



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel: het recht een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken voordat een bestuursorgaan een bezwarend besluit neemt.

Keulemans, A.E.

Citation

Keulemans, A. E. (2021, November 18). *Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel: het recht een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken voordat een bestuursorgaan een bezwarend besluit neemt*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3240242>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3240242>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De doorwerking van Unierechtelijke beginselen in het nationale recht

Het recht van de Europese Unie kan doorwerken in het nationale recht. Alleen als het kenbaarmakingsbeginsel, een Unierechtelijk beginsel, doorwerkt kan een belanghebbende in een Nederlandse fiscale procedure een beroep hierop doen. Daarom onderzoek ik in dit hoofdstuk de doorwerking van Unierechtelijke beginselen in algemene zin. Voor die doorwerking moet sprake zijn van het ten uitvoer brengen van het Unierecht. Kennis van de doorwerking van het Unierecht en het kenbaarmakingsbeginsel is noodzakelijk om te kunnen beoordelen in hoeverre het Nederlandse (fiscale) bestuursrecht aan het kenbaarmakingsbeginsel voldoet. In paragraaf 4.1 wordt eerst algemeen ingegaan op de wijze van doorwerking van het Unierecht in het nationale recht. In de paragrafen 4.2 en 4.3 bespreek ik de *Wachauf*-lijn en de *ERT*-lijn. Als een situatie onder één van deze lijnen valt, wordt in die situatie het Unierecht ten uitvoer gebracht. In paragraaf 4.4 besteed ik aandacht aan de vraag of er naast de *Wachauf*-lijn en de *ERT*-lijn nog sprake is van een derde lijn, oftewel van een derde categorie zaken, waarbij het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. In paragraaf 4.5 wordt onderzocht of het Unierecht ook ten uitvoer kan worden gebracht als alle elementen van een specifieke zaak zich in slechts één lidstaat afspelen. In paragraaf 4.6 onderzoek ik de door het Hof van Justitie in de zaak *Annibaldi* geformuleerde ondergrens van het ten uitvoer brengen van het Unierecht. In paragraaf 4.7 wordt de zaak *Akerberg Fransson* besproken, waarbij zal blijken dat in dit arrest de verschillende lijnen samenkomen. In paragraaf 4.8 wordt gezien of artikel 51 van het Handvest duidelijkheid kan verschaffen over de vraag wanneer het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. Het hoofdstuk sluit ik af met een samenvatting en een conclusie.

4.1 De doorwerking van Unierechtelijke beginselen in het algemeen

Het Hof van Justitie heeft in de zaken *Van Gend en Loos* en *Costa/ENEL* bepaald dat het Unierecht voorrang heeft op het nationale recht en dat onderdanen van de lidstaten het Unierecht in nationale procedures kunnen invoeren wanneer het Unierecht rechtstreeks werkt.¹ Grondrechten zijn een bestanddeel van de algemene rechtsbeginselen van de Europese Unie waarvan het Hof van Justitie de eerbiediging verzekert.² In geschillen tussen belanghebbenden en de overheid is daarmee de rechtstreekse werking van het Unierecht inclusief de grondrechten een feit. Daarmee is nog niet duidelijk wanneer

1 HvJ 5 februari 1963, zaak 26/62, (*Van Gend en Loos*); HvJ 15 juli 1964, zaak 6/64, (*Costa/E.N.E.L.*); zie ook bijvoorbeeld Slooten, van, 2015, onder 1 en Poelmann 2019, onder 2.

2 HvJ 12 november 1969, zaak 29/69, (*Stauder*), punt 7; HvJ 14 mei 1974, zaak 4/73, (*Nold II*), punt 13; HvJ 13 juli 1989, zaak C-5/88, (*Wachauf*), punt 17; HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (*Kamino*), punt 28.

grondrechten rechtstreekse werking hebben (ook wel directe werking genoemd) en wanneer een belanghebbende een beroep kan doen op geschreven of ongeschreven grondrechten. Zowel geschreven als ongeschreven grondrechten kunnen directe werking hebben. A-G Trstenjak heeft hieraan in de zaak *Dominguez* aandacht besteed en kwam tot de conclusie dat geschreven en ongeschreven grondrechten zoveel mogelijk gecoördineerd moeten worden uitgelegd, maar dat een harmoniserende uitlegging niet altijd mogelijk is.³ Hierop wordt teruggekomen in paragraaf 5.5.4. Hiervoor is eerst meer kennis nodig van de doorwerking van beginselen.

De ontwikkeling van het kenbaarmakingsbeginsel heeft in eerste instantie vrijwel alleen plaatsgevonden in zaken waarbij het optreden van de Europese instellingen zelf ter beoordeling stond, zoals het optreden van de Commissie in mededingingszaken. De toepassing van het kenbaarmakingsbeginsel op voorgenomen bezwarende besluiten buiten de sfeer van het mededingingsrecht ziet men later ook in bijvoorbeeld antidumpingzaken (*Al Jubail*), in de zaak *Fiskano* waarin de uitsluiting van een visser uit een derde land om te vissen in de Europese viszones ter discussie stond en in de zaak *Kadi*, waarin de plaatsing van Kadi op een terroristenlijst werd beoordeeld.⁴ De belanghebbenden doen de laatste jaren ook veelvuldig een beroep op het kenbaarmakingsbeginsel in douanezaken.⁵ Dat sprake is van directe werking van het kenbaarmakingsbeginsel blijkt expliciet uit de zaak *Kamino*.⁶ De rechtstreekse werking van beginselen uit het Handvest is ook in het Handvest neergelegd (artikel 51, eerste lid, van het Handvest):

“De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld.”

De toelichting bij artikel 51, eerste lid, van het Handvest vermeldt het volgende:

“Doel van artikel 51 is de werkingssfeer van het Handvest af te bakenen. (...) Wat de lidstaten betreft, blijkt uit de jurisprudentie van het Hof ondubbelzinnig dat de verplichting tot eerbiediging van de in het kader van de Unie vastgestelde grondrechten alleen geldt voor de lidstaten wanneer deze optreden binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie (...) Wachauf, (...) ERT, (...) Annibaldi, (...). Het Hof van Justitie heeft deze jurisprudentie bevestigd in de volgende bewoordingen: ‘Bovendien zij eraan herinnerd, dat de eisen van bescherming van de fundamentele rechten in de communautaire rechtsorde de lidstaten ook bij de uitvoering van gemeenschapsregelingen binden.’ (Arrest van 13 april 2000, zaak C-292/97, (...), r.o. 37). Vanzelfsprekend is deze regel, zoals neergelegd in dit Handvest, zowel van toepassing op de centrale overheden als op de regionale of lokale autoriteiten, alsmede op overheidslichamen wanneer zij het recht van de Unie toepassen.”

3 Conclusie A-G Trstenjak van 8 september 2011 in de zaak C-282/10, (*Dominguez*), punt 127 e.v.

4 HvJ 27 juni 1991, zaak C-49/88, (*Al-Jubail Fertilizer Company*); HvJ 29 juni 1994, zaak C-135/92, (*Fiskano*); HvJ 3 september 2008, zaken C-402/05 P en C-415/05 P, (*Kadi*).

5 HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (*Kamino*); HvJ 23 oktober 2014, zaak C-437/13, (*Unitrading*); HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (*Sopropé*).

6 HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (*Kamino*), p. 28 en 35.

Aangezien een lidstaat alleen aan het Handvest is gebonden als sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht, is noodzakelijk te onderzoeken wanneer sprake is van het 'ten uitvoer brengen van het Unierecht'. Hieraan komt extra belang toe nu het Handvest op sommige terreinen meer bescherming biedt dan het EVRM en/of het nationale recht.⁷ Als het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht, is het al dan niet geschreven kenbaarmakingsbeginsel van toepassing en dient een bestuursorgaan een belanghebbende in beginsel uit te nodigen een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren voordat het bestuursorgaan een bezwarend besluit neemt. Onduidelijkheid over het toepassingsgebied van het Unierecht kan tot gevolg hebben dat een bestuursorgaan van oordeel is dat het kenbaarmakingsbeginsel niet van toepassing is, terwijl later blijkt dat dit oordeel onjuist is. Het niet tijdig onderkennen van het ten uitvoer brengen van het Unierecht en daardoor niet 'horen' van een belanghebbende kan leiden tot een schending van het Unierecht. Onduidelijkheid kan ook tot gevolg hebben dat de nationale rechter een bezwarend besluit vernietigt wegens schending van het Unierecht, terwijl de zaak buiten de reikwijdte van het Unierecht valt.⁸ Het is maar de vraag of volledige afbakening voorzienbaar is. A-G Cruz Villalón was in de zaak *Åkerberg Fransson* van mening dat in die zaak het Unierecht niet ten uitvoer werd gebracht.⁹ Het Hof van Justitie oordeelde echter anders.

