

Kroniek Europees staats- en bestuursrecht

A.P.W. Duijkersloot, R. Ortlep, M.J.M. Verhoeven, R.J.G.M. Widdershoven¹

Indeling

1. Constitutionele aspecten
 - 1.1. Europese institutionele ontwikkelingen
 - 1.2. Het wetgevingsproces
 - 1.2.1. Europese wetgeving en subsidiariteit
 - 1.2.2. Implementatievragen
 - 1.3. Toezicht en samenwerking
 - 1.4. Nationale bestuursorganisatie

2. Doorwerking van Unierecht
 - 2.1. Voorrang algemeen
 - 2.2. Doorwerking van Uniehandelingen
 - 2.2.1. Primair Unierecht
 - 2.2.2. Verordening
 - 2.2.3. Richtlijnen
 - 2.2.4. Besluiten
 - 2.2.5. Andere handelingen
 - 2.3. Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten

3. Rechtsbescherming
 - 3.1. Stelsel van rechtsbescherming
 - 3.1.1. Algemeen
 - 3.1.2. Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking
 - 3.2. Toegang tot de rechter
 - 3.2.1. Fatale termijnen
 - 3.2.2. Procespartijen
 - 3.2.3. Voor beroep vatbare handeling
 - 3.2.4. Andere aspecten van de toegang tot de rechter
 - 3.3. Behandeling van het geschil
 - 3.3.1. Rechterlijke beoordeling en bewijs
 - 3.3.2. Ambtshalve toepassing Unierecht
 - 3.4. Uitspraak
 - 3.5. Voorlopige voorziening

4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten
 - 4.1. Algemeen
 - 4.2. Gelijkheid
 - 4.3. Evenredigheid
 - 4.4. Vertrouwen en rechtszekerheid
 - 4.5. Rechten van verdediging
 - 4.6. Transparantie en openbaarheid van bestuur
 - 4.7. Andere beginselen
 - 4.8. Fundamentele rechten

5. Handhaving en schadevergoeding
 - 5.1. Handhaving
 - 5.1.1. Instrumenten
 - 5.1.2. Specifieke waarborgen
 - 5.2. Aansprakelijkheid

Kroniekonderdelen worden weggelaten als geen of onvoldoende van belang zijnde ontwikkelingen hebben plaatsgevonden.

¹ Ton Duijkersloot en Rolf Ortlep zijn als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de UU. Rob Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht bij hetzelfde instituut. Maartje Verhoeven is rechterlijke ambtenaar in opleiding bij de rechtbank Arnhem.

1. Constitutionele aspecten

1.1. Europese institutionele ontwikkelingen

Het blijft onrustig aan het Europese front. Over de vraag waar het met Europa naartoe moet – meer federalisering (Van Rompuy) of juist minder Europa (Cameron) – wordt fundamenteel verschillend gedacht. Volgens de Nederlandse regering moet de Unie een debat aangaan over de vraag of de huidige bevoegdheidsverdeling tussen Europese en nationale overheden wel toekomstbestendig is. Daarbij is de kernvraag of de Unie wel de goede dingen doet, en die dingen goed doet (*Kamerstukken II 2012/2013, 21501-20, nr. 748*). Zie over de discussie in meer algemene zin, J. Steenbergen, ‘Constitutionalisme en de zoektocht naar meer unie in de crisis’, *SEW 2013/40*, afl. 3, p. 96-40.

Intussen doet de Unie verwoede pogingen om de eurocrisis te beteugelen. Het daartoe door 25 lidstaten (alle met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk en Tsjechië) op 2 maart 2012 gesloten intergouvernementele Stabiliteitsverdrag wordt besproken door V. Borger & A. Cuyvers, ‘Het VSCB: de juridische en constitutionele complicaties van de eurocrisis’, *SEW 2012/152*, afl. 10, p. 370-390. Het Stabiliteitsverdrag en de implementatie ervan in Nederland in de Wet Houdbare Overheidsfinanciën wordt besproken in J.H. Reestman, ‘Constitutioneel minimalisme. Het Stabiliteitverdrag in de Nederlandse rechtsorde’, *TvCR 2013/1*, p. 6-27. De auteur is onder meer kritisch over het feit dat door het verdrag voorgeschreven binding van de begrotingswetgever aan de evenwichtsregel slechts op indirecte wijze, via het verdrag zelf, als bron van nationaal recht kan worden geconstrueerd.

Van groot belang voor bestrijding van de eurocrisis is de HvJEU 27 november 2012, zaak C-370/12 (*Pringle*), *SEW 2013/52*, afl. 3, p. 127, m.nt. Vandenbruwaene, *AAe 2013/2*, p. 142-148, m.nt. Slot, waarin het Hof groen licht geeft aan het door de eurolanden gesloten Verdrag tot instelling van een Europees stabiliteitsmechanisme (ESM). In die zaak acht het Hof de taken die in het Verdrag worden toebedeeld aan de Commissie, het ECB en het Hof toelaatbaar, omdat zij verenigbaar zijn met hun bevoegdheidstoedelingen als omschreven in de Verdragen. Voor wat betreft de Commissie en de ECB is daarbij van belang dat de hen in het ESM-verdrag opgedragen taken geen eigen beslissingsbevoegdheid omvatten en dat de door hen uitgeoefende activiteiten enkel het ESM binden. Wat betreft het Hof zelf wijst het Hof op art. 273 VWEU op grond waarvan het bevoegd is uitspraak te doen in elk geschil tussen de lidstaten, dat met de materie van de Verdragen verband houdt, indien dat geschil hem krachtens een compromis wordt voorgelegd. Niets belet dat een dergelijk akkoord vooraf – namelijk in het ESM-verdrag – wordt gegeven. In de zaak *Pringle* bepaalt het Hof verder – in lijn met de in de vorige kroniek (*NTB 2012/36*, afl. 9, p. 272) al gesignaleerde uitspraak van de V.zr. Rechtbank Den Haag van 1 juni 2012 (*Wilders*), *JB 2012/174* – dat de door het ESM-verdrag voorziene financiële bijstand aan noodlijdende lidstaten niet in strijd is met de ‘no bail out’-clausule van art. 125 VWEU. De betreffende lidstaten blijven immers aansprakelijk voor hun eigen verbintenissen ten aanzien van schuldeisers.

Het Bundesverfassungsgericht gaf in een uitspraak van 12 september 2012 zijn zegen aan zowel het Stabiliteitsverdrag als het ESM-Verdrag. Wat betreft het laatstgenoemde verdrag stelt het wel als voorwaarde dat de Duitse betalingsverplichting geplafonneerd moet worden tot het Duitse aandeel in het kapitaal van het fonds en dat het Duitse parlement zijn informatierecht moet kunnen uitoefenen. Op 27 september hebben de partijen bij het ESM zich met deze voorwaarden akkoord verklaard. Zie over de uitspraak J.J. Sillen, ‘Het Bundesverfassungsgericht, Europa en het ESM’, *NJB 2012/2413*, afl. 42, p. 2946-2953, die stelt dat de uitspraak naar inhoud eerder kwalificeert als een politieke dan als een rechterlijke beslissing. J.H. Reestman, ‘Het ESM- en het Stabiliteitsverdrag voor de constitutionele rechters in Estland, Frankrijk en Duitsland’, *SEW 2013/41*, afl. 3, p. 103-113, alsmede in

algemene zin, C. Calliess, 'The Future of the Eurozone and the Role of the German Federal Constitutional Court', in: P. Eeckhout & T. Tridimas (eds.), *Yearbook of European Law 2012*, Oxford: OUP 2012, p. 402-415.

Naar aanleiding van het Stabiliteits- en ESM-verdrag bracht de Raad van State op 22 januari 2013, op verzoek van de Eerste Kamer, advies (*Kamerstukken I*, 33 454) uit over de verankering van de democratische controle bij deze hervormingen. Blijkens het advies acht de Raad de introductie van structuren parallel aan de bestaande, zoals bij beide verdragen is gebeurd, op lange termijn onwenselijk. Bij de invulling van de toekomstige parlementaire betrokkenheid maakt de Raad onderscheid tussen de aanpak van crisissituaties (waarin deze vooral verloopt via de vertrouwensregel) en perioden van relatieve stabiliteit (waarin meer openbaarheid en politiek debat mogelijk is). Daarbij blijft het nationale parlementaire budgetrecht van belang en zal vanwege de afstemming op de Europese besluitvorming het volgend jaar de politieke besluitvorming over de begroting verschuiven van het najaar naar het voorjaar.

Zie ten slotte over de Europese constitutionele processen in algemene zin, G. van der Schyff, 'The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU', *ELRev.* 2012, p. 563-583; G. Martinico, 'The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: On Complexity as a Constitutional Theory of the EU', in: P. Eeckhout & T. Tridimas (eds.), *Yearbook of European Law 2012*, Oxford: OUP 2012, p. 198-226; E. Christodoulidis, 'A 'Minefield of Misreckonings': Europe's Constitutional Pluralism', in: C. Barnard et. al. (eds.), *The Cambridge Yearbook of European legal studies*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 199-244; Darinka Piqani, 'Arguments for a Holistic Approach in European Constitutionalism: What Role for National Institutions in Avoiding Constitutional Conflicts between National Constitutions and EU law', *EU Const.* 2012, p. 493-522; A. Łazowski, 'Withdrawal from the European Union and Alternatives to Membership', *ELRev.* 2012, p. 523-540.

1.2. Het wetgevingsproces

1.2.1. Europese wetgeving en subsidiariteit

In juni 2012 bracht een derde van de nationale parlementen, waaronder die van Nederland, voor het eerst een negatief subsidiariteitsadvies ('gele kaart') uit naar aanleiding van een Europees wetsvoorstel, namelijk het 'Monti II'-voorstel voor een verordening betreffende de uitoefening van het recht op collectieve actie in de context van de vrijheid van vestiging en dienstverrichting. In reactie daarop heeft de Commissie het voorstel op 12 september 2012 ingetrokken. Zie over de kwestie, F. Fabbrini & K. Granat, "'Yellow card, but no foul": The role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike', *CMLRev* 2013, p. 115-143. Vergelijk in meer algemene zin, D. Edward, 'Subsidiarity as a Legal Concept', in: P. Cardonnel *et al* (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 93-103.

In 'Comitologie onder het Verdrag van Lissabon', *SEW* 2013/22, afl. 2, p. 63-75, constateert M. Chamon, dat ondanks de nieuwe regeling van uitvoerings- en gedelegeerde regelgeving in art. 290 en 291 VWU, de praktijk op een aantal punten trouw blijft aan de oude comitologie. Zo blijft de Commissie nationale deskundigen raadplegen bij het opstellen van gedelegeerde regelgeving ook al is dat geen formeel vereiste onder art. 290 VWEU.

