zoals plaatselijke verordeningen of ministeriële uitvoeringsregels) is toegestaan(29).

2.12. Waar toetsing is toegestaan, kan zij door iedere rechter (de burgerlijke rechter, de strafrechter, de bestuursrechter) geschieden, ook in procedures waarin de Staat geen partij is. De rechter kan een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing laten; de term "buiten toepassing laten" wordt gebruikt in art. 94 Grondwet. Bij de bestuursrechter kan een toetsing aan de orde komen wanneer een besluit, door een bestuursorgaan genomen ter uitvoering van een algemeen verbindend voorschrift, voorwerp van beroep is en de verbindendheid van dat voorschrift wordt bestreden. In verband met art. 8:2 Awb heeft de wetgever zich recent beraden over de vraag of wenselijk is dat de bestuursrechter rechtstreeks het besluit beoordeelt waarbij het algemeen verbindend voorschrift wordt vastgesteld. In dat geval zou een vernietiging van het besluit tot vaststelling van het voorschrift mogelijk zijn. Vooralsnog is dit niet mogelijk(30). Een besluit tot vaststelling van formele wetgeving komt bij de bestuursrechter niet ter beoordeling; volgens art. 1:1 lid 2 Awb is de wetgever geen bestuursorgaan. De techniek van het "buiten toepassing laten" kan niet worden benut in de gevallen waarin een nationale regel ontbreekt. Wanneer een verdragsbepaling de lidstaten verplicht tot het treffen van bepaalde (wettelijke) voorzieningen en Nederland daarin nalatig is, ziet de rechter zich gesteld voor de vraag of hij zelf, aan de hand van de verdragsbepaling, invulling mag geven aan de rechtstoestand waarin de betrokken procespartijen verkeren. De rechter is over het algemeen niet snel geneigd "op de stoel van de wetgever te gaan zitten"(31). De problematiek is helder uiteengezet in de afscheidsrede van Martens, waarnaar ik moge verwijzen(32).

Onrechtmatige wetgeving

2.13. Wanneer de rechter een wettelijk voorschrift in een bepaalde casus buiten toepassing laat, blijft het voorschrift als zodanig bestaan. Er bestaat een maatschappelijke behoefte om vooraf, d.w.z. vóórdat het tot uitvoering van het voorschrift is gekomen, een oordeel van de

burgerlijke rechter te verkrijgen over de rechtmatigheid ervan. Ook achteraf kan, in verband met schadeclaims, behoefte bestaan aan een uitspraak van de burgerlijke rechter over de rechtmatigheid van het uitvaardigen resp. het handhaven van een algemeen verbindend voorschrift. De Nederlandse rechtspraak over onrechtmatige wetgeving heeft zich stapsgewijs ontwikkeld.

2.14. In HR 15 juni 1956, NJ 1959, 7 m.nt. HKB, werd nog overwogen dat het niet tot stand brengen van een regeling bij wet niet een aansprakelijkheid van de Staat uit onrechtmatige daad kan opleveren. In HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. HD (Pocketbook II) werd voor het eerst aanvaard dat een daad van materiële wetgeving (in dat geval: de vaststelling van een vestigingsbeschikking door de staatssecretaris van Economische Zaken) een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 (oud) BW kan opleveren. De rechter had schadevergoeding toegewezen. Annotator Drion schreef met een vooruitziende blik: "Als het een onrechtmatige daad van de Staat is om in strijd met de Grondwet bepaalde gedragingen bij een wettelijke regeling te verbieden en daardoor met sancties te dreigen tegen overtreding ervan, zal degeen, jegens wie dit onrechtmatig is, ook van te voren - in geval van reële dreiging - een verbod kunnen vragen."

2.15. In HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 m.nt. MS, werd door een belangenorganisatie, de LSV, in kort geding op grond van art. 1401 (oud) BW gevorderd dat de Staat een algemeen verbindend voorschrift "buiten werking" zou stellen. Het hof wees de vordering toe. De Hoge Raad beschouwde de buitenwerkingstelling als een in algemene termen vervat verbod, daartoe strekkende dat de Staat zich heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die beschikking zijn gegrond(33). De Hoge Raad besliste dat zulk een buitenwerkingstelling mogelijk is, zij het dat hij van de rechter in kort geding terughoudendheid vroeg: "Zij zal in beginsel slechts in aanmerking komen, indien de beschikking (...) onmiskenbaar onverbindend is, zodat van de betrokkenen (...) niet kan worden gevergd dat zij zich naar de - voorshands onmiskenbaar onrechtmatige - uitvoering daarvan richten, terwijl er geen andere rechtsgang openstaat om zich met de vereiste spoed een voorziening te dier zake te verschaffen."

De Hoge Raad vervolgde:

"Voor de beoordeling (...) is voorts van belang dat ook een algemeen geformuleerde uitspraak als in het onderhavige geval is gegeven, slechts rechten geeft aan de partijen die haar hebben verkregen, zij het dat derden kunnen profiteren van het praktische gevolg, gelegen in de verwachting dat die rechter in volgende soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen."

2.16. In HR 6 mei 1983, NJ 1984, 361 m.nt. MS, ging het om een plaatselijke belastingverordening van het eilandgebied Curaçao, die wegens strijdigheid met een landsverordening onverbindend werd verklaard. Het hof had de vaststelling van de verordening aangemerkt als een onrechtmatige daad, een dienovereenkomstige verklaring voor recht gegeven en het eilandgebied veroordeeld tot schadevergoeding. De Hoge Raad sauveerde deze beslissing, zij het met een thans niet relevante correctie. Het oordeel werd herhaald in HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 m.nt. MS. De Staat had betoogd slechts aansprakelijk te zijn voor een daad van onverbindende wetgeving "indien de Staat de grenzen van zijn bevoegdheid op klaarblijkelijke en ernstige wijze heeft overschreden". De Hoge Raad verwierp dat standpunt:

"De Staat handelt onrechtmatig en is, wanneer aan de overige vereisten van art. 1401 BW is voldaan, aansprakelijk wanneer hij een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uitvaardigt en op grond van dat voorschrift belasting heft. (...) In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen is daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam gegeven".

2.17. In HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. MS (landbouwwvliegers) werd in een kort geding de buitenwerkingstelling gevorderd van bepalingen in een AMvB resp. een uitvoeringsregeling. Het middel stelde de vraag aan de orde of algemeen verbindende voorschriften kunnen worden getoetst aan algemene (ongeschreven) rechtsbeginselen. De Hoge Raad achtte dit

"in zoverre juist dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter een zodanig, niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege (enz.)" (cursivering van mij, A-G).

In HR 9 juni 1989, NJ 1989, 718 werd door kort-verband-vrijwilligers schadevergoeding van de Staat gevorderd op grond van een onrechtmatige daad, hierin bestaande dat de Staat (de wetgever in formele zin) bepaalde pensioentoezeggingen niet gestand had gedaan. Het hof had de vordering toegewezen. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, maar hield een slag om de arm voor gevallen waarin van de rechter wordt gevraagd onrechtmatig te oordelen dat een bepaalde aanspraak geen regeling in de wet heeft gevonden terwijl de wetgever, toen hij de wet tot stand bracht, na een afweging waarin de aangevoerde omstandigheden reeds zijn betrokken, heeft geoordeeld dat hij de desbetreffende aanspraak niet heeft moeten honoreren. Ook hier was de Hoge Raad dus niet snel geneigd op de stoel van de wetgever te gaan zitten. Tenslotte vermeld ik HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB (Leffers/Staat), waarin het uitvaardigen van een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde een wet in formele zin, onrechtmatig werd geoordeeld wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel, te weten het verbod van willekeur. Schadevergoeding werd door de Hoge Raad mogelijk geacht, maar de vordering tot buitenwerkingstelling van het voorschrift werd afgewezen "omdat uitvaardiging en onmiddellijke onverkorte uitvoering van de regeling wegens de hiervoor weergegeven zwaarwegende maatschappelijke belangen ook door varkensmesters als Leffers behoort te worden geduld". Deze formulering sluit aan bij de maatstaf van art. 6:168 BW. Over het leerstuk onrechtmatige wetgeving is vakliteratuur beschikbaar(34).