Rechtstreekse werking, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie en uit de bewoordingen van artikel 51, eerste lid, van het Handvest, is alleen mogelijk als de lidstaten het Unierecht ten uitvoer brengen. In die situaties is het Unierecht dwingend voor de lidstaten. Uit de toelichting bij het Handvest blijkt dat onder het ten uitvoer brengen van het Unierecht in ieder geval situaties vallen die behoren tot de *Wachauf*-lijn en de *ERT*-lijn. De *Annibaldi*-ondergrens begrenst het ten uitvoer brengen van het Unierecht. Hierna zal ik eerst de jurisprudentie ten aanzien van het ten uitvoer brengen van het Unierecht bespreken (paragrafen 4.2 tot en met 4.7). Daarna zal ik artikel 51, eerste lid, van het Handvest onderzoeken (paragraaf 4.8).

4.2 De Wachauf-lijn

De eerste categorie zaken waarbij blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht, betreft zaken die zijn ontleend aan het *Wachauf*-arrest.¹⁰ Het gaat dan om handelingen waarmee de lidstaten als vertegenwoordiger van de Unie uitvoering geven aan het Unierecht.¹¹ Wachauf exploiteerde in Duitsland een door hem gepachte hoeve en vroeg bij de overheid een vergoeding aan voor het definitief

7 Barkhuysen, Bos en Have ten, 2011, onder 4.2 en 5.2.

8 Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 18 maart 2016, nrs. 14/00469 tot en met 14/00476, *NTFR* 2016/1966; het Hof oordeelde dat sprake was van het ten uitvoer brengen van Unierecht in het jaar 2011, de Hoge Raad oordeelde anders: HR 9 november 2018, nr. 16/02230, *NTFR* 2018/2686; zie ook: Poelmann 2019, onder 2, waarbij Poelmann aangeeft dat dit arrest van de Hoge Raad niet in lijn is met het arrest *Åkerberg Fransson*.

9 Conclusie van A-G Cruz Villalón van 12 juni 2012 in de zaak C-617/10, (*Åkerberg Fransson*), punten 60 tot en met 64.

10 HvJ 13 juli 1989, zaak C-5/88, (*Wachauf*); zie ook: Mol, de, e.a., 2012 onder 2.2 en Snell 2015, onder 2.

11 Mol, de, 2013, onder 3.1.

staken van de melkproductie. De Duitse wettelijke vergoedingsregeling voor het staken van melkproductie was vastgesteld op basis van verschillende Europese verordeningen.¹² Bij het uitvoeren van Europese verordeningen wordt het Unierecht ten uitvoer gebracht.¹³ Een ander voorbeeld hiervan is het douanerecht.¹⁴ Het kenbaarmakingsbeginsel is dus van toepassing in het douanerecht.¹⁵ In het DWU is het kenbaarmakingsbeginsel ondertussen gecodificeerd (paragrafen 5.5.3 en 6.6.3.a). Ook andere belastingen bij invoer, zoals antidumpingrechten, zijn Europees geregeld.¹⁶ Antidumpingmaatregelen zijn net als douanerechten geregeld in een Europese verordening.¹⁷ Dat op dergelijke zaken het Unierecht van toepassing is en dus in die zaken het kenbaarmakingsbeginsel geldt (*Wachauf*-lijn), is duidelijk en blijkt bijvoorbeeld ook uit de zaak *Al-Jubail Fertilizer Company*.¹⁸ *Al-Jubail Fertilizer Company* is een buiten de Europese Unie gevestigde ondernemer die ureum produceert. Na het ontvangen van een klacht stelt de Commissie een antidumpingprocedure in betreffende de invoer in de Europese Economische Gemeenschap van ureum. *Al-Jubail Fertilizer Company* beroept zich onder meer op schending van het kenbaarmakingsbeginsel. Het Hof van Justitie constateert een schending van het kenbaarmakingsbeginsel en vernietigt het antidumpingrecht ten aanzien van *Al-Jubail Fertilizer Company*.

Onder de *Wachauf*-lijn vallen ook de omzettingen van Europese richtlijnen.¹⁹ De lidstaat is bij dergelijke omzettingen te beschouwen als een tussenpersoon voor de Europese Unie.²⁰ Aangezien volledige implementatie van een richtlijn tevens inhoudt dat alle met de te implementeren richtlijn strijdige bepalingen moeten worden aangepast of ingetrokken, vallen ook deze strijdige bepalingen binnen de reikwijdte van het Unierecht.²¹ In deze categorie vallen ook nationale bepalingen die de lidstaten vaststellen in het kader van

12 De wettelijke regeling is vastgesteld op basis van de in artikel 4, lid 1, sub a, van verordening nr. 857/84 van de Raad van 31 maart 1984 houdende algemene voorschriften voor de toepassing van de in artikel 5 quarter van Verordening (EEG) nr. 804/68 bedoelde heffing in de sector melk en zuivelprodukten vervatte machtiging, en bepaalt in wezen dat aan melkproducenten in de zin van artikel 12, sub c, van de verordening op hun verzoek een vergoeding kan worden toegekend, wanneer zij er zich toe verplichten, binnen zes maanden na de toewijzing van de vergoeding de melkproductie definitief te staken. Voorts dient de aanvrager, wanneer hij pachter van een bedrijf in de zin van artikel 12, sub afdelingd, van de verordening is, de schriftelijke toestemming van de verpachter bij te voegen.

13 Mol, de, 2019, onder 5.2.1.

14 Huidige douaneverordeningen zijn onder andere: verordeningen 2015/2446, 2015/2447 en 952/13.

15 HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (*Sopropé*), punt 2; HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (*Kamino*), punten 30 tot en met 32.

16 Mennes en Wolkers 2015, onder 'toepassingsgebied'.

17 Verordening (EG) nr. 1225/2009 van de Raad van 30 november 2009 betreffende beschermende maatregelen tegen invoer met dumping uit landen die geen lid zijn van de Europese Gemeenschap, 30 november 2009, PbEU 2009 L 343.

18 HvJ 27 juni 1991, zaak C-49/88, (*Al-Jubail Fertilizer Company*), punten 15 tot en met 25; zie ook bijvoorbeeld: HvJ 1 oktober 2009, zaak C-141/08, (*Foshan*), punten 72 tot en met 105.

19 HvJ 15 juni 2006, zaak C-28/05, (*Dokter*); HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (*Sopropé*). Zie ook: Interdepartementale Commissie Europees Recht ICER handleiding – nationale toepassing EU-grondrechtenhandvest maart 2014 onder I-B te vinden op: <https://ecer.minbuza.nl/ecer/bijlagen/icer/handleidingen/2014/icer-handleiding-nationale-toetsing-eu-handvest-grondrechten.html>.

20 Fierstra 2013, p. 200.

21 HvJ 19 januari 2010, zaak C-555/07, (*Küçükdeveci*); zie ook: Mol, de, e.a. 2012, onder 2.2.

te implementeren Unieregels aan de lidstaten gelaten (discretionaire) bevoegdheid.²² Nationale regelingen, ook al zijn deze uitgevaardigd in het kader van de omzetting van een richtlijn, vallen niet onder het Unierecht voor zover de nationale regelingen meer behandelen dan de richtlijn.²³ De Mol geeft aan dat de volgende vier subcategorieën vallen onder de Wachauf-lijn:²⁴

1) De klassieke omzettingshandelingen van een richtlijn (klassieke Wachauf-lijn)

Deze categorie betreft het verplicht omzetten van richtlijnen en het uitvoeren van verordeningen.²⁵ Nationaal recht ter omzetting van een richtlijn valt na het verstrijken van een omzettingstermijn binnen de werkingssfeer van het Europese recht. Het Hof van Justitie heeft echter ook een aantal arresten gewezen waaruit blijkt dat een zaak al tijdens een omzettingstermijn binnen het toepassingsgebied van het Unierecht kan vallen, waardoor toetsing aan de algemene rechtsbeginselen van de Europese Unie mogelijk is.²⁶ Een voorbeeld daarvan betreft de zaak *Mangold*.²⁷ Mangold was een zesenvijftigjarige werknemer met wie – naar Duits recht – de werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kon sluiten, omdat hij een oudere werknemer was. Deze nationale regeling diende ter omzetting van een Europese richtlijn over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De omzettingstermijn van deze richtlijn was nog niet verstreken. De zaak werd toch geacht binnen de reikwijdte van het Unierecht te vallen, omdat de nationale bepaling ook een effectuering was van een eerdere richtlijn waarvan de omzettingstermijn al wel was verstreken.²⁸ De eerdere richtlijn werd gebruikt voor de beoordeling dat de zaak binnen het toepassingsgebied van het Unierecht viel en daarna werd bij de motivering over de nationale regeling de nog niet omgezette richtlijn betrokken. Ook in de zaak *Navarro* lijkt het Hof van Justitie de reikwijdte van het Unierecht ruim te zien.²⁹ Navarro wilde na haar ontslag een ontslagvergoeding uitgekeerd krijgen. Het Hof van Justitie bepaalde dat de nationale regeling wat het onderwerp betreft viel binnen het bereik van een oude richtlijn. Het Hof van Justitie laat daarmee zien dat een nationale regeling, die is gebaseerd op een oudere richtlijn, binnen het bereik van het Unierecht valt. Het Hof van Justitie toetst vervolgens aan de nieuwe richtlijn. De nieuwe richtlijn blijkt niet op zichzelf te staan, maar de oudere richtlijn te vervangen en het betreft hetzelfde onderwerp.³⁰ Het verbaast dat het Hof van Justitie toetst aan de nieuwe richtlijn. Alhoewel de nieuwe richtlijn aanpassingen kan bevatten die al voor de implementatie van belang zijn, loopt het Hof van Justitie daarmee feitelijk vooruit op wijzigingen die de lidstaten nog niet verplicht behoeven door te

22 HvJ 7 december 2010, zaak C-285/09, (R.); HvJ 22 oktober 2013, zaak C-276/12, (Sabou).

23 Danwitz, von en Paraschas 2017, p. 1409. Prof. Dr. Thomas von Danwitz, rechter bij het HvJ, K. Paraschas, juridisch secretaris bij het HvJ.

