

## Verwachtingen *managen*: het EU-Handvest in de Nederlandse fiscaliteit

*Verslag van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap over het thema "EU-Handvest in de Nederlandse fiscaliteit", gehouden op 20 september 2018 te Den Haag*

Mr. E.J.F.C. van Nijnatten<sup>1</sup>

### 1. Opening

Op 20 september 2018 werd in Hotel Babylon te Den Haag het rapport van de Commissie EU-Handvest onder voorzitterschap van Poelmann,<sup>2</sup> genaamd: "EU-Handvest in de Nederlandse fiscaliteit", besproken. Essers<sup>3</sup> opende de vergadering met mededelingen van huishoudelijke aard. Zo verzocht hij de vergadering in te stemmen met de opvolging van bestuurslid Beerepoot<sup>4</sup> door Sinke,<sup>5</sup> hetgeen werd aanvaard. Essers vervolgde met de mededeling dat het rapport van de Commissie "BTW & Transferpricing" onder voorzitterschap van Van Kesteren<sup>6</sup> op korte termijn is te verwachten, en sprak de hoop uit dit rapport op de eerstvolgende vergadering te kunnen behandelen. Kavelaars<sup>7</sup> verzocht de leden in de zaal die de rapporten met nr. 75, 76, 198 en 200 tot hun beschikking hebben, om, indien zij daartoe bereid zijn, deze aan de vereniging te overleggen zodat de collectie van de vereniging, compleet zal zijn. Overigens zijn alle rapporten voor leden op de website digitaal beschikbaar, zo gaf hij aan. Hij kondigde ook een verandering van de samenstelling van de jury van de dissertatieprijs aan: Van der Geld<sup>8</sup> en Overgaauw<sup>9</sup> worden opgevolgd door respectievelijk Van Arendonk<sup>10</sup> en Van Kalmthout.<sup>11</sup> Poolen<sup>12</sup> blijft aan als jurylid. Voordat deze wisseling plaatshad, reikte Essers de dissertatieprijs 2016-2017 tijdens deze vergadering uit aan Broekhuijsen<sup>13</sup> (onderdeel 2). Daarna kreeg Poelmann het woord, die het rapport "EU-Handvest in de Nederlandse fiscaliteit" inleidde (onderdeel 3). Twee *debaters*, Barkhuysen<sup>14</sup> (onderdeel 3) en Fierstra<sup>15</sup> (onderdeel 4), deelden vervolgens hun afwisselend lovende en kritische woorden over het rapport. Daarna kregen commissieleden en aanwezigen uit de zaal de gelegenheid om te reageren (onderdeel 6), waarna de vergadering werd afgesloten (onderdeel 7).

### 2. Uitreiking dissertatieprijs 2016-2017 aan Broekhuijsen

De jury kon over de jaren 2016 en 2017 uit een tiental ingezonden dissertaties kiezen. Van der Geld lichtte namens de jury de toekenning van de prijs aan het proefschrift getiteld: "A Multilateral Tax Treaty, designing an instrument to modernise international tax law"<sup>16</sup> toe. Het is een breed opgezet en helder geschreven proefschrift over een maatschappelijk zeer relevant onderwerp, dat het internationaal belastingrecht een stap verder helpt. De relatief beperkte omvang van het proefschrift noemde Van der Geld, in deze tijd van over-informatie, een zegen. Volgens Essers zijn jonge fiscalisten lastig te betrekken bij activiteiten en zijn er daarom rolmodellen nodig, zoals Broekhuijsen. Broekhuijsen ziet de prijs als "een mooie rode kers op de proefschrifttaart".

Broekhuijsen constateerde in zijn proefschrift dat de tot nu toe gebruikelijke weg om veranderingen in het internationaal belastingrecht aan te brengen via wijzigingen van het OESO-Commentaar, niet goed werkt. Als verklaringen daarvoor gaf hij dat 1. het lang duurt voordat een wijziging in het Commentaar is verwerkt in een bilateraal belastingverdrag (gemiddeld achttien jaar), en 2. er een gebrek aan *level playing field* is, doordat landen zelf kunnen bepalen welke wijzigingen ze wel, en welke wijzigingen ze niet willen overnemen. Een multilateraal instrument kan een oplossing voor dit probleem zijn. Vanuit twee perspectieven heeft Broekhuijsen onderzocht hoe een multilateraal belastingverdrag eruit moet komen te zien: een normatief en realistisch perspectief. Vanuit het normatieve perspectief beredeneerd moet een multilateraal belastingverdrag procedureel rechtvaardig tot stand komen. De besluitvorming moet continu plaatsvinden in een eerlijke en

transparante bijeenkomst. De werkelijkheid is evenwel weerbarstiger. Daarom onderzocht Broekhuijsen, in het kader van het realistische perspectief, onder welke omstandigheden landen bereid zijn om over te gaan op multilaterale samenwerking. Twee omstandigheden, zo vond hij, zijn wezenlijk: er moeten open normen worden geformuleerd en er moet altijd ruimte voor uitzonderingen zijn. Broekhuijsen concludeerde dat om multilaterale samenwerking tot een succes te maken, het noodzakelijk is dat 1. er een “conference of the parties” is (zoals bij het Klimaatverdrag het geval was), 2. wordt voortgebouwd op gedeelde uitgangspunten, en 3. gevonden oplossingen in een verdrag worden neergelegd. De verleiding om over deze opvattingen in debat te gaan was volgens Essers groot, maar daar was helaas geen ruimte voor.

