

Mr. S.P.M. van den Maagdenberg¹

Acte clair en acte éclairé

Verslag van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap over het thema acte clair en acte éclairé, gehouden op 25 november 2019 te 's-Gravenhage.

1. Opening

Kavelaars² opende de vergadering van de Vereniging, die bij wijze van uitzondering op een maandag plaatshad. Het wijzigen van de dag had gelukkig geen invloed gehad op het aantal aanwezigen. De zaal in hotel Babylon zat namelijk, enkele plekken daargelaten, vol. Na het huishoudelijke gedeelte, tijdens welk gedeelte Kavelaars en Essers³ onder meer spraken over de rapporten van de diverse deelcommissies, de tweejaarlijkse dissertatieprijs en de gewijzigde statuten, kondigde Kavelaars het wetenschappelijk gedeelte van de middag aan.

Het thema acte clair en acte éclairé prijkte al lang op het lijstje van de Vereniging. Overgaauw, destijds voorzitter van de Vereniging, had het onderwerp ooit geopperd. Nu had de Vereniging de juiste sprekers gevonden om het onderwerp mooi voor het voetlicht te brengen. De eerste spreker Krommendijk⁴ is weliswaar geen fiscalist maar weet, mede dankzij zijn vier jaren durend onderzoeksproject naar de prejudiciële verwijzingsprocedure en interviews die hij met 70 rechters hield, wel erg veel van het onderwerp af. De tweede spreker Cools⁵ is thans als raadsheer werkzaam bij de Hoge Raad en kon dan ook uit eerste hand vertellen wat zijn ervaringen met het leerstuk zijn. De afsluitende spreker Douma⁶, die onder meer als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam verbonden is, zou het publiek een inkijk geven in een keur aan jurisprudentie. De middag werd afgesloten met een debat.

Alvorens Kavelaars de eerste spreker van de middag het woord gaf, sprak hij zelf enkele woorden over het thema. Hoewel de 'acte éclairé' ouder dan de 'acte clair' is (1963⁷ respectievelijk 1982⁸), zal de meeste aandacht volgens Kavelaars vermoedelijk uitgaan naar de 'acte clair'. Hierover bestaat momenteel meer discussie. Kavelaars wees op een column van zijn hand uit 2015⁹ waarin het arrest *Dhahbi*¹⁰ van het EHRM een hoofdrol speelde. Het EHRM oordeelde in dat arrest dat de Italiaanse rechter in strijd met art. 6 lid 1 EVRM handelde door in zijn eindoordeel niet in te gaan op het verzoek van meneer Dhahbi om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Kavelaars wierp – met dit arrest in het achterhoofd – de volgende stelling op, waarvan hij hoopte dat de sprekers er later op in zouden gaan: “Een nationale rechter die in laatste instantie rechtspreekt, moet uitdrukkelijk motiveren waarom hij afziet van het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ”. Kavelaars wees in dit kader ook op de conclusie van A-G Wattel van 18 juni 2015 die had geconcludeerd dat de Hoge Raad een dergelijk verzoek van de belastingplichtige niet verkort mag

¹ Verbonden aan het wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden.

² P. Kavelaars is secretaris/penningmeester van de Vereniging, hoogleraar Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en buitengewoon hoogleraar aan University of Curaçao.

³ P.H.J. Essers is voorzitter van de Vereniging en hoogleraar Belastingrecht aan Tilburg University.

⁴ J. Krommendijk is als universitair hoofddocent verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

⁵ P.A.G.M. Cools is als raadsheer verbonden aan de Hoge Raad. Hij sprak op persoonlijke titel.

⁶ S.W.C. Douma is als hoogleraar verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en is mede-eigenaar van het fiscaal opiniekantoor Lubbers, Boer en Douma.

⁷ HvJ 27 maart 1963, zaken 28-62, 29-62 en 30-62 (*Da Costa en Schaake NV*), ECLI:EU:C:1963:6.

⁸ HvJ 6 oktober 1982, zaak 283/81 (*Cilfit*), ECLI:EU:C:1982:335.

⁹ NTFR 2015/2110.

