

## Annotatie PFA/Staat - de vraag van de sinaasappel en de schil

Mr. J.J. van Haersolte-van Hof

**W**anneer is een zaak een 'burgerlijke' of 'handelszaak' in de zin van het EEX-Verdrag en valt derhalve buiten de reikwijdte van het Verdrag? Dat blijft ook na deze uitspraak een heikel punt. Recente jurisprudentie van het Hof laat bovendien zien dat de standpunten van lidstaten een zekere mate van opportunisme vertonen.

*Hof van Justitie 15 mei 2003, Zaak C-266/01, Préservatrice foncière TIARD SA tegen de Staat der Nederlanden.*<sup>1</sup>

### Feiten

Deze procedure betreft een door de Franse verzekeraar Préservatrice foncière TIARD SA ('PFA') afgegeven borgtochtovereenkomst waarbij PFA zich heeft verbonden om de douanerechten te betalen waarvoor de Nederlandse vervoerdersorganisaties die door de Nederlandse Staat zijn gemachtigd om carnets TIR af te geven, zich garant moeten stellen. Carnets TIR zijn documenten die goederen begeleiden welke onder de TIR-overeenkomst (de Douaneovereenkomst inzake het internationale vervoer van goederen onder dekking van carnets TIR, 14 november 1975<sup>2</sup>) worden vervoerd, zodanig dat de goederen op de douanekantoren van doorgang niet worden onderworpen aan betaling of consignatie van rechten en heffingen terzake van in- of uitvoer. Op deze manier worden goederen in feite maar eenmaal echt in- en uitgevoerd, bij betreden respectievelijk verlaten van het TIR-gebied.

De TIR-overeenkomst bepaalt dat het vervoer dient plaats te vinden onder garantie van organisaties die daartoe door de overeenkomstsluitende partijen zijn erkend. Bovendien bepaalt de TIR-overeenkomst dat partijen aan organisaties de bevoegdheid verlenen om hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van soortgelijke organisaties carnets TIR af te geven, alsmede om zich garant te stellen.

Wanneer een onregelmatigheid bij het TIR-vervoer is vastgesteld, in het bijzonder bij niet-zuivering van het carnet TIR, worden rechten en heffingen terzake van in- of uitvoer verschuldigd. De houder van het carnet TIR, in beginsel de vervoerder, is deze rechten en heffingen rechtstreeks verschuldigd. Bij niet-betaling ervan is de nationale organisatie die zich garant heeft gesteld zowel hoofdelijk als gezamenlijk gehouden tot betaling.

De onderhavige procedure betreft een beschikking waarmee de Nederlandse Staatssecretaris van Financiën drie Nederlandse vervoerdersorganisaties de bevoegdheid heeft verleend om carnets TIR af te geven. Deze beschikking bepaalt dat de vervoerdersorganisaties zich verbinden rechten en heffingen te voldoen welke de hou-

ders van carnets TIR verschuldigd zijn en dat zij daarvoor hoofdelijk aansprakelijk worden. Bovendien bepaalt de beschikking dat de Nederlandse organisaties ter nakoming van hun verplichtingen zekerheid moeten stellen. Deze zekerheid is door PFA gesteld door middel van diverse akten die bepalen dat zij zich jegens de Nederlandse Staat als borg en hoofdelijk medeschuldenaar verbonden heeft om de rechten en heffingen als eigen schuld te betalen.

De Nederlandse Staat heeft PFA gedagvaard tot betaling van een bedrag van ruim 41 miljoen gulden. PFA heeft een beroep gedaan op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter omdat het geding binnen het toepassingsgebied van het EEX-Verdrag viel en de bevoegde instantie volgens de bepalingen van dit Verdrag moest worden vastgesteld (en derhalve tot bevoegdheid van de Franse rechter zou leiden). De Rechtbank Rotterdam en in hoger beroep het Hof Den Haag hebben de exceptie van onbevoegdheid verworpen. Het Hof heeft geoordeeld dat de Nederlandse Staat door de vervoerdersorganisaties de bevoegdheid te verlenen carnets TIR af te geven onder voorbehoud van aanvaarding van de garantie, in het kader van de publiekrechtelijke bevoegdheid heeft gehandeld en dat de sluiting van de borgtochtovereenkomsten tussen PFA en de Staat in het verlengde van deze bevoegdheid lag. Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat de door PFA te betalen schulden douaneschulden vormden.