### 3. Rapport “EU-Handvest in de Nederlandse fiscaliteit”

Als je naar Europa kijkt, ontstaat wel eens het idee dat er concurrentie gaande is tussen de Europese regelgevers, zo begon Essers de inleiding van het rapport. Dat was ook te zien bij een van de vorige onderwerpen van de vergaderingen: staatssteun. Het EVRM is tot stand gekomen in de Raad van Europa.<sup>17</sup> Het lijkt wel of de EU dacht: wij willen ook wat. De centrale vraag tijdens deze middag was of, en zo ja, welke verschillen er tussen het EU-Handvest<sup>18</sup> en het EVRM zijn. Wat daar ook van zij; alle sprekers die tijdens de vergadering aan het woord kwamen, waren het erover eens dat er niet genoeg aandacht voor mensenrechten kan zijn.

Door de vermelding in de voetnoten dat meerdere auteurs bij de Universiteit van Maastricht werkzaam zouden zijn, kan wellicht de indruk zijn ontstaan dat de Universiteit Maastricht zich volledig op het formele recht heeft gefocust, maar dat bleek niet te kloppen. Volgens Poelmann zijn Weijers<sup>19</sup> en Bozia<sup>20</sup> beiden niet verbonden aan de Universiteit van Maastricht, maar werkzaam als advocaat. Na deze rectificatie ging hij over tot de inhoud. De in 1959 in werking getreden AWR is volgens Poelmann aan vernieuwing toe. Met een afbeelding uit dit jaar van een harddisk van 5 MB,<sup>21</sup> met een gewicht van 1000 kg en met de omvang van een kledingkast, zette hij zijn betoog dat veel is veranderd, kracht bij. Het huidige *big data*-tijdperk, waarin grote hoeveelheden informatie kunnen worden verzameld, vraagt zijns inziens om een update van het nationale recht. De ANPR-arresten illustreerden dat al.<sup>22</sup> Vervolgens besprak hij kort de deelrapporten: 1. bela(sti)ngstelling voor privacy door Vissers,<sup>23</sup> 2. Handvest-eigendomsgrondrecht en belastingen door Pauwels,<sup>24</sup> 3. recht op behoorlijk bestuur en recht op documenten door Poelmann, 4. het recht zich te wenden tot de Europese Ombudsman bij wanbeheer door Gorissen,<sup>25</sup> 5. het Handvest en de Nederlandse belastingprocedure door Weijers, en 6. het toepassingsbereik van het Handvest door Bozia.

In de door Pauwels geschreven bijdrage over eigendomsbescherming komt naar voren dat art. 1 Eerste Protocol EVRM (hierna: EP) makkelijker toegankelijk is dan art. 17 EU-Handvest, doordat de burger zelf kan klagen bij het EHRM terwijl het Hof van Justitie eigenlijk alleen door tussenkomst van de nationale rechter kan worden benaderd. Een belangrijke vraag die in deze bijdrage is gesteld, is of de *margin of appreciation* die staten volgens het EHRM hebben door het HvJ EU strikter zal worden uitgelegd. Eerst zien, dan geloven, zei Poelmann sceptisch. Bij de bespreking van zijn eigen deelrapport, dat betrekking heeft op het recht op behoorlijk bestuur, benadrukte hij het belang van het motiveringsbeginsel. Het is belangrijk dat hieruit de proportionaliteit van een besluit blijkt, hetgeen bijvoorbeeld nog meer bij fiscale boetes (omdat dan sprake is van een *criminal charge*) van belang zal zijn. Gorissen schreef haar bijdrage over de niet te onderschatten kracht van de Europese ombudsman. Weijers kwam in zijn deelrapport tot de conclusie dat de reikwijdte van het EVRM beperkter is dan van het EU-Handvest, maar de toegang tot het EHRM wel gemakkelijker is. Bozia stelde dat ook aan de orde, en illustreerde dat aan de hand van een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant over BPM waarin de rechtbank volgens haar een ruim Unierecht-criterium hanteerde.<sup>26</sup> De zaak betrof een naheffingsaanslag BPM. De belanghebbende had een auto geïmporteerd uit een andere EU-lidstaat. In geschil was of hij een beroep kon doen op het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. De rechtbank was van oordeel dat de situatie onder het toepassingsbereik van art. 110 VWEU viel en dat gelet op die grensoverschrijdende aspecten het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel van toepassing was.

