

Europees staats- en bestuursrecht

NTB 2017/4

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 *
 - 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
 - 3.3.3. Procedurele waarborgen
 - 3.4 Uitspraak
 - 3.5 Voorlopige voorziening*
 - 3.6 Gezag van gewijsde
4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten
 - 4.1 Algemeen
 - 4.2 Gelijkheid*
 - 4.3 Evenredigheid
 - 4.4 Vertrouwen en rechtszekerheid
 - 4.5 Rechten van verdediging en participatie
 - 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

In de met een () gemerkte paragrafen hebben zich onvoldoende ontwikkelingen voorgedaan en deze komen derhalve in onderstaande kroniek niet aan de orde. Deze kroniek beslaat de periode van juni 2016 tot december 2016.*

1. Constitutionele aspecten

1.1 Europese institutionele ontwikkelingen

Haalt deze kroniek over de veellagige Europese rechtsorde 2020? Die vraag is na de Brexit, de verkiezing van Trump en in afwachting van de diverse verkiezingen die Europa te wachten staan in 2017 actueel. De toekomst zal het leren. Voor het Verenigd Koninkrijk lijkt een kroniek als deze binnenkort verleden tijd, ook al zal het effectueren van de Brexit nog de nodige juridische en politieke complicaties opleveren. Zie over de Brexit en die complicaties: P. Craig, 'Brexit: a drama in six acts', *ELRev.* 2016/4, p. 447-468; H.C.F.J.A. de Waele, 'Het Brexit-referendum. De mogelijke vervolgstappen, de consequenties voor de EU en de Nederlandse rechtspraktijk', *Trema* 2016, p. 304-311; A. Cuyvers, 'Artikel 50 VEU en Brexit: de juridische contouren van een politiek drama', *NtER* 2016/7, p. 221-229; S.G.C. van den Bogaert & A. Curvers, 'Brexit: over & out?', *NJB* 2016/1824, afl. 36, p. 2666-2677; C.M. Zoethout, 'Nu ook nog een Brexit uit de Europese Conventie', *NJB* 2016/1825, afl. 36, p. 2678-2681.

Zie over het in de vorige kroniek (*NTB* 2016/31, p. 235) al gesignaleerde raadgevend Oekraïne-referendum, L.H.M. Weesing-Loever & H.M.B. Breunese, 'De Wet raadgevend referendum in de praktijk', *Regelmaat* 2016/5, p. 373-385.

1.2 Het wetgevingsproces

1.2.1 Europese wetgeving en subsidiariteit

Volgens L.A.J. Senden, 'Het Commissiepakket 'betere regelgeving voor betere resultaten' en het nieuwe Interinstitutioneel Akkoord beter wetgeven: Too little, too late?', *NtER* 2016/6, p. 211-220, ligt de focus van het genoemde Commissiepakket te eenzijdig op het terugdringen van regels en van administratieve lasten van het bedrijfsleven en ontbeert het een materiële maatschappelijke doelstelling. Volgens de auteur zou het pakket centraal moeten stellen hoe Europa recht kan doen aan de belangen van alle burgers, met name ook van degene die nu de meeste lasten en keerzijden van het Europese integratieproces ondervinden.

1.2.2 Implementatievragen

In HvJ EU 7 juli 2016, nr. C-447/15 (Muladi), stelt het Hof dat minimumharmonisatie door een richtlijn de lidstaten niet belet om strengere maatregelen te handhaven of vast te stellen, mits die maatregelen het door de betrokken richtlijn voorgeschreven resultaat niet ernstig in gevaar brengen, en zij, ondanks hun beperkend effect, gerechtvaardigd zijn voor zover zij beantwoorden aan een dwingende reden van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet verder gaan

¹ Ton Duijkersloot en Rolf Ortlep zijn als universitair docent, respectievelijk universitair hoofddocent verbonden aan het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de UU. Rob Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht bij hetzelfde instituut. Maartje Verhoeven is werkzaam als rechterlijk ambtenaar in opleiding bij de Rechtbank Gelderland.

dan ter verwezenlijking van dat doel noodzakelijk is. Omdat aan deze voorwaarden is voldaan, laat artikel 4 richtlijn 2003/59, betreffende de vakbekwaamheid en opleiding en nascholing van bestuurders van goederen- en personenvervoerstuigen, ruimte voor een nationale regeling die als extra voorwaarde voor de vrijstelling van de verplichting om een basiskwalificatie te behalen, een voorafgaande nascholing van 35 uur eist.

Zie verder over omzettingskwesities, J.M. Hartmann, *A blessing in disguise?! Discretion in the context of EU decision-making, national transposition and legitimacy regarding EU directives*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

1.3 Toezicht en samenwerking

In HvJ EU 7 september 2016, nr. C-584/14 (Commissie/Griekenland) wordt Griekenland vanwege het niet nakomen van de veroordeling in nr. C-268/08, ECLI:EU:C:2009:543, wegens de niet-uitvoering van richtlijn 1999/31/EG betreffende het storten van afvalstoffen, veroordeeld tot een forfaitaire som (boete) van € 10 miljoen en een dwangsom van € 30.000 per dag van verdere vertraging bij de tenuitvoerlegging van de uitspraak uit 2009. De dwangsom zal worden verminderd naargelang de hoeveelheid van afvalstoffen waarvan het beheer in overeenstemming met het Unierecht is gebracht.

Tips om een veroordeling door het Hof te voorkomen, worden gegeven in L. Adriaensen & L. van den Broeck, 'Hoe kunnen lidstaten een veroordeling door het Hof van Justitie vermijden?', *SEW* 2016/159, afl. 10, p. 425-435. Als zodanig noemen de auteurs onder meer: meewerken met de Commissie en meebewegen met haar voorstellen (want dan krijgt een lidstaat meer tijd voor het herstel) en een positieve opstelling ten opzichte van 'informele' alternatieven voor de infractieprocedure, meer in het bijzonder SOLVIT en de EU Pilot. Zie over het functioneren van SOLVIT, S.W. Haket & S.A. de Vries, 'Handhaving van het EU-interne-marktrecht door SOLVIT', *SEW* 2016/140, afl. 9, p. 370-382.

1.4 Nationale bestuursorganisatie

In HvJ EU 19 oktober 2016, nr. C-424/15 (Garai & Almendros), stelt het Hof voorop dat de samenvoeging van de nationale regelgevende instantie (NRI) op het gebied van telecom met de NRI's die bevoegd zijn voor mededinging, de postsector en de energiesector, teneinde een multisectorale NRI tot stand te brengen, niet in strijd is met de kaderrichtlijn telecommunicatie, op voorwaarde dat dit nieuwe lichaam voldoet aan de in die richtlijn gestelde voorwaarden inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie. Daaraan voegt het Hof wel toe dat die samenvoeging er niet toe mag leiden dat verzoekers, de voorzitter en een bestuurslid van de telecom-NRI, worden ontslagen vóór het einde van hun ambtstermijn, althans wanneer niet is voorzien in regels die waarborgen dat een dergelijk ontslag geen afbreuk doet aan hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Volgens M. Duchateau & M. Nap, 'De minister als nationale en Europese ambtsdrager', *TvCR* 2016/4, p. 300-321, zou de toenemende Europeanisering van het nationale beleid aan-

leiding moeten zijn om de coördinatie van het Europees beleid – en de staatssecretaris van Europese Zaken – naar Algemene Zaken over te hevelen, en om de Minister-President doorzettingsmacht te geven bij EU-besluiten waaraan hij heeft meegewerkt in de Europese Raad. Verder bepleiten de auteurs een relativering van de ministeriële verantwoordelijkheid voor Brusselse besluiten als Nederland tegen dat besluit heeft gestemd (maar is overstemd door een gekwalificeerde meerderheid).

Zie over de betekenis van het EU-recht voor decentrale overheden, B. Hessel, *Het recht van de EU voor decentrale overheden*, Ars Aequi Libri Pod 2016, alsmede C. Panara, 'The Contribution of Local and Regional Authorities to a 'Good' System of Governance Within the EU', *MJ* 2016/4, p. 611-639. Zie voorts, B. Hessel, 'Met het Pact van Amsterdam kunnen onze steden de sociale markteconomie van de EU voor Nederland benutten', *Gst.* 2016/154, nr. 7447, p. 834-843.

2. Doorwerking van Unierecht

2.1 Voorrang algemeen

In 'Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normlogische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts', *EuR* 2016/4, p. 355-372 bespreekt Shu-Perng Hwang het onderscheid tussen *Anwendungsvorrang* en *Geltungsvorrang*, zoals de Duitse doctrine dit kent, en past het onderscheid toe op het leerstuk van de voorrang van Unierecht boven nationaal recht. In 'De doorwerking van het EVRM en het Unierecht in vergunningstelsels in driehoeksverhoudingen', *NTB* 2016/44, nr. 9, p. 317-331, bespreekt D.G.J. Sanderink de wijze waarop onder meer de diverse EU-handelingen via conforme uitlegging en rechtstreekse werking nationale vergunningstelsels kunnen beïnvloeden.

2.2 Doorwerking van Uniehandelingen

2.2.1 Primair Unierecht

In ABRvS 13 juli 2016, 201502765/1/R2, wijst de Afdeling de rechtstreekse werking af van artikel 191 VWEU, waarin onder meer is bepaald dat het milieubeleid van de Unie berust op het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen. Deze bepaling stelt eisen aan het beleid van de EU op milieugebied en kan – aldus de Afdeling onder verwijzing naar HvJ EU 4 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:140 – als zodanig niet door particulieren worden ingeroepen om de toepassing van een nationale regeling uit te sluiten. Appellanten kunnen zich in deze procedure dan ook niet op dit artikel beroepen.