De Hoge Raad heeft vervolgens twee prejudiciële vragen gesteld, te weten of een vordering van de Staat op grond van de privaatrechtelijke borgtochtovereenkomst welke hij heeft gesloten ter vervulling van een voorwaarde door hem op grond van de TIR-overeenkomst en derhalve krachtens overheidsbevoegdheid gesteld, te beschouwen is als een burgerlijke of handelszaak in de zin van artikel 1 EEX-Verdrag. Ten tweede vroeg de Hoge Raad of een geding door de Staat aangespannen en dat een privaatrechtelijke borgtochtovereenkomst tot inzet heeft, moet worden beschouwd als een douanezaak in de zin van artikel 1 EEX-Verdrag op de grond dat door de gedaagde verweren kunnen worden gevoerd die nopen tot een onderzoek naar en tot een oordeel over het bestaan en de inhoud van douaneschulden waarop deze overeenkomst betrekking heeft.

<sup>1</sup> Schrijver dezes is als advocaat voor PFA in de twee feitelijke instanties betrokken geweest.

<sup>2</sup> Nederland is partij bij deze overeenkomst. De overeenkomst werd tevens namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij verordening (EEG) nr. 2112/78 van de Raad van 25 juli 1978 (*Pb.* L 252, p. 1).

## Uitspraak

Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie stelt het Hof voorop dat het begrip burgerlijke en handelszaken een autonoom begrip is. Bepaalde rechterlijke beslissingen kunnen buiten het toepassingsgebied van het Verdrag vallen wegens elementen die kenmerkend zijn voor de aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen of van het voorwerp van het geschil.<sup>3</sup> Zo is het Verdrag niet van toepassing op beslissingen in geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid handelt. Het is derhalve noodzakelijk vast te stellen welke de rechtsbetrekking is tussen partijen bij het geschil en de grondslag en wijze van instellen van de vordering te onderzoeken.

Het Hof merkt op dat in casu PFA zich niet alleen als borg heeft verbonden maar tevens als hoofdelijk schuldenaar die de verschuldigde rechten en heffingen als een eigen schuld moet betalen. De vraag of de clause van hoofdelijkheid de aard van de verbintenis tot borgstelling wijzigt of slechts bepaalde gevolgen daarvan, is een vraag die door het nationale recht moet worden beantwoord. Nu in casu de verwijzende rechter uitsluitend spreekt van een borgtochtovereenkomst, gaat het Hof ervan uit dat PFA uitsluitend is gedagvaard in haar hoedanigheid van borg en niet als hoofdelijk schuldenaar.

Een borgtochtovereenkomst is een driehoekshandeling waarbij voor de borg een nieuwe verbintenis ontstaat om de nakoming van de hoofdverbintenis waartoe de schuldenaar gehouden is, te garanderen. De borg treedt niet in de plaats van de schuldenaar. De verbintenis is een accessoire verbintenis in die zin dat de borg alleen kan worden aangesproken indien de gewaarborgde schuld opeisbaar is, en dat de verbintenis niet meer kan inhouden dan die van de hoofdschuldenaar. Dit hoeft niet te betekenen dat rechtsregels die gelden voor die verbintenis op alle punten gelijk zijn aan de rechtsregels die voor de hoofdverbintenis gelden.

Onderzocht moet derhalve worden of de rechtsbetrekking tussen de Nederlandse Staat en PFA een uiting is van de uitoefening van een overheidsbevoegdheid doordat daarbij gebruik wordt gemaakt van bevoegdheden die buiten het bestek vallen van regels die toepasselijk zijn op betrekkingen tussen particulieren. Daartoe geeft het Hof enkele aanwijzingen.

Allereerst regelt de TIR-overeenkomst niet de rechtsbetrekking tussen de Nederlandse Staat en PFA. Zo regelt de TIR-overeenkomst niet de omvang van eventuele verplichtingen van een borg. Ten tweede heeft PFA zich tegenover de Nederlandse Staat vrijwillig verbonden. Ook zou de hoogte van de tegenprestatie voor de borgstelling vrijelijk zijn vastgesteld door PFA en de hoofdschuldenaars, en is PFA gerechtigd om de TIR-overeenkomst op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn van 30 dagen.

Ten derde moet rekening worden gehouden met de bepalingen van de TIR-overeenkomst waarin de omvang van de verbintenis van de borg wordt omschreven. PFA is vrijwillig de verplichting tot zekerheidstelling aangegaan. Ook de clausules in de borgtocht door middel waarvan PFA afstand heeft gedaan van bepaalde rechten zijn gebruikelijk in handelsbetrekkingen. Zij kunnen slechts een uitoefening van overheidsbevoegdheid van de Staat vormen, indien zij de

grenzen overschrijden van de vrijheid die partijen toekomt op grond van het op de overeenkomst toepasselijke recht. Of dit het geval is, is ter beoordeling van de verwijzende rechter.

