

# Europees staats- en bestuursrecht

NTB 2016/31

## 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
    - 3.3.3. 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 januari 2016 tot en met juni 2016.*

## 1. Constitutionele aspecten

### 1.1 Europese institutionele ontwikkelingen

Nederland was de eerste helft van 2016 voorzitter van de EU. Het eerste *NJB*-nummer van 2016 bevat bespiegelingen over de wenselijke inzet van het Nederlandse voorzitterschap van de hand van J.E.J. Prins, 'Een dienend voorzitterschap – voorzien van verstandig idealisme', *NJB* 2016/1, p. 5-6; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Europese eenwording in verscheidenheid', *NJB* 2016/2, p. 7-15; L.J. van Middelaar, 'Besluiten nemen of normen stellen', *NJB* 2016/3, p. 16-27; W.W. Stevens & J.A. Terstegen, 'Het Nederlandse voorzitterschap van de Europese Unie. Enkele hoofdthema's op het terrein van justitie en binnenlandse zaken', *NJB* 2016/4, p. 28-32 en S.H. in 't Veld, 'Op naar een bindend grondrechtenpact voor de EU', *NJB* 2016/5, p. 33-38. De laatste auteur bepleit een hardere aanpak door de EU van lidstaten die fundamentele rechten schenden, zoals Polen en Hongarije. Tegen Polen heeft de EU inmiddels stappen op dit punt gezet. Vergelijk L.H.J. Adams & E. van Vugt, 'Het EU-rechtsstaatmechanisme en Polen', *NJB* 2016/825, afl. 17, p. 1184-1191 en U. Jaremba, 'The rule of the majority vs. the rule of law: how Poland has become the new enfant terrible of the European Union', *TvCR* 2016/3, p. 262-274.

In de praktijk zal het Nederlands voorzitterschap vooral worden herinnerd vanwege de deal met Turkije om de asielzoekerstroom via dat land te beperken. Zie voor kritiek op de deal en op het gehele Europees asielbeleid, M. de Heijer, J.J. Rijpma & T.P. Spijkerboer, 'Dwang, verbod en grootse verwachtingen', *NJB* 2016/1177, afl. 24, p. 1672-1682. Zie ook E.R. Brouwer, 'Europees asielbeleid: van onderling wantrouwen naar een gedeelde verantwoordelijkheid', *NTER* 2016/2, p. 42-51, waarin ook oplossingen worden aangedragen, zoals de aanvulling van de Dublin-regels met een herverdelingsmechanisme, een betere controle op de niet-naleving van de asielregels door de lidstaten en het creëren van de mogelijkheid van legale migratie.

Een Nederlands 'hoogtepunt' voor deze kroniek was de afwijzing van het Associatieverdrag met Oekraïne in het raadgevend referendum op 6 april 2016 door ruim 61,1% van de opgekomen kiezers. Volgens M.H. van der Woude, 'Redactionele signalen', *SEW* 2016/63, afl. 4, p. 141, is die afwijzing geen obstakel voor de inwerkingtreding van de bepalingen

<sup>1</sup> A.P.W. Duijkersloot en R. Ortlep zijn als universitair docent resp. universitair hoofddocent verbonden aan het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de UU. R.J.G.M. Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht bij hetzelfde instituut. M.J.M. Verhoeven is werkzaam als rechterlijk ambtenaar in opleiding bij de Rb. Gelderland.

over vrijhandel in het verdrag, omdat dat onderwerp tot de exclusieve bevoegdheid van de EU behoort. Deze bepalingen zijn zelfs al bij diverse raadsbesluiten uit 2014 voorlopig van toepassing verklaard. Ook N.F. Idriz & L.A.J. Senden, 'De "nieuwe generatie" Associatieovereenkomst tussen de EU en Oekraïne en zijn constitutionele context', *NTER* 2016/3, p. 90-98, bespreken de juridische complicaties van een Nederlandse afwijzing van het verdrag en suggereren als mogelijk oplossing een 'ratificatie onder voorbehoud'. Daartoe zou Nederland in een nieuwe besluit van de Raad een opt-out positie moeten krijgen voor wat betreft onderdelen die wel onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen (politieke dialoog, justitie, vrijheid en veiligheid).

Dat andere referendum, over de Brexit, leidde al voordat de uitslag bekend was tot artikelen over de mogelijke gevolgen van het uittreden uit de EU van het Verenigd Koninkrijk. Zie A. Thiele, 'Der Austritt aus der EU – Hintergründe und Rechtlichen Rahmenbedingungen eines Brexit', *EuR* 2016, p. 281-303; G. Gee, L. Rubini & M. Trybus, 'Leaving the EU? Legal Impact of "Brexit" on the United Kingdom', *EPL* 2016, p. 51-56; S. Wall, 'Leaving the EU?', *EPL* 2016/1, p. 57-67; A. Lazowski, 'EU Withdrawal: Good Business for British Business?', *EPL* 2016/1, p. 115-129; G. Gee & A.L. Young, 'Regaining Sovereignty? Brexit, the UK Parliament and the Common Law', *EPL* 2016/1, p. 131-147; C. Burke, Ó.Í. Hannesson & K. Bangsund, 'Life on the Edge: EFTA and the EFTA as a Future for the UK in Europe', *EPL* 2016/1, p. 69-96; H.C.F.J.A. de Waele, 'Het Britse referendum, het Brexit-preventiepakket, en de gevolgen voor het recht van de Europese Unie', *NJB* 2016/1128, afl. 23, p. 1617-1621. De Brexit zou ertoe kunnen leiden dat Schotland het VK inwisselt voor de EU. Vergelijk hierover T. Mullen, 'The Referendum and After: Scotland's Constitutional Future', *EPL* 2016/2, p. 187-202. Zie voor de mogelijke problemen daarbij, H.C.F.J.A. de Waele, 'Afscheiding van delen van EU-lidstaten – de Europeesrechtelijke dimensie', *SEW* 2016/2, afl. 1, p. 3-10.

Zie voor algemene constitutionele beschouwingen over de toekomst van de Europese Unie, R. Schütze, *European Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016; M. Dawson & F. de Witte, 'From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU', *ELJ* 2016/2, p. 204-224; N. Walker, 'Constitutional Pluralism Revisited', *ELJ* 2016/3, p. 333-355; J.B. Cruz, 'Another Look at Constitutional Pluralism in the European Union', *ELJ* 2016/3, p. 356-374; D. Kochenev, 'EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?', *Yearbook of European Law* 2015', p. 74-96; D. Jančić, 'National Parliaments and EU Fiscal Integration', *ELJ* 2016/2, p. 225-249; G. van der Schyff, 'Exploring Member State and European Union Constitutional Identity', *EPL* 2016/2, p. 227-241; F.A.N.J. Goudappel & E.M.H. Hirsch Ballin (red.), *Democracy and the Rule of Law in the European Union*, Essays in Honour of Jaap W. de Zwaan, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016.

In de luwte van al dit institutionele geweld, wordt gestaag doorgewerkt aan de Europese Awb. In opdracht van het EP is door een groep experts een voorstel voor een Verordening 'on the Administrative Procedure of the European Union's institutions, bodies, offices and agencies' (DV\1081253EN.doc) op-

gesteld met algemene regels voor het nemen van besluiten. Het voorstel is sterk geïnspireerd door de *Model Rules on EU Administrative Procedures* van ReNEUAL en bevat regels over het management van bestuurlijke procedures (onder meer: de plicht van zorgvuldig en onpartijdig onderzoek, de verplichting tot samenwerking, de inschakeling van getuigen en deskundigen, inspecties, het recht om gehoord te worden en termijnen), het nemen van besluiten (onder meer: motiveringsplicht, rechtsmiddelenvoorlichting, bekendmaking) en het rectificeren en intrekken van besluiten (zowel ten voor- als ten nadele). Zie over het ReNEUAL-voorstel verder, M. Ruffert, *The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication*, Groningen: Europa Law Publishing 2016, en T. Ellerbrock, 'Der ReNEUAL-Musterentwurf für ein Europäisches Verwaltungsverfahren in der Diskussion', *Die Verwaltung* 2016, p. 105-117, waarin verslag wordt gedaan van de Duitse discussie over het voorstel. Inmiddels heeft de Vereniging voor Bestuursrecht/VAR een commissie ingesteld, onder voorzitterschap van R.J.G.M. Widdershoven, die de discussie hierover in Nederland moet verbreden.

## 1.2 Het wetgevingsproces

### 1.2.2 Implementatievragen

Hoe groot is de keuzevrijheid van de lidstaten bij de omzetting van richtlijnen in het nationale recht? Volgens Richard Král, 'On the Choice of Methods of Transposition of EU Directives', *ELRev* 2016/2, p. 220-242, bestaan er op dit punt veel beperkingen en worden drie methoden toegepast: kopiëren, uitwerken, minimalistisch omzetten en 'verhullen'. Král systematiseert de keuzes en de beperkingen en bepleit dat elke keer opnieuw aan de hand van de betreffende richtlijn en bestaande nationale regelgeving een afgewogen keuze voor de methode van omzetting moet worden gemaakt. Zoals eerder gesignaleerd in *NTB* 2015/30, afl. 7, p. 228, biedt de beoordelingsmarge die de lidstaten op grond van de Kaderrichtlijn Water 2000/60 hebben bij het toestaan van de achteruitgang van de toestand van een oppervlaktewaterlichaam veel voer tot discussie. In HvJ EU 4 mei 2016, nr. C-346/14, ECLI:EU:C:2016:322, een infractieprocedure tegen Oostenrijk, stelt het Hof uitvoerig gemotiveerd dat de lidstaten beoordelingsmarge moet worden gelaten om uit te maken of een specifiek project van hoger openbaar belang is in de zin van art. 4 lid 7 Kaderrichtlijn Water 2000/60. De richtlijn stelt gemeenschappelijke beginselen en een algemeen actiekader voor waterbescherming vast en zorgt voor de coördinatie, de integratie en – op langere termijn – de ontwikkeling van algemene beginselen en structuren voor de bescherming en het duurzame gebruik van water in de Unie. De gemeenschappelijke beginselen en het globale actiekader die in de richtlijn worden vastgesteld, moeten daarna verder worden ontwikkeld door de lidstaten door middel van specifieke maatregelen die worden genomen binnen de in die richtlijn gestelde termijnen. De richtlijn beoogt dus geen volledige harmonisatie van de regelingen van de lidstaten inzake water. In het kader van deze beoordelingsmarge kon Oostenrijk op goede gronden oordelen dat de bouw van een waterkrachtcentrale, waarmee wordt

beoogd de productie van energie als hernieuwbare energiebron te bevorderen, van hoger openbaar belang is.