Het themanummer van *Themis* 'Verloren in vertaling' bevat voor het Unierecht interessante bijdragen van C.J.W. Baaij, 'A Case for Formal Equivalence in EU Translation', *RMThemis* 2012/6, p. 278-287, waarin de auteur betoogt dat de grammaticale structuur van zinnen uit de uitspraken van het Hof in een vertaling zo veel mogelijk behouden moet blijven, omdat

anders de uniforme uitlegging van het Unierecht in gevaar komt, en B.W.G. Defrancq & F. van Driessche, 'Certaines versions sont plus égales que d'autres: l'analyse comparative de multitextes législatifs effectuée par la Cour de Justice de l'Union européenne', *RMThemis* 2012/6, p. 288-299, waaruit duidelijk wordt dat het Hof vooral de Franse, Duitse en Engelse taalversies van regelgeving noemt of citeert.

1.2.2. Implementatievragen

In 'Nationale koppen' en de doorwerking van natuurbeschermingsverdragen', *M en R* 2013/35, afl. 3, p. 158-171, wijzen L. Squintani & J.M.I.J. Zijlstra erop dat de wetgever – en soms de rechter - een verkeerde definitie van 'nationale koppen' hanteert, omdat daarin geen rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat maatregelen die verder gaan dan een concrete Uniehandeling, noodzakelijk kunnen zijn vanwege de doorwerking van een door Nederland (en de Unie) geratificeerd internationaal verdrag. Dit heeft tot gevolg dat sommige maatregelen in het natuurbeschermingsrecht ten onrechte als nationale kop dreigen te worden geschrapt omdat deze maatregelen, ook al worden ze niet geëist door een Uniehandeling, wel voortvloeien uit een internationaal verdrag. Om dit te vermijden bevelen zij aan om de definitie van nationale koppen in die zin uit te breiden dat daarvan pas sprake is als de nationale maatregel niet strikt noodzakelijk is voor de doorwerking van het Europese recht, van internationale verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Zie over de implementatie van Unierecht verder, P. Nicolaidis & M. Geilmann, 'What is Effective Implementation of EU Law?', *MJ* 2012, p. 383-399, en U. Stelkens, 'Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten', *EuR* 2012, p. 511-545.

1.3. Toezicht en samenwerking

Uit HvJEU 18 oktober 2012, zaak C-37/11 (*Commissie v. Tsjechië*), blijkt dat een lidstaat in een verdragsschendingsprocedure ex art. 258 VWEU zich in beginsel niet kan beroepen op de onwettigheid van de niet-nagekomen Uniehandeling als de lidstaat hiertegen geen beroep tot nietigverklaring ex art. 263 VWEU heeft ingesteld. Dat ligt slechts anders als de handeling zulke ernstige en kennelijke gebreken vertoont, dat zij als non-existent kan worden aangemerkt. Daarbij moet het – aldus het Hof - wel gaan om 'uiterst extreme gevallen'.

HvJEU 11 december 2012, zaak C-610/10 (*Commissie v. Spanje*), biedt een voorbeeld van een zaak waarin een lidstaat in een procedure ex art. 260 VWEU wordt 'bestraft' wegens het niet-uitvoeren door een regionale overheid van een arrest waarbij een schending van het Unierecht is vastgesteld. Omdat de autonome regio Baskenland de door het Hof met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde staatssteun niet heeft teruggevorderd, legt het Hof aan Spanje een dwangsom van 50.000 EUR op voor iedere dag dat regio in gebrek blijft, alsmede een forfaitaire som (boete) van 20 miljoen EUR op. Daarbij is de voor het bepalen van de hoogte van deze sancties relevante draagkracht de draagkracht van Spanje en niet die van Baskenland. Deze handelwijze verrast niet echt, maar roept wel vragen op over de in de Wet NERpe aan de staat toegekende bevoegdheid om boetes en dwangsommen op de (schendende) decentrale overheid te verhalen. Deze sancties kunnen zodanig oplopen dat een decentrale overheid niet in staat is om ze te betalen. Zie voor deze en andere complicaties bij het onderlinge verhaal tussen de staat en decentrale overheden in het geval de ene overheidslaag het Unierecht (of het EVRM) heeft geschonden terwijl de andere met de schadeclaims wordt geconfronteerd, C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-uitgevers 2012.

Zie over de verdragsschendingsprocedure verder, M. Taborowski, 'Infringement proceedings and non-compliant national courts', *CMLRev.* 2012, p. 1881-1914, en M. Varju, 'The Shaping of Infringement Procedures in European Union Law: The Rights and Safeguards of the Defendant Member State', *MJ* 2012, p. 400-420.

2. Doorwerking van Unierecht

2.1. Voorrang algemeen

R. van der Hulle & R. van der Hulle, 'Op weg naar een minder strikte toepassing van de voorrangsregel', *SEW* 2012/193, afl. 12, p. 490-501, gaan in op de jurisprudentie waarbij diverse constitutionele rechters de nationale rechter bevoegd achten om te bepalen dat een nationale regeling die in strijd is met het EU-recht toch nog tijdelijk kan worden toegepast. Dat staat op gespannen voet met de voorrang van Unierecht. In het *Winner Wetten*-arrest biedt het Hof van Justitie een eerste, voorzichtige opening voor de acceptatie van dergelijke rechtspraak: het Hof sluit analoge toepassing van zijn eigen rechtspraak waarin het bepaalt dat de gevolgen van een nietig of ongeldig verklaarde handeling van een Europese instelling nog enige tijd in stand kunnen blijven, niet uit in gevallen waarin de nationale rechter te maken krijgt met een nationale regeling die in strijd is met het Unierecht. De auteurs leggen een link met de – in de vorige kroniek, *NTB* 2012/36, afl. 9, p. 283 al gesignaleerde – zaak C-41/11 (*Inter-Environnement Wallonie*), *JB* 2012/310. Zij stellen dat beide zaken op elkaar lijken, op een belangrijk verschil na: waar in zaak *Winner Wetten* een nationale regeling centraal staat die inhoudelijk in strijd is met het Unierecht, gaat het in de zaak *Inter-Environnement Wallonie* om een op met het Unierecht strijdige wijze tot stand gekomen nationaal besluit. Zie over de (relativering van de) voorrangsregel verder T. Lock, 'Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive? *Inter-Environnement Wallonie*', *CMLRev.* 2013, p. 217-230, en T. Kruis, *Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012.

2.2. Doorwerking van Uniehandelingen

2.2.2. Verordening

In HvJEU 12 juli 2012, zaak C-146/11 (*Pimix*), *AB* 2012/285, m.nt. Van Eijken & Verhoeven, bevestigt het Hof zijn jurisprudentie dat een verordening die bij toetreding tot EU niet in de taal van een nieuwe lidstaat bekend is gemaakt in Publicatieblad of is overgenomen in het nationale recht van deze lidstaat, niet toegepast kan worden. Bepalingen uit een verordening kunnen dan niet aan particulieren worden tegengeworpen, ook al konden deze er via andere wegen kennis van nemen.

In HvJEU 25 oktober 2012, zaak C-592/11 (*Ketelä*), herhaalt het Hof in het kader van een prejudiciële vraag over verordening nr. 1698/2005, inzake steun voor plattelandontwikkeling uit het Europees Landbouwfonds voor Plattelandontwikkeling, zijn vaste jurisprudentie dat lidstaten maatregelen ter uitvoering van een verordening mogen vaststellen indien deze de rechtstreekse werking ervan niet belemmeren, het communautaire karakter ervan niet verbergen en, binnen de grenzen van de bepalingen ervan, het gebruik van de bij die verordening toegekende beoordelingsmarge preciseren. Onder verwijzing naar de relevante bepalingen van de betrokken verordening, uitgelegd tegen de achtergrond van de doelstellingen ervan, moet worden bepaald of zij de lidstaten verbieden, opleggen of toestaan bepaalde uitvoeringsmaatregelen te nemen en met name in dit laatste geval of de betrokken

maatregel binnen het kader van de aan elke lidstaat toegekende beoordelingsmarge is genomen.

J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland* (Kluwer: Deventer 2012) bespreekt de juridische problemen die bestaan bij de uitvoering van Europese subsidieregelingen (in de vorm van verordeningen, besluiten en soft law) door Nederlandse uitvoeringsorganen en in hoeverre het Europese en/of nationale subsidierecht dient te worden aangepast voor de oplossing van deze problemen. Haar dissertatie wijst uit dat de problemen hun oorzaak vinden in zowel het Europese als het nationale subsidierecht. Zo zijn de bevoegdheden van de subsidietitel van de Awb niet altijd voldoende om de Europese terugvorderingsverplichtingen na te komen. Van den Brink bepleit de invoering van een speciale Wet inzake Europese subsidies.

2.2.3. Richtlijnen

Uit ABRvS 9 januari 2013 (*Oude IJsselstreek*), AB 2013/31, m.nt. Backes, blijkt dat de Natuurbeschermingswet geen grondslag biedt voor het verlenen van een vergunning voor zover het gaat om de mogelijke schadelijke gevolgen van een inrichting voor *niet in Nederland* gelegen Natura 2000-gebieden. Daarom toetst de Afdeling het bestreden besluit dat significante gevolgen heeft voor een Duits Natura 2000-gebied, direct aan het rechtstreeks werkende art. 6 lid 3 van de Habitatrictlijn. In zijn noot stelt Backes dat de NB-wet ook van toepassing zou moeten zijn op buitenlandse gebieden, omdat de directe toepassing van art. 6 lid 3 beperkt wordt door het verbod van omgekeerde verticale werking van richtlijnen.

In CRvB 16 oktober 2012, *LJN BY0325*, wordt in een bijstandszaak onder meer een beroep gedaan op het feit dat de Terugkeerrichtlijn nog niet in nationale wetgeving was omgezet. De Centrale Raad herhaalt de vaste rechtspraak dat het beroep onbesproken kan blijven nu de Terugkeerrichtlijn ten tijde van het geding nog niet hoefde te zijn geïmplementeerd in de nationale wetgeving en gedurende de omzettingstermijn van de richtlijn ook geen implementatie heeft plaatsgevonden.

HvJEU 9 oktober 2012, zaak C-583/10, waarin het Hof artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 98/59/EG, betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, uitlegt, biedt een mooi voorbeeld van de diverse factoren die voor de uitleg van richtlijnbepalingen van belang kunnen zijn.

De in de vorige kroniek (*NTB 2012/36*, afl. 9, p. 274) vermelde zaak C-97/11 (*Amia SpA*) – waarin het Hof bevestigt dat het doorwerkingsinstrument van richtlijnconforme uitlegging voorgaat op dat van rechtstreekse werking – is inmiddels gepubliceerd in *M en R 2012/134*, afl. 9, m.nt. Jans. De in dezelfde kroniek gesignaleerde uitspraak van de HR 21 september 2012 – waarin wordt bepaald dat in het geval van richtlijnconforme uitleg de mogelijkheden die de tekst van de omzettingswet biedt, prevaleren boven de totstandkomingsgeschiedenis van die wet – is gepubliceerd in *AB 2012/367*, m.nt. Widdershoven.

