

JB 2009/229

Hoge Raad

4 september 2009, 08/04015; LJN BI3451.

(Mr. Beukenhorst

Mr. Van Buchem-Spapens

Mr. Hammerstein

Mr. Van Schendel

Mr. Bakels)

(Concl. A-G Wattel)

1. Maastricht Aachen Airport BV te Beek,
2. de vennootschap naar het recht van
Ierland Ryanair Limited te Dublin Airport,
County Dublin, Ierland,
eiseressen tot cassatie,
advocaten: mr. E.A.H. van der Voort
Maarschalk en mr. G. van der Wal,
tegen
de Staat der Nederlanden (Ministerie van
Financiën) te 's-Gravenhage,
verweerder in cassatie,
advocaat: mr. B.J. Drijber.
Partijen zullen hierna ook worden
aangeduid als MAA, Ryanair
respectievelijk de Staat.

EG-recht, Vliegbelasting, Kort geding,
Steunmaatregel, Is het buiten de heffing
laten van het vertrek van
overstappassagiers onmiskenbaar een
steunmaatregel als bedoeld in art. 87 lid 1
EG-Verdrag, waarop de in lid 3 van art. 88
EG-Verdrag bedoelde notificatieplicht van
de Staat van toepassing is? Voorshands niet
voldoende aannemelijk gemaakt dat
gevolgen van de vrijstelling een
onmiskenbare en ongeoorloofde
bevoordeling betekenen

[Wbm - 72 t/m 79; EG-Verdrag - 82; 83]

» Samenvatting

Bij wet van 20 december 2007 is de
zogenoemde vliegbelasting vastgesteld als
onderdeel van de Wet belastingen op
milieugrondslag (Wbm). De artikelen die
op de vliegbelasting betrekking hebben –

de art. 36r-36rg Wbm – zijn met ingang
van 1 juli 2008 opnieuw genummerd (thans
de art. 72-79 Wbm).

Met ingang van 1 juli 2008 wordt op basis
van deze bepalingen onder de naam
vliegbelasting een belasting geheven ter
zake van het vertrek van een passagier met
een vliegtuig vanaf een in Nederland
gelegen luchthaven (art. 73 lid 1 Wbm). De
belasting wordt verschuldigd op het
moment waarop de passagier vertrekt
(art. 74 Wbm); zij wordt berekend over het
aantal passagiers (art. 75 Wbm). De
luchtvaartmaatschappijen die betreffende
passagiers vervoeren, zijn verplicht de
belasting te betalen die de
luchthavenexploitant aan hen doorberekent
(art. 79 lid 3 Wbm). De wetgever is ervan
uitgegaan dat de verschuldigde
vliegbelasting door de
luchtvaartmaatschappij aan de passagier
wordt doorberekend.

Uit art. 73 lid 2 Wbm volgt dat –
samengevat – overstappassagiers
(transferpassagiers) niet als vertrekkende
passagiers worden aangemerkt.

MAA exploiteert het vliegveld Maastricht
Aachen Airport te Beek (Limburg).
Ryanair is een luchtvaartmaatschappij die
onder meer vanaf Maastricht Aachen
Airport vliegt en aan wie MAA de van haar
geheven vliegbelasting doorberekent. Van
de passagiers die vanaf Schiphol
vertrekken, is ca. 42% overstappassagier,
ter zake waarvan dus geen heffing
verschuldigd is. MAA verwerkt geen
overstappassagiers. Ryanair vervoert geen
overstappassagiers vanaf Maastricht
Aachen Airport. Van de door Air France-
KLM vanaf Schiphol vervoerde passagiers
is een groot deel transferpassagier ter zake
van wier vertrek geen heffing verschuldigd
is.

MAA en Ryanair hebben
buiteneffectstelling gevorderd van art. 73
lid 2 WMB tot de Europese Commissie een

eindbeslissing heeft genomen op basis van de procedureverordening voor staatssteun. MAA en Ryanair hebben daartoe aangevoerd dat de vliegbelasting verboden staatssteun is in de zin van art. 87 en 88 EG-Verdrag, omdat transferpassagiers van deze belasting zijn vrijgesteld. Dit levert volgens MAA en Ryanair een ongeoorloofde begunstiging op van Schiphol en Air France-KLM.

De rechtbank en het hof zijn – in kort geding – tot de slotsom gekomen dat niet ervan kan worden uitgegaan dat het buiten de heffing laten van transferpassagiers verboden staatssteun inhoudt en heeft de vordering niet toewijsbaar geoordeeld.