¹⁰ EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09 (*Dhahbi*), ECLI:CE:ECHR:2014:0408.

afdoen met verwijzing naar art. 81 Wet RO.¹¹ Helaas heeft de Hoge Raad, zo verzuchtte Kavelaars, contrair beslist.¹²

2. Krommendijk

Krommendijk begon zijn bijdrage met de vraag: ‘Hoe *clair* en *sévère* is *Cilfit*?’ Om het publiek een beetje op te warmen behandelde Krommendijk eerst de twee uitzonderingen op de verwijzingsplicht van de hoogste rechter ingevolge art. 267 VWEU. Bij een acte éclairé bestaat er al vaste rechtspraak van het HvJ over het betreffende punt.¹³ Bij een acte clair is de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost.¹⁴ Volgens Krommendijk werpt het HvJ bij de acte clair best een hoge drempel op. De hoogste rechter mag niet alleen zelf geen twijfel hebben. Hij dient er ook van overtuigd te zijn dat de gekozen oplossing even evident is voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten. In *Cilfit* behandelt het Hof van Justitie de vier voorwaarden van of aanknopingspunten bij de acte clair. De rechter moet rekening houden met (1) de kenmerken van het gemeenschapsrecht, (2) de bijzondere moeilijkheden bij de uitlegging ervan, (3) de diverse taalversies en (4) de doelstellingen van het gemeenschapsrecht. Het strikt toepassen van de voorwaarden brengt dus met zich dat de hoogste rechter zich telkens in alle taalversies (24 in getal) en rechtsstelsels (28 in getal) moet verdiepen. Krommendijk citeerde ter illustratie A-G Wahl in zijn conclusie bij X en Van Dijk¹⁵ die stelde dat de kans dat zich een *echte* acte clair voordoet in het beste geval even groot is als de kans een eenhoorn tegen te komen.

Krommendijk vervolgde zijn betoog met het behandelen van drie ná *Cilfit* gewezen arresten. Hij noemde ten eerste de zaak Commissie/Frankrijk¹⁶, die volgens hem noemenswaardig is omdat het de eerste keer is dat een schending van art. 267 VWEU aan de orde is in een inbreukprocedure. De volgende zaak waar Krommendijk aandacht aan besteedde was X en Van Dijk¹⁷. In deze (gevoegde) zaak overwoog het Hof van Justitie dat het uitsluitend aan de nationale rechter is om, op eigen verantwoordelijkheid en op onafhankelijke wijze, vast te stellen of er sprake is van een acte clair. Krommendijk wierp de vraag op of uit deze passage al dan niet een versoepeling van *Cilfit* kan worden afgeleid. Het laatste arrest dat Krommendijk besprak was *Ferreira da Silva*¹⁸. Ook hier dringt zich volgens Krommendijk de vraag op of met dit arrest al dan niet een versoepeling van *Cilfit* is beoogd. Het Hof van Justitie overwoog dat prejudiciële vragen moeten worden gesteld ‘bij uiteenlopende beslissingen van lagere instanties’¹⁹ en ‘indien uitlegging van een bepaald begrip herhaaldelijk moeilijkheden oplevert’²⁰. Krommendijk zelf leest in deze overwegingen een soepelere norm dan de norm die *Cilfit* voorschrijft. Dat de meningen over de interpretatie van *Ferreira da Silva* echter verdeeld zijn, blijkt volgens Krommendijk uit de annotatie van Fierstra²¹ bij dat arrest. Fierstra is, zo betoogde Krommendijk, van mening dat het Hof van Justitie in *Ferreira da Silva* strenger is dan in *Cilfit*. Krommendijk sloot zijn route langs de jurisprudentievelden af met de opmerking dat *Cilfit* op

¹¹ Conclusie A-G Wattel 18 juni 2015, nr. 14/06561, ECLI:PHR:2015:996.

¹² HR 25 september 2015, nr. 14/06561, ECLI:NL:HR:2015:996, BNB 2016/12.

¹³ R.o. 13-14 *Cilfit*.

¹⁴ R.o. 16-20 *Cilfit*.

¹⁵ Conclusie A-G Wahl 13 mei 2015, zaken C-72/14 en C-197/14 (*X en Van Dijk*), ECLI:EU:C:2015:319, r.o. 62.

¹⁶ HvJ 4 oktober 2018, C-416/17 (*Commissie/Frankrijk*), ECLI:EU:C:2018:811.

¹⁷ Zie voetnoot 15.

¹⁸ HvJ 9 september 2015, C-160/14 (*Ferreira da Silva*), ECLI:EU:C:2015:565.

¹⁹ R.o. 45.

²⁰ R.o. 44.