2.18. Zie ik het goed, dan heeft de Hoge Raad tot dusver slechts ten aanzien van wetgeving in materiële zin beslist dat het uitvaardigen of handhaven ervan een onrechtmatige daad kan zijn in de zin van art. 1401 (oud) resp. art. 6:162 BW. In de stapsgewijze ontwikkeling van de rechtspraak ligt m.i. voor de hand, dat de ingezette lijn wordt doorgetrokken door te erkennen dat wetgeving in formele zin in beginsel onrechtmatig kan zijn(35). Hiervan uitgaande, is de volgende stap dat een schending van gemeenschapsrecht (in casu de verplichting tot uitvoering van een Europese richtlijn) in beginsel een onrechtmatige daad oplevert in de zin van art. 6:162 BW(36). Aan de vraag of hier sprake is van een onrechtmatige daad jegens deze eisers komt de cassatierechter m.i. niet toe. Zoals in alinea 2.2 is uiteengezet, moet ten gevolge van het deelarrest in cassatie van deze hypothese worden uitgegaan.

Rechterlijk bevel mogelijk bij onrechtmatige wetgeving?

2.19. Het hof heeft zijn beslissing gebaseerd op het argument dat het de rechter op grond van zijn staatsrechtelijke positie niet vrijstaat in het proces van formele wetgeving in te grijpen. Ten overvloede heeft het hof hieraan toegevoegd dat hetzelfde kan worden aangenomen ten aanzien van materiële, d.w.z. niet-formele, wetgeving.

2.20. In de NJV-vergadering 1987 is de mogelijkheid van een rechterlijk bevel kort besproken. Van Buuren (preadvies blz. 81) achtte een rechterlijk bevel tot intrekking van een onverbindend verklaard voorschrift niet uitgesloten. Met betrekking tot het vaststellen van nieuwe wetgeving dacht hij aan een verklaring voor recht, inhoudende dat een voorgesteld algemeen verbindend voorschrift onverbindend zal zijn indien het in die vorm zal worden vastgesteld(37). Preadviseur Polak achtte een rechterlijk bevel aan de Staat in beginsel mogelijk(38). Hun opvatting werd bestreden door C. Flinterman, die stelde dat een rechterlijk gebod tot het vaststellen van formele wetgeving slechts illusies wekt. Volgens

hem is daaraan geen behoefte. De vraag of een verdragsbepaling noopt tot het tot stand brengen van nationale wetgeving is weliswaar een juridische vraag, maar de vraag hoe - en in de meeste gevallen: wanneer - de wetgever aan zijn verplichting voldoet, is zijns inziens van politieke aard. De preadviseurs bleken niet terstond overtuigd. Uit het antwoord van Polak(39):

"Een verbod zou ik (...) wanneer het parlement nog moet spreken niet wenselijk achten (...). Een gebod zou (...) alleen maar kunnen, wanneer uit verdragen een rechtsplicht voortvloeit. Ik meen (...) dat in dat geval de vraag of de rechter zich boven het parlement verheft niet speelt: wanneer uit een verdrag verbindend voortvloeit dat de wetgever een regeling voor een bepaalde tijd tot stand moet brengen, geloof ik niet dat de rechter zich boven het parlement stelt, wanneer de rechter die plicht ook aan de formele wetgever zou opleggen". (40)

2.21. In de s.t. namens Waterpakt c.s. wordt verwezen naar diverse rechterlijke uitspraken. Ik beperk mijn weergave tot een selectie. Op vordering van een belangenorganisatie gaf de president van de Haagse rechtbank aan de Staat het bevel om een reeds beoogde wijziging van de WWV, waartoe de Staat werd genoopt door een EG-richtlijn gelijke behandeling waarvan de implementatietermijn reeds lang was verstreken, te realiseren vóór 1 maart 1985(41). In hoger beroep werd het vonnis vernietigd voor zover het was gebaseerd op nationaal recht. Het hof overwoog dat:

"een toetsing door de rechter van de formele wet aan algemene rechtsbeginselen er hoogstens toe [zou] kunnen leiden dat de rechter de met die beginselen in strijd zijnde wet buiten toepassing laat. Die toetsing kan evenwel niet leiden tot het oordeel dat het niet intrekken van die wet of wetsbepaling een onrechtmatige daad oplevert van de formele wetgever en mitsdien van de Staat."

Tot zover stemt het oordeel overeen met de HR-jurisprudentie. Het hof voegde toe: "Bovendien geeft de Grondwet aan de rechter niet de bevoegdheid om aan de formele wetgever een opdracht tot wetgeving te geven en met name niet om die wetgeving voor een bepaald tijdstip te realiseren".

Voor zover het door de president gegeven bevel was gebaseerd op gemeenschapsrecht, overwoog het hof dat de eiseres en de Staat het erover eens waren dat indien de desbetreffende bepaling van de EG-richtlijn rechtstreekse werking heeft en dit ten gevolge heeft dat de (oude) bepaling in de WWV sinds het verstrijken van de termijn voor uitvoering van de richtlijn buiten toepassing behoort te blijven - iets, waarover het hof toen prejudiciële vragen aan het HvJ EG heeft gesteld -, de Staat onrechtmatig jegens eiseres handelt door de (oude) bepaling in de WWV te blijven toepassen(42).

2.22. In een kort geding te Haarlem ging het om een vordering tegen een gemeente, strekkende tot vaststelling (door de gemeenteraad) van een plaatselijke verordening op grond van de Winkelsluitingswet. De president overwoog dat voor toewijzing slechts aanleiding is "wanneer vaststelling van de betreffende wetgeving voor een bepaalde datum onmiskenbaar kenbaar door een hogere regeling wordt voorgeschreven en de inhoud van de vast te stellen wetgeving door deze regeling in voldoende mate geconcretiseerd is"(43). Annotator Teunissen merkt op dat een orgaan met regelgevende bevoegdheid dat een hem door de wet opgelegde verplichting tot vaststelling van een bepaalde regeling niet opvolgt "uiteraard" in strijd met de wet handelt. Teunissen bracht een element in de discussie dat ook in het huidige cassatiedebat een rol speelt, te weten de positie van derden: "(...) lijkt mij een rechterlijk bevel tot vaststelling van een materieel-wettelijke regeling niet mogelijk, omdat een rechterlijke uitspraak in beginsel slechts tussen partijen kan werken. Een materieel-wettelijke regeling richt zich echter tot een ieder. Zie ook art. 12 van de Wet Algemene Bepalingen. Hiertegen zou men kunnen aanvoeren dat ook een rechterlijk bevel tot "buitenwerkingstelling" (...) in feite een effect erga omnes heeft."

2.23. In de discussie over dit onderwerp wordt wel eens het argument gebruikt dat de volksvertegenwoordiging democratisch tot besluitvorming over regelgeving is gelegitimeerd

en dat dit niet kan worden gezegd van de door de overheid benoemde rechter. Voor zover hiermee wordt bedoeld dat de rechter zich geheel van toetsing zou moeten onthouden, wordt het argument in de vakliteratuur verworpen: in een rechtsstaat is uiteindelijk the rule of law beslissend(44). Het is waar dat de volksvertegenwoordiging - ongeacht of dit een gemeenteraad is dan wel de Staten-Generaal - in het algemeen over een breder blikveld beschikt dan de rechter omdat zij niet alleen de juridische gezichtspunten maar bijv. ook economische, sociale, ethische, financiële of politieke aspecten van het probleem in de besluitvorming kan betrekken. Het feit dat Nederland deel uitmaakt van een Europese rechtsorde brengt echter met zich mee dat de plaats, waar al deze aspecten in de besluitvorming worden betrokken, is gelegen bij het orgaan van de Europese Unie dat de richtlijn uitvaardigt. Is eenmaal sprake van een richtlijn die voor Nederland een rechtsplicht tot het vaststellen van nationale regelgeving met een bepaalde inhoud meebrengt - de hypothese waarvan in dit cassatiegeding wordt uitgegaan -, dan worden economische, sociale, ethische, financiële of politieke problemen die de lidstaat bij de uitvoering van de richtlijn ondervindt door het HvJ EG niet aanvaard als een geldig excuus voor het niet-uitvoeren van de richtlijn. Slechts voor zover de richtlijn de lidstaten enige margin of appreciation laat, zal de rechter zich van ingrijpen onthouden.