De Hoge Raad stelt voorop dat art. 73 lid 2 Wbm als bepaling van formele wetgeving in dit kort geding slechts buiten werking kan worden gesteld indien deze bepaling onmiskenbaar onverenigbaar is met art. 88 lid 3 EG-Verdrag. Waar het op aankomt is of het buiten heffing laten van het vertrek van overstappassagiers onmiskenbaar een steunmaatregel is als bedoeld in art. 87 lid 1 EG-Verdrag, waarop de in lid 3 van art. 88 EG-Verdrag bedoelde notificatieplicht van de Staat van toepassing is.

De onderhavige vliegbelasting wordt geheven van alle exploitanten van alle in Nederland gelegen luchthavens van alle vertrekkende passagiers, met uitzondering van overstappassagiers. Daarmee is de vliegbelasting in beginsel een algemene, selectieve, maatregel, die op alle vergelijkbare luchthavens gelijkelijk van toepassing is. De enkele omstandigheid dat de ene onderneming meer van de vrijstelling profiteert dan de andere, maakt dat niet anders.

Met betrekking tot de vraag of de uitzondering die voor overstappassagiers is gemaakt in haar feitelijke uitwerking toch selectief is, lijkt een nadere diepgaande analyse nodig naar de feitelijke effecten

van het onbelast laten van transferpassagiers, waarvoor in kort geding geen plaats is.

Daarmee geeft de gevolgtrekking dat de onderhavige regeling niet zo onmiskenbaar een steunmaatregel is als bedoeld in art. 87 lid 1 EG-Verdrag dat art. 73 Wbm deswege onverenigbaar moet worden geacht met art. 88 lid 3 EG-Verdrag niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting.

» Uitspraak

1. Het geding in feitelijke instanties

MAA heeft bij exploit van 6 februari 2008 de Staat gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage en gevorderd, kort gezegd, dat de heffing van de zogeheten vliegbelasting op straffe van verbeurte van een dwangsom opgeschort wordt totdat de Europese Commissie heeft vastgesteld dat geen sprake is van verboden staatssteun en totdat de Nederlandse rechter bij onherroepelijk gewijsde heeft geoordeeld dat geen sprake is van strijd met art. 15 van het Burgerluchtvaartverdrag van Chicago.

Ryanair heeft bij akte van 20 februari 2008 gevorderd zich in de procedure te mogen voegen aan de zijde van MAA. De voorzieningenrechter heeft vervolgens het verzoek van Ryanair toegewezen.

De Staat heeft de vordering bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 19 maart 2008 het gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben MAA en Ryanair hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. In hoger beroep hebben MAA en Ryanair hun eis gewijzigd en subsidiair gevorderd art. 36ra lid 2 Wbm buiten werking te stellen totdat de Europese Commissie tot een eindbeslissing is

gekomen met betrekking tot de vliegbelasting.

Bij arrest van 17 juli 2008 heeft het hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd en de gewijzigde vordering van MAA en Ryanair afgewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*).

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben MAA en Ryanair beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit (niet opgenomen; *red.*).

De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor de Staat mede door mr. G.J.H. Houtzagers, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P.J. Wattel strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaten van MAA en Ryanair hebben bij brief van 8 mei 2009 op die conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1.1. Het gaat in dit geding, samengevat, om het volgende.

3.1.2. Bij Wet van 20 december 2007 (Stb. 2007, 562) is de zogeheten vliegbelasting vastgesteld als onderdeel van de Wet belastingen op milieugrondslag (Wbm). De artikelen die op de vliegbelasting betrekking hebben – de art. 36r-36rg Wbm – zijn met ingang van 1 juli 2008 opnieuw genummerd (thans de art. 72-79 Wbm).

3.1.3. Met ingang van 1 juli 2008 wordt op basis van deze bepalingen onder de naam vliegbelasting een belasting geheven ter zake van het vertrek van een passagier met een vliegtuig vanaf een in Nederland gelegen luchthaven (art. 36ra lid 1 Wbm, thans art. 73 lid 1 Wbm). De belasting wordt verschuldigd op het moment waarop de passagier vertrekt (art. 36rd Wbm, thans art. 76 Wbm) en wordt geheven van de exploitant van de luchthaven (art. 36rb Wbm, thans art. 74 Wbm); zij wordt berekend over het aantal passagiers (art. 36rc Wbm, thans art. 75 Wbm). De belasting bedraagt € 11,25 per passagier als de bestemming binnen de EU ligt of minder dan 2500 km verwijderd is en € 45,= in andere gevallen (art. 36re Wbm, thans art. 77 Wbm). De luchtvaartmaatschappijen die de betreffende passagiers vervoeren, zijn verplicht de belasting te betalen die de luchthavenexploitant aan hen doorberekent (art. 36rg lid 3 Wbm, thans art. 79 lid 3 Wbm). Ontvangt de luchthavenexploitant niettemin die betalingen niet, dan heeft hij in zoverre recht op teruggaaf van de belasting (art. 36rf Wbm, thans art. 78 Wbm).