2.2.2 Verordening

In HvJ EU 7 juli 2016, nr. C-111/15 (Občina Gorje), herinnert het Hof eraan dat, hoewel EU-verordeningen wegens de aard en de functie ervan in het bronnenstelsel van het Unierecht in het algemeen rechtstreekse werking hebben in de nationale rechtsorden zonder dat de nationale autoriteiten uitvoeringsmaatregelen hoeven vast te stellen, voor sommige bepalingen ervan toch uitvoeringsmaatregelen van de lidstaten noodzakelijk kunnen zijn. Verder kunnen lidstaten

maatregelen ter uitvoering van een verordening vaststellen indien deze de rechtstreekse werking ervan niet belemmeren, het karakter van rechtshandeling van de Unie ervan niet verbergen en, binnen de grenzen van de bepalingen ervan, het gebruik van de bij die verordening toegekende beoordelingsmarge preciseren. Met toepassing van deze voorwaarden stelt het Hof dat artikel 71 verordening nr. 1698/2005, inzake steun voor plattelandontwikkeling uit het Europees Landbouwfonds voor Plattelandontwikkeling, niet in de weg staat aan een nationale regeling volgens welke voor een bijdrage uit het Elfpo alleen in aanmerking komen de uitgaven die zijn gedaan na de vaststelling van het besluit tot verlening van zodanige steun.

Ook in HvJ EU 7 juli 2016, nr. C-70/15 (Lebek/Domino), herinnert het Hof aan het karakter dat een verordening volgens artikel 288, tweede alinea, VWEU heeft en merkt het op dat de omstandigheid dat bij de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken 'de voorkeur is gegeven aan een verordening het belang aantoonde dat de Uniewetgever hecht aan de rechtstreekse toepasselijkheid van de bepalingen van verordening nr. 1393/2007 en aan de eenvormige toepassing daarvan'. Daarom is het in strijd met het beginsel van rechtszekerheid en met de bindende werking van verordeningen als artikel 19, lid 4, verordening nr. 1393/2007 aldus zou worden uitgelegd dat een verzoek om verlening van een nieuwe termijn om een rechtsmiddel aan te wenden nog kan worden ingediend binnen een in het nationale recht voorziene termijn, terwijl dat verzoek niet meer ontvankelijk is op grond van een bindende, rechtstreekse toepasselijke bepaling uit de verordening.

2.2.3 Richtlijnen

De in de vorige kroniek (NTB 2016/31, p. 238) al vermelde uitspraak van het Hof van 19 april 2016, nr. C-441/14 (Danski Industri), ECLI:EU:C:2016:278, is inmiddels gepubliceerd in AB 2016/359, m.nt. M.J.M. Verhoeven, en wordt besproken in S.W. Haket, 'Dansk Industri: afbakening grenzen aan richtlijnconforme interpretatie en horizontale werking algemeen Unierechtelijk beginsel', *NtER* 2016/7, p. 237-242. In de uitspraak oordeelt het Hof dat het de nationale rechter niet enkel op basis van vaste rechtspraak de mogelijkheid van een richtlijnconforme interpretatie van een nationale bepaling mag afwijzen: het verbod van conforme uitleg *contra legem* van het nationale recht betreft dus niet vaste rechtspraak. Als de nationale bepaling desondanks niet richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd, dient zij buiten toepassing te worden gelaten voor zover zij onverenigbaar is met het algemene verbod van discriminatie op grond van leeftijd. Het rechtszekerheidsbeginsel doet hier niet aan af. In HvJ EU 7 juli 2016, nr. C-46/15 (Ambisi), ECLI:EU:C:2016:530, herhaalt het Hof zijn vaste rechtspraak dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen kan opleggen aan een particulier en dus als zodanig niet tegenover hem kan worden ingeroepen, maar dat justitiabelen, wanneer zij zich niet tegenover een particulier, maar tegenover de staat op een dergelijke richtlijn beroepen, dat kunnen doen ongeacht de hoedanigheid waarin deze laatste optreedt. Er moet immers worden voorkomen dat de staat voordeel heeft van zijn

schending van het Unierecht. Daarbij moet het begrip 'staat' ruim worden opgevat en omvat het ook een lichaam, ongeacht zijn juridische vorm, dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat daartoe over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden. Nu de Portugese organisatie in kwestie geen dienst van openbaar belang uitvoert onder toezicht van de overheid en niet over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt, lijkt het Hof een beroep op de rechtstreekse werking van de richtlijn in kwestie niet mogelijk. Wel wijst het op de mogelijkheden van richtlijnconforme uitlegging en overheidsaansprakelijkheid.

HvJ EU 26 oktober 2016, nr. C-611/14 (Canal Digital Danmark), ECLI:EU:C:2016:800, betreft de situatie dat een onderdeel van een richtlijn alleen is 'omgezet' in de voorbereidende werkzaamheden (memorie van toelichting) van de nationale uitvoeringswet, maar niet in de wet zelf. Volgens het Hof kan dit probleem worden opgelost met behulp van het beginsel van richtlijnconforme uitlegging, doordat de nationale rechter bij de toepassing van de nationale uitvoeringsbepalingen rekening houdt met het betreffende onderdeel van de richtlijn, ook al blijkt dat niet uitdrukkelijk uit de bewoordingen van de betrokken nationale regeling.

HvJ EU 27 oktober 2016, nr. C-439/16 PPU (Milev), ECLI:EU:C:2016:818, betreft een toepassing van de zogenoemde 'Adeneler-verplichting' van de nationale rechter om zich gedurende de omzettingstermijn van een richtlijn te onthouden van een uitlegging van het nationale recht die, na het verstrijken van de omzettingstermijn, de verwezenlijking van het door die richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zou kunnen brengen, op een (bindende) advies van de hoogste Bulgaarse rechter in strafzaken aan de verwijzende rechter – gedaan tijdens de omzettingstermijn van richtlijn 2016/343, betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn – om bij de beslissing over de handhaving van een voorlopige hechtenis zelf te beoordelen of hij 'voorrang geeft aan het EVRM dan wel aan de nationale wet'. Het Hof acht de verplichting niet geschonden omdat het advies de rechter niet verplicht om in de strafzaak een bepaalde beslissing te nemen, maar het hem vrij laat het EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM, dan wel het nationale strafprocesrecht toe te passen. Daarom kan dit advies de verwezenlijking van de met richtlijn 2016/343 nagestreefde doelstellingen, na het verstrijken van de omzettingstermijn van die richtlijn, niet ernstig in gevaar brengen.

In ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2607, bepaalt de Afdeling – onder verwijzing naar HvJ EU 11 juli 2002, nr. C-62/00 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2002:435 – dat de omstandigheid dat artikel 9 Vogelrichtlijn correct is omgezet in artikel 68 Flora- en Faunawet, onverlet laat dat artikel 68 Ffw moet worden uitgelegd en toegepast in het licht van artikel 9 Vogelrichtlijn. Aangezien het college van GS van Overijssel dat niet heeft gedaan – onder meer omdat het ter onderbouwing van de ontheffing voor het verjagen en

doden van diverse soorten ganzen in strijd met de richtlijn geen bewijs heeft geleverd dat zich, zoals de richtlijn eist, een concrete dreiging van ernstige schade voordoet, maar slechts heeft verwezen naar een in de toekomst door een provinciaal toezichthouder te geven oordeel – wordt het bestreden besluit vernietigd.

2.2.5 *Andere handelingen*

HvJ EU 8 november 2016, nr. C-554/14 (Ognyanov), ECLI:EU:C:2016:835, betreft de uitlegging van nationaal recht conform het kaderbesluit 2008/909/JBZ, inzake de wederzijdse erkenning van strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen zijn opgelegd. Inhoudelijk bepaalt het Hof dat het kaderbesluit in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan de tenuitvoerleggingsstaat bevoegd is om een gevonnist persoon een strafkorting toe te kennen wegens arbeid die hij tijdens de detentie in de beslissingsstaat heeft verricht, terwijl de bevoegde autoriteiten van de beslissingsstaat een dergelijke korting niet hebben toegekend. In verband met de doorwerking van deze beslissing wijst het Hof op de mogelijkheid van kaderbesluitconforme uitleg van het nationale recht. Deze mogelijkheid wordt in casu niet beperkt door algemene rechtsbeginselen – met name het rechtszekerheidsbeginsel en beginsel van terugwerkende kracht – omdat de niet-toekenning van strafverkortings de strafrechtelijke aansprakelijkheid van Ognyanov niet bepaald of verzaagd en evenmin de duur van de sanctie die in de beslissingsstaat is opgelegd in zijn nadeel wijzigt. Verder preciseert het Hof – in verband met het verbod van *contra legem* conforme uitlegging – dat het vereiste van conforme uitlegging voor de nationale rechter de verplichting inhoudt om in voorkomend geval vaste rechtspraak te wijzigen wanneer deze berust op een met de doelstellingen van een kaderbesluit onverenigbare uitlegging van het nationale recht. De nationale rechter moet de regels van het nationale recht in hun geheel bezien en zoveel mogelijk overeenkomstig het kaderbesluit uitleggen om het daarmee beoogde resultaat te bereiken, waarbij hij zo nodig, op eigen gezag, de uitlegging van de in laatste aanleg oordelende nationale rechter buiten toepassing moet laten wanneer die uitlegging niet verenigbaar is met het Unierecht.

Ook HvJ EU 28 juli 2016, nr. C-294/16 PPU (JZ), ECLI:EU:C:2016:610, betreft de kaderbesluitconforme uitlegging van nationaal recht, in casu het begrip 'vrijheidsbeneming' uit artikel 26 kaderbesluit 2002/584, betreffende het Europees aanhoudingsbevel. Volgens het Hof is dit een autonoom Unierechtelijke begrip dat in de gehele EU autonoom en uniform moet worden uitgelegd. Daarbij houdt het rekening met de bewoordingen van de bepaling in de verschillende taalversies van het kaderbesluit, de context en doel van de bepaling en met het begrip 'ontnemen van zijn vrijheid' in artikel 5 EVRM. Gelet op dit alles is een maatregel van huisarrest, gekoppeld aan toezicht op betrokkene middels een elektronische enkelband, een meldplicht en een verbod om reisdocumenten aan te vragen niet zodanig dwingend dat zij moet worden gekwalificeerd als 'vrijheidsbeneming' en is er geen reden om die maatregel in mindering te brengen op de duur van de opgelegde vrijheidsstraf.