2.24. De aangevallen rov. 9 maakt duidelijk dat het hof een norm voor ogen heeft gehad die zowel geldt voor wetgeving in formele zin als voor wetgeving in materiële zin. Ik versta rov. 9 zó, dat het hof geen probleem ermee heeft dat wetgeving achteraf door de burgerlijke rechter wordt getoetst aan Europees gemeenschapsrecht, maar bezwaar heeft tegen een toetsing vooraf, met andere woorden: tegen het ingrijpen door de rechter in een nog niet afgerond wetgevingsproces. Het is niet moeilijk te raden wat daarvan de achtergrond is: de leer van de trias politica. De staatsrechtelijke verhoudingen brengen met zich mee dat het niet aangaat dat een buitenstaander zich dwingend mengt in de besluitvorming in de volksvertegenwoordiging. De wetgever moet in alle vrijheid zijn keuze kunnen bepalen. In zijn algemeenheid is dat een - ook door de rechter - te respecteren uitgangspunt. Dit uitgangspunt levert echter problemen op in die gevallen, waarin de wetgever zélf zijn beslissingsmarge heeft ingeperkt door Nederland te binden aan verdragen met een ieder verbindende bepalingen of door Nederland lid te maken van een internationale organisatie zoals de Europese Unie, met alle juridische verplichtingen van dien.

2.25. Toetsing van een formele wet aan de Grondwet wordt door het cassatiemiddel niet verlangd, evenmin als een toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen; art. 120 Grondwet is niet aan de orde. Voor zover 's hofs oordeel berust op de opvatting dat art. 94 Grondwet slechts spreekt over "buiten toepassing laten" en dat de rechter niet verder mag gaan dan dat(45), is juist dat de toetsing of voorgestelde wetgeving voldoet aan de relevante verdragsrechtelijke verplichtingen, in beginsel een taak voor de wetgever zelf is. De rechter heeft hier een aanvullende rol(46). In HR 19 november 1999, NJ 2000, 160 m.nt TK, rov. 3.4, heeft de Hoge Raad het antwoord op de vraag of ingrijpen door de rechter mogelijk is indien het gaat om de voorbereiding en behandeling van een wetsvoorstel ten aanzien waarvan wordt aangevoerd dat een of meer bepalingen op grond van art. 94 Grondwet onverbindend zijn omdat zij in strijd zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, uitdrukkelijk open gelaten.

2.26. Het komt mij voor, dat allereerst een vraag van nationaal recht door de Hoge Raad moet worden beantwoord: loopt de beoordeling van de toewijsbaarheid van het door Waterpakt c.s. gevorderde bevel over de katrol van art. 94 Grondwet en, zo ja, betekent dit dat de rechter zich dient te beperken tot het buiten toepassing laten van (formele) wetgeving die in strijd is met een regel van gemeenschapsrecht en zich moet onthouden van het geven van een bevel aan de Staat? Ik meen dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Het Europese gemeenschapsrecht heeft een eigen rechtsorde tot stand gebracht. Van die rechtsorde maakt deel uit de verplichting van de lidstaat om onverkort uitvoering te geven aan de richtlijn. De stelling van de Staat, luidende: "Het is aan de Staat, of beter gezegd aan de nationale wetgever, om die verschillende

belangen tegen elkaar af te wegen bij de tot stand te brengen wetgeving. Die afweging kán onder omstandigheden zelfs meebrengen, dat de wetgever er vooralsnog van afziet om de richtlijn (geheel) te implementeren."(47)

verdraagt zich naar mijn mening niet met zijn verplichting ingevolge de eigen rechtsorde van het gemeenschapsrecht. Uitgaande van de hypothese (1) dat de Staat jegens eisers onrechtmatig heeft gehandeld door, op de door eisers genoemde punten, onvoldoende uitvoering te geven aan de Nitraatrichtlijn en (2) dat de desbetreffende bepalingen van de Nitraatrichtlijn voldoende concreet en nauwkeurig zijn voor rechtstreekse toepassing, heeft de wetgever geen keuzevrijheid meer. Voor die hypothetische situatie valt niet goed in te zien waarom de burgerlijke rechter niet een bevel aan de Staat zou mogen geven om uitvoering te geven aan deze richtlijnbevestigingen(48). Art. 94 Grondwet betreft de doorwerking van verdragen in de Nederlandse rechtsorde, maar beperkt m.i. niet de verplichtingen welke voortvloeien uit de eigen rechtsorde van het gemeenschapsrecht.

2.27. Indien de Hoge Raad van oordeel mocht zijn dat art. 94 Grondwet of een ander voorschrift van nationaal recht in de weg staat aan toewijzing van het gevorderde bevel, dient zich de vraag aan of die regel van nationaal recht verenigbaar is met het gemeenschapsrecht en in het bijzonder met art. 10 EG-verdrag. Het ligt in dat geval in de rede dat deze vraag als prejudiciële vraag aan het HvJ EG wordt voorgelegd. Mocht de Hoge Raad onvoldoende duidelijk achten of het gemeenschapsrecht (naast de verplichting tot richtlijnconforme uitleg, naast de verplichting tot buiten toepassing laten van met gemeenschapsrecht strijdig nationaal recht en naast de bevoegdheid tot het toekennen van Francovich-schadevergoeding) voor de nationale rechter de verplichting meebrengt de Staat te dwingen om uitvoering te geven aan de richtlijn, dan zou die vraag als eerste aan het HvJ EG kunnen worden voorgelegd.

2.28. Aangenomen dat de zaak zonder prejudiciële vraagstelling wordt afgedaan houd ik twee lijnen voor mogelijk. Beide lijnen resulteren in een vernietiging van de thans bestreden beslissing. De eerste lijn gaat uit van de eenheid van sancties binnen het nationale onrechtmatige daadsrecht: wanneer een onrechtmatige daad wordt begaan en zelfs nog voortduurt, dient de rechter, desgevorderd, op grond van art. 3:296 BW aan de betrokkene te gelasten het onrechtmatig handelen te staken. De bijzondere positie van de Staat als formele wetgever zou in deze zienswijze hoogstens tot uitdrukking kunnen komen via art. 6:168 lid 1 BW: de rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt dan het recht op vergoeding van de schade. De Staat heeft zich in hoger beroep subsidiair op art. 6:168 BW beroepen; het hof is aan dit verweer niet toegekomen. De parlementaire geschiedenis van art. 6:168 BW maakt duidelijk "dat het hier om uiteenlopende belangen van maatschappelijke aard kan gaan, die tezamen met de bij het geval betrokken persoonlijke belangen in de afweging zullen moeten worden betrokken"(49). Er is dus een belangenafweging nodig: een oordeel in abstracto, inhoudende dat het belang van de Staat om gevrijwaard te blijven van rechterlijk ingrijpen in het wetgevingsproces onder alle omstandigheden voorrang geniet, kan op basis van art. 6:168 BW niet worden gegeven.

2.29. Een tweede lijn, die ik prefereer boven de eerste, zoekt aansluiting bij het Europese overheidsaansprakelijkheidsrecht. Dit vereist een korte toelichting. Het m.i. belangrijkste argument dat de Staat in cassatie te berde brengt is het verweer dat een rechterlijk bevel, dat strekt tot het stand brengen van (formele) wetgeving, steeds gevolgen heeft voor de rechtspositie van derden, die niet in het geding zijn betrokken(50). Dat is inderdaad een verschil met een toetsing van wetgeving achteraf, waarbij een schadevergoeding wordt toegekend: door toekenning van een schadevergoeding ten laste van de Staat wordt de rechtspositie van derden niet geschaad. De Staat benadrukt dat dit bezwaar niet slechts theoretisch van aard is: zoals de Hoge Raad heeft gemerkt, verzetten agrarische bedrijven zich in rechte tegen de voorgenomen maatregelen ter implementatie van de

Nitraatrichtlijn(51). Wanneer de ene partij in rechte eist dat een bepaalde wet wordt ingevoerd en een andere partij eist dat de invoering van diezelfde wet wordt uit- of afgesteld, dreigt de rechter terecht te komen in een afweging van de belangen van velen. Voor die afweging is nu juist de (formele) wetgever in het leven geroepen, aldus het verweer van de Staat.