#### 4. Inleiding Barkhuysen

Na de pauze kreeg Barkhuysen het woord. Barkhuysen zei het rapport met veel plezier gelezen te hebben. Enigszins teleurgesteld was hij wel dat er niet nóg breder onderzoek is gedaan en meer naar het algemene bestuursrecht is gekeken. Hij gaf de zaal de tip om de *AB* en *JB* te gaan lezen en maakte *en passant* reclame voor de door hem en Van Emmerik geschreven monografie<sup>27</sup> (als je nog een stapje verder wil komen). Op de dag van de vergadering hoorde Barkhuysen dat het wetsvoorstel Halsema was ingetrokken, dat strekte tot een grondwetswijziging waardoor toetsing van formele wetten aan de grondrechten door de rechter mogelijk zou worden.<sup>28</sup> Dat benadrukte zijns inziens nog maar eens het belang van het EVRM en het EU-Handvest. De potentiële meerwaarde van het EU-Handvest besprak Barkhuysen aan de hand van drie categorieën: 1. het toepassingsbereik, 2. procedureel en 3. materieel.

Ad 1. Het EVRM geldt voor al het overheidsoptreden en -nalaten, terwijl het EU-Handvest alleen geldt wanneer EU-instellingen handelen of nalaten of wanneer lidstaten toepassing geven aan het EU-recht. Het fiscale recht valt volgens Barkhuysen voor 100% onder het EVRM en – naar een schatting uit de zaal – voor 30% onder het EU-Handvest. Maar áls het EU-Handvest van toepassing is, heeft het wel een ruimere betekenis dan het EVRM, doordat a. het kan worden ingeroepen door publiekrechtelijke rechtspersonen (hoewel niet alle rechten zich daarvoor lenen, denk aan het martelverbod) en b. de tekst ook de ruimte laat voor toepassing als personen zich in het buitenland en niet onder de rechtsmacht van de verdragsstaten bevinden. Een ander belangrijk punt is dat de EU nu zelf ook direct is gebonden aan grondrechten. De EU is immers nooit toegetreden tot het EVRM. Het EU-Handvest staat toe dat lidstaten verdergaande grondrechtenbescherming bieden dan waarin het EU-Handvest voorziet,<sup>29</sup> tenzij de effectiviteit van het EU-recht in het geding is.<sup>30</sup> Barkhuysen is het met Niessen<sup>31</sup> eens dat de Hoge Raad kritischer zou mogen zijn wat betreft grondrechtentoetsing. Naar zijn idee blijft de Hoge Raad ten onrechte op het Straatsburgse minimumbeschermingsniveau en is het te terughoudend vanwege de verhouding tussen de wetgever en de rechter, terwijl de *margin of appreciation* als een oproep aan de nationale rechter moet worden gezien om gelet op de omstandigheden in Nederland (die het EHRM zelf niet kent), een eigen beschermingsniveau vast te stellen. Deze lijn is enkele jaren geleden van tafel geveegd.<sup>32</sup> Barkhuysen spreekt de hoop uit dat het EU-Handvest zal bijdragen aan het bijstellen van die lijn.

Ad 2. De procedurele meerwaarde van het EU-Handvest zit onder meer in de eis dat een voorlopige voorziening mogelijk moet zijn, ook ten aanzien van de effecten van formele wetgeving, als het ontbreken van die mogelijkheid aan de volle werking van het Unierecht in de weg zou staan,<sup>33</sup> de mogelijkheid om de staat aansprakelijkheid te stellen voor schade volgend uit een grondrechtenschending<sup>34</sup> en in de mogelijkheid tot herziening van een definitief geworden besluit dat door de hoogste nationale rechter, zonder dat prejudiciële vragen zijn gesteld, in stand is gelaten, dat blijkens een latere prejudiciële beslissing in strijd is met het recht van de Unie.<sup>35</sup> Daarnaast is art. 47 EU-Handvest in het fiscale recht, anders dan art. 6 EVRM, ook van toepassing als geen boete is opgelegd. Een ander voordeel is dat snel duidelijkheid kan worden verkregen doordat al een rechtbank prejudiciële vragen over de uitleg van het EU-Handvest kan voorleggen aan het HvJ EU, terwijl men pas bij het EHRM kan aankloppen als de nationale rechtsgang geheel is doorlopen. Overigens kan sinds inwerkingtreding van Protocol nr. 16 bij het EVRM door de hoogste rechters advies aan het EHRM worden gevraagd, maar het antwoord daarop is niet bindend.<sup>36</sup>

Ad 3. De tekst van het EU-Handvest is volgens Barkhuysen moderner dan die van het EVRM; ook is daarin veel Straatsburgse jurisprudentie verwerkt. Er zijn veel corresponderende rechten tussen de regelingen, maar ook een paar nieuwe rechten, waaronder de rechten op bescherming van persoonsgegevens (art. 8), de vrijheid van ondernemerschap (art. 16), behoorlijk bestuur (art. 41), inzage in documenten (art. 42) en evenredigheid van boetes (art. 49 lid 3).