²¹ SEW 2016, p. 34-40. Fierstra bespreekt in deze annotatie met de titel ‘De verwijzingsplicht van de hoogste rechter opnieuw beoordeeld’ zowel *X en Van Dijk* als *Ferreira Da Silva*.

papier al met al niet bepaald eenduidig is en met de stelling dat het Hof van Justitie *Cilfit* moet versoepelen.²²

Krommendijk vroeg zich vervolgens hardop af of de belastingkamer van de Hoge Raad eigenlijk niet te loyaal is richting het Hof van Justitie. Hij merkte op dat één van de negen aan het Hof van Justitie gestelde vragen uit Nederland komt. Hij schotelde de aanwezigen vervolgens een grafiek voor waaruit blijkt dat bij 66% van de door de belastingkamer van de Hoge Raad gestelde vragen (12 van de 36) een conclusie van een A-G van het Hof van Justitie ontbreekt. Hieruit kan volgens Krommendijk, gelet op art. 20 van het statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie²³, worden afgeleid dat in die zaken geen nieuwe rechtsvraag aan de orde was. Ook is de belastingkamer van de Hoge Raad in veel gevallen voorzichtiger dan zijn eigen A-G's. Die repten slechts in 9 van de 36 zaken over het stellen van prejudiciële vragen. Krommendijk benadrukte wel dat kwesties inzake tariefindeling in het douanerecht als uitzonderingsgevallen moeten worden beschouwd. Het is van belang dat producten in de gehele Europese Unie op dezelfde wijze worden belast, dus hier kan beter een vraag te veel dan te weinig worden gesteld. Het Hof van Justitie fungeert in dit soort zaken in wezen als 'transnationale arbiter'.

Het slot van de bijdrage van Krommendijk bestond uit een uitstapje naar de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling). De Afdeling is volgens Krommendijk een stuk pragmatischer en hanteert het credo 'voldoende – dat wil zeggen: niet volledig, maar in aanzienlijke mate – clair of éclairé'. Twee arresten van de Afdeling, waarin wat betreft de uitleg van Unierecht simpelweg een knoop werd doorgehakt, passeerden de revue: een arrest van 23 juli 2019 inzake het verlopen van een visum²⁴ en een arrest van 13 april 2014 over de intensiteit van toetsing door de bestuursrechter van de stellingen van een asielzoeker²⁵. Een kritische noot van Krommendijk was dat uit de arresten niet blijkt of de Afdeling, in overeenstemming met *Cilfit*, had onderzocht of de gekozen oplossing even evident was voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten. Krommendijk sloot zijn bijdrage af met de stelling dat de belastingkamer van de Hoge Raad *Cilfit* (ook) pragmatischer moet toepassen en vaker zelf een knoop moet doorhakken.²⁶

3. Cools

Kavelaars had aangekondigd dat Cools zou spreken over 'de beleidsmatige kant' van de acte clair en acte éclairé bij de Hoge Raad. Cools was kort over de vraag of er beleid is van de Hoge Raad over dit onderwerp: dat is er niet. Er is geen protocol of reglement waarin staat beschreven hoe te handelen bij mogelijke prejudiciële vragen. Dit betekent echter niet, zo vervolgde Cools, dat de Hoge Raad niet serieus is als het om het gemeenschapsrecht gaat. De relevante leidraad voor de Hoge Raad bij het beoordelen of prejudiciële vragen moeten worden gesteld is – nog steeds – *Cilfit*. Cools wees de aanwezigen ook op de aanbevelingen van het Hof van Justitie aan de nationale rechterlijke instanties

²² Het resultaat van de digitale stemming onder de aanwezigen was: 2 zeer mee eens, 5 mee eens, 8 neutraal, 12 mee oneens en 1 zeer mee oneens.

²³ Krommendijk zal de volgende passage van art. 20 hebben bedoeld: "Wanneer het Hof van oordeel is dat in de zaak geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is, kan het Hof, de advocaat-generaal gehoord, beslissen dat de zaak zonder conclusie van de advocaat-generaal zal worden berecht."

²⁴ ABRvS 23 juli 2019, nr. 201807240/1/V3, ECLI:NL:RVS:2019:2486.

²⁵ ABRvS 13 april 2016, nr. 201507952/1/V2, ECLI:NL:RVS:2016:890.