2.3 *Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten*

ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Vlaardingen), biedt een voorbeeld van de vrijwillige adoptie van EU-normen, meer in het bijzonder de normen die het Hof voor de verdeling van schaarse dienstenvergunningen heeft ontwikkeld op basis van artikel 49 en artikel 56 VWEU en de Dienstenrichtlijn, in (ook) louter nationale situaties. In de zaak bepaalt de Afdeling – in lijn met de door het Unierecht geïnspireerde conclusie van de staatsraad A-G van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 – dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Uit die rechtsnorm vloeit voort dat vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, maar alleen tijdelijk kunnen worden verleend, omdat de vergunninghouder bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig wordt bevoordeeld. Om gelijke kansen te realiseren moet het bestuur een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Deze verplichtingen worden door de Afdeling aangeduid als 'transparantieverplichting'. De verplichting om mededingingsruimte te garanderen kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet of door de besluitvorming over andere vergunningen die voor de te vergunnen activiteit zijn vereist, maar – en op dat punt gaat de Afdeling verder dan de staatsraad A-G – die beperking kan niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten.

Uit HvJ EU 14 juli 2016, C-458/14 (Promoimpresa), ECLI:EU:C:2016:558, AB 2016/320, m.nt. Wolswinkel, blijkt dat het voor de gelding van de Europese transparantieverplichting uitmaakt of een dienstenvergunning schaars is wegens schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of om beleidsmatige redenen. Voor natuurlijk schaarse vergunningen geldt op grond van artikel 12 Dienstenrichtlijn dat de verdelingsprocedure altijd transparant moet zijn en verlening voor onbepaalde tijd niet mogelijk is. Voor beleidsmatig schaarse vergunningen met een grensoverschrijdend belang gelden beide eisen in beginsel ook (op grond van artikel 49 en artikel 56 VWEU), maar bestaat ruimte voor uitzondering wegens dwingende redenen van algemeen belang.

In HvJ EU 20 oktober 2016, nr. C-429/15 (Evelyn Danqua), breekt het Hof de staf over een Engelse procedureregeling die voor het indienen van een verzoek om subsidiaire internationale bescherming voorziet in een aanvraagtermijn van 15 dagen vanaf de kennisgeving van de afwijzing van een asielaanvraag. Het Hof beoordeelt de termijn in het licht van de door – onder meer het doeltreffendheidsbeginsel beperkte

– procedurele autonomie, waarbij op grond van de dan toe te passen procedurele *rule of reason* test moet worden bepaald of deze termijn redelijkerwijs kan worden gerechtvaardigd door het doel om het goede verloop te verzekeren van de procedure voor de behandeling van deze verzoeken. Volgens het Hof is dat niet het geval omdat de termijn, gelet op de moeilijkheden waarmee verzoekers kunnen worden geconfronteerd door de moeilijke situatie waarin zij zich op menselijk en materieel vlak kunnen bevinden, bijzonder kort lijkt en in de praktijk niet alle verzoekers daadwerkelijk de mogelijkheid biedt om een dergelijk verzoek in te dienen. In ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2037 (Nijmegen), beoordeelt de Afdeling een reactieve aanwijzing van het college van GS betreffende een Nijmegens bestemmingsplan, die volgens appellanten tot gevolg zou hebben dat voor de exploitant van het naastgelegen bedrijventerrein een machtspositie wordt gecreëerd, in het licht van het op artikel 4, lid 3, VEU in samenhang met artikel 102 VWEU te baseren verbod voor overheidsinstanties om misbruik van een machtspositie op te leggen of te bevorderen. Omdat de aanwijzing volgens de Afdeling geen machtspositie creëert, wordt het beroep verworpen.

3. Rechtsbescherming

3.1 Stelsel van rechtsbescherming

3.1.1 Algemeen

In deze kroniekperiode zijn enkele bijdragen verschenen over het Europese stelsel van rechtsbescherming en de invloed die het EU-recht op het nationale (proces)recht heeft: S.P. Poppelaars, 'Opnieuw bericht vanuit Karlsruhe: het arrest van het Bundesverfassungsgericht over het OMT-programma van de ECB', *TvCR* 2016/4, p. 368-377; A.E. Spiessens, 'Het Emmott-arrest, de eindbalans', *TFB* 2016/5-6, p. 11-18; J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, Den Haag: *Bju* 2016; C. Thomale, 'Zur subjektivrechtlichen Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH im europäischen Verfassungsgerichtsverbund', *EuR* 2016/5, p. 510-528; R.P. Schenke & J. Suerbaum (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union*, Nomos 2016; J. Krommendijk, 'Is there light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte', *CMLRev* 2016/5, p. 1395-1418; T. de Graaff, 'Te veel ballen in de lucht? De Afdeling tussen effectiviteit en rechtsbescherming bij toetsing Europees staatssteunrecht', in: R. Ortlep, F.A.G. Groothuijse, J. Kiewiet en R. Nehmelman (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: WLP 2016, p. 77-98, en in dezelfde bundel R.J.G.M. Widdershoven, 'De redelijke termijn tussen Nederland, Luxemburg en Straatsburg', p. 63-76.

3.1.2 Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking

Van groot belang voor de samenwerking tussen het EHRM en het Hof van Justitie is de uitspraak van het EHRM (Grand Chamber) van 23 mei 2016 in *Avotins* tegen Litouwen,

nr. 17502/07, waarin het EHRM zijn uitspraak in *Bosphorus* (30 juni 2005, no. 45036/98), zoals verder ontwikkeld in *Michaud* (6 december 2012, no. 12323/11), verduidelijkt. Zoals bekend bepaalde het Hof in *Bosphorus* dat de mensenrechtenbescherming binnen de EU door het Hof van Justitie in beginsel 'equivalent' is aan de bescherming verleend door het EHRM, en dat daarom voor de uitvoering van EU-recht door een lidstaat 'under circumstances' de presumptie geldt dat de lidstaat de EHRM-rechten naleeft, zodat het EHRM klachten daarover niet beoordeelt. Deze 'presumption of compliance' kan overigens worden weerlegd, maar alleen als het EHRM in een concreet geval de mensenrechtenbescherming in de EU 'manifestly deficient' acht. Voor de toepassing van 'Bosphorus-presumption' gelden twee cumulatieve voorwaarden, die al konden worden afgeleid uit *Michaud*, maar in *Avotins* worden verduidelijkt. In de eerste plaats geldt de presumptie alleen als het Unierecht de lidstaat geen enkele 'margin of manoeuvre' laat bij de uitvoering ervan. Laat het Unierecht die marge wel, dan kan het EHRM immers beoordelen of de lidstaat deze marge of een EVRM-conforme wijze heeft ingevuld, zonder dat het de EU-regeling zelf hoeft te toetsen. In de tweede plaats moet 'the full potential of the supervisory mechanism provided for by EU law' zijn benut. In *Michaud* leek het erop dat hiervan pas sprake is als de het Hof na prejudiciële verwijzing over de mogelijke strijd van het Unierecht met een mensenrecht had geoordeeld. Uit *Avotins* blijkt dat deze opvatting te strikt is en dat aan de tweede voorwaarde ook al is voldaan als de zaak niet is verwezen (en het Hof dus geen uitspraak heeft gedaan), omdat er voor de nationale rechter geen enkele reden voor verwijzing bestond aangezien over die mogelijke strijd geen grond door partijen was aangevoerd. In *Avotins* acht het EHRM aan beide voorwaarden voldaan en geldt dus de *Bosphorus*-presumptie dat het omstreden handelen van Litouwen in overeenstemming is met het EHRM. Vervolgens gaat het EHRM wel na of in dit geval die presumptie kan worden weerlegd, omdat de EU-bescherming van een EVRM-recht 'manifestly deficient' is. Op dit aspect van de uitspraak wordt onder punt 5.1. nader ingegaan.

HvJ EU 16 juni 2016, C-351/14, ECLI:EU:C:2016:447 (*Rodríguez Sánchez*), reeds besproken in de vorige kroniek, *NTB* 2016/31, is inmiddels gepubliceerd in *AB* 2016/297, m.nt. Verhoeven. In de uitspraak oordeelt het Hof – volgens vaste rechtspraak – dat het over de bevoegdheid beschikt Unierechtelijke bepalingen uit te leggen in situaties die niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen als deze bepalingen door het nationale recht op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk zijn gemaakt op interne situaties, teneinde een gelijke behandeling te verzekeren van deze situaties en situaties die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen. Een ander interessant aspect van het arrest is dat het Hof zich geconfronteerd ziet met de situatie dat de verwijzende rechter opmerkingen heeft gemaakt naar aanleiding van de conclusie van de advocaat-generaal. Het Hof oordeelt dat het Statuut en Reglement voor procesvoering er niet in voorzien dat de verwijzende rechter zich na de prejudiciële verwijzing ongevraagd in de procedure

mengt. Evenwel, omdat het Hof zelf het initiatief had genomen om in overeenstemming met artikel 101 Reglement de verwijzende rechter om verduidelijking te vragen, worden de zojuist benoemde opmerkingen beschouwd als aanvulling op het eerder gegeven antwoord.

Volgens HvJ EU 5 juli 2016, C-614/14, ECLI:EU:C:2016:514 (*Sofiyski gradski sad*), AB 2016/392, m.nt. Verhoeven, is het strijdig met artikel 267 VWEU, in het licht van de artikelen 47 en 48 Handvest, dat naar nationaal recht de verwijzende rechter een verschoningsplicht heeft bij het beslissen naar aanleiding van het prejudiciële antwoord, omdat hij in zijn verwijzingsverzoek het feitelijke en juridische kader van de zaak uiteen heeft gezet. Dit is een begrijpelijk oordeel. Immers, zoals in de annotatie onder dat arrest wordt opgemerkt, wat blijft van de prejudiciële verwijzing als hoeksteen van het rechterlijk systeem van de Unie over als de verwijzende rechter als consequentie van een dergelijke verwijzing zich van een zaak moet terugtrekken omdat hij met het toelichten van het feitelijke en juridische kader van de zaak in zijn verwijzing zijn onpartijdigheid zou verliezen? Niet alleen ontstaat er dan een spagaat, omdat het Unierecht hem verplicht tot het schetsen van dit kader, maar bovendien wordt het uit praktisch oogpunt heel onaantrekkelijk om een prejudiciële vraag te stellen.

In HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:433, BNB 2016/127, m.nt. Hummel; AB 2016/309, m.nt. Ortlep, oordeelt de Hoge Raad dat de omstandigheid dat door de nationale feitenrechter een prejudiciële beslissing van het Hof is gevraagd en verkregen, op zichzelf *niet* een uitsluiting of beperking van de mogelijkheid om in de desbetreffende instantie daarna nog nieuwe stellingen of nieuwe grieven aan te voeren, betekent (vergelijk reeds HR 18 december 2009, BNB 2010/71).

Verder wordt gewezen op de – eerder besproken (NTB 2016/5) – arresten van het Hof inzake *X & Van Dijk* (9 september 2015, C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564, AB 2015/408, m.nt. Ortlep; *JB* 2015/167, m.nt. Beijer & Krommendijk) en *Ferreira da Silva e Brito* (9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565, AB 2016/1, m.nt. Ortlep; *JB* 2015/168, m.nt. Beijer & Krommendijk). In deze arresten is geoordeeld dat een nationale rechterlijke instantie waarvan de uitspraken volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep – zonder bijkomende omstandigheden – niet gehouden is zich tot het Hof te wenden op de enkele grond dat een lagere nationale rechter, in een zaak die vergelijkbaar is met de aan haar voorgelegde zaak en die betrekking heeft op exact dezelfde problematiek, een prejudiciële vraag heeft gesteld, noch om de beantwoording van die vraag af te wachten. In lijn met deze arresten, oordeelt de ABRvS 13 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1383; ECLI:NL:RVS:2016:1384, AB 2016/356, m.nt. Outhuijse en Lindeboom, dat het feit dat de Rechtbank Den Haag over de geldigheid van een EU-richtlijnbevestiging een prejudiciële vraag heeft gesteld op zichzelf *niet* insluit dat de voorwaarden om niet te verwijzen uit het bekende *Cilfit*-arrest niet meer kunnen worden vervuld. De hiervoor genoemde arresten van het Hof van 9 september 2015 worden uitvoerig be-

sproken in Kornezov, 'The new format of the acte clair doctrine and its consequences', *CMLRev* 2016/5, p. 1317-1342.

Ten slotte gaat HvJ EU 15 september 2016, nr. C-574/14 (PGE *Górniectwo i Energetyka Konwencjonalna*), opnieuw in op de samenwerking tussen nationale rechter en de Commissie in staatsteunzaken, dit maal naar aanleiding van de vraag of de nationale rechter in het kader van de uitvoering van een door de Commissie definitief met de interne markt verenigbaar verklaarde staatssteunregeling nog mag nagaan of ten tijde van die uitvoering de feitelijke context zodanig is gewijzigd, dat de relevantie van het oordeel van de Commissie in twijfel kan worden getrokken. Volgens het Hof is het de nationale rechter niet toegestaan om zelf te beoordelen of de Commissie-beschikking nog relevant is, maar zal hij bij twijfels over de uitlegging ervan deze instelling moeten verzoeken om verduidelijking en kan of moet hij daarover een prejudiciële vraag stellen.

3.2 Toegang tot de rechter

3.2.1 *Fatale termijnen*

Volgens de in deze kroniek al vaker (bijvoorbeeld NTB 2016/31 en NTB 2012/36) besproken TWD-doctrine (HvJ EG 9 maart 1994, C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90) kan een particulier in een nationale rechterlijke procedure de geldigheid van een EU-rechtshandeling niet meer in rechte ter discussie stellen als hij niet (tijdig) of zonder succes gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om tegen die rechtshandeling een beroep tot nietigverklaring ex artikel 263 VWEU bij de Unierechter in te stellen, omdat hij anders de mogelijkheid zou hebben 'om aan het onherroepelijke karakter dat [die rechtshandeling] na het verstrijken van de beroepstermijn jegens hem heeft, te ontkomen', maar kan de doctrine alleen worden toegepast als de particulier op de hoogte was van de EU-rechtshandeling en over de ontvankelijkheid van het beroep, in het licht van de eis van artikel 263 VWEU om rechtstreeks en individueel geraakt te zijn, geen enkele twijfel bestaat. ABRvS 18 mei 2016, AB 2016/255, m.nt. Backes; *Gst.* 2016/117, m.nt. Kole, biedt een voorbeeld van de toepassing van de TWD-doctrine. De onderliggende casus betreft de niet-aanwijzing door de Staatssecretaris van Economische Zaken van Leenherenpoort als onderdeel van de Haringvliet, een speciale beschermingszone in de zin van Habitatrictlijn, een aanwijzing die gebaseerd is op een uitvoeringsbesluit van de Europese Commissie. Onder verwijzing naar de TWD-doctrine overweegt de Afdeling dat een particulier zich in de nationale procedure niet meer kan beroepen op de ongeldigheid van een EU-besluit, als deze tegen dat besluit ongetwijfeld bij het Gerecht nietigverklaring had kunnen vorderen. Dit is in casu evenwel niet het geval, omdat appellant niet rechtstreeks wordt geraakt door het EU-besluit. Daarom onderzoekt de Afdeling of er reden is om de geldigheidsvraag naar het Hof te verwijzen. Die reden is er volgens Afdeling inderdaad, omdat zij twijfelt of de redenen die in het besluit van de Commissie zijn genoemd om Leenherenpolder niet aan te wijzen die conclusie kunnen dragen. Zie voor een andere toepassing van de TWD-doctrine, ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1956, waarin de

Afdeling de geldigheid van het niet-bestreden Commissiebesluit onderzoekt, omdat appellant daartegen geen beroep had kunnen instellen bij de Unierechter, aangezien hij door dat besluit niet rechtstreeks wordt geraakt, maar de geldigheidsvraag niet verwijst, omdat er volgens de Afdeling geen reden is om aan de geldigheid van het besluit te twijfelen.

3.2.2 *Procespartijen*

In HvJ EU 8 november 2016, C-243/15, ECLI:EU:C:2016:838 (Lesoochranárske zoskupenie VLK), oordeelt het Hof dat artikel 47 Handvest, gelezen in samenhang met artikel 9 lid 2 en lid 4 Aarhus-verdrag, aldus moet worden uitgelegd dat NGO's ook buiten de reikwijdte van de Aarhus-richtlijn, in casu bij de effectuering van de rechten ontleend aan de Habitatrichtlijn, een ruime toegang tot de rechter moeten hebben volgens de criteria van het genoemde artikel 9 lid 2. De onnavolgbare Slowaakse regeling, die die toegang nogal beperkt, is hiermee in strijd.

In diverse uitspraken acht de Afdeling de Nederlandse vernietigingsrelativiteit van artikel 8:69a Awb niet in strijd met het Unierecht. Dit ziet men in de eerste plaats in ABRvS 29 juni 2016, JB 2016/167; Gst. 2016/140, m.nt. Snijders. Vanwege het feit dat normen van de NBW 1998 kennelijk niet strekken tot bescherming van belangen die de appellerende stichting volgens haar statutaire doelstelling behartigt (verbetering woonomgeving Zuilen), en hetzelfde geldt voor de Wm (MER-regels), behoeft er volgens de Afdeling geen bespreking te volgen van het betoog dat ten onrechte geen passend habitatbeoordeling heeft plaatsgevonden en geen MER-rapport is opgesteld.

In ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892, komt zij tot een vergelijkbaar oordeel. In die zaak gaat het om de vraag of appellant en anderen zich als omwonenden, die geen concurrent zijn van een Coöp supermarkt, in het kader van hun beroep tegen een bestemmingsplan waarin is voorzien in een parkeerplaats ten behoeve van de Coöp, kunnen beroepen op de staatssteunregels uit het VWEU of dat hen het relativiteitsvereiste moet worden tegengeworpen. Om deze vraag te beantwoorden gaat de Afdeling na of artikel 108, derde lid, VWEU kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van appellant en anderen. De Afdeling overweegt dat uit de zaak *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* (nr. C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10, AB 2005/118, m.nt. De Moor-van Vugt) volgt dat niet alleen concurrenten er belang bij kunnen hebben zich voor de nationale rechter te beroepen op de rechtstreekse werking van artikel 108, derde lid, VWEU, maar ook justitiabelen die worden onderworpen aan een heffing die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel die daarmee in strijd tot uitvoer is gebracht. Het belang van appellant en anderen in hun hoedanigheid van omwonenden en/of grondeigenaren is volgens de Afdeling gelegen in het behoud van een goed woon- leefklimaat. Ter zitting bij de Afdeling hebben zij de vrees aangevoerd dat de gemeentelijke belastingen zullen worden verhoogd, omdat de gemeente ten behoeve van de realisering van het parkeerterrein hoge kosten zal moeten maken. De Afdeling stelt vast dat de gemeentelijke belastingen waarop zij doelen geen integrerend onderdeel uitmaken van de door hen

gestelde steunmaatregel als bedoeld in het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*. Gelet daarop is de Afdeling van oordeel dat artikel 108, derde lid, VWEU kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van appellant en anderen. Het relativiteitsvereiste, aldus de Afdeling, brengt met zich mee dat belanghebbenden die zich niet kunnen beroepen op artikel 108, derde lid, VWEU, omdat die bepaling kennelijk niet strekt tot bescherming van hun belangen, evenmin schending van dat artikel aan hun betoog dat het bestemmingsplan niet uitvoerbaar is ten grondslag kunnen leggen (vgl. ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2015:75). De Afdeling ziet dan ook af van een inhoudelijke bespreking. Zie voor een vergelijkbaar oordeel, ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975.