2.2.5. Andere handelingen

In ABRvS 23 mei 2012, *AB 2013/15*, m.nt. Spaans, velt de Afdeling een belangrijk oordeel over de verhouding tussen een Europees BREF-document en een nationale oplegnotitie. De Afdeling stelt vast dat een oplegnotitie een zelfstandig aangewezen BBT-document is, en dat daarom met de oplegnotitie in gelijke mate rekening moet worden gehouden, als met het onderliggende BREF-document zelf.

2.3. Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten

In haar verzamelnoot onder drie uitspraken van de ABRvS 26 september 2012, *AB* 2013/61, 62 en 63, bespreekt M.R. Botman de niet consistente benadering door de Afdeling van de verhouding tussen de Dienstenrichtlijn en bestemmingsplanvoorschriften. Terwijl de Afdeling in *AB* 2013/61 en 62 - conform eerdere rechtspraak (vermeld in *NTB* 2012/36, afl. 9, 276) - de Dienstenrichtlijn onder verwijzing naar overweging 9 van de considerans bij de richtlijn in het geheel niet van toepassing acht op voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw en evenmin op administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften, gaat zij in *AB* 2013/63, via de band van art. 1.1.2 Bro, wel inhoudelijk in op de door een tuincentrum aangevoerde grond dat een planvoorschrift, dat de verkoop van dierbenodigdheden beperkt tot 150 m² vloeroppervlak van het centrum, in strijd is met art. 14 lid 5 Dienstenrichtlijn. De Afdeling acht het planvoorschrift overigens niet in strijd met art. 1.1.2 Bro of de richtlijn, omdat aan de beperking van het aantal m² geen (door art. 14 lid 5 verboden) economische, maar ruimtelijke motieven ten grondslag liggen. Volgens Botman is de benadering in *AB* 2013/63 de juiste en wordt in de twee andere uitspraken te veel waarde gehecht aan een niet bindende opmerking uit de considerans.

De in *NTB* 2012/36, afl. 9, p. 276, al vermelde uitspraak van de ABRvS 25 juli 2012 (*Westland II*), *JB* 2012/219, m.nt. Broeksteeg, waarin de Afdeling de vernietiging door de Kroon van de verruimde openstelling van winkels op zondag niet in strijd acht met de Dienstenrichtlijn, is inmiddels ook gepubliceerd in *AB* 2012/337, m.nt. Botman, en in *Gst.* 7381, 13, nr. 4, m.nt. Adriaanse.

In ABRvS 9 oktober 2012, 201008782/1/V1, past de Afdeling de HvJEU 26 april 2012, zaak C-508/10 (vermeld in *NTB* 2012/36, afl. 9, p. 273) – waarin Nederland wordt veroordeeld omdat het onevenredig hoge bedrag van leges voor de afgifte van vergunningen aan onderdanen van derde landen een belemmering vormt voor de uitoefening van de door richtlijn 2003/109 aan deze onderdanen toegekende rechten en daarom die richtlijn haar nuttig effect ontnemt – op overeenkomstige wijze toe binnen de context van richtlijn 2003/86, inzake gezinshereniging. Dit leidt de Afdeling tot de conclusie dat ook de in dat kader geldende legesheffing van € 830,- het nuttig effect aan richtlijn 2003/86 ontnemt en in strijd is met het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.

Zie ten slotte C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*, Den Haag: BJu 2013, waarin het Unierecht een belangrijke bron is voor deze algemene regels.

3. Rechtsbescherming

3.1. Stelsel van rechtsbescherming

3.1.1. Algemeen

J.T. Nowak & N. Cariat, 'Het nieuwe Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie: een overzicht', *NtER* 2013/1/2, p. 36-45, bevat een overzicht van de wijzigingen, die het op 1 november 2012 in werking getreden nieuwe Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie (Rpv) bevat (zie reeds *NTB* 2012/36, afl. 9, p. 277). De wijzigingen betreffen diverse regels die ervoor moeten zorgen dat het Hof ook in de toekomst binnen een redelijke termijn tot een uitspraak kan komen, zoals de uitbreiding van de mogelijkheden om door middel van een versnelde procedure te beslissen, de mogelijkheid om eisen te stellen aan procedurestukken van partijen en belanghebbenden (maximumlengte, precisering van repliek en dupliek), de verkorting van termijnen en het benadrukken van het facultatieve karakter van de pleitzitting en conclusies van de advocaat-generaal. Wat betreft de prejudiciële procedure zijn onder meer de al geldende wenken voor de nationale rechter thans opgenomen in art. 94

Rpv, zijn de mogelijkheden voor het Hof om een zaak bij gemotiveerde beschikking (zonder schriftelijke opmerkingen van partijen) af te doen verruimd en is de president bevoegd om ambtshalve de versnelde procedure te starten. Zie over deze en andere aspecten van de prejudiciële procedure, R. Grimbergen, 'Prejudicieel verwijzen in vogelvucht. Enkele highlights voor de praktijk', *JBplus* 2013/1, p. 20-33.

Conform een aanbeveling van de Raad van Ministers van de EU van december 2010 is voor de nummering van rechterlijke uitspraken het *Landelijke Jurisprudentie Nummer* (LJN) vervangen door de Europa-breed gebruikte *European Case Law Identifier* (ECLI). Daardoor kunnen buitenlandse uitspraken beter worden gevonden en gemakkelijker worden geciteerd. Zie over deze en andere vormen van de groeiende Europese rechterlijke cultuur, H.J. van Harten, 'Who's Afraid of a True European Judicial Culture?', *REALaw* 2012, p. 131-152.

De rol en betekenis van de advocaat-generaal in de procedure bij het Hof staat centraal in C. Barnard *et al* (eds.), *The Cambridge Yearbook of European legal studies*, Oxford: Hart Publishing 2012, met bijdrage van A. Albers-Llorens, 'Securing Trust in the Court of Justice of the EU: The Influence of the Advocates General', p. 509-528, M. Bobek, 'A Fourth in the Court: Why are There Advocates General in the Court of Justice?', p. 529-562, T. Capeta, 'The Advocate General: Bringing Clarity to CJEU Decisions? A Case-Study of Mangold and Küçükdeveci', p. 563-586, L. Clément-Wilz, 'The Advocate General: A Key Actor of the Court of Justice of the European Union', p. 587-614, A. Hinarejos, 'Social Legitimacy and the Court of Justice of the EU: Some Reflections on the Role of the Advocate General', p. 615-634, en I. Solanke, 'The Advocate General: Assisting the CJEU of Article 13 TEU to Secure Trust and Democracy', p. 697-722.

Zie over de aanpak van het Hof van Justitie verder, K. Lenaerts, 'The European Court of Justice and Process-Oriented Review', in: P. Eeckhout & T. Tridimas (eds.), *Yearbook of European Law 2012*, Oxford: OUP 2012, p. 3-16, Hrsg. v. Ulrich Haltern u. Andreas Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012, H.C.F.J.A. de Waele, 'Traditioneel tekstueel of typisch teleologisch?', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 53-66.

3.1.2. Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking

In zijn uitspraken van 22 november 2012, zaak C-136/11 (*Westbahn*), 19 december 2012, zaak C-363/11 (*Elegktikou Synedriou*) en 31 januari 2013, zaak C-394/11 (*Belov*), oordeelt het Hof over de vraag of de verwijzende instanties tot verwijzing bevoegde 'rechterlijke instanties' zijn in de zin van art. 267 VWEU. In *Westbahn* wordt de Schienen-Control Kommission – die beslist in geschillen tussen ÖBB-Infrastruktur (de Oostenrijkse Pro Rail) en spoorwegondernemingen – wel als zodanig aangemerkt, omdat de commissie voldoet aan de voorwaarden betreffende de wettelijke grondslag, de verplichte rechtsmacht, het permanente karakter, de toepassing van rechtsregels en de onafhankelijkheid. Bovendien is de algemene wet inzake de administratieve rechtspleging op de procedure bij de commissie van toepassing, zodat is gegarandeerd dat sprake is van een procedure op tegenspraak, waarin partijen hun rechten en juridische belangen kunnen doen gelden en getuigen en deskundigen kunnen worden opgeroepen. In *Elegktikou Synedriou* acht het Hof de Griekse Rekenkamer als beslisser in een geschil tussen een commissaris van de rekenkamer en het ministerie van Cultuur en Toerisme in het kader van de controle vooraf van overheidsuitgaven, geen rechterlijke instantie in de zin van art. 267 VWEU. Daarbij is van belang dat tussen de rekenkamer en zijn commissaris duidelijke organieke en functionele banden bestaan, zodat deze in het geschil niet de noodzakelijke onpartijdigheid bezit. Bovendien toetst de rekenkamer de wettigheid van de overheidsuitgave slechts aan het begrotingsrecht en hebben zijn beslissingen geen gezag van gewijsde. In *Belov* wordt de Bulgaarse Commissie gelijke

behandeling evenmin als ‘rechterlijke instantie’ aangemerkt, omdat een door haar genomen beslissing ‘verwant is aan een beslissing van bestuursrechtelijke aard’. Daarbij speelt onder meer een rol dat de commissie andere personen dan die waartegen de klager een klacht heeft ingediend in de procedure kan betrekken en dat de commissie zelf verweerder is in een tegen haar beslissingen ingesteld beroep bij de bestuursrechter.

HvJEU 18 oktober 2012, zaak C-603/10 (*Pelati*) biedt een voorbeeld van een zaak waarin het Hof – onder verwijzing naar de klassieke zaak C-28/95 (*Leur-Bloem*) - een prejudiciële vraag over een bepaling van nationaal fiscaal recht in een zuiver interne situatie toch beantwoordt, omdat Sloveense wetgever zich voor wat betreft de zuiver interne situaties uitdrukkelijk heeft geconformeerd aan de in het Unierecht gekozen oplossingen. In zaak C-583/10 (*VS v. Lolan*) verklaart het Hof zich in een enigszins vergelijkbare situatie juist onbevoegd om de verwezen vraag te beantwoorden, omdat er onvoldoende duidelijke aanwijzingen zijn dat de in de richtlijn gekozen oplossingen ingevolge het nationale recht *automatisch* van toepassing zijn op de interne situatie en de richtlijn daarom niet ‘op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze’ toepasselijk is gemaakt op deze situatie. Bovendien heeft het Unierecht in casu geen belang bij de eenvormige uitlegging van de bepaling van Unierecht en de nationale bepaling, omdat de richtlijn de desbetreffende situatie uitdrukkelijk uitsluit. Zie voor een vergelijkbaar oordeel met betrekking tot het motiveringsbeginsel, HvJEU 21 december 2011, zaak C-482/10 (*Cicala*), AB 2012/254, m.nt. Widdershoven.