2.30. Dat de belangen van derden kunnen worden geraakt als gevolg van de zgn. verticale werking van Europese richtlijnen tegen de overheid is onvermijdelijk: zie alinea 2.6 hierboven. Het ingrijpen van de rechter in een lopend wetgevingsproces is ongewenst wanneer de wetgever over een margin of appreciation beschikt; het is bezwaarlijk wanneer - zoals hier - tussen uiteenlopende groepen van belanghebbenden verschil van mening bestaat over de vraag òf de wetgever over een bepaalde margin of appreciation beschikt. Wanneer de nationale wetgever geen enkele keuzemogelijkheid heeft, kan niet worden gezegd dat derden in hun rechtspositie worden benadeeld wanneer aan de Staat wordt bevolen de richtlijn uit te voeren. Een gegrondbevinding van de klacht in cassatie - die grotendeels berust op de omstandigheid dat het hof zich in rov. 9 in zó algemene termen heeft uitgesproken dat een bevel zelfs niet toewijsbaar zou zijn in gevallen waarin de nationale wetgever geen enkele keuzemogelijkheid heeft - behoeft niet te betekenen dat de discussie of de Staat aan zijn gemeenschapsrechtelijke verplichtingen heeft voldaan voortaan wordt verplaatst naar de zittingzaal van de nationale burgerlijke rechter. Aansluiting zoekend bij de Francovich-jurisprudentie, zou de Hoge Raad kunnen beslissen dat een bevel van de burgerlijke rechter aan de Staat tot het uitvoeren van een Europese richtlijn, in gevallen waarin daartoe formele wetgeving tot stand moet worden gebracht, uitsluitend toewijsbaar is wanneer sprake is van een gekwalificeerde schending van gemeenschapsrecht of wanneer (in een inbreukprocedure) reeds door het HvJ EG is vastgesteld dat de Staat zijn verplichtingen niet nakomt.

2.31. Het valt mij op dat de maatstaf van het HvJ EG (de gequalificeerde aansprakelijkheid) gelijkenis vertoont met de maatstaf die de toenmalige president van de Haarlemse rechtbank heeft gehanteerd (zie alinea 2.22 hiervoor). Wanneer de Hoge Raad voor de tweede lijn kiest, zou deze maatstaf tot een meer algemene regel kunnen worden gemaakt(52).

2.32. De slotsom is dat rov. 9 te algemeen is geformuleerd en daarom niet in stand kan blijven. Na verwijzing zal opnieuw moeten worden onderzocht of de vordering tot het geven van een bevel voor toewijzing in aanmerking komt.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

1 Vgl. rov. 1 van het bestreden arrest in verbinding met rov. 1 van het vonnis in eerste aanleg.

2 Richtlijn 91/676 van de Raad, Pb EG nr. L 375/1. Zie art. 12 voor de implementatietermijn.

3 Zaaknr. C-322/00. De zaak staat thans voor conclusie van de A-G bij het HvJ EG. De uitspraak van het HvJ EG wordt eerst in de loop van 2003 verwacht. In een verwante procedure tegen Duitsland (C-161/00) heeft het HvJ EG op 14 maart 2002 uitspraak gedaan.

4 De eiseressen onder 1 en 2 hebben de behartiging van milieubelangen tot doel. Eiseres onder 3 heeft de behartiging van consumentenbelangen tot doel (volgens de inleidende dagvaarding is het haar te doen om de kosten van drinkwaterzuivering). De eisers onder 4 - 6 zijn bezitters van particuliere waterputten.

5 De vordering was mede gebaseerd op andere grondslagen dan de Nitraatrichtlijn. Deze andere grondslagen zijn verworpen in rov. 12 van het bestreden arrest en spelen in cassatie geen rol.

6 Eutrofiëring wordt in de Nitraatrichtlijn omschreven als: een verrijking van het water door stikstofverbindingen, die leidt tot een versnelde groei van algen en hogere plantaardige levensvormen met als gevolg een ongewenste verstoring van het evenwicht tussen de verschillende in het water aanwezige organismen en een verslechtering van de waterkwaliteit.

7 Het hof heeft in dit verband vastgesteld dat per 1 januari 2001 wijzigingen van de Meststoffenwet in werking zijn getreden waarbij het stikstofbeleid is aangescherpt en dat een verdere aanscherping in voorbereiding is. Met dit laatste doelt het hof kennelijk op het wetsvoorstel, dat heeft geleid tot de wet van 28 juni 2001, Stb. 312 (aanscherping verliesnormen voor 2002 en 2003 in art. 19 Meststoffenwet).

8 Gepubliceerd in Jur. Milieurecht 2000, 4 m.nt. C. Lambers; Milieu & Recht-katern 2000 nr. 24 m.nt. Jans en Verschuuren.

9 Art. 3 lid 1 jo. Bijlage I onder A van de Nitraatrichtlijn.

10 Art. 5 lid 1 van de Nitraatrichtlijn.

11 Art. 5 lid 4 jo. Bijlage III onder 2 van de Nitraatrichtlijn. Zie voor een overzicht van de problemen m.b.t. de uitvoering van de Nitraatrichtlijn: H.F.M.W. van Rijswick, De kwaliteit van water, diss. 2001, blz. 267-286. Zie voorts: Y. Hofhuis en J.H. Jans, Afwijken van de Nitraatrichtlijn?, M&R 1996, blz. 76-79; G.J.M. de Jager, Wet herstructurering varkenshouderij Europeesrechtelijk gezien, Agr. R. 1999, blz. 60-78.

12 M&R katern 2001 nr. 95 m.nt. Jans en De Jong.

13 Mogelijk houdt dit verband met de uitvoerbaarverklaring bij voorraad in het vonnis van de rechtbank. In het per 1 januari 2002 gewijzigde WvBRv is voor het ongedaan maken van een uitvoerbaarverklaring bij voorraad een bepaling getroffen in art. 351. In de annotatie in M&R 2001, 95, en in de raio-congresbundel "Magistraten zonder grenzen", 2002, blz. 47-48, door M. Fierstra, wordt de beslissing tot aanhouding gekritiseerd. Nu deze tussenbeslissing in cassatie niet ter discussie staat, onthoud ik mij van commentaar.

14 O.m.: HvJ EG 23 mei 1985 (29/84), Jur. 1985 blz. 1667 (rov. 23); HvJ EG 9 april 1987 (363/85), Jur. 1987 blz. 1733 (rov. 7); HvJ EG 8 oktober 1996, Jur. 1996, blz. I-4845, NJ 1997, 493 (rov. 48). Zie over implementatie in het algemeen: R. Barents en L.J. Brinkhorst, Grondlijnen van Europees recht, 2001, blz. 167-168; Kapteyn/VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, 1995, blz. 202-206 en blz. 322-327; R.H. Lauwaars en C.W.A. Timmermans, Europees recht in kort bestek, 1999, blz. 105-109; F.H. van der Burg, Europees gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde (1998), hoofdstukken 2 en 4; J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht (2002) blz. 32-39; L.A. Geelhoed en H. Hijmans, De rechter en gebreken in de implementatie van gemeenschapsrecht, raiocongresbundel "Magistraten zonder grenzen", 2002, blz. 17-37; B.M. Veltkamp, Implementatie van EG-milieurichtlijnen in Nederland, diss. 1998, hoofdstuk 3.

15 Zie de s.t. namens de Staat onder 4.4 en 4.5; cassatiereplik namens Waterpakt c.s. onder 9. Art. 61 Meststoffenwet, dat voor bepaalde gevallen vereenvoudigde implementatie bij ministeriële regeling toestaat, biedt hier blijkbaar geen soelaas.

16 Een voorbeeld m.b.t. milieubescherming: HvJ EG 4 juli 2000, NJ 2000, 731.

17 HvJ EG 14 juli 1994, Jur. 1994 blz. I-3325, NJ 1995, 321, rov. 26. In gelijke zin reeds het arrest inzake Van Gend & Loos (HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26/62): "dat immers de omstandigheid, dat het verdrag bij bovengenoemde bepalingen de commissie en de lidstaten het recht geeft om een staat, welke zijn verplichtingen niet is nagekomen, voor het hof te dagen, geenszins meebrengt dat particulieren in voorkomende gevallen deze zelfde verplichtingen niet voor de nationale rechter zouden kunnen inroepen (...)".

18 M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, diss. 2001.

19 HvJ EG 8 oktober 1987, Jur. 1987 p. I-3969, NJ 1988, 1029.

20 HvJ 16 september 1999, Jur. 1999, blz. I-5613, AB 2000, 39 m.nt. ChB; ABRS 31 maart 2000, AB 2000, 302 m.nt. ChB. Zie, met verdere verwijzingen, over dit onderwerp: Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, 2002, blz. 111-117; H.F.M.W. van Rijswick, De kwaliteit van water, diss. 2001, blz. 32-35.