Barkhuysen denkt dat er voor toepassing van het EU-Handvest in zowel het algemene bestuursrecht als in het fiscale recht, genoeg uitdagingen zijn. Hij neemt in dit verband een aantal ontwikkelingen waar: een repressiever klimaat (meer bevoegdheden voor toezichthouders, hogere boetes), technologische ontwikkelingen (denk aan cameratoezicht, is er een wettelijke basis?), strikter

begrotingsbeleid (hoe zit het met de rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel, en met bescherming via het eigendomsrecht en ondernemingsbescherming?) en assertievere belanghebbenden (voorheen wilde men de relatie met de Belastingdienst goed houden door er samen uit te komen; nu wordt vaker samen de beslissing genomen rechtsvragen aan de rechter voor te leggen). Hij voorspelde dat het HvJ EU een steeds belangrijkere grondrechtenuitlegger wordt, met name op het terrein van het economisch bestuursrecht. Hij sloot af met een paar tips: onderbouw een beroep op grondrechten altijd en vergeet niet naar het algemeen bestuursrecht te kijken!

## 5. Inleiding Fierstra

Daarna was het de beurt aan Fierstra om zijn visie op het rapport te delen. Fierstra onderschreef de oproep van Barkhuysen om vaker buiten het fiscale recht te kijken. Barkhuysen mocht nog niet klagen; hij wordt nog wel geciteerd in de literatuur, Fierstra naar eigen zeggen niet. Fierstra merkte op dat voordat hij raadsheer in de Hoge Raad werd, hij gedurende tien jaar werkzaam was als raadsheer bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. In die hoedanigheid werd hij geconfronteerd met betrekkelijk buitenissige grondrechten, zoals die betreffende het welzijn van dieren. De grondrechten waarop in belastingzaken een beroep wordt gedaan zijn tamelijk overzichtelijk. Veel van die grondrechten komen ook terug in het rapport van de Commissie EU-Handvest: art. 8 (bescherming van persoonsgegevens), art. 17 (recht op eigendom), art. 41 (recht op behoorlijk bestuur), art. 47 (recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht) en art. 51 (toepassingsgebied). Het rapport draagt de ondertitel “geselecteerde verwachtingen”. Aan de hand van welk criterium die selectie is gemaakt, is Fierstra echter niet duidelijk geworden. Hij vroeg zich hardop af of art. 16 (vrijheid van ondernemerschap), titel III (over gelijkheid) art. 48 (onschuldpresumptie en rechten van de verdediging), art. 49 (legaliteitsbeginsel) en art. 50 (ne bis in idem) van het EU-Handvest, niet ook relevant zijn. Wat hem betreft wel. In de fiscaliteit wordt bovendien veelvuldig een beroep op het gelijkheidsbeginsel gedaan (art. 20). Fierstra riep op deze onderwerpen op de agenda te zetten voor toekomstig onderzoek.

De beschouwingen in het rapport hebben Fierstra’s twijfel of het EU-Handvest grote toegevoegde waarde heeft bevestigd. Wat hij in het rapport miste, is enig historisch bewustzijn over de totstandkoming van het EU-Handvest. Na het lezen van de bijdragen was het hem nog steeds niet duidelijk wat die (geselecteerde) verwachtingen zijn. Hij vroeg zich af of zijn verwachtingen van dit rapport wellicht te hoog gespannen waren. De door Pauwels en Weijers gekozen onderzoeksmethode sprak Fierstra wel aan. Beiden maakten een zorgvuldige vergelijking van het EU-Handvest-regime en de regels uit het EVRM. Nadeel van deze methode is wel dat het meer een terugblik is dan een vooruitblik. Pauwels en Weijers zien wel verschillen tussen het EU-Handvest en het EVRM, met name in het toepassingsbereik, maar dit leidt niet tot een duidelijke toegevoegde waarde in de praktijk.