### 1.3 Toezicht en samenwerking

Op 3 juni 2016 heeft het Ministerie van EZ het Wet terugvordering staatssteun voor een internetconsultatie gepubliceerd. Anders dan in het oude voorstel van het Ministerie van V&J, wordt in het concept gekozen voor een systeem waarin uitgangspunt is dat de steun die volgens de Commissie teruggevorderd moet worden, wordt teruggevorderd op basis van een *zelfstandige* grondslag en regeling in het wetsvoorstel. In tegenstelling met de huidige situatie met een veelheid aan meer of minder toereikende nationaal-rechtelijke grondslagen, regelingen en rechtsgangen wordt daarmee een eenduidige grondslag en regeling voor terugvordering voorgeschreven. Overigens bevat het voorstel wel al een belangrijke uitzondering voor fiscale steun. Die zal ook onder het voorstel worden teruggevorderd met behulp van het bestaande instrumenten navordering en naheffing. In ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1186 (*Christa/Wervelwind*), ligt het beginsel van loyale samenwerking van art. 4 lid 3 VEU en de premisse van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten aan de basis van het oordeel van de Afdeling dat de Minister van IenM bij de intrekking van de Rijnvaartverklaringen van de schepen van Christa zich terecht gebonden heeft geacht aan de weigering door de autoriteiten van Luxemburg – het land waar zich de zetel van de onderneming van exploitant bevond – om voor de schepen een exploitatieverklaring af te geven. Wil het bedrijf iets doen tegen die weigering, dan moet het hiertegen in Luxemburg rechtsmiddelen aanwenden.

Dezelfde lijn ziet men in ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3818, waarin de Afdeling oordeelt dat de Minister van VWS de doorhaling van de inschrijving van appellant als arts in het BIG-register kan baseren op de maatregel die in het Verenigd Koninkrijk was opgelegd door het *Fitness to Practice Panel (FPP) of the Medical Practitioners Tribunal*. In dat geval hoeft de minister het tuchtrechtelijke onderzoek niet over te doen en kan hij zich beperken tot een onderzoek naar de bevoegdheid van de instantie die de maatregel in het Verenigd Koninkrijk heeft opgelegd. Wat betreft de inhoud moet appellant de uitspraak van het FPP in het Verenigd Koninkrijk aanvechten.

HvJ EU 22 juni 2016, nr. C-557/14, ECLI:EU:C:2016:471 (*Commissie/Portugal*), is een vervolg op HvJ EU 7 mei 2009, nr. C-530/07, ECLI:EU:C:2009:292, waarin het Hof had vastgesteld dat Portugal Richtlijn 91/271/EEG inzake de behandeling van stedelijk afvalwater niet tijdig had uitgevoerd. In het arrest van 22 juni jl. stelt het Hof vast dat hiervan nog steeds geen sprake is en veroordeelt het Portugal tot betaling van een dwangsom van € 8000 per dag van verdere vertraging in de uitvoering van de noodzakelijke maatregelen, en een forfaitaire som (boete) van € 3 miljoen.

### 1.4 Nationale bestuursorganisatie

In HvJ EU 29 oktober 2015, nr. C-174/14 (*Saudaçor*), ECLI:EU:C:2015:733, AB 2016/101, m.nt. Jak, moet het Hof beoordelen of de naamloze vennootschap Saudaçor, die

voor 100% in overheidshanden is, valt onder de uitzondering van de BTW-plicht voor overheidsactiviteiten. In de uitspraak vermeldt het Hof diverse factoren die in dit verband gewogen moeten worden en sluit het niet uit dat Saudaçor als een publiekrechtelijk lichaam in de zin van de BTW-richtlijn kan worden gekwalificeerd. Interessant is dat het Hof uitdrukkelijk stelt dat bij de uitlegging van het begrip 'publiekrechtelijk lichaam' in de zin van de BTW-richtlijn niet de definitie van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' uit de Aanbestedingsrichtlijn in de beschouwing moet worden betrokkene. Zoals Jak in zijn AB-noot terecht opmerkt, is het overheidsbegrip aldus (ook) in het Unierecht een 'multifunctioneel en contextafhankelijk begrip'. In het aanbestedingsrecht wordt het begrip ruim uitgelegd, in het BTW-recht enger, omdat het daarin bepalend is voor een uitzondering op de algemeen geldende BTW-plicht.

Zie over de zaak ook, R.N.G. van der Paardt, 'Het overheidsbegrip in Europeesrechtelijke perspectief', *MBB* 2016/5, p. 202-208; en Eike-Johannes Hoff, 'Die Anwendung der Umsatzsteuerorganschaft im nationalen Recht. Entwicklung, Voraussetzungen, Wirkungen und Bedeutung' Frankfurt am Main: Peter Lang 2016.

## 2. Doorwerking van Unierecht

### 2.1 Voorrang algemeen

A. Pliakos & G. Anagnostaras, 'Fundamental Rights and the New Battle over Legal and Judicial Supremacy: Lessons from Melloni', *Yearbook of European Law* 2015, p. 97-126, gaan naar aanleiding van *Melloni* in op verhouding tussen het voorrangsbeginsel en de nationale constitutionele bescherming van fundamentele rechten. Volgens hen kan de *Melloni*-beperking van nationale fundamentele rechten door de voorrang, eenheid en effectiviteit van het Unierecht tot gevolg hebben dat nationale constitutionele rechters gaan oordelen dat fundamentele rechten onder het Unierecht niet langer effectief worden beschermd. Uit het vervolg dat het Spaanse constitutionele hof heeft gegeven aan *Melloni* en enkele uitspraken van het Duitse constitutionele hof blijkt dat er wel degelijk een grens is aan de bereidheid van nationale constitutionele hoven om hun traditionele inkleuring van fundamentele rechten te heroverwegen ten behoeve van de eisen die voortvloeien uit het Unierecht. De auteurs bepleiten een meer gebalanceerde aanpak, waarbij er meer ruimte is voor nationaal fundamentele rechten als die een hogere beschermingsstandaard hebben.

Zie over de mate waarin de nationale constitutionele rechter in Duitsland, Frankrijk en Spanje het voorrangsbeginsel (kunnen) waarborgen, A. Berger, 'Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte', Tübingen: Mohr Siebeck 2016, en S. Simon, 'Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess', Tübingen: Mohr Siebeck 2016.

HvJ EU 26 mei 2016, nr. C-273/15, ECLI:EU:C:2016:364 (*Ezernieki*), betreft de kwestie of een nationale regeling, die is vastgesteld in overeenstemming met het Unierecht, buiten toepassing kan worden gelaten als de toepassing ervan in strijd is met het nationale evenredigheidsbegin-

sel. Volgens het Hof is het volgens het beginsel van voorrang onaanvaardbaar dat nationale rechtsregels, ook al zijn zij van grondwettelijke aard, afbreuk doen aan de eenheid en de werking van het Unierecht. Bovendien kent het Unierecht geen algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een geldende bepaling van het Unierecht door een nationale instantie niet mag worden toegepast wanneer die bepaling voor betrokkenen een hardheid meebrengt die de Uniewetgever zeker zou hebben trachten te vermijden, indien hij bij de vaststelling van de bepaling aan dat geval had gedacht. De billijkheid vormt daarom geen grond om bepalingen van Unierecht buiten toepassing te laten, behalve in de in de Unieregeling voorziene gevallen of wanneer de regeling zelf ongeldig wordt verklaard.

De in *NTB 2015/5*, p. 28, al gesignaleerde uitspraak van de Haagse rechtbank in de *Urgenda*-zaak, die onder meer is gebaseerd op een EU-rechtconforme uitleg van de zorgplicht van art. 6:162 BW, wordt besproken door G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter. Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *AAe 2016*, p. 26-33; R. Ortlep, 'De Urgenda-uitspraak: wetgever en regering onder verscherpt rechterlijk toezicht', *TvT 2016/1*, p. 29-32; A.G. Castermans, 'Het klimaatgevaar en het houten kelderluik', *AAe 2016*, p. 34-40; en door A. Roy, 'Urgenda v. The Netherlands: A new climate change constitutionalism', *Nederlands tijdschrift voor Energierecht 2015/5/6*.

## 2.2 Doorwerking van Uniehandelingen

### 2.2.1 Primair Unierecht

In CBB 26 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:94, oordeelt het College dat art. 13 VWEU ('Bij het formuleren en uitvoeren van het beleid van de Unie op het gebied van landbouw [...] houden de Unie en de lidstaten ten volle rekening met hetgeen vereist is voor het welzijn van dieren als wezens met gevoel [...]') niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is geformuleerd en dus geen rechtstreekse werking heeft, zodat appelland daarop tevergeefs beroep doet. Volgens het College is er slechts sprake van een opdracht aan de EU en de lidstaten om bij het formuleren en uitvoeren van beleid op enkele nader genoemde gebieden rekening te houden met hetgeen is vereist voor het welzijn van dieren, waarbij hen handelingsvrijheid toekomt bij dit te bereiken, open geformuleerde doel.

### 2.2.2 Verordening

In ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:376, stelt de Afdeling, in lijn met vaste rechtspraak van het Hof, dat lidstaten in verband met de toepassing van EU-verordeningen wel uitvoeringsmaatregelen kunnen nemen, maar dat omzetting van bepalingen van een verordening omwille van rechtszekerheid verboden is. In de zaak heeft Nederland een bepaling uit de bijlage bij Verordening 3922/91 wel omgezet en heeft het daarbij met die bijlage strijdige uitzonderingen op een verbod in het nationale recht geregeld. Dat is volgens de Afdeling in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en leidt ertoe dat de nationale regeling verbindende kracht moet worden ontzegd wegens strijd met het Unierecht.

### 2.2.3 Richtlijnen

CRvB 27 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1956, biedt een voorbeeld van een uitspraak van een nationale rechter, waarin deze terugkomt op een eerdere uitlegging van een richtlijn. Tot die uitspraak hield de CRvB-jurisprudentie in dat hoofdstuk IV WW een laatste redmiddel was voor de werknemer om het hem niet tijdig betaalde loon c.a. door het uitvoeringsorgaan betaald te krijgen. Om die reden werden aan de werknemer vrij strenge eisen gesteld met betrekking tot de pogingen die hij moest hebben ondernomen om van zijn werkgever betaling te verkrijgen. De Raad is van oordeel dat de Insolventierichtlijn van toepassing is op dergelijke zaken en beslist daarom nu dat de eerdere jurisprudentie wordt losgelaten, omdat zij niet overeenkomt met de Insolventierichtlijn. Die richtlijn bepaalt dat de lidstaten waarborgfondsen dienen te hebben waarop werknemers, van wie de werkgever in staat van insolventie verkeert, een beroep moeten kunnen doen. Op die aanspraken zijn volgens de richtlijn beperkingen mogelijk, maar die zijn, gelet op het minimumkarakter van de richtlijn, in feite beperkt tot het voorkomen van misbruik. De tot dusverre door de CRvB gehanteerde beperkingen gingen verder dan de richtlijn toestaat en worden door hem thans losgelaten.