24 Mol, de, 2012, onder 3 en samengevat onder 6.

25 Zie ook: Interdepartementale Commissie Europees Recht ICER handleiding – nationale toepassing EU-grondrechtenhandvest maart 2014 onder I-B te vinden op: <https://ecer.minbuza.nl/ecer/bijlagen/icer/handleidingen/2014/icer-handleiding-nationale-toetsing-eu-handvest-grondrechten.html>.

26 HvJ 22 november 2005, zaak C-144/04, (Mangold); HvJ 17 januari 2008, zaak C-246/06, (Velasco Navarro); HvJ 23 september 2008, zaak C-427/06, (Bartsch).

27 HvJ 22 november 2005, zaak C-144/04, (Mangold); zie Werf, van der, 2016, onder 3.4 en Fierstra 2013, p. 201.

28 Waele, de en Kieft, 2010, p. 172.

29 HvJ 17 januari 2008, zaak C-246/06, (Velasco Navarro).

30 Dit blijkt ook uit HvJ 23 september 2008, zaak C-427/06, (Bartsch).

voeren. De zaak *Mangold* geeft hiervoor een verklaring: deze zaak betreft het beginsel van non-discriminatie, een algemeen beginsel van Unierecht. Het non-discriminatie-beginsel staat los van de neergelegde regels in de oude en nieuwe richtlijn, zodat het Hof van Justitie onafhankelijk van de richtlijnen aan dit (ongeschreven) beginsel toetst op het moment dat een zaak binnen het toepassingsgebied van de Europese Unie valt.³¹

2) Nationale handelingen in de uitoefening van op grond van het Unierecht verleende bevoegdheden

Deze subcategorie betreft zaken waarbij de onverplichte uitvoering van het Unierecht speelt. Een voorbeeld hiervan is de zaak *Puid*.³² Puid vloog in 2007 met een vliegtuig vanuit Iran naar Griekenland. Vanuit Griekenland reisde hij na enkele dagen verder naar Duitsland, waar hij asiel aanvraagde. In Duitsland werd Puid in detentie gehouden om zijn uitzetting naar Griekenland te waarborgen. Daarop verzocht Puid in een kort geding Duitsland te gelasten zich verantwoordelijk te verklaren voor de behandeling van zijn asielverzoek. Het Bundesamt verklaarde zijn asielverzoek niet-ontvankelijk en gelastte zijn overdracht aan Griekenland. Vervolgens werd Puid uitgezet naar Griekenland. De beslissing van het Bundesamt werd uiteindelijk nietig verklaard en Duitsland werd verplicht het haar bij artikel 3, lid 2, van de Europese verordening 343/2003 verleende evocatierecht uit te oefenen, met name gelet op de wijze waarop Griekenland asielzoekers opvangt en hun asielverzoeken behandelt.³³ Het Hof van Justitie oordeelde dat een lidstaat een asielzoeker niet mag overdragen aan de aanvankelijk als verantwoordelijk geïdentificeerde lidstaat indien wezenlijke gronden bestaan aan te nemen dat de belanghebbende daar een reëel risico zou lopen op onmenselijke of vernederende behandeling, welke in strijd is met artikel 4 van het Handvest. Met nationale handelingen die een lidstaat uitoefent op grond van een bevoegdheid gegeven in een Europese verordening voert die lidstaat dus het Unierecht uit.³⁴

3) Nationale handelingen die onder de materiële werkingssfeer van Nieuwetgeving vallen (*Küçükdeveci-lijn*)

De Mol definieert deze subcategorie als nationale bepalingen, die geschikt zijn ter verzekering van de overeenstemming van het nationale recht met het Unierecht.³⁵ Na inwerkingtreding

31 HvJ 22 november 2005, zaak C-144/04, (*Mangold*), punt 76. In de literatuur wordt de route die het Hof van Justitie inslaat met dit arrest als controversieel gezien. Zie: Waele, de en Kieft, 2010, maar zie ook: Mol, de, 2014, hoofdstuk 1. Deze dissertatie geeft een goed beeld hoe ingewikkeld de problematiek is ten aanzien van de directe werking van de Unierechtelijke grondrechten.

32 HvJ 14 november 2013, zaak C-4/11, (*Puid*).

33 Artikel 3, tweede lid, van verordening (EG) nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend, bepaalt dat in afwijking van het eerste lid elke lidstaat een bij hem ingediend asielverzoek van een onderdaan van een derde land kan behandelen, ook al is hij daartoe op grond van de in deze verordening neergelegde criteria niet verplicht. In dat geval wordt deze lidstaat de verantwoordelijke lidstaat in de zin van deze verordening en neemt hij de daaruit voortvloeiende verplichtingen op zich.

34 Zie ook: Interdepartementale Commissie Europees Recht ICER handleiding – nationale toepassing EU-grondrechtenhandvest maart 2014 onder I-B te vinden op: <https://ecer.minbuza.nl/ecer/bijlagen/icer/handleidingen/2014/icer-handleiding-nationale-toetsing-eu-handvest-grondrechten.html>.

35 Mol, de, 2012, p. 92.

van een Unieregeling verschieten zij van kleur en worden zij van zuiver nationale tot Unierechtelijke uitvoeringsmaatregelen. Het arrest *Kücükdeveci* is hiervan een voorbeeld.³⁶ Kücükdeveci was een werkneemster die door haar werknemer werd ontslagen met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn. De ter discussie staande Duitse regelgeving regelde een ontslagvergoeding waarbij was bepaald dat de dienstjaren vervuld in de leeftijd vijftientig jaar of jonger niet meetellen bij het berekenen van de opzegtermijn. Deze regeling valt onder de Europese kaderrichtlijn gelijke behandeling.³⁷ Hierdoor valt de nationale regeling binnen de werkingssfeer van het Unierecht en kan het Hof van Justitie de nationale regeling toetsen aan de algemene grondrechten, het Handvest en de richtlijn. Het arrest *Kücükdeveci* heeft tot veel discussie geleid.³⁸ Weliswaar hebben richtlijnen geen horizontale werking, maar algemene beginselen van Unierecht hebben dat wel en nationale rechters moeten deze algemene beginselen toepassen en deze bezien in samenhang met de richtlijnen waarin deze staan.³⁹ Nationale rechters moeten ook de effectieve werking waarborgen van richtlijnen die algemene beginselen van Unierecht concretiseren. Dat wil zeggen dat de uitleg van algemene beginselen van Unierecht die rechtstreekse werking hebben, in overeenstemming moeten zijn met de wijze waarop die beginselen in richtlijnen zijn neergelegd. Het Hof van Justitie lijkt in dit arrest het Handvest terugwerkende kracht te geven, in de zin dat het Hof van Justitie zich in deze zaak van vóór de inwerkingtreding van het Handvest bij de uitleg baseert op artikel 21 van het Handvest.⁴⁰

Een ander voorbeeld is de zaak *De Lange* waarbij artikel 6.30 van de Wet IB 2001 binnen de materiële reikwijdte van een richtlijn viel, zodat De Lange, die het niet eens was met de afwijzing van zijn aftrek van scholingsuitgaven, omdat hij de leeftijd van 30 jaar al had bereikt, een beroep kon doen op het Unierechtelijke non-discriminatiebeginsel.⁴¹ In de Finse zaak *C* viel dat anders uit.⁴² In Finland werd een aanvullende inkomstenbelasting geheven op inkomsten uit ouderdomspensioen. C. maakte hiertegen bezwaar. Het Hof van Justitie oordeelde dat die zaak buiten de reikwijdte van het Unierecht viel, omdat met de heffing van inkomstenbelasting geen enkele Unierechtelijke bepaling ten uitvoer werd gebracht.