In CRvB 14 december 2012, AB 2013/34, m.nt. Jansen, bepaalt de Raad – in lijn met en onder verwijzing naar de vaste rechtspraak van het CBB, de HR, de ABRvS (zie bijv. ABRvS 6 juli 2011, AB 2013/33, m.nt. Jansen) en het EHRM – dat bij het beoordeling van de redelijke termijn de tijd die gemoeid is geweest met het verkrijgen van een prejudiciële beslissing buiten beschouwing moet worden gelaten. Daaraan voegt de Raad – onder verwijzing naar zaak C-385/07P (*Der Grüne Punkt*), *Jur.* 2009, p. I-6155, AB 2010/119 - toe dat voor betrokkene toch een *effective remedy* in de zin van art. 13 EVRM openstaat, namelijk het indienen van een schadevordering tegen de Unie via een actie gebaseerd op art. 268 VWEU, juncto 340, lid 2, VWEU.

Binnen en buiten het kader van de prejudiciële procedure ziet men steeds vaker andere vormen van rechterlijke samenwerking. Zo wijst de Afdeling in een verwijzingsuitspraak van 7 november 2012, AB 2013/38, *M en R* 2013/38, afl. 3, p. 177, het Hof erop dat haar prejudiciële vragen een sterke overeenkomst vertonen met de vragen die door de Supreme Court op 13 mei 2011 naar het Hof zijn verwezen in de zaak C-258/11 (*Sweetman*) en acht zij het daarom ‘aangewezen’ dat het Hof beide zaken gelijktijdig behandelt. Zie over deze en andere vormen van samenwerking C.W.A. Timmermans, ‘Multilevel Judicial Co-operation’, in: P. Cardonnel *et al* (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 15-23, alsmede H.J. van Harten, ‘Unierecht en de Nederlandse rechter. Over kenmerken van nationale rechterlijke autonomie en Europeanisering van de rechtspleging’, in: R. Stijnen en M. Jurgens (red.), *Toepassing van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 11-37.

In ABRvS 13 februari 2013, 201111694/1/A2 (*Ridderstee*), moet de Afdeling oordelen over een besluit van het college van GS van Zuid-Holland, waarbij een aanvraag om subsidie slechts gedeeltelijk is gehonoreerd omdat anders mogelijk sprake zou zijn van staatssteun. Volgens de Afdeling had het college gelet op de gegevens die Ridderstee heeft overgelegd niet zonder meer mogen aannemen dat van ongeoorloofde staatssteun sprake was. Daarom verdraagt het zich niet met art. 3:2 Awb, dat het college alvorens op de aanvraag te beslissen niet in contact is getreden met de Commissie en deze niet om informeel advies heeft gevraagd op grond van de Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (*Pb.* 2009, C 136). Het besluit wordt vervolgens vernietigd.

In ABRvS 30 januari 2013 (*OUN*), *JB* 2013/50, stelt de Afdeling - op basis van Mededeling betreffende de toepassing van de EU-staatssteunregels op de voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (Pb 2012, C 8/02) - de Commissie de vraag of de door de Open Universiteit verrichte activiteiten moeten worden aangemerkt als economische activiteiten. Op basis van het antwoord stelt de Afdeling vast dat de activiteiten niet als zodanig kwalificeren en dat de staatssteunregels daarom niet van toepassing zijn.

3.2. Toegang tot de rechter

3.2.1. Fatale termijnen

In HvJEU 4 oktober 2012 (*Byankov*), *AB* 2012/375, m.nt. Widdershoven, bepaalt het Hof dat het bestuur moet terugkomen op een – als gevolg van het niet benutten van rechtsmiddelen – definitief geworden besluit, waarbij *Byankov* in strijd met art. 21 VWEU een verbod om het grondgebied van Bulgarije te verlaten, is opgelegd. Daarbij is van belang dat het besluit kennelijk onverenigbaar is met art. 21 VWEU en dat het absoluut en voor onbepaalde tijd geldt. In die omstandigheden wordt de onmogelijkheid om het besluit te heroverwegen niet langer gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid en zij in strijd met het beginsel van doeltreffendheid.

In diverse uitspraken van 28 september 2012 – onder meer *LJN* BX9419 en *LJN* BX9420 – verwerpt de CRvB de stelling, dat de Uvw op grond van het arrest *Kühne & Heitz* (zaak C-453/00, *AB* 2004/58) zou moeten terugkomen van de beëindiging van een toeslag nadat de Raad over de Unierechtelijke toelaatbaarheid van die beëindiging in 2007 prejudiciële vragen heeft gesteld, omdat betrokkenen tegen de beëindigingsbesluiten destijds geen, dan wel niet uitputtend, rechtsmiddelen hebben aangewend. Daarmee is niet voldaan aan de tweede voorwaarde voor een succesvol *Kühne & Heitz*-verzoek.

3.2.2. Procespartijen

In CBB 13 september 2012, *JB* 2012/251, wordt het beroep van Thuiszorg Service wegens gebrek aan procesbelang niet-ontvankelijk verklaard, omdat het uitsluitend is gericht op de vaststelling door het College dat de NZA aan HWW niet aangemelde staatssteun heeft verleend en uitdrukkelijk niet beoogt dat het College NZA de onverkorte opdracht geeft om de staatssteun terug te vorderen. Volgens het College kan het een dergelijk beperkt verzoek niet inwilligen zonder in strijd te komen met de Unierechtelijke taak van de nationale rechter om zodanige maatregelen te nemen dat de toestand vóór de steunverlening wordt hersteld. Omdat Thuiszorg Service ook overigens geen procesbelang heeft, verklaart het CBB het beroep niet-ontvankelijk.

In een vervolg op ABRvS 2 november 2011, *AB* 2012/156 (vermeld in *NTB* 2012/36, afl. 9, p. 277) - waarin de Afdeling de door het Centraal Fonds Volkshuisvesting (CFV) aan alle woningbouwcorporaties opgelegde Vogelaarheffing niet in strijd achtte met de Europese staatssteunregels – bevestigt ABRvS 6 februari 2013, 201107906/1/A2, de uitspraak van de rechtbank waarbij de beroepen van diverse corporaties tegen de door CFV aan andere corporaties toegekende bijzondere projectsteun niet ontvankelijk zijn verklaard wegens het ontbreken van een rechtstreeks belang in de zin van artikel 1:2 Awb. Daarbij wordt het beroep op zaak C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), *AB* 2005/118, verworpen, omdat – aldus de Afdeling - uit die zaak slechts voortvloeit dat in het geval er een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de heffings- en steunbesluiten (zoals in casu het geval is) de betalende corporaties hun staatssteunrechtelijke bezwaren tegen de heffingsbesluiten

moeten kunnen voorleggen aan de rechter. Dit laatste is gebeurd in de procedure die tot de uitspraak van 2 november 2011 heeft geleid.

Zie ten slotte over de ontvankelijkheid van particulieren bij de unierechter, M. Jaeger, 'Private Parties' Access to the Courts of Regional Economic Integration Organisations: A Comparative Analysis', in: P. Cardonnel *et al* (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 25-37, en G.A. Neuhäuser, *Die Zulassung der Berufung im Verwaltungsprozess unter den Einwirkungen des Verfassungs- und des Unionsrechts*, Berlin: Duncker & Humblot 2012.

3.2.3. Voor beroep vatbare handeling

In Gerecht EU 4 juni 2012, zaak T-381/11 (*Eurofer*), *M en R* 2012/8, nr. 126, m.nt. Peeters, wordt het beroep van Eurofer (een beroepsvereniging die de belangen van de Europese staalindustrie behartigt) tegen het besluit van de Commissie waarbij een overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten is vastgesteld, niet-ontvankelijk verklaard, omdat niet sprake is van een 'regelgevingshandeling die geen uitvoeringshandelingen met zich brengt' in de zin van art. 263, vierde alinea, VWEU. Daarbij is van belang dat het besluit de Commissie en de lidstaten verplicht om verschillende uitvoeringsmaatregelen te nemen met het oog op de vaststelling door de lidstaten van de definitieve hoeveelheid jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten voor elk betrokken installatie.

3.3. Behandeling van het geschil

3.3.1. Rechterlijke beoordeling en bewijs

A.G. Veltman, 'Het kip-ei-probleem van het leveren van een prima facie bewijs van discriminatie bij sollicitatie', *NtER* 2012/10, p. 350-354, gaat naar aanleiding van zaak C-415/10 (*Galina Meister*) in op de problemen bij het leveren van bewijs van discriminatie bij sollicitaties. Uit de uitspraak blijkt dat het Unierecht een afgewezen sollicitante die aan de functie-eisen voldoet, niet het recht geeft om te vernemen of de werkgever aan het einde van wervingsprocedure een andere sollicitant in diens heeft genomen. Wel kan de weigering van de werkgever om deze informatie te verschaffen een factor vormen waarmee rekening kan worden gehouden in het kader van de vaststelling van de feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden.

3.3.2. Ambtshalve toepassing Unierecht

HvJEU 14 juni 2012, zaak C-618/10 (*Banco Español de Crédito*) – waarin het Hof bepaalt dat richtlijn 93/13 zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een rechter die om een betalingsbevel is verzocht, niet ambtshalve kan nagaan of een beding in de overeenkomst oneerlijk is in de zin van richtlijn 93/13 – is gepubliceerd in *AB* 2012/359, m.nt. Verhoeven.

Zie over de problematiek van de ambtshalve toepassing van Unierecht, A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, Deventer: Kluwer 2012, T. Corthaut, *EU Ordre Public*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012, R. Stijnen, 'Een procedure op tegenspraak of ambtshalve toezicht door de rechter?', in: R. Stijnen en M. Jurgens (red.), *Toepassing van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 39-72, alsmede A. Ó Caoimh, 'Issues of EU Law raised by National Courts of their Own Motion', in: P. Cardonnel *et al* (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 123-138.

3.4. Uitspraak

In HvJEU 15 januari 2013, zaak C-416/10 (*Krizan*), JB 2013/42, bepaalt het Hof dat het doeltreffendheidsbeginsel zich er niet tegen verzet dat in een procedure over een vergunning voor een stortplaats een onterechte – want met de Aarhus-richtlijn strijdige - weigering om een stedenbouwkundig besluit over de locatie van die stortplaats tijdens de rechterlijke procedure in eerste aanleg aan het betrokken publiek ter beschikking te stellen, in appel kan worden geregulariseerd, mits alle opties nog open zijn en herstel in dat stadium het betrokken publiek nog in staat stelt om daadwerkelijk invloed uit te oefenen op de uitkomst van het besluitvormingsproces. In de zaak maakt het Hof verder duidelijk dat art. 4 lid 2 Aarhus-richtlijn, op grond waarvan een lidstaat een verzoek om milieu-informatie kan afwijzen indien openbaarmaking van die informatie afbreuk doet aan de vertrouwelijkheid van commerciële en industriële informatie, geen basis biedt voor geheimhouding van het stedenbouwkundige besluit, hoogstens voor geheimhouding van bepaalde vertrouwelijke gegevens in de motivering ervan. Ten slotte bepaalt het Hof – in lijn met de zaken *Factortame* en *Unibet* – dat de leden van het publiek op grond van het in de Aarhus-richtlijn voorziene recht op beroep, moeten beschikken over de mogelijkheid om bij de bevoegde rechter te verzoeken dat voorlopige maatregelen worden gelast die de toepassing van een vergunning tijdelijk kunnen opschorten in afwachting van het definitieve besluit.

