

Europees staats- en bestuursrecht

NTB 2016/5

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 (sub)paragrafen hebben zich onvoldoende ontwikkelingen voorgedaan en deze komen derhalve in onderstaande kroniek niet aan de orde.*

Deze kroniek beslaat de periode van 1 augustus tot en met 31 december 2015

1. Constitutionele aspecten

1.1 Europese institutionele ontwikkelingen

Europa gaat van crisis naar crisis. De kranten staan vol over de vluchtelingen crisis en de gevolgen ervan voor Europa (ruzie tussen Oost en West, het feitelijk einde van Schengen et cetera). In de juridische literatuur gaat het nog over de vorige crisis, de Eurocrisis. In 'Euro Crisis Responses and the EU Legal order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation', *European Constitutional Law Review* 2015, p. 434-457, bespreekt Bruno de Witte de Europese maatregelen tegen de Eurocrisis vanuit constitutioneel perspectief.

In HvJ EU 16 juni 2015, nr. C-62/14 (Gauweiler e.a.), stelt het Hof in antwoord op een door het Duitse Bundesverfassungsgericht verwezen prejudiciële geldigheidsvraag, dat een van die maatregelen – het door de ECB en het Europese Stelsel van Centrale Banken (ESCB) bij persbericht afgekondigde programma voor de aankoop van staatsobligaties op de secundaire markten of, in het crisisjargon, het *Outright Monetary Transactions* (OMT) programma – niet in strijd is met diverse bepalingen van het VWEU. Opmerkelijk is dat het Hof de prejudiciële vraag ontvankelijk acht, terwijl aan het in het persbericht aangekondigde programma nog geen uitvoering is gegeven en dit slechts mogelijk is na vaststelling van verdere rechtshandelingen. De reden hiervoor is dat naar Duits recht in de constitutionele procedure onder deze omstandigheden al de mogelijkheid van preventieve rechtsbescherming bestaat en de prejudiciële vragen objectief noodzakelijk zijn voor het verlenen hiervan.

Zie over constitutionele aspecten van de Europese rechtsorde, W. van Rossum, *Soeveraniteit en pluralisme. Een conceptuele zoektocht naar de constitutionele grondslagen van de Europese rechtsorde*, diss. RUG 2015; M. de Visser, *Constitutional Review in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2015; M. de Visser, 'Juggling centralized constitutional review and EU primacy in the domestic enforcement of the Charter: A. v. B.', *CMLRev.* 2015, p. 1309-1337; I. Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe', *European Constitutional Law Review* 2015, p. 541-562; en D. Kochenov & I. Pech, 'Monitoring and Enforcement of the

¹ 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 Rechtbank Gelderland.

Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality', *Constitutional Law Review* 2015, p. 512-540.

Speciale vermelding verdient verder *Kamiel Mortelmans: amicus curiae et academiae*, een SEW-special, afl. 11, gewijd aan het werk en denken van Kamiel Mortelmans op het gebied van Europees en economisch recht. De diverse bijdragen aan de special worden vermeld onder het thema, waarop ze betrekking hebben.

1.2 Het wetgevingsproces

1.2.1 Europese wetgeving en subsidiariteit

In HvJ EU 10 september 2015, nr. C-363/14 (*EP/Raad van de EU*), oordeelt het Hof dat het op art. 26 Europol-besluit gebaseerde besluit van de Raad, waarbij Europol in staat wordt gesteld om samenwerkingsverbanden aan te gaan met Brazilië, Georgië, Mexico en de VEA, wat onder meer betekent dat persoonsgegevens kunnen worden uitgewisseld, geen wezenlijk onderdeel vormt van het bij het Europol-besluit geregelde onderwerp, ook al heeft het consequenties voor de grondrechten van burger. Daarom kan het besluit door middel van een uitvoeringshandeling, waarbij het EP slechts adviesrecht heeft, worden doorgevoerd en hoeft het niet bij wetgevingshandeling, waarbij het EP medebeslissingsrecht heeft, te worden vastgesteld.

Zie over de (on)mogelijkheden van gedelegeerde Unieregelgeving (art. 290 VWEU) en de verhouding tot uitvoeringshandelingen (art. 291 VWEU), D. Kollmeyer, *Delegierte Rechtssetzung in de EU. Einde Analyse der Art. 290 und 291 AEUV*, Baden-Baden: Nomos 2015; en A. Eschbach, *Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte im Europa recht*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2015. Vergelijk over de subsidiariteitstoetsing door de nationale parlementen, D. Jancic, 'The Game of Cards: National parliaments in the EU and the future of the early warning mechanism and the political dialogue', *CMLRev.*2015, p. 939-975.

L.A.J. Senden, 'Schaduwgebieden van Europese regulering', *Regelmaat* 2015, p. 338-353, bespreekt diverse rechtsinstrumenten en delegatievormen die niet zijn voorzien in de normenhierarchie van het Verdrag van Lissabon. Hierbij stelt zij de vraag hoe deze passen in het algehele unierechtelijke systeem en welke consequenties zij hebben voor de lidstaten en nationale autoriteiten. Zij bespreekt in dit kader ook de 'zachte' Europese regelgeving van de Europese Commissie (aanbevelingen, richtsnoeren en circulaires) en de status van de regelgeving afkomstig van instanties zoals bijvoorbeeld agentschappen. Voorts gaat zij in op de wijze waarop deze regelgeving doorwerkt in de rechtsorde van de lidstaten.

1.2.2 Implementatievragen

In *Kamiel Mortelmans: amicus curiae et academiae*, schetst H.G. Sevenster, 'De rol van het Unierecht bij de wetgevingsadvisering door de Raad van State', *SEW* 2015/192, p. 576-580, de Unierechtelijke advisering door de Afdeling wetgeving van de Raad. Uit de summierende gegevens die Sevenster vermeldt, blijkt het advies van de Afdeling over de EU-rechtconformiteit van nationale wetgeving vaak in lijn te zijn met

latere rechtspraak van het Hof. Soms is het Afdelingadvies strenger.

1.3 Toezicht en samenwerking

Josine Polak, *What works to make EU Law work? An analysis of the usefulness of national, transnational, and supranational compliance instruments*, diss. UM 2015, analyseert de effectiviteit van drie Europese nalevingsinstrumenten – inspecties door EU-agentschappen, het instrument van *naming & shaming* en infractieprocedures – in Nederland, Polen en Portugal. Deze blijkt mede af te hangen van (rechts)culturele aspecten.