Concluderend oordeelt het Hof dat het begrip burgerlijke en handelszaken, in de zin van de eerste volzin van artikel 1 van het EEX-Verdrag, mede omvat een vordering waarbij een verdragsluitende Staat van een privaatrechtelijke persoon de nakoming vordert van een privaatrechtelijke borgtochtovereenkomst die is gesloten teneinde een andere persoon in de gelegenheid te stellen, een door deze Staat verlangde en omschreven zekerheid te stellen, voorzover in de rechtsbetrekking tussen schuldeiser en borg geen gebruik wordt gemaakt van bevoegdheden die buiten het bestek van de op de betrekkingen tussen particulieren toepasselijke regels vallen.

De tweede prejudiciële vraag had betrekking op het begrip 'douanezaak'. Het Hof memoreert dat de tweede volzin van artikel 1 EEX-Verdrag is toegevoegd teneinde door middel van voorbeelden aan te geven welke materies niet binnen het toepassingsgebied van het Verdrag vallen. Zij houdt geen beperking of wijziging van de draagwijdte van het begrip in. Het criterium om het begrip douanezaken af te grenzen is dan ook hetzelfde als dat voor de afbakening van het begrip burgerlijke en handelszaken. Dit oordeel is niet anders wanneer de borg verweren kan voeren die nopen tot een onderzoek naar de opeisbaarheid van de douaneschuld ter garantie waarvan de borgtochtovereenkomst is gesloten.

Om te bepalen of het Verdrag van toepassing is, dient men immers alleen te letten op het onderwerp van het geding. Het zou in strijd zijn met de rechtszekerheid wanneer de toepasselijkheid ervan zou afhangen van het bestaan van een prealabele vraag, die te allen tijde door partijen kan worden opgeworpen.<sup>4</sup> Het Hof concludeert dat het begrip 'douanezaken' geen betrekking heeft op een vordering gebaseerd op een borgtochtovereenkomst ter garantie van een douaneschuld, wanneer in de uit deze overeenkomst bestaande rechtsbetrekking tussen de Staat en de borg door de Staat geen gebruik wordt gemaakt van bevoegdheden die buiten het bestek van de op betrekkingen tussen particulieren toepasselijke regels vallen, ook niet indien de borg verweren kan voeren die nopen tot een onderzoek naar het bestaan en de inhoud van een douaneschuld.

## Commentaar

Tot op zekere hoogte brengt deze uitspraak van het Hof duidelijkheid over de uitleg van Artikel 1 EEX-Verdrag. De afbakening van het materiële toepassingsgebied is en blijft ook na deze uitspraak echter een moeilijk punt. Overigens is deze bepaling inhoudelijk niet gewijzigd in de tekst van de EEX-Verordening, zodat deze jurisprudentie haar waarde behoudt.

Het Hof herhaalt het in eerdere jurisprudentie, en met name in LTU,<sup>5</sup> neergelegde criterium dat het Verdrag niet van toepassing is in de relatie tussen een overheidsinstantie en een particulier wanneer de overheidsinstantie *'krachtens overheidsbevoegdheid handelt'*. De hamvraag is echter, wanneer hiervan sprake is. Uiteindelijk dient deze vraag door de verwijzende rechter te worden beoordeeld, stelt het Hof, zij het dat het Hof hiertoe wel enkele aanwijzingen geeft. In deze aanwijzingen zit de meerwaarde van deze uitspraak.

Relevant is dat in het publiekrechtelijke kader, in dit geval de TIR-overeenkomst, de omvang en hoedanigheid van de rechtsbetrekking tussen de Nederlandse Staat en PFA niet vastomlijnd is. Het Hof legt de nadruk op de vrijwilligheid en tot op zekere hoogte vrijblijvendheid van de verplichtingen van PFA. Hoewel dit niet met zoveel woorden wordt gezegd, lijkt het Hof te onderstrepen dat vanuit PFA bezien, sprake is

<sup>3</sup> Arrest 14 oktober 1976, LTU, zaak 29/76, *Jur.* p. 1541; Baten C-271/00, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