De bijdrage van Gorissen maakt duidelijk dat niet alleen rechters, maar ook de Europese Ombudsman de naleving van grondrechten kan verzekeren. De Europese ombudsman kan ten opzichte van de wetgever toegevoegde waarde hebben, omdat hij onafhankelijk is. Ten opzichte van de rechter kan hij toegevoegde waarde hebben doordat hij aan een open norm toetst (wanbeheer in het optreden van de instellingen, organen en instanties van de Unie, met uitzondering van het Hof van Justitie van de Europese Unie bij de uitoefening van zijn gerechtelijke taak), waardoor juridische *technicalities* minder prominent zijn. De betekenis van het recht zich te wenden tot de Europees Ombudsman is wel afhankelijk van wat hij uiteindelijk doet met een klacht en wat zijn prioriteitstelling is, aldus Fierstra.

Dan over tot de interpretatie van art. 51 EU-Handvest (het toepassingsgebied). Uit de bijdragen van Bozia en Weijers blijkt volgens Fierstra weliswaar dat in grote lijnen duidelijk is wanneer lidstaten het recht van de Unie ten uitvoer brengen, maar ook dat zich in de praktijk nog steeds complicaties voordoen. Hoewel dit tot de categorie vraagstukken behoort waarvoor u Fierstra naar eigen zeggen ’s nachts wakker mag maken – bij wijze van spreken (hij dekte zich toch maar in voordat het uit de hand loopt) – bekruipt hem soms het gevoel dat dit toch een gezelschapsspel voor juristen is. Als de drempel van art. 51 EU-Handvest is gepasseerd, moet vervolgens namelijk nog worden

beoordeeld of sprake is van een grondrechtenschending en dan komt nog aan de orde of die inbreuk kan worden gerechtvaardigd overeenkomstig art. 52 lid 3 EU-Handvest.

Art. 53 EU-Handvest brengt mee dat het beschermingsniveau van het EU-Handvest een minimumniveau is, hetgeen inhoudt dat lidstaten ook een hoger beschermingsniveau kunnen bieden. Een hoger beschermingsniveau mag echter geen afbreuk doen aan de uniforme toepassing van het EU-recht en dat beperkt die bevoegdheid weer. De EU kan ook besluiten tot een hoger beschermingsniveau dan het minimumniveau in het Handvest. Fierstra vroeg zich naar aanleiding van de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona in de zaak *Menci* af of niet alleen de Europese wetgever maar ook het HvJ EU hiertoe kan besluiten en wat dan de geldingsbron hiervoor zou zijn.<sup>37</sup> Art. 52 lid 2 EU-Handvest sluit uit dat het EVRM die bron is. Dan resteren volgens Fierstra eigenlijk alleen de algemene beginselen van het recht van de Unie, die worden ontleend aan de constitutionele tradities van de lidstaten. Hij is benieuwd welke verwachtingen de schrijvers op dit punt hebben.

Het verbaasde Fierstra dat de bijdrage over het recht op privacy eigenlijk geheel art. 8 EVRM betreft. Art. 7 EU-Handvest (recht op privéleven) is één keer genoemd; art. 8 EU-Handvest (persoonsgegevens) is in het geheel niet genoemd. Uit de toelichting op het EU-Handvest blijkt dat art. 8 verdergaat en een ander beschermingsniveau biedt dan het EVRM. Dat riep bij Fierstra de vraag op, of de auteur van mening is dat als het gaat om privacy, meer te verwachten is van art. 8 EVRM dan van art. 7 en 8 EU-Handvest. Fierstra vroeg zich ook af of hij uit de bijdrage van Poelmann kon opmaken dat de auteur art. 41 lid 1 EU-Handvest (recht op behoorlijk bestuur) ten aanzien van alle in lid 2 genoemde aspecten (het verdedigingsbeginsel, het inzagerecht en de motiveringsplicht) ook voor nationale autoriteiten relevant acht. Bedoelt Poelmann dit alleen binnen de grenzen van art. 51 lid 1 EU-Handvest? Interessant is volgens Fierstra hoe in deze visie de materiële begrenzing tot de instellingen, organen en instanties van de Unie, die in art. 41 lid 1 EU-Handvest besloten ligt, wordt ontgaan. In de rechtspraak van het HvJ EU is weliswaar erkend dat het verdedigingsbeginsel zoals is verwoord in art. 41 lid 2 onderdeel a EU-Handvest niet als zodanig van toepassing is op de lidstaten, maar wel als algemeen beginsel van het recht van de Unie.<sup>38</sup> Hoewel het HvJ EU weliswaar heeft erkend dat van dit beginsel onder meer deel uitmaken het recht op inzage in de stukken die bij het voorgenomen besluit in aanmerking moeten worden genomen en dat zorgvuldig en gemotiveerd aandacht moet worden geschonken aan de opmerkingen, impliceert dat volgens Fierstra niet de erkenning van het verdedigingsbeginsel dat ook de overige door art. 41 EU-Handvest genoemde aspecten omvat, als zelfstandig toepasbaar recht. Tot slot frappeerde het Fierstra dat Poelmann bij de bespreking van art. 41 lid 2 onderdeel b EU-Handvest (recht op toegang tot EU-documenten) heeft opgemerkt dat niet alleen de overheid, maar ook belastingplichtigen “binnen de wettelijke kaders te goeder trouw en zonder terughoudendheid” informatie moeten verstrekken.<sup>39</sup> Als Poelmann daarmee heeft bedoeld te zeggen dat art. 41 lid 2 onderdeel b EU-Handvest omgekeerde rechtstreekse werking heeft, vond Fierstra dat, mede gelet op de uitdrukkelijke beperking van de normadressaat van deze bepaling, bepaald een uitdagende stelling.