4) Handelingen ter verzekering van het beginsel van loyale samenwerking

De laatste subcategorie betreft nationale maatregelen die dienen ter uitvoering van het in artikel 4, derde lid, van het VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking. Tot deze categorie zaken behoort ook de in de toelichting bij artikel 51 van het Handvest genoemde zaak *Karlsson*.⁴³ Het Hof van Justitie oordeelt in deze zaak expliciet dat de eisen van bescherming van de fundamentele rechten in de communautaire rechtsorde de

36 HvJ 19 januari 2010, zaak C-555/07, (*Kücükdeveci*).

37 De zaak betreft de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

38 Zie bijvoorbeeld: Emmerik, van, 2010, onder 7; en Werf, van der, 2016, onder 2.2.

39 Waele, de en Kieft 2010, p. 172 e.v.

40 Waele, de en Kieft 2010, p. 176 e.v.

41 HvJ 10 november 2016, zaak C-548/15, (*De Lange*), in punt 22 van dit arrest maakt het HvJ duidelijk dat artikel 6.30 van de Wet IB op grond waarvan de fiscale behandeling van scholingsuitgaven die door een persoon zijn gedaan, verschillend is naargelang van diens leeftijd valt binnen de materiële werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (artikel 3, eerste lid, onder b van de richtlijn).

42 HvJ 2 juni 2016, zaak C-122/15, (*C.*).

43 HvJ 13 april 2000, zaak C-292/97, (*Karlsson*).

lidstaten ook bij de *uitvoering van gemeenschapsregelingen* binden. Uit de zaak *N.S.* blijkt voorts dat als aan lidstaten een beoordelingsbevoegdheid is verleend, de lidstaten bij de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid de andere bepalingen van de verordening dienen na te leven.⁴⁴ Als een lidstaat gebruikmaakt van deze beoordelingsbevoegdheid, wordt het Unierecht ten uitvoer gebracht als bedoeld in artikel 51 van het Handvest.⁴⁵

4.3 De ERT-lijn

De tweede categorie zaken waarvan duidelijk is dat zij binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, zijn zaken die vallen onder de *ERT-lijn*.⁴⁶ Het gaat daarbij om de toepassing van grondrechten op nationale maatregelen die kwalificeren als een beperking (ook wel belemmering) van het vrije verkeer.⁴⁷ ERT, een Griekse radio- en televisieomroeponderneming, had van de Griekse staat exclusieve rechten toegekend gekregen voor de uitoefening van haar activiteiten. De vraag werd opgeworpen of het Griekse stelsel van exclusieve rechten op het gebied van televisie verenigbaar was met het recht op vrijheid van meningsuiting. De Griekse staat deed een beroep op de openbare orde ter verdediging van de toegekende rechten.⁴⁸ Uit dit arrest blijkt dat als sprake is van nationaal recht waarin een krachtens het Unierecht toegestane afwijking is opgenomen, de zaak onder de werkingssfeer van het Unierecht valt.⁴⁹ Het betreft nationale maatregelen die in beginsel in strijd zijn met een verbodsbepaling van het Unierecht, maar waarbij de overheid een beroep doet op een Unierechtelijke rechtvaardigingsgrond.⁵⁰ Een ander voorbeeld hiervan is de zaak *Pfleger*.⁵¹ Aan Pfleger was een bestuurlijke sanctie opgelegd, omdat hij kansspelautomaten had geëxploiteerd zonder vergunning. Het Hof van Justitie zag de Oostenrijkse wetgeving als een uitzondering op de vrijheid van dienstverrichting. Wanneer een lidstaat zich beroept op dwingende redenen van algemeen belang, met het oog op de regels die in de uitoefening de vrijheid van dienstverrichting kunnen belemmeren, moeten deze dwingende redenen worden uitgelegd in het licht van de algemene beginselen van Unierecht, in het bijzonder de fundamentele rechten die het Handvest voortaan garandeert. Deze categorie zaken betreft daarmee de directe werking van grondrechten ten aanzien van nationale regelingen die een beperking opleveren van het vrije verkeer.⁵² Een laatste voorbeeld is de zaak *Sopora*.⁵³ De in het buitenland (binnen de Unie) wonende Sopora werkte in Nederland en verzocht samen met zijn werkgever, die is gevestigd in Nederland, de toepassing van de 30%-regeling.⁵⁴

44 HvJ 21 december 2011, zaak C-411/10, (N.S.), punten 65 tot en met 67.

45 Lenaerts 2012, p. 379.

46 HvJ 18 juni 1991, zaak C-260/89, (ERT); zie ook: Mol, de, e.a. 2012, onder 2.3 en Snell 2015 onder 2.

47 Mol, de, 2013, onder 4.2.

48 HvJ 18 juni 1991, zaak C-260/89, (ERT), punt 42.

49 HvJ 18 juni 1991, zaak C-260/89, (ERT), punten 41 tot en met 45; Zie ook: HvJ 26 juni 1997, zaak C-368/95, (Familiapress), punt 24.

50 Fierstra 2013, p. 200; Eijdsen, van, 2014, onder 5.1.

51 HvJ 30 april 2014, zaak C-390/12, (Pfleger); Zie ook: 2014 Report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights, p. 155.

52 Mol, de, 2012, p. 54.

53 HvJ 24 februari 2015, zaak C-512/13, (Sopora).

54 De 30%-regeling houdt in dat een werkgever aan bepaalde werknemers onder bepaalde voorwaarden forfaitair 30% van het loon inclusief de vergoeding onbelast kan geven (gerichte vrijstelling) voor de extraterritoriale kosten. Een van de voorwaarden is dat de werknemer meer dan 150 kilometer van de grens van Nederland woonachtig is.

De Nederlandse belastingdienst wijst dit verzoek af, omdat Sopora niet voldeed aan het 150-kilometer criterium. Sopora beriep zich op het non-discriminatiebeginsel. De nationale maatregel zou een belemmering opleveren van het vrije verkeer van werknemers. De Nederlandse staat wierp op dat sprake is van nationaal recht dat zich beroept op een op grond van het Unierecht toegestane afwijking. Volgens artikel 45, lid 2, van het VWEU houdt het vrije verkeer van werknemers de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten, wat de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden betreft. Het Hof van Justitie oordeelde dat artikel 45 van het VWEU zich niet verzet tegen deze nationale wettelijke regeling, tenzij de grens van 150 kilometer zodanig is vastgesteld dat deze vrijstelling systematisch aanleiding geeft tot een duidelijke overcompensatie van de werkelijk gemaakte extraterritoriale kosten.

4.4 Derde lijn

Het houdt de gemoederen nog flink bezig of er naast de *Wachauf*-lijn en de *ERT*-lijn nog een derde categorie zaken bestaat waarbij sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht.⁵⁵ Aanleiding voor deze discussie betreft onder andere de zaak *Garage Molenheide*.⁵⁶ Het betreft een zaak waarin het Hof van Justitie het redelijk heeft geacht dat deze onder het Unierecht zou vallen, maar niet duidelijk motiveert waarom dat zo is. Molenheide exploiteerde een garagebedrijf. Bij controle van de administratie ontstond een vermoeden dat Molenheide's aangifte omzetbelasting onjuist en onvolledig was. Als gevolg van het vermoeden van belastingfraude werd het voor teruggaaf vatbare bedrag niet uitbetaald. De zaak betreft nationale invorderingsmaatregelen ter voorkoming van omzetbelastingfraude. Vervolgens werd de vraag opgeworpen of het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel op deze invorderingsmaatregelen van invloed kan zijn. Het Unierecht bevat geen specifieke verplichtingen met betrekking tot omzetbelastingfraude en de invordering van omzetbelasting. De nationale regeling van inhouding betreft geen uitvoering van Unierechtelijke verplichtingen. Deze zaak vertoont veel gelijkenis met de later gewezen zaak *Åkerberg Fransson*. In *Åkerberg Fransson* beslist het Hof van Justitie dat lidstaten verplicht zijn maatregelen te treffen ter waarborging van de volledige inning van de omzetbelasting en bestrijding van fraude met omzetbelasting. De zaak *Garage Molenheide* lijkt daarmee gewoon te vallen onder de *Wachauf*-lijn. Aanwijzingen voor een derde categorie zijn er, gelet op bijvoorbeeld het arrest *Åkerberg Fransson*, mijns inziens dan ook niet. Barkhuysen en Bos lijken wel aan te nemen dat een derde categorie bestaat, maar voegen daaraan toe dat toepassing van deze categorie niet snel wordt aanvaard.⁵⁷ Van Eijdsen ging eerst uit van een derde categorie, maar geeft in een latere publicatie aan dat over het bestaan van een derde categorie moet worden getwijfeld, omdat die zaken ook onder de andere categorieën kunnen worden geschaard.⁵⁸ De Mol neemt geen extra categorie aan.⁵⁹ A-G Bobek gaat in

55 Zie bijvoorbeeld: Barkhuysen en Bos 2014, p. 100; Eijdsen, van, 2014, onder 5.1 en Mol, de, 2012.

56 HvJ 18 december 1997, zaken C-286/94 (*Garage Molenweide*).

57 Barkhuysen en Bos 2014, p. 100.

58 Eijdsen, van, 2014, onder 5.1 (nog wel aanname mogelijk derde categorie); annotatie van J.A.R. Eijdsen bij HR 9 november 2018, nr. 16/02230, *BNB* 2019/19 (geeft aan dat twijfel bestaat over het bestaan van een derde categorie).