HvJ EU 19 april 2016, nr. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, (*Dansk Industri*), nuanceert de rechtspraak inzake het verbod op horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen. In de zaak wordt de nationale rechter in een civiele zaak opgedragen elke nationaalrechtelijke bepaling buiten toepassing te laten die strijdig is met het verbod van discriminatie op grond van leeftijd, zoals dat gestalte heeft gekregen in Richtlijn 2000/78/EG. Dat komt in feite neer op rechtstreekse werking van de richtlijn in een horizontale situatie, terwijl het Hof in zulke situaties rechtstreekse werking in vaste jurisprudentie juist uitsluit. Het arrest past wel in eerdere jurisprudentie over deze specifieke richtlijn, waarin het Hof het verbod op leeftijdsdiscriminatie kwalificeerde als algemeen beginsel van Unierecht. De nuancering van het verbod op horizontale werking moet ons inziens dan ook niet buiten die context worden getrokken. Zie over de problematiek ook de prejudiciële verwijzing in HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3022, AB 2016/113, m.nt. Ortlep & Verhoeven, over Richtlijn 2000/78/EG en het algemene Unierechtelijke verbod op leeftijdsdiscriminatie. De Hoge Raad wil weten of het verbod, als algemeen beginsel van Unierecht, ook toepassing vindt in een geding dat buiten de materiële werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG valt.

HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:442, AB 2016/200, m.nt. Ortlep & Verhoeven, is het vervolg op HvJ EU 18 december 2014, nr. C-131/13 (*Italmoda*), ECLI:EU:C:2014:2455, AB 2016/199, na eerdere prejudiciële vragen van de Hoge Raad in zijn arrest van 22 februari 2013, *BNB 2013/96*. In *Italmoda* stelt het Hof weliswaar voorop dat het verbod van omgekeerde verticale werking eraan in de weg staat dat een lidstaat op basis van een niet omgezette richtlijn verplichtingen oplegt aan particulieren, maar wordt de weigering van een (fiscaal) voordeel naar aanleiding van fraude door dit verbod niet bestreken. Die weigering strookt namelijk met het beginsel dat niemand in het geval van misbruik of

bedrog een beroep kan doen op het Unierecht. Daarmee introduceert het Hof een heel specifieke uitzondering op het verbod van omgekeerde verticale werking. Of zij ook buiten het fiscale recht zal gelden, is niet duidelijk.

In ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1773, onderzoekt de Afdeling op welke wijze de volle werking van de Kwalificatierichtlijn kan worden verzekerd, nu de zogenaamde 'cessation clauses' als zodanig niet zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. De Afdeling wijst op de verplichting van de nationale rechter om het nationale recht zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, een verplichting die wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen en niet kan dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem*. De Afdeling constateert dat art. 32 lid 1 aanhef en onder c VW 2000, gelezen in samenhang met art. 3.105d Vreemdelingenbesluit 2000, voldoende ruimte biedt om een richtlijnconforme uitleg aan de 'cessation clauses' bedoeld in art. 11 lid 1 Kwalificatierichtlijn mogelijk te maken. Deze uitleg druist niet in tegen de bewoordingen van de bepalingen en is verenigbaar met de algemene rechtsbeginselen.

In ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1613, staan de beginselen van rechtszekerheid en het verbod van terugwerkende kracht er wel in aan in de weg dat art. 1.7 Bouwbesluit richtlijnconform wordt uitgelegd in het kader van het verzoek van Desmepol aan de Minister voor Wonen en Rijksdienst om handhavend op te treden tegen twee particuliere organisaties, KOMO en Kiwa. De Afdeling verwijst naar de zaken nr. 80/86 (*Kolpinghuis*) en nr. C-168/95 (*Arcaro*), waarin het Hof heeft bepaald dat richtlijnconforme uitlegging van een niet (volledig) omgezette richtlijn vanwege de vermelde beginselen niet ertoe mag leiden dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van personen wordt gevestigd of verzaamd, en 'gaat [...] ervan uit dat het oordeel van het Hof ook in het geval van bestuurlijke boetes en handhaving van toepassing is'. Omdat het instrument van rechtstreekse werking vanwege het verbod van omgekeerde verticale werking ook niet kan worden toegepast, is de minister niet bevoegd om handhavend op te treden jegens KOMO en Kiwa.

Een temporele grens van richtlijnconforme uitlegging is aan de orde in HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, in een zaak over de erfpachtcanon van Amsterdam. In de zaak achtte het gerechtshof de eenzijdige gemeentelijke wijzigingsbevoegdheid van de canon in strijd met Richtlijn 93/13/EEG, betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De gemeente voert hiertegen in cassatie aan dat de richtlijn niet van toepassing is op de bestreden bepalingen, omdat zij waren opgenomen in overeenkomsten die vóór 31 december 1994 waren aangegaan. De Hoge Raad overweegt dat het hof kennelijk heeft beoogd een richtlijnconforme uitleg te geven aan art. 6:233 BW, en verklaart de klacht gegrond, onder verwijzing naar art. 10 lid 1 tweede zin van de richtlijn. Hij voegt hieraan toe dat het opmerking verdient 'dat het in dit verband gaat om het tijdstip waarop de voorwaarden door de Gemeente zijn bedongen. Ook bij verkrijging na 31 december 1994 van een vóór die datum gevestigd erfpachtrecht is de eerder bedoelde richtlijnconforme uitleg derhalve niet aan de orde.'

In twee uitspraken van 11 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:288, AB 2016/52, en ECLI:NL:CBB:2015:287, AB 2016/53, beide m.nt. Klap, ziet het CBB geen belemmeringen om de in art. 1:74 lid 1 Wft, neergelegde bevoegdheid om inlichtingen te vorderen, voor zover deze wordt uitgeoefend in het kader van het nalevingstoezicht in het kader van de Wft, in het licht van art. 50 lid 2 onder a van de MiFID-richtlijn, zo uit te leggen dat deze mede omvat de bevoegdheid om kopieën van gegevens en bescheiden te vorderen.

#### 2.2.4 Besluiten

In CRvB 16 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4761, oordeelt de Raad dat art. 2 aanhef onder d van Besluit 2001/903/EG, van de Raad van de EU, betreffende het Europees Jaar van personen met een handicap, geen rechtstreekse werking heeft en dat appellant daaraan in een procedure tegen wijzigingen in het Bijdragebesluit zorg, geen rechten kan ontlenen. Het artikel bepaalt immers (slechts), dat tot de doelstellingen van het Europees Jaar van personen met een handicap behoort de versterking van de samenwerking tussen alle betrokken partijen, met name overheden, sociale partners, NGO's, sociale diensten, de particuliere sector, gemeenschappen, vrijwilligersorganisaties en personen met een handicap en hun gezin.

#### 2.3 Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten

De in de vorige kroniek, NTB 2016/5, p. 29, al gesignaleerde uitspraak van het Hof van 1 oktober 2015, nr. C-340-341/14 (*Trijber/Harmsen*), ECLI:EU:C:2015:641, wordt zonder grote verrassingen nationaal afgedaan in ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:160, JB 2016/56 (*Trijber*) en ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:168, JB 2016/55, Gst. 2016/49, 7436, m.nt. Hessel (*Harmsen*). Vergelijk over beide zaken ook, A. Drahmman 'De gevolgen van de Dienstenrichtlijn op vergunningverlening: de zaken *Trijber* en *Harmsen*', Gst. 2016/13, 7433, p. 68-75; T.P.J.N. van Rijn, 'De Amsterdamse prostituees en partyboten en de Dienstenrichtlijn: de zaken *Trijber* en *Harmsen*', NTER 2016/2, p. 35-41; M.R. Botman, 'Rechtspraak Dienstenrichtlijn: de stand van zaken', SEW 2016/84, afl. 5, p. 192-207.

Zoals in de vorige kroniek al is opgemerkt en ook wordt gesignaleerd in de commentaren op de uitspraak, heeft het Hof in *Trijber & Harmsen* de vraag of de Dienstenrichtlijn ook geldt in zuiver interne situaties ontweken. Deze vraag wordt daarom in ABRvS 13 januari 2016 (*Appingedam*), ECLI:NL:RVS:2016:75, AB 2016/173, m.nt. Steyger, Gst. 2016/39, 7435, p. 39, m.nt. Hessel, door de Afdeling opnieuw verwezen. Om op korte termijn helderheid te scheppen, bepleit A. Drahmman, 'De werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn in Nederland: is aanvullende implementatie wenselijk?', NTB 2016/17, afl. 5, p. 143-151, dat de richtlijn op grond van het nationale recht in zuiver nationale situaties zou moeten gelden.

In de verwijzingsbeslissing in de zaak *Appingedam* stelt de Afdeling ook twee andere punten betreffende de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn aan de orde, namelijk of de richtlijn ook van toepassing is op detailhandelactiviteiten in super-

markten die hoofdzakelijk neerkomen op de verkoop van goederen aan consumenten, en of zij ook geldt voor voorschriften inzake ruimtelijke ordening. Daarbij vermeldt zij uitdrukkelijk dat over de detailhandelkwestie verschil van opvatting bestaat tussen de Nederlandse Raad van State (valt niet onder de richtlijn) en de Franse Conseil d'Etat (valt er wel onder), en dat de Hoge Raad bij arrest van 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1467, een prejudiciële vraag heeft verwezen (zaak nr. C-360/15), waaruit zou kunnen worden afgeleid dat deze over de RO-problematiek anders denkt dan de Afdeling. Zie voor de toelichting ook K.J.M. Mortelmans, 'Redactionele signalen', *SEW* 2016/22, afl. 2, p. 45.