1.4 Nationale bestuursorganisatie

HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650, waarin het Hof oordeelt dat de Verenigde Staten geen veilige haven voor de persoonsgegevens van Europese burgers is (zie voor dit aspect punt 4.8. Fundamentele rechten), is ook interessant vanwege de procesbevoegdheden die nationale toezichthoudende autoriteiten betreffende de bescherming van persoonsgegevens – in Nederland het College Bescherming Persoonsgegevens – moeten hebben in verband met een beschikking van de Commissie waarin een land wordt aangemerkt als veilige haven waaraan persoonsgegevens van Europese burger kunnen worden doorgegeven. Als een autoriteit van oordeel is dat de grieven van een burger dat zijn rechten en vrijheden door de doorgifte van zijn gegevens onvoldoende worden beschermd gegrond zijn – en dat de beschikking derhalve ongeldig is – moet de autoriteit volgens het Hof op grond van art. 28 lid 3 Richtlijn 95/46 juncto art. 8 lid 3 Handvest van de grondrechten van de EU (hierna Handvest), in rechte kunnen optreden en moet de nationale wetgever daartoe voorzien in beroepsgangen 'waarmee de bedoelde autoriteit de grieven die zij gegrond acht aan de nationale rechter kan voorleggen, zodat die laatste, wanneer hij de twijfel ten aanzien van de geldigheid van de beschikking van de Commissie deelt, de vraag naar de geldigheid van die beschikking prejudicieel kan verwijzen' en ter zake ook een voorlopige voorziening kan treffen.

HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727 (Essent), bevat het eindoordeel in de langlopende procedure over de EU-rechtconformiteit van de Wet onafhankelijk netbeheer (Won, Splitsingswet) van Paars II en het daarin opgenomen privatiseringsverbod betreffende het eigendom van het energienet en de aandelen van het netwerkbedrijf. Zoals eerder gesignaleerd in *NTB* 2014/17, afl. 5, p. 135, oordeelde het Hof in zijn uitspraak van 22 oktober 2013, nr. C-105-107/12 (Essent e.a.), dat het verbod moet worden getoetst aan art. 63 VWEU, het vrij verkeer van kapitaal. Volgens de Hoge Raad is het privatiseringsverbod niet in strijd met het vrije kapitaalverkeer, omdat het wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, onder meer het voorkomen van kruissubsidiëring en het garanderen van leveringszekerheid, en het verbod geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van deze doelstellingen.

In 'Vrij verkeer en mededinging: openbaar gezag', *NTB* 2015/28, afl. 7, p. 212-220, bespreekt Elies Steyger de invul-

ling van het begrip ‘openbaar gezag’ door het Hof in zijn rechtspraak betreffende het vrij verkeer en mededinging en vergelijkt deze met de betekenis van dat begrip in het Nederlands recht, onder meer in het kader van het begrip bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, lid 1, onder b, Awb. Zij waarschuwt voor de mogelijkheid dat een orgaan, dat op grond van de Nederlandse invulling van openbaar gezag een bestuursorgaan is, EU-rechtelijk de status van onderneming heeft.

Zie verder voor de invloed van het EU-recht op de Nederlandse bestuursorganisatie, R.J.G.M. Widdershoven, ‘Acting apart together. Loyale samenwerking tussen bestuurlijke instanties en de positie van de burger’, *SEW* 2015/189, p. 560, P.J. Slot, ‘Europeanisering van het mededingingsrecht en het toezicht door nationale autoriteiten’, *SEW* 2015/190, p. 565; J.L.W. Broeksteeg, ‘De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht’, *Regelmaat* 2015, p. 170-181; en S. Lavrijssen, ‘Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief’, *Regelmaat* 2015, p. 182-200.

2. Doorwerking van Unierecht

2.2 Doorwerking van Uniehandelingen

2.2.1 *Primair Unierecht*

De in de vorige kroniek (*NTB* 2015/30, afl. 7, p. 226) al gesignaleerde uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 24 juni 2015, in de zaak *Urgenda*, waarin de rechter (deels) op basis van EU-rechtconforme uitleg van de zorgplicht van art. 6:162 BW, de Staat beveelt om de jaarlijkse emissies van broeikasgassen in het jaar 2020 met ten minste 25% te beperken vergeleken met het niveau van het jaar 1990, is inmiddels gepubliceerd in *AB* 2015/336, m.nt. Backes en in *O&A* 2015/58, afl. 3, p. 113, m.nt. Öztürk & Van der Veen. Zie overwegend kritisch over de uitspraak, R.J.B. Schutgens, ‘Urgenda en de trias’, *NJB* 2015/1675, L. Bergkamp, ‘Het Haagse klimaatvonnis’, *NJB* 2015/1674, en S.M.N. Fikkers, ‘Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generaties’, *NJB* 2015/1677, en tamelijk positief, M.A. Loth & R.A.J. van Gestel, ‘Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0’, *NJB* 2015/1849, afl. 37, p. 2598-2605.

ABRvS 6 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2621, biedt opnieuw een voorbeeld van een Kraaijeveld-toetsing aan art. 3 van het IVRK en art. 24 Handvest. Zie eerder *NTB* 2015/5, afl. 1, p. 23. De Afdeling oordeelt dat, hoewel beide bepalingen zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter niet direct kunnen worden toegepast, de bestuursrechter wel terughoudend moet toetsen of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en aldus bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binnen de grenzen van het recht is gebleven. Ook in ABRvS 4 november 2015, nr. 201501899/1/V6, verricht de Afdeling een Kraaijeveld-toetsing, ditmaal aan punt 5 van Bijlage VI bij art. 23 Toetredingsakte: overgangsmaatregelen Bulgarije, op grond waarvan, kort gezegd, een lidstaat de regulering van de toegang van Bulgaarse onderda-

nen tot zijn arbeidsmarkt mag verlengen tot (in het totaal) 7 jaar in geval van (dreiging van) ernstige verstoringen van zijn arbeidsmarkt. Omdat Nederland in redelijkheid heeft kunnen stellen dat voortzetting van de tewerkstellingsvergunningplicht voor Bulgaarse vreemdelingen gelet op de oplopende werkloosheid noodzakelijk was om ernstige verstoring van de arbeidsmarkt te voorkomen, is het land binnen de grenzen van de in punt 5 van Bijlage VI neergelegde beoordelingsruimte gebleven, en is de vergunningplicht terecht verlengd. Mede daarom laat de Afdeling de door de Minister van SZW aan verschillende bouwbedrijven opgelegde boetes vanwege het laten verrichten van werkzaamheden door Bulgaarse onderdanen zonder werkvergunning, in stand.