21 Zie achtereenvolgens: HvJ EG 19 november 1991 (Francovich), Jur. 1991 blz. I-5357, NJ 1994, 2; HvJ EG 5 maart 1996 (Brasserie du pêcheur en Factortame), Jur. 1996 blz. I-1029, NJ 1997, 145; HvJ EG 26 maart 1996 (British Telecommunications), Jur. 1996 blz. I-1631, NJ 1997, 146; HvJ EG 23 mei 1996 (Hedley Lomas), Jur. 1996 blz. I-2553, NJ 1997, 228; HvJ 8 oktober 1996 (Dillenkofer), Jur. 1996 blz. I-4845, NJ 1997, 493; HvJ EG 17 oktober 1996 (Denkavit), Jur. 1996 blz. I-5063; HvJ EG 4 juli 2000 (Haim), NJ 2000, 732. Zie, naast de reeds genoemde literatuur: L.A.D. Keus, De post-Francovich-arresten en het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht, A&V 1997/1.

22 Zie rov. 38 van HvJ EG 4 juli 2000, NJ 2000, 732. De twee andere eisen voor aansprakelijkheid zijn: dat de geschonden regel van gemeenschapsrecht ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen en dat een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schending en de schade die de particuliere eiser heeft geleden. Wanneer een lidstaat geheel in gebreke blijft enige maatregel te nemen ter uitvoering van de richtlijn, geldt dit als een gekwalificeerde schending: zie rov. 27 en 28 van het genoemde arrest inzake Dillenkofer.

23 Zie rov. 66 van het arrest van 5 maart 1996.

24 Het ging in die zaak om het gelasten van voorlopige maatregelen door de nationale rechter.

25 F.H. van der Burg, Europees gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde, 1998, blz. 79-80.

26 Het toetsingsverbod maakt geen verschil tussen de vraag of de inhoud van de wet in overeenstemming is met de Grondwet en de vraag of bij de totstandkoming van de wet de door de Grondwet voorgeschreven procedure in acht is genomen: HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 m.nt. DJV; HR 19 november 1999, NJ 2000, 160 m.nt. TK.

27 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS (Harmonisatiewet), herhaald in HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB en HR 16 november 2001, RvdW 2001, 183. Uit eerstgenoemd arrest volgt dat ook toetsing aan het Statuut van het Koninkrijk uitgesloten is.

28 Kamerstukken II 2001/02, 28 331 nr. 2 (initiatiefwetvoorstel Halsema); Kamerstukken II 2001/02, 28 355 (kabinetsnotitie). Zie ook: L. Prakke, T. Koopmans en J.M. Barendrecht, Toetsing, preadviezen NJV 1992; M.L.P. van Houten, Meer zicht op wetgeving, diss. 1997. Ik breng in herinnering dat de Hoge Raad en de P.-G. op 31 oktober 1991 (nr. 96) en 11 november 1997 (nr. 110) aan de regering advies hebben uitgebracht over het toetsingsrecht; in hoofdstuk III van het advies van 1991 worden de diverse mogelijkheden besproken die de rechter ter beschikking staan wanneer hij van oordeel is dat een bepaalde regel in strijd is met een regel van hogere rang.

29 O.m.: HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. MS (landbouwvliegers).

30 Art. 8:2 Awb, dat beroep uitsluit tegen een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift, zou aanvankelijk na vijf jaar vervallen. Bij wet van 24 december 1998, Stb. 738, is deze bepaling toch behouden. Blijkens de MvT (Kamerstukken II 1997/98, 26 077, nr. 3, blz. 2) is de reden: dat rechter en bestuur zich v.w.b. de toepassing van de Awb nog in een gewenningsfase bevinden; dat invoering van een dergelijke beroepsmogelijkheid enige procesrechtelijke voorzieningen vergt; tenslotte wordt verwezen naar de lopende discussie over onnodige juridisering in het openbaar bestuur (zie voor dit laatste: Kamerstukken II 1998/99, 26 360, nr. 1).

31 Als voorbeeld wordt dikwijls genoemd: HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230 m.nt. G.

32 S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000 blz. 747 e.v.

33 Vgl. HR 1 juli 1983, RvdW 1983, 131 (Staat/KNB) en HR 11 december 1987, NJ 1990, 73 m.nt. WHH en MS. Scheltema attendeert erop dat de burgerlijke rechter niet de bevoegdheid heeft om een algemeen verbindend voorschrift te schorsen of te vernietigen. Zie voor een recent voorbeeld van een buitenwerkingstelling: HR 17 september 1999, NJ 1999, 736.

34 P.J.J. van Buuren en J.E.M. Polak, De rechter en onrechtmatige wetgeving, preadviezen NJV 1987 (zie ook: J.E.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter, diss. 1999); J.A.E. van der Does en G. Snijders, Overheidsprivaatrecht (2001) blz. 80-83; H.D. van Wijk, Hoofdstukken van bestuursrecht, bew. door W. Konijnenbelt en R.M. van Male (1999) blz.

752-759; Asser-Hartkamp 4-III, nrs. 290g-290i; R.M. van Male, Gevolgen van onrechtmatige regelgeving in Nederland, preadvies Ver. voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1995; A.J. Bok, Rechterlijke toetsing van regelgeving, diss. 1991, hoofdstuk 3.

35 Vgl. Van der Does en Snijders, a.w. 2001, blz. 83; A.J. Bok, diss. blz. 131; Rb. Utrecht 25 oktober 1995, JB 1995, 305 m.nt. Lefevere; Rb. Amsterdam 11 september 1996, JB 1996, 237.

36 Vgl. G. Betlem, RegelMaat 1996, blz. 138; L.A.D. Keus, A&V 1997/1, onder punt 7; C.T. Dekker, SEW 1991, blz. 789.

37 Enkele jaren later is een vordering van die strekking afgewezen door het hof te 's-Gravenhage, 27 september 1990, NJ 1991, 584.

38 Hand. NJV 1987-I blz. 170. In gelijke zin: J.E.M. Polak, Gelijke behandeling en onrechtmatige wetgeving, NJB 1988, blz. 600 e.v., i.h.b. blz. 603 punt 7.

39 Hand. NJV 1987-II, achtereenvolgens: blz. 29-31; blz. 53 en blz. 60-61.

40 R.M. van Male, preadvies 1995, blz. 44, acht een rechterlijk bevel tot vaststelling van een regeling mogelijk, mits "de regelgevende bevoegdheid procedureel en materieel door voor rechterlijke toepassing vatbare rechtsnormen is bepaald".

41 Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 1985, NJ 1985, 262.

42 Hof 's-Gravenhage 13 maart 1985, NJ 1985, 263, AB 1985, 253 m.nt. FHvdB.

43 Pres. Rb. Haarlem 10 oktober 1985, AB 1986, 176 m.nt. FHvdB; Regelmaat 1986, blz. 76 m.nt. J.M.F.H. Teunissen.

44 S.K. Martens, NJB 2000, blz. 751; J.M. Barendrecht, preadvies NJV 1992, blz. 90 en blz. 108-116.

45 Vanuit eenzelfde gedachte als ten grondslag lag aan HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510 m.nt. EAAL en EAA: wel de bevoegdheid een wettelijk voorschrift buiten toepassing te laten, maar niet de bevoegdheid om een niet bij de wet voorziene en in het wettelijk systeem niet passende voogdijregeling te treffen.

46 Vgl. par. 7 van het in noot 28 aangehaalde advies van 11 november 1997: "dat toetsing van de formele wet in de praktijk moeilijk anders kan geschieden dan in de vorm van een samenspel tussen wetgever en rechter, waarbij de taak van de laatste onontbeerlijk is omdat de aard van de materie meebrengt dat ten tijde van de totstandkoming van de wet zelden volledig kan worden overzien op welke punten die wet in de toekomst mogelijk met een grondrecht in botsing zal komen."