### 3. Rechtsbescherming

#### 3.1 Stelsel van rechtsbescherming

##### 3.1.1 Algemeen

In deze kroniekperiode zijn de gerechtelijke statistieken over 2015 van het Hof van Justitie van de EU verschenen (te vinden op <http://curia.europa.eu>). Volgens het perscommuniqué (nr. 34/16; zie *NJB* 2016/678) valt het jaar 2015 op door het uitzonderlijke tempo waarin het Hof van Justitie van de EU als instelling haar gerechtelijke werkzaamheden heeft verricht. Bij de drie rechterlijke instanties waaruit de instelling bestaat (Hof, Gerecht van Eerste Aanleg en Gerecht voor ambtenarenzaken), zijn in 2015 in het totaal 1711 zaken aanhangig gemaakt. In de geschiedenis van de instelling is dat het hoogste aantal aanhangig gemaakte zaken in een jaar. De stijging geldt vooral voor het Hof, omdat daar voor het eerst de symbolische drempel van 700 aanhangig gemaakte zaken is overschreden. Bovendien ligt de jaarlijkse productiviteit van de instelling met 1755 afgedane zaken in 2015 op een ongekend hoog niveau. Het Hof prijst zich gelukkig met de goedkeuring van de hervorming van zijn gerechtelijke structuur door de wetgevende instanties van de EU na afloop van een wetgevingsproces dat in 2011 is gestart. Deze hervorming maakt het de instelling mogelijk, onder meer door de verdubbeling van het aantal rechters in het Gerecht in een drie-stappen-proces tot in 2019, om de stijging van het aantal rechtszaken nog steeds aan te kunnen en om zijn taak in dienst van de Europese justitiabelen te vervullen met inachtneming van de doelstellingen op het gebied van kwaliteit en efficiency van de rechtspleging. De structurele hervorming is uitgewerkt in een nieuw Reglement voor de procesvoering voor het Gerecht (zie *NTB* 2015/30). Met inwerkingtreding daarvan op 1 juli 2015 zal het vermogen van het Gerecht om de zaken binnen een redelijke termijn en met inachtneming van de eisen van een eerlijk proces te behandelen, verder worden vergroot. Ook wat de procesduur in 2015 betreft, zijn de statistische gegevens zeer positief. Zo bedroeg de gemiddelde behandelingsduur voor prejudiciële verwijzingen 15,3 maanden, dichtbij het record uit 2014 (15 maanden). Bij rechtstreekse beroepen was die duur 17,6 maanden in 2015, wat significant minder is dan in de voorafgaande jaren (tussen 19,7 en 24,3 maanden in de periode 2011-2014). De gemiddelde duur van

de behandeling van de hogere voorzieningen was in 2015 14 maanden, in die laatste jaren het laagste gemiddelde.

Uit M. van Opijnen & B. Veerman, 'Jurisprudentie zoeken op Europese schaal', *NTER* 2016/4, p. 137-140, blijkt dat het sinds kort mogelijk is om online te zoeken in ruim 4 miljoen nationale en Europese uitspraken die voorzien zijn van een European Case Law Identifier (ECLI). Door deze nieuwe zoekmachine, <https://e-justice.europa.eu>, die is ontwikkeld door de Commissie, wordt rechtspraak over de grenzen heen een stuk toegankelijker, zo ook waar het gaat om toepassing van EU-recht in (een aantal) lidstaten. Dat is belangrijk, aangezien de Europese wetgeving steeds belangrijker is en steeds meer doorwerkt op nationaal niveau. Acht lidstaten van de Europese Unie, waaronder Nederland, hebben de ECLI-nummers al ingevoerd en een aantal andere EU-landen is ermee bezig. Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie, het Europees Patentbureau, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Europese databank JuriFast kennen deze nummers aan hun uitspraken toe.

Voor recente bijdragen over het Europese stelsel van rechtsbescherming en de invloed die het EU-recht op het nationale (proces)recht heeft, zij gewezen op R. Barents, 'Remedies and Procedures before the EU Courts', *Kluwer Law International* 2016; 'O. Streckert, *Verwaltungsinterner Unionsrechtsschutz*', Tübingen: Mohr Siebeck 2016; A. Wallerman, 'Towards an EU Law Doctrine on the Exercise of Discretion in National Courts? The Member States' Self-Imposed Limits on National Procedural Autonomy', *CMLRev* 2016, p. 339-360; F. Grashof, 'National Procedural Autonomy Revisited', Groningen: Europa Law Publishing 2016; M. Adams *et al* (eds.), 'Judging Europe's Judges, The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice', Oxford: Hart Publishing 2015; en S. Bogojevic, 'Judicial Protection of Individual Applicants Revisited: Access to Justice through the Prism of Judicial Subsidiarity', *Yearbook of European Law* 2015, p. 5-25.

##### 3.1.2 Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking

In HvJ EU 16 juni 2016, nr. C-351/14, ECLI:EU:C:2016:447 (*Rodríguez Sánchez*), herhaalt het Hof dat het ook bevoegd is om uitspraak te doen over verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende Unierechtelijke bepalingen in situaties waarin de feiten van de zaak weliswaar buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen, maar waarin de Unierechtelijke bepalingen intern toepasselijk zijn gemaakt doordat het nationale recht naar de inhoud ervan verwijst. Ook in dat geval heeft de EU er belang bij dat ter vermindering van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen van die handeling op eenvormige wijze worden uitgelegd. Het is dan ook gerechtvaardigd dat het Hof 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 deze (interne) situaties, teneinde een gelijke behandeling te verzekeren van deze situaties en situaties die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen.

In HvJ EU 5 april 2016, nr. C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199 (*PFE*), herhaalt het Hof de vaste rechtspraak dat een regel van nationaal recht een nationale rechterlijke instantie niet mag beletten om gebruik te maken van zijn bevoegdheid (respectievelijk verplichting) om een prejudiciële vraag te stellen. Gelet daarop moet art. 267 VWEU zo worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht, voor zover deze aldus wordt uitgelegd dat een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie die zich moet uitspreken over een kwestie betreffende de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht, deze kwestie aan de voltallige zitting van deze rechterlijke instantie moet voorleggen wanneer zij het niet eens is met de lijnen die deze voltallige zitting in een beslissing heeft uitgezet, en aldus daarover geen prejudiciële vraag aan het Hof kan stellen. Bovendien moet de kamer, nadat zij het antwoord van het Hof op een door haar gestelde vraag heeft ontvangen of wanneer deze vraag reeds duidelijk is beantwoord in de rechtspraak van het Hof, zelf al het nodige doen om ervoor te zorgen dat het Unierecht op de aldus uitgelegde manier wordt toegepast.

De in de vorige kroniek (zie *NTB* 2016/5) besproken zaken HvJ EU 9 september 2015, nr. C-72/14 en C-197/14; ECLI:EU:C:2015:564 (*X/Van Dijk*); *AB* 2015/408, m.nt. Ortlep; *JB* 2015/167, m.nt. Beijer & Krommendijk (en zie het nationale vervolg: HR 22 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:82) en HvJ EU 9 september 2015, nr. C-160/14; ECLI:EU:C:2015:565 (*Ferreira da Silva/Brito*), *AB* 2016/1, m.nt. Ortlep; *JB* 2015/168, m.nt. Beijer & Krommendijk, zijn ook gepubliceerd en besproken in *SEW* 2016/15, afl. 1, p. 34, m.nt. Fierstra. In lijn met die arresten heeft de Afdeling in een uitspraak van 13 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1383; ECLI:NL:RVS:2016:1384) geoordeeld dat het feit dat de Rechtbank Den Haag over de geldigheid van EU-richtlijnbevestiging een prejudiciële vraag heeft gesteld op zichzelf *niet* insluit dat de voorwaarden uit het bekende *Cilfit*-arrest niet meer kunnen worden vervuld. De gevolgen van het niet-stellen van een prejudiciële vraag door de hoogste nationale rechter in het licht van de bekende *Dhahbi*-rechtspraak van het EHRM (zie bijv. *NTB* 2015/30) worden mooi besproken in M. Broberg, 'National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom', *EPL* 2016/2, p. 243-256. Zie over de prejudiciële procedure verder C. Lacchi, 'Multilevel judicial protection in the EU and Preliminary References', *CMLRev* 2016, p. 679-708; J. Hoevenaars, 'The preliminary reference procedure: challenge or opportunity?', *Recht der Werkelijkheid* 2015/3, p. 83-97; K. Groenendijk, 'Waarom rechters niet naar Luxemburg gaan: politieke structuur of rechtscultuur?', in: R. Baas e.a. (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming (De Groot-van Leeuwenbundel)*, Deventer: Kluwer 2015, p. 187-207.

### 3.2 Toegang tot de rechter

#### 3.2.2 Procespartijen

Het in de vorige kroniek (zie *NTB* 2016/5) uitgebreid besproken arrest HvJ EU 15 oktober 2015, nr. C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 (*Commissie/Duitsland*), *AB* 2015/447,

m.nt. Backes, is inmiddels ook gepubliceerd in *JB* 2016/35, m.nt. Sanderink, en in *JM* 2016/9, m.nt. Hoevenaars. Dat arrest is onder meer van belang voor de EU-rechtelijke houdbaarheid van de onderdelenfui (art. 6:13 Awb). In het licht ervan oordeelt de Afdeling in haar uitspraak van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3703, dat art. 6:13 Awb, dat de voor het instellen van beroep geldende voorwaarde dat zienswijzen naar voren zijn gebracht, uit oogpunt van het EU-recht (respectievelijk het Verdrag van Aarhus) *niet* ontoelaatbaar is.

In ABRvS 16 maart 2016, *JB* 2016/8, m.nt. Schlössels, oordeelt de Afdeling – in lijn met de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2015:3680) – dat toepassing van de relativiteitseis van art. 8:69a Awb op de door een concurrent in die zaak aangevoerde 'milieugronden' niet in strijd is met het EU-recht, (de Unierechtelijke omzetting van) het Verdrag van Aarhus en art. 6 EVRM. Zie in algemene zin over het relativiteitsvereiste – en de zojuist genoemde conclusie – W. Konijnenbelt, 'Een correctie op het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb?', *NTB* 2016/21; en K.J. de Graaf en G.A. van der Veen, 'De correctie Widdershoven gewogen', *NTB* 2016/23.

Wellicht geïnspireerd door de genoemde conclusie benadert de Afdeling in twee uitspraken van 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1296 (inzake de Habitatrictlijn), *JB* 2016/123 en ECLI:NL:RVS:2016:1295 (inzake de Dienstenrichtlijn) *JB* 2016/124, m.nt. Timmermans (zie ook ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1361), de vraag of de relativiteitseis van art. 8:69a Awb kan worden toegepast in een Unierechtelijke zaak enigszins anders dan voorheen. Thans stelt zij de vraag voorop of de desbetreffende Unieregeling aan de particulieren in kwestie rechten toekent, wat afhangt van de personele beschermingsomvang van de betrokken Unieregeling, welke beschermingsomvang op basis van de inhoud van die regeling en doelstelling ervan moet worden bepaald. Omdat de Habitatrictlijn, respectievelijk Dienstenrichtlijn geen rechten toekent aan de appellanten in beide zaken, hebben zij geen rechten die zij op grond van het Unierecht voor de nationale rechter zouden moeten kunnen afdwingen en staat het Unierecht niet in de weg aan de toepassing van het relativiteitsvereiste.

