# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS

van 17 september 1996 *

1. In zaak C-28/95, Leur-Bloem, verzoekt het Gerechtshof te Amsterdam het Hof om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van 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 (hierna: „belastingrichtlijn" of „richtlijn"). [1] In zaak C-130/95, Giloy, vraagt het Hessische Finanzgericht om een uitspraak over verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het communautair douanewetboek (hierna: „douanewetboek" of „wetboek"). [2] In de onderhavige conclusie zullen beide zaken worden onderzocht, omdat beide de vraag opwerpen, of het Hof bevoegd is tot het geven van een prejudiciële beslissing krachtens artikel 177 EG-Verdrag in het kader van geschillen die buiten de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallen, maar waarop het gemeenschapsrecht ingevolge bepalingen van nationaal recht van toepassing is.

## De antecedenten van de zaken en de vragen van de nationale rechters

*Zaak C-28/95, Leur-Bloem*

2. Het Gerechtshof te Amsterdam verzoekt het Hof om een eerste uitspraak over de uitlegging van de belastingrichtlijn, inzonderheid de term „aandelenruil" in artikel 2, sub d, van de richtlijn.

3. De richtlijn heeft tot doel, fiscale belemmeringen voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil binnen de Gemeenschap op te heffen. Volgens de meeste fiscale regelingen leiden vervreemding van deelnemingen en inbreng van activa van een vennootschap in een andere tot belastbare winsten voor de inbrengende aandeelhouder of vennootschap. Op nationaal niveau worden vaak belastingfaciliteiten toegekend voor transacties die verband houden met het samengaan of herstructureren van vennootschappen. De belastingvrije bedragen verschillen evenwel van Lid-Staat tot Lid-Staat en strekten zich, vóór de vaststelling van de richtlijn, soms in het geheel niet uit tot intracommunautaire transacties.

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — PB 1990, L 225, blz. 1.

2 — PB 1992, L 302, blz. 1.

4. Volgens de considerans van de richtlijn „[kunnen] fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil, betrekking hebbende op vennootschappen uit verschillende Lid-Staten noodzakelijk (...) zijn ten einde in de Gemeenschap soortgelijke voorwaarden te scheppen als op een binnenlandse markt en daardoor de instelling en de goede werking van de gemeenschappelijke markt te verzekeren; (...) deze transacties [moeten] niet (...) worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften der Lid-Staten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies; (...) bijgevolg [moeten] voor deze transacties concurrentie-neutrale belastingvoorschriften tot stand (...) komen om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun produktiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken". [3]

5. Voorts wordt in de considerans gesteld, dat dit doel uitsluitend kan worden bereikt door de invoering van een gemeenschappelijk stelsel van belastingheffing. Dat stelsel moet „voorkomen dat wegens fusies, splitsingen, inbreng van activa of aandelenruil belasting wordt geheven, met dien verstande dat de financiële belangen van de Staat van de inbrengende of verworven vennootschap moeten worden veiliggesteld". [4]

6. Dit tweeledige doel wordt in hoofdzaak bereikt door de Lid-Staten te verplichten tot uitstel van belastingheffing over winsten uit de vervreemding van activa of aandelen in verband met dergelijke transacties, en hun tevens de mogelijkheid te bieden de uitgestelde belasting alsnog in te vorderen wanneer de ontvangende vennootschap de activa later vervreemdt of wanneer de aandeelhouders de op grond van een aandelenruil ontvangen nieuwe aandelen vervreemden.

7. Krachtens artikel 11 van de richtlijn kunnen de Lid-Staten het voordeel van de richtlijn tenietdoen indien een transactie als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft.

8. Bij de transactie waarom het in het hoofdgeding gaat, zijn geen vennootschappen uit verschillende Lid-Staten betrokken, doch het betreft een zuiver interne Nederlandse aangelegenheid. A. Leur-Bloem is enig aandeelhouder en directeur van Phoenix Uitzendorganisatie BV (hierna: „Uitzendorganisatie") en Phoenix Industrial BV (hierna: „Industrial"). Beide vennootschappen beschikken over een vergunning om een uitzendbureau te exploiteren en de vergunningen hebben een waarde in het handelsverkeer. Leur-Bloem is voornemens de aandelen van een reeds bestaande besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Phoenix Holding BV (hierna: „Holding"), te kopen, waarvan het geplaatste en gestorte aandelenkapitaal 35 000 HFL beloopt. Per 31 december 1991 had de vennootschap geen activa en had zij kortlopende schulden ten bedrage van 2 779 HFL en per 31 december 1992 had zij activa noch schulden. Leur-Bloem is voornemens haar aandelen in Uitzendorganisatie en Industrial te ruilen tegen aandelen in Holding, die dan enig aandeelhouder van Uitzendorganisatie en Industrial zal zijn.

3 — Eerste overweging van de considerans.

4 — Vierde overweging van de considerans.

9. In het hoofdgeding komt Leur-Bloem op tegen een preliminaire uitspraak van de Nederlandse belastingdienst met betrekking tot de transactie. Volgens haar vormt de voorgenomen aandelenruil een aandelenfusie, waarvoor op grond van artikel 14b van de Nederlandse Wet op de inkomstenbelasting 1964 fiscale faciliteiten worden toegekend. Volgens artikel 14b, lid 1, wordt de winst uit de vervreemding van aandelen als onderdeel van een aandelenfusie, van de belastingheffing uitgesloten. Artikel 14b, lid 2, bepaalt dat een aandelenfusie aanwezig wordt geacht indien:

„a) een in Nederland gevestigde vennootschap tegen uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen, eventueel met een bijbetaling, een zodanig bezit aan aandelen in een andere in Nederland gevestigde vennootschap verwerft dat zij meer dan de helft van de stemrechten in laatstgenoemde vennootschap kan uitoefenen, ten einde de onderneming van die vennootschap en die van een andere in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samen te brengen".

10. Artikel 14b, lid 2, sub b, bevat een gelijkluidende definitie van aandelenfusies voor intracommunautaire transacties. Artikel 14b, lid 2, sub c, bevat een soortgelijke definitie — evenwel met een strikter vereiste wat betreft stemrechten („alle of nagenoeg alle stemrechten") — voor aandelenfusies waarbij een of meer buiten de Gemeenschap gevestigde vennootschappen zijn betrokken.

11. Op grond van artikel 14b, lid 7, kan de minister de fiscus machtigen de bepalingen van artikel 14b overeenkomstig toe te passen ingeval een van de in artikel 14b, lid 2, sub a of sub b, bedoelde vennootschappen geen onderneming drijft, dan wel ingeval beide vennootschappen geen onderneming drijven.

12. De fiscus is van mening, dat de voorgenomen transactie niet voldoet aan de vereisten van artikel 14b, lid 2, sub a, omdat de verwerving van de aandelen van de werkmaatschappijen door de holding niet is gericht op het in financieel en economisch opzicht in een grotere eenheid samenbrengen van de werkmaatschappijen. Die eenheid bestaat reeds, omdat beide vennootschappen dezelfde directeur en enig aandeelhouder hebben.

13. Aangezien de transactie waarom het in het hoofdgeding gaat, een zuiver interne Nederlandse aangelegenheid betreft, valt zij niet onder de werkingssfeer van de richtlijn, die enkel van toepassing is op een „aandelenruil waarbij vennootschappen van twee of meer Lid-Staten zijn betrokken" (zie artikel 1 van de richtlijn). Volgens de nationale rechter was het evenwel de bedoeling van de Nederlandse wetgever, dat artikel 14b, lid 2, sub a en sub b, betreffende binnenlandse respectievelijk intracommunautaire aandelenfusies, op dezelfde wijze werden uitgelegd. Hij baseert zich daartoe op de bewoordingen

van die bepalingen, die voor binnenlandse en intracommunautaire transacties gelijkluidend zijn, en op de wetsgeschiedenis ervan, inzonderheid op paragraaf 3.5, punt 2, van de Memorie van Toelichting van de staatssecretaris van Financiën (Kamerstukken II, 1991-1992, 22 338, nr. 3). Daarin stelt de staatssecretaris, na te hebben uiteengezet welke wijzigingen in de Nederlandse wettelijke regeling moeten worden aangebracht ten einde aan de richtlijn te voldoen, dat, hoewel het gemeenschapsrecht er formeel niet toe dwingt om de binnenlandse aandelenfusies onder dezelfde (soepele) voorwaarden te faciliëren als intracommunautaire fusies, het in het licht van de totstandkoming van de interne markt wenselijk is, dat beide categorieën van transacties op dezelfde wijze worden behandeld.

14. De nationale rechter concludeert, dat de vraag of in het onderhavige geval sprake is van een aandelenfusie in de zin van artikel 14b, lid 2, sub a, van de wet, moet worden getoetst aan de bepalingen en aan de strekking van de richtlijn. Derhalve heeft hij het Hof de volgende vragen voorgelegd:

„1) Kunnen aan het Hof van Justitie vragen worden gesteld met betrekking tot de uitleg van de bepalingen en de strekking van een richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen, ook indien in de concreet aanwezige situatie die richtlijn niet rechtstreeks van toepassing is, maar de concreet aanwezige situatie naar de bedoeling van de nationale wetgever op dezelfde wijze dient te worden behandeld als een situatie waarop de richtlijn wel betrekking heeft?