2.2.2 *Verordening*

ABRvS 16 december 2015 (SOMVAO), nr. 201111560/2/A2, bevat het nationale vervolg op de in de vorige kroniek (*NTB* 2015/30, afl. 7, p. 227) gesignaleerde uitspraak van het Hof in de zaak *SOMVAO*, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2014:2462. Volgens de Afdeling brengt de uitspraak van het Hof met zich dat de staatssecretaris op grond van art. 53 ter, lid 2, aanhef en onder c, van Verordening 1605/2002, is gehouden om in verband met de geconstateerde onregelmatigheid over te gaan tot correctie van de aan SOMVAO verleende subsidie, en is deze bevoegd om met toepassing van een verordeningconforme uitleg van art. 4:49 Awb de reeds vastgestelde subsidie te herzien en de reeds betaalde bedragen terug te vorderen. De grondslag hiervoor is gelegen in de vermelde bepaling van Verordening 1605/2002.

In vergelijkbare zin stelt het CBB in een uitspraak van 30 december 2014, *AB* 2015/393, m.nt. Van den Brink, dat de bevoegdheden tot vaststelling van subsidiabele en niet-subsidiabele bedragen, tot terugvordering van onverschuldigd betaalde steun (inclusief rente) en tot oplegging van boete hun rechtsgrondslag vinden in Verordening 543/2011. Daarom is bevoegdheidsattributie door het nationale recht niet vereist. Het beroep op het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel wordt deels gehonoreerd.

2.2.3 *Richtlijnen*

HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-508/14 (Český telekomunikační úřad), ECLI:EU:C:2015:657, *AB* 2015/436, m.nt. Verhoeven & Ortlep, bevestigt het oordeel van het Hof in de zaak *Wells*, dat het verbod van omgekeerde verticale werking van richtlijnen er wel aan in de weg staat dat een particulier zich ten aanzien van een lidstaat op een richtlijn beroept, ‘wanneer het gaat om een verplichting van de staat die rechtstreeks verbonden is met de uitvoering van een andere, krachtens deze richtlijn op een derde rustende verplichting’, maar dat ‘louter negatieve gevolgen voor de rechten van derden [...] geen rechtvaardiging [zijn] om een particulier het recht te ontzeggen zich ten aanzien van de betrokken lidstaat te beroepen op de bepalingen van de richtlijn’. Volgens Verhoeven & Ortlep blijkt uit deze uitspraak opnieuw dat de *Boxtel*-rechtspraak van de Afdeling op gespannen voet staat met de rechtspraak van het Hof. Volgens die laatste rechtspraak is het voor de vraag of het bestuur een rechtstreeks

werkende richtlijnbevestiging ten nadele van een burger kan toepassen niet bevestigend of een andere burger daadwerkelijk beroep heeft gedaan op de bevestiging (zoals de Afdeling stelt in *Boxtel*), maar of de richtlijnverplichting van de staat al dan niet rechtstreeks is verbonden met de uitvoering van een andere krachtens de richtlijn op een burger rustende verplichting. Is dat niet het geval, omdat de richtlijn uitsluitend verplichtingen voor de staat bevat, dan staan 'louter negatieve gevolgen voor de rechten' van een burger niet in de weg aan de bestuurlijke toepassing van die richtlijn. Zie overigens de in de vorige kroniek (*NTB* 2015/30, afl. 7, p. 227) gesignaleerde uitspraak van de ABRvS van 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2120, waaruit wellicht kan worden afgeleid dat de Afdeling is teruggekomen op *Boxtel*.

In HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14 en C-109/14 (*Larentia + Minerva*), oordeelt het Hof dat art. 4 lid 4 Zesde Richtlijn geen rechtstreekse werking heeft, omdat de daarin neergelegde voorwaarde voor de vorming van een btw-groep dient te worden gepreciseerd op nationaal niveau en de bevestiging daarmee niet voldoet aan de eis van onvoorwaardelijkheid. In HvJ EU 3 september 2014 (*GMAC UK*), ECLI:EU:C:2014:2131, AB 2015/287, m.nt. Verhoeven, overweegt het Hof dat de rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen niet afhangt van de bedoelingen die de wetgever met de toepasselijke nationale wetgeving heeft gehad, ook al leidt die rechtstreekse werking in combinatie met het nationale recht tot onbedoelde positieve effecten.

C.N.K. Franklin, 'Limits to the limits of the principle of consistent interpretation? Commentary on the Court's decision in *Spedition Welter*', *European Law Review* 2015, p. 910-924, gaat in op de gevolgen van de zaak *Spedition Welter* – waarin het Hof volgens de auteur een richtlijnconforme uitleg van het nationale recht vereist, ongeacht of dit al dan niet mogelijk is in de nationale rechtsorde – voor de ontwikkeling van het beginsel van conforme uitleg. Franklin kan het arrest in het licht van de vaste jurisprudentie van het Hof over conforme uitleg moeilijk verklaren: de redenering van het Hof kan op verschillende manieren begrepen worden, maar elk van die manieren is problematisch en leidt per definitie tot een uitzondering op het verbod van richtlijnconforme uitleg *contra legem*. De zaak laat volgens de auteur zien dat er de laatste jaren sprake is van groeiende spanningen tussen het Luxemburgse Hof en de nationale rechters in de lidstaten.

S. Haket bespreekt in 'Coherence in the Application of the Duty of Consistent Interpretation in EU Law', *REALaw* 2015/2, p. 215-246, de vraag in hoeverre het instrument van de richtlijnconforme uitleg op coherente wijze wordt toegepast door de Britse Supreme Court (en zijn voorganger, the House of Lords) en de Nederlandse Hoge Raad en de Afdeling. Zijn hypothese is dat de verplichting tot richtlijnconforme uitleg op een vergelijkbare manier kan worden toegepast, ongeacht de verdere inrichting van de rechtsorde van de lidstaten. Het artikel bevat een uitgebreide bespreking van jurisprudentie en leidt tot de conclusie dat de hypothese in grote lijnen lijkt te kloppen. Vergelijk verder over de ontwikkelingen van het beginsel van richtlijnconforme uitleg M. Brenncke, 'Europäisierung der Methodik richtlinienkonformer Rechtsfindung', *EuR* 2015, p. 440-46.