²⁶ Het resultaat van de digitale stemming onder de aanwezigen was: 4 zeer mee eens, 12 mee eens, 2 neutraal, 13 mee oneens en 0 zeer mee oneens.

over het aanhangig maken van prejudiciële procedures.²⁷ Deze aanbevelingen zijn volgens Cools indicatief voor wat het arrest *Cifit* inhoudt.

Cools lichtte vervolgens toe dat het al dan niet stellen van prejudiciële vragen niet primair afhangt van het antwoord op de vraag of sprake is van een acte clair of acte éclairé. Prejudiciële vragen komen, zo schrijft *Cifit* voor, alleen aan de orde indien het gaat om de *uitleg* of de *geldigheid* van het gemeenschapsrecht en niet wanneer het sec gaat om *toepassing van of uitvoering geven aan* het gemeenschapsrecht. Waar de scheidslijn tussen beide ligt, is overigens niet altijd evident en kan lastig zijn. Het Hof van Justitie weet het overigens wel fijntjes duidelijk te maken wanneer de nationale hieromtrent een onjuist oordeel velt; er volgt dan geen arrest, maar een korte beschikking. Het Hof van Justitie vraagt de nationale rechters volgens Cools ook met regelmaat om scherp(er) te zijn in het onderscheid tussen uitleg en toepassing van het gemeenschapsrecht, bijvoorbeeld tijdens bijeenkomsten van het Justitieel Netwerk van de Unie.²⁸ Ook kan men geen jaarverslag van het Hof van Justitie openslaan zonder te lezen over de toenemende zaakstroom. De werklast van het Hof van Justitie is enorm en het is dan ook niet verwonderlijk dat het Hof van Justitie zoekt naar wegen om ervoor te zorgen dat het de tijd kan besteden aan de zaken die ertoe doen. De Hoge Raad neemt de oproep van het Hof van Justitie volgens Cools ook ter harte en let scherper dan voorheen op het onderscheid tussen uitleg en toepassing. Dit betekent evenwel niet dat de Hoge Raad gemakkelijker is geworden in het niet stellen van prejudiciële vragen. Er moet overtuiging zijn dat sprake is van toepassing/uitvoering en als het nodig is om prejudiciële vragen te stellen dan worden deze gewoon gesteld. Cools wierp vervolgens de prikkelende stelling op inhoudende dat de Hoge Raad vraagstukken van gemeenschapsrecht niet zou mogen afdoen met toepassing van art. 81 Wet RO, zeker niet nu scherper wordt gelet op uitleg versus toepassing/uitvoering van gemeenschapsrecht.²⁹

Een volgend onderwerp dat op Cools' agenda stond was de verhouding tussen de belastingkamer van de Hoge Raad en de lagere rechters, respectievelijk andere hoogste bestuursrechters. Rechtbanken en gerechtshoven mogen ingevolge art. 267 VWEU vragen aan het Hof van Justitie stellen. Men kan zich echter afvragen of het wenselijk is dat zij van die bevoegdheid gebruikmaken. Niet uit te sluiten valt immers dat een hoger echelon vindt dat geen prejudiciële vraag gesteld had moeten worden of dat de onjuiste vraag is gesteld. Ter illustratie wees Cools op de vragen van Hof 's-Hertogenbosch van 7 februari 2014 over een E101-verklaring³⁰ in welke vragen de Hoge Raad zich, zo blijkt uit zijn arrest van 28 maart 2014³¹, niet kon vinden. De Hoge Raad vroeg het Hof van Justitie vervolgens of de vragen van gerechtshof 's-Hertogenbosch met zich brachten dat de Hoge Raad eveneens prejudiciële vragen moest stellen of dat hij de beantwoording van de door gerechtshof 's-Hertogenbosch gestelde vragen moest afwachten. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag ontkennend.³² Volgens Cools voelde deze gehele gang van zaken erg 'ongemakkelijk' aan. Cools besprak met de aanwezigen mogelijke oplossingen voor deze problematiek. Het vooraf vragen door rechtbanken/gerechtshoven aan de Hoge Raad om 'toestemming' om prejudiciële vragen te stellen zou nergens op zijn gebaseerd. Het vooraf plegen van overleg zou wel zinvol kunnen zijn, maar het blijft de vraag wat er moet gebeuren indien de rechterlijke instanties van inzicht verschillen. Met de komst van de mogelijkheid prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen³³, zijn rechtbanken en

²⁷ Zie laatstelijk Publicatieblad 2019/C-380/01 (8 november 2019).