3.5. Voorlopige voorziening

In Vz. ABRvS 3 december 2012, AB 2013/94, m.nt Duijkersloot, wordt een voorlopige voorziening gevraagd, nadat de Afdeling in een uitspraak van 28 september 2012, LJN BX8644, prejudicieel onder meer de vraag heeft verwezen of de door verordening (EG) nr. 2252/2004, voorgeschreven verplichting om ter verkrijging van een paspoort vingerafdrukken te verstrekken, wel geldig is in het licht van het recht op privacy van art. 7 en 8 Hv (zie hierover ook par. 4.8). Volgens de voorzitter bestaat er over de geldigheid van de verordening geen dermate ernstige twijfel – één van de zogenoemde *Zuckerfabrik*-voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om als nationale rechter in geldigheidskwesties een voorlopige maatregel te mogen treffen - dat het Hof zal vaststellen dat die bepaling ongeldig is. Daarom is er geen aanleiding om de uitvoering van deze bepaling tijdelijk op te schorten.

4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

4.1. Algemeen

Van groot belang voor de reikwijdte van de bescherming van de fundamentele rechten van het EU-Handvest van de grondrechten is HvJEU 26 februari 2013, zaak C-617/10 (*Åkerberg Fransson*). Het betreft in deze zaak het ne-bis-idem-beginsel (art. 50 Hv). Zie hierover inhoudelijk nader par. 5.1.2. In de zaak *Åkerberg Fransson* maakt het Hof voor het eerst duidelijk dat de bekende rechtspraak over het reikwijdte van de in de EU gewaarborgde fundamentele rechten waar het gaat om maatregelen van lidstaten – onder meer HvJEG 18 juni 1991, zaak C-260/89 (*ERT*), HvJEG 29 mei 1997, zaak C-299/95 (*Kremzow*) en HvJEG 22 oktober 2002, zaak C-94/00 (*Roquette Frères*) - welke er in de kern er op neer komt dat deze bescherming van fundamentele rechten zich uitstrekt tot nationale regelingen die binnen het toepassingsgebied van het Unierecht vallen - ook geldt waar het gaat om de reikwijdte van het EU Handvest van de grondrechten. Waar de tekst van art. 51 Hv een beperktere uitleg mogelijk leek te maken – op grond van deze bepaling zijn de bepalingen van het Hv immers gericht tot de lidstaten ‘uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’ – en

waar verschillende lidstaten waaronder ook Nederland een beperktere uitleg bepleitten, komt het Hof, gelet op de toelichtingen bij art. 51 Hv, tot de zojuist genoemde ruime uitleg.

Zie over de reikwijdte van het Handvest voor wat betreft handelingen van de lidstaten, J. Mall, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2012, H. Kaila, 'The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States', in: P. Cardonnel *et al* (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 291-315, K. Lenaerts, 'Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights', *EuConst.* 2012, p. 375-403 en X. Groussot, L. Pech & G. Thor Petursson, 'The Reach of Fundamental Rights on Member State Action after Lisbon', in: S. de Vries *et al* (eds.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 97-118. Zie meer algemeen voor de gevolgen van het Verdrag van Lissabon voor de grondrechtenbescherming door het Hof van Justitie, S. Iglesias Sánchez, 'The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights', *CMLRev.* 2012, p. 1565-1611, C. Barnard, 'The Protection of Fundamental Social Rights in Europe after Lisbon: A Question of Conflicts of Interests', in: S. de Vries *et al* (eds.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 37-58, S. de Vries, 'The Protection of Fundamental Rights within Europe's Internal Market after Lisbon – An Endeavour for More Harmony', in: S. de Vries *et al* (eds.) 2013, p. 59-96 en S. Douglas-Scott, 'The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights after Lisbon', in: S. de Vries *et al* (eds.) 2013, p. 153-180.

Het eveneens op 26 februari 2013 gewezen arrest in zaak C-399/11 (*Melloni*) is belangrijk voor de ruimte van de lidstaten om in situaties die vallen onder het EU-recht hun eigen (verdergaande) nationale grondrechtenbescherming toe te passen. Het Hof geeft onder verwijzing naar art. 53 Hv aan dat deze mogelijkheid in beginsel aanwezig is. Er dient echter wel aan een aantal voorwaarden te worden voldaan: het beschermingsniveau van het Handvest, zoals door het Hof uitgelegd, alsmede de voorrang, eenheid en werking van het recht van de Unie mogen niet in het gedrang komen. In casu stonden deze voorwaarden in de weg aan de eis die Spanje aan de overlevering aan Italië van de in dat land bij verstek veroordeelde Melloni wilde stellen, namelijk dat de verstekveroordeling kon worden herzien. Volgens het Hof is deze eis in strijd met het Kaderbesluit 2002/584, betreffende het Europese aanhoudingsbevel, zoals gewijzigd bij Kaderbesluit 2009/299, waarin de voorwaarden om van overlevering af te zien, volledig zijn geëuropeiseerd. Het Kaderbesluit is op dit punt niet in strijd met art. 47 en 48 Hv en evenmin met art. 6 EVRM. Onder die omstandigheden is de verdergaande Spaanse grondrechtenbescherming in strijd met het beginsel van voorrang en doet deze afbreuk aan de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning die het kaderbesluit beoogt te versterken. Bovendien brengt zij de doelmatigheid van het kaderbesluit in het gedrang doordat de uniformiteit van de in dit kaderbesluit vastgestelde grondrechtenbescherming ter discussie wordt gesteld. Zie over de kwestie van overlevering, J. Ouwerkerk, 'Strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie: interstatelijk vertrouwen als weerlegbaar vermoeden', *AAe* 2012/10, p. 735-739.

Ook HvJEU 29 januari 2013, zaak C-396/11 (*Radu*), betreft de verhouding tussen het Europees aanhoudingsbevel en art. 47 en 48 Hv. Beide Handvestrechten brengen volgens het Hof niet mee dat een rechterlijke autoriteit van een lidstaat de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel kan weigeren op grond dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteiten de gezochte persoon niet hebben gehoord alvorens dat bevel uit te vaardigen. De zaak *Radu* is ook van belang omdat het Hof expliciet aangeeft dat, nu het recht om te worden gehoord niet alleen meer in art. 6 EVRM is gewaarborgd, maar ook is neergelegd in art. 47 en 48 Hv, naar laatstgenoemde bepalingen dient te worden verwezen. Het is niet voor het eerst dat het Hof dit duidelijk maakt. Zo overwoog het Hof hetzelfde in HvJEU 6 november 2012,

zaak C-199/11 (*Otis*), zie hierover nader par. 5.2. Sterker nog, in *Otis* overwoog het Hof dat in een dergelijk geval ‘enkel’ nog naar het Handvest verwezen diende te worden. De vraag rijst of het Hof hiermee insteekt op een ook inhoudelijk andere benadering dan die onder art. 6 EVRM – dit lijkt gelet op art. 52 lid 3 Hv niet waarschijnlijk – of dat dit slechts een vooral formele betekenis heeft en het Hof aldus het eigenstandige belang van het Handvest wil onderstrepen. Zie over de verhouding tussen het EU-recht en het EVRM in zowel institutioneel als materieel opzicht nader C.J. Van de Heyning, ‘The Natural ‘Home’ of Fundamental Rights Adjudication: Constitutional Challenges to the European Court of Human Rights’, in: P. Eeckhout & T. Tridimas (eds.), *Yearbook of European Law 2012*, Oxford: OUP 2012, p. 128-161, T. Lock, ‘End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR’, in: P. Eeckhout & T. Tridimas (eds.) 2012, p. 162-197, R. Schütze, ‘European Fundamental Rights and the Member States: From ‘Selective’ to ‘Total’ Incorporation?’, in: C. Barnard et. al. (eds.), *The Cambridge Yearbook of European legal studies*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 337-362 en B. Strassburger, *Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012.

HvJEU 8 november 2012, zaak C-40/11 (*Iida*) biedt een voorbeeld van een ‘interne situatie’ waarin de grondrechten in het Handvest geen toepassing vinden. Het louter hypothetische vooruitzicht van de uitoefening van het recht van vrij verkeer vormt geen toereikende band met het Unierecht - zie eerder al zaak C-299/95 (*Kremzow*) - en hetzelfde geldt voor de louter hypothetische vooruitzichten van belemmering van dat recht. Opvallend is dat het Hof (derde kamer) in deze uitspraak bij de beoordeling van de vraag of de nationale maatregel in kwestie, zijnde de weigering om Iida de verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie te geven, valt onder het ‘ten uitvoer brengen van het Unierecht’ als vermeld in art. 51 Hv nog niet dezelfde duidelijke, bij de oude rechtspraak over de ‘werkingssfeer van het unierecht’ aansluitende, benadering kiest die het later hanteert in *Åkerberg Fransson* (grote kamer).

De in de arresten *Ruiz Zambrano* en *Dereci* (zie *NTB* 2011/40, afl. 9, en *NTB* 2012/36, afl. 9) gekozen lijn dat bij interne situaties waarbij de burger geen gebruik heeft gemaakt van zijn vrij verkeer binnen de Unie toch sprake kan zijn van verblijfsrechtelijke bescherming op grond van art. 20 VWEU wordt nader ingevuld in HvJEU 6 december 2012, gevoegde zaken C-356 en 357/11 (*O en S*). De *Zambrano*-lijn betekent in de kern dat art. 20 VWEU zich verzet tegen nationale maatregelen, daaronder begrepen beslissingen tot weigering van verblijf aan familieleden van een burger van de Unie, die tot gevolg hebben dat de burgers van de Unie het effectieve genot wordt ontzegd van de voornaamste aan hun status ontleende rechten. Het criterium van de ontzegging van de voornaamste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten had in *Zambrano* en *Dereci* betrekking op situaties waarin de burger van de Unie feitelijk gedwongen was niet alleen het grondgebied van de lidstaat waarvan hij onderdaan was, maar ook dat van de Unie als geheel te verlaten. In de zaak *O en S* expliciteert het Hof dat het hier een zeer bijzonder criterium betreft, aangezien het om situaties gaat waarin bij wijze van uitzondering een verblijfsrecht niet kan worden ontzegd aan een onderdaan van een derde land die familielid is van een onderdaan van een lidstaat, omdat anders aan het burgerschap van de Unie dat deze laatste onderdaan geniet het nuttig effect zou worden ontnomen. In casu is het aan de verwijzende Finse rechter om te beoordelen of de afwijzing van de uit hoofde van gezinshereniging ingediende aanvragen tot verblijf voor de betrokken burgers van de Unie tot gevolg heeft dat hun het effectieve genot van de voornaamste aan hun status verbonden rechten wordt ontzegd.