In CBB 17 juni 2015, AB 2015/297, m.nt. Ortlep, oordeelt het College dat de betreffende bevestigingen van de Derde Elektriciteitsrichtlijn geen rechtstreekse werking hebben, en dat met een richtlijnconforme interpretatie 'de duidelijke tekst van een wetsartikel niet ter zijde' kan worden geschoven vanwege het verbod van conforme uitleg *contra legem* het nationale recht.

2.2.5 Andere handelingen

In ABRvS 17 september 2014, AB 2015/396, m.nt. Van de Brink & Van Oevelen, wordt in een geschil tussen de provincie Limburg en de Minister van EZ met betrekking tot de lagere vaststelling van de Rijkscofinanciering (onder meer) ingegaan op de juridische status van de Richtsnoeren voor de financiële afsluiting van operationele interventies. De Afdeling neemt de richtsnoeren van de Europese Commissie als uitgangspunt bij beoordeling van de subsidiabiliteit van door de provincie gedeclareerde bedragen.

2.3 Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten

In HvJ EU 1 oktober 2015, nr. C-340-341/14 (*Trijber & Harmsen*), ECLI:EU:C:2015:641, AB 2015/437, m.nt. Drahmman, doet het Hof uitspraak met betrekking tot de in deze kroniek al vaker (onder meer in *NTB* 2015/30, afl. 7, p. 228) gesignaleerde prejudiciële verwijzingen van de Afdeling over de betekenis van Richtlijn 2006/123/EG. Nogal teleurstellend is dat het Hof de vraag van de Afdeling over de toepasselijkheid van de richtlijn in zuiver interne verhoudingen ontwijkt door te stellen dat het in beide zaken geen zuiver interne situatie betreft. In de zaak *Trijber* niet, omdat de door hem aangeboden rondvaartbotendienst ook wordt gebruikt door burgers van andere lidstaten en de betrokken regeling een belemmering kan vormen voor de toegang tot de markt voor alle dienstverrichters die zich in Nederland willen vestigen. In de zaak *Harmsen* niet, omdat de door hem aangeboden diensten worden afgenomen door inwoners (prostituees) van andere lidstaten. Dat lijkt geen erg principiële benadering. Nadat deze horde is genomen oordeelt het Hof in de zaak *Trijber* dat art. 11 lid 1, onder b, Richtlijn 2006/123/EG eraan in de weg staat dat de bevestigde nationale instantie vergunningen voor onbepaalde tijd verleent voor de uitoefening van de rondvaardiensdienst, nu het aantal hiervoor te verlenen vergunningen is beperkt om dwingende redenen van algemeen belang. In de zaak *Harmsen* is het Hof van oordeel, dat art. 10 lid 1, onder c, van Richtlijn 2006/123/EG er niet aan in de weg staat dat aan de exploitatievergunning voor een raamprostitutiebedrijf de voorwaarde wordt verbonden dat de verstrekker van de dienst zich verstaanbaar kan maken in een voor de afnemer van de dienst (prostituees) begrijpelijke taal, omdat deze voorwaarde geschikt en noodzakelijk is om het ermee nagestreefde doel van algemeen belang, het voorkomen dat aan prostitutie gelieerde strafbare feiten worden gepleegd, te waarborgen.

In HvJ EU 16 juni 2015, nr. C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399, AB 2015/263, m.nt. Botman, bepaalt het Hof dat nationale eisen die vallen onder de zwarte lijst met verboden eisen

van art. 14 Richtlijn 2006/123/EG, niet meer kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op het primaire EU-recht. De ratio achter dit oordeel is dat de striktere regeling van de richtlijn bijdraagt aan de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging.

M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland: de gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief*, Den Haag: Bju 2015, bevat een diepgaande analyse van de juridische verplichtingen die voortvloeien uit Richtlijn 2006/123/EG. Het boek geeft antwoord op de vraag welke grenzen de richtlijn stelt aan de nationale regelgevende bevoegdheden en hoe de richtlijn door de nationale instanties kan worden uitgelegd en toegepast. Ten slotte is nauwgezet in kaart gebracht op welke wijze de richtlijn in Nederland ten uitvoer wordt gelegd en welke consequenties de richtlijn heeft voor het Nederlandse recht, in het bijzonder het nationale bestuursrecht.

3. Rechtsbescherming

3.1 Stelsel van rechtsbescherming

3.1.1 Algemeen

HvJ EU 10 september 2015, nr. C-417/14 RX-II (Missir Mamachi di Lusignano), biedt een voorbeeld van een uitspraak, waarin het Hof een uitspraak van het Gerecht van de EU, als appelrechter tegen een uitspraak van het Gerecht voor Ambtenarenzaken, heroverweegt, omdat die uitspraak de eenheid van het EU-recht aantast. Volgens het Hof heeft het EU-Gerecht ten onrechte geoordeeld dat het Gerecht voor Ambtenarenzaken niet bevoegd was om te oordelen de schadevordering van de ambtenaar en is de uitspraak van het Gerecht voor Ambtenarenzaken ten onrechte vernietigd.