Bij een bevestigende beantwoording van de eerste vraag:

2) a) Kan van een aandelenruil in de zin van artikel 2, aanhef en onderdeel d, van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 23 juli 1990 sprake zijn indien de verwervende vennootschap in de zin van onderdeel h van dat artikel, niet zelf een onderneming drijft?

b) Staat aan een aandelenruil in vorenbedoelde zin in de weg, dat dezelfde natuurlijke persoon die vóór de ruil enig aandeelhouder en directeur van de verworven vennootschappen was, na de ruil directeur en enig aandeelhouder van de verwervende vennootschap is?

c) Is van een aandelenruil in vorenbedoelde zin slechts sprake indien deze ertoe strekt de onderneming van de verwervende vennootschap en die van een ander in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samen te brengen?

d) Is van een aandelenruil in vorenbedoelde zin slechts sprake indien deze ertoe strekt de ondernemingen

van twee of meer verworven vennootschappen in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samen te brengen?

e) Is een aandelenruil die plaats vindt teneinde horizontale fiscale verliescompensatie tussen de deelnemende vennootschappen binnen een fiscale eenheid als bedoeld in artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 te bewerkstelligen, een voldoende zakelijke overweging voor die ruil in de zin van artikel 11 van de richtlijn?"

15. Opgemerkt zij, dat de Nederlandse regering het niet eens is met de vaststelling van de nationale rechter, dat artikel 14b, lid 2, sub a, en artikel 14b, lid 2, sub b, van de wet van 1964 op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd. Volgens haar heeft de nationale rechter te veel nadruk gelegd op de verklaring van de staatssecretaris.

*Zaak C-130/95, Giloy*

16. In deze zaak verzoekt het Hessische Finanzgericht het Hof om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 244 van het douanewetboek, luidende als volgt:

„Instelling van beroep heeft ten aanzien van de tenuitvoerlegging van de aangevochten beschikking geen schorsende werking.

De douaneautoriteiten schorten de tenuitvoerlegging van de aangevochten beschikking evenwel geheel of gedeeltelijk op indien zij gegronde redenen hebben om aan de overeenstemming van die beschikking met de douanewetgeving te twijfelen of indien de belanghebbende onherstelbare schade dreigt te lijden.

Indien de aangevochten beschikking tot de toepassing van rechten bij invoer of van rechten bij uitvoer leidt, dient ingeval van opschorting van de tenuitvoerlegging van deze beschikking een zekerheid te bestaan of te worden gesteld. Van die eis kan evenwel worden afgezien wanneer deze, gezien de omstandigheden waarin de schuldenaar verkeert, ernstige economische of sociale moeilijkheden zou kunnen veroorzaken."

17. In de zaak voor de nationale rechter gaat het evenwel niet om invoerrechten, doch om BTW, waarop het douanewetboek ingevolge bepalingen van Duits recht van toepassing is. Op 28 maart 1990 gaven de Duitse douaneautoriteiten een beschikking waarbij van

Giloy een bedrag van 293 870,76 DM aan BTW over ingevoerde goederen werd gevorderd. Het door Giloy tegen deze beschikking ingestelde beroep tot nietigverklaring is nog steeds aanhangig.

18. Bij beschikking van 16 augustus 1994 werd beslag op het loon van Giloy gelegd. Toen zijn werkgever kennis nam van het bedrag van de schuld, zegde hij bij brief van 31 augustus 1994 de arbeidsovereenkomst op. Sedertdien ontvangt hij sociale bijstand. Giloy wendde zich tot de verwijzende rechter en vorderde opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking van 28 maart 1990. Onder verwijzing naar zijn beroep in het hoofdgeding stelt hij, dat er gegronde twijfel bestaat aan de rechtmatigheid van de beschikking. Voorts moet, ongeacht of zijn beroep al dan niet gegrond is, de tenuitvoerlegging van de beschikking worden opgeschort, omdat hij onherstelbare schade dreigt te lijden, en reeds heeft geleden: de maatregelen die zijn genomen om de schuldvordering door middel van loonbeslag ten uitvoer te leggen, hebben ertoe geleid dat hij zijn arbeidsplaats is kwijtgeraakt en een beroep moest doen op sociale bijstand. Zijn voormalige werkgever heeft hem verzekerd, dat hij hem weer in dienst zal nemen, wanneer de kans op tenuitvoerlegging van de aangevochten beschikking niet meer bestaat. Verder kan op grond van artikel 244, derde alinea, van het douanewetboek van hem geen zekerheidstelling worden verlangd, omdat hij wegens zijn economische situatie daartoe niet in staat is.

19. De Duitse autoriteiten brengen hiertegen in, dat er geen redenen zijn om aan de rechtmatigheid van de aangevochten beschikking te twijfelen. Bovendien bestaat er geen kans op onherstelbare schade, omdat uit het onderzoek tot dusverre blijkt, dat verdere pogingen om de schuldvordering ten uitvoer te leggen, thans geen succes zouden hebben. Verdere maatregelen zouden pas kunnen worden genomen wanneer Giloy zijn werkzaamheden weer heeft hervat en dan uitsluitend binnen nauwe grenzen in verband met de Duitse bepalingen betreffende niet voor beslag vatbare goederen; derhalve lijdt hij ook in geval van hervatting van zijn werkzaamheden geen onherstelbare schade.

20. Teneinde hulp te krijgen bij de beslechting van het geschil, heeft de nationale rechter het Hof de volgende vragen voorgelegd:

„1) Staan beide in artikel 244, tweede alinea, van verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het communautair douanewetboek genoemde voorwaarden, te weten

— gegronde redenen om te twijfelen aan de overeenstemming met de douanewetgeving

*of*

— onherstelbare schade voor de belanghebbende,

volledig onafhankelijk naast elkaar, zodat de tenuitvoerlegging ook moet worden opgeschort wanneer er *geen enkele* reden bestaat om te twijfelen aan de overeenstemming met de douanewetgeving van de aanslag waarvoor opschorting van de tenuitvoerlegging wordt verlangd, maar de mogelijkheid van het ontstaan van onherstelbare schade voor de belanghebbende wordt erkend?

4) Moet in geval van opschorting van de tenuitvoerlegging de zekerheid altijd worden vastgesteld op het bedrag van de rechten, of bestaat de mogelijkheid de zekerheid met inachtneming van de totale economische situatie van de verzoeker tot een deelbedrag te beperken?"

21. De vragen worden gesteld in de veronderstelling, dat artikel 244 van het douanewetboek van toepassing is op de verschuldigde BTW waarom het in het hoofdgeding gaat. De nationale rechter neemt evenwel ten onrechte aan, dat BTW over invoer een invoerrecht in de zin van het wetboek is. Krachtens artikel 4, punt 10, van het wetboek omvat het begrip „rechten bij invoer" slechts de douanerechten en heffingen van gelijke werking, en de landbouwheffingen en andere belastingen bij invoer die zijn vastgesteld in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid of bepaalde andere landbouwregelingen. Het omvat geen BTW.

Ingeval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

2) Is, wanneer de in het tweede streepje genoemde voorwaarde is vervuld, het vereiste van zekerheidstelling automatisch uitgesloten, of moet daarvoor nog aan andere voorwaarden worden voldaan en zo ja aan welke?

22. Zoals evenwel reeds gezegd, is artikel 244 van het wetboek ingevolge bepalingen van Duits recht klaarblijkelijk van toepassing op het onderhavige geval. De relevante voorschriften zijn neergelegd in § 69 van de Finanzgerichtsordnung. § 69, lid 2, regelt de voorwaarden voor opschorting van de tenuitvoerlegging door de fiscus, terwijl § 69, lid 3, bepaalt, dat die voorwaarden mutatis mutandis door de belastingrechter dienen te worden toegepast. In haar bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen stelt de Commissie, dat de tekst van § 69, lid 2, die werd vastgesteld vóór de

3) Vormt het dreigende — ingevolge de vervaldatum van de schuldvordering eventueel reeds ontstane — verlies van een baan een ‚ernstige economische of sociale moeilijkheid', ook wanneer op grond van nationale wettelijke regelingen het bestaansminimum door bijvoorbeeld sociale bijstand is verzekerd?

inwerkingtreding van het wetboek, enigszins afwijkt van die van artikel 244 van het wetboek en had moeten worden gewijzigd, zodat hierin de bewoordingen van die bepaling werden overgenomen; zij voegt hier evenwel aan toe, dat in de Duitse rechtspraak en doctrine wordt erkend, dat de douaneautoriteiten verplicht zijn artikel 244 van het wetboek toe te passen. In haar antwoorden op de twee schriftelijke vragen van het Hof merkt de Duitse regering op, dat § 69, lid 3, van de Finanzgerichtsordnung voor procedures voor de belastingrechter verwijst naar de voor de fiscus geldende bepalingen; § 21, lid 2, van de Duitse wet op de omzetbelasting bevat een algemeen voorschrift, dat de bepalingen inzake douanerechten mutatis mutandis op de BTW over invoer moeten worden toegepast.

23. Beide zaken werpen de vraag op, of het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag bevoegd is antwoord te geven op door een nationale rechter gestelde vragen over de uitlegging van gemeenschapsrecht, wanneer die vragen rijzen in de context van een geschil waarop het gemeenschapsrecht als zodanig niet van toepassing is, maar door nationaal recht in een niet-communautaire context is getransponeerd. Deze kwestie deed zich in een aantal eerdere zaken voor, en het is wellicht nuttig eerst in het kort de vroegere uitspraken van het Hof toe te lichten.

## De relevante rechtspraak

24. Het Hof stond voor het eerst bij deze kwestie stil in de zaak Thomasdünger [5] uit 1985, waarin het Hof was verzocht om een uitspraak over de uitlegging van het gemeenschappelijk douanetarief in een procedure betreffende de invoer in Duitsland van goederen uit Frankrijk, welke situatie buiten het toepassingsgebied van het douanetarief viel. In zijn conclusie betoogde advocaat-generaal Mancini, dat het belang van Thomasdünger bij een tariefinlichting was gelegen in het feit, dat bepaalde Duitse instanties, zoals de Duitse spoorwegen, de tariefindeling toepasten bij de vaststelling van hun prijzen. Hij concludeerde, dat het Hof de vragen van de nationale rechter niet diende te beantwoorden, omdat „het Hof (...) ogenschijnlijk de daarin vermelde voorschriften [zou] uitleggen, maar in werkelijkheid een oordeel [zou] uitspreken over de interne regels waarin die voorschriften zijn opgenomen met verlies van al hun normatieve inhoud".