Hoewel Fierstra duidelijk sceptisch is over de toegevoegde waarde van het EU-Handvest en kritische noten plaatst bij het rapport van de Commissie EU-Handvest, is hij blij met de impuls die het geeft aan het denken over grondrechten en over de tenuitvoerlegging van Europees recht. Hij sloot af met de opmerking dat hij het een inspirerend rapport vindt dat veel stof tot discussie geeft.

## 6. Debat

Een aantal aanwezigen uit de zaal stelden vragen aan de debaters. Aan Fierstra werd gevraagd of de toegevoegde waarde van het EU-Handvest zou kunnen zijn dat, anders dan bij het EVRM, rechters de consequentie van een schending van het gelijkheidsbeginsel onder het EU-Handvest niet in het midden mogen laten en aan de wetgever over te laten, maar zelf handelend mogen optreden. Volgens Fierstra schrijft het Europees recht überhaupt voor dat rechtsbescherming effectief moet zijn. De rechter moet doen wat hij kan doen, maar de vraag is wat hij kan doen. Zoals Barkhuysen in zijn inleiding al noemde, moet er onder omstandigheden een voorlopige voorziening beschikbaar zijn die de formele wet buiten toepassing kan laten. Een andere aanwezige zag de kans schoon om aan de Hoge Raad een reactie te

vragen op de kritische noten van Niessen<sup>40</sup> en Meijerman<sup>41</sup> die onder meer inhouden dat de Hoge Raad meer ruimte kan nemen om aan grondrechten te toetsen. Essers herformuleerde de vraag, aangezien hij al vermoedde wat het antwoord op deze vraag zou zijn als volgt: in het rapport wordt gesteld dat het EU-Handvest minder ruime beoordelingsruimte laat dan het EVRM; herkennen de debaters dit? Barkhuysen en Fierstra (in hoedanigheid van debater) zeiden beiden de ontwikkelingen op dit punt af te willen wachten. Fierstra merkte daar nog bij op dat het HvJ EU in het algemeen terughoudend is bij het toetsen van beslissingen van EU-instellingen, zoals in mededingingszaken. Concrete aanwijzingen dat het HvJ EU een striktere norm toepast als het om lidstaten gaat ziet hij op dit moment niet.

Tot slot mocht de Commissie EU-Handvest de debaters nog van repliek dienen. Poelmann had een andere verklaring voor de trend dat vaker voor de weg naar de rechter wordt gekozen. Bij een presentatie van een kantoor, dat zich op de fiscale advocatuur richt, leerde hij dat als je het op de feiten niet redt, je wellicht beter het recht ter discussie kan stellen. Over de toegevoegde waarde van het EU-Handvest zei Poelmann dat er ook een zekere signaalwerking van uitgaat. Hij illustreerde dit met een anekdote. Hij vertelde dat hij contact heeft gezocht met de advocaat van Rodopi, naar het gelijknamige HvJ EU-arrest, om te vragen hoe de Bulgaarse rechter na het arrest van het HvJ EU heeft geoordeeld.<sup>42</sup> Het HvJ EU heeft geoordeeld dat de Bulgaarse rechter moest beoordelen of een verzuimboete van 100% niet verdergaat dan nodig is tot waarborging van de juiste inning van de belasting en voorkoming van fraude. De Bulgaarse rechter bleek de boete naar nul te hebben verminderd.