De wetgever is ervan uitgegaan dat de verschuldigde vliegbelasting door de luchtvaartmaatschappij aan de passagier wordt doorberekend.

3.1.4. Het gaat in dit geschil vooral om art. 36ra lid 2 Wbm (thans art. 73 lid 2 Wbm). Deze bepaling luidt:

“Als vertrek wordt niet aangemerkt het vertrek vanaf een luchthaven indien dat vertrek als onderdeel van één vervoersovereenkomst plaatsvindt aansluitend op het moment van aankomst van de passagier met een vliegtuig op die luchthaven, die aansluiting de belangrijkste reden is voor het gebruik van de luchthaven en het gebied van de luchthaven dat een vertrekkende passagier alleen mag betreden met een geldig vervoersbewijs, tussen het

moment van aankomst en het moment van vertrek niet langer dan 24 uur is verlaten.”

Als “vertrek” wordt dus niet aangemerkt – en blijft onbelast – het vertrek van, kort gezegd, overstappassagiers (transferpassagiers).

3.1.5. MAA exploiteert het vliegveld Maastricht Aachen Airport te Beek (Limburg). Ryanair is een luchtvaartmaatschappij die onder meer vanaf Maastricht Aachen Airport vliegt en aan wie MAA de van haar geheven vliegbelasting doorberekent.

3.1.6. Van de passagiers die vanaf Schiphol vertrekken, is circa 42% overstappassagier, ter zake waarvan dus geen heffing verschuldigd is. MAA verwerkt geen overstap passagiers. Ryanair vervoert geen overstappassagiers vanaf Maastricht Aachen Airport. Van de door Air France-KLM vanaf Schiphol vervoerde passagiers is een groot deel overstappassagier ter zake van wier vertrek geen heffing verschuldigd is.

3.2.1. Voor zover in cassatie van belang, hebben MAA en Ryanair in hoger beroep (subsidiar) gevorderd buitenwerkingstelling van art. 36ra lid 2 Wbm tot de Europese Commissie een eindbeslissing heeft genomen op basis van de procedureverordening voor staatssteun (EG-Verordening nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, Pb L 83 van 27 maart 1999, p. 1 e.v.). MAA en Ryanair hebben daartoe aangevoerd dat de vliegbelasting verboden staatssteun is in de zin van art. 87 en 88 EG-Verdrag, omdat transfer passagiers van deze belasting zijn vrijgesteld. Dit levert volgens MAA en Ryanair een ongeoorloofde begunstiging op van Schiphol en Air France-KLM.

3.2.2. Het hof is tot de slotsom gekomen dat in dit kort geding niet ervan kan worden

uitgegaan dat het buiten de heffing laten van transferpassagiers verboden staatssteun inhoudt en heeft de voormelde vordering niet toewijsbaar geoordeeld. Het heeft het vonnis van de voorzieningen rechter, waarin tot eenzelfde conclusie was gekomen, bekrachtigd.

4. *Beoordeling van het middel*

4.1. Bij de beoordeling van het geschil moet worden vooropgesteld dat art. 36ra lid 2 Wbm (thans art. 73 lid 2 Wbm) als bepaling van formele wetgeving in dit kort geding slechts buiten werking kan worden gesteld, indien deze bepaling onmiskenbaar onverenigbaar is met art. 88 lid 3 EG-Verdrag. Dat in het onderhavige geding deze maatstaf geldt, is ook in cassatie niet bestreden.

4.2. De hier van belang zijnde bepalingen van het EG-Verdrag houden het volgende in.

Art. 87 lid 1:

“Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloedt.”

Art. 88 lid 3:

“De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 87 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde

procedure aan. De betrokken Lid-Staat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.”

4.3. Het komt in dit geval dus erop aan of het buiten de heffing laten van het vertrek van overstappassagiers onmiskenbaar een steunmaatregel is als bedoeld in art. 87 lid 1 EG-Verdrag, waarop de in lid 3 van art. 88 EG-Verdrag bedoelde notificatieplicht van de Staat van toepassing is.