<sup>4</sup> Het Hof verwees hierbij naar zijn uitspraak van 25 juli 1991, *Marc Rich*, zaak C-190/89, *Jur.* p. I-3855; en de uitspraak van 20 januari 1994, *Owens Bank*-zaak C-129/92, *Jur.* p. I-117.

van een 'gewone', privaatrechtelijke, afspraak. Opvallend is dat in de overwegingen met betrekking tot de TIR-overeenkomst met name wordt ingegaan op wat *niet* in de TIR-overeenkomst is geregeld. Wellicht was de situatie verduidelijkt door nader in te gaan op wat *wel* in de TIR-overeenkomst is geregeld, met name dat overeenkomstsluitende staten niet verplicht maar wel gerechtigd zijn om zekerheid te eisen van nationale organisaties aan wie zij het recht geven carnets TIR uit te geven. In de meeste landen is overigens in de uitvoerende regelgeving niet vastgelegd dat dergelijke zekerheid vereist wordt.

Hoewel het Hof uiteindelijk de beslissing aan de nationale rechter overlaat, zijn de aanwijzingen toch zo concreet dat niet heel goed voorstelbaar is dat zal worden geoordeeld dat alsnog sprake is van uitoefening van een overheidsbevoegdheid. Dit terwijl men uit de door de Hoge Raad gebruikte formulering zou kunnen afleiden dat hij ernaar neigde dat in dit geval wel degelijk sprake was van de uitoefening van een overheidsbevoegdheid. Immers, in zijn eerste vraag stelt de Hoge Raad dat de voorwaarde van een borgtochtovereenkomst 'krachtens overheidsbevoegdheid' is gesteld. Het Hof geeft aan dat dit niet per se het geval is, juist nu de voorwaarden van privaatrechtelijke aard zijn.

In ieder geval voor de tweede prejudiciële vraag geldt dat het effect van de aanwijzing van het Hof vrij duidelijk lijkt. Het Hof benadrukt dat toepasselijkheid van het Verdrag niet afhangt van de vraag of de onderliggende rechtsbetrekking, die in concreto niet aan de orde is, een douaneschuld betreft. Als men probeert deze beslissing te visualiseren lijkt het Hof te zeggen dat een geschil dat betrekking heeft op de buitenste schil van een sinaasappel, niet vereist dat men door de schil heen prikt om het vruchtvlies te inspecteren.

Het probleem is de primaire vraag, wanneer is een zaak een burgerlijke zaak, en is krachtens overheidsbevoegdheid gehandeld? Het is goed om in dit kader kort stil te staan bij een andere recente uitspraak van het Hof over artikel 1 EEX-Verdrag, te weten de ook door het Hof genoemde uitspraak *Steenbergen/Baten*.<sup>6</sup> Deze zaak betrof een verhaalsvordering op grond van de Nederlandse Algemene Bijstandswet van de kosten van bijstand. In dat geval overwoog het Hof dat civielrechtelijke regels bepalen in welke gevallen het overheidsorgaan een verhaalsvordering kan instellen, alsmede tegen wie en tot welke hoogte. De bevoegde rechter voor dergelijke vorderingen is de civiele rechter. Het oordeelde dat niet krachtens overheidsbevoegdheid was gehandeld. Deze zaak lag in zoverre iets eenvoudiger aangezien het rapport *Jenard*<sup>7</sup> en het rapport *Schlosser*<sup>8</sup> bevestigen dat de uitsluiting van sociale zekerheid van het toepassingsgebied van het Verdrag slechts de geschillen op dit gebied, dat wil zeggen geschillen die voortkomen uit de betrekking tussen de administratie en werkgevers of werknemers, betreft. De rapporten voegen hier uitdrukkelijk aan toe dat het Verdrag wel van toepassing is wanneer de administratie een regresrecht uitoefent tegen een derde die aansprakelijk is voor de schade of jegens deze derde is gesubrogeerd in de rechten van een door haar verzekerd slachtoffer, omdat zij in zulke gevallen optreedt overeenkomstig de bepalingen van het gemene recht.

Ook hier ziet men weer de schil-benadering. Het verlenen van bijstand is weliswaar een publieke zaak, maar het regres is privaatrechtelijk geregeld en valt derhalve wel binnen het Verdrag.