In de kroniekperiode verschenen weer veel interessante bijdragen over het Europese stelsel van rechtsbescherming en de invloed die het EU-recht op het nationale (proces)recht heeft. In het bijzonder kan worden gewezen op E. Schmidt-Assmann, *Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsschutzes Herausforderungen angesichts vernetzter Verwaltungen und Rechtsordnungen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015; F. Grashof, *National Procedural Autonomy Revisited*, Groningen: Europa Law Publishing 2015; F. Grashof, 'The Different Roads to Judicial Coherence in Public Environmental Law', *REALaw* 2015/2, p. 247-267; R.J.G.M. Widdershoven, 'Europese grondslagen van het bestuursprocesrecht', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht (De Waard-bundel)*, Den Haag: Bju 2015, p. 121-143; C. Latzel, 'Schutz vor rückwirkendem Recht kraft Unionsrechts', *EuR* 2015, p. 415-439; M. Ruffert, 'Verwaltungsrecht im Europäischen Verwaltungsverbund', *Die Verwaltung* 2015, p. 547-572; U. Everling, 'The Member States of the European Community before their Court of Justice', *ELRev* 2015, p. 645-666; F. Brito Bastos, 'The Borelli Doctrine Revisited: Three Issues of Coherence in a Landmark Ruling for EU Administrative Justice', *REALaw* 2015/2, p. 269-298; C.M. Colombo, 'Lufthansa and the Coherent Application of State Aid Law: What is the Role of National Judges in Concurrent

Proceedings?', *REALaw* 2015/2, p. 319-345; A. Metselaar, 'Leaving Coherence Instruments Unapplied. The Case of Advice from the European Commission in State Aid Procedures Before Dutch Courts', *REALaw* 2015/2, p. 299-317; en A.H.G. van Herwijnen, 'De Europese Commissie en de nationale rechter in staatssteunzaken: welke mate van inhoudelijke toetsing?', *NTER* 2015/7, p. 225-231.

Zie verder in *Kamiel Mortelmans: amicus curiae et academiae*, *SEW* 2015, afl. 11, H.G. Lubberdink en J.E.M. Polak, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en het Unierecht in het tijdperk Mortelmans', *SEW* 2015/186, p. 542-547; R.J.M. van den Tweel, 'Staatssteun en de rol van de nationale rechter, tien jaar verder', *SEW* 2015/188, p. 553-558; J. Steenberg, 'De Zwartveld-beschikking en samenwerking met nationale rechters', *SEW* 2015/191; en A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Zaak Ridderstee. Afdeling bestuursrechtspraak toetst aan staatssteuncriteria, maar doet niet zelf af', *SEW* 2015/197, p. 603-607.

Zie ten slotte over de gespannen verhoudingen tussen wederzijds vertrouwen en rechtsbescherming, Dominik Düsterhaus, 'Judicial Coherence in the Area of Freedom, Security and Justice – Squaring Mutual Trust with Effective Judicial Protection', *REALaw* 2015/2, p. 151-181; en Hemme Battjes & Evelien Brouwer, 'The Dublin Regulation and Mutual trust: Judicial Coherence in EU Asylum Law?', *REALaw* 2015/2, p. 183-214.

3.1.2 Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking

Ook over dit onderdeel is in de kroniekperiode veel literatuur verschenen. Genoemd kunnen worden P.J. Wattel, 'Prejudiciële samenwerking en dialoog', *NJB* 2015/2056, afl. 41, p. 2861; S. Prechal, 'Interne situaties en prejudiciële vragen', *SEW* 2015/178, p. 494-496; C.M. Wissels, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en de prejudiciële procedure: verantwoordelijkheid en regie', *SEW* 2015/187, p. 548-552; J. Langer, *De prejudiciële procedure: oude problemen of nieuwe uitdagingen?* (oratie Groningen) 2015; M. de Werd, 'Dynamics at play in the EU Preliminary Ruling Procedure', *MJEC* 22/2015, p. 149-157; M. Broberg, 'Judicial Coherence and the Preliminary Reference Procedure', *REALaw* 2015/2, p. 9-37; R. Grimbergen, 'How Boundaries Have Shifted. On Jurisdiction and Admissibility in the Preliminary Ruling Procedure', *REALaw* 2015/2, p. 39-70; R. García Antón, 'The Preliminary Reference Procedure in the Field of Direct Taxation under the Constructive Cooperation: Challenging l'Horizontalité', *REALaw* 2015/2, p. 71-94; H. Rasmussen 'The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T.', *ELRev* 2015, p. 475-489; C.W.A. Timmermans, 'De Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EU als partners in de prejudiciële procedure', *TCR* 2015, p. 114-118; M.A. Loth, 'De hoogste nationale rechter en de Europese hoven', *TCR* 2015, p. 124-129; J. Silvis, 'Het EVRM, Unierecht en de nationale rechter', *TCR* 2015, p. 119-123; en H.P.A.M. van Arendonk, 'De Hoge Raad als EU-rechter', *MBB* 2015, p.185-193. Een algemene lijn in veel van deze literatuur is het benadrukken van het belang van de dialoog (en de verbetering daarvan) tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie. Daarbij wordt ook aandacht

gevraagd voor het belang van de formulering van de prejudiciële vraag en de motivering die daaraan ten grondslag ligt.

Over de prejudiciële procedure is in deze kroniekperiode ook interessante rechtspraak verschenen. In antwoord op de – in *NTB* 2014/17, afl. 5, p. 139 al gesignaleerde – prejudiciële vraag in HR 28 maart 2014, *BNB* 2014/127, m.nt. Kavelaars; *AB* 2015/407, m.nt. Ortlep, bepaalt het Hof in zijn uitspraak van 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, dat een nationale rechterlijke instantie waarvan de uitspraken volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, zoals de Hoge Raad, 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 zijn annotatie onder dat arrest merkt Ortlep op dat het op zichzelf niet een vreemde gedachte is dat een verschil in inzicht over dezelfde EU-kwestie tussen de (hoogste) nationale rechter en een buitenlandse overheid, een lagere nationale rechter van dezelfde lidstaat, of een rechterlijke instantie van een andere lidstaat, een belangrijke aanwijzing is dat er geen sprake is van een *acte clair*. Het is evenwel voor al die situaties – zonder bijkomende bijzondere omstandigheden – niet meer dan dat, een belangrijke aanwijzing. In HvJ EU 9 september 2015, C-160/14; ECLI:EU:C:2015:565 (Ferreira da Silva e Brito), *AB* 2016/1, m.nt. Ortlep; *JB* 2015/168, m.nt. Beijer & Krommendijk, blijkt aan welke bijkomende bijzondere omstandigheden dienaangaande gedacht kan worden. In de onderliggende zaak vraagt de verwijzende rechter (*Varas Cíveis de Lisboa*) aan het Hof of het *Supremo Tribunal de Justiça*, gelet op de rechtspraak van het Hof over het begrip ‘overgang van vestigingen’ ex art. 1 lid 1, Richtlijn 2001/23/EG en op de uiteenlopende beslissingen van de nationale rechterlijke instanties over de uitleg van dat begrip, al dan niet terecht geen enkele redelijke twijfel over de beantwoording van de opgeworpen uitleggingsvraag aanwezig heeft geacht (*acte clair*) en er daarom van mocht afzien het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen. Nadat het Hof heeft herhaald dat het enkele bestaan van tegenstrijdige beslissingen van nationale rechters niet volstaat om de verwijzingsverplichting van art. 267 VWEU definitief te activeren (vgl. HvJ EU 15 september 2005, nr. C-495/03; EU:C:2005:552 (Intermodal Transport); *AB* 2006/182), overweegt het Hof dat omstandigheden waarin lagere rechterlijke instanties uiteenlopende beslissingen geven over de uitlegging van het EU-recht en die uitleg tevens herhaaldelijk moeilijkheden oplevert in de verschillende lidstaten, art. 267 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een hoogste nationale rechter verplicht is het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over die uitlegging.