²⁸ Zie voor meer informatie over het Justitieel Netwerk van de EU de website https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170157/nl/.

²⁹ Het resultaat van de stemming was 20 voor en 11 tegen.

³⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 februari 2014, nr. 13-00040, ECLI:NL:GHSHE:2014:248.

³¹ HR 28 maart 2014, nr. 12/03718, ECLI:NL:HR:2014:683.

³² HvJ 9 september 2015, C-72/14 en C-197/14 (*X en Van Dijk*), ECLI:EU:C:2015:564.

³³ Art. 27ga e.v. AWR.

gerechtshoven wellicht sneller geneigd vragen te stellen aan de Hoge Raad, die deze vervolgens al dan niet aan het Hof van Justitie stelt.³⁴ De hiervoor bedoelde 'ongemakkelijkheden' doen zich volgens Cools ook voor in de verhouding tussen de Hoge Raad en de andere hoogste bestuursrechters. De diverse rechterlijke instanties houden zich doorgaans bezig met andersoortige kwesties, zodat de problematiek in mindere mate speelt, maar met name op formeel terrein kunnen dezelfde vragen rijzen. Cools sloot dit deel van zijn bijdrage af met de stelling dat het wenselijk is dat de Nederlandse bestuursrechters onderling afstemming plegen over het stellen van prejudiciële vragen. Een meerderheid van de zaal was tegen de voorgestelde onderlinge afstemming. Het leek Douma bijvoorbeeld onprettig dat rechters in 'zijn zaak' onderling overleg zouden plegen met rechters elders in het land.

Tot slot hield Cools de aanwezigen de vraag voor wat moet gebeuren indien er ten onrechte geen prejudiciële vragen worden gesteld. Het specifieke nationale juridische instrumentarium ontbreekt om arresten open te breken als achteraf blijkt dat ten onrechte geen prejudiciële vragen zijn gesteld. Wel is het mogelijk dat het bestuursorgaan terugkomt op zijn beslissing (vgl. *Kühne & Heitz*³⁵) of kan de belastingplichtige via de civielrechtelijke weg schadevergoeding vorderen (vgl. *Köbler*³⁶). De wetgever is, zo kwam Cools althans voor, in deze kwestie aan zet.

4. Douma

Na de pauze was Douma als laatste aan zet. Hij zou enkele praktijkvoorbeelden uit de belastingrechtspraak behandelen. Voordat hij op de jurisprudentie inging, warmde hij het publiek op met enkele historische quotes. Louis van Gaal en zijn befaamde "Ben ik nou degene die zo slim is, of ben jij nou zo dom?" verschenen op de sheet.³⁷ Dit is volgens Douma in wezen de vraag waarvoor de belastingrechter zich bij de toepassing van de *Cifit*-norm gesteld ziet. Volgens Douma hoeft de belastingrechter zich daarbij niet slimmer voor te doen dan hij of zij is. Hij mag het Hof van Justitie gewoon vragen stellen indien hij het niet weet. Vervolgens liet Douma een prent zien met daarop een kapotte tv, een televisiemonteur, een rechter en de befaamde leus: "(Can you fix it?) Justice must be seen to be done!". Volgens Douma moet het Hof van Justitie door zijn arresten spreken. Hij doelde daarbij op het bezoek dat de Hoge Raad eerder dit jaar aan het Hof van Justitie had gebracht. Als er een verschil bestaat tussen toepassing en interpretatie van gemeenschapsrecht, zoals Cools besprak, dient het Hof van Justitie dit volgens Douma op te schrijven en niet op informele wijze door te geven. Douma sloot zijn voorafje af met een eenrichtingsverkeersbord, waarbij hij vertelde dat het doorgaans in het nadeel van de belastingplichtige is indien geen vragen aan het Hof van Justitie worden gesteld. Dan blijft immers de voor de belastingplichtige vaak nadelige nationale wet gelden (vgl. HR 26 september 2008³⁸). Ook moeten belastingplichtigen bij niet overtuigende arresten doorgaan met het voeren van nieuwe bezwaar- en beroepsprocedures. De omstandigheid dat de bezwaar- of beroepstermijn reeds verstreken is kan immers aan de belastingplichtige worden

³⁴ Een voorbeeld zijn de prejudiciële vragen over de verschuldigdheid van dividendbelasting door buitenlandse beleggingsinstellingen. De rechtbank Zeeland-West-Brabant stelde de Hoge Raad op 1 augustus 2016 vragen (ECLI:NL:RBZWB:2016:4729) en de Hoge Raad stelde het Hof van Justitie op 3 maart 2017 vervolgens nagenoeg dezelfde vragen (ECLI:NL:HR:2017:342 en ECLI:NL:HR:2017:346).