#### 3.2.4 Andere aspecten van de toegang tot de rechter

De trouwe lezer van deze kroniek is bekend met HvJ EU 9 maart 1994, nr. C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 (*Textilwerke Deggendorf*), waarin het Hof oordeelde dat een particulier in een nationale rechterlijke procedure de geldigheid van een EU-rechtshandeling (in die zaak: beschikking) niet meer in rechte ter discussie kan stellen als hij niet (tijdig) of zonder succes gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om tegen die rechtshandeling een beroep tot nietigverklaring ex art. 263 VWEU in te stellen. Anders – aldus het Hof – 'zou hem aldus de mogelijkheid worden gegeven om aan het onherroepelijke karakter dat de beschikking na het verstrijken van de beroepstermijn jegens hem heeft, te ontkomen'. Een voorwaarde voor de zogeheten TWD-doctrine is dat een particulier op de hoogte is van een EU-rechtshandeling en dat 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, hetgeen nogmaals is bevestigd in HvJ EU 28 april 2016, nrs. C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 en C-391/14 tot en met C-393/14, ECLI:EU:C:2016:311 (*Borealis Polyolefine*).

### 3.3. *Behandeling van het geschil*

#### 3.3.1 *Rechterlijke beoordeling en bewijs*

Zoals in deze kroniek al eerder is gesignaleerd (zie *NTB* 2016/5, p. 33), bepaalt art. 83a Vreemdelingenwet sinds 20 juli 2015, ter omzetting van art. 46 lid 3 Procedurerichtlijn 2013/32/EU, dat in eerste aanleg in asielzaken een volledig en *ex nunc* onderzoek van zowel de feiten als het recht moet plaatsvinden. Voor de Afdeling is de inwerkingtreding van art. 46 lid 3 – blijkens twee belangrijke uitspraken van 13 april 2016, *AB* 2016/195, m.nt. Reneman en *AB* 2016/196 (zie ook *ABRvS* 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:956; ECLI:NL:RVS:2016:957; ECLI:NL:RVS:2016:958) – aanleiding om de rechterlijke toetsing van bestuurlijke geloofwaardigheidsbeoordelingen van asielrelazen opnieuw te doordenken en te kiezen voor een meer indringende intensiteit van de rechterlijke toetsing. De Afdeling stelt – met uitvoerige verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof, onder meer naar de zaak *Samba Diouf* (zie *NTB* 2011/40 en *NTB* 2012/36) – voorop dat art. 46 lid 3 uitgelegd aan de hand van art. 47 Handvest en de rechtspraak van het Hof en het EHRM, niet dwingt tot een bepaalde bestuursrechtelijke toetsingsintensiteit voor asielzaken in het algemeen en zaken over de geloofwaardigheid van asielzaken in het bijzonder. De rechtspraak van het Hof laat immers ruimte voor een nationaal stelsel waarin de intensiteit van de bestuursrechtelijke toetsing afhankelijk is van de vraag of het bestuursorgaan beslissingsruimte heeft wegens de aard en inhoud van de uitgeoefende bevoegdheid (bijv. omdat het politieke, economische of sociale keuzes maakt of ingewikkelde beoordelingen verricht), maar ook van de gevolgen van een besluit. Vervolgens gaat de Afdeling precies na in hoeverre de bestuursrechter de besluitvorming die heeft geleid tot het standpunt dat een asielrelaas ongeloofwaardig is, gelet op de bestuurlijke beslissingsruimte, meer of minder indringend moet toetsen. Dat leidt tot de conclusie dat deze toetsing, als het asielrelaas van een vreemdeling mede op niet met bewijs gestaafde verklaringen en vermoedens steunt, ‘een gemengd karakter’ heeft. Bij de meeste aspecten en bestanddelen van het besluit kan de bestuursrechter (indringend) toetsen of de staatssecretaris ‘zich terecht’ op het door hem ingenomen standpunt heeft gesteld. Dat betreft het standpunt van de staatssecretaris over de voor de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas relevante elementen, als bedoeld in art. 4 lid 1 en 2 Kwalificatierichtlijn, de vraag of de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de door hem aan een vreemdeling tegengeworpen tegenstrijdigheden, vaagheden en bevreesdende verklaringen betrekking hebben op essentiële onderdelen van diens asielrelaas, en het standpunt van de staatssecretaris over de vraag of de verklaringen van een vreemdeling, afgelegd tijdens de

afgenomen gehoren, tegenstrijdig met elkaar zijn. Bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van niet met bewijs gestaafde verklaringen en vermoedens van een vreemdeling heeft de staatssecretaris echter beslissingsruimte en moet de bestuursrechter beoordelen of de staatssecretaris zich ‘niet ten onrechte’ op het standpunt heeft gesteld dat het asielrelaas ongeloofwaardig is, zij het dat de bestuursrechter ook in dat geval de zorgvuldigheid en motivering van de besluitvorming van de staatssecretaris waarbij hij die beslissingsruimte gebruikt, moet toetsen. Deze meer terughoudend toetsing op ‘niet ten onrechte’ wordt door de Afdeling gemotiveerd met de stelling dat de bestuursrechter niet beter dan de staatssecretaris in staat is om deze beoordeling te verrichten, mede omdat hij een beduidend kleinere hoeveelheid zaken ziet dan de staatssecretaris en dan alleen zaken waarin de aanvraag is afgewezen.

De inwerkingtreding van de nieuwe Procedurerichtlijn is voor de Afdeling in haar uitspraak van 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759, ook reden om het strikte rechterlijke *ne bis in idem*-beoordelingskader in asielzaken te verlaten. Dat beoordelingskader hield in dat de bestuursrechter de afwijzing van een tweede of latere asielaanvraag in beginsel alleen toetste als de vreemdeling *nova* had aangevoerd. Was dat niet het geval en bleek niet onmiskenbaar dat hij in zijn land van herkomst gevaar liep, dan verklaarde de bestuursrechter het beroep daarom al ongegrond (zie A.M. Reneman, ‘Ne bis in idem-beginsel dient te worden ingeperkt, Implementatie en toepassing EU-regels over beoordeling en toetsing opvolgende asielaanvragen’, *A&MR* 2015, nr. 9/10, p. 368-381, alsmede haar annotatie onder *ABRvS* 8 september 2015, *AB* 2016/72). In de uitspraak van 22 juni 2016 wordt dit beoordelingskader verlaten, omdat de Procedurerichtlijn ‘een uitdrukkelijke beoordelingssystematiek’ voor tweede en latere asielaanvragen bevat, dat in de Vreemdelingenwet is overgenomen. Volgens de nieuwe systematiek kan de staatssecretaris opvolgende asielaanvragen afwijzen vanwege het ontbreken van *nova*, maar kan hij dat ook doen op inhoudelijke gronden. De bestuursrechter zal dat besluit voortaan als uitgangspunt nemen bij zijn toetsing en zal niet meer uit zichzelf beoordelen of er *nova* zijn of niet. Bij de toetsing van het besluit gaat het vervolgens – aldus de Afdeling – ‘om de afweging van de staatssecretaris tussen het belang van de vreemdeling aan de ene kant, en het met de afwijzing gediende belang van rechtszekerheid aan de andere kant’. Het nieuwe *ne bis in idem* beoordelingskader zal vanwege de rechtseenheid binnen de vreemdelingenrechtspraak ook worden toegepast in andere zaken op grond van de Vreemdelingenwet of besluiten op grond van de Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers. HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3467, *AB* 2016/112, m.nt. Y.E. Schuurmans, *BNB* 2016/65, m.nt. Van Casteren, bevat het vervolg op de zaak *Unitrading*, waarin het Hof van Justitie op 23 oktober 2014 (nr. C-437/13, ECLI:EU:C:2014:2318, *AB* 2016/111, m.nt. Y.E. Schuurmans) uitspraak deed. In lijn hiermee beoordeelt de Hoge Raad de toelaatbaarheid als bewijs van de voor partijen en rechter oncontroleerbare onderzoeksresultaten van een Amerikaans laboratorium niet in het licht van art. 47 Handvest, maar op basis van het nati-



onale bewijsrecht en het Unierechtelijke beginsel van doeltreffendheid. Deze beoordeling leidt tot vernietiging van de bestreden uitspraak van het Hof Amsterdam, omdat het onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het de bevindingen van het Amerikaans laboratorium betrouwbaar heeft geacht. Zie hierover ook, R.J.G.M. Widdershoven, 'Unitrading Revisited. Oncontroleerbaar bewijs tussen eerlijk proces en doeltreffendheid', *NTER* 2016/3, p. 81-89.

Volgens S. Lavrijssen, J. Eijkens en F. Çapkurt, 'Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBB en het recht op effectieve rechtsbescherming', *SEW* 2016/64, afl. 4, p. 142-161, zou het CBB de discretionaire bevoegdheden van de ACM te afstandelijk toetsen. Daardoor komt zowel de effectieve rechtsbescherming van rechtszoekenden, als de legitimiteit van de ACM in het gedrang.

De in *NTB* 2016/5, p. 32-33 gesignaleerde zaak nr. C-71/14 (*East Sussex Country Council*), waarin het Hof oordeelt over de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing in Aarhus-zaken, wordt uitvoerig becommentarieerd door M. Eliantonio & F. Grashof in [2016-1] *REALaw*, p. 35-45. Zie over de verhouding tussen bestuurlijke beslissingsruimte en rechterlijke beoordeling in meer algemene zin, J. Mendes, 'Discretion, care and public interests in the EU administration: Probing the limits of law', *CMLRev.* 2016, p. 419-451.

### 3.3.2 *Ambtshalve toepassing Unierecht*

De in *NTB* 2016/5, p. 33 en *NTB* 2015/30, p. 232, besproken zaak *Faber* (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, wordt uitvoerig besproken door Rott in zijn annotatie in *CMLRev.* 2016/2, p. 509-525. Zie in dezelfde lijn HvJ EU 14 april 2016, nr. C-381/14; C-385/14, ECLI:EU:C:2016:252 (*Sales Sinués*) en HR 12 februari 2016, *AAe* 20160363, m.nt. Van Boom; *JOR* 2016/127, m.nt. Biemans en Van Poelgeest.