25. Het Hof weerlegde dat bezwaar evenwel door een eenvoudige verwijzing naar het vertrouwde beginsel, dat „het Hof, behoudens in uitzonderlijke gevallen waarin de uit te leggen bepaling van gemeenschapsrecht kennelijk niet van toepassing is op de feiten van het hoofdgeding, zich refereert aan het oordeel van de verwijzende rechter, die aan de hand van de feiten heeft na te gaan of de beantwoording van de prejudiciële vraag noodzakelijk is voor de beslechting van het bij hem aanhangige geschil".

5 — Arrest van 26 september 1985, zaak 166/84, Jurispr. 1985, blz. 3001.

26. Het Hof stelde deze kwestie in de arresten Dzodzi [6] en Gmurzynska-Bscher [7] van 1990 rechtstreekser aan de orde. Dzodzi, van Togolese nationaliteit, trad in het huwelijk met een Belgisch onderdaan, die vlak daarna kwam te overlijden. Na de dood van haar echtgenoot verzocht Dzodzi in haar hoedanigheid van echtgenote van een onderdaan van een Lid-Staat van de Gemeenschap om een verblijfsvergunning in België. Het betrof kennelijk een zuiver interne situatie en er was geen enkel aanknopingspunt met het gemeenschapsrecht. Krachtens een bepaling van Belgisch recht diende de buitenlandse echtgenoot van een Belgische onderdaan evenwel te worden behandeld als ware hij of zij een gemeenschapsonderdaan. De nationale rechter legde die bepaling blijkbaar in dier voege uit, dat ook met Belgische onderdanen gehuwde buitenlanders zich konden beroepen op gemeenschapsregels die van toepassing waren op de echtgenoten van onderdanen van andere Lid-Staten die in België verblijven. Teneinde hulp te krijgen bij de beslechting van het geschil, vroeg de nationale rechter derhalve, of Dzodzi het recht van verblijf en het recht om verblijf te houden in België zou hebben, indien haar echtgenoot onderdaan was geweest van een andere Lid-Staat dan België.

27. De feiten van de zaak Gmurzynska-Bscher verschillen niet van die in de zaak Giloy. De Duitse BTW-voorschriften verwezen voor vrijstelling en vermindering van belasting naar de nomenclatuur van het gemeenschappelijk douanetarief. Gmurzynska-Bscher, die voornemens was een kunstwerk uit Nederland in Duitsland in te voeren, verzocht om een tariefinlichting teneinde de door haar verschuldigde BTW vast te stellen.

28. Advocaat-generaal Darmon sloot zich aan bij het standpunt van advocaat-generaal Mancini in de zaak Thomasdünger en concludeerde, dat het Hof in geen van beide zaken bevoegd was om de vragen van de nationale rechter te beantwoorden. [8] Volgens hem betrof het doel van de prejudiciële procedure, namelijk te verzekeren dat het gemeenschapsrecht overal dezelfde werking heeft, slechts de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zoals die door het gemeenschapsrecht zelf en uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald; een verwijzing naar het gemeenschapsrecht kon de werkingssfeer ervan en daardoor de bevoegdheid van het Hof niet uitbreiden. Het zou onaanvaardbaar zijn, dat de rol van het Hof werd beperkt tot het geven van adviezen of consulten als die waarom een rechtsgeleerde soms wordt verzocht door nationale rechters die een buitenlandse wet moeten toepassen.

29. Voor de tweede maal week het Hof echter af van het standpunt van de advocaat-generaal en zowel in de zaak Dzodzi als in de zaak Gmurzynska-Bscher beantwoordde het de vragen van de nationale rechter. In het arrest Dzodzi overwoog het Hof het volgende:

„Uit de tekst van artikel 177 noch uit het doel van de bij dit artikel ingestelde procedure blijkt, dat de auteurs van het EEG-Verdrag de bevoegdheid van het Hof om bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over een bepaling van gemeenschapsrecht hebben willen uitsluiten, in het bijzondere geval dat het nationale recht van een

6 — Arrest van 18 oktober 1990, gevoegde zaken C-297/88 en C-197/89, Jurispr. 1990, blz. I-3763.

7 — Arrest van 8 november 1990, zaak C-231/89, Jurispr. 1990, blz. I-4003.

8 — Conclusies van 3 juli 1990 in de zaak Dzodzi, aangehaald in voetnoot 6, Jurispr. 1990, blz. I-3778, en in de zaak Gmurzynska-Bscher, aangehaald in voetnoot 7, Jurispr. 1990, blz. I-4009.

Lid-Staat naar de inhoud van die bepaling verwijst ter vaststelling van de voorschriften die in een zuiver interne situatie van die Lid-Staat van toepassing zijn.

Het is integendeel voor de communautaire rechtsorde van evident belang, dat ter vermijding van toekomstige uitleggingsgeschillen iedere bepaling van gemeenschapsrecht, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moet vinden, op eenvormige wijze wordt uitgelegd." [9]

30. Het Hof stelde, dat zijn rol zich ertoe beperkte, uit de letter en de geest van gemeenschapsregels de betekenis ervan af te leiden en dat het uitsluitend de nationale rechter was die de aldus uitgelegde bepalingen van gemeenschapsrecht had toe te passen, met inachtneming van de omstandigheden feitelijk en rechtens van de zaak. Het Hof behoefde zich in beginsel niet te bekommeren om de omstandigheden die de nationale rechter ertoe hadden gebracht vragen te stellen, en om de wijze waarop hij de gemeenschapsbepaling waarvan hij uitlegging had gevraagd, dacht toe te passen. Het Hof voegde daaraan toe:

„Dit zou slechts anders zijn wanneer zou blijken dat een oneigenlijk gebruik van de procedure van artikel 177 wordt gemaakt en wel om via een geconstrueerd geschil een uitspraak van het Hof uit te lokken, of wanneer duidelijk is dat de gemeenschapsbepaling waarvan het Hof om uitlegging wordt gevraagd, niet van toepassing kan zijn.

Wanneer het gemeenschapsrecht ingevolge bepalingen van nationaal recht van toepassing wordt, staat het uitsluitend aan de nationale rechter de juiste strekking van die verwijzing naar het gemeenschapsrecht te beoordelen. Indien de nationale rechter meent, dat een bepaling van gemeenschapsrecht wegens die verwijzing van toepassing is op de zuiver interne situatie die ten grondslag ligt aan het bij hem aanhangig geding, kan hij zich onder de voorwaarden van artikel 177 EEG-Verdrag zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof, met een prejudiciële vraag tot het Hof wenden.

Het Hof is evenwel enkel bevoegd bepalingen van gemeenschapsrecht te onderzoeken. Het kan in zijn antwoord aan de nationale rechter geen rekening houden met de algemene opzet van de nationale bepalingen die naar het gemeenschapsrecht verwijzen, doch tegelijkertijd bepalend zijn voor de strekking van die verwijzing. Welke grenzen de nationale wetgever eventueel heeft gesteld aan de toepassing van het gemeenschapsrecht op de zuiver interne situaties waarop het enkel via de nationale wet van toepassing is, is een vraag van nationaal recht, die derhalve uitsluitend door de rechterlijke instanties van de betrokken Lid-Staat kan worden beoordeeld." [10]

9 — R. o. 36 en 37.

10 — R. o. 40-42.

31. De arresten Dzodzi en Gmurzynska-Bscher vonden korte tijd later navolging in de zaak Tomatis en Fulchiron. [11] In die zaak verzocht de nationale rechter om een uitspraak over het gemeenschappelijk douanetarief ter vaststelling van het BTW-tarief dat krachtens nationaal recht op bepaalde goederen van toepassing was. De arresten werden eveneens onder enigszins verschillende omstandigheden toegepast in de zaken Fournier [12] en Federconsorzi. [13] In de zaak Fournier werd het Hof verzocht om uitlegging van een gemeenschapsrichtlijn waaraan — ietwat ongebruikelijk — door privaatrechtelijke overeenkomsten uitvoering werd gegeven. De nationale rechter diende uit te maken, welk van een aantal nationale bureaus van verzekeraars uiteindelijk jegens de Fourniers aansprakelijk was wegens een verkeersongeval in Frankrijk. Artikel 2, lid 2, van richtlijn 72/166/EEG van de Raad [14] voorzag in de totstandkoming tussen de zes nationale bureaus van verzekeraars van een overeenkomst, waarbij elk bureau, overeenkomstig de eigen nationale wetgeving, de afwikkeling van ongevallen waarborgde die zich op zijn grondgebied hadden voorgedaan en waren veroorzaakt door deelneming aan het verkeer van voertuigen die gewoonlijk op het grondgebied van een andere Lid-Staat waren gestald. De meeste bepalingen van de richtlijn werden pas van kracht nadat de overeenkomst tot stand was gekomen. De nationale rechter verzocht om een uitspraak over de betekenis van het begrip „grondgebied waar het voertuig gewoonlijk is gestald" in artikel 1, lid 4, van de richtlijn teneinde hulp te krijgen bij de uitlegging van dat begrip in de door de bureaus gesloten overeenkomst.