47 S.t. namens de Staat onder 4.24.

48 Vgl. A.J. Bok, diss. 1991, blz. 176.

49 Parl. Gesch. Boek 6, blz. 671.

50 S.t. namens de Staat blz. 14-15.

51 Zie HR 16 november 2001, RvdW 2001, 183, en HR 14 juni 2002, RvdW 2002, 99.

52 Tot deze uitkomst kwam ook A.J. Bok, diss. 1991, blz. 177.

□

Mål nr
7682-2000

meddelad i Stockholm den 20 december 2002

KLAGANDE OCH MOTPART

Statens folkhälsoinstitut (tidigare Alkoholinspektionen)
103 52 Stockholm

MOTPART OCH KLAGANDE

Axfood Private Label AB (tidigare Dagab Unil AB), 556055-0674

Ombud

Advokaten Per Löfqvist, Advokatbyrån Translaw AB, Box 7729
103 95 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrättens i Stockholm dom den 14 november 2000 i mål
nr 8587-1998 (bilaga)

SAKEN

Återbetalning av erlagda avgifter enligt alkohollagen och alkoholförordningen

BAKGRUND

Den 1 januari 1995 trädde alkohollagen (1994:1738) i kraft. Lagen innebar bl.a. att de monopol som tidigare funnits i fråga om import, export, tillverkning och partihandel avseende alkoholdrycker avskaffades och ersattes med ett tillståndssystem. Det nya systemet var avsett att utgöra en anpassning till krav som ställdes på Sverige vid inträdet i Europeiska unionen. Uppgiften att besluta om tillstånd och att uppbära föreskrivna ansöknings- och tillsynsavgifter anförtroddes åt den nyinrättade statliga myndigheten Alkoholinspektionen.

Enligt 7 kap. 1 § första stycket alkohollagen (i dess lydelse före den 1 januari 2000) fick partihandelstillstånd endast meddelas den som visade att han med hänsyn till sina personliga och ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt var lämplig att utöva verksamheten. Vidare ställdes krav på sökanden avseende lagringsmöjligheter, laglydighet och benägenhet att fullgöra skyldigheter mot det allmänna.

I 7 kap. 4 § alkohollagen föreskrevs att den som sökte ett tillstånd skulle erlägga en ansökningsavgift och, om tillstånd erhöles, årliga tillsynsavgifter, vilka närmare reglerades i alkoholförordningen.

Den 1 januari 2000 upphävdes systemet med partihandelstillstånd och ersattes med ett system innebärande att partihandel med spritdrycker, vin och starköl endast får bedrivas av den som godkänts som upplagshavare eller registrerats som varumottagare för respektive vara enligt 9 eller 12 § lagen (1994:1564) om alkoholskatt. Det innebar bl.a. att Alkoholinspektionens uppgift att behandla ansökningar om partihandelstillstånd och dess omedelbara tillsyn över partihandeln upphörde samt därmed att ansöknings- eller tillsynsavgifter inte längre skulle tas ut. Alkoholinspektionens uppgifter har övertagits av Statens folkhälsoinstitut.

DAGAB Unil AB, numera Afood Private Label AB (bolaget), innehade partihandelstillstånd och betalade dels en ansökningsavgift, dels tillsynsavgifter för åren 1995-1997.

Den 23 oktober 1997 meddelade EG-domstolen på begäran av Landskrona tingsrätt förhandsavgörande i mål C-189/95, Franzén, REG s. I-5909 (Franzéndomen). Målet gällde i första hand frågan huruvida det svenska statliga detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker var förenligt med EG-fördragets regler. EG-domstolen uttalade emellertid även att artiklarna 30 och 36 i EG-fördraget (numera artiklarna 28 och 30) utgjorde hinder för nationella bestämmelser varigenom rätten att importera alkoholdrycker är förbehållen aktörer med tillverknings- eller partihandelstillstånd på sådana villkor som föreskrevs i den svenska lagstiftningen.

Genom förordningen (1997:755) om ändring i alkoholförordningen (1994:2046) skedde en betydande sänkning av ansökningsavgifterna och tillsynsavgifterna minskades med ca 30 procent. De nya bestämmelserna skulle tillämpas från och med den 23 oktober 1997.

Bolaget begärde att Alkoholinspektionen skulle återbetala de avgifter som bolaget hade erlagt. Alkoholinspektionen avslag framställningen i beslut den 6 april 1998. Bolaget överklagade beslutet hos Länsrätten i Stockholms län. Länsrätten biföll i dom den 4 november 1998 överklagandet på så sätt att Alkoholinspektionen ålades att återbetala skillnaden mellan erlagda avgifter och vad som skulle ha erlagts med tillämpning av 1997 års ändring i alkoholförordningen. Såväl Alkoholinspektionen som bolaget överklagade länsrättens dom hos Kammarrätten i Stockholm. Kammarrätten fann i dom den 14 november 2000 att de aktuella avgifterna i sin helhet uttagits i strid med gemenskapsrätten och därför skulle återbetalas till bolaget.

YRKANDEN M.M.

Statens folkhälsoinstitut yrkar i första hand att Regeringsrätten undanröjer kammarrättens dom och fastställer Alkoholinspektionens beslut den 6 april 1998, innebärande att ingen del av ansöknings- eller tillsynsavgifterna återbetalas. I andra hand yrkar Statens folkhälsoinstitut att Regeringsrätten

fastställer länsrättens dom, dvs. att endast skillnaden mellan erlagda avgifter och vad som skulle ha erlagts om alkoholförordningen redan från början hade haft den lydelse som den erhöll i oktober 1997 återbetalas.

Till stöd för sin talan anför Statens folkhälsoinstitut sammanfattningsvis följande. EG-domstolens uttalanden i Franzéndomen om det svenska partihandelssystemet innebär att domstolen accepterade det svenska systemet som sådant men inte på alla de villkor som gällde. Vad som är huvudinvändningen i domstolens argumentation mot villkoren går inte att få fram. Domstolen har gett ett antal exempel. Vid granskning av dessa kan det pekats på att det aldrig ställts krav på lagringskapacitet som ett villkor för tillstånd. Det finns heller inget krav i alkohollagen på speciella ekonomiska förutsättningar för att driva partihandel. Krav på branschkunskap har aldrig ställts på en sökande. Däremot finns ett krav på kunskap om alkohollagens regler för den tilltänkta verksamheten. Ytterligare en punkt som domstolen tar upp som exempel på villkor är kostnader "i samband med betalning av skatter". Inte heller detta är en förutsättning för tillstånd. Det är omöjligt att förutse vilken slutsats domstolen kommit fram till om den haft fullständig information om de svenska förhållandena. Det fanns inte något diskriminerande i villkoren eller avgifterna. Avgifterna har inneburit kostnader för företagen. Ansökningsavgiften har alltid tagits ut i form av en fast avgift. Denna avgift kan betraktas som en investeringskostnad för företagen. Kostnaderna var beräknade för att motsvara den omfattande kontroll av såväl företagen som ledande personer i dessa som Alkoholinspektionen ålagts att utföra. År 1997 övergavs målet med kostnadstäckning för ansökningsavgiften. Samtidigt förenklades ansökningsförfarandet. Kostnaderna för tillsynsavgifterna har utfallit olika för företagen. En anpassning av tillsynsavgifterna har skett två gånger efter 1995. Tillsynsavgifter tas ut vid en mängd tillfällen där alkoholdryckerna respektive spriten inte passerar en gräns. Avgifter som eventuellt importhinder vid införsel av alkoholdrycker gäller därför bara i den omfattning alkoholdrycker förs in i landet och säljs här. Det föreligger sådana skäl att göra undantag från artikel 30 för att skydda människors hälsa som anges i artikel 36. Slutsatsen är att alkoholförordningen kan tillämpas fullt ut. Ändringarna i alkohollagen den 1 januari 2000 har inte inneburit någon principiell ändring. Sammanfattningsvis föreligger det alkoholpolitiska skäl för ett tillstånds- och kontrollförfarande som en åtgärd för att skydda folkhälsan även efter ändringen i lagen. Villkoren är proportionella i förhållande till skyddsintresset enligt artikel 36. Justitiekanslern har i beslut den 29 januari 1998 angående anspråk som riktats mot staten och som grundas på överträdelse av gemenskapsrätten uttalat att framställningar om återbetalning av ansöknings- och tillsynsavgift i första hand skall prövas enligt svensk rätt. Det finns således inte någon grund för återbetalning enligt gemenskapsrätten och inte heller enligt alkoholförordningen, eftersom 21 § i förordningen inte är tillämplig i detta fall, jfr RÅ 1999 ref. 10.