Frappant is dat in *Steenbergen/Baten* Nederland, evenals de Zweedse regering, had opgemerkt dat sprake was van een burgerlijke zaak. De Zweedse regering stond een pragmatische benadering voor en had onder meer betoogd dat als de vordering als een publiekrechtelijke zou worden aangemerkt, dit afbreuk zou doen aan de mogelijkheid om deze in het buitenland geldend te maken. De Nederlandse regering had een wat subtieler, of liever gezegd, juridisch betoog, namelijk dat de

vordering van de Gemeente moest worden gekwalificeerd als een tot schadevergoeding. Toch krijgt men de indruk dat ook de Nederlandse regering in dit geval er veel aan was gelegen de effectiviteit van verhaalsvorderingen te waarborgen, waarbij een ruime uitleg van het Verdrag een probaat middel was. Dit was geheel anders in de zaak *PFA/Staat der Nederlanden* waar de Staat zelf partij was en er juist belang bij had dat het Verdrag niet van toepassing werd geoordeeld.<sup>9</sup>

In ieder geval lag de situatie in *Steenbergen/Baten* minder gecompliceerd, met name door de verwijzing in toelichtende rapporten. In gevallen als *PFA/Staat* blijft enigszins in het midden wanneer de privaatrechtelijke uitwerking prevaleert. Als de onderliggende publiekrechtelijke basis de modaliteiten en voorwaarden bevat voor opvolgende privaatrechtelijke handelingen lijkt wel sprake van de uitoefening van overheidsbevoegdheid. Als er ruimte is voor nadere invulling en uitwerking van deze modaliteiten en voorwaarden, niet. Dan bereikt men alsnog het vruchtvlies.

Het geldelijk belang in de zaak *PFA/Staat* was groot (ruim NLG 40 miljoen). Met name bij goederen welke aan hoge belastingen onderhevig zijn (zoals alcoholhoudende dranken en sigaretten) is het vervoer onder begeleiding van TIR-Carnets niet onproblematisch. 'Ongeregeldheden' waarbij hele ladingen verdwenen kwamen meer en meer voor.<sup>10</sup> Verhaal op de (kleine) vervoerders biedt in veel gevallen geen soelaas. Het is dan ook begrijpelijk dat de Staat, die onder het TIR-systeem gehouden is de heffingen te innen, verhaal zoekt op de Carnets-uitgevende instanties. Daar waar deze instanties als voorwaarde voor erkenning borgtochten hebben moeten laten stellen (bijvoorbeeld door een grote verzekeraar, zoals in Nederland het geval was), is ook goed denkbaar dat de Staat als eerste verhaal zoekt bij een dergelijke kapitaalkrachtige borg.

In dit geval hoopte de Staat der Nederlanden bovendien dat de Nederlandse rechter bevoegd was zodat hij een 'thuiswedstrijd' kon spelen. Als het EEX-Verdrag van toepassing was, was dit zeer de vraag. Vandaar dat in deze zaak, anders dan de hiervoor genoemde zaak *Steenbergen/Baten*, Nederland, althans in de Luxemburgse procedure, bleef volhouden dat het Verdrag nu juist niet van toepassing was. Een zeker opportunisme speelt derhalve zeker een rol wanneer lidstaten zelf procespartij zijn in zaken waarbij de toepasselijkheid van het EEX aan de orde is.

Concluderend blijft de reikwijdte van het EEX een lastige zaak. De concrete aanwijzingen van het Hof bieden wel enig inzicht maar ongetwijfeld zullen nieuwe prejudiciële procedures volgen.

<sup>5</sup> Arrest 14 oktober 1976, LTU, zaak 29/76, *Jur.* p. 1541.

<sup>6</sup> Zaak C-271/00 14 november 2002.

<sup>7</sup> Pb. 1979, C 59, p. 112 en 13.

<sup>8</sup> Pb. 1979, C 59, p. 71.

<sup>9</sup> Volledigheidshalve dient vermeld te worden dat in eerste aanleg de Staat der Nederlanden in het geheel niet is ingegaan op het al dan niet toepasselijk zijn van het Verdrag, maar enkel op basis van toepasselijkheid van het Verdrag stelde dat de Nederlandse rechter bevoegd was. In hoger beroep kon de Staat de duidelijke aanwijzingen van de Rechtbank dat het EEX in het geheel niet toepasselijk was – en derhalve bevoegdheid in Nederland bestond – moeilijk negeren, hoewel ook in hoger beroep de Staat nog primair betoogde dat het Verdrag wel van toepassing was (en op die grond tot onbevoegdheid moest worden geoordeeld).

<sup>10</sup> Inmiddels zijn maatregelen doorgevoerd en wordt ook aan verdere maatregelen gewerkt die misbruik moeten beperken. Het voert te ver hier nader op in te gaan.