32. In mijn conclusie in die zaak gaf ik het Hof in overweging, zich in overeenstemming met het in het arrest Dzodzi neergelegde beginsel bevoegd te verklaren. Hoewel dit beginsel niet noodzakelijkerwijs behoefde op te gaan voor alle gevallen waarin het ging om de uitlegging van in een privaatrechtelijke overeenkomst overgenomen begrippen van gemeenschapsrecht, was de betrokken overeenkomst hier een hoofdbestanddeel van het door richtlijn 72/166 opgezette stelsel. De richtlijn voorzag niet alleen in sluiting van de overeenkomst, maar maakte er een voorwaarde van voor de inwerkingtreding van de meerderheid van de bepalingen ervan. [15]

33. In zijn arrest beantwoordde het Hof de vraag van de nationale rechter zonder inzonderheid in te gaan op de kwestie van de bevoegdheid. In antwoord op een argument betreffende de uitlegging van de richtlijn, beklemtoonde het Hof evenwel, dat „het (...) aan de verwijzende rechter, die bij uitsluiting bevoegd is de overeenkomst tussen nationale bureaus uit te leggen, (...) vrij[staat] aan de daarin voorkomende termen de betekenis te geven die hij geschikt acht, en hij (...) in zoverre niet gebonden [is] aan de betekenis die aan dezelfde uitdrukking in de richtlijn moet worden gegeven". [16]

34. In de zaak Federconsorzi verzocht een Italiaanse rechterlijke instantie om een beslissing over de uitlegging van enkele bepalingen van landbouwverordeningen van de Raad en de Commissie in de context van een geschil tussen het Italiaanse interventiebureau en

11 — Arrest van 24 januari 1991, zaak C-384/89, Jurispr. 1991, blz. I-127.

12 — Arrest van 12 november 1992, zaak C-73/89, Jurispr. 1992, blz. I-5621.

13 — Arrest van 25 juni 1992, zaak C-88/91, Jurispr. 1992, blz. I-4035.

14 — Richtlijn van 24 april 1972 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid (PB 1972, L 103, blz. 1).

15 — Punt 19.

16 — R. o. 23.

Federconsorzi, een opslaghouder die was belast met interventieverrichtingen in de sector olijfolie, betreffende de omvang van de aansprakelijkheid van Federconsorzi jegens het bureau voor een hoeveelheid olijfolie die uit een van de magazijnen van Federconsorzi was gestolen. Ingevolge de tussen partijen gesloten overeenkomst was de opslaghouder gehouden tot vergoeding van „verliezen ten gevolge van voor zijn risico komende omstandigheden, en wel tegen de waarde als geregeld in de op het desbetreffende tijdstip geldende gemeenschapswetgeving".

35. In navolging van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven verklaarde het Hof, dat het in het arrest Dzodzi neergelegde beginsel toepassing vond; de in geding zijnde contractuele bepaling verwees naar de inhoud van communautaire bepalingen ter vaststelling van de mate waarin een der partijen aansprakelijk kon worden gesteld.

36. In zijn meest recente uitspraak ter zake, het arrest Kleinwort Benson [17], welke zaak niet krachtens artikel 177 van het Verdrag aan het Hof was voorgelegd, maar krachtens het Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van het EEG-Executieverdrag [18], hanteerde het Hof een enger begrip wat betreft de grenzen van zijn bevoegdheid. De Engelse Court of Appeal verzocht om een uitlegging van de uitdrukkingen „ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst" in artikel 5, lid 1, Executieverdrag en „ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad" in artikel 5, lid 3. De vraag van de Court of Appeal was bedoeld om steun te krijgen om in plaats van het Executieverdrag zelf bijlage 4 bij de Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 toe te passen, waarin grotendeels door het Executieverdrag geïnspireerde bepalingen waren opgenomen voor de verdeling van de bevoegdheden over de gerechten in de verschillende delen van het Verenigd Koninkrijk. De bepalingen van bijlage 4 waren evenwel niet altijd gelijkluidend aan die van het Executieverdrag in de op elk willekeurig tijdstip geldende versie. Dat was het geval in Section 5(3) van bijlage 4 (alhoewel daarin de uitdrukking „ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad" was opgenomen, die voorkwam in artikel 5, lid 3, Executieverdrag, waarvan om uitlegging werd gevraagd). Ingevolge Section 47(1) en (3) van de Act konden in bijlage 4 wijzigingen worden aangebracht, daaronder begrepen „wijzigingen die tot verschillen tussen de bepalingen van bijlage 4 (...) en de overeenkomstige bepalingen van titel II van het Verdrag van 1968 leiden". De Act bevatte eveneens verscheidene voorschriften voor de uitlegging van het Executieverdrag en bijlage 4. Section 3(1) van de Act bepaalde, dat „alle problemen in verband met de betekenis en de gevolgen van haar bepalingen, indien zij niet aan het Hof van Justitie worden voorgelegd overeenkomstig het Protocol van 1971, moeten worden opgelost overeenkomstig de door het Hof ontwikkelde beginselen en overeenkomstig 's Hofs rechtspraak". Volgens Section 16(3)(a) van de Act daarentegen moest bij de vaststelling van de betekenis of de strekking van een van de bepalingen van bijlage 4, „rekening worden gehouden met alle door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot titel II van het Verdrag van 1968 ontwikkelde relevante beginselen, alsmede met alle arresten van bedoeld Hof, die de betekenis of de strekking van de bepalingen van die titel betreffen".

37. Na een gedetailleerd onderzoek van het vraagstuk stelde advocaat-generaal Tesauro

17 — Arrest van 28 maart 1995, zaak C-346/93, Jurispr. 1995, blz. I-615.

18 — Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

zich op het standpunt, dat het Hof niet bevoegd was om antwoord te geven op de vragen van de Court of Appeal over de uitlegging van het Executieverdrag en, wat belangrijker is, gaf hij het Hof in overweging, zijn Dzodzi-rechtspraak te herzien. Verderop in deze conclusie zal ik rechtstreeks of indirect ingaan op een aantal van de door advocaat-generaal Tesauro aan de orde gestelde punten.

38. Hoewel het geen gevolg gaf aan de oproep van de advocaat-generaal om zijn eerdere uitspraken te herzien, verklaarde het Hof, dat het niet bevoegd was om de vragen van de Court of Appeal te beantwoorden. Het overwoog, dat de bepalingen van de Act geen rechtstreekse en onvoorwaardelijke verwijzing naar het gemeenschapsrecht bevatten, waardoor dit in de nationale rechtsorde van toepassing zou zijn, doch enkel dit recht als model namen en de bewoordingen ervan gedeeltelijk overnamen. Bovendien was uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid tot vaststelling van wijzigingen die tot verschillen leiden tussen de nationale bepalingen en de overeenkomstige bepalingen van het Executieverdrag. Bijgevolg waren de bepalingen van het Executieverdrag als zodanig door het recht van de betrokken Verdragsluitende Staat niet toepasselijk gemaakt, zij het ook buiten de werkingssfeer van dat Verdrag.

39. De Act van 1982 verplichtte de gerechten van het Verenigd Koninkrijk niet, zich bij de beslechting van de bij hen aanhangige geschillen volstrekt en onvoorwaardelijk aan de door het Hof verstrekte uitlegging van het Executieverdrag te houden; wanneer het Executieverdrag niet van toepassing was, stond het die gerechten vrij te beslissen, of de door het Hof gegeven uitlegging ook gold voor uit het Executieverdrag overgenomen nationaal recht. Derhalve zou de uitlegging van het Hof niet bindend zijn voor gerechten van het Verenigd Koninkrijk. Onder verwijzing naar advies 1/91 [19] verklaarde het Hof, dat het onaanvaardbaar zou zijn, dat de antwoorden van het Hof op door gerechten van de Verdragsluitende Staten gestelde vragen louter een advieskarakter zouden hebben en niet bindend zouden zijn; een dergelijke situatie zou in strijd zijn met de aard van de rol van het Hof, zoals die in het Protocol van 1971 vorm had gekregen, namelijk die van een rechterlijke instantie waarvan de arresten bindende kracht hadden.

## De in de onderhavige zaken aangevoerde argumenten

### *Leur-Bloem*

40. In deze zaak zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Leur-Bloem, de Duitse en de Nederlandse regering en de Commissie.

41. Volgens Leur-Bloem is het verzoek ontvankelijk. Gezien de doelstelling van de richtlijn om „in de Gemeenschap soortgelijke voorwaarden te scheppen als op een binnenlandse markt", mogen binnenlandse transacties niet ongunstiger worden behandeld dan intracommunautaire transacties. De

19 — Jurispr. 1991, blz. I-6079.

Nederlandse wetgever heeft het beginsel aanvaard, dat beide categorieën van transacties op gelijke wijze moeten worden behandeld.

42. Volgens de Duitse en de Nederlandse regering en de Commissie is het Hof niet bevoegd om de vragen te beantwoorden. De Nederlandse regering stelt dat, hoewel de betrokken nationale bepalingen ook binnenlandse transacties regelen, uit de Memorie van Toelichting van de staatssecretaris enkel blijkt, dat het wenselijk werd geacht, binnenlandse transacties op dezelfde wijze te behandelen als intracommunautaire transacties. Noch de Memorie van Toelichting noch de bepaling zelf voorziet uitdrukkelijk in de toepassing van de bepalingen van de richtlijn op binnenlandse transacties. Zij is derhalve van mening, dat het Hof zich om de in het arrest Kleinwort Benson genoemde redenen onbevoegd zou moeten verklaren.