Såvitt gäller andrahandsyrkandet har Statens folkhälsoinstitut särskilt framhållit bl.a. följande. Flera förändringar av förutsättningarna för att bli partihandlare genomfördes efter Franzéndomen. För det första bygger domen på delvis felaktiga förutsättningar. För det andra sänktes genom en förordningsändring den 28 oktober 1997 såväl ansöknings- som tillsynsavgifterna i alkoholförordningen som en direkt följd av Franzéndomen. Vidare förenklades ansökningsförfarandet på så sätt att intyg avseende det sökande bolagets ekonomi inte längre skulle krävas in. Inte heller skulle krav ställas på företagets lokaler. Likaså ändrades föreskrifter och allmänna råd om distribution och lagring av spritdrycker, vin och starköl så att det ställdes lägre krav i dessa hänseenden. Den kritik som framfördes mot kravet på själva lagringskapaciteten i domen är som tidigare framhållits obefogad eftersom det inte fanns något krav i alkohollagen på att partihandlare måste ha lagringsutrymme i Sverige. De förenklingar som gjordes medförde lättnader för samtliga som sökte partihandelstillstånd. I en formell underrättelse i maj 1998 till svenska regeringen framförde kommissionen inte en sådan kritik mot det svenska partihandelssystemet som kunde uppfattas så att kommissionen ansåg att det svenska systemet stred mot gemenskapsrätten. Kommissionen hade genom att ta fel på ett decimalkomma, vilket innebar att avgifterna tiodubblades, totalt missuppfattat storleken på tillsynsavgifterna, något som troligen var grunden för påpekandet att tillsynsavgifterna var för höga. Kammarrätten har i domskälen gjort den tolkningen av gemenskapsrätten att de förändringar som vidtagits från svensk sida inte varit tillräckliga för att importhinder inte längre skulle föreligga. Kammarrätten har inte utrett frågan om gemenskapsrättens tillämpning i det aktuella fallet

och inte vägt in de förändringar som gjorts efter domen. Villkoren i alkohollagen strider åtminstone efter ändringarna i föreskrifterna och förordningen i lägre grad mot artikel 30 och kan accepteras med hänvisning till artikel 36 och utgör därmed inte ett förbjudet importhinder.

Statens folkhälsoinstitut har vidare, för det fall att Regeringsrätten skulle finna att ifrågavarande avgifter strider mot gemenskapsrätten, bestritt återbetalningsskyldighet på den grunden att avgiften övervältrats på annat rättssubjekt och att en återbetalning därför skulle innebära en obehörig vinst för bolaget. Till stöd för sin talan i den delen har institutet anfört bl.a. följande. Generellt kan sägas att övervältring av kostnader på andra rättssubjekt är en självklar och naturlig del av kommersiell näringsverksamhet. Det är inte möjligt att i detalj och med exakthet i varje enskilt fall bevisa att en övervältring av aktuella kostnader faktiskt har skett. För ett företag av bolagets storlek har tillsynsavgiften utgjort en mycket liten del av de totala kostnaderna vid hantering av alkoholdrycker. Därför har påslaget på priset varit obetydligt i förhållande till de pristillägg som berodde på andra och väsentligt större kostnader som uppkommit i samband med rörelsens bedrivande. Eftersom det slutliga priset på bolagets varor knappast kan ha blivit nämnvärt högre efter det att ifrågavarande kostnader övervältrats på köparna, bör inte heller företagets ekonomiska resultat i någon nämnvärd grad ha påverkats av en sådan övervältring. Det finns inte några skäl till att övervältring inte har skett. Avgifterna skall därför inte betalas tillbaka även om avgiftssystemet till någon del skulle anses strida mot gemenskapsrätten.

Bolaget bestrider bifall till Statens folkhälsoinstituts talan och anför sammanfattningsvis följande. Både länsrätten och kammarrätten har korrekt uppfattat gemenskapsrättens supremati. EG-domstolen har i Franzédomen angett att artiklarna 30 och 36 i EG-fördraget utgör hinder för nationella bestämmelser, varigenom rätten att importera alkoholdrycker är förbehållen aktörer med tillverknings- eller partihandelstillstånd på sådana villkor som föreskrivs i den svenska lagstiftningen. Då denna bedömning har retroaktiv verkan medför det att alkohollagens och alkoholförordningens regler om tillverknings- och partihandelstillstånd antingen har varit en nullitet eller funnits men inte fått tillämpas från lagens tillkomst. Statens folkhälsoinstituts gjorda avgiftsuttag för tillverknings- och partihandelstillstånd bygger på alkohollagen och alkoholförordningen och saknar därför rättslig grund.

Bolaget yrkar för egen del att Regeringsrätten skall bifalla dess tidigare framställda yrkanden om ränta och ersättning för rättegångskostnader. Om Regeringsrätten skulle finna att det ursprungliga delyrkandet om dröjsmålsränta enligt räntelagen (1975:635) innehåller en skadeståndsdel, yrkar bolaget i andra hand fortsatt avkastningsränta enligt räntelagen från den 17 november 1997 till dess kapitalbeloppet erlagts. Bolaget yrkar även ersättning för kostnader i målet hos Regeringsrätten med 281 373 kr.

Till stöd för sin talan anför bolaget sammanfattningsvis följande. Att staten inte skulle betala ränta (avkastningsränta eller annan sådan ränta) då staten på felaktig grund berövat medborgare rådighet över och avkastning av sin egendom är ett brott mot en allmänt accepterad grundsats. I alla sammanhang, där någon skall restitueras en prestation (enskild eller företag), ingår ränta som en del av restitutionsförpliktelsen. Att inte utdöma ränta är att medge statens rätt till konfiskation. Dröjsmålsränteyrkandet sammanhänger med Statens folkhälsoinstituts ovilja att reglera återbetalningen. – Lagen (1989:479) om ersättning för kostnader i ärenden och mål om skatt m.m. ger en skattskyldig rätt att under vissa förutsättningar få ersättning för kostnader som han ådragit sig för att ta till vara sin rätt i en tvist om skatter, tullar eller avgifter. I förevarande mål torde det vara ostridigt att bolaget av objektiva skäl haft behov av att anlita sakkunnig hjälp. Målet är komplicerat och kräver framförallt sakkunskap i gemenskapsrätt och om EG-domstolens praxis. Avgörande för frågan om eventuella begränsningar avseende möjligheten att få ersättning för kostnader ligger till väsentlig del i ärendets svårighetsgrad. Inget talar för att lagstiftaren har menat att utestänga i övrigt rättmätiga ersättningsanspråk enbart av det skälet att omtvistat lagrum inte omnämns i grunderna till lagen (1978:880) om betalningssäkring för skatter, tullar och avgifter. Sistnämnda lag är avsedd att vara en bred lag inom uppbördsområdet. Dess ålder har medfört att nyare lagstiftning inte finns upptagen i den och inte heller i annan refererad lagstiftning. Därför måste den uppfattas i första hand som en exemplifiering på det breda område som lagstiftaren avsett att täcka in.

Statens folkhälsoinstitut bestrider bifall till bolagets talan och anför sammanfattningsvis följande. Enligt 1 § räntelagen är lagen enbart tillämplig på penningfordran inom förmögenhetsrätten. Den är således inte tillämplig i detta fall. Även JK har uttalat att ränta inte kan utgå vid återbetalning av sådana utgifter som nu är ifråga. – Tillsynsavgifterna enligt alkohollagen kan inte betalningssäkras. Den uppräkningslag som fanns i lagen (1971:1072) om förmånsberättigade skattefordringar m.m. har mer karaktären av skattelagar än alkohollagstiftningen vars avgifter kommit till för att täcka kostnaderna för ansökningsförfarandet och tillsynen. Det är därför konsekvent att lagen om ersättning för kostnader i ärenden och mål om skatt m.m. är tillämplig i ärenden om alkoholskatt men inte i det ärende som nu är aktuellt.

SKÄLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt artikel 28 i EG-fördraget (tidigare artikel 30) är kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan förbjudna mellan medlemsstaterna.