Volgens HvJ EU 17 maart 2016, nr. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175 (*Abdelhafid Bensada Benallal*), moet het Unierecht aldus worden uitgelegd, dat wanneer het toepasselijke nationale, i.c. Belgische, recht bepaalt dat een middel inzake schending van dat recht, dat voor het eerst wordt aangevoerd bij de nationale cassatierechter, slechts ontvankelijk is indien het van openbare orde is, een middel inzake schending van het recht te worden gehoord zoals gewaarborgd door het Unierecht dat voor het eerst bij diezelfde rechter wordt aangevoerd, ontvankelijk moet worden verklaard, indien dat recht zoals gewaarborgd door het nationale recht voldoet aan de in dat recht neergelegde voorwaarden voor kwalificatie als een middel van openbare orde. Het is aan de verwijzende (Belgische) rechter om dat na te gaan.

### 3.3.3 *Procedurele waarborgen*

In HvJ EU 30 juni 2016, nr. C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 (*Vasile Toma*), acht het Hof een regeling die publiekrechtelijke rechtspersonen vrijstelt van betaling van gerechtelijke

zegelrechten wanneer zij verzet aantekenen tegen de gedwongen tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing en hen ontslaat van de verplichting een garantie te stellen bij de indiening van het verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging, terwijl de verzoeken van privaatrechtelijke natuurlijke en rechtspersonen in die procedures onderworpen blijven aan gerechtskosten, niet in strijd met het beginsel van "equality of arms", als uitvloeisel van het begrip eerlijk proces van art. 47 Handvest. De vrijstelling van het zegelrecht levert volgens het Hof geen procedureel voordeel op, omdat de betaling van dat recht door publiekrechtelijke rechtspersonen anders toch ten laste zou komen van de nationale begroting, die ook de door rechterlijke instanties verrichte diensten financiert (vestzak-broekzak). De 'vrijstelling' van de garanties biedt evenmin een voordeel, omdat het door die garantie gedekte risico zich bij publiekrechtelijke rechtspersonen geen werkelijkheid kan worden, aangezien zij zich niet kunnen beroepen op een gebrek aan middelen ter rechtvaardiging van de niet-uitvoering van een rechterlijke beslissing.

In HvJ EU 9 juni 2016, nr. C-608/13P, ECLI:EU:C:2016:414 (*CEPSA*), stelt het Hof, onder verwijzing zaak nr. C-105/04P, ECLI:EU:C:2006:592, dat schending van de redelijke termijn door de Commissie in de administratieve procedure die heeft geleid tot oplegging van een mededingingsboete, weliswaar kan dienen ter rechtvaardiging van de nietigverklaring van het boetebesluit wanneer er tevens sprake is van schending van het recht van verdediging van de betrokken onderneming, maar dat die overschrijding niet kan leiden tot een verlaging van de opgelegde boete. In dezelfde zaak is ook de overschrijding van de redelijke termijn door het Gerecht aan de orde. Conform vaste rechtspraak, onder meer zaak nr. C-58/12P (*Group Gascogne*), *AB* 2014/63, moet die overschrijding haar bestraffing vinden in het kader van een beroep tot schadevergoeding dat bij het Gerecht aanhangig moet worden gemaakt. Wel stelt het Hof vast dat het Gerecht in de desbetreffende zaak de redelijke termijn op een 'voldoende gekwalificeerde' wijze heeft geschonden, omdat de procedure vijf jaar en negen maanden heeft geduurd, waarbij ruim vier jaar zijn verstreken tussen het einde van de schriftelijke behandeling en de terechtzitting zonder dat er proceshandelingen zijn verricht. In *CRvB* 19 februari 2016, *JV* 2016/124, m.nt. Minderhoud; *JB* 2016/82, verwijst de Centrale Raad naar de zaak *Group Gascoigne*, om het beoogd van betrokkenen dat de gang naar de instanties van de Europese Unie voor een schadevergoeding niet kan worden aangemerkt als een *effective remedy* als bedoeld in art. 47 Handvest en dat daarom aanleiding bestaat om, in afwijking van de inmiddels vaste rechtspraak, de tijd die gemoeid is geweest met het verkrijgen van een prejudiciële beslissing van het Hof niet buiten beschouwing te laten, af te wijzen. Verder kan in verband met de redelijke termijn (van art. 6 EVRM) niet onvermeld blijven dat de HR 19 februari 2016, *JB* 2016/74, m.nt. Timmermans, in een verzamelarrest al zijn oordelen betreffende de vergoeding van immateriële schade wegens de overschrijding van de redelijke termijn in niet-punitieve belastingzaken op een rij heeft gezet, waaronder ook oordelen over een aantal kwestie die zich met

regelmaat in de praktijk voordoen, maar waarover de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgesproken.

### 3.4 Uitspraak

R. van der Hulle & L. van Heijningen, 'Het wetgevingsbevel vanuit Unierechtelijk perspectief: het debat heropend', *SEW* 2016/3, afl. 1, p. 11-18, betwijfelen of de eerder gesignaleerde zaak *ClientEarth* (zie *NTB* 2015/30, p. 233) ertoe noopt dat de Hoge Raad het verbod om een wetgevingsbevel uit te vaardigen (van het bekende *Waterpakt*-arrest) opzij zet. *ClientEarth* gaat immers niet over wetgeving, maar over een luchtkwaliteitsplan dat als zodanig niet als wetgeving kwalificeert.

### 3.6 Gezag van gewijsde

De in *NTB* 2016/5, p. 34, al gesignaleerde zaak *Társia* (nr. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662), waarin het Hof onder meer oordeelt dat het gelijkwaardigheidsbeginsel niet ertoe noopt dat een nationale civiele rechter een met het Unierecht strijdige definitieve rechterlijke uitspraak moet kunnen herzien, omdat de nationale bestuursrechter die mogelijkheid heeft, is ook gepubliceerd in *AB* 2016/109, m.nt. Ortlep. De in *NTB* 2016/5 ook gesignaleerde zaak *Klausner Holz* (nr. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742), waarin wordt bepaald dat het Unierecht zich verzet tegen een nationaal gezag van gewijsde van een met het Unierecht strijdige rechterlijke uitspraak in andere rechtszaak als in die eerste zaak niet is onderzocht of staatssteun in het geding was, is gepubliceerd in *AB* 2015/14, m.nt. Widdershoven, *JB* 2016/1, m.nt. De Waele, *Gst.* 2016/34, 7535, p. 168, m.nt. Barkhuysen & Al Khatib, en *AAe* 2016/04, p. 286, m.nt. Hartkamp. Zie over deze problematiek verder, J.M. van der Vegt, 'Leidt Kühne & Heitz in de praktijk tot onnodig procederen?', *TFB* 2015/8.

## 4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

### 4.1 Algemeen

Het negatieve advies van het Hof van Justitie over toetreding van de EU tot het EVRM levert nog steeds interessante beschouwingen op. Gewezen kan worden op T.A.J.A. van Damme, 'Advies 2/13 en de constitutionele identiteit van de EU', *SEW* 2015/201, afl. 12, p. 616-627 en F. Korenica & D. Doli, 'A View on CJEU Opinion 2/13's Unclear Stance on and Dislike of Protocol 16 ECHR', *EPL* 2016/2, p. 269-286.

In zijn oratie 'Grondrechten binnen de Europese interne markt: een tragikomisch conflict tussen waarden in 'Domus Europaea', *SEW* 2016/44, afl. 3, p. 99-109, houdt Siebe de Vries het pleidooi dat het Hof bij de verdere ontwikkeling van grondrechten binnen de EU gebruik maakt van 'attributen' als begrijpelijke taal, heldere argumentatie, rechtsvergelijking en verwijzingen naar de rechtspraak van het EHRM. Het laatste thema wordt ook besproken door J. Krommendijk, 'The use of ECtHR case law by the Court of Justice after Lisbon', *MJ* 2015, p. 812-835, en door J. Kokott & C. Sobotta, 'Protection of Fundamental Rights in the European Union: On the Relationship between EU Fundamental

Rights, the European Convention and National Standards of Protection', *Yearbook of European Law* 2015, p. 60-73.

T. van de Brink, M. Luchtman & M. Scholten (eds.), 'Sovereignty in the Shared Legal Order of the EU: Core Values of Regulation of Enforcement', Antwerpen: Intersentia 2015, bevat diverse bijdragen over het begrip soevereiniteit in de internationale rechtsorde. Dit begrip omvat blijkens deze bijdragen gezag, burgerschap en territoire en veronderstelt eenheid tussen deze drie elementen. De focus van het boek ligt op de rol van kernwaarden - zoals democratie, rechtsstaat, rechtvaardigheid, gelijkheid en economische stabiliteit - in het proces om soevereiniteit vorm te geven in de gedeelde rechtsorde van de EU.

D. Chalmers & S. Trotter, 'Fundamental Rights and Legal Wrongs: The Two Sides of the Same EU Coin', *ELJ* 2016/1, p. 9-39, huldigen de opvatting dat de relatie tussen EU-grondrechten en het overige EU-recht alleen kan worden begrepen als die grondrechten een integraal deel vormen van een algemene visie op wat EU-recht in de kern is. Dit leidt volgens de schrijvers tot de interessante paradox dat EU-grondrechten een steeds prominentere rol hebben gekregen in het EU-recht, maar ineffectief lijken om belangrijke problemen, zoals die zijn veroorzaakt door de crisis, aan te pakken.

De horizontale werking van de EU-grondrechten staat centraal in Sonya Walkila, 'Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law', Groningen: Europa Law Publishing 2016.

### 4.3 Evenredigheid

ABRVs 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:89, *AB* 2016/185, m.nt. Rodrigues, *JV* 2016/69, m.nt. De Groot, betreft de betekenis van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel bij de intrekking van het Nederlanderschap. Omdat de persoon in kwestie door de intrekking van zijn Nederlandse nationaliteit ook zijn Unieburgerschap en de daaraan verbonden rechten verliest, heeft de staatssecretaris naar het oordeel van de Afdeling ten onrechte niet beoordeeld of de intrekking in overeenstemming is met dat evenredigheidsbeginsel wat betreft de gevolgen uit oogpunt van het Unierecht. Anders dan de staatssecretaris stelt, volgt volgens de Afdeling uit de uitspraak van het Hof in de zaak *Rottmann* niet dat het Unierecht slechts een rol speelt, als betrokkene de hoedanigheid van Unieburger steeds heeft bezeten en niet ook in zaken als deze, waarin betrokkene voordat hij het Nederlanderschap verkreeg uitsluitend de Turkse nationaliteit heeft bezeten. In casu heeft betrokkene evenwel niet aannemelijk gemaakt dat de gevolgen van het verlies van zijn rechten als Unieburger voor hem en zijn gezin zo groot zijn dat intrekking van zijn Nederlanderschap onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.