43. Volgens de Commissie is het weliswaar wenselijk, dat de Lid-Staten hun nationale bepalingen naar gemeenschapsrecht modelleren, zodat een spontane harmonisatie wordt bereikt, doch betekent dit niet, dat de nationale bepalingen onderworpen zijn aan het institutionele regime van het Verdrag, inzonderheid artikel 177, zelfs indien de uitlegging van het begrip „aandelenruil" noodzakelijk is voor de beslechting van het geschil. Artikel 14b, lid 2, van de wet verwijst niet naar de richtlijn en verklaart deze niet van toepassing, doch neemt enkel de bewoordingen van artikel 2, sub d, zij het niet eens letterlijk, over. Niets weerhoudt de Nederlandse wetgever ervan, zijn wettelijke regeling te wijzigen. Anders dan de wettelijke regeling waarom het in de zaak Kleinwort Benson ging, verplicht de Nederlandse wettelijke regeling de nationale rechter niet, zelfs maar rekening te houden met de rechtspraak van het Hof.

44. Haars inziens is het tegenargument dat het noodzakelijk is de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren, noch op theoretische noch op praktische gronden overtuigend. De grenzen van de bevoegdheid van het Hof vallen noodzakelijkerwijs samen met de grenzen van het gemeenschapsrecht. Aan de tegengestelde zienswijze kleven de nodige institutionele bezwaren. De bevoegdheid van het Hof zou afhankelijk zijn van de gekozen wetgevingsmethode van een Lid-Staat. Aangezien de Nederlandse wettelijke regeling dezelfde definitie van aandelenruil hanteert voor transacties waarbij buiten de Gemeenschap gevestigde vennootschappen zijn betrokken, zou de bevoegdheid van het Hof zich bovendien uitstrekken tot aandelenruilen waarbij een of meer vennootschappen uit derde landen zijn betrokken. Ten slotte zou het voor de Commissie vrijwel onmogelijk zijn, enkel op grond van een keuze van de Nederlandse wetgever een procedure krachtens artikel 169 van het Verdrag tegen Nederland in te leiden.

*Giloy*

45. In deze zaak werden alleen door de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend. Anders dan in de zaak Leur-Bloem is

de Commissie van mening, dat de Duitse wettelijke regeling weliswaar niet uitdrukkelijk verwijst naar artikel 244 van het douanewetboek, doch dat artikel 244 in de Duitse rechtsorde van toepassing is. Derhalve is de gemeenschapsbepaling volstrekt en onvoorwaardelijk opgenomen in het Duitse recht, zoals in het arrest van het Hof in de zaak Kleinwort Benson wordt vereist.

46. In haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Hof neemt ook de Duitse regering een ander standpunt in dan in de zaak Leur-Bloem. Zij maakt onderscheid tussen de Duitse wettelijke regeling en de in de zaak Leur-Bloem aan de orde zijnde Nederlandse wettelijke regeling, op grond dat het douanewetboek ingevolge § 21, lid 2, van de Duitse wet op de omzetbelasting een dynamisch bestanddeel van het Duitse recht is. De Duitse wetgever heeft geopteerd voor de toepassing van het wetboek en de bevoegdheid van het Hof erkend, omdat BTW over invoer en douanerechten vaak tegelijkertijd door middel van één beschikking worden opgelegd. Het is derhalve van wezenlijk belang, dat de bepalingen inzake douanerechten en BTW op dezelfde wijze worden uitgelegd.

## Analyse van de bevoegdheid

### *De werkingssfeer van het gemeenschapsrecht en de doelstelling van artikel 177*

47. Het wekt op het eerste gezicht wellicht verbazing, dat het Hof, dat ingevolge artikel 164 van het Verdrag tot taak heeft, „de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van [het] Verdrag [te verzekeren]", zich bevoegd zou moeten verklaren in zaken waarin het gemeenschapsrecht niet van toepassing is. Evenals andere rechtsstelsels bepaalt het gemeenschapsrecht zijn eigen werkingssfeer, en het is wellicht redelijk te veronderstellen, dat het hele gemeenschapsrecht met inbegrip van artikel 177 is bestemd om uitsluitend binnen die werkingssfeer te worden toegepast. Artikel 177 heeft in het stelsel van het Verdrag tot doel, te verzekeren dat het gemeenschapsrecht in alle Lid-Staten op eenvormige wijze wordt toegepast. Het valt niet onmiddellijk in te zien, hoe dat doel wordt gediend wanneer het Hof uitspraak doet in geschillen waarin een bepaling van gemeenschapsrecht door een Lid-Staat wordt overgenomen en in een niet-communautaire context wordt getransponeerd. In dergelijke geschillen dient de nationale rechter bepalingen van nationaal recht in plaats van gemeenschapsrecht toe te passen; derhalve kan er geen sprake zijn van een onmiddellijke bedreiging voor de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht.

48. In het arrest Dzodzi trachtte het Hof dit probleem op te lossen door te stellen, dat „het (...) voor de communautaire rechtsorde van evident belang [is], dat ter vermijding van toekomstige uitleggingsgeschillen iedere bepaling van gemeenschapsrecht, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moet vinden, op eenvormige wijze wordt uitgelegd".[20] Anders gezegd, door uitspraak te doen in geschillen die in een niet-communautaire context rijzen, kan het Hof de onjuiste toepassing van het

20 — R. o. 37.

gemeenschapsrecht in de toekomst voorkomen. Op het eerste gezicht valt voor dat argument wel iets te zeggen. Indien een nationale rechter de uitlegging van een gemeenschapsbepaling noodzakelijk acht voor zijn beslissing, dient hij bij ontstentenis van een gezaghebbende uitspraak van het Hof te trachten die bepaling zelf uit te leggen. In geval van onjuiste uitlegging van de gemeenschapsbepaling zou de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht indirect in gevaar komen: hoewel die uitlegging in een niet-communautaire context zou zijn vastgesteld, zou zij in de betrokken Lid-Staat navolging kunnen vinden wanneer andere rechterlijke instanties en administratieve overheden de bepaling waarom het gaat in een communautaire context zouden toepassen.

49. Uiteindelijk is dat argument evenwel niet overtuigend. In dergelijke omstandigheden zou de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht in de betrokken staat hooguit indirect en tijdelijk in gevaar komen. Het zou duidelijk zijn dat aan een uitlegging van een gemeenschapsbepaling door een nationale rechter geen uitspraak van het Hof ten grondslag zou liggen en dat die uitlegging zou kunnen worden betwist zodra zij in een communautaire context werd toegepast. Bovendien is het moeilijk in overeenstemming te brengen met de opzet van artikel 177, volgens welke het gemeenschapsrecht in de eerste plaats wordt uitgelegd en toegepast door de nationale rechter, dat het Hof zich bezighoudt met dergelijke theoretische bedreigingen voor de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht. Het gemeenschapsrecht wordt dagelijks door de nationale rechter toegepast; slechts in een betrekkelijk klein aantal voor de hoogste rechterlijke instanties aanhangige zaken is verwijzing naar het Hof verplicht.

50. Bovendien valt niet gemakkelijk in te zien, hoe een wettelijk voorschrift kan worden uitgelegd buiten zijn context, of, in de woorden van het arrest Dzodzi, „ongeacht de omstandigheden waaronder het toepassing moet vinden". De uitspraak van het Hof in de zaak Dzodzi kan misschien ten dele worden verklaard door de tolerante houding die het Hof destijds aannam jegens verzoeken van nationale rechters in het algemeen. Het Hof onderzocht slechts in zeer uitzonderlijke gevallen, of een verzoek om een prejudiciële beslissing noodzakelijk was, inzonderheid wanneer bleek dat op onregelmatige wijze via een geconstrueerd geschil om een uitspraak werd verzocht, of wanneer de bepaling waarvan om uitlegging werd verzocht, klaarblijkelijk niet van toepassing kon zijn.

51. Het arrest Dzodzi geeft het standpunt van het Hof echter niet langer weer. In een aantal recente uitspraken, om te beginnen met het arrest Telemarsicabruzzo e. a. van 1993 [21], heeft het Hof meer de nadruk gelegd op de noodzaak, uitspraak te doen in het kader van de feitelijke situatie van het geval en heeft het bijgevolg de strengere eis gesteld, dat de nationale rechterlijke instanties een duidelijke omschrijving geven van de feitelijke en juridische context waarin om een uitspraak wordt verzocht. [22] Dit laatste is niet alleen van belang om te verzekeren, dat

21 — Arrest van 26 januari 1993, gevoegde zaken C-320/90, C-321/90 en C-322/90, Jurispr. 1993, blz. I-393; zie ook beschikkingen van 19 maart 1993, zaak C-157/92, Banchero, Jurispr. 1993, blz. I-1085; 26 april 1993, zaak C-368/92, Monin Automobiles, Jurispr. 1993, blz. I-2049; 9 augustus 1994, zaak C-378/93, La Pyramide, Jurispr. 1994, blz. I-3999, en 23 maart 1995, zaak C-458/93, Saddik, Jurispr. 1995, blz. I-511.

22 — Zie laatstelijk beschikking Hof van 19 juli 1996, zaak C-191/96, Modesti, Jurispr. 1996, blz. I-3937.

het Hof de nationale rechter een nuttig antwoord verschaft voor het bij hem aanhangig geding, maar ook omdat het vaak moeilijk of zelfs onmogelijk is een bepaling in abstracto uit te leggen.

*De verschillende contexten van gemeenschapsrecht en nationaal recht*

52. De uitspraak in de zaak Dzodzi is onverenigbaar met bovengenoemde rechtspraak. Wanneer de feitelijke situatie die aan een verwijzing ten grondslag ligt, niet eens binnen het toepassingsgebied van een gemeenschapsbepaling valt, wordt het Hof ex hypothesi gevraagd die bepaling buiten haar eigen context uit te leggen. Derhalve bestaat niet alleen het gevaar, dat het Hof verzuimt alle ter zake dienende kwesties in aanmerking te nemen, maar ook door irrelevante factoren wordt misleid.