I artikel 30 i EG-fördraget (tidigare artikel 36) föreskrivs, såvitt nu är av intresse, att bestämmelserna i artikel 28 inte skall hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import som grundas på hänsyn till intresset att skydda människors hälsa och liv. Sådana förbud och restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

I Franzédomen konstaterade EG-domstolen att det svenska tillståndssystemet avseende tillverknings- och partihandelstillstånd utgjorde ett hinder för import av alkoholdrycker från övriga medlemsstater. Skälet härtill angavs vara att dessa drycker fördrades genom bl.a. kostnader för mellanhänder och kostnader i samband med betalning av de avgifter som fordrades för att tillstånd skulle beviljas eller som hade samband med skyldigheten att förfoga över lagringsutrymmen på svenskt territorium. EG-domstolen fann därför att det svenska systemet stod i strid med artikel 30 i EG-fördraget.

EG-domstolen prövade vidare om systemet ändock kunde godtas med tillämpning av undantagsregeln i artikel 36 i fördraget. Vid denna prövning fann domstolen att det angivna syftet att skydda folkhälsan otvivelaktigt var ett av de syften som kunde göra ett undantag från artikel 30 befogat. Domstolen konstaterade emellertid att den svenska regeringen inte visat vare sig att tillståndssystemet, särskilt vad avsåg villkoren rörande lagringskapacitet samt de höga avgifter som skulle erläggas av tillståndshavarna, stod i proportion till syftet att skydda folkhälsan eller att detta syfte inte kunde tillgodoses genom åtgärder som begränsade handeln i mindre utsträckning. EG-domstolen uttalade därför att artiklarna 30 och 36 i EG-fördraget utgjorde hinder för nationella bestämmelser varigenom rätten att importera alkoholdrycker förbehölls aktörer med tillverknings- eller partihandelstillstånd på sådana villkor som föreskrevs i den svenska lagstiftningen.

EG-domstolens avgörande avsåg förhållandena före den ändring som företogs i alkoholförordningen med verkan från och med den 23 oktober 1997. Ändringen innebar en betydande sänkning av framför allt ansökningsavgifterna. Det kan emellertid på goda grunder ifrågasättas, så som också regeringen gjort i proposition 1998/99:134 s. 99, om systemet med partihandelstillstånd haft någon verklig betydelse från strikt alkoholpolitisk synpunkt. Alkoholpolitiska strävanden beträffande konsumentledet tillgodoses genom regler om etablering av restauranger och systembolagsbutiker, öppettider för såväl servering som detaljhandel, åldersgränser m.m. I fråga om tidigare led i hanteringen utövar tull- och skattemyndigheter en omfattande kontroll av alkoholimporten. Det numera upphävda systemet med partihandelstillstånd kan således inte ens sedan avgifterna sänkts anses ha varit proportionellt i förhållande till syftet att skydda folkhälsan. Regeringsrätten finner det därför inte visat att 1997 års ändringar medfört att de krav som gemenskapsrätten ställer för att godta import hinder kan anses uppfyllda.

Mot nu angiven bakgrund instämmer Regeringsrätten i kammarrättens bedömning att de i målet aktuella avgifterna i sin helhet uttagits i strid med gemenskapsrätten.

Fråga uppkommer då om återbetalning av de felaktigt uttagna avgifterna.

En medlemsstat är i princip förpliktad att återbetala skatter och avgifter som uppburits i strid med gemenskapsrätten. Rätten att erhålla återbetalning utgör en konsekvens av och ett komplement till de rättigheter som tillerkänns medborgarna genom bestämmelserna i gemenskapsrätten såsom de har tolkats av EG-domstolen (se t.ex. mål 199/82, San Giorgio, svensk specialutgåva vol. VII s. 389 och målen

C-192/95 - C-218/95, Comateb m.fl., REG 1997 s. I-165). Denna rätt är inte beroende av om nationella myndigheter eller enskilda varit medvetna om att avgiftsuttaget varit oförenligt med gemenskapsrätten eller huruvida uttaget av avgifterna utgjorde ett ursäktligt fel av medlemsstatens myndigheter (mål C-188/95, Fantask m.fl., REG 1997

s. I-6783). I avsaknad av gemenskapsrättslig reglering i fråga om materiella och formella villkor för återbetalning kan en sådan endast ske med tillämpning av nationella rättsregler. De nationella bestämmelser som tillämpas får dock inte vara mindre förmånliga än de som avser liknande förfaranden enligt nationell rätt eller göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten i praktiken omöjligt eller orimligt svårt (se t.ex. målen C-10/97 - 22/97, IN.CO.GE.'90 m.fl., REG 1998 s. I-6307).

Det föreligger således en på gemenskapsrätten grundad förpliktelse att med tillämpning av nationell rätt återbetala rättsstridigt uppburna avgifter. De bestämmelser i svensk rätt som det i första hand kan komma i fråga att tillämpa är alkoholförordningens föreskrifter om återbetalning av erlagda avgifter. Dessa föreskrifter tar emellertid sikte på andra situationer än den nu uppkomna. De innebär att återbetalning skall ske om avgift kommit att betalas med för högt belopp (20 §) eller om det finns särskilda skäl (21 §). Den sist nämnda bestämmelsen kan normalt inte tillämpas på ett återkrav som grundar sig på allmängiltiga skäl och således inte anknyter till det särskilda fallet (RÅ 1999 ref. 10). Bestämmelserna måste likväl, i en situation som den förevarande, anses ge utrymme för att en återbetalning i enlighet med den gemenskaps- rättsliga förpliktelsen skall kunna komma till stånd. Återbetalning bör således ske med tillämpning av dessa regler.

Enligt EG-domstolens praxis (t.ex. mål 61/79, Amministrazione delle finanze dello stato mot Denkavit italiana, svensk specialutgåva vol. V

s. 149) kan en medlemsstat underlåta att återbetala felaktigt uppburna avgifter om det kan fastställas att en återbetalning skulle innebära att den berättigade uppbär en obehörig vinst. Statens folkhälsoinstitut har i målet hävdade att så skulle bli fallet om återbetalning sker eftersom bolaget torde ha övervältrat de aktuella avgifterna på köparna.

Det bör framhållas att EG-domstolens praxis i nu aktuellt avseende endast innebär att det från gemenskapsrättslig synpunkt kan godtas att en medlemsstat underlåter återbetalning om det kan visas att övervältring har ägt rum. Gemenskapsrätten ställer emellertid inte några krav på innehållet i nationell rätt därvidlag och fordrar således inte att det görs en prövning av om en övervältring har skett.

De regler om återbetalning i alkoholförordningen som, enligt vad som nyss sagts, skall vinna tillämpning vid en återbetalning till bolaget, innehåller inte något undantag för det fall att en avgift kommit att slutligen bäras av någon annan än den som betalat avgiften. Den invändning som Statens folkhälsoinstitut i den delen har framställt kan således inte vinna bifall.

Mot bakgrund av vad som nu sagts skall de erlagda ansöknings- och tillsynsavgifterna, som kammarrätten funnit, i sin helhet återbetalas till bolaget.

Vad slutligen gäller bolagets yrkande om ränta på det belopp som skall återbetalas, torde rätt till ersättning för skada på grund av att en offentlig myndighet handlat i strid med gemenskapsrätten

visserligen kunna medföra även rätt till ränta (mål C-271/91, Marshall, svensk specialutgåva vol. XIV s. 315). I förevarande mål är emellertid inte fråga om rätt till ersättning för liden skada utan om rätt till återbetalning av rättsstridigt uttagna avgifter. I sådant fall kan inte gemenskapsrätten anses fordra att ränta utgår (jfr mål C-66/95, Sutton, REG 1997 s. I-2163).

Inte heller återbetalningsreglerna i alkoholförordningen innehåller någon föreskrift om att ränta skall utgå på det belopp som återbetalas. De generella regler om ränta på fordringar som finns i räntelagen (1975:635) avser endast fordringar på förmögenhetsrättens område. Bolagets yrkande om ränta på återbetalade belopp kan därför, inom ramen för den prövning som Regeringsrätten har att företa, inte vinna bifall.

I fråga om bolagets yrkande om ersättning för kostnader gör Regeringsrätten samma bedömning som underinstanserna.

REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Regeringsrätten avslår överklagandena.

Regeringsrätten avslår bolagets yrkande om ersättning för kostnader i målet i Regeringsrätten.

Rune Lavin
Särskilt yttrande, se protokoll

Bengt-Åke Nilsson

Göran Schäder

Stefan Ersson

Mats Melin

Catharina Lindqvist
Föredragande regeringsrätts-
sekreterare

Avd II
Föredraget 2002-10-30