4.4. Het hof heeft onderzocht of sprake is van zodanige steunmaatregel aan de hand van twee van de in art. 87 lid 1 EG-Verdrag verwoorde cumulatieve criteria, te weten de eis van begunstiging (rov. 3.8-3.11) en die van selectiviteit (rov. 3.4-3.7). Onderdeel 1 van het middel richt klachten tegen het oordeel van het hof dat niet is voldaan aan het criterium van selectiviteit, onderdeel 2 tegen het oordeel dat geen sprake is van relevant voordeel.

4.5.1. Het hof heeft zijn oordeel dat niet is voldaan aan het vereiste dat bepaalde ondernemingen of producties worden begunstigd ten opzichte van andere die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van de regeling, als volgt, kort samengevat, gemotiveerd.

MAA heeft voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het buiten de heffing laten van transferpassagiers voor Schiphol lasten verlicht die normaliter op zijn budget zouden hebben gedrukt. De luchthaven mag de vliegbelasting afwentelen op de luchtvaartmaatschappij en Schiphol krijgt de afgedragen belasting terug als de luchtvaartmaatschappij deze niet aan haar vergoedt. Dat Schiphol door het buiten de heffing laten van transferpassagiers aantrekkelijker wordt voor luchtvaartmaatschappijen, hebben MAA en Ryanair wel aangevoerd, maar zij hebben in het vage gelaten of en op welke

termijn dit een positieve invloed heeft op het budget van de exploitant van Schiphol. Onvoldoende aannemelijk is dat Schiphol wordt bevoordeeld ten opzichte van MAA of andere regionale luchthavens in Nederland: MAA bevindt zich immers in een andere feitelijke positie, omdat MAA geen transferpassagiers verwerkt. (rov. 3.9). De stelling van Ryanair dat zij vooral op de prijs van vliegtickets concurreert en als gevolg van de vliegbelasting nadeel zal lijden door teruglopende passagiersaantallen in Nederland en stagnatie van haar beoogde groei, omdat passagiers zullen uitwijken naar luchthavens in het buitenland, kan geen gevolg zijn van de bewuste regeling (rov. 3.10). Veel luchtvaartmaatschappijen zullen de vliegbelasting door berekenen aan hun passagiers en deze dus niet zelf hoeven te dragen. Denkbaar is dat passagiers aan wie de vliegbelasting wordt doorberekend naar buitenlandse luchthavens zullen uitwijken; niet zonder meer kan worden aangenomen dat dit tot nadeel voor de op Schiphol vliegende luchtvaartmaatschappijen zal leiden. Vooralsnog is onduidelijk of voor de luchtvaartmaatschappijen die vanaf Schiphol vliegen het buiten de heffing laten van transferpassagiers daadwerkelijk een in hun budget voelbaar voordeel oplevert ten opzichte van de situatie waarin transferpassagiers wel zouden zijn belast. De voor het vaststellen daarvan benodigde diepgaande economische analyse heeft Ryanair in dit geding niet verschaft, terwijl de vanaf Schiphol vliegende luchtvaartmaatschappijen niet ten opzichte van Ryanair worden bevoordeeld, aangezien Ryanair geen transferpassagiers vervoert. (rov. 3.11).

4.5.2. Het hof heeft zijn oordeel omtrent de selectiviteit als volgt, kort samengevat, gemotiveerd.

De maatregel waarbij op grond van art. 36ra lid 2 Wbm transferpassagiers buiten de heffing worden gelaten is een

maatregel met een algemene strekking, die niet specifiek betrekking heeft op de exploitant van luchthaven Schiphol of de daarop vliegende luchtvaartmaatschappijen (rov. 3.4). Het enkele feit dat sommige ondernemingen meer van deze maatregel profiteren dan andere, is onvoldoende om aan te nemen dat aan de selectiviteitseis is voldaan (rov. 3.5). Het voorkomen van dubbele belasting is een objectieve reden die deze maatregel kan rechtvaardigen (rov. 3.6-3.7).

4.6.1. De onderhavige vliegbelasting wordt geheven van alle exploitanten van alle in Nederland gelegen luchthavens van alle vertrekkende passagiers, met uitzondering van overstappassagiers. Daarmee is de vliegbelasting in beginsel een algemene, niet selectieve, maatregel, die op alle vergelijkbare luchthavens gelijkelijk van toepassing is. De enkele omstandigheid dat de ene onderneming meer van de vrijstelling profiteert dan de andere, maakt dat niet anders.