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

³⁶ HvJ 30 september 2009, C-224/01 (*Köbler*), ECLI:EU:C:2003:513.

³⁷ Het door Douma bedoelde fragment is terug te vinden op

<https://www.youtube.com/watch?v=2dchzuO4aY0>.

³⁸ HR 26 september 2008, nr. 43339, ECLI:NL:HR:2008:BF2266.

teggeworpen; ook al blijkt uit een later arrest dat de belastingplichtige toch gelijk heeft (vlg. HR 5 oktober 2007³⁹).

Douma vervolgde zijn bijdrage met vier voorbeelden waaruit zou blijken dat de Hoge Raad het niet altijd bij het juiste eind heeft. Het eerste voorbeeld was het btw-arrest *Van der Steen* van het Hof van Justitie.⁴⁰ Met dit arrest werd duidelijk dat de Hoge Raad het op 26 april 2002 bij het verkeerde eind had toen hij in afwijking van zijn eigen A-G besliste dat DGA's btw-plichtig zijn in relatie tot hun eigen BV.⁴¹ Uit het antwoord van het Hof van Justitie op de door het gerechtshof Amsterdam - in weerwil van het arrest van de Hoge Raad - gestelde vragen bleek vervolgens dat DGA's juist niet btw-plichtig zijn in relatie tot hun eigen BV. Het tweede voorbeeld van Douma had betrekking op een arrest van de Hoge Raad van 26 april 2008.⁴² De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat het bepaalde gevolgtrekkingen uit de literatuur niet onderschreef. Uit het latere arrest van het Hof van Justitie *FII Group Litigation 2*⁴³ bleek echter dat de betreffende literatuur exact de juiste visie bevatte. Meussen⁴⁴ brak in het verhaal van Douma in met de opmerking dat de reeds gewezen jurisprudentie ook wel erg casuïstisch van aard was, zodat het ontstane beeld diffuus was. Het derde voorbeeld van Douma zag op een zeer recent arrest van de Hoge Raad over de crisishffing waarin werd geoordeeld dat het Handvest niet van toepassing was, omdat geen rechten van de Unie ten uitvoer werden gebracht.⁴⁵ Douma vroeg zich ten eerste af of deze kwestie wel *acte clair* of *acte éclairé* was, mede gelet op andersluidende conclusie van A-G Wattel. Wat betreft het vierde voorbeeld van Douma zal de tijd moeten uitwijzen of de Hoge Raad het al dan niet juist heeft beslist. De Hoge Raad oordeelde op 15 november 2013 dat een in Finland gevestigde 'open-end' beleggingsfonds geen recht had op teruggaaf van dividendbelasting.⁴⁶ De antwoorden van het Hof van Justitie in de zaak *Köln-Aktiefonds Deka* zullen moeten uitwijzen of deze eerdere beslissing van de Hoge Raad al dan niet correct was. De vooruitzichten zijn, gelet op de conclusie van A-G Pitruzzella⁴⁷, onzeker, zo stelde Douma.

Douma sloot zijn bijdrage, net als de andere sprekers, af met een tweetal stellingen. De eerste stelling was dat de belastingkamer van de Hoge Raad voorzichtig dient te zijn met het *niet*-stellen van prejudiciële vragen ten nadele van de belastingplichtige. 15 personen stemden voor; de minderheid van de zaal was tegen. De tweede stelling hield in dat de *Cifit*-norm, zolang het Hof van Justitie de *Cifit*-rechtspraak niet in zijn arresten heeft gewijzigd, ten volle geldt en nauwgezet moet worden toegepast, zelfs als dit leidt tot een overvloed van in Luxemburg aanhangige zaken. Het aantal voor- en tegenstanders van de stelling ontliiep elkaar niet veel. Het debat zou uitwijzen wat de beweegredenen van de voor- en tegenstemmers waren.

5. Debat

Kavelaars kondigde het debat aan, waarbij hij het woord eerst aan de drie sprekers gaf. Krommendijk greep terug op het betoog van Cools en merkte op dat uit *Cartesio*⁴⁸ volgt dat een zogenoemde één-loket-gedachte, waarbij in een lidstaat wordt geregeld dat één rechterlijke instantie alle vragen stelt,

³⁹ HR 5 oktober 2007, nr. 43268, ECLI:NL:HR:2007:AZ9098.