### 4.4 Vertrouwen en rechtszekerheid

HvJ EU 10 december 2015, nr. C-427/14, ECLI:EU:C:2015:803 (*Veloserviss SIA*), bevat een samenvatting van de belangrijkste rechtspraak van het Hof over het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel (door het Hof aangemerkt als 'uitvloei' van het rechtszekerheidsbeginsel). Volgens het

Hof beoogt het beginsel in de eerste plaats 'te waarborgen dat rechtssituaties en – betrekkingen voorzienbaar zijn', en dat de rechten en plichten van een belastingplichtige jegens de fiscus 'niet gedurende onbepaalde tijd in het ongewisse' blijven. In de tweede plaats kan een marktdeelnemer bij 'wie een nationale autoriteit gegronde verwachtingen heeft gewekt, zich op het beginsel beroepen', maar geldt dit niet voor 'een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer' die de vaststelling van een nadelige maatregel 'kan voorzien', en kunnen marktdeelnemers bovendien niet 'vertrouwen op de handhaving van een bestaande situatie die de nationale autoriteiten in het kader van hun beoordelingsbevoegdheid kunnen wijzigen'. Ten slotte is het gewettigd vertrouwen slechts vatbaar voor bescherming indien 'de bevoegde autoriteiten "zelf" de grondslag hebben gecreëerd voor dat gewettigd vertrouwen', en geven alleen 'vergissingen, die aan een actieve gedraging van de bevoegde autoriteiten zijn toe te schrijven', recht op die bescherming.

In HvJ EU 9 juni 2016, nr. C-332/14, ECLI:EU:C:2016:417 (*Wolfgang und Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft*), oordeelt het Hof dat de algemene beginselen van Unierecht van rechtszekerheid en bescherming van gewettigd vertrouwen niet in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling die noch uitdrukkelijk verplicht tot een herziening – in de zin van art. 20 van de zesde BTW-richtlijn – van de voorbelasting ten gevolge van de wijziging van de verdeelsleutel voor de BTW die is gebruikt ter berekening van bepaalde soorten aftrek, noch voorziet in een overgangsregeling, ofschoon de verdeling van de voorbelasting die door de belastingplichtige is verricht op basis van de verdeelsleutel die voor deze wijziging van toepassing was, door de hoogste rechter als algemeen redelijk was erkend. Verder zij gewezen op de volgende literatuur: N.H.A. Gorissen, 'Het vertrouwensbeginsel in de belastingrechtspraak van de Hoge Raad', *TFB* 2015/8; J. van Meerbeeck, 'The Principle of Legal Certainty in the Case Law of the European Court of Justice: From Certainty to Trust', *ELRev* 2016/2, p. 275-288.

#### 4.5 Rechten van verdediging en participatie

In HvJ EU 16 juni 2016, nr. C-154/14P, ECLI:EU:C:2016:445 (*SKW Stahl-Metallurgie/SKW Stahl-Metallurgie Holding/Commissie*) oordeelt het Hof dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en inbreuk heeft gemaakt op SKW's recht om te worden gehoord door aan te nemen dat de raadadviseur-auditeur mocht weigeren om een hoorzitting met gesloten deuren te organiseren op de grond dat een dergelijke hoorzitting de rechten van verdediging van derde partij/concurrent Degussa zou hebben geschonden. Met toepassing van de 'Kamino & Datema'-formule inzake de gevolgen van deze schending (zaak nr. C-129-130/13, onder meer al gesignaleerd in *NTB* 2015/5, p. 33) oordeelt het Hof vervolgens dat niet is aangetoond dat de gevoerde procedure zonder de begane onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben en leidt die schending daarom niet tot vernietiging van de uitspraak van het Gerecht.

Ook de rechtspraak van de Hoge Raad bevat diverse arresten als *follow up* van *Kamino & Datema*. In HR 13 no-

vember 2015, ECLI:NL:HR:2015:3270, *AB* 2016/125, is het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel niet van toepassing, omdat de oplegging van een navorderingsaanslag IB aan een in Nederland gevestigde vennootschap, niet valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. In HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:39, *AB* 2016/126 en ECLI:NL:HR:2016:40, leidt de schending van het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel wegens het niet horen in primo tot vernietiging van de bestreden uitspraak, omdat het gerechtshof niet de juiste beoordelingsmaatstaf – dat wil zeggen het 'andere afloop-criterium' van *Kamino & Datema* – heeft toegepast. Deze maatstaf is wel juist toegepast in HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:255, *AB* 2016/127, m.nt. Ortlep. In de in die zaak bestreden uitspraak is de in strijd met het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel opgelegde utb terecht niet vernietigd, omdat het gerechtshof kon oordelen dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat wel volledige inzage in bepaalde documenten tot een andere beslissing in bezwaar had kunnen leiden.

in ABRvS 24 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4063, *JV* 2016/39, moet de Afdeling oordelen over gevolgen van een schending van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. In die zaak had de rechtbank geoordeeld dat de door de staatssecretaris toegepaste vrijheidsontnemende maatregel nodig was en een lichter middel niet kon worden toegepast. Nu dit oordeel in hoger beroep niet is bestreden, moet het, aldus de Afdeling, ervoor worden gehouden dat de vastgestelde schending van het verdedigingsbeginsel de vreemdeling niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft ontnomen zich zodanig te verweren dat de besluitvorming niet anders had kunnen aflopen. De rechtbank heeft daarom ten onrechte geoordeeld dat deze schending tot onrechtmatigheid van de maatregel leidt.

#### 4.8 Fundamentele rechten

In drie op 4 mei 2016 gewezen arresten, nr. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323 (*Polen/Parlement en Raad*), nr. C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38*) en nr. C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325 (*Philip Morris Brands*), bevestigt het Hof de geldigheid van de EU-richtlijn 2014/40 voor tabaksproducten. De verdragsbepalingen inzake de interne markt laten toe dat sigaretten met een kenmerkend aroma in 2020 uit de handel worden gehaald. De etikettering en de verpakking van overige tabaksproducten mag worden gestandaardiseerd. Reclame voor elektronische sigaretten mag worden verboden. Na toepassing van met name de proportionaliteitstoets oordeelt het Hof dat van strijd met art. 11 (vrijheid van meningsuiting), art. 16 (vrijheid van ondernemerschap) en art. 17 (recht op eigendom) Handvest geen sprake is.

Zeven uitspraken van de ABRvS van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1410 -1413 en 1416-1418, bevatten het vervolg van de uitspraak van het Hof in de – in *NTB* 2015/30, afl. 7, p. 235-236, gesignaleerde – zaak *Willems* (nr. C-446-449/12). De aanvankelijk volgens de Paspoortwet verplichte afname van vier vingerafdrukken en de langdurige opslag daarvan in een decentrale databank zijn in strijd

met het recht op privacy van art. 8 EVRM. Niet meer dan twee vingerafdrukken mogen decentraal worden opgeslagen en dan alleen zolang dat nodig is om het paspoort te maken en te verstrekken. Dit is sinds januari 2014 overigens al vastgelegd in de Paspoortwet en was daarvoor al geregeld door de bewaartermijn van vingerafdrukken te verkorten. De gezichtsopname mag naar het oordeel van de Afdeling wel decentraal worden opgeslagen, ook nadat het paspoort is verstrekt. Waar het gaat om de identiteitskaart stelt de Afdeling vast dat, toen de aanvragen in de zaken werden ingediend, de wet bepaalde dat op een Nederlandse identiteitskaart ook een gezichtsopname en vier vingerafdrukken moesten worden opgenomen, omdat toen werd gedacht dat de Europese verordening ook op identiteitskaarten van toepassing was. Uit de zaak *Willems* volgt dat dit niet zo is. Zo bezien was er dus geen reden deze verplichting in de wet op te nemen. De Minister van BZK heeft deze verplichting vervolgens uit de Paspoortwet geschrapt, omdat er ook verder geen goede reden voor was. De Afdeling gaat ervan uit dat dit ook al zo was toen de identiteitskaarten in de onderhavige zaken in 2010 en 2011 werden aangevraagd. De inbreuk op het privéleven die werd gemaakt door de vingerafdrukken te eisen was ook toen dus niet nodig en daarom onrechtmatig. Dit betekent dat voor een identiteitskaart geen vingerafdrukken meer worden afgenomen en alleen de gezichtsopname decentraal mag worden opgeslagen. Dit is sinds januari 2014 ook zo in de Paspoortwet geregeld.

De in *NTB* 2016/5, afl. 1/2, p. 37, al gesignaleerde zaak nr. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems*) – waarin het Hof bepaalde dat de VS geen veilige haven zijn om privacygegevens van de Europese burger aan door te geven, omdat onvoldoende is gemotiveerd dat de VS een passend beschermingsniveau bieden – wordt besproken door O.L. van Daalen, 'Het *Schrems* /Facebook-arrest en de gevolgen voor internationale doorgifte', *NTER* 2016/3, p. 75-80; B. van der Sloot, 'Machtstrijd over persoonsgegevens. De zaak *Schrems v. Data Protection Commissioner* van het Europese Hof van Justitie', *AAE* 2016/04, p. 248-262; E.M.L. Moerel, 'De betekenis van de Safe Harbor uitspraak van het Europese Hof voor datadoorgiftes naar de VS', *NJB* 2016/824, afl. 17, p. 1174-1183.

I.P.V. van Scheleven & P.C. van Schelven, 'Europese gegevensbescherming: van richtlijn naar verordening', *NTER* 2016/3, p. 99-108 bespreken de Algemene Verordening Gegevensbescherming die op 25 mei 2016 in werking is getreden en op 25 mei 2018 van toepassing zal worden en Richtlijn 95/46/EG zal vervangen. Zie hierover ook H.H. de Vries & M. Goudsmit, 'Voorsorteren of de Algemene Verordening Gegevensbescherming', *NJB* 2016/1077, afl. 22, p. 1553-1560.