59 Mol, de, 2012, p. 13 en 33.

de conclusie bij de zaak *Ispas* evenmin uit van een derde categorie.⁶⁰ Weliswaar benoemt de advocaat-generaal drie scenario's maar deze drie scenario's, passen alle drie binnen de *Wachauf*- en *ERT*-lijn.

4.5 Alles binnen één lidstaat

In een aantal situaties is het denkbaar dat alle aspecten van een zaak zich afspelen binnen één lidstaat en toch sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht. Het Hof van Justitie laat in de zaak *Ullens de Schooten* zien in welke vier situaties daarvan sprake is.⁶¹

1) Uitlegging van fundamentele vrijheden, waarvan de gevolgen wellicht niet beperkt zijn tot één lidstaat

De eerste situatie betreft de uitlegging van fundamentele vrijheden in een zaak waarbij alle elementen zich binnen één lidstaat afspelen, maar waarvan de gevolgen van deze uitleg zich niet beperken tot één lidstaat.⁶² Van een dergelijke situatie is bijvoorbeeld sprake in de zaak *Pérez*.⁶³ In deze zaak wilden verschillende gediplomeerde Spaanse apothekers een nieuwe apotheek vestigen in de autonome Spaanse regio Asturië. Alle aspecten vonden daarmee plaats in één lidstaat, Spanje. Het decreet dat de mogelijkheid van vestiging bepaalde, was zonder onderscheid van toepassing op zowel Spaanse onderdanen als op burgers uit andere lidstaten. Aangezien de situatie verband hield met het handelsverkeer tussen de lidstaten en het niet ondenkbaar is dat ook burgers uit andere lidstaten in deze regio van Spanje een apotheek willen exploiteren, valt de zaak onder de gewaarborgde fundamentele vrijheden. Zo ook de zaak *Citroën Belux*.⁶⁴ De belanghebbende is hier de invoerder van voertuigen van het merk Citroën in België. Eind 2010 lanceerde belanghebbende een reclamecampagne waarin een gratis verzekering voor zes maanden werd aangeboden. Een gezamenlijk aanbod van een verzekering en tegelijk de aankoop van een auto is in België verboden. Een dergelijk verbod is strenger dan richtlijn 2005/29. Deze nationale regeling is van toepassing op nationale marktdeelnemers en op marktdeelnemers uit andere lidstaten. Het Hof van Justitie plaatst deze zaak in het kader van het vrije verkeer van diensten. Het overweegt vervolgens dat niet kon worden uitgesloten dat in andere lidstaten dan het Koninkrijk België gevestigde ondernemingen belangstelling tonen in laatstbedoelde lidstaat om gezamenlijke aanbiedingen te doen als die in het hoofdgeding aan de orde zijn. Daarom moet worden onderzocht of het verbod op gezamenlijke aanbiedingen zoals aan de orde, in overeenstemming is met artikel 56 van het VWEU.

2) Uitlegging van bepalingen die de fundamentele vrijheden raken en die niet alleen van toepassing zijn op nationale burgers, maar ook op burgers van andere lidstaten

De tweede situatie waarbij alle elementen in een zaak zich binnen één lidstaat afspelen, maar toch sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht, betreft de uitlegging

60 Conclusie A-G Bobek van 7 september 2017 in de zaak C-298/16, (*Ispas*), punt 32.

61 HvJ 15 november 2016, zaak C-268/15, (*Ullens de Schooten*); zie ook de annotatie van M. Fierstra bij dit arrest in *SEW* 2017/5; zie ook: Bogaert, van den, e.a., 2017, onder 1.4.

62 HvJ 15 november 2016, zaak C-268/15, (*Ullens de Schooten*), punt 50; HvJ 5 december 2013, zaken C-159/12 tot en met C-161/12, (*Venturini*), punten 25 en 26; HvJ 1 juni 2010, zaken C-570/07 en 571/07, (*Pérez*), punt 40; HvJ 18 juli 2013, zaak C-265/12, (*Citroën Belux*), punt 32 e.v.

63 HvJ 1 juni 2010, zaken C-570/07 en 571/07, (*Pérez*), punt 40.

64 HvJ 18 juli 2013, zaak C-265/12, (*Citroën Belux*), punt 32 e.v.

van de bepalingen, die de fundamentele vrijheden raken en die niet alleen van toepassing zijn op de eigen burgers, maar ook op de burgers van andere lidstaten.⁶⁵ Een voorbeeld betreft de zaak *Libert*.⁶⁶ Deze Belgische belanghebbende (woonachtig in België) verzocht het grondwettelijk Hof een decreet te vernietigen op grond waarvan het recht onroerende zaken te kopen of te verkopen is beperkt. Aangezien de regeling niet alleen van toepassing is op Belgische burgers, maar de beslissing ook ten aanzien van burgers uit andere lidstaten effect zal sorteren, wordt het Unierecht ten uitvoer gebracht.

3) Uitlegging van de fundamentele vrijheden wanneer aan een burger van die lidstaat dezelfde rechten worden toegekend als die een burger van een andere lidstaat in diezelfde situatie aan het Unierecht zou ontnemen

De derde situatie ziet op zaken waarin alle elementen zich in één lidstaat afspelen, maar uitlegging van de fundamentele vrijheden noodzakelijk is en waarbij de burgers van die lidstaat dezelfde rechten krijgen als die een burger uit een andere lidstaat aan het Unierecht kan ontnemen.⁶⁷ Van een dergelijke situatie is sprake in bijvoorbeeld de zaak *Guimont*.⁶⁸ Guimont krijgt in Frankrijk op basis van een Frans decreet een boete voor het voor de verkoop aanwezig hebben van een levensmiddel met misleidende etikettering: 'Emmentaler'. Discussie ontstond of het decreet verenigbaar was met de artikelen 3 en 30 e.v. van het EG-Verdrag. Deze nationale regeling zorgde ervoor dat het gebruik van de algemeen gangbare soortnaam van een product voor de desbetreffende producten uit andere lidstaten afhankelijk is van bepaalde voorwaarden. Hiermee wordt de invoer van uit andere lidstaten afkomstige producten in de betrokken lidstaat niet volledig uitgebannen, maar kan niettemin de verkoop van die producten worden bemoeilijkt en bijgevolg de handel tussen de lidstaten worden belemmerd. De regeling is bedoeld voor de burgers uit de andere lidstaten maar ook van toepassing op burgers uit de eigen lidstaat. Een vergelijkbare situatie deed zich voor in de zaak *Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia*.⁶⁹ Op grond van een nationale Italiaanse bepaling werden twee Italiaanse ingenieurs, die hun titel in Italië hebben behaald, uitgesloten van bouwwerkzaamheden die een duidelijk artistiek belang hadden of die verband hielden met de restauratie en de renovatie van gebouwen van cultureel belang. Ingenieurs uit andere lidstaten konden op grond van richtlijn 85/384 niet voor dergelijke werkzaamheden worden geweigerd. Alhoewel hier sprake is van een interne situatie waarop de richtlijn niet van toepassing is, kan het Hof van Justitie de richtlijn uitleggen als het nationale recht voorschrijft dat de eigen burgers over dezelfde rechten dienen te beschikken als de burgers uit andere lidstaten.

4) Interne situaties waarbij gekozen is voor dezelfde aanpak als in het Unierecht

Ten slotte de vierde en laatste situatie. De elementen spelen zich weer allemaal af in één lidstaat, maar de lidstaat heeft voor interne situaties voor eenzelfde aanpak gekozen als

65 HvJ 15 november 2016, zaak C-268/15, (Ullens de Schooten), punt 51.

66 HvJ 8 mei 2013, zaak C-197/11 en C-203/11, (Libert), punt 35.

67 HvJ 15 november 2016, zaak C-268/15, (Ullens de Schooten), punt 52.

68 HvJ 5 december 2000, zaak C-448/98, (Guimont), punt 23.

69 HvJ 21 februari 2013, zaak C-111/12, (Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia), punt 35; Zie ook: HvJ 21 juni 2012, zaak C-84/11, (Susisalo), punt 20 en Snell 2015, onder 2.

het Unierecht.⁷⁰ Een voorbeeld van een dergelijke situatie is de zaak *Leur-Bloem*.⁷¹ Leur-Bloem was enig aandeelhouder en directeur van twee Nederlandse BV's en voornemens de aandelen in een derde BV te verkrijgen door een ruil met de aandelen in de eerste twee BV's. Leur-Bloem verzocht de Nederlandse belastingdienst de ruil aan te merken als aandelenfusie, zodat zij kon profiteren van een belastingvrijstelling. Discussie ontstond over het begrip aandelenfusie. Het Hof van Justitie overwoog dat het begrip 'aandelenfusie' is overgenomen in de nationale wetgeving tot omzetting van de richtlijn en dat het mede van toepassing is verklaard op vergelijkbare zuiver interne situaties.⁷² Wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het Gemeenschapsrecht gekozen oplossingen heeft de Europese Unie belang bij het eenduidig uitleggen van de overgenomen bepalingen of begrippen van het Unierecht ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst. Een vergelijkbare zaak is de zaak *Allianz Hungária Biztosító*.⁷³ Allianz is een verzekeringsmaatschappij die eenmaal per jaar afspraken maakt over voorwaarden en tarieven met reparatiebedrijven voor de reparatie van auto's. De dealers die zowel als tussenpersoon optraden voor de verzekeraar als ook degenen waren die reparaties uitvoerden, waren in overtreding van de nationale wetgeving. De nationale wetgeving was echter nagenoeg gelijklopend aan artikel 101, eerste lid, van het VWEU. Met dezelfde overweging als in de zaak *Leur-Bloem* acht het Hof van Justitie zich bevoegd.