4.6.2. Met dit juiste uitgangspunt voor ogen, heeft het hof onder meer de stelling van MAA en Ryanair beoordeeld dat Schiphol en Air France-KLM door de feitelijke gevolgen van de vrijstelling van de belasting voor overstappassagiers worden begunstigd. Daarbij heeft het hof betekenis toegekend aan de omstandigheid dat de vliegbelasting niet zonder meer (geheel) economisch ten laste van de luchthaven en de luchtvaartmaatschappijen hoeft te komen door de afwenteling van de belasting op de luchtvaartmaatschappij, de doorberekening aan de passagiers en de teruggaaf van de belasting aan de exploitant van de luchthaven als betaling uitblijft. Het hof heeft voorts in aanmerking genomen dat MAA zich in een andere feitelijke positie bevindt dan Schiphol, omdat MAA geen transferpassagiers verwerkt, en dat ook geldt dat Air France-KLM zich in een andere feitelijke positie bevindt dan Ryanair, omdat Ryanair geen transfer passagiers vervoert. Volgens het

hof is vooralsnog onduidelijk of en in welke omvang de mogelijke economische effecten van de vliegbelasting, waaronder het uitwijken van passagiers naar buitenlandse luchthavens of andere luchtvaartmaatschappijen in verband met de prijsgevoeligheid van overstappassagiers, Schiphol en Air France-KLM daadwerkelijk een economisch voordeel oplevert.

De Staat heeft, onder verwijzing naar het rapport “Effecten van verschillende heffingsvarianten op de Nederlandse luchtvaart” en de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 1 oktober 2007 (geciteerd onder 6.6 en 6.7 van de conclusie van de Advocaat-Generaal), onder meer betoogd dat het belang dat de wetgever heeft gehecht aan de mainportfunctie van Schiphol ligt in het belang dat Nederland heeft bij een rijk vertakt internationaal netwerk, dat bij het doorrekenen van de effecten blijkt van een onevenredig sterke afname van het aantal transferpassagiers vanaf Schiphol indien transferpassagiers op gelijke voet rechtstreeks in de grondslag van de heffing worden betrokken, dat volgens de modelberekeningen varianten waarbij transferpassagiers niet buiten de belasting grondslag blijven per saldo tot een aanmerkelijk sterkere matiging van het totale passagiersaanbod op Nederlandse luchthavens leiden dan varianten waarbij overstap pasagiers buiten de belastinggrondslag blijven en dat zelfs als het tarief voor transferpassagiers zou worden gehalveerd vergeleken met het tarief voor niet-overstappassagiers, het effect op het volume transfers onevenredig sterk zou zijn door de prijsgevoeligheid van dit segment.

Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat mede tegenover dit gemotiveerde standpunt van de Staat – dat erop neerkomt dat de uitzondering voor transferpassagiers geen begunstiging inhoudt, doch onevenredige benadeling van luchthavens en

luchtvaartmaatschappijen terzake voorkomt – MAA en Ryanair hun stellingen omtrent de begunstigende gevolgen van de regeling voor Schiphol en Air France-KLM in dit kort geding voorshands niet voldoende aannemelijk hebben gemaakt.

4.6.3. Omtrent de vraag of de uitzondering die voor overstappassagiers is gemaakt in haar feitelijke uitwerking toch selectief is, hebben MAA en Ryanair aangevoerd dat dit het geval is, omdat de uitzondering voor transferpassagiers blijkens de wetsgeschiedenis juist is gericht op bescherming van de positie van Schiphol, die de enige luchthaven is die transferpassagiers verwerkt, en transfer op Schiphol een exclusieve aangelegenheid is voor Air France-KLM, waardoor de regeling slechts voor Schiphol en Air France-KLM een gunstig effect kan hebben. Volgens het hof is de regeling niet reeds selectief als in de praktijk slechts één luchthaven – Schiphol – en één luchtvaartmaatschappij – Air France-KLM – overstappassagiers bedienen, respectievelijk vervoeren, aangezien MAA en Ryanair kennelijk ervoor hebben gekozen zich niet op transferpassagiers te richten, en de enkele omstandigheid dat zij, klaarblijkelijk mede in verband met de daaraan verbonden kosten en lasten, deze keuze hebben gemaakt (waarvan zij bovendien zouden kunnen terugkomen), aan de maatregel niet een selectief karakter kan verlenen.

Het hof heeft kennelijk ook in dit verband geoordeeld dat MAA en Ryanair voorshands onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de in beginsel algemene, niet-selectieve, regeling die op alle vergelijkbare ondernemingen gelijkelijk van toepassing is, feitelijk tot gevolg heeft dat Schiphol en Air France-KLM worden bevoordeeld doordat meer overstappassagiers en niet-overstappassagiers voor Schiphol en Air

France-KLM zouden kiezen dan zonder de vliegbelasting het geval zou zijn geweest.