3.2.3 *Voor beroep vatbare handeling*

Sinds inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon kunnen particulieren op grond van het gewijzigde artikel 263, vierde alinea, VWEU, beroep instellen bij de Unierechter als zij rechtstreeks worden geraakt door een 'regelgevingshandeling die geen uitvoeringshandeling met zich meebrengt' en geldt in dat geval niet het vereiste van 'individuele geraaktheid'. In zijn uitspraak van 15 september 2016, nr. T-219/13 (Pietro Feracci/Commissie), legt het Gerecht deze nieuwe bepaling ruim uit. Het besluit van de Commissie waarin Italië wordt toegestaan een belastingvrijstelling toe te passen, omdat die niet zou kwalificeren als staatssteun, wordt aangemerkt als een regelgevingshandeling, omdat het een handeling van algemene strekking maar geen wetgevingshandeling betreft. Verder oordeelt het Gerecht dat het besluit ten aanzien van Feracci, die niet onder de belastingvrijstelling valt, geen uitvoeringshandelingen met zich brengt. Omdat Feracci door het besluit wel rechtstreeks wordt geraakt, is zijn beroep ontvankelijk.

3.2.4 *Andere aspecten van de toegang tot de rechter*

In HvJ EU 28 juli 2016, nr. C-543/14 (Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.), oordeelt het Hof dat richtlijn 2006/112/EG, ter uitvoering waarvan België de btw-vrijstelling voor diensten van advocaten aan rechtszoekende die geen rechtsbijstand genieten in het kader van het nationaal stelsel van rechtsbijstand heeft moeten afschaffen, niet ongeldig is wegens strijd met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en het beginsel van wapengelijkheid van artikel 47 Handvest. Volgens het Hof vormt het btw-bedrag bij lange niet het grootste deel van de kosten van een gerechtelijke procedure, en kan de btw-verschuldigheid niet worden geacht op zichzelf een onoverkomelijk obstakel te vormen voor toegang tot de rechter. Wat betreft het beginsel van wapengelijkheid stelt het Hof vast dat rechtszoekenden die wel gefinancierde rechtsbijstand genieten een geldelijk voordeel hebben, omdat in dat geval voor deze dienst geen btw-plicht geldt, maar dat dit voordeel geen afbreuk doet aan het procedurele evenwicht tussen partijen. Rechtszoekenden zonder gefinancierde rechtsbijstand worden namelijk geacht 'te beschikken over middelen die toereikend zijn om de kosten van de gerechte-

lijke procedure, daaronder begrepen de honoraria van advocaten, te dekken’.

3.3 *Behandeling van het geschil*

3.3.1 *Rechterlijke beoordeling en bewijs*

Dat er in het asielrecht ontwikkelingen zijn betreffende de rechterlijke beoordeling, is reeds gesignaleerd in *NTB* 2016/31. Zoals daar vermeld, is de inwerkingtreding van artikel 46 lid 3 Procedurerichtlijn 2013/32/EU, voor de Afdeling aanleiding geweest om de rechterlijke toetsing van bestuurlijke geloofwaardigheidsbeoordelingen van asielrelazen opnieuw te doordenken en te kiezen voor een meer indringende intensiteit van de rechterlijke toetsing. Vgl. ABRvS 13 april 2016, *AB* 2016/195 en 196, m.nt. Reneman en *AB* 2016/196. Deze rechtspraak wordt besproken in V.M. Bex-Reimert en L.A. Super, ‘Geloofwaardig? De rol van de bestuursrechter in asielzaken’, *JBplus* 2016/3, en in R. Ortlep en W. Zorg, ‘Marginale rechterlijke toetsing onder druk: een voortgaande tred vooruit?’, in: R. Ortlep, F.A.G. Groothuijse, J. Kiewiet en R. Nehmelman (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: *WLP* 2016, p. 1-18. Zie voor de indringende toetsing van de aanwijzing van een land als veilig land van herkomst, ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2474, alsmede de conclusie van de staatsraad A-G van 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2040.

In de vorige kroniek (*NTB* 2016/31, p. 242) is melding gemaakt van ABRS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759, *AB* 2016/253, m.nt. Reneman, waarin de Afdeling, naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Procedurerichtlijn 2013/32/EU, het strikte *ne bis*-beoordelingskader in vreemdelingenzaken heeft losgelaten. In ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, trekt zij deze lijn met het oog op de rechtseenheid door naar het gehele bestuursrecht. Dit heeft als gevolg dat – anders dan voorheen en met onmiddellijke ingang – de bestuursrechter bij besluiten op herhaalde aanvragen of op verzoeken om terug te komen op een eerder besluit niet meer uit zichzelf toetst of er nieuwe feiten of veranderde omstandigheden naar voren zijn gebracht, maar het besluit van het bestuursorgaan als uitgangspunt neemt. Als het bestuursorgaan een herhaalde aanvraag op inhoudelijke gronden heeft afgewezen, in plaats van te beoordelen of er nieuwe feiten of omstandigheden zijn, dan wordt het besluit getoetst alsof dit het eerste besluit op de aanvraag is. Bovendien geldt dat als het bestuursorgaan zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat er geen nieuw gebleken feiten of veranderd omstandigheden zijn, de bestuursrechter toch aan de hand van wat de rechtszoekende heeft aangevoerd tot het oordeel kan komen dat het besluit om niet tot heroverweging over te gaan, ‘evident onredelijk is’.

3.3.2 *Ambtshalve toepassing van Unierecht*

De trouwe lezers van deze kroniek herinneren zich nog dat het Hof in het arrest *Heemskerk & Schaap* (nr. C-455/06, ECLI:EU:C:2008:650, *AB* 2009/14, m.nt. Widdershoven; *JB* 2009/27, m.nt. Verheij en bijvoorbeeld besproken in *NTB* 2009/18) heeft geoordeeld dat het toen nog EG-recht (thans: EU-recht) de nationale rechter niet verplicht tot ambtshalve

toepassing van een bepaling van EU-recht, wanneer deze toepassing ertoe zou leiden dat het beginsel van *reformatio in peius* wordt doorbroken. Volgens het Hof zou een dergelijke verplichting niet alleen indruisen tegen het beginsel van eerbiediging van het recht van verweer, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, maar zou zij voor de particulier die beroep heeft ingesteld bovendien het risico meebrengen dat dit beroep hem in een ongunstiger positie brengt dan die waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij zich ervan had onthouden dit beroep in te stellen. In een uitvoerig gemotiveerde uitspraak van 28 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3822, oordeelt de Rechtbank Midden-Nederland in lijn met het *Heemskerk & Schaap*-arrest, dat het doeltreffendheidsbeginsel niet wordt geschonden bij het laten prevaleren van het nationaalrechtelijk verbod op *reformatio in peius*.

In ABRvS 12 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2683, wordt melding gemaakt van de rechtsregel dat niet kan worden aanvaard dat, behoudens het geval dat een wijziging in het besluit of een verandering van omstandigheden daartoe aanleiding geeft, in een beroep tegen een nieuw besluit dat is genomen na de vernietiging van een eerder besluit, een appellante nieuwe argumenten zou kunnen aanvoeren ten einde te bewerkstellingen dat de rechter terugkomt van een in de eerste uitspraak als definitief bedoelde verwerping van een beroepsgrond. Een andere opvatting zou op onaanvaardbare wijze afbreuk doen aan de rechtszekerheid van andere partijen in een procedure als deze, aldus de Afdeling. Appellante voert evenwel aan dat het voorgaande niet in overeenstemming is met het EU-recht, omdat sprake is van een verplichting op grond van de Habitatrichtlijn waartegen op elk moment in de procedure moet kunnen worden opgekomen en waaraan de Afdeling ambtshalve moet toetsen. De Afdeling gaat hierin niet mee en oordeelt met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof dat de EU-beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, alsmede het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals neergelegd in artikel 47 Handvest, niet ertoe leiden dat er een plicht zou bestaan om ambtshalve aan de verplichtingen op grond van de Habitatrichtlijn te toetsen. Daarbij is onder meer van belang dat appellante dit punt al in de procedure tegen het eerdere besluit naar voren had kunnen brengen.

Mede naar aanleiding van het in bijvoorbeeld *NTB* 2016/31 besproken *Faber*-arrest (nr. C-497/13; ECLI:EU:C:2015:357, *AB* 2015/252, m.nt. Ortlep), waarin opnieuw tot uitdrukking komt dat ambtshalve rechterlijke toetsing aan bepaalde consumentenrichtlijnen noodzakelijk is voor een – door deze richtlijnen uitdrukkelijk gewenste – doeltreffende bescherming van de consument in een situatie van ongelijkheid tussen consumenten en verkopers, bespreken Ancery en Krans (‘Ambtshalve toepassing van consumentenrecht’, *AAe* 2016/11, p. 825-831) de vraag of deze verplichting niet ook zou moeten worden toegepast voor andere geschillen waarin een zwakkere partij tegenover een sterkere wederpartij staat.

3.3.3 Procedurele waarborgen

Het in de vorige kroniek (NTB 2016/31) besproken *Toma*-arrest (HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:321), aangaande gerechtskosten in verhouding tot het beginsel van *equality of arms*, als uitvloeisel van het begrip eerlijk proces ex artikel 47 Handvest, is inmiddels gepubliceerd in AB 2016/321, m.nt. Widdershoven.