In ABRvS 17 december 2012, *LJN* BY7393, wordt de zaak *Dereci* toegepast. De Afdeling trekt uit dit arrest de conclusie dat het enkele feit dat het voor een staatsburger van een lidstaat misschien wenselijk is - om economische redenen of om de eenheid van de familie op het grondgebied van de Unie te bewaren - dat de leden van zijn familie, die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, bij hem op het grondgebied van de Unie verblijven, op zich niet

volstaat om aan te nemen dat de burger van de Unie verplicht zal worden om het grondgebied van de Unie te verlaten indien een dergelijk recht niet wordt toegekend.

Principieel belangrijk is ten slotte Gerecht EU 29 januari 2009, zaak T-496/10 (*Bank Melat*), waarin Gerecht stelt dat het EU-recht geen regel bevat die rechtspersonen die nauw verbonden zijn met derde staten (in casu: Iran), verhindert om zich in hun belang te beroepen op de aan de grondrechten verbonden bescherming en waarborgen. Zij kunnen dus voor de rechter deze rechten inroepen voor zover zij verenigbaar zijn met de hoedanigheid van rechtspersoon.

4.3. Evenredigheid

In CBB 27 september 2012, *LJN BX9756*, wordt aangeknoopt bij de vaste *Fedesa*-jurisprudentie (zaak C-331/88) van het Hof van Justitie - recent bevestigd in HvJEU 20 mei 2010, zaak C-365/08 (*Agrana Zucker*) – op grond waarvan de Uniewetgever op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt, zodat een op dit gebied vastgestelde maatregel slechts onwettig is wanneer de maatregel kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instelling nagestreefde doel. Naar het oordeel van het College kan er in de onderhavige zaak redelijkerwijs geen twijfel over bestaan dat van een kennelijke ongeschiktheid van het met het oog op het dierenwelzijn in richtlijn 91/629/EEG bij Beschikking van de Commissie van 24 februari 1997 opgenomen aanbindverbod geen sprake is. In de considerans bij genoemde beschikking staat dat het aanbinden van kalveren altijd problemen oplevert. Het verbieden van het aanbinden van kalveren is derhalve een geschikt middel om het welzijn van kalveren te bevorderen. Zie over het Unierechtelijke evenredigheids- en verdedigingsbeginsel, J.M. van Arkel, 'Evenredig verdedigd? De (recente) ontwikkelingen van twee communautaire rechtsbeginselen in het fiscale recht', *TFB* 2012, afl. 7, nr. 4, en T. von Danwitz, 'Thoughts on Proportionality and Coherence in the Jurisprudence of the Court of Justice', in: P. Cardonnel et. al. (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 367-382.

4.4. Vertrouwen en rechtszekerheid

HR 14 december 2012, *LJN BU7264* betreft een naheffingsaanslag die mede de periode bestrijkt waarin het recht op aftrek is verworven in strijd met de Zesde BTW-richtlijn. Dit zou in beginsel grond kunnen vormen voor een naheffing op grond van art. 20 Awr. Dan rijst evenwel de vraag of uitoefening van de bevoegdheid tot naheffing wordt beperkt door het algemene beginsel van rechtszekerheid. Die vraag beantwoordt de Hoge Raad bevestigend. De rechten van belastingplichtigen die zijn verworven door te handelen overeenkomstig de door de nationale rechter in hoogste instantie gewezen jurisprudentie kunnen niet met terugwerkende kracht worden ontnomen, indien nadien blijkt - zoals in het onderhavige geval - dat die jurisprudentie in strijd is met een Europese richtlijn. Uit het Unierecht volgt niet iets anders, aangezien een dergelijke richtlijn niet rechtstreeks ten nadele van de justitiabele kan werken. Zie over deze problematiek H.W.M. van Kesteren, 'Gewettigd vertrouwen op onwettige besluiten', *WFR* 2013/272, die ingaat op de vraag of een belastingplichtige voor de BTW vertrouwen kan ontlenen aan een besluit dat strijdig is met het Europese recht en/of de nationaal wettelijke bepalingen.

Het in de vorige kroniek vermelde arrest van de Hoge Raad van 8 juni 2012 – waarin wordt bepaald dat er naast de regeling van de CDW geen plaats is voor beroep op het nationale vertrouwensbeginsel – is inmiddels gepubliceerd in *AB* 2012/390, m.nt. Ortlep.

4.5. Rechten van verdediging

HvJEU 22 november 2012, zaak 277/11 (*M.M.*), betreft het recht om te worden gehoord, zoals dat ook is opgenomen in art. 41 Hv. Onder verwijzing naar het arrest *Sopropé* (zie *NTB* 2009/18, afl. 5) maakt het Hof duidelijk dat dit recht moet worden geëerbiedigd, ook al voorziet de toepasselijke wetgeving niet uitdrukkelijk in een dergelijke formaliteit, en dat dit recht waarborgt dat een ieder in staat wordt gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure alvorens een besluit wordt genomen dat zijn belangen aanmerkelijk kan beïnvloeden. Het recht om gehoord te worden impliceert tevens dat de administratie met de nodige aandacht kennis neemt van de opmerkingen van de betrokkene door alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken en de beschikking toereikend te motiveren. Als een lidstaat - zoals in casu Ierland - heeft gekozen voor de invoering van onderscheiden en opeenvolgende procedures voor de behandeling van het asielverzoek en het verzoek om subsidiaire bescherming, moet het recht van de betrokkene om te worden gehoord, gelet op het wezenlijk karakter ervan, in beide procedures ten volle worden gewaarborgd. Zie over de toepassing van het verdedigingsbeginsel in asielprocedures ook A.M. Reneman, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, 2013.

ABRvS 14 december 2012, *LJN* BY7400, vormt ook een toepassing van de zaak *Sopropé*. De Afdeling oordeelt op basis daarvan dat een bestuursorgaan alvorens ten aanzien van een bepaalde persoon een bezwarend besluit te nemen, die persoon gelegenheid moet geven daarover opmerkingen kenbaar te maken. Dit is evenzeer voorgeschreven in art. 4:8 Awb. In art. 2:1 Awb is voorts het recht neergelegd om zich in het verkeer met een bestuursorgaan te laten bijstaan door een gemachtigde. Anders dan de vreemdeling in kwestie betoogt, verplicht het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel de staatssecretaris in een geval als het onderhavige niet tot meer dan het bij de totstandkoming van het verlengingsbesluit in acht nemen van art. 4:8 en 2:1 Awb. Omdat dat in casu niet is gebeurd – de staatssecretaris heeft de gemachtigde niet in kennis gesteld van het voornemen jegens de vreemdeling een verlengingsbesluit te nemen, zodat deze de vreemdeling niet heeft kunnen bijstaan in zijn reactie op het besluit – zijn art. 4:8 en 2:1 Awb onjuist toegepast en is het verdedigingsbeginsel geschonden. De schending resulteert echter niet in de vernietiging van het verlengingsbesluit, omdat de vreemdeling – aldus de Afdeling - door het gesignaleerde gebrek niet zodanig is benadeeld, dat een vernietiging gerechtvaardigd is.

De kwestie of schending van de rechten van de verdediging al dan niet tot vernietiging moet leiden, wordt in HR 22 februari 2013, *LJN* BR0671 – in navolging van de in *NTB* 2011/40, afl. 9, p. 287, al vermelde conclusie van A-G van Hilten – prejudicieel verwezen naar het Hof. Meer specifiek vraagt de HR eerst of het Europeesrechtelijke verdedigingsbeginsel zich leent voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter. Zo ja, (a) moet dit beginsel dan aldus worden geïnterpreteerd dat het is geschonden indien de adreessaat van een voorgenomen beslissing weliswaar niet is gehoord voordat de administratie jegens hem een bezwarende maatregel nam maar in een nadien volgende bestuurlijke (bezwaar)fase, die voorafgaat aan een rechtsingang bij de nationale rechter, alsnog in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord en (b) worden de rechtsgevolgen van schending door de administratie van het beginsel bepaald door het nationale recht? Voor het geval het antwoord op de laatste vraag ontkennend is, vraagt de HR ten slotte welke omstandigheden de nationale rechter bij het bepalen van de rechtsgevolgen in aanmerking kan nemen, en met name of hij in aanmerking kan nemen dat de procedure zonder de schending door de administratie van het beginsel een andere afloop zou hebben gehad.

Zie over de betekenis van *Sopropé* voor het Nederlandse recht de in par. 4.3 al genoemde beschouwing van Van Arkel, alsmede G.J. van Slooten, 'Over *Sopropé* en het horen in de

Awb als regeling van aanvullend recht', *WFR* 2013/43. Zie in meer algemene zin over de betekenis van de Europese rechten van de verdediging voor het Nederlandse bestuursrecht A. de Moor-van Vugt, 'The Ghost of the 'Criminal Charge': the EU Rights of the Defense in Dutch Administrative Law', *REALaw* 2012, p. 5-16. Aspecten van de rechten van de verdediging in het EU-kartelrecht komen aan de orde in H.H. Lidgard, 'Due Process in European Competition Procedure: A Fundamental Concept or a Mere Formality?', in: P. Cardonnel et. al. (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 403-421 en in J.R. Calzado & G. de Stefano, 'Rights of Defence in Cartel Proceedings: Some Ideas for Manageable Improvements', in: P. Cardonnel et. al. (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 423-438.

In HR 15 maart 2013, *LJN* BY6101, beperkt de Hoge Raad de door het Hof in het *Akzo*-arrest (zaak C-550/07P, zie *NTB* 2010/49, afl. 10) voor het mededingingsrecht gehanteerde uitleg van de omvang van het Unierechtelijke beginsel van *legal privilege* - te weten dat dit beginsel zich niet uitstrekt tot de communicatie tussen een onderneming en een advocaat die in dienstbetrekking is bij die onderneming werkzaam is - tot het Europese mededingingsrecht als zodanig. Daarbuiten kan de Nederlandse 'in house advocaat' dus aanspraak blijven maken op het verschoningsrecht.

in HvJEU 15 november 2012, zaak C-417/11 (*Raad/Bamba*), beslist het Hof, anders dan eerder het Gerecht, dat geen sprake is van schending van het motiveringsbeginsel bij de vaststelling door de Raad van verordening (EU) nr. 25/2011 tot instelling van beperkende maatregelen tegen bepaalde personen, waaronder Bamba, en entiteiten in verband met de situatie in Ivoorkust. Het Hof overweegt, conform eerdere rechtspraak, dat de verplichting om een bezwarende handeling te motiveren een logisch uitvloeisel is van het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging, welke er enerzijds toe dient, de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of de handeling gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de geldigheid voor de rechter van de Unie kan worden betwist, en anderzijds de rechter van de Unie in staat stelt de rechtmatigheid van die handeling te toetsen. De door art. 296 VWEU vereiste motivering moet de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, opdat de belanghebbende de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregelen kan kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Naar het oordeel van het Hof heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de motivering van de bovengenoemde handelingen ontoereikend was om Bamba in staat te stellen de geldigheid van de handelingen te betwisten en het Gerecht de mogelijkheid te bieden de rechtmatigheid ervan te toetsen.