4.6.4. In het licht van het vorenstaande, in onderling verband en samenhang beschouwd, en in aanmerking genomen dat het hof nadere diepgaande economische analyse naar de feitelijke effecten van het onbelast laten van transferpassagiers nodig achtte, voor welk onderzoek evenwel in kort geding geen plaats is, geeft de gevolgtrekking van het hof dat de onderhavige regeling niet zo onmiskenbaar een steunmaatregel is als bedoeld in art. 87 lid 1 EG-Verdrag dat art. 36ra Wbm (thans art. 73 Wbm) deswege onverenigbaar moet worden geacht met art. 88 lid 3 EG-Verdrag, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is, gelet op de gedingstukken, ook niet onbegrijpelijk en is, de aard van het kort geding in aanmerking genomen, evenmin ontoereikend gemotiveerd.

4.6.5. Op het vorenstaande stuiten de klachten van de beide onderdelen af.

Anders dan in het bijzonder in de onderdelen 1.1 en 1.2 aan de orde wordt gesteld, heeft het hof niet miskend dat het aankomt op de uitwerking in de praktijk van de regeling, terwijl aan 's hofs gevolgtrekking uiteindelijk niet kan afdoen dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van de regeling, anders dan het hof heeft aangenomen, zou volgen dat niet het voorkomen van dubbele heffing, maar de zorg voor de positie van Schiphol de belangrijkste reden is om de transferpassagiers buiten de heffing te houden (zoals in onderdeel 1.3 en in onder meer onderdeel 2.1 wordt betoogd), en evenmin dat, anders dan het hof heeft aangenomen, de aard en opzet van het stelsel waarvan de vliegbelasting deel uitmaakt de uitzondering voor transferpassagiers niet zou rechtvaardigen (zoals in onderdeel 1.4 en onder meer in onderdeel 2.1 wordt gesteld).

Door in het bijzonder de onderdelen 2.1-2.6 wordt aangevoerd dat (door de wetgever is beoogd dat) de vrijstelling voor overstappassagiers in ieder geval enig economisch voordeel of minder groot nadeel voor Schiphol en Air France-KLM meebrengt in vergelijking tot MAA en Ryanair. Dit een en ander kan evenwel niet afdoen aan de uiteindelijke conclusie van het hof dat MAA en Ryanair, op wier weg zulks ligt, vooralsnog niet voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de gevolgen van deze vrijstelling onmiskenbaar een ongeoorloofde bevoordeling van Schiphol en Air France-KLM betekenen.

5. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt MAA en Ryanair in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 374,34 aan verschotten en op € 2.200,= voor salaris.

» **Noot**

1. Vliegveld Maastricht-Aachen en luchtvaartmaatschappij Ryanair vorderen in kort geding de buitenwerkingstelling van de “vliegtax”, geheven over de passagiers van Nederlandse luchthavens. De Hoge Raad maakt in zijn arrest duidelijk dat (ook) voor de buitenwerkingstelling van een formeel-wettelijke bepaling wegens strijd met het EG-recht het “onmiskenbaarheidsvereiste” geldt, dat stamt uit HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 (LSV), waar een lagere regeling aan het nationale recht werd getoetst.

2. Vanaf 1 juli 2008 wordt op basis van de Wet belastingen op milieugrondslag (Wbm) een “vliegtax” geheven over in beginsel iedere passagier die vanaf een Nederlandse luchthaven het vliegtuig

neemt. Echter, passagiers die in Nederland slechts *overstappen* van het ene op het andere vliegtuig vallen buiten de heffing (art. 36r-36g Wbm; inmiddels vernummerd tot art. 72-79 Wbm). Deze uitzondering voor overstappassagiers is een steen des aanstoets voor Vliegveld Maastricht-Aachen en het van daaruit opererende Ryanair. Maastricht-Aachen en Ryanair verwerken geen overstappassagiers, maar uitsluitend “opstappassagiers”. Zij zijn dus voor al hun passagiers vliegtax verschuldigd. Op luchthaven Schiphol daarentegen is ruim 40% van de passagiers op doorreis en valt dus buiten de vliegtax. Maastricht-Aachen en Ryanair beschouwen deze uitzondering op de heffing als concurrentievervalsende, verboden staatssteun aan Schiphol. De Europese Commissie heeft inmiddels een onderzoek opgestart naar de vraag of inderdaad sprake is van staatssteun in de zin van de art. 87 en 88 EG-Verdrag. Ryanair en Maastricht-Aachen vorderen echter in dit kort geding dat de burgerlijke rechter de vliegtax onmiddellijk opschort dan wel de uitzonderingsbepaling voor overstappassagiers buiten werking stelt, totdat de Europese Commissie tot haar oordeel is gekomen. Rechtbank en hof wijzen deze vordering af.