53. Zelfs indien er een nauw verband tussen gemeenschapsbepalingen en nationale bepalingen bestaat, kan de context waarin om de uitlegging van een gemeenschapsbepaling wordt verzocht, wezenlijk van haar eigen context verschillen. De zaak Leur-Bloem bijvoorbeeld, waar de nationale rechter van oordeel is dat de Nederlandse wetgever de werkingssfeer van de gemeenschapsbepaling in feite heeft uitgebreid, betreft een binnenlandse transactie waarbij het gaat om een zuiver juridische herstructurering van de eigendom van vennootschappen, mogelijkerwijs om redenen verband houdende met de Nederlandse belastingwetgeving. Ik ben zeer sceptisch, wanneer zou worden getracht in de belastingrichtlijn gehanteerde begrippen — inzonderheid voor de eerste keer — uit te leggen tegen de achtergrond van een dergelijke transactie, die blijkbaar weinig verband houdt met de soort van transactie waarop de richtlijn ziet, te weten grensoverschrijdende fusies en aandelenruilen die zijn bedoeld om het samengaan van ondernemingen over de grenzen heen te stimuleren. Bij de beantwoording van de vragen van de nationale rechter is het noodzakelijk om, teneinde de relevante bepalingen van de richtlijn in hun juiste context te plaatsen, na te gaan in hoeverre de door de Nederlandse bepalingen gestelde voorwaarden in de weg kunnen staan aan de totstandkoming van grensoverschrijdende vennootschapsstructuren ingeval ondernemingen om commerciële redenen samengaan. Zoals blijkt uit de schriftelijke opmerkingen en de mondelinge behandeling voor het Hof, heeft de feitelijke situatie in de zaak Leur-Bloem nauwelijks een aanwijzing opgeleverd, welke punten centraal dienen te staan in de discussie daaromtrent.

54. Wat meer in het bijzonder de laatste vraag van de nationale rechter over de uitlegging van het begrip belastingontwijking in artikel 11 van de richtlijn betreft, uit de stukken waarover het Hof beschikt, blijkt niet of het belastingvoordeel waarnaar wordt verwezen, te weten de horizontale verliescompensatie, een intracommunautaire kwestie betreft. Teneinde de aan het Hof voorgelegde uitleggingsvraag in de juiste context te plaatsen, kan het derhalve noodzakelijk zijn een vergelijkbare situatie te veronderstellen die zonder twijfel in een intracommunautaire context kan rijzen en welke situatie vergelijkbaar is in dier voege dat het belastingvoordeel niet het resultaat is van de

aandelenruil zelf, maar van de daaruit voortvloeiende vennootschapsstructuur. Het is bijvoorbeeld denkbaar, dat een holding als onderdeel van een grensoverschrijdend samengaan om commerciële redenen, gedeeltelijk om fiscale redenen in een Lid-Staat werd gevestigd, bijvoorbeeld om het tarief van de belasting op de winsten van werkmaatschappijen in diverse landen evenredig te verdelen of om te profiteren van een door de betrokken Lid-Staat gesloten belastingovereenkomst. Opnieuw blijkt, dat de feitelijke situatie in de zaak Leur-Bloem nauwelijks een aanwijzing heeft opgeleverd, welke punten centraal dienen te staan in de discussie over alle kwesties die relevant kunnen zijn voor de uitlegging van het begrip belastingontwijking in artikel 11, waarvan de strekking belangrijke consequenties heeft voor de toepassing van de richtlijn.

55. Het zij toegegeven, dat nimmer gewaarborgd is dat aan de hand van de feitelijke situatie van een zaak alle relevante kwesties in aanmerking kunnen worden genomen; waar het Hof het noodzakelijk achtte de gevolgen van eerdere uitspraken te verzachten of van die uitspraken af te wijken, kwam dit dikwijls doordat het niet mogelijk was de gevolgen van een uitspraak volledig te overzien. De kans hierop zou evenwel aanzienlijk toenemen, indien het Hof zich bevoegd zou verklaren in een categorie gevallen waarin het systematisch bepalingen buiten hun eigen context zou moeten uitleggen. Het is mijns inziens op zich onbevredigend, dat het noodzakelijk zou zijn om door middel van extrapolatie fictieve situaties — die geen werkelijk verband houden met de situatie van het hoofdgeding — in ogenschouw te nemen teneinde de noodzakelijke aanwijzingen te verkrijgen voor de punten die centraal dienen te staan. In sommige gevallen zal het makkelijker zijn om een zuiver communautaire context te veronderstellen dan in andere gevallen. Zelfs dan zou nog steeds het gevaar bestaan, dat onbedoeld wordt voorbijgegaan aan ter zake dienende factoren of dat irrelevante factoren voor misleiding zorgen. Zoals hierna zal worden uiteengezet, kunnen bijvoorbeeld zelfs in de ogenschijnlijk nauw verwante context van invoerrechten en BTW verschillende overwegingen gelden. Bovendien is het dikwijls noodzakelijk, dat de procedure voor het Hof wordt voortgezet alvorens het Hof met voldoende mate van zekerheid kan vaststellen, dat het bevoegd is uitspraak te doen.

*Belang van de uitspraak van het Hof voor de uitlegging van een nationaal voorschrift*

56. Gesteld al, dat het Hof een nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht kan verstrekken in een geschil dat in een niet-communautaire context rijst, het is niet zeker, dat de uitspraak van het Hof voor dat geschil van belang zal zijn. Het Hof heeft voortdurend de nadruk gelegd op de noodzaak, dat het gemeenschapsrecht wordt uitgelegd in zijn context, en het ligt voor de hand, dat zelfs twee gelijk geformuleerde bepalingen van gemeenschapsrecht wellicht verschillend moeten worden uitgelegd omdat hun contexten verschillen. In het arrest Metalsa [23] overwoog het Hof:

„Het is duidelijk (...), dat de mogelijkheid om de uitlegging van een verdragsbepaling

23 — Arrest van 1 juli 1993, zaak C-312/91, Jurispr. 1993, blz. I-3751, r. o. 11. Zie ook arrest van 9 februari 1982, zaak 270/80, Polydor, Jurispr. 1982, blz. 329.

uit te breiden tot een in vergelijkbare, soortgelijke of zelfs identieke bewoordingen opgestelde bepaling van een door de Gemeenschap met derde landen gesloten overeenkomst, met name afhangt van het doel dat elk van die bepalingen in haar eigen context nastreeft, en dat een vergelijking van de doelstellingen en de context van de overeenkomst en van het Verdrag daarbij van groot belang is."

57. Het komt mij voor, dat een en ander a fortiori geldt voor bepalingen van gemeenschapsrecht en nationaal recht die gelijk zijn geformuleerd. Overwegingen die van belang zijn voor de uitlegging van een gemeenschapsbepaling, zoals het doel ervan en de plaats in het stelsel en de doelstellingen van het Verdrag, kunnen irrelevant zijn voor de uitlegging van de nationale bepaling. Het verschil tussen de contexten waarin gemeenschapsrecht en nationaal recht van toepassing zijn, kan derhalve meebrengen, dat die regels verschillend moeten worden uitgelegd.

58. Het tweeledige doel van de richtlijn waarom het gaat in de zaak Leur-Bloem, is bijvoorbeeld fiscale belemmeringen op te heffen voor grensoverschrijdend samengaan van ondernemingen door gemeenschappelijke regels inzake belastingfaciliteiten vast te stellen, en tegelijkertijd de financiële belangen van de Lid-Staten veilig te stellen door hun de mogelijkheid te bieden de uitgestelde belasting, ondanks het grensoverschrijdende element, alsnog in te vorderen. Die doelstellingen zijn in een interne context van geen belang.

59. Hetzelfde geldt wanneer de gemeenschapsbepalingen voor een bepaald rechtsgebied worden uitgebreid tot een ander gebied waar harmonisatie op gemeenschapsniveau ontbreekt. In de zaak Giloy bijvoorbeeld verbindt de Duitse wettelijke regeling invoerrechten en BTW over invoer nauw met elkaar. Zelfs daar kunnen evenwel, zoals wordt aangetoond door het recente arrest van het Hof in de zaak Pezzullo [24], verschillende overwegingen gelden. In dat arrest verklaarde het Hof, dat de Lid-Staten op grond van de relevante gemeenschapsrichtlijn [25] mochten bepalen, dat wanneer tevoren onder de regeling actieve veredeling geplaatste goederen in de Gemeenschap in het vrije verkeer werden gebracht, voor de periode tussen de tijdelijke invoer en de definitieve invoer moratoire interessen over de verschuldigde landbouwheffing bij invoer werden geheven; ingevolge de Zesde BTW-richtlijn daarentegen konden interessen pas verschuldigd zijn met ingang van het tijdstip waarop de goederen aan de regeling actieve veredeling werden onttrokken en ten invoer tot verbruik werden aangegeven. In mijn conclusie opperde ik, dat de reden voor het onderscheid zou kunnen liggen in het aftrekmechanisme dat in geval van BTW, doch niet op invoerheffingen van toepassing is. Het arrest toont eveneens aan, dat het verschil in context pas duidelijk kan worden wanneer het Hof de betrokken bepaling heeft uitgelegd.

60. In de zaak Kleinwort Benson werd het Hof beïnvloed door de omstandigheid, dat

24 — Arrest van 8 februari 1996, zaak C-166/94, Jurispr. 1996, blz. I-331.