De hiervoor besproken arresten van het Hof roepen niet alleen de vraag op over de grenzen van een *acte clair*, maar tevens (vgl. de annotatie van Ortlep onder *AB* 2015/408) of er niet meer werk gemaakt moet worden van de motiverings-

plicht van de (hoogste) nationale rechter wanneer deze voor de vraag staat om prejudicieel te verwijzen. Vgl. hierover ook Ch. Backes, ‘Een plicht tot rechtsvergelijkende motivering?’, in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht (De Waard-bundel)*, Den Haag: BJu 2015, p. 313-330. Deze vraag kan mede worden gesteld tegen de achtergrond van de EHRM-rechtspraak (al gesignaleerd in de kronieken in *NTB* 2015/30 en *NTB* 2015/5), volgens welke een hoogste nationale rechter uitdrukkelijk moet motiveren waarom hij in voorkomende gevallen afziet van het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Volgens deze op art. 6 EVRM gebaseerde rechtspraak moet een hoogste nationale rechter ingeval een partij om prejudiciële verwijzing heeft verzocht de niet-verwijzing motiveren in het licht van de uitzonderingen die het Hof van Justitie in de zaak *Cilfit* op die verwijzingsplicht heeft erkend, namelijk dat de vraag irrelevant is voor de berechting van het geschil, dat de kwestie al is beslist door het Hof (*acte éclairé*) of dat over de correcte toepassing van het EU-recht geen enkele twijfel kan bestaan (*acte claire*). Vgl. onder meer EHRM 8 april 2014 (*Dhabbi/Italië*), nr. 17120/09, *AB* 2015/44, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik; EHRM 20 september 2011 (*Ullens de Schooten en Rezabek/België*), nr. 3989/07 en 38353/07; *AB* 2012/26, m.nt. Van Barkhuysen en Van Emmerik. Hierover, C. Lacchi, ‘The ECtHR’s Interference in the Dialogue between National Courts and the Court of Justice of the EU: Implications for the Preliminary Reference Procedure’, *REALaw* 2015/2, p. 95-125.

Op grond van deze EHRM-rechtspraak betoogt advocaat-generaal Wattel in een conclusie van 18 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:996, dat de Hoge Raad (belastingkamer) prejudiciële vragen zou moeten stellen aan het Hof over – de reikwijdte van – de Unierechtelijke motiveringsverplichting in geval van het passeren van een verzoek tot het stellen van een prejudiciële vraag (hierover P. Kavelaars, ‘Acte clair en acte éclairé: niet zo clair’, *NTRF* 2015/2110). In HR 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2797, *AB* 2015/417, m.nt. Ortlep, gaat de Hoge Raad hierin niet mee en verwijst hij naar zijn eerdere uitspraak van 26 mei 2015, *AB* 2015/418, m.nt. Ortlep. Uit die uitspraak volgt dat als het cassatieberoep op grond van art. 80a of art. 81 RO met een beknopte motivering niet-ontvankelijk of ongegrond wordt verklaard, omdat er geen vragen aan de orde zijn die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming beantwoording behoeven, dit tevens impliceert dat er ook geen aanleiding bestaat tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Hiermee sluit de Hoge Raad zich aan bij de – al eerder (*NTB* 2015/30, afl. 7, p. 229-230) gesignaleerde – uitspraak van de Afdeling van 5 maart 2015, *AB* 2015/305, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, betreffende de beknopte gemotiveerde appeluitspraken in vreemdelingenzaken, op grond van art. 91 lid 2 Vw 2000.

3.2 Toegang tot de rechter

3.2.2 Procespartijen

HvJ EU 15 oktober 2015, nr. C-137/14; ECLI:EU:C:2015:683 (*Commissie/Duitsland*), *AB* 2015/447, m.nt. Backes, zal ook in

Nederland de komende tijd de pennen in beweging brengen, omdat de zaak ook van belang is voor de EU-rechtelijke houdbaarheid van sommige procesrechtelijke Awb-beperkingen, te weten het passeren van gebreken (art. 6:22 Awb), de onderdelenfui (art. 6:13 Awb) en het relativiteitsvereiste (art. 8:69a Awb). De gevolgen van het arrest lijken beperkt te zijn tot milieugeschillen die onder de werkingssfeer van art. 9 lid 2 Aarhus-Verdrag vallen. Omdat het Hof in zijn overwegingen soms ook verwijst naar algemene beginselen van Unierecht, zoals het beginsel van doeltreffendheid en het beginsel van effectieve rechtsbescherming (neergelegd in art. 47 Handvest), kunnen de gevolgen – zoals Backes stelt – op onderdelen wellicht verder strekken. In de zaak heeft de Commissie het Hof verzocht om de schending door Duitsland vast te stellen van art. 11 Richtlijn 2011/92/EU en art. 25 Richtlijn 2010/75/EU (waarin art. 9 lid 2 Verdrag van Aarhus Unierechtelijk is omgezet). In het arrest gaat het in het bijzonder om de Aarhus-eis dat de rechter de materiële en formele rechtmatigheid van een milieubesluit moet beoordelen.