4.6 De Annibaldi-ondergrens

Uit onder andere de zaak *Annibaldi* blijkt dat sprake is van een ondergrens.⁷⁴ Het verzoek van Annibaldi tot toekenning van een vergunning voor het aanleggen van een boomgaard binnen de omtrek van een regionaal natuur- en archeologisch park is afgewezen. Annibaldi stelde beroep in, omdat hij van mening was dat sprake was van onteigening zonder schadeloosstelling. Uit deze zaak blijkt dat het Unierecht niet van toepassing is wanneer de lidstaten niet handelen binnen het kader van de bevoegdheden van de Europese Unie en er geen specifiek verband bestaat tussen de nationale regeling en het Unierecht. Fontanelli neemt daarbij aan dat de gehanteerde norm in de zaak *Annibaldi* een ondergrens is voor de aanname dat een zaak wellicht onder de werkingssfeer van het Unierecht valt.⁷⁵ Nationale normen, waarvan niet kan worden geconcludeerd dat deze de uitvoering beogen van een Unierechtelijke bepaling en welke normen slechts indirect hetzelfde onderwerp aanstippen als specifieke Uniewetgeving en welke normen daarbij verschillende doelen nastreven, zijn niet aan te merken als vallend binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Uit de zaak *Polier* is af te leiden dat indirecte gemeenschappelijke doeleinden onvoldoende

70 HvJ 15 november 2016, zaak C-268/15, (Ullens de Schooten), punt 53.

71 HvJ 17 juli 1997, zaak C-28/95, (Leur-Bloem), punten 27 en 32; Zie ook: HvJ 18 oktober 1990, zaken C-297/88 en C-197/89, (Dzodzi), punten 36, 37 en 41.

72 De overweging van het HvJ betrof richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten (PB 1990, L 225).

73 HvJ 14 maart 2013, zaak C-32/11, (Allianz Hungária Biztosító), punt 20.

74 HvJ 18 december 1997, zaak C-309/96, (Annibaldi); zie ook: Mol, de, e.a. 2012, onder 2.4; Werf, van der, 2016, onder 2.2.

75 Fontanelli 2014, p. 204, 205 (Fontanelli is Lecturer in International Economic Law, University of Edinburgh).

zijn om een zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht te brengen.⁷⁶ In de zaak *Siragusa* overweegt het Hof van Justitie nadrukkelijk dat er een zeker verband moet bestaan welke band verdergaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken nationale en Unierechtelijke materies voor het inroepen van de bescherming van het Handvest.⁷⁷ Een mogelijke schending van de grondrechten, waaronder een mogelijke schending van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel, kan niet leiden tot het ten uitvoer brengen van het Unierecht.⁷⁸ A-G Bobek geeft dit in zijn conclusie in de zaak *Ispas* op fraaie wijze weer:⁷⁹

“29. Het uitgangspunt is duidelijk: de grondrechten van de Unie, zowel die welke zijn neergelegd in het Handvest als die welke de status van algemeen beginsel van Unierecht hebben gehouden, kunnen toepassing vinden in alle situaties die door het Unierecht worden beheerst, maar niet daarbuiten. Met andere woorden, de grondrechten van de Unie moeten worden geëerbiedigd wanneer een nationale regeling binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, zodat er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt maar die grondrechten geen toepassing vinden. De grondrechten worden met recht de „schaduw” van het Unierecht genoemd.

30. Dit betekent echter ook dat er, los van en verschillend van het grondrecht zelf, een Unierechtelijke regel van toepassing moet zijn. De bepalingen van het Handvest (of een specifiek grondrecht) kunnen op zich niet worden aangevoerd als grondslag voor de bevoegdheid van het Hof. Met andere woorden, een schaduw kan niet zelf een schaduw werpen.”

4.7 Alles komt samen in Åkerberg Fransson

Op 26 februari 2013 heeft het Hof van Justitie arrest gewezen in de zaak *Åkerberg Fransson* over de reikwijdte van het Unierecht.⁸⁰ Aan Åkerberg Fransson, een Zweedse visser, werd een fiscale boete opgelegd wegens het niet-nakomen van Btw-verplichtingen. In geschil was of sprake was van schending van het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ne bis in idem-beginsel.⁸¹ Hierbij was de eerste vraag die beantwoording behoeftte of deze zaak wel onder het toepassingsbereik van het Handvest viel.⁸² De advocaat-generaal achtte dit niet het geval, het Hof van Justitie wel. De Zesde richtlijn (richtlijn 77/388), die de harmonisatie van de wetgeving inzake de omzetbelasting regelt, is de enige link in deze zaak met het Unierecht. Deze richtlijn bevat echter geen bepalingen ten aanzien van handhaving. In de richtlijn is niets geregeld over het opleggen van bestuurlijke boeten of andere sancties indien een belastingplichtige zijn Btw-verplichtingen niet nakomt. Voor de beantwoording van de vraag of de zaak *Åkerberg Fransson* valt onder het toepassingsgebied van het Unierecht, stelt het Hof van Justitie een drietal vragen om erachter te komen of voldoende verband bestaat tussen het nationale recht en het Unierecht. In de eerdere zaak

⁷⁶ Fontanelli 2014, p. 205; HvJ 16 januari 2008, zaak C-361/07, (Polier).

⁷⁷ HvJ 6 maart 2014, zaak C-206/13, (*Siragusa*), punt 24.

⁷⁸ Conclusie A-G Bobek van 7 september 2017 in de zaak C-298/16, (*Ispas*), punten 29 en 30; zie ook Kokott en Sabotta, 2015, onder III.

⁷⁹ Conclusie A-G Bobek van 7 september 2017 in de zaak C-298/16, (*Ispas*), punten 29 en 30.

⁸⁰ HvJ 26 februari 2013, zaak C-617/10, (*Åkerberg Fransson*); zie ook: Snell 2015, onder 4.

⁸¹ Fierstra 2013, onder feitelijk kader.

⁸² Fierstra 2013; zie ook de annotatie van J.A.R. van Eijdsen bij HvJ 26 februari 2013, zaak C-617/10, (*Åkerberg Fransson*) in BNB 2014/15 onder 5 en Richardson 2017, onder 4.2.

Annibaldi (1997) beantwoordt het Hof van Justitie deze drie vragen ook. Van een nieuwe lijn is dus geen sprake. De drie vragen zijn:⁸³

1. Beoogt de lidstaat met de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling?
2. Wat is de aard van de nationale regeling?
3. Streeft de nationale regeling andere doelstellingen na dan die waarop het Unierecht ziet?

Het Hof van Justitie construeert een noodzakelijke link met het Unierecht via drie constatering:

1. Het stelsel van belasting over de toegevoegde waarde is gebaseerd op Europese richtlijnen.⁸⁴
2. Uit artikel 4, derde lid, van het VEU vloeit voort dat iedere lidstaat alle wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen dient te treffen om te waarborgen dat de BTW op zijn grondgebied volledig wordt geïnd.
3. Artikel 325 van het VWEU bepaalt dat de lidstaten onwettige activiteiten, waardoor de financiële belangen van de Europese Unie worden geschaad, moeten bestrijden met maatregelen die afschrikkend werken en doeltreffend zijn en zij moeten, in het bijzonder ter bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Europese Unie worden geschaad, dezelfde maatregelen treffen als die zij treffen ter bestrijding van fraude waardoor hun eigen financiële belangen worden geschaad.

Hierbij benadrukt het Hof van Justitie dat de BTW deel uitmaakt van de eigen middelen van de Unie.⁸⁵ Het Hof van Justitie overweegt vervolgens ook dat het verband tussen de nationale wet- en regelgeving en het Unierecht verder moet gaan dan dicht bij elkaar liggende onderwerpen of een indirecte invloed van het ene onderwerp op het andere (dus verder dan de *Annibaldi*-ondergrens). De zaak *Åkerberg Fransson* laat zien dat 'het ten uitvoer brengen van het Unierecht' niet eng moet worden uitgelegd. Deze zaak laat zien dat het Handvest ook van toepassing is op nationale bepalingen die onafhankelijk van het Unierecht bestaan, maar wel gebruikt worden om de Unierechtelijke norm ten uitvoer te brengen.⁸⁶ Dit betekent dat het toepassingsbereik van het Handvest voor Nederlandse fiscale zaken ruim is geworden. Het arrest maakt ook duidelijk dat in situaties die vallen onder het ten uitvoer brengen van het Unierecht nationale wetgeving wel meer bescherming mag bieden dan de grondrechten in het Handvest, maar niet minder. De zaak *Siragusa*

83 HvJ 18 december 1997, zaak C-309/96, (*Annibaldi*), punten 21 tot en met 23; Zie ook: HvJ 8 november 2012, zaak C-40/11, (*Iida*), punt 79 en HvJ 8 mei 2013, zaak C-87/12, (*Ymeraga*), punt 41.