25 — Richtlijn 69/73/EEG van de Raad van 4 maart 1969 inzake de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met betrekking tot de regeling „actieve veredeling" (PB 1969, L 58, blz. 1).

een nationale rechter die van het Hof een uitspraak heeft verkregen, kan besluiten, deze buiten beschouwing te laten op grond dat de context van het gemeenschapsrecht verschilt van die van het nationale recht. In het arrest verklaarde het Hof dat, aangezien de bepalingen van het Executieverdrag als zodanig door de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk niet toepasselijk waren gemaakt in interne situaties, het de gerechten van het Verenigd Koninkrijk vrij stond te beslissen, of de door het Hof gegeven uitlegging ook gold voor nationale bepalingen. Het Hof verwees daarvoor naar de volgende passage in advies 1/91:

„Het is (...) onaanvaardbaar, dat de antwoorden die het Hof van Justitie aan de gerechten van de EVA-Staten geeft, louter een advieskarakter zouden hebben en niet bindend zouden zijn. Een dergelijke situatie zou in strijd zijn met de aard van de rol van het Hof van Justitie, zoals die in het EEG-Verdrag vorm heeft gekregen, namelijk die van een rechterlijke instantie waarvan de arresten bindende kracht hebben. Zelfs in het zeer bijzondere geval van artikel 228 heeft het advies van het Hof van Justitie de in dat artikel gepreciseerde bindende werking."

61. Ook al is de analogie met de EER-overeenkomst niet volledig, het valt niet te ontkennen, dat het beginsel dat de uitspraken van het Hof bindend zijn voor de nationale rechters, van fundamenteel belang is ter verzekering van de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht. Aanvaarding door het Hof dat het een nationale rechter in de praktijk vrijstaat in bepaalde gevallen op grond van de verschillende context aan zijn uitspraken voorbij te gaan, zou ernstige inbreuk maken op dat beginsel.

62. Daarnaast worden de argumenten die ervoor pleiten de procedure van artikel 177 — met de daarmee gepaard gaande vertraging bij de beslechting van het geschil en kosten voor partijen, de Commissie, de Lid-Staten en het Hof — uit te breiden tot het potentieel grote aantal gevallen waarin Lid-Staten kunnen besluiten gemeenschapsbepalingen over te nemen, in belangrijke mate ondergraven door het feit dat niet is gewaarborgd, dat de uitspraak van het Hof relevant is voor het geschil, en de omstandigheid dat er geen onmiddellijke bedreiging bestaat voor de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht.

63. Ten slotte kan men zich afvragen wat de relevantie van een uitspraak zou zijn wanneer de betrokken nationale bepaling niet blijkt te kunnen worden uitgelegd op de wijze waarop het Hof de overeenkomstige gemeenschapsbepaling heeft uitgelegd. Dit is het geval in de zaak Leur-Bloem. Laten we aannemen, dat het Hof het betoog van Leur-Bloem volgt en de belastingrichtlijn uitlegt in dier voege, dat duidelijk wordt dat de door de Nederlandse wettelijke regeling gestelde voorwaarden voor aandelenfusies te restrictief waren. In geval van een intracommunautaire transactie waarop de richtlijn van toepassing is, zou de nationale rechter verplicht zijn, gesteld dat de relevante bepalingen van de richtlijn rechtstreekse werking hebben, de Nederlandse wettelijke regeling opzij te zetten en de gemeenschapsbepalingen toe te passen. In de omstandigheden van het onderhavige geval zou van een dergelijke verplichting geen sprake zijn. Derhalve zou zich de vreemde situatie voordoen, dat een uitspraak van het Hof voor een nationale rechter hooguit relevant zou zijn, indien de nationale bepaling overeenkomstig de door het nationale recht neergelegde uitleggingsbeginselen zou kunnen worden uitgelegd op de door het Hof voorgestane wijze.

*Verdere conceptuele en praktische moeilijkheden bij de toepassing van artikel 177*

64. Er zijn bovendien ernstige andere problemen verbonden met de uitbreiding van artikel 177 tot geschillen die in een niet-communautaire context rijzen. In de eerste plaats kan in die gevallen enkel op juridisch gekunstelde wijze een verplichting tot verwijzing krachtens artikel 177, derde alinea, worden geconstrueerd voor rechterlijke instanties waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep. Er zou moeten worden geargumenteerd, dat artikel 177 een dergelijke verplichting bevat, ook al vloeit de behoefte aan een uitlegging van het gemeenschapsrecht niet voort uit het gemeenschapsrecht, maar uit het nationale recht. Daarnaast bestaat er bij de hoogste rechterlijke instanties waarschijnlijk een grote mate van onzekerheid met betrekking tot de omvang van hun verwijzingsverplichting.

65. In de tweede plaats kan het Hof krachtens artikel 177 ook uitspraak doen over de geldigheid van gemeenschapshandelingen. Het zou bijzonder ongepast zijn wanneer het Hof een dergelijke uitspraak zou doen in een geschil dat buiten de werkingssfeer van een handeling valt. Daarbij komt, dat een dergelijke uitspraak op nog onrechtstreekser wijze dan bij een uitspraak over de uitlegging relevant zou zijn voor het geschil.

66. Ten slotte deel ik, wat de praktische kant betreft, de bezorgdheid van advocaat-generaal Tesauro [26] met betrekking tot de potentiële hoeveelheid zaken waarin een nationale rechter een verband tussen nationale en gemeenschapsbepalingen vaststelt en besluit om een uitspraak te verzoeken. Hij wijst erop, dat het steeds meer in zwang komt, dat nationale bepalingen of overeenkomsten met derde landen worden gebaseerd op of gemodelleerd naar gemeenschapsrecht.

Het arrest *Kleinwort Benson*

67. In het arrest Kleinwort Benson streefde het Hof naar een tussenoplossing door als voorwaarde te stellen, dat de nationale bepaling een rechtstreekse en onvoorwaardelijke verwijzing naar het gemeenschapsrecht moet bevatten, waardoor dit in de binnenlandse rechtsorde van toepassing zou zijn. Dat criterium biedt wellicht enkele voordelen: het voorkomt dat aan het Hof zaken worden voorgelegd die enkel een zwakke relatie met het gemeenschapsrecht hebben en waarin het verschil in context zeer duidelijk naar voren komt.

68. De oplossing in het arrest Kleinwort Benson is evenwel enigszins een lastig compromis. Om te beginnen ontbreekt een deugdelijke theoretische grondslag. Mijns inziens maken de daarin neergelegde criteria geen

26 — Zie punt 26 van zijn conclusie bij het arrest Kleinwort Benson, aangehaald in voetnoot 17.

onderscheid tussen conceptueel onderscheiden categorieën. Waar de auteurs van het Verdrag of de gemeenschapsbepalingen besluiten het gemeenschapsrecht niet tot een bepaald gebied uit te breiden, kunnen de Lid-Staten een ander standpunt innemen wat betreft de noodzaak zulks eenzijdig in hun nationale wettelijke regelingen te doen. Een gemeenschapsbepaling die voor de ene Lid-Staat de inhoud van daarop betrekking hebbende nationale bepalingen voorschrijft, kan door een andere Lid-Staat enkel worden beschouwd als een potentieel interessant model met een passende hoeveelheid rechtspraak.

69. Welke wetgevingsmethode een Lid-Staat ook kiest, de communautaire rechtsorde is nog steeds een andere dan de nationale rechtsorde. Nu een uitdrukkelijke aanwijzing in artikel 177 ontbreekt, dient het Hof mijns inziens niet toe te staan, dat de omvang van zijn bevoegdheid door nationale wettelijke regelingen wordt vastgesteld. Mocht dat het geval zijn, dan zou zijn bevoegdheid van Lid-Staat tot Lid-Staat sterk uiteenlopen.

70. In de tweede plaats wordt de doelstelling van de uitspraak in het arrest Kleinwort Benson, namelijk te waarborgen dat de beslissing van het Hof door de nationale rechter wordt toegepast, niet bereikt. Zelfs indien de nationale wettelijke regeling een uitdrukkelijke verwijzing naar het gemeenschapsrecht bevat, waardoor de gemeenschapsbepalingen en nationale bepalingen gelijkluidende bewoordingen hebben, zou het de nationale rechter toch vrijstaan te concluderen, dat de verschillende context van de twee bepalingen een andere uitlegging gebiedt. Zoals ik al zei, kunnen zelfs twee bepalingen van gemeenschapsrecht die in gelijke bewoordingen zijn gesteld, op grond van hun verschillende context een verschillende uitleging behoeven.

71. In de derde plaats blijven, zoals reeds gezegd, ondanks het nauwe verband tussen gemeenschapsbepalingen en nationale bepalingen de gevaren en moeilijkheden bestaan die inherent zijn aan de uitlegging van gemeenschapsbepalingen buiten hun eigen context.

72. In de vierde plaats is, zoals het onderhavige geval laat zien, het vereiste van rechtstreekse en onvoorwaardelijke verwijzing naar het gemeenschapsrecht moeilijk toepasbaar en willekeurig. In de zaak Giloy blijkt er overeenstemming te bestaan, dat de Duitse douaneautoriteiten verplicht zijn artikel 244 van het wetboek toe te passen op de inning van BTW over invoer; nochtans blijkt dat vereiste geenszins duidelijk uit de wettelijke regeling, maar vloeit het gedeeltelijk uit de rechtspraak en de doctrine voort. Het staat hoe dan ook niet aan het Hof, de Duitse wettelijke regeling uit te leggen; dat is uitsluitend de taak van de nationale rechter. In de zaak Leur-Bloem is er stellig geen sprake van, dat de Nederlandse wettelijke regeling een rechtstreekse en onvoorwaardelijke verwijzing naar het gemeenschapsrecht bevat. Dat kan evenwel zonder meer aan de aard van de gemeenschapstekst liggen. Terwijl een nationale bepaling mogelijkerwijs een uitdrukkelijke verwijzing naar een gemeenschapsverordening of een overeenkomst bevat, kan een Lid-Staat die de bepalingen van een richtlijn in een niet-communautaire context wil transponeren,

gewoon de werkingssfeer van zijn nationale uitvoeringsregelingen uitbreiden. Zoals in de zaak Leur-Bloem, kan de nationale rechter het verband met de gemeenschapsbepaling afleiden uit de letter en de doelstelling van de nationale bepalingen, eventueel onder verwijzing naar de voorbereidende werkzaamheden. Het wekt nauwelijks verbazing, dat, zoals de Commissie uiteenzet, artikel 14b, lid 2, sub a, van de Nederlandse wet van 1964 de tekst van de belastingrichtlijn niet letterlijk overneemt, hetgeen evenmin geschiedt in artikel 14b, lid 2, sub b, waarmee wordt beoogd de richtlijn om te zetten.