## 5. Handhaving en schadevergoeding

### 5.1 Handhaving

#### 5.1.1 Instrument

HvJ EU 17 maart 2016, nr. C-145/15 en C-146/15, ECLI:EU:C:2016:187 (*Ruijsenaars, Jansen/Dees-Erf*) geeft

antwoord op de – in *NTB* 2015/30, afl. 7, p. 238, gesignaleerde – prejudiciële vraag van de Afdeling over de uitleg van art. 16 Verordening 261/2004, betreffende compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten. De vraag was of Nederland zou moeten regelen dat Staatssecretaris van IenM, als aangewezen handhavingsinstantie in zin van art. 16 van de verordening, maatregelen kan treffen in elk individueel geval waarin een verzoek om compensatie bij vertraging of annulering van de vlucht niet wordt gehonoreerd. Volgens het Hof is de staatssecretaris niet verplicht om in elke individuele zaak handhavend op te treden tegen de luchtvaartmaatschappij om haar ertoe te bewegen die compensatie te betalen. Daarbij is mede van belang dat doeltreffende rechterlijke bescherming van vliegtuigpassagiers is gewaarborgd, omdat zij hun rechtstreeks werkend compensatierecht kunnen effectueren in de civiele rechtsgang. In ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1732 en 1733, geeft de Afdeling uitvoering aan het arrest. Omdat de staatssecretaris niet bevoegd was om het verzoek van betrokkenen in te willigen, is dat verzoek terecht afgewezen.

Zie over het markttoezicht in constitutioneel perspectief P. van Cleynenbreugel, 'Market Supervision in the European Union, Integrated Administration in Constitutional Context', Leiden: Brill/Nijhoff 2015. Verder zij gewezen op M. Bernatt, 'Administrative Sanctions: Between Efficiency and Procedural Fairness', *REALaw* vol. 9, nr. 1, p. 5-32, die, vanuit Pools perspectief, de uitdagingen bespreekt om een adequaat systeem van administratieve sancties te creëren.

#### 5.1.2 Specifieke waarborgen

HvJ EU 17 december 2015, nr. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832 (*WebMindLicenses*), is een belangrijke uitspraak voor de afstemming tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving. In de zaak oordeelt het Hof dat informatie uit land B die in dat land is verkregen in een parallelle nog niet afgesloten strafrechtelijke procedure door middel van het af luisteren van telefoongesprekken en de inbeslagname van e-mails buiten medeweten van de belastingplichtige, op zich kan worden gebruikt in een fiscale procedure tegen een navorderingsbesluit van BTW, maar dat de fiscale rechter op grond van art. 7 en 47 Handvest moet beoordelen of het af luisteren en de inbeslagname bij wet vastgestelde en in de strafrechtelijke procedure noodzakelijke onderzoeksmiddelen waren, en of het gebruik door de fiscale autoriteiten bij wet was toegestaan en noodzakelijk was. Bovendien moet fiscale rechter beoordelen of persoon in kwestie toegang heeft tot het bewijs en daarover is gehoord. Als dat laatste niet het geval is of als het af luisteren en de inbeslagname, dan wel het gebruik van informatie, in de context van de strafrechtelijke procedure of van de fiscale procedure in strijd was met 7 Handvest, dan kan dat bewijs niet worden meegenomen en moet het fiscaal besluit worden vernietigd. Datzelfde geldt als die rechter niet bevoegd is om de gewenste beoordeling uit te voeren. Aldus moet de fiscale rechter ook de Handvest-conformiteit van het nog niet afgesloten strafrechtelijke onderzoek controleren.

In HvJ EU 21 januari 2016, nr. C-603/13P, ECLI:EU:C:2016:38 (*Galp Energia España/Commissie*), maakt het Hof duidelijk dat het Gerecht onbeperkte rechtsmacht heeft om de door de Commissie opgelegde boete te beoordelen, maar dat dit niet betekent dat het Gerecht bevoegd is om daarbij andere elementen – argumenten en feiten – in aanmerking te nemen dan die waarop de Commissie zijn boetebesluit heeft gebaseerd. In het op dezelfde dag gewezen arrest in zaak nr. C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 (*Eturas*), oordeelt het Hof dat het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van art. 101 VWEU mag worden verondersteld in het geval van de persoonlijke verzending naar diverse ontvangers van een e-mail die beperkingen bevat inzake de handel op een gemeenschappelijk informatiesysteem, maar dat de respectievelijke ontvangers gelet op het vermoeden van onschuld wel de mogelijkheid moeten hebben deze veronderstelling te weerleggen. Zie over de harmonisatie van onschuldpresumptie in het strafrecht, L.A. van Noorloos, 'De Europese richtlijn onschuldpresumptie: bescheiden harmonisatie van een fundamenteel strafrechtelijk beginsel', *NTER* 2016/5, p. 157-169.

HvJ EU 26 mei 2016, nr. C-260/14 en C-261/14, ECLI:EU:C:2016:360 (*Judetul Neamt*), betreft een financiële correctie van een EFRO-subsidie wegens inbreuk op de *nationale* bepalingen voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Volgens het Hof kwalificeert de inbreuk als een 'onregelmatigheid' in de zin van art. 1 lid 2 Verordening 2988/95, voor zover althans de EU-begroting zou kunnen worden benadeeld, en moet de correctie worden opgevat als een 'administratieve maatregel' in de zin van art. 4 Verordening 2988/95 zijn, zodat de waarborgen die de verordening bevat voor 'echte' sancties niet van toepassing zijn. Het Hof geeft verder aan dat het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zich niet ertegen verzetten dat een lidstaat financiële correcties toepast krachtens een nationale normatieve handeling die in werking is getreden nadat een inbreuk heeft plaatsgevonden, mits het gaat om de toepassing van een nieuwe regeling op de toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude regeling zijn ontstaan.

De in deze kroniek, *NTB* 2015/30, nr. 7, p. 236, al gesignaleerde uitspraak van het Hof in *Deutsche Bahn* (nr. C-583/13P, ECLI:EU:C:2015:404), waarin het Hof – onder verwijzing naar de zaak *Delta Pekarny* van het EHRM – oordeelt dat het ontbreken van rechterlijke machtiging voor een mededingingsinspectie is toegestaan als deze wordt gecompenseerd door rechterlijke toetsing van alle aspecten, zowel feitelijk als rechtens, achteraf alsook duidelijk maakte dat Commissie-ambtenaren niet gericht mogen zoeken naar informatie die niet ziet op overtreding zoals omschreven in inspectiebeschikking – heeft geleid tot enkele interessante publicaties. Gewezen kan worden op J.M. Veenbrink, 'De grote boze wolf aan de deur: een verhaal over de Commissie, haar inspectiebevoegdheden en het huisrecht', *SEW* 2016/100, afl. 6, p. 240-250, en B. van Bockel, 'Gone fishing? Grenzen aan de toelaatbaarheid van "toevallig" tijdens een inspectie verkregen bewijs in *Deutsche Bahn*', *NTER* 2016/3, p. 69-74.

CBb 16 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:65, past wederom bestendige rechtspraak van het Hof – zoals de zaken de nr. C-210/10 (*KCH*), ECLI:EU:C:2002:440, en nr. C-489/10 (*Bonda*), ECLI:EU:C:2012:319 – en van het College zelf toe, inhoudende dat de sancties in het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid, zoals de randvoorwaardenkorting in de zaak, 'niet strafrechtelijk van aard' zijn. Daarom levert de combinatie van die korting met een bestuurlijke boete geen verboden dubbele bestraffing op. In vergelijkbare zin oordeelt de Afdeling in een uitspraak van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1385, dat een subsidiekorting op grond van de Subsidieregeling natuur- en landschapsbeheer Groningen geen strafrechtelijk karakter heeft en dat de bewijsvoering daarom niet hoeft te voldoen aan de hogere eisen die voor de oplegging van straffen gelden. Zie voor een vergelijking van de rechtspraak van het Hof en het EHRM over de mogelijk strafrechtelijke aard van financiële sancties, L.F.M. Ansems & C.R.R. Loeve, 'Targeted Financial Sanctions: Criminal in Nature? An Analysis of the Case Law of the ECtHR and the CJEU on the Nature of Targeted Financial Sanctions', *EuCLR* Vol. 6 1/2016, p. 60-81.

## 5.2 Aansprakelijkheid

Het vraagstuk van de staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak staat ook in België op de agenda. Dat blijkt uit het opmerkelijke arrest van het Grondwettelijke Hof van België van 30 juni 2014, gepubliceerd in *AB* 2016/157, met een wetenschappelijke noot van Ortlep. In het arrest stelt het Hof dat de Belgische Staat op grond van het constitutionele gelijkheidsbeginsel van art. 10 en 11 Grondwet ook *buiten de toepassingssfeer van het Unierecht* aansprakelijk is voor een voldoende gekwalificeerde schending van de toepasselijke (nationale) rechtsregels door de rechter. Aldus past het Grondwettelijk Hof het door het Hof van Justitie voorgeschreven *Köbler*-criterium voor staatsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van een schending van Unierecht door een hoogste nationale rechter 'vrijwillig' toe in een louter nationale zaak. Zie over de zaak, A. Carton en S. Lierman, 'De toekomst van de Anca-rechtspraak na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014', *RW* 2016, p. 763-782, en R. Ortlep, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van de rechter', *NJB* 2016/21, p. 1491-1494.

In een vonnis van 13 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:386, wijst de Rechtbank Den Haag de analoge toepassing van de *Köbler*-criteria in een louter nationale zaak, waarin het Veterinair Tuchtcollege het recht zou hebben geschonden, van de hand. Wel worden deze criteria (uiteraard) toegepast in zaken waarin een hoogste rechter het Unierecht geschonden zou hebben. Zie voor een voorbeeld, Rechtbank Den Haag 3 juni 2015 (*KLM-Verkeersvliegers*), ECLI:NL:RBDHA:2015:6222, *AB* 2016/30, inmiddels ook gepubliceerd in *O&A* 2016/3, afl. 1, p. 15, met commentaar R. Meijer.

In HvJ EU 17 december 2015, nr. C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (*Arjona Camacho*), bepaalt het Hof dat art. 18 Richtlijn 2006/54, betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrou-

wen in arbeid en beroep, zo moet worden uitgelegd dat dit artikel, ter borging van reële en effectieve compensatie of reparatie van de schade als gevolg van discriminatie op grond van geslacht, op een wijze die afschrikkend en evenredig is, verlangt dat lidstaten die kiezen voor reparatie in financiële vorm, in hun interne rechtsorde erin voorzien dat de schadelijgende persoon een schadevergoeding ontvangt waarmee de geleden schade volledig wordt gecompenseerd. Zij hoeven echter niet te voorzien in de toekenning van punitieve schadevergoeding. Het Unierecht staat er overigens ook niet aan in de weg dat een lidstaat die mogelijkheid biedt.