⁴⁰ HvJ 18 oktober 2007, C-355/06 (*Van der Steen*), ECLI:EU:C:2007:615.

⁴¹ HR 26 april 2002, nr. 33775, ECLI:NL:HR:2002:AD3572.

⁴² HR 26 september 2008, nr. 43339, ECLI:NL:HR:2008:BF2266.

⁴³ HvJ 13 november 2012, C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707.

⁴⁴ G.T.K. Meussen is als hoogleraar verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

⁴⁵ HR 25 oktober 2019, nr. 18/04670, ECLI:NL:HR:2019:1624.

⁴⁶ HR 15 november 2013, nr. 12/01866, ECLI:NL:HR:2013:1128.

⁴⁷ Conclusie A-G Pitruzzella 30 september 2019, C-156/17, ECLI:EU:C:2019:677.

⁴⁸ HvJ 16 december 2008, C-210/06 (*Cartesio*), ECLI:EU:C:2008:723.

niet is toegestaan. Hij merkte voorts op dat het in andere rechtsgebieden, zoals in het migratierecht, veel gebruikelijker is om de hoogste rechter te passeren en zelf vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Vervolgens ontstond een discussie over de zaak Köbler.⁴⁹ Het Hof van Justitie oordeelde in dit arrest dat een lidstaat pas aansprakelijk is bij het niet-stellen van vragen indien een rechterlijke beslissing een kennelijke schending van het gemeenschapsrecht inhoudt. Volgens Krommendijk wordt uit dit arrest door de andere (hoogste) bestuursrechters wel afgeleid dat geen prejudiciële vragen hoeven te worden gesteld indien de uitlegging van het gemeenschapsrecht voor 70 procent clair is. Deze uitleg kwam Douma zeer minimalistisch voor. Perdaems⁵⁰ stelde de sprekers de vraag of het niet zo zou moeten zijn dat de Hoge Raad altijd vragen zou moeten stellen aan het Hof van Justitie als zijn eigen A-G dit had geconcludeerd. Volgens Cools kan de conclusie van de A-G wel iets over de mate van twijfel zeggen, maar zal de Hoge Raad altijd zijn eigen afweging moeten maken. Toen de kwestie van het 'door rechtbanken en gerechtshoven – via de Hoge Raad – stellen van vragen aan het Hof van Justitie' ter sprake kwam, lichtte Beukers-van Dooren⁵¹ toe dat het voordeel van de prejudiciële verwijzingsprocedure van art. 27ga e.v. AWR is dat lagere rechters Europeesrechtelijke vragen kunnen stellen die breder zijn dan de voorliggende casus. De vragen over de dividendbelasting die nu bij het Hof van Justitie voorliggen zijn door de vragen van rechtbank Zeeland-West-Brabant⁵² ruimer dan zij anders waren geweest. Tot slot kwam de stelling van Kavelaars over het EHRM-arrest Dhahbi aan bod.⁵³ Volgens Krommendijk heeft het EHRM in Baydar⁵⁴ beslist dat het niet in strijd is met art. 6 EVRM indien de Hoge Raad een zaak met art. 81 Wet RO afdoet terwijl een partij heeft verzocht prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Cools gaf de aanwezigen nog mee dat het feit dat een zaak met art. 81 Wet RO wordt afgedaan niet betekent dat de Hoge Raad niet goed over een zaak heeft nagedacht.

6. Afsluiting

Het woord was tot slot weer aan Kavelaars die Krommendijk, Cools en Douma bedankte voor drie mooie inleidingen over een interessant onderwerp. De middag werd afgesloten met een gezellige borrel.

⁴⁹ HvJ 30 september 2003, C-224/01 (Köbler), ECLI:EU:C:2003:513.

⁵⁰ A.J.C. Perdaems is als advocaat verbonden aan Hertoghs Advocaten.

⁵¹ A.F.M.Q. Beukers-van Dooren is als raadsheer verbonden aan de Hoge Raad.

⁵² Rechtbank Zeeland-West-Brabant 1 augustus 2016, nr. AWB-12-29, ECLI:NL:RBZWB:2016:4829.

⁵³ Zie de laatste alinea van paragraaf 1.

⁵⁴ EHRM 24 april 2018, nr. 55385/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424.