3. De figuur van “buitenwerkingstelling” van regelgeving is in de rechtspraak van de burgerlijke rechter tot ontwikkeling gekomen in het voetspoor van het LSV-arrest. Een buitenwerkingstelling is een toepassingsverbod: een bevel van de burgerlijke rechter aan de overheid om af te zien van iedere handeling ter uitvoering of handhaving van een onverbindende wettelijke regeling. Materieel heeft een dergelijk bevel tot gevolg dat de betreffende regeling haar rechtskracht verliest (zie mijn dissertatie *Onrechtmatige wetgeving*, 2009, p. 79-80). Meestal wordt een buitenwerkingstelling uitgesproken voor onbepaalde duur; vaak zal het ambt waarvan de betreffende regeling afkomstig was, daarom de regeling aanpassen of

intrekken. Een buitenwerkingstelling/toepassingsverbod kan echter ook voor een begrensd termijn worden gegeven, zoals in casu gevorderd werd (zie bijv. Pres. Rb. 's-Gravenhage 23 februari 1999, «JB» 1999/61 en Pres. Rb. 's-Gravenhage 15 april 2003, KG 2003, 121). Voor alle toepassingsverboden ten aanzien van regelgeving stelt de burgerlijke rechter in kort geding als eis dat de aangevallen regeling onmiskenbaar in strijd moet zijn met een hogere rechtsregel of een ongeschreven rechtsbeginsel. De onverbindendheid van de aangevallen regeling moet zich dus “met een zekere evidentie opdringen” (L.A.D. Keus, ‘De toverformule van de onmiskenbare onverbindendheid en buitenwerkingstelling van wetgeving wegens strijd met supranationaal recht’, *Mok-bundel*, 2002, p. 117; zie ook mijn diss., p. 75-78). Bestuursrechters stellen de onmiskenbaarheidseis eveneens, en wel als een voorlopige voorziening wordt gevraagd tegen een beschikking die is gebaseerd op een onverbindende regeling (zie bijv. Vz. CBb 16 juni 1993, AB 1993, 596; vgl. ook ABRvS 15 juni 1998, AB 1999, 334).

4. De figuur van buitenwerkingstelling in kort geding was dus al lange tijd uitgekristalliseerd voor *lagere* regelgeving die strijdig is met hoger, *nationaal* recht. Twee factoren in het onderhavige geding zouden toch tot kunnen leiden tot twijfel of er niet sprake is van een bijzonder geval: (a) de burgerlijke rechter werd gevraagd een wettelijke bepaling te toetsen aan bepalingen van EG-recht (zie nr. 5) en (b) het ging om toetsing van een wet in formele zin (zie nr. 6). De Hoge Raad maakt echter duidelijk dat het onmiskenbaarheidsvereiste ook in deze omstandigheden geldt.

5. De Hoge Raad paste het onmiskenbaarheidsvereiste al eerder toe bij toetsing van wetgeving aan EG-recht in kort geding, zie HR 12 mei 2000, NJ 2000, 714 (zij het dat toen een lagere regeling aan

het EG-recht werd getoetst). Dit roept de vraag op of het communautaire recht toestaat dat onze nationale kortgedingrechter de burger uitsluitend dan een voorlopige voorziening tegen een nationale regeling biedt als deze *onmiskenbaar* in strijd is met een regel van EG-recht, in plaats van de nationale regeling buiten werking te stellen zodra deze “gewoon” in strijd komt met het EG-recht – waarschijnlijk mede uit onzekerheid over deze vraag omzeilt het Hof 's-Gravenhage de al dan niet toepasselijkheid van het onmiskenbaarheidsvereiste in zijn arrest van 14 oktober 2008, LJN BF8225, r.o. 3.11.