84 Voor de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake de omzetbelasting achtereenvolgens: Zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lid- Staten inzake omzetbelasting - Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag en richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (Btw-richtlijn).

85 Zie artikel 2 van het Besluit 2007/436/EG, Euratom van de Raad van 7 juni 2007 betreffende het stelsel van eigen middelen van de Europese Gemeenschappen; daarvoor: artikel 2 van het Besluit 2000/597/EG, Euratom van de Raad van 29 september 2000 betreffende het stelsel van eigen middelen van de Europese Gemeenschappen; en daarvoor: artikel 2 van het Besluit 94/728/EG, Euratom van 31 oktober 1994 betreffende het stelsel van eigen middelen van de Europese Gemeenschappen.

86 Eijdsen, van, 2014, onder 5.

bevestigt de *Åkerberg Fransson*-benadering.⁸⁷ Het Hof van Justitie brengt in die zaak in herinnering dat het begrip ‘ten uitvoer brengen van het Unierecht’ in de zin van artikel 51 van het Handvest vereist dat een zekere mate van verband bestaat dat verdergaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere en beantwoordt daarna de drie vragen die ook in *Åkerberg Fransson* werden beantwoord teneinde te bepalen of het Unierecht ten uitvoer werd gebracht.

4.8 Artikel 51 van het Handvest

De jurisprudentie van het Hof van Justitie geeft geen volledige duidelijkheid over de vraag wanneer sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht. Voor een groot aantal situaties bestaat duidelijkheid, maar er bestaat ook een ‘grijs’ gebied. Artikel 51 van het Handvest brengt mee dat de bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Daarom zal in deze paragraaf worden bezien of artikel 51, eerste lid, van het Handvest meer duidelijkheid biedt.

Met betrekking tot de tekst van artikel 51 van het Handvest valt op dat dit artikel *uitsluitend* tot de lidstaten is gericht daar waar zij ‘het recht van de Europese Unie ten uitvoer brengen’ en dat dit artikel geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie schept en het ook niet de in de verdragen omschreven bevoegdheden en taken wijzigt. Blijkens de toelichting bij dit artikel is het doel van dit artikel de werkingssfeer van het Handvest af te bakenen. Wat de lidstaten betreft, blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie ondubbelzinnig dat de verplichting tot eerbiediging van de in het kader van de Europese Unie vastgestelde grondrechten alleen geldt voor de lidstaten wanneer deze optreden binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Hierbij verwijst de toelichting naar de zaken *Wachauf*, *ERT* en *Annibaldi*.⁸⁸ Opvallend is dat de tekst van artikel 51 van het Handvest, die rept van, ‘ten uitvoer brengen van het Unierecht’ en de toelichting bij het Handvest, die spreekt over, ‘binnen het toepassingsgebied’ verschillend zijn. De tekst en toelichting werpen daarmee vooral vragen op. De grammaticale interpretatie geeft geen extra duidelijkheid over het antwoord op de vraag wanneer het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht.

De vraag is of de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 51 van het Handvest meer duidelijkheid kan geven. Uit de verschillende concepten van het Handvest blijkt dat de formulering van artikel 51, eerste lid, van het Handvest een aanzienlijk geschilpunt was tijdens de ontwerpfase van het Handvest. Verschillende formuleringen zijn de revue gepasseerd. Het concept van 15 februari 2000 hield in:⁸⁹

*“They are binding on the Member States only where the latter transpose or apply the law of the Union.”*⁹⁰

87 HvJ 6 maart 2014, zaak C-206/13, (*Siragusa*), punten 24 en 25; zie ook: Kokott en Sabotta, 2015, onder III en Snell 2015, onder 4.

88 HvJ 13 juli 1989, zaak C-5/88, (*Wachauf*); HvJ 18 juni 1991, zaak C-260/89, (*ERT*); HvJ 18 december 1997, zaak C-309/96, (*Annibaldi*).

89 Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, fundamental.rights@consilium.eu.int, Brussels, 15 February 2000 (16.02) (OR. f), CHARTE 4123/1/00 REV 1, CONVENT 5, p. 9 en 10.

90 Vertaling: zij zijn bindend voor de lidstaten wanneer zij het Unierecht omzetten of toepassen.

Blijkens de toelichting op deze versie was het de bedoeling met deze tekst de reikwijdte van het Handvest weer te geven en te vermijden dat lidstaten het Handvest toepassen wanneer zij binnen hun eigen jurisdictie handelen. Hierbij vormde de jurisprudentie van het Hof van Justitie de inspiratiebron en werd verwezen naar de zaken *Cinéthèque* en *Kremzow* waarin het Hof van Justitie het volgende heeft overwogen:

“26 Weliswaar heeft het Hof tot taak, de eerbiediging van de grondrechten op de door het gemeenschapsrecht geregelde gebieden te verzekeren, doch het is niet bevoegd om de verenigbaarheid met het Europees Verdrag te beoordelen van een nationale wet, die gelijk in casu, betrekking heeft op een gebied dat onder de bevoegdheid van de nationale wetgever valt.”⁹¹

“15 Uit de rechtspraak van het Hof (...) vloeit tevens voort dat, wanneer een nationale wettelijke regeling binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht komt, het Hof, ingeval het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens moet verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om te kunnen beoordelen of die regeling verenigbaar is met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, in het bijzonder die welke in het EVRM zijn neergelegd. Het Hof heeft die bevoegdheid echter niet ten aanzien van een wettelijke regeling die niet binnen het kader van het gemeenschapsrecht valt.”⁹²

Deze passages laten zien dat artikel 51 van het Handvest de scheiding moet regelen tussen zaken die onder de bevoegdheid van de nationale rechter vallen en zaken die binnen het toepassingsgebied van het Unierecht komen. Deze passages geven echter ook geen absolute duidelijkheid over waar de grens ligt. Het commentaar geeft verder aan dat, alhoewel de Europese Unie eerbiediging van de grondrechten in het kader van haar eigen gebieden van bevoegdheid moet garanderen, het Handvest geen uitbreiding van de bevoegdheden van de Europese Unie betreft.

In de conceptversie van het Handvest van 8 maart 2000 was de tekst gewijzigd in:⁹³

“and to the Member States when implementing Community law.”⁹⁴

Daarbij wordt wederom opgemerkt dat het niet de bedoeling is op deze wijze nieuwe bevoegdheden voor de Europese Unie vast te stellen.

De volgende conceptversie is van april 2000.⁹⁵ Hierin is opgenomen:

*“1. (...) and also to the Member States exclusively within the framework of implementing Community law.
2. They shall not establish any competence or any new task for the Community or the Union.”⁹⁶*

91 HvJ 11 juli 1985, zaken 60/84 en 61/84, (*Cinéthèque*), punt 26; zie ook: Snell 2015, onder 2.

92 HvJ 29 mei 1997, zaak C-299/95, (*Kremzow*), punt 15.

93 Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, fundamental.rights@consilium.eu.int, Brussels, 8 march 2000 (13.03) (OR. fr), CHARTE 4149/00, CONVENT 13, p. 2.

94 Vertaling: en aan de lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen.

95 Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, fundamental.rights@consilium.eu.int, Brussels, 18 april 2000 (19.04) (OR. fr), CHARTE 4235/00, CONVENT 27, p. 1.

96 Vertaling: 1. (...) ... en ook aan de lidstaten uitsluitend binnen het kader van de uitvoering van het Unierecht. 2. Zij stellen geen nieuwe bevoegdheid of taak vast voor de Unie.

Weer een maand later in mei 2000 is de volgende versie van het Handvest gereed en een vierde versie van het latere artikel 51.⁹⁷

*“and to the Member States exclusively within the scope of Union law.”*⁹⁸

De toelichting bij deze conceptversie van het Handvest geeft slechts aan dat het Handvest alleen van toepassing is op zaken die onder de bevoegdheid en de taken van de Europese Unie vallen. Meerdere leden van de Conventie vonden dit tekstvoorstel te ruim en te vaag.⁹⁹ Ter voorkoming van het risico van een te ruime reikwijdte, is de verwijzing naar de zaak *Annibaldi* opgenomen en werd in de voorstellen daarna van juni en juli 2000 teruggegrepen naar de eerder gebruikte versie van april 2000, die de opstellers als restrictiever zien en waarin was neergelegd dat het Handvest uitsluitend van toepassing is voor de lidstaten binnen het kader van de uitvoering van het Unierecht.¹⁰⁰ De versie van 28 juli 2000 was de eindversie van het Handvest.¹⁰¹ Deze is in zijn geheel nog neergelegd in een versie van oktober 2000. De tekst van artikel 51 van het Handvest is daarbij niet meer veranderd.

Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat het formuleren van de tekst van artikel 51, eerste lid, van het Handvest en het bepalen van de exacte reikwijdte van het Unierecht niet eenvoudig is geweest. Dat over deze reikwijdte discussie bestaat, is dan ook niet verwonderlijk. Daarom is gekozen voor een algemene formulering waarvan de grenzen op grond van de grammaticale en historische interpretatie niet duidelijk zijn. Het wisselen van de formulering bevestigt ook dat de tekst op zichzelf geen volledige duidelijkheid zal geven over de inhoud van dit artikel. Wel blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 51 van het Handvest dat dient te worden aangesloten bij de vraag of een zaak onder de reikwijdte van het Handvest valt en bij de vraag of de zaak valt binnen de bevoegdheden en taken van de Unie. Hierbij wordt een link gelegd met het later te bespreken subsidiariteitsbeginsel. Daarbij is duidelijk dat ten minste een link moet bestaan met het Unierecht en dat het Handvest de reikwijdte van het Unierecht niet heeft willen uitbreiden.

Ten slotte wordt artikel 51, eerste lid, van het Handvest nader bezien vanuit een teleologisch benadering, omdat het Hof van Justitie regelmatig teleologische interpretatie gebruikt bij de uitleg van het Unierecht. Hiervoor is kennis over doel en functie van het Handvest nodig. Von Danwitz en Paraschas zeggen hierover het volgende:¹⁰²

“From a teleological point of view, the underlying purpose of the Charter is to include within a single, easily understandable document a catalogue of fundamental rights that limits the authority of the European Union, its bodies and institutions, and the exercise of their authority

97 Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, fundamental.rights@consilium.eu.int, Brussels, 16 may 2000 (18.05) (OR. fr), CHARTE 4316/00, CONVENT 34, p. 9.

98 Vertaling: en tot de lidstaten uitsluitend binnen de werkingssfeer van het Unierecht.

99 Danwitz, von en Paraschas 2017, p. 1403.

100 Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, fundamental.rights@consilium.eu.int, Brussels, 23 june 2000 (OR. fr), CHARTE 4373/00, CONVENT 40; Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, fundamental.rights@consilium.eu.int, Brussels, 15 July 2000 (OR. fr), CHARTE 4422/00, CONVENT 45.

101 Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, fundamental.rights@consilium.eu.int, Brussels, 11 october 2000 (OR. fr), CHARTE 4473/00, CONVENT 49, p. 45, 46 en 47.

102 Danwitz, von en Paraschas 2017, p. 1400.

in the same way in which, at the national level, the authority of Member States is bound by the fundamental rights included in their respective constitutions. Therefore, the function of the Charter is to ensure, in the first place, that the European Union, its bodies and its institutions, are constitutionally bound by a catalogue of fundamental rights, which will be applied and enforced by the Court. This catalogue of fundamental rights equally applies to Member States."¹⁰³

Von Danwitz en Paraschas zijn, gelet op dit citaat, van mening dat de functie van het Handvest in eerste instantie gelegen is in het binden van de instellingen, organen en instanties van de Europese Unie aan de in het Handvest neergelegde grondrechten.¹⁰⁴ Daarnaast worden de lidstaten ook gebonden aan de in het Handvest neergelegde grondrechten als sprake is van de uitvoering van het Unierecht. Hierdoor wordt een uniforme uitleg van het Unierecht bewerkstelligt. De opstellers van het Handvest hebben de werking van het Handvest, in ieder geval wat de lidstaten betreft, willen beperken tot situaties die verband houden met het Unierecht. Uitvoering van het Unierecht dient dus in alle lidstaten hetzelfde te gebeuren.

De grammaticale, historische en teleologische interpretatiemethoden geven niet meer duidelijkheid over de grenzen van het ten uitvoer brengen van het Unierecht dan de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit punt.¹⁰⁵ De historische interpretatie laat zien dat de formulering van artikel 51, eerste lid, van het Handvest voor veel discussie heeft gezorgd. De formulering is zeer algemeen. Wel blijkt uit de grammaticale interpretatie en de toelichting op dit artikel dat de zaken die vallen onder de Wachauf-lijn en de ERT-lijn nog immer zijn aan te merken als zaken waarbij het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. De Annibaldi-lijn geeft de ondergrens aan. De teleologische interpretatie laat zien dat het van groot belang is dat alle lidstaten het Unierecht in alle lidstaten gelijk uitleggen. Als een nationale interpretatie de uniformering van het Unierecht in gevaar brengt, zal een zaak vallen onder het ten uitvoer brengen van het Unierecht.

4.9 Samenvatting en conclusie

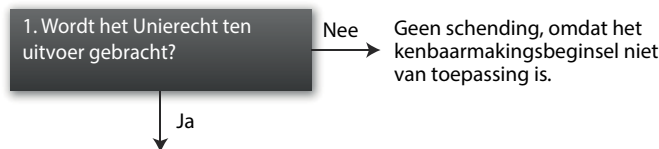
Unierechtelijke beginselen kunnen rechtsreeks werken waardoor een belanghebbende ten overstaan van de nationale rechter een beroep kan doen op een dergelijk beginsel. Ten aanzien van het kenbaarmakingsbeginsel heeft het Hof van Justitie expliciet geoordeeld dat dit grondrecht rechtstreekse werking heeft. Rechtstreekse werking is alleen mogelijk als een lidstaat in een zaak gebonden is aan het Unierecht. Hiervan is sprake als het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. In een zaak waarin discussie bestaat over het kenbaarmakingsbeginsel dient eerst de vraag te worden beantwoord of het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. Alleen als het antwoord op die vraag ja is, kan de belanghebbende een beroep doen op het

¹⁰³ Vertaling: Vanuit een teleologisch oogpunt is het onderliggende doel van het Handvest om met één gemakkelijk te begrijpen document een catalogus van grondrechten te creëren, die het gezag van de Europese Unie, haar organen en instellingen en de uitoefening van hun gezag op dezelfde wijze beperkt als dat op nationaal niveau, de autoriteiten van de lidstaten gebonden zijn door de grondrechten die zijn opgenomen in hun respectievelijke grondwetten. Daarom is het Handvest in de eerste plaats bedoeld om ervoor te zorgen dat de Europese Unie, haar organen en haar instellingen grondwettelijk gebonden zijn door een catalogus van grondrechten, die door het Hof zal worden toegepast en gehandhaafd. Deze catalogus van fundamentele rechten is in gelijke mate van toepassing op de lidstaten.

¹⁰⁴ Prof. Dr. Thomas von Danwitz, rechter HvJ, K. Paraschas, juridisch secretaris HvJ.

¹⁰⁵ Zie ook: Snell 2015, onder 3.

kenbaarmakingsbeginsel. Als het antwoord nee is, dan is het kenbaarmakingsbeginsel in die zaak niet van toepassing. Hiermee kan de eerste stap worden geformuleerd van een stappenplan dat in dit onderzoek is ontwikkeld als een belanghebbende in een procedure een beroep doet op het kenbaarmakingsbeginsel:



Figuur 6

In situaties die onder de *Wachauf*-lijn of de *ERT*-lijn vallen, wordt het Unierecht ten uitvoer gebracht. Duidelijk is dat met het douanerecht en antidumpingrechten het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. Hoe dit uitpakt voor de verschillende fiscale rechtsgebieden zal moeten worden uitgezocht (paragraaf 8.2). Voor het ten uitvoer brengen van het Unierecht is in ieder geval niet voldoende dat sprake is van een grensoverschrijdend element in een zaak. Er moet voldoende binding bestaan met het Unierecht (*Annibaldi*). In een zaak waarin geen grensoverschrijdende elementen zijn, kan toch sprake zijn van het ten uitvoer brengen van het Unierecht (*Ullens de Schooten*). Uit onder andere de zaken *Åkerberg Fransson*, en *Siragusa* blijkt, dat ter bepaling of sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht een drietal vragen kunnen worden gesteld:

1. Beoogt de lidstaat met de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling?
2. Wat is de aard van de nationale bepaling?
3. Streeft de nationale bepaling geen andere doelstellingen na dan die waarop het Unierecht ziet?

Deze vragen zijn daarbij mijns inziens een hulpmiddel, waarbij een bevestigend antwoord op de eerste vraag duidelijkheid geeft. Bij een ontkennend antwoord zullen de open tweede vraag en de deels open derde vraag meer duidelijkheid moeten geven. Ter beantwoording van de vraag of het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht, is soms gedetailleerde kennis van een zaak noodzakelijk en de vraag is niet in alle zaken eenvoudig te beantwoorden.¹⁰⁶ Bovendien bestaat onduidelijkheid over de exacte grenzen van het toepassingsgebied van het Unierecht. Zowel de grammaticale, historische als teleologische interpretatiemethode ten aanzien van artikel 51 van het Handvest geven weinig duidelijkheid over deze grenzen. Deze onduidelijkheid roept de vraag op of het voor de belastingdienst mogelijk is het kenbaarmakingsbeginsel in alle gevallen waarin het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht, toe te passen en in de andere gevallen niet.

¹⁰⁶ Zie ook: Conclusie A-G Bobek van 7 september 2017 in de zaak C-298/16 (*Ispas*), punt 58 e.v.