4.6. Transparantie en openbaarheid van bestuur

In HvJEU 19 juli 2012, *AB* 2012/324, m.nt. Drahmman, bevestigt het Hof dat met het oog op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, een vergunningenstelsel, in casu voor kansspelen, dient te zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, waardoor een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten, zodat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt.

HR 7 december 2012, *LJN* BW9233 betreft een conflict tussen KPN enerzijds en Tele2 en de Staat anderzijds, dat is ontstaan bij de aanbesteding van overheidstelefoniediensten over het vaste netwerk in 2010. Tele2 en KPN hadden beide ingeschreven op de aanbesteding die als gunningscriterium hanteerde de economisch meest voordelige inschrijving. De Staat was van plan de opdracht aan KPN te gunnen en maakte dit ook naar buiten toe duidelijk. Omdat naderhand bleek dat KPN ten behoeve van haar inschrijving een actietarief had

geïntroduceerd voor het gebruik van haar netwerk, dat door de late bekendmaking daarvan door Tele2 niet meer kon worden betrokken in haar inschrijving, en OPTA dientengevolge constateerde dat KPN, door Tele2 niet tijdig te informeren over het actietarief, had gehandeld in strijd met de non-discriminatieverplichting, gunde de Staat de opdracht echter aan Tele2. Ten onrechte aldus het gerechtshof Den Haag en thans ook de Hoge Raad. Gelet op het belang van het transparantiebeginsel voor aanbestedingsprocedures moet worden aangenomen dat de door het HvJEU aanvaarde, op de aanbestedende dienst rustende, verplichting om de gunningscriteria in de aanbestedingsdocumenten te vermelden, ook geldt ten aanzien van de uitsluitingsgronden die de aanbestedende dienst kan inroepen. Een andere opvatting zou tot een willekeurige toepassing van dergelijke facultatieve uitsluitingsgronden kunnen leiden en daarmee een gelijke behandeling van de inschrijvers in gevaar kunnen brengen. Zie over het Europese transparantiebeginsel verder V. Tiili, 'Transparency – An Everlasting Challenge for the European Union', in: P. Cardonnel et. al. (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 473-485 en het proefschrift van Anoeska Buijze, *The principle of transparency in EU law*, Utrecht 2013, waarbij de inhoud van het beginsel wordt gerelateerd aan verschillende hoedanigheden waarin een burger ten opzichte van de overheid kan staan, namelijk als *citoyen*, *homo economicus* en als *homo dignus*.

Vermeldenswaard is ook HvJEU 29 maart 2012, zaak C-1/11 (*Interseroh*), AB 2013/50, m.nt. Backes, waarin het gaat om de verhouding tussen de verplichting tot vermelding door de doorverkoper van afvalstoffen van bepaalde gegevens aan de ontvanger van deze stoffen en het recht op de bescherming van zakengeheimen. Volgens vaste rechtspraak is dat recht een algemeen beginsel van Unierecht (zie onder meer HvJEU 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), NTB 2008/37, afl. 8). Nu echter de EVOA geen ruimte biedt voor interpretatie of afweging, waarmee de inbreuk op het recht op bescherming van zakengeheimen in casu zou kunnen worden voorkomen, biedt dit beginsel geen soelaas.

4.8. Fundamentele rechten

In HvJEU 15 december 2012, gevoegde zaken C-539/10 P en C-550/10 P (*Al Aqsa*) oordeelt het Hof - anders dan het Gerecht 9 september 2010, zaak T-348/07 waartegen door Nederland beroep was ingesteld - dat de plaatsing van de Nederlandse stichting Al-Aqsa op de EU-lijst wegens financiering van terrorisme gerechtvaardigd is. Het Gerecht had geoordeeld dat Nederland, door het nationale sanctiebesluit in te trekken nadat de EU-listing tot stand kwam, de grondslag onder de EU-listing had weggehaald. Dit oordeel van het Gerecht is volgens het Hof onjuist. Nederland wilde hiermee juist de EU-maatregel tegen Al-Aqsa zoveel mogelijk respecteren. Door Al Aqsa aangevoerde strijd met het fundamentele recht op eigendom wordt door het Hof verworpen, onder verwijzing naar onder meer de zaak C-84/95 (*Bosphorus*) en gevoegde zaken C-402/05P en C-415/05P (*Kadi*) - zie NTB 2009/18, afl. 5 - omdat dit recht niet absoluut is en de beperking ervan in het onderhavige geval, gelet op het feit dat het van cruciaal belang is om het terrorisme te bestrijden en aldus de internationale vrede en veiligheid te handhaven, niet onevenredig is met deze nagestreefde doelstellingen. Zie over de spanning tussen terrorismebestrijding en fundamentele rechten en de wijze waarop het HvJEU daarmee om gaat, E. Nanopoulos 'The Fight against Terrorism, Fundamental Rights and the EU Courts: The Unsolved Conundrum', in: C. Barnard et. al. (eds.), *The Cambridge Yearbook of European legal studies*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 269-296.

HvJEU 6 september 2012, zaak C-544/10 (*Deutsche Weintor*) betreft de verhouding tussen art. 15 en 16 Hv, respectievelijk de vrijheid van beroep en het recht te werken en de vrijheid van ondernemerschap, en art. 35 Hv, dat onder meer bepaalt dat de EU een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid verzekert. Deutsche Weintor verhandelt wijn met de omschrijving 'Edition Mild' en de vermelding 'lichte zuurgraad'. Op het etiket wordt

vermeld: ‘Vriendelijk voor de maag’. Verordening nr. 1924/2006 stelt strikte beperkingen aan dergelijke ‘gezondheidsclaims’. Conform eerdere rechtspraak, m.n. HvJEU 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae*) - zie *NTB* 2009/18, afl. 5 - moeten in het geval van een botsing tussen verschillende EU-grondrechten deze met elkaar worden verzoend en moet een juist evenwicht ertussen worden verzekerd. Naar het oordeel van het Hof kan in het onderhavige geval het algehele verbod op een gezondheidsclaim die niet aan de strikte eisen van de EU-verordening voldoet, worden beschouwd als noodzakelijk om de naleving van de uit art. 35 Hv voortvloeiende vereisten te verzekeren. Het verbod tast de vrijheid van beroepsuitoefening en de vrijheid van ondernemerschap niet in hun kern aan. Daarmee moet het verbod op een gezondheidsclaim worden geacht in overeenstemming te zijn met het vereiste de verschillende aan de orde zijnde grondrechten met elkaar te verzoenen en een juist evenwicht tussen die grondrechten tot stand te brengen.

De vrijheid van ondernemerschap is, samen met het recht op eigendom (art. 17 Hv), eveneens aan de orde in HvJEU 22 januari 2013, zaak C-283/11 (*Sky Österreich*). Het Hof antwoordt op vragen van de Oostenrijkse rechter dat de Oostenrijkse publieke omroep alleen maar een vergoeding voor de extra kosten hoeft te betalen voor het uitzenden van korte fragmenten van voetbalwedstrijden en andere evenementen, waarvoor de exclusieve televisie-uitzendrechten berusten bij een andere televisieomroeporganisatie, in casu Sky Österreich (Sky). In dit geval betrof het de exclusieve televisie-uitzendrechten voor de wedstrijden van de Europa League in de seizoenen 2009/2010 tot en met 2011/2012 die door Sky waren verworven. Richtlijn 2010/13/EU (‘audiovisuele mediadiensten’) maakt geen onevenredige inbreuk op de genoemde grondrechten van de houder van de uitzendrechten, zelfs als de extra kosten op nihil worden gesteld. Zie over de vrijheid van ondernemerschap nader T. Sasse, ‘Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen durch die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 der Europäischen Grundrechtecharta’, *EuR* 2012, p. 628-653.

ABRvS 18 december 2012, *LJN* BY7389, betreft het recht op privacy (art. 7 Hv). De Afdeling laat in het midden of dit wel van toepassing is in de zin dat sprake is van een situatie dat Nederland het recht van de Unie ten uitvoer heeft gebracht (art. 51 lid 1 Hv), want stelt vast dat in casu op zich reeds geen sprake is van ‘familieleven’ in de zin van art. 7 Hv. Ook ABRvS 28 september 2012, *LJN* BX8644, betreft het privacyrecht van art. 7 en 8 Hv. De zaak betreft de verplichting om ter verkrijging van een paspoort vingerafdrukken te verstrekken, die vervolgens in het opslagmedium op het paspoort en in een centraal en decentraal systeem worden opgenomen. In een aantal gevallen hebben personen geweigerd deze vingerafdrukken te verstrekken vanwege beweerdelijke veiligheidsproblemen rond de opslag ervan. De verplichting om voor de verkrijging van een paspoort vingerafdrukken te verstrekken vloeit voort uit de Paspoortuitvoeringsregeling Nederland 2001, waarmee uitvoering is gegeven aan EG-verordeningen die normen bevatten voor de veiligheidskenmerken van en biometrische gegevens in door de lidstaten afgegeven paspoorten en reisdocumenten. De Afdeling stelt het HvJEU enkele prejudiciële vragen, waaronder de vraag of art. 1 lid 2 Verordening (EG) 2252/2004, dat voornoemde verplichting bevat, geldig is in het licht van art. 7 en 8 Hv en art. 8 EVRM. Over deze kwestie zijn ook in andere lidstaten vragen gesteld (vgl. zaak C-291/12, *Schwarz tegen Stadt Bochum*).

Verder zij gewezen op S. Ripke, *Europäische Versammlungsfreiheit. Das Unionsgrundrecht der Versammlungsfreiheit im Grundrechtsschutzsystem aus Grundrechtecharta, EMRK und gemeinsamer Verfassungsüberlieferung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012.

5. Handhaving en schadevergoeding

5.1. Handhaving

5.1.1. Instrumenten

HvJEU 13 december 2012, zaak C-11/12 (*Maatschap Langestraat*) betreft de vraag of een sanctie wegens niet-naleving van voorwaarden in landbouwsteunregelingen kan worden opgelegd aan de steunaanvrager in het geval dat de niet-naleving feitelijk heeft plaatsgevonden door een andere (rechts)persoon. Het Hof herhaalt dat de overtreden regels gelden voor marktdeelnemers die er in alle vrijheid voor hebben gekozen een beroep te doen op een landbouwsteunregeling. Daaruit volgt dat de steunontvangende landbouwer, ook indien hij, zoals in casu, het perceel waarvoor hij de rechtstreekse betaling heeft aangevraagd niet tijdens het volledige kalenderjaar effectief in gebruik had, het risico dient te dragen dat de niet-naleving van de voorschriften inzake de randvoorwaarden op dat perceel die te wijten is aan nalatigheid of opzettelijk handelen van de persoon door wie bedoeld perceel is overgedragen, hem wordt toegerekend. Dat kan resulteren in verlaging of uitsluiting van het totaalbedrag van de rechtstreekse betalingen.