3.4 Uitspraak

In HvJ EU 28 juli 2016, C-379/15, ECLI:EU:C:2016:603 (*Association France Nature Environnement*), AB 2016/308, m.nt. Ortlep; JB 2016/181, m.nt. De Waele & Krommendijk, en besproken in R. van der Hulle, 'De voorrang van het Unierecht anno 2016: van een absolute regel naar een zwaarwegend principe?'. *NtER* 2016/8, p. 284-290, oordeelt het Hof – in overeenstemming met zijn eerdere *Inter-Environnement Wallonie*-arrest (28 februari 2012, nr. C-41/11, ECLI:EU:C:2012:103, JB 2012/99, m.nt. De Waele) – dat het een nationale rechter, op grond van een dwingende overweging van bescherming van het milieu, bij uitzondering is toegestaan om een nationaal voorschrift toe te passen op grond waarvan die rechter bepaalde gevolgen van een wegens strijd met het Unierecht nietig verklaarde nationale rechtshandeling kan handhaven, mits is voldaan aan strikte voorwaarden. Daaraan voegt het Hof thans toe dat een in laatste aanleg rechtsprekende instantie, alvorens zij gebruik mag maken van deze buitengewone mogelijkheid, in beginsel verplicht is om het Hof dienaangaande een prejudiciële vraag te stellen. Deze instantie is – in overeenstemming met de *Cilfit*-doctrine – slechts van deze plicht vrijgesteld indien zij ervan overtuigd is, hetgeen zij uitvoerig moet aantonen, dat over de uitlegging en de toepassing van de strikte voorwaarden van het *Inter-Environnement Wallonie*-arrest redelijkerwijs geen enkele twijfel bestaat.

3.6 Gezag van gewijsde

Het onderwerp van de in rechte onaantastbaarheid van nationale besluiten komt aan de orde in Rechtbank Rotterdam 18 juli 2015, AB 2016/376, m.nt. Ortlep. In die uitspraak geeft de rechtbank een genuanceerd antwoord op de vraag of het EU-recht verplicht tot heroverweging van een met dat recht strijdige in rechte onaantastbare besluit. Meer concreet stelt de rechtbank dat uit de rechtspraak van het Hof *niet* volgt dat die vraag uitsluitend beantwoord moet worden aan de hand van de vier 'voorwaarden' uit het *Kühne & Heitz*-arrest (HvJ EG 13 januari 2004, C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17, AB 2004/58, m.nt. Widdershoven). In de annotatie wordt besproken dat ook de Centrale Raad van Beroep deze lijn hanteert, maar dat de Afdeling bestuursrechtspraak blijft volharden in het uitsluitend toepassen van de 'voorwaarden' uit het *Kühne & Heitz*-arrest (zie hierover reeds NTB 2016/5 en NTB 2014/17). Omdat – naar wij hebben vernomen – tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam hoger beroep is ingesteld bij de Afdeling, is het interessant om te bezien hoe zij, mede in het licht van de onder 3.3.1 besproken uitspraak van de Afdeling van 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, zal oordelen.

4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

4.1 Algemeen

De dialoog (of strijd) tussen het EHRM en Hof van Justitie over de vraag wie de baas is over de fundamentele rechten in de EU, vindt plaats in het spanningsveld tussen het beginsel van wederzijdse erkenning/vertrouwen en fundamentele rechten. De dialoog begon in 2011 met de uitspraak van het EHRM in de zaak *M.S.S.* (no. 30696/09), waarin het EHRM – iets te kort door de bocht – bepaalde dat een EU-lidstaat de Dublin-presumptie dat alle lidstaten de mensenrechten van asielzoekers respecteren, niet kan toepassen als het overduidelijk is dat een lidstaat artikel 3 EVRM systematisch schendt. In de zaak *NS* (nr. C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865) sloot het Hof van Justitie zich hierbij aan. De volgende stap werd gezet door het Luxemburgse Hof in zijn negatief advies over de toetreding van de EU tot het EVRM (Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454), waarin het – bijna provocatief – stelde dat op grond van het Unierechtelijke beginsel van wederzijds vertrouwen de lidstaten verplicht kunnen zijn om te veronderstellen dat andere lidstaten de fundamentele rechten in acht nemen en dat zij, uitzonderingen daargelaten, daarom niet mogen onderzoeken of die fundamentele rechten in een specifieke zaak inderdaad zijn nageleefd. Uit HvJ EU 5 april 2016, nr. C-404/15 en C-659/15 PPU (Aranyosi & Caldaru), ECLI:EU:C:2016:198, SEW 2016/131, afl. 7/8, p. 352, m.nt. Glerum, en besproken door M.J. Veldt-Foglia, 'Wederzijds vertrouwen in EAB-zaken op de helling', *NtER* 2016/8, p. 259-266, blijkt dat zo'n uitzondering aan de orde is bij de uitlevering op basis van een Europees Arrestatiebevel op grond van het kaderbesluit 2002/584/JBZ, als er vanwege de omstandigheden in de detentiecentra in het ontvangende land een reëel gevaar bestaat op een schending van het verbod op een onmenselijke of vernederende behandeling van artikel 4 Handvest of artikel 3 EVRM. Deze uitspraak is ongetwijfeld ingegeven door de zorgen van het Hof over de schendingen van het mensenrecht in kwestie, maar voorkomt tegelijkertijd een nieuwe correctie door het EHRM. De voorlopig laatste stap in de dialoog doet het EHRM in de – onder punt 4.1 al besproken – zaak *Avotins* waarin het, in reactie op het negatieve advies van het Hof, stelt dat de lidstaten het beginsel van wederzijds vertrouwen niet alleen in uitzonderingsgevallen opzij moeten zetten, maar dat zij – in het geval dat op zich de *Bosphorus*-presumptie geldt dat de lidstaten bij uitvoering van het EU-recht in overeenstemming met de mensenrechten handelen (zie punt 4.1) – altijd moeten onderzoeken of de bescherming van de EVRM-rechten in de andere lidstaat niet 'manifestly deficient' is (geweest). Vervolgens gaat het EHRM na of in de concrete zaak van *Avotins*, waarin het ging om automatische tenuitvoerlegging van een in Cyprus gewezen vonnis in Litouwen op grond van de Brussel I-verordening, van een dergelijke gebrek sprake is geweest en oordeelt het dat de executieprocedure in Litouwen wel gebreken heeft vertoond, maar dat die gebreken (net) niet kwalificeren als een manifeste schending van artikel 6 EVRM. Hoewel de zaak vanuit de EU-optiek daarmee (net) goed afloopt, kadert het EHRM de toepassing van het beginsel van wederzijds erkenning/ver-

trouwen wel weer verder mensenrechtelijk in. Anders dan in de hiervoor genoemde zaken wordt de toepassing van het beginsel immers niet (alleen) beperkt door artikel 3 EVRM of artikel 4 Handvest, maar ook door artikel 6 EVRM. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

In *Het legaliteitsbeginsel en doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, onderzoekt J.G.H. Altena de invulling van het legaliteitsbeginsel in de context van het meerlagige Europees strafrecht en de implicaties van die invulling voor de rechtszekerheid en machtsverdeling. Uit het onderzoek blijkt dat het Hof van Justitie het waarborgen van het legaliteitsbeginsel prioriteit geeft boven de doorwerking van het EU-recht, en dat het legaliteitsbeginsel in die context een strikte, rechtspositivistische invulling krijgt. Niettemin bestaat in het Europees strafrecht rechtsonzekerheid als gevolg van het gebruik van gelede, complexe en vage normstellingen en het bestaan van inconsistenties tussen EU- en Nederlands recht. De verantwoordelijkheid voor het waarborgen van het legaliteitsbeginsel wordt primair bij nationale actoren gelegd, maar de nationale wetgever en rechter kunnen die rechtsonzekerheid niet geheel voorkomen of wegnemen. Het adequaat waarborgen van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht vereist daarom een bijzondere inspanning van alle daarbij betrokken actoren, zowel op EU- als op nationaal niveau.

Teresa Sanader, *Europäische Einflüsse auf den Grundrechtsschutz im UK*, Nomos 2016, onderzoekt tegen de achtergrond van enkele kernbeginselen van het constitutionele rechtstelsel van het VK – soevereiniteit van het parlement, het ontbreken van een geschreven grondwet en het bestaan van de common law traditie – de Europese invloed op grondrechtenbescherming en met name de rol van de Human Rights Act 1998.

M. de Mol, 'De horizontale directe werking van de grondrechten van de Europese Unie', *SEW* 2016/177, afl. 11, p. 458-471, analyseert het leerstuk van de horizontale directe werking van Uniegrondrechten en wel met name de arresten Mangold, Küçükdeveci, AMS, Fenoll en D.I. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan de constitutionele context. Bij dit leerstuk gaat het niet alleen om de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde, maar tevens om principiële vragen inzake de invloed van grondrechten op particuliere rechtsverhoudingen. In het licht hiervan worden suggesties gedaan voor toekomstige rechtspraak. In 'Article 51 of the Charter in the Legislative Processes of the Member States', *MJ* 2016/4, p. 640-666, gaat M. de Mol in op de betekenis van het Handvest voor wetsvoorstellen, waarbij het met name de vraag is of het gaat om wetsvoorstellen die een implementatie vormen van het Unierecht of niet. Volgens de auteur is het de uitdaging om alertheid te creëren in het wetgevingsproces voor de mogelijke toepassing van het Handvest en om daarvoor methodologische stappen te ontwikkelen.

Ten slotte kan worden vermeld, T. Ojanen, 'Making the essence of fundamental rights real: the Court of Justice of the European Union clarifies the structure of fundamental

rights under the Charter', *European Constitutional Law Review* 2016/2, p. 318-329.

4.3 Evenredigheid

HvJ EU 30 juni 2016, nr. C-464/15 (Admiral Casinos & Entertainment) maakt – voortbouwend op HvJ EU 30 april 2014, nr. C-390/12 (Pfleger), ECLI:EU:C:2014:281 – duidelijk dat bij de toetsing van de evenredigheid van een beperkende nationale regeling op het vlak van kansspelen in het licht van artikel 56 VWEU niet enkel rekening moet worden gehouden met het doel van die regeling zoals dat bestond op het ogenblik van haar vaststelling – in casu het streven de gelegenheid tot spelen te verminderen of de aan kansspelen verbonden criminaliteit te bestrijden – maar ook daarna. De nationale rechter moet bij de evenredigheidstoets dus kiezen voor een dynamische aanpak en niet voor een statische, in die zin dat hij rekening moet houden met de evolutie van de omstandigheden na de vaststelling van de betrokken regeling.