In reactie op de opmerking van Fierstra dat hij een bijdrage over het gelijkheidsbeginsel miste, zei Poelmann dat die bijdrage wel degelijk werd verwacht, maar deze bijdrage door omstandigheden niet beschikbaar is gekomen. Over art. 1 EP zei hij nog geen met *N.K.M./Hongarije*<sup>43</sup> vergelijkbare zaken te hebben gezien in Nederland (hij benadrukte daarbij vanwege zijn betrokkenheid bij enkele specifieke procedures gekleurd in de spreekwoordelijke wedstrijd te staan). En wat betreft toetsing van wetten door de rechter, riep hij op daar terughoudend mee te zijn. Zeggen dat die wetgeving niet democratisch is gelegitimeerd, reagerend op een eerdere vraag uit de zaal, vindt hij historisch gezien risicovol. Het gaat uiteindelijk om wetgeving die is vastgesteld door het parlement. De potentiële neveneffecten die kleven aan dit ter discussie staande stelsel, kunnen ook negatief zijn. Daarbij merkte hij op kritisch te staan tegenover een wetgevend proces waarbij door het parlement binnen enkele maanden wetgeving wordt aangenomen die verstrekkende gevolgen kan hebben. Overigens is zijn persoonlijke opvatting dat de Hoge Raad met de *BOR*-arresten<sup>44</sup> wellicht de grenzen wel heeft opgezocht, dan wel deze wellicht zelfs heeft overschreden. In reactie op de opmerking van Fierstra over art. 41 lid 2 onderdeel b EU-Handvest (inzagerecht) zei Poelmann dat in het rapport bij de door Fierstra aangehaalde passage is opgemerkt dat deze stelling is ingenomen als debatstelling. Op dit moment is vanzelfsprekend dat belanghebbenden niet de normadressaat van art. 41 lid 2 onderdeel b EU-Handvest zijn. Hetzelfde geldt in het algemeen voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Anderzijds meent Poelmann dat het niet handhaafbaar zal zijn dat belastingplichtigen belasting kunnen ontwijken op basis van het achterhouden van informatie. Daarna nam Weijers het woord van hem over. Over art. 47 EU-Handvest zei hij dat hij denkt dat de toegevoegde waarde ten opzichte van art. 6 EVRM met name zit in het toepassingsbereik in de nationale belastingprocedure. Hij zei daarbij te denken aan bijvoorbeeld het ambtshalve horen op verzet en het oproepen van getuigen en deskundigen. Gorissen stipte nog kort de functies van de Europese ombudsman aan, namelijk de controlefunctie, conflictoplossingsfunctie en rechtsbeschermingsfunctie. Met betrekking tot die laatste functie ziet zij met name een voordeel in de omstandigheid dat de Europese Ombudsman niet is gebonden aan juridische vragen en de mogelijkheid heeft om op eigen initiatief zaken te onderzoeken en zelf zijn prioriteiten kan stellen.

## 7. Afsluiting

Een paar minuten na 18.30 uur nam Essers het woord terug en bedankte hij de sprekers en de Commissie EU-Handvest. Deze middag beantwoordde volgens hem volledig aan de beginselen van de vereniging: wetenschappelijk en fiscaal debat verder te verdiepen en naar een hoger niveau te tillen.

<sup>1</sup> Werkzaam bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden. Dit verslag is op persoonlijke titel geschreven.

<sup>2</sup> E. Poelmann is werkzaam bij de Belastingdienst en is werkzaam als universitair docent aan de Rijksuniversiteit Groningen en de Universiteit van Amsterdam.

<sup>3</sup> P.H.J. Essers is hoogleraar Belastingrecht aan Tilburg University.

<sup>4</sup> P.J. Beerepoot is hoofd belastingzaken bij ABN AMRO.

<sup>5</sup> D.J. Sinke is secretaris van VNO-NCW.

<sup>6</sup> H. van Kesteren is partner bij PwC, hoogleraar Belastingrecht aan Tilburg University, raadsheer-plaatsvervanger bij Hof Den Bosch en rechter-plaatsvervanger bij Rechtbank Den Haag.

<sup>7</sup> P. Kavelaars is hoogleraar Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, buitengewoon hoogleraar aan University of Curaçao en verbonden aan het Wetenschappelijk Bureau van Deloitte Belastingadviseurs.

<sup>8</sup> J.A.G. van der Geld is emeritus hoogleraar belastingrecht aan Tilburg University.

<sup>9</sup> J.A.C.A. Overgaauw is raadsheer in buitengewone dienst in de Hoge Raad der Nederlanden.

<sup>10</sup> H.P.A.M. van Arendonk is emeritus hoogleraar belastingrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>11</sup> L.F. van Kalmthout is lid van de belastingkamer van de Hoge Raad der Nederlanden.

<sup>12</sup> T.W.M. Poolen is werkzaam als directeur Kwaliteit Fiscaliteit en Accountancy bij de Belastingdienst.

<sup>13</sup> D.M. Broekhuijsen is Tax Talent Trainee bij de Belastingdienst en is verbonden aan de Universiteit Leiden.

<sup>14</sup> T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en partner bij Stibbe.

<sup>15</sup> M.A. Fierstra is lid van de belastingkamer van de Hoge Raad der Nederlanden.

<sup>16</sup> D.M. Broekhuijsen heeft zijn proefschrift op 16 november 2017 aan de Universiteit Leiden verdedigd.

<sup>17</sup> Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154.

<sup>18</sup> Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* 2016, C-202/389.

<sup>19</sup> M.B. Weijers is werkzaam bij PNW Advocaten te Amsterdam en verbonden aan de Universiteit van Amsterdam/ACTL.

