

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

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

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

TELECOMMUNICATIERECHT

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

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

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

Inleiding

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

Achtergrond

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

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

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

beroepen door het College als ingetrokken kunnen worden beschouwd in het geval het beroep van UPC niet-ontvankelijk dan wel ongegrond zal worden verklaard. Ook OPTA heeft het College schriftelijk verzocht om eerst te beslissen op het beroep van UPC en afhankelijk van een (tussen) beslissing daarop, de beroepen van de mobiele aanbieders op een latere datum te behandelen.

Het College overweegt dat de verklaringen van de aanbieders van mobiele telefonie aanleiding geven om eerst het beroep van UPC te beoordelen. Daarover stelt het College vast dat het beroep van UPC slaagt, omdat het besluit niet deugdelijk is gemotiveerd. Reden waarom OPTA een nieuw besluit dient te nemen. Echter, deze conclusie heeft ook tot gevolg dat de beroepen van de aanbieders van mobiele telefonie inhoudelijk zouden moeten worden beoordeeld. Daarbij staat, zo vervolgt het College, op voorhand niet vast of een nieuw besluit van OPTA tot een voor de aanbieders van mobiele telefonie nadelige uitkomst zou leiden. De mogelijkheid bestaat dat een besluit wordt genomen waarin de aanbieders van mobiele telefonie zouden willen berusten. Daarom komt het College tot de bijzondere beslissing dat zij het onderzoek heropent en OPTA uitnodigt om een standpunt in te dienen over een naar aanleiding van de gegrondverklaring van het beroep van UPC te nemen besluit. Indien dat besluit leidt tot een wijziging van het bestreden besluit, zullen de beroepen van alle partijen, op de voet van artikel 6:19 Algemene wet bestuursrecht, hierna 'Awb', ook worden geacht te zijn gericht tot dit nieuwe besluit.

Belang van de uitspraak

Een en ander heeft tot gevolg dat een eventueel nieuw besluit eerder zal worden beoordeeld dan dat bij een reguliere procedure het geval zou zijn geweest. Daardoor ontstaat eerder duidelijkheid over de rechtmatigheid van een eventueel nieuw besluit. Toepassing van deze procedure zorgt dan ook voor verruiming van het geschilbeslechtende vermogen van het College.

Meer algemeen wordt een dergelijke procedure ook wel aangeduid met de term 'bestuurlijke lus'. De Awb noch de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie (Wbbo) kent deze vorm van het afdoen van geschillen. Alleen in artikel 2.5a lid 2 van de Wet milieubeheer is een bestuurlijke lus opgenomen voor geschillen over emissierechten. De wetgever wil de bestuurlijke lus in meer wetten introduceren, waaronder de Awb. Daartoe is een wetsvoorstel ingediend dat in de kern overeenkomt met de constructie van het College: een voorstel van de rechter aan een bestuursorgaan om een gebrek in een besluit te herstellen, voordat een definitief oordeel over de rechtmatigheid van het besluit wordt gegeven.³ In het wetsvoorstel is opgenomen dat een dergelijk voorstel bij een tussenuitspraak kan worden gedaan.⁴

Zoals gezegd kent de Awb noch de Wbbo de bestuurlijke lus. In de uitspraak blijft de bevoegdheid tot het toepassen van de bestuurlijke lus onbesproken. Een grondslag die wij zien is artikel 8:68 Awb, op grond waarvan de rechter bevoegd is het onderzoek te heropenen. Enige voorwaarde voor die beslissing lijkt te zijn dat de rechter van mening is dat het onderzoek niet volledig is. Die heropening wordt in de literatuur ook wel aangeduid als een 'informele lus'. Met deze uitspraak loopt het College vooruit op het wetsvoorstel zoals dat momenteel aanhangig is. De toepassing van de informele lus is uit rechtseconomische overwegingen toe te juichen.

Noten

1. *CBb*, 23 juli 2008, *LJN* BD 8280.
2. *CBb*, 29 augustus 2006, *LJN* AY 7997.
3. Kamerstukken II, 2007-2008 nummer 31 352.
4. Voor meer informatie over dit wetsvoorstel wordt verwezen naar Prof. Mr. B.J. Schueller, *De lus als ontknoping van het proces, de introductie van de bestuurlijke lus in de Awb*, TBR 2008 p. 786 ev.