Wat betreft het passeren van gebreken bevestigt de Hof zijn eerdere uitspraak van 7 november 2013, nr. C-72/12; ECLI:EU:C:2013:712 (Altrip); AB 2014/54, m.nt. Backes (ge-signaleerd in NTB 2014/17). In lijn met Altrip stelt het Hof dat de nationale rechter procedurefouten alleen mag passeren indien, zonder de bewijslast dienaangaande naar de belanghebbende te verleggen, vast komt te staan dat het aangevochten besluit zonder de door belanghebbende aangevoerde procedurefout niet anders had geluid. Uit *Commissie/Duitsland* lijkt verder te volgen dat schending van sommige procedurevoorschriften, zoals voorschriften over informatieverstrekking aan en inspraak van het publiek, als regel dient te leiden tot vernietiging van het besluit, althans voor zover het bestuursorgaan niet kan bewijzen dat zonder die schending het besluit met dezelfde inhoud zou zijn vastgesteld. Voor de toepassing van art. 6:22 Awb lijkt het arrest geen grote gevolgen te hebben, omdat de bewijslast ter zake niet bij de belanghebbende ligt.

De zaak heeft wellicht wel gevolgen voor de toepassing van de onderdelenfui van art. 6:13 Awb. In overweging 76 overweegt het Hof namelijk: ‘Weliswaar sluit noch artikel 11, lid 4, van richtlijn 2011/92 noch artikel 25, lid 4, van richtlijn 2010/75 uit dat aan een beroep bij de rechter een beroep bij een bestuurlijke autoriteit voorafgaat, en beletten die artikelen niet dat het nationale recht de verzoeker verplicht om alle bestuurlijke beroepswegen uit te putten alvorens beroep bij de rechter te mogen instellen, doch deze bepalingen van het Unierecht staan niet toe dat de middelen die door die verzoeker tot staving van zijn beroep bij de rechter kunnen worden aangevoerd, worden beperkt [onze cursivering].’ Hierboven is gesproken van ‘wellicht’, aangezien deze overweging ook zo kan worden gelezen dat de onderdelenfui EU-rechtelijk toelaatbaar is zolang een belanghebbende met betrekking tot het eerder aangevochten onderdeel bij de rechter nog nieuwe gronden, argumenten, feiten en bewijzen kan aandragen, hetgeen blijkens de rechtspraak van de ABRvS – binnen de grenzen van de goede procesorde – het geval is. Duidelijk is evenwel dat het Hof niet gecharmeerd

is van het veelvuldig aangevoerde rechtszekerheidsargument om de rechterlijke beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit te beperken. ‘Het is immers’, aldus het Hof, ‘geenszins aangetoond dat een volledige rechterlijke toetsing van de gegrondheid van dat besluit afbreuk zou doen aan dat beginsel’. Een krachtige oproep voor een *evidence based case law*.

Wat betreft het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb is *Commissie/Duitsland* vooral van belang, omdat het Hof – in afwijking van het standpunt van de Commissie en de conclusie van advocaat-generaal Wathelet, ECLI:EU:C:2015:344 – het niet problematisch acht dat de Duitse relativiteitseis zowel wordt getoetst bij de ontvankelijkheid van het beroep als bij de vernietiging van het besluit. In zoverre kan ook de Nederlandse vernietigingsrelativiteit van art. 8:69a Awb door de beugel. Voor het overige bevestigt het Hof zijn oordeel in de zaak *Trianel* (nr. C-115/09; ECLI:EU:C:2011:289; AB 2011/212, m.nt. Backes, zie reeds NTB 2011/40), dat het Unierecht er niet aan in de weg staat dat de rechten waarvan de schending door een particulier kan worden aangevoerd beperkt worden ‘tot enkel subjectieve rechten’, maar dat die beperking niet als zodanig kan worden toegepast op milieuoorganisaties, omdat dat in strijd zou zijn met het Aarhus-verdrag en het doeltreffendheidsbeginsel.

3.2.4 *Andere aspecten van de toegang tot de rechter*

In HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-61/14 (Orizzonte Salute), stelt het Hof dat de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan bij het instellen van beroep op het gebied van overheidsopdrachten bij de bestuursrechter standaardgriffierechten verschuldigd zijn. Evenmin is het op zich in strijd met deze beginselen als een rechtszoekende meermaals griffierechten moet betalen als hij meerdere beroepen in rechte instelt die betrekking hebben op dezelfde aanbesteding of om in een reeds aanhangige rechterlijke procedure aanvullende middelen in verband met dezelfde aanbesteding te kunnen aanvoeren. Als de nationale rechter in deze situaties echter vaststelt dat het voorwerp van die beroepen of middelen daadwerkelijk niet verschilt van het voorwerp van het reeds aanhangige geding of dit laatste niet aanzienlijk verruimt, dient hij de rechtszoekend te ontheffen van de verplichting om cumulatieve griffierechten te betalen.

3.3 *Behandeling van het geschil*

3.3.1 *Rechterlijke beoordeling en bewijs*

In HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-71/14 (East Sussex County Council), stelt het Hof dat de vergoeding die een lidstaat op grond van de Unierechtelijke implementatie van het Aarhus-Verdrag mag vragen voor het verstrekken van milieu-informatie de algemene kosten die verband houden met arbeidstijd die het personeel van deze instantie besteedt aan het beantwoorden van de verschillende informatieverzoeken mag omvatten, mits het totaalbedrag van de vergoeding redelijk is. De rechterlijke toetsing of de vergoeding redelijk is mag van het Hof een beperkte zijn, mits deze geschiedt

aan de hand van objectieve factoren en waarborgt dat de redelijkheidseis volledig in acht wordt genomen.