73. Meer in het algemeen getuigt het mijns inziens van willekeur, wanneer onderscheid wordt gemaakt naar gelang van de wijze waarop een Lid-Staat een gemeenschapsbepaling in een nationale context transponeert. Zo kan bijvoorbeeld het resultaat dat wordt bereikt door bepaalde voordelen die worden toegekend door een richtlijn die enkel op intracommunautaire situaties van toepassing is, tot binnenlandse situaties uit te breiden, ook worden bereikt door een in passende bewoordingen gesteld verbod van omgekeerde discriminatie. Welke middelen ook worden aangewend, het blijft een feit dat in geschillen als het onderhavige uiteindelijk het nationale recht van toepassing is. Dergelijke geschillen hebben geen betrekking op uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten of verplichtingen.

74. Ten slotte brengt, zoals we in de onderhavige zaken hebben gezien, een tussenoplossing zoals die in het arrest Kleinwort Benson is aanvaard, waarschijnlijk een grote mate van onzekerheid mee. Dit leidt er onvermijdelijk toe, dat de bevoegdheid van het Hof stelselmatig zal worden betwist, waarover in veel gevallen pas definitief uitspraak kan worden gedaan nadat de procedure voor het Hof is afgesloten. Bovendien zal er, indien het Hof zich bevoegd acht, verdere onzekerheid ontstaan over de vraag of de nationale rechter de uitspraak moet toepassen, gelet op de verschillende contexten.

*De grenzen van de bevoegdheid van het Hof krachtens artikel 177*

75. Derhalve concludeer ik, dat het Hof enkel uitspraak dient te doen in gevallen waarin het bekend is met de feitelijke en juridische context van het geschil en waarin de gemeenschapsbepaling op die context ziet. Mijns inziens is alleen deze zienswijze verenigbaar met het rechtsbeginsel en met de doelstelling van artikel 177, dat waarborgt dat de uitspraak van het Hof van belang is voor de beslechting van het geschil en dat voorkomt dat het Hof wordt verzocht om uitlegging van een gemeenschapsbepaling buiten haar eigen context. Het levert eveneens een bruikbaar en duidelijk criterium op dat de nationale rechterlijke instanties de vereiste mate van zekerheid met betrekking tot de omvang van de bevoegdheid van het Hof zal verschaffen.

76. Bijgevolg dient het Hof mijns inziens in geen van de onderhavige zaken uitspraak te doen. In beide gevallen heeft de nationale wetgever een gemeenschapsbepaling overgenomen en getransponeerd in een context waarop die bepaling niet ziet.

77. Wat de eerdere uitspraken betreft, ben ik het met advocaat-generaal Tesauro eens, dat het Hof niet langer uitspraak dient te doen in zaken als Thomasdünger, Dzodzi, Gmurzynska-Bscher en Tomatis en Fulchiron. Anderzijds waren de beslissingen in de zaken Fournier en Federconsorzi mijns inziens correct. In die zaken was er het fundamentele verschil dat de betrokken contractuele regelingen overeenkomstig de gemeenschapsbepalingen waren getroffen. Derhalve vielen de feiten van beide zaken alleszins onder de gemeenschapsbepalingen, en strookte het zowel met de doelstelling van artikel 177 als met het vereiste dat het Hof uitspraak moet doen in een relevante context, dat het Hof de vragen van de nationale rechterlijke instanties beantwoordde.

78. Het zij toegegeven, zoals advocaat-generaal Tesauro in de zaak Kleinwort Benson opmerkte, dat de overeenkomsten waarom het ging in de zaken Fournier en Federconsorzi aan de hand van het nationale recht dienden te worden uitgelegd. Dat geldt evenwel ook indien de uitlegging van een gemeenschapsbepaling relevant is voor de uitlegging van een nationale uitvoeringsbepaling. Niettemin kenmerken beide zaken zich door het feit, dat het voorschrift of de contractuele bepaling binnen een communautaire context van toepassing is.

79. Ik wijs er nadrukkelijk op, dat ik het Hof niet in overweging geef, zich onbevoegd te verklaren in alle zaken waarin de relevantie van een vraag wordt ingegeven door een mogelijke inbreuk op het nationale recht. Als voorbeeld diene de volgende situatie. Een Lid-Staat heeft in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, die hem op grond van een richtlijn is voorbehouden, strengere voorwaarden gesteld dan die waarin de richtlijn voorziet, doch de bevoegde instantie van de Lid-Staat mag uit hoofde van de nationale uitvoeringsregelingen enkel die bepalingen vaststellen die op grond van het gemeenschapsrecht absoluut noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de richtlijn (een situatie die vergelijkbaar is met die in de zaak RTI e. a. [27]). In een dergelijke situatie is het mogelijk, dat de nationale rechter wenst te weten welke minimumvoorwaarden de richtlijn stelt en dat hij daartoe een vraag aan het Hof voorlegt, teneinde daarmee in te gaan op een argument dat de Lid-Staat is getreden buiten de hem door de nationale wettelijke regeling toegekende bevoegdheden. In dergelijke omstandigheden dient het Hof zich mijns inziens bevoegd te verklaren, aangezien het nationale recht de gemeenschapsbepalingen niet in een andere context heeft getransponeerd door deze letterlijk over te nemen of gebruik te maken van het beginsel van omgekeerde discriminatie: de nationale rechter wenst enkel antwoord te krijgen op zijn vraag om overwegingen die verband houden met het nationale recht en niet met het gemeenschapsrecht; er bestaat dus geen gevaar, dat Het Hof een vraag buiten de context ervan beantwoord.

80. Het kan nuttig zijn een onderscheid aan te brengen tussen de „verticale" en „horizontale" effecten van het gemeenschapsrecht in een nationaal rechtsstelsel. In gevallen waarin het nationale recht het gemeenschapsrecht heeft getransponeerd in een binnenlandse context waarop het gemeenschapsrecht zelf niet van toepassing is, hebben we te maken met wat een „horizontale" situatie zou kunnen worden genoemd: het gemeenschapsrecht is enkel relevant omdat het door het nationale recht is uitgebreid tot een binnenlandse situatie waarop het niet van toepassing moest zijn; die uitbreiding kan worden

27 — Zie mijn conclusie van 11 juli 1996, bij arrest van 12 december 1996, gevoegde zaken C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 en C-339/94, Jurispr. 1996, blz. I-6471.

bereikt door een uitdrukkelijke uitbreiding of letterlijke overname van de gemeenschapsbepalingen, of door middel van een algemene bepaling van nationaal recht waarbij omgekeerde discriminatie of oneerlijke mededinging wordt verboden. Wanneer anderzijds aan het gemeenschapsrecht enkel uitvoering wordt gegeven in de door de gemeenschapswetgeving bepaalde mate, mag worden aangenomen, dat de voorspelbare effecten van die uitvoering op het nationale recht, zelfs die op termijn, effecten zijn waarop het gemeenschapsrecht ziet. Deze kunnen worden beschouwd als „verticale" effecten. Mijns inziens zou het Hof bijvoorbeeld in een geval als in de zaak Federconsorzi zelfs bevoegd zijn, indien de gebeurtenissen al zouden zijn voortgeschreden in die zin dat een vennootschap in vergelijkbare omstandigheden het volledige bedrag had betaald zonder dit aan te vechten, doch haar verzekeraars de hoogte daarvan betwistten toen de vennootschap het bedrag op grond van haar verzekeringsovereenkomst trachtte te verhalen, hetgeen zou resulteren in een verwijzing naar het Hof met betrekking tot de betekenis van dezelfde gemeenschapsbepaling als die waarom het ging in de zaak Federconsorzi.

81. Het is niet mijn bedoeling met de uitdrukking „waarop het gemeenschapsrecht ziet" de categorie van justitiabele verwijzingen te beperken tot situaties die de opstellers van de gemeenschapswetgeving specifiek op het oog hadden: ik vermoed dat zij bijvoorbeeld niet hebben stilgestaan bij de noodzaak om als gevolg van de diefstal van olijfolie in de zaak Federconsorzi een contractueel beding dat naar de gemeenschapsbepaling verwijst, uit te leggen. Het is alleen maar mijn bedoeling te verwijzen naar situaties waarvan kan worden gezegd, dat zij van nature zijn voortgevloeid uit de uitvoering van het gemeenschapsrecht en niet uit het feit, dat het gemeenschapsrecht langs een omweg is toegepast op een situatie waarop het nimmer toepassing moest vinden.

## Conclusie

82. Bijgevolg dient het Hof mijns inziens de door het Gerechtshof te Amsterdam in zaak C-28/95, Leur-Bloem, en de door het Hessische Finanzgericht in zaak C-130/95, Giloy, gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

„Het Hof is krachtens artikel 177 EG-Verdrag niet bevoegd de hem voorgelegde vragen te beantwoorden."