<sup>20</sup> K. Bozia is werkzaam als advocaat-belastingkundige bij BNB Fiscale Advocatuur en is werkzaam als docent aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>21</sup> Het wetsvoorstel werd in 1956 ingediend.

<sup>22</sup> HR 24 februari 2017, nr. 15/05826, 15/02068 en 15/02069, na conclusies A-G Niessen, ECLI:NL:HR:2017:286-288.

<sup>23</sup> A.B. Vissers is werkzaam bij De Bont Advocaten.

<sup>24</sup> M.R.T. Pauwels is verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg van Tilburg University en werkzaam als rechter bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.

<sup>25</sup> N.H.A. Gorissen is werkzaam als docent formeel belastingrecht aan Maastricht University.

<sup>26</sup> Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2018, BRE-16/3635, ECLI:NL:RBZWB:2018:429, r.o. 2.13.

<sup>27</sup> T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

<sup>28</sup> Het initiatiefvoorstel-Van Tongeren dat in 2002, aanvankelijk door Halsema, werd ingediend is bij brief van 18 september 2018 ingetrokken (*Kamerstukken II* 2018/19, 32 334, nr. 12).

<sup>29</sup> Art. 53 EU-Handvest.

<sup>30</sup> HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*). De zaak betrof de overlevering van Melloni aan Italië, waar hij is veroordeeld tot een gevangenisstraf van tien jaar wegens bedrieglijke bankbreuk. Melloni is in Italië bij verstek veroordeeld. De Spaanse grondwet bepaalt dat in dat geval overlevering afhankelijk moet worden gesteld van de voorwaarde dat Melloni in Italië alsnog tegen de veroordeling kan opkomen. Art. 4 bis lid 1 Kaderbesluit 2002/584, verzet zich tegen een dergelijke bepaling. Het HvJ EU oordeelde dat verdergaande grondrechtenbescherming er niet toe mag leiden dat afbreuk wordt gedaan aan de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning of dat de doelmatigheid van het EU-recht in het gedrag kan komen.

<sup>31</sup> L. Berentsen, 'Nederlandse vermogensbelasting is strijdig met de rechten van de mens' (interview met R.E.C.M. Niessen), *FD* 18 september 2018.

<sup>32</sup> HR (Civiele Kamer) 10 augustus 2001, R00/132HR, na conclusie A-G Strikwerda, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598.

<sup>33</sup> Zie HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*).

<sup>34</sup> Zie HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich en Bonifaci*) en over onrechtmatige rechtspraak HvJ EG 30 september 2003, C-224/, ECLI:EU:C:2003:51301 (*Köbler*).

<sup>35</sup> Zie HvJ EG 13 januari 2004, C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17 (*Kühne & Heitz*).

---

<sup>36</sup> Protocol nr. 16 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *Trb.* 2013, 241 en 2014, 74. De goedkeuringsprocedure ter ratificatie van dit protocol door Nederland is nog niet afgerond.

<sup>37</sup> A-G Campos Sánchez-Bordona suggereerde dit ook in zijn conclusie in de zaak *Menci*, C-524/15, ECLI:EU:C:2017:667.

<sup>38</sup> HvJ EU 15 juni 2006, C-28/05, ECLI:EU:C:2006:408 (*Dokter e.a.*) en HvJ EU 18 december 2008, C-349/07, ECLI:EU:C:2008:746 (*Sopropé*).

<sup>39</sup> Zie p. 45 van het rapport.

<sup>40</sup> L. Berentsen, 'Nederlandse vermogensbelasting is strijdig met de rechten van de mens' (interview met R.E.C.M. Niessen), *FD* 18 september 2018.

<sup>41</sup> V.L. Meijerman, 'Toetsing aan grondrechten en fundamentele rechtsbescherming: een zaak van uitsluitend politiek?', *MBB* 2018/4-3.

<sup>42</sup> HvJ EU 20 juni 2013, C-259/12, ECLI:EU:C:2013:414 (*Rodopi-M 91 OOD*). De onderneming bracht in december 2009 een bedrag van omgerekend € 82.800 in aftrek als voorbelasting. De factuur had niet mogen worden uitgeschreven en werd door een protocol op 15 oktober 2010 geannuleerd. De onderneming corrigeerde dit pas in haar aangifte december 2010. Er werd een boete van 100% opgelegd, nadat de onderneming haar verzuim had hersteld en de verschuldigde belasting en rente volledig had voldaan.

<sup>43</sup> EHRM 14 mei 2013, 66529/11 (*N.K.M./Hongarije*).

<sup>44</sup> HR 11 november 2013, 13/01154, 13/01160, 13/01161, 13/01622, 13/02453, na conclusie A-G IJerman, ECLI:NL:HR:2013:1206 en ECLI:NL:HR:2013:1209-1212.