In HvJEU 22 november 2012 (*E.ON Energie*) acht het Hof een boete van 38 miljoen EUR, die door de Commissie is opgelegd vanwege het verbreken van de in het kader van een mededingingsonderzoek aangebrachte verzegeling niet buitensporig gelet op noodzaak om de afschrikwekkende werking ervan te garanderen. Daarbij is van belang dat de boete ‘slechts’ 0,14% van de omzet van E.ON bedraagt.

ABRS 7 maart 2012, AB 2012/328, m.nt. De Ouden, vormt een discutabele toepassing van de Unierechtelijke eisen van doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende handhaving bij een lagere vaststelling door GS van een subsidie voor agrarisch natuurbeheer. Zoals de annotator opmerkt, lijken zowel GS als de Afdeling uit het oog te verliezen dat het in casu niet gaat om niet-naleving van een Europese subsidieverplichting, maar om een verplichting volgend uit het Nederlandse recht. Deze uitspraak vormt daarmee een illustratie van het verschijnsel dat bestuursorganen gemakkelijk roepen dat zij streng moeten sanctioneren en geen gebruik kunnen maken van hun discretie naar Nederlands recht, omdat het gaat om subsidies die mede worden geregeld en gefinancierd door ‘Europa’.

Zie over onder meer de Europese grenzen en mogelijkheden voor gegevensuitwisseling tussen toezichthouders, A.J.C. de Moor-van Vugt e.a., *Gegevensuitwisseling door toezichthouders* (2012), *Kamerstukken II* 2012-13, 32761, nr. 43, <http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/gegevensuitwisseling-door-toezichthouders.aspx>.

5.1.2. Specifieke waarborgen

In de in par. 4.1 al besproken zaak *Åkerberg Fransson* oordeelt het Hof dat het ne-bis-in-idembeginsel van art. 50 Hv er niet aan in de weg staat dat Zweden voor dezelfde feiten achtereenvolgens een fiscale sanctie (bestuurlijke boete) en een strafrechtelijke sanctie oplegt, althans voor zover de eerste sanctie geen strafrechtelijke sanctie is. Het is aan de Zweedse rechter, met toepassing van de in de zaak *Bonda* (zie *NTB* 2012/36, afl. 9, p. 289) expliciet in het EU-recht geïmporteerde aloude Engel-criteria van het EHRM, om dit vast te stellen. Opmerkelijk is hierbij dat het Hof niet zelf tot deze kwalificatie overgaat. In *Bonda* had het Hof daarmee geen moeite. Zie over het ne-bis-in-idembeginsel nader J. Stalberg, *Zum Anwendungsbereich Des Art. 50 Charta Der Grundrechte Der Europaeischen Union: (Ne Bis in Idem)*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2013, W. Schomburg, ‘Criminal matters: transnational ne bis in idem in Europe – conflict of jurisdictions – transfer of proceedings’, *ERA Forum* 2012 en B. van Bockel, ‘The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance’, *ERA Forum* 2012.

Waar het specifiek gaat om de betekenis van ne-bis-in-idem in het kartelrecht is in de vorige kroniek reeds gewezen op het *Toshiba*-arrest van het Hof. Dit arrest wordt besproken door G.

Oosterhuis en A.M. Huijts, 'Arrest Toshiba: toepassing ne bis in idembeginsel in kartelzaken', *NTER* 2012, p. 301-307 en R. Elkerbout, 'Afbakening van bevoegdheden en de toepassing van het ne bis in idem-beginsel in het mededingingsrecht na het Toshiba-arrest', *M&M* 2012, p. 182-189.

5.2. Aansprakelijkheid

Uit HvJEU 14 maart 2013, zaak C-420/11 (*Leth*), blijkt dat het Hof het geëuropeaniseerde relativiteitsvereiste over het algemeen ruim toepast. In deze zaak stelt mevr. Leth onder meer Oostenrijk aansprakelijk voor de vermogensschade door vermindering van de waarde van haar onroerend goed, doordat de staat de uitbreiding van een vliegveld heeft vergund zonder dat de door richtlijn 85/337 voorgeschreven milieueffectbeoordeling is verricht. Volgens het Hof valt deze vermogensschade onder de beschermingsdoelstelling van de richtlijn, voor zover de schade het rechtstreekse economische gevolg is van de milieueffecten van het project. Dat kan het geval zijn als de blootstelling aan lawaai dat is terug te voeren op het vliegveld aanzienlijke gevolgen voor de mens heeft, in die zin dat het milieu van de mens, de kwaliteit van zijn bestaan en eventueel zijn gezondheid worden aangetast. Dat aldus aan het relativiteitsvereiste wordt voldaan, betekent overigens niet dat de aansprakelijkheidsclaim van mevr. Leth veel kans maakt. In de uitspraak betwijfelt het Hof namelijk of de schending van de richtlijn als zodanig de oorzaak van de waardevermindering is, nu het geschonden voorschrift wel een milieueffectbeoordeling voorschrijft, maar geen materiële regels geeft voor het afwegen van de milieueffecten tegen andere factoren en evenmin een verbod instelt op de uitvoering van projecten die nadelige milieueffecten kunnen hebben. Daarom lijkt er volgens het Hof niet sprake van een direct causaal verband tussen de schending en de schade. In zijn uitspraak van 6 november 2012, zaak C-199/11 (*Otis*), *SEW* 2012/51, afl. 3, p. 123, m.nt. van Malleghem, *NTER* 2013/1/2, p. 7, met commentaar Beumer, stelt het Hof dat het Handvest niet eraan in de weg staat dat de Commissie als vertegenwoordigster (en in naam) van de EU bij een nationale rechter vergoeding vordert van de schade die de Unie heeft geleden als gevolg van een met het Unierecht strijdige mededingingsgedraging, ook al is deze strijdigheid door de Commissie zelf vastgesteld. De omstreden gedraging betrof een kartel op de markt van liften en roltrappen in onder meer België en Luxemburg. De Unie zou hierdoor schade hebben geleden bij de aanbesteding van de installatie en het onderhoud van liften en roltrappen in de gebouwen van de instellingen van de EU. Naar het oordeel van het Hof is dubbelrol van de Commissie niet in strijd met het beginsel van effectieve rechtsbescherming van art. 47 Hv, ook al is de nationale rechter voor wat betreft het bestaan van het kartel gebonden aan het oordeel van de Commissie, omdat tegen dat oordeel bij het Gerecht (en in hoger beroep het Hof) beroep kan worden ingesteld. Bovendien is de nationale rechter als enige bevoegd om te beoordelen of er sprake is van schade en van een direct causaal verband tussen het kartel en de schade.

In HvJEU 28 februari 2013 in zaak C-460/09P (*Inalca & Cremonini*), oordeelt het Hof in hoger beroep over een verzoek tot vergoeding van de schade die beide bedrijven hebben geleden ten gevolge van de mededeling aan de Italiaanse autoriteiten van de voor hen bezwarende conclusies van een onderzoek van OLAF naar de rechtmatigheid van bepaalde restituties bij uitvoer naar Jordanië, nadat in de in Italië gevoerde strafzaak is vastgesteld dat de bezwaren tegen beide bedrijven ongegrond zijn. Tot een inhoudelijk uitspraak komt het niet, omdat het recht op schadevergoeding ten tijde van de indiening van het verzoek al was verjaard. Uit de uitspraak blijkt dat verjaringstermijn voor deze verzoeken van 5 jaar (art. 46 Statuut), ook in het geval van handeling zonder juridische gevolgen (zoals de OLAF-mededeling), ingaat op het moment dat de schade waarvan vergoeding wordt gevraagd zich heeft geconcretiseerd, i.e. het moment waarop de schadeveroorzakende handeling nadelige

gevolgen teweegbracht voor de personen tot wie zij was gericht. Omdat beide bedrijven na dat tijdstip onder meer de nationale strafzaak hebben afgewacht, is de verjaringstermijn met ongeveer één jaar overschreden. De boodschap van de uitspraak is dat particulieren in een zaak als deze er niet verstandig aan doen om met een schadevordering tegen de Unie te wachten totdat de nationale procedures naar aanleiding van de door OLAF verstrekte informatie tot een voor hen gunstig resultaat hebben geleid. Dan kan, afhankelijk van de lengte van de nationale procedure, de Europese verjaringstermijn immers al verstreken zijn. Uit HvJEU 27 september 2012, zaak C-113/10 (*Zuckerfabrik Jülich*), blijkt dat de lidstaten verplicht zijn om heffingen die in strijd met het Unierecht – namelijk op grond van een ongeldig verklaarde verordening – zijn geïnd met rente moeten terugbetalen. De rente kan niet worden geweigerd op de grond dat de lidstaat deze niet ten laste van de eigen middelen van de Unie kan brengen.

Via verordening nr. 2027/97, betreffende de aansprakelijkheid van luchtvervoerders voor het luchtvervoer van passagiers en hun bagage, werkt het Verdrag van Montreal in de EU door. In HvJEU 22 november 2012, zaak C-410/11 (*Sanchez e.a.*), legt het Hof een bepaling van dit Verdrag aldus uit dat het recht op schadevergoeding in geval van verlies van bagage ook toekomt aan een passagier die deze schadevergoeding vordert voor verlies van bagage die is aangegeven op naam van een andere passagier en dat de beperking van de aansprakelijkheid van de vervoerder voor het verlies van bagage eveneens geldt ten aanzien van eerstgenoemde passagier, wanneer deze verloren bagage voorwerpen van deze passagier bevatte.

J.M. de Jongh & A.J.P. Schild, ‘Supersnelrecht bij de Afdeling. De nationalisatie van SNS’, *NJB* 2013/606, afl. 12, p. 736-743, bespreken de SNS-uitspraak van de ABRvS van 25 februari 2013, *LJN BZ2265*. In de uitspraak blijft de beslissing van de minister van Financiën om, gebruikmakend van de Interventiewet, effecten en vermogensbestanddelen van SNS Reaal en SNS Bank te onteigenen grotendeels – met uitzondering van de onteigening van rechtsvorderingen van de voormalige aandeelhouders op SNS uit hoofde van onrechtmatige daad – overeind. De auteurs hebben over het algemeen bewondering voor de helder gemotiveerde, onder grote tijdsdruk gedane uitspraak, maar hebben wel wat twijfel over door de Afdeling gesauveerde magere wettelijke basis voor de onteigening van de achtergestelde leningen.

Wat betreft de voor aansprakelijkheid relevante literatuur kan melding worden gemaakt van F. Schütter, *Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in Deutschland und im Vereinigten Königreich*, Baden-Baden: Nomos 2012, en van D. Tietjen, *Das System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts*, Berlin: Duncker & Humblot 2012.