Vrij recent heeft het Luxemburgse hof zich in een uitvoerig gemotiveerd arrest uitgesproken over de vraag welke voorzieningen het nationale procesrecht van de EU-lidstaten moet bieden aan de burger die in rechte wil opkomen tegen een nationale regeling die in zijn ogen strijdig is met het communautaire recht, zie HvJ EG 13 maart 2007, AB 2007, 301 (Unibet). Volgens het hof vereist het communautaire recht allereerst dát het nationale procesrecht voorlopige maatregelen mogelijk maakt tegen nationale wetgeving die in strijd is met EG-recht. Bovendien zijn – blijkens ditzelfde Unibet-arrest – op voorlopige maatregelen tegen wetgeving de “Rewe/Comet-criteria” van toepassing (daarover R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht*, 2007, p. 58-64). Dit heeft twee consequenties. Ten eerste, als een burger vraagt om een voorlopige voorziening tegen een nationale regeling die in strijd is met het EG-recht, dan mag het nationale procesrecht de toewijzing daarvan niet lastiger maken dan de toewijzing van een voorlopige voorziening tegen een regeling die strijdig is met het nationale recht (het gelijkwaardigheidsbeginsel). Bovendien geldt dat het nationale procesrecht de verkrijging van een voorlopige voorziening tegen een met het EG-recht strijdige

nationale regeling niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk mag maken (het doeltreffendheidsbeginsel).

Mijns inziens doorstaat het Nederlandse wetgevingskortgeding de toets aan deze Rewe/Comet-criteria zonder problemen. Het wetgevingskortgeding, waarin een toepassingsverbod ten aanzien van regelgeving kan worden uitgesproken, is inmiddels een beproefde manier om een voorlopige voorziening tegen een wettelijke regeling te verkrijgen. De Hoge Raad past daarbij het onmiskenbaarheidsvereiste consequent toe; zowel bij toetsing aan nationaal hoger recht als bij toetsing aan EG-recht. Daarmee is aan het gelijkwaardigheidsbeginsel voldaan.

Bovendien kan mijns inziens niet gezegd worden dat het onmiskenbaarheidsvereiste het verkrijgen van een voorlopige voorziening tegen een wettelijke bepaling uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk maakt. “Buitenwerkingstelling” wordt weliswaar veel vaker door de burger gevraagd dan door de rechter toegewezen, maar niettemin geeft de gepubliceerde jurisprudentie voldoende voorbeelden te zien van gevallen waarin de rechter oordeelt dat aan het onmiskenbaarheidsvereiste is voldaan en vervolgens een regeling buiten werking stelt (zie mijn diss., p. 78). Een dergelijke voorziening is dus zeker niet denkbeeldig, zodat mijns inziens ook aan het doeltreffendheidsvereiste wordt voldaan.

De Hoge Raad mag het onmiskenbaarheidsvereiste dus toepassen bij een door een particulier gevorderde buitenwerkingstelling van een Nederlandse wettelijke regeling die (beweerdelijk) in strijd is met het communautaire recht.

6. Tot slot: de Hoge Raad overweegt in r.o. 4.1 van zijn arrest dat “moet worden vooropgesteld” dat het aangevochten art. 36ra lid 2 Wbm “als bepaling van

formele wetgeving” in kort geding slechts buiten werking kan worden gesteld indien deze bepaling onmiskenbaar onverenigbaar is met het EG-recht. Het is een wat curieuze overweging: de nadrukkelijke vaststelling dat het hier gaat om formele wetgeving nodigt (a contrario) uit tot de conclusie dat de Hoge Raad bepalingen van *lagere* regelingen blijkbaar reeds buiten werking wil stellen als zij gewoon (in plaats van onmiskenbaar) in strijd zijn met EG-recht. Toch moet waarschijnlijk niet teveel betekenis aan deze overweging gehecht worden. De onmiskenbaarheidseis geldt al sinds 1983 voor buitenwerkingstelling van lagere regelgeving; ik zie geen redenen waarom de Hoge Raad daarvan nu – uitsluitend – voor lagere regelgeving afscheid zou willen nemen. Natuurlijk: de duidelijke democratische legitimatie van de formele wet en haar met veel waarborgen omgeven totstandkomingsprocedure zijn voor de rechter goede argumenten om wat terughoudender te zijn bij het onverbindend verklaren van formele wetgeving dan bij lagere wetgeving. Alleen: de onmiskenbaarheidseis houdt en hield nooit verband met de behoefte van de rechter om niet op de stoel van de wetgever te gaan zitten, maar veeleer met een zekere omzichtigheid vanwege de grote maatschappelijke *impact* die de buitenwerkingstelling van een algemeen verbindend voorschrift kan hebben. Om die reden is het raadzaam dat de kortgedingrechter slechts dan een voorlopige voorziening tegen regelgeving geeft als hij er vrij zeker van is dat de regeling ook inderdaad niet door de beugel kan – vandaar de onmiskenbaarheidseis. Die ratio voor het onmiskenbaarheidsvereiste geldt nog steeds – voor formele en voor lagere wetgeving.

R.J.B. Schutgens, hoofddocent Algemene Inleiding, Radboud Universiteit Nijmegen