4.4 Vertrouwen en rechtszekerheid

HvJ EU 2 juli 2015, nr. C-684/13 (Demmer), ECLI:EU:C:2015:439, AB 2016/377, m.nt. Van den Brink, betreft de toepassing van het gecodificeerd vertrouwensbeginsel van artikel 73, lid 4, verordening nr. 794/2004. Op grond daarvan mag van een landbouwer redelijkerwijs wel worden verwacht dat hij kan ontdekken dat de oppervlakten in het hoofdgeding niet subsidiabel waren, omdat zij niet voldeden aan bepaalde voorwaarden. Echter, dat ligt anders als Denemarken een met het EU-recht strijdige systematische praktijk hanteerde. Dan kon de landbouwer de fout niet ontdekken.

ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3882, inzake de afdoening van SOMVAO, al eerder vermeld in *NTB* 2016/5, p. 35, is thans voorzien van een annotatie door Den Ouden in *AB* 2016/378. In CBB 13 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:296 gaat het ook om de terugvordering van ten onrechte betaalde subsidie. Het CBB verwerpt, onder verwijzing naar de zaak SOMVAO, een beroep op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, en bevestigt dat op grond van het Unierecht een terugvorderingsverplichting bestaat. Ook het beroep op verjaring en het evenredigheidsbeginsel worden afgewezen.

4.5 Rechten van verdediging en participatie

In HR 16 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2077, oordeelt de Hoge Raad met het gerechtshof dat douaneautoriteiten het verdedigingsbeginsel hebben geschonden, omdat zij belastingplichtige niet hebben gehoord in de primaire fase. Het enkele feit dat deze in de bezwaarfase haar standpunten nader kan aanvoeren en onderbouwen, doet daaraan niet af. Anders dan het gerechtshof concludeert de Hoge Raad dat deze schending van het EU-verdedigingsbeginsel moet leiden tot vernietiging van het besluit omdat het besluitvormingsproces van de douaneautoriteiten zonder schending een andere afloop zou kunnen hebben gehad. Het is daarbij aldus de Hoge Raad niet uitsluitend van belang of verweermogelijkheden verloren zijn gegaan. De inspecteur had in casu in de bezwaarfase een schikkingsvoorstel gedaan.

Hieruit volgt dat niet is uitgesloten dat bij een juiste voor-aankondiging het besluitvormingsproces van de inspecteur tot een andere afloop had kunnen leiden.

4.6 **Transparantie en openbaarheid van bestuur**

In twee uitspraken van 15 september, nr. T-796/14 (Philip Moris) en nr. T-710/14 (Herbert Smith Freehills), legt het Gerecht twee uitzonderingen op de toegang tot documenten, de bescherming van juridisch advies en van gerechtelijke procedures (artikel 4, lid 2, verordening nr. 1049/2001), ruim uit. Omdat de toegangsverzoeken de wetgevingsprocedure betreft die heeft geleid tot de vaststelling van richtlijn 2014/40/EU, betreffende de productie, presentatie en de verkoop van tabaksproducten, tegen onderdelen van deze richtlijn beroep is ingesteld bij het Hof door Polen en over andere onderdelen ervan zeer waarschijnlijk prejudiciële verwijzingen zullen plaatsvinden, wordt een advies van de juridische dienst over de grondslag van de richtlijn als beschermd juridisch advies aangemerkt en hoeven eerdere adviezen van de juridische dienst en de betrokken DG over de richtlijn evenmin openbaar te worden gemaakt omdat dat afbreuk zou doen aan de verdediging van de Commissie en het beginsel van processuele gelijkheid in de (te verwachten) gerechtelijke procedures, omdat voor de andere partij een dergelijke openbaarheidsverplichting niet geldt.

4.7 **Andere beginselen**

K. Havu, 'Duty to State Reasons and Competition Investigation Information Request Decisions: the 'Cement Judgments in Cases C-247/14 P, C-248/14 P, C-267/14 P and C-268/14 P', *REALaw* 2016/2, p. 43-58, bespreekt onder meer HvJ EU 10 maart 2016, nr. C-247/14 P (HeidelbergCement/Commissie), ECLI:EU:C:2016:149, waarin het Hof een informatieverzoek van de Commissie vernietigt wegens strijd met het motiveeringsbeginsel van artikel 296 VWEU, omdat daarin het doel van het verzoek en de schending waarvan het bedrijf wordt verdacht te vaag zijn aangeduid.

4.8 **Fundamentele rechten**

ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1411, die het vervolg is op de uitspraak van het Hof in de zaak Willems betreffende de verplichte vingerafdrukken in het paspoort en het recht op privacy – vorige keer al vermeld, *NTB* 2016/31, afl. 7, p. 245-246 – is inmiddels ook gepubliceerd in *JB* 2016/145. Zie over dataprotectie verder, de special van het *Maastricht Journal*, *MJ* 2016/3.

5. **Handhaving en schadevergoeding**

5.1 **Handhaving van bestuursrecht**

5.1.1 **Instrumenten**

Over de handhaving van EU-recht zijn de afgelopen periode enkele interessante dissertaties verschenen. Eva Lachnit, *Alternative Enforcement of Competition Law*, The Hague: Eleven International Publishing 2016, bespreekt de spanningen tussen instrumentele en waarborgvragen bij de alternatieve handhaving van mededingingsrecht, meer in het bijzon-

der door middel van schikkingsprocedures in brede zin, marktonderzoek in brede zin, individuele zienswijzen en compliance programma's. A.J. Metselaar *Drie rechters en één norm, Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, analyseert op basis van tien jaar Nederlandse staatssteunrechtspraak, tegen de achtergrond van de Unierechtelijke eisen en het relevante Nederlandse (proces)recht, de rol van de nationale bestuurs-, belasting- en civiele rechter in staatssteunzaken. Expliciete aandacht gaat uit naar de eisen die zij stellen aan het belang van de partijen, hoe zij beoordelen of van staatssteun sprake is, de gevolgen die zij daadwerkelijk aan schendingen van de staatssteunregels verbinden en de onderlinge verhouding tussen de Nederlandse rechter en de Europese Commissie. A.E. Beumer, *De publieke handhavingprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten*, Den Haag: *Bju* 2016, bepleit een verbetering van de rechtsbescherming tegen het bestraffende optreden van de ACM, onder meer door belangrijke procesbeslissingen, zoals de beslissing om geen getuigen te horen, geen zwijgrecht toe te kennen of beperkte toegang tot dossier te bieden, appellabel te maken. Verder kunnen voor dit onderdeel worden vermeld, F.G. Wilman, 'The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for', *CMLRev* 2016/4, p. 887-935, J. de Mot & M.G. Faure, 'Discretion and the economics of defensive behaviour by public bodies', *MJ* 2016/4, p. 595-610, en de preadviezen voor de Jonge VAR over de grensoverschrijdende toepassing en handhaving van bestuursrechtelijke normen, te vinden op de VAR-website, van R.E. Tak & R. Klein, *Rechtsmacht over de grens of rechtsmacht beperkt en Over de grens gaan: grensoverschrijdende handhaving van het mededingings- en consumentenrecht*, F.C. van der Jagt, *De veranderende rechtsmacht van de privacytoezichthouder binnen het nationale en Europese privacyrecht*, en M.B. Weijers, *Grensoverschrijdend fiscaal bestuursrecht*.

In Cbb 2 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:177, wordt het niet-punitieve karakter van de randvoorwaardenkorting op grond van de Regeling GLB-inkomenssteun 2006 bevestigd, hetgeen betekent dat een combinatie van deze korting met een bestuurlijke boete geen strijd oplevert met artikel 5:43 Awb (ne bis in idem). Zie voor eenzelfde oordeel Cbb 16 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:65, *AB* 2016/421, m.nt. Van den Brink & Verboeket, en Cbb 11 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:249, *AB* 2016/422. In hun noot maken Van den Brink en Verboeket melding van Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:375, waarin de lijn van het Cbb wordt gevolgd, en van Gerechtshof Arnhem/Leeuwarden 25 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8975, waarin een randvoorwaardenkorting die wegens opzet is verhoogd wel wordt aangemerkt als 'criminal charge', waardoor betrokkene wegens datzelfde feit niet meer strafrechtelijk kan worden vervolgd. De auteurs spreken de hoop uit dat de Hoge Raad in het tegen het laatste arrest ingesteld cassatieberoep over deze kwestie prejudiciële vragen aan het Hof zal stellen.

In Cbb 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:272, wordt een door de ACM opgelegde boete aan een aantal ondernemingen die actief zijn op het gebied van telen, verwerken en verhandelen van eerstejaars plantuien gematigd. Het Cbb maakt nogmaals duidelijk dat de vraag of de hoogte van een op te leggen boete mag worden gerelateerd aan de Europese omzet moet worden beantwoord aan de hand van het toepasselijke Nederlandse recht op dit gebied, met dien verstande dat de wijze van beboeting – op grond van de rechtspraak van het Hof (nr. 68/88, Griekse maïs, ECLI:EU:C:1989:339) – er niet toe mag leiden dat van een gelijkwaardige, doeltreffende en evenredige sanctie geen sprake meer is.

De in de vorige kroniek – *NTB* 2016/31, afl. 7, p. 246 – al vermelde uitspraak ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1732, waarin zij de uitspraak van het Hof in nr. C-145-146/15 over bestuursrechtelijke of civielrechtelijke remedies bij vliegtuigvertragingen afdoet, is nu ook gepubliceerd in *JB* 2016/165.

5.1.2 Specifieke waarborgen

HvJ EU 19 oktober 2016, nr. C-501/14 (EL-EM-2001), biedt een mooie illustratie van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij handhaving van het Unierecht. De zaak betreft de Hongaarse handhaving van verordening nr. 561/2006, tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer, die er op neerkomt dat vrachtwagens van een vervoersonderneming, in casu EL-EM-2001, worden stilgelegd om betaling te garanderen van een geldboete die is opgelegd aan de bestuurder van dat voertuig, die in dienst is van die onderneming. Deze conservatoire maatregel is naar het oordeel van het Hof weliswaar in beginsel geschikt en doeltreffend, maar gaat, aangezien een voertuig wordt stilgelegd van een onderneming die niet aansprakelijk is gesteld in een administratieve procedure, verder dan noodzakelijk is om de doelstellingen van de verordening te verwezenlijken. Bovendien bestaan er maatregelen die even doeltreffend maar minder beperkend en minder buitensporig zijn ten aanzien van het eigendomsrecht, waaronder met name het rijbewijs van de bestuurder intrekken, schorsen of beperken tot de geldboete is betaald.

Deze indringende toets op evenredigheid contrasteert nogal met HvJ EU 17 december 2015, nr. C-580/14 (Sandra Bitter), ECLI:EU:C:2015:835, *M en R* 2016/75, p. 428, m.nt. Peeters, waarin het Hof opnieuw – zie reeds nr. C-203/12 (Billerud Karlsborg), ECLI:EU:C:2013:664 – oordeelt dat de in richtlijn 2003/87/EG aan de lidstaten voorgeschreven imperatieve boete van € 100 per ton uitgestoten kooldioxide-equivalent waarvoor de exploitant geen emissierechten heeft ingeleverd – niet is strijdig met het evenredigheidsbeginsel. Volgens het Hof moet het deze keuze terughoudend toetsen op kennelijke onjuistheid of onevenwichtigheid omdat de Uniewetgever op dit terrein over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt en complexe afwegingen moet maken. Bovendien moet die toetsing ex tunc geschieden uitgaande van de gegevens waarover de wetgever destijds, bij de vaststelling van de regeling beschikte. Daarom kan het geen rekening houden met het feit dat de prijzen van de emissierechten inmiddels sterk zijn gedaald.

HvJ EU 29 juni 2016, nr. C-486/14 (Kossowski), *EHRC* 2016/221, m.nt. J.G.H. Altena-Davidsen, betreft het *ne bis in idem*-beginsel (artikel 50 Handvest). De vraag die in de deze zaak – waarin tegen Kossowski eerst in Polen en later in Duitsland vervolging was ingesteld – centraal staat is of Kossowski in Polen bij onherroepelijk vonnis is berecht in de zin van artikel 54 SUO. Daarvoor is ten eerste vereist dat de beslissing naar nationaal recht heeft geleid tot het definitief vervallen van het recht tot strafvordering, hetgeen in casu inderdaad het geval was. Ten tweede is vereist dat de beslissing werd voorafgegaan door een beoordeling van de zaak ten gronde. Gezien het feit dat het slachtoffer en de mogelijke getuige niet zijn gehoord in het Poolse onderzoek, komt het Hof tot het oordeel dat de beslissing om Kossowski niet verder te vervolgen niet is gebaseerd op een beoordeling van de zaak ten gronde. De transnationale bescherming van het *ne bis in idem*-beginsel kan dus in deze situatie door Kossowski niet worden ingeroepen en Duitsland kan alsnog een vervolging instellen.

HvJ EU 17 december 2015, nr. C-419/14 (WebMindLicenses), ECLI:EU:C:2015:832 – al besproken in *NTB* 2016/31, afl. 7, p. 246 – is gepubliceerd in *AB* 2016/393, m.nt. Barkhuysen, Van Emmerik & Vervorst.

5.2 Aansprakelijkheid

In HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:602 (Tomášová), *AB* 2016/296, m.nt. Ortlep; *AAe* 2016, p. 658-664, m.nt. Hartkamp, herhaalt het Hof dat de staat alleen bij uitzondering, namelijk als een rechterlijke instantie in laatste aanleg het Unierecht kennelijk heeft geschonden, *Köbler*-aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade. Van een dergelijke schending is in elk geval sprake als die instantie voorbij is gegaan aan relevante rechtspraak van het Hof. In casu is dat laatste niet het geval, ook al heeft de nationale rechter de mogelijke strijdigheid van een beding met richtlijn 93/13, inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, niet ambtshalve onderzocht, omdat zijn uitspraken dateren van december 2008, en het Hof van Justitie pas in zijn arrest van 4 juni 2009, nr. C-243/08 (*Pannon*), ECLI:EU:C:2009:350, klip en klaar heeft bepaald dat de nationale rechter *verplicht* is deze kwestie ambtshalve te onderzoeken zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Daarom is de nationale rechter niet kennelijk voorbij gegaan aan de uitspraak in *Pannon* en is niet sprake van een voldoende gekwalificeerde schending van Unierecht.

In zijn arrest van 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2984, bevestigt het Haagse gerechtshof de uitspraak van de Rechtbank Den Haag, 3 juni 2015 (KLM-Verkeersvliegers), ECLI:NL:RBDHA:2015:6222, *AB* 2016/30, en acht het de staat niet *Köbler*-aansprakelijk voor schade als gevolg van HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, maar doet het dat deels wel op andere gronden. In de eerste plaats stelt het gerechtshof dat de verwijzingsplicht van artikel 267, lid 3, VWEU, ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren en dat schending ervan dus in beginsel kan leiden tot aansprakelijkheid. In casu is dat overigens niet het geval, omdat er voor de HR, gelet op de grieven van de piloten, geen

aanleiding was voor het stellen van prejudiciële vragen en dat, voor zover op de HR wel een verplichting tot verwijzing rustte, die verplichting niet voldoende gekwalificeerd is geschonden. Daarbij is van belang dat – aldus het hof – de rechter in laatste instantie een zeker beoordelingsvrijheid heeft bij het bepalen of een prejudiciële vraag nodig is en de rechtspraak van het Hof van Justitie over de materiële kwestie (het leeftijdsontslag van de piloten) geen aanleiding gaf en geeft om een prejudiciële vraag te verwijzen. In de tweede plaats oordeelt het gerechtshof de grief van de piloten, dat de HR door ongemotiveerd niet te verwijzen artikel 6 EVRM heeft geschonden, primair aan de hand van het *Köbler*-criterium, omdat artikel 6 EVRM als algemeen beginsel deel uitmaakt van het recht van de Unie (artikel 6, lid 3, VEU) en correspondeert met artikel 47 Handvest. Overigens acht het artikel 6 EVRM niet kennelijk geschonden, aangezien uit het arrest volkomen duidelijk is dat de HR van mening was dat hij de voorgelegde vraag kon beslissen aan de hand van bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie, en dat er dus geen reden was om de zaak te verwijzen, ook al heeft hij die niet-verwijzing niet expliciet gemotiveerd. Ten slotte oordeelt het gerechtshof om dezelfde reden dat evenmin is voldaan aan de Nederlandse eisen voor onrechtmatige rechtspraak, namelijk dat de HR fundamentele rechtsbeginselen dermate zou hebben veronachtzaamd (HR 3 december 1971, *NJ* 1971/137) of opzettelijk of bewust roekeloos zou hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt (HR 4 december 2009, *Greenwold/NAI*, *NJ* 2011/131). Zie over *Köbler*, mede in verband met het niet prejudicieel verwijzen, Z. Varga, 'In Search of a 'Manifest Infringement of the Applicable Law' in the Terms set uit in *Köbler*', *REALaw* 2016/2, p. 5-39.

In HvJ EU 15 november 2016, nr. C-268/15 (Ferdinand Ullens de Schooten), stelt het Hof dat de Unierechtelijke aansprakelijkheid van de lidstaat voor schade als gevolg van schendingen van Unierecht niet van toepassing is in het geval van schade die een particulier stelt te hebben geleden doordat een op nationale onderdanen en op onderdanen van andere lidstaten gelijk van toepassing zijnde nationale regeling schending zou opleveren van een van de in artikel 49, artikel 56 of artikel 63 VWEU neergelegde fundamentele vrijheden, wanneer er, in een situatie waarvan alle aspecten zich binnen een lidstaat afspelen, geen verband bestaat tussen het voorwerp of de omstandigheden van het hoofdgeding. Of te wel, in de puur interne situatie van de zaak van Ullens de Schooten bestaat er geen verband met een mogelijke schending van de genoemde fundamentele vrijheden (omdat deze daarin niet gelden) en kan die mogelijke schending logischerwijs niet tot op het Unierecht gebaseerde aansprakelijkheid leiden. Ter zijde zij opgemerkt dat eiser in deze zaak dezelfde Ullens de Schooten is die samen met Rezabek het EHRM ertoe heeft bewogen om in diens uitspraak van 20 september 2011, nrs. 3989/07 en 38353/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD000398907, voor de eerste keer te bepalen dat een nationale rechter artikel 6 EVRM schendt als hij, ondanks een daartoe strekkend verzoek, een zaak niet prejudicieel verwijst naar het Hof van Justi-

tie zonder die niet-verwijzing te motiveren in het licht van de *Cilfit*-uitzonderingen. Uit de uitspraak van 15 november 2016 blijkt dat er voor die niet-verwijzing wel degelijk een goede reden bestond.

Ten slotte stelt J. Tegelaar, 'Immuun voor de Unie? (Semi-) immuniteit van nationale toezichthouders onder nieuw recht', *AAe* 2016/10, p. 705-715, ons inziens terecht dat de in de zaak *Peter Paul* (nr. C-222/02, ECLI:EU:C:2004:606) door het Hof toegestane immuniteit voor aansprakelijkheid alleen het prudentieel financieel toezicht betreft, en niet het gedragstoezicht op basis van de MiFID-richtlijn. De regels uit die richtlijn strekken volgens de auteurs onmiskenbaar tot bescherming van beleggers. Daarom is de staat op grond van EU-recht aansprakelijk voor voldoende gekwalificeerde schendingen ervan en is de verdergaande beperking van die aansprakelijkheid in de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM, voor wat betreft het gedragstoezicht in strijd met Unierecht. Zie voor deze stelling reeds *NTB* 2015/5, afl. 1, p. 36.