In M. Reneman, 'Implementatie van de herziene Asielprocedurerichtlijn: een nieuwe beslissystematiek en meer waarborgen voor asielzoekers', *NTER* 2015/8, p. 250-256, worden de gevolgen van de herziene Asielprocedurerichtlijn (2013/32/EU) voor de Nederlandse asielprocedure besproken. Op 20 juli 2015 moest die richtlijn in het Nederlandse recht zijn geïmplementeerd (de wijzigingen van de Vreemdelingenwet 2000 en het Vreemdelingenbesluit 2000 zijn gepubliceerd op 17 juli 2015, *Stb.* 2015, 292 en 294). Een van de nieuwe waarborgen voor asielzoekers is het recht op een effectief rechtsmiddel voor een rechterlijke instantie in eerste aanleg, dat een 'volledig en ex nunc onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden' moet omvatten. Deze waarborg is overgenomen in art. 83a Vw 2000. Zie hierover verder en over de eerdere lijnen uit de rechtspraak, de noot van Reneman onder ABRvS 9 april 2015, *AB* 2015/292 en onder ABRvS 3 september 2015, *AB* 2015/451. ABRvS 8 juli 2015, nr. 201208550/1V2, bevat de nationale afdoening van HvJ EU 2 december 2014, nr. C-148/13, C-149/13 en C-150/13 (*A, B en C*), over wijze waarop in asielzaken de geloofwaardigheid van een gestelde (homo)seksuele gerichtheid (niet) mag worden onderzocht. In het belang van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming geeft de Afdeling in algemene zin aan hoe de rechtbanken en de Staatssecretaris van V&J met deze kwestie moeten omgaan. Omdat de staatssecretaris over de wijze waarop hij een gestelde seksuele gerichtheid onderzoekt, geen beleidsregels of gedragslijn heeft vastgesteld, wordt het bestreden besluit vernietigd en draagt de Afdeling hem op om hieraan in de vormgeving en uitvoering van het vreemdelingenbeleid nader vorm te geven.

Zie ten slotte over de rechterlijke beoordeling van mededingingsboetes, R. Nazzini, 'Judicial Review after KME: An Even Stronger Case for the Reform That Will Never Be', *ELRev* 2015, p. 490-508.

3.3.2 *Ambtshalve toepassing Unierecht*

De in de vorige kroniek (*NTB* 2015/30) al besproken zaak *Faber* (HvJ EU 4 juni 2015, 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 uitgebreid besproken in A.G.F. Ancery en C.M.D.S. Pavillon, 'De rechterlijke lijdelijkheid in rook opgegaan? De ambtshalve toepassing van de consumentenkoopregels nader toegelicht', *MvV* 2015, p. 243-254. Zie voor een vergelijkbaar oordeel over ambtshalve toepassing van Unierecht, HvJ EU 1 oktober 2015, C-32/14; ECLI:EU:C:2015:637 (*ERSTE Bank Hungary*).

3.3.3 *Procedurele waarborgen*

CBB 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260, betreft de verhouding tussen art. 8:29 Awb en het recht op een eerlijk proces gewaarborgd in art. 6 EVRM en art. 47 Handvest. In

lijn met eerdere rechtspraak overweegt het CBB dat art. 6 EVRM minimumnormen bevat voor een eerlijke procesvoering, doch dat deze normen niet absoluut zijn. De nationale wetgever mag met het oog op een goede procesorde of ter bescherming van het publieke belang of van de belangen van derden, bepaalde procedurevoorschriften en beperkingen stellen, mits het eerlijke karakter van de procesvoering daarmee niet in zijn essentie wordt aangetast. Het eerste lid van art. 8:29 Awb betreffende het achterhouden of geheim houden van inlichtingen of stukken, houdt een beperking in van het beginsel van de openbaarheid en dat van de equality of arms. Het artikel bepaalt evenwel, dat deze beperking slechts om gewichtige redenen kan worden aangebracht, terwijl het derde lid de toetsing daarvan aan de rechter opdraagt. Acht de rechter de beperking gerechtvaardigd, dan is het ingevolge het vijfde lid aan de andere partij overgelaten te beslissen of de rechter mede op de grondslag van de achtergehouden of geheim gehouden inlichtingen of stukken uitspraak kan doen. Naar het oordeel van het CBB is de beperkingsmogelijkheid op deze wijze met zodanige waarborgen omkleed, dat het recht op een eerlijke procesvoering niet in zijn essentie wordt beperkt. Van een schending van art. 6 EVRM is derhalve geen sprake. Omdat volgens art. 52 lid 3 Handvest de in het Handvest neergelegde rechten die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, eenzelfde inhoud en reikwijdte hebben als die welke er door het EVRM aan wordt toegekend, is een schending van art. 47 Handvest, dat dezelfde strekking heeft, evenmin aan de orde.

3.4 *Uitspraak*

Zie over de problematiek van de binding van uitspraken van het Hof, F. Rosenkranz, *Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015; A. Lageder, *Die Bindungswirkung von Urteilen im Vertragsverletzungsverfahren*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2015.

3.6 *Gezag van gewijsde*

Meermaals is in deze kroniek signaleerd (vgl. *NTB* 2015/5; *NTB* 2014/17) dat de Afdeling – anders dan CRvB 9 augustus 2013, *AB* 2013/364, m.nt. Ortlep, en in afwijking van onder meer het arrest *Byankov* (HvJ EU 4 oktober 2012, nr. C-249/11; ECLI:EU:C:2012:608, *AB* 2012/375) – van oordeel is dat slechts indien aan alle omstandigheden van Kühne & Heitz is voldaan een verplichting voor het bestuursorgaan bestaat om zijn in rechte onaantastbaar besluit te heroverwegen. Deze lijn wordt door de Afdeling voortgezet in haar uitspraak van 2 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3700 (vergelijk tevens ABRvS 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2702; ABRvS 15 juli 2015, *AB* 2015/361, m.nt. Ortlep). In de onderliggende zaak had appellant onder verwijzing naar de *Lucchini*-zaak (HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-119/05; ECLI:EU:C:2007:434; *AB* 2007/362, m.nt. Ortlep, vgl. *NTB* 2008/37) betoogd dat aan het bestreden besluit wegens strijd met het Unierecht geen formele rechtskracht toekomt zodat het verzoek geen herhaald verzoek kan zijn en art. 4:6 Awb daarom geen

toepassing kan vinden. De Afdeling overweegt dat uit het Unierecht niet volgt dat aan een besluit dat in strijd is met dat recht geen formele rechtskracht kan toekomen. In het door appellante aangehaalde arrest *Lucchini* wordt door de Afdeling geen aanleiding gevonden voor een ander oordeel. Dat arrest betreft, zoals de Afdeling terecht overweegt, een zeer specifieke situatie, onder meer omdat het ging om een definitief geworden nationale rechterlijke uitspraak die in de weg stond aan de terugvordering van staatssteun die in strijd met het Unierecht was verleend en waarvan de onverenigbaarheid met de interne markt bij een definitief geworden beschikking van de Commissie was vastgesteld.

De lijn van *Kapferer* en de – in *NTB* 2015/5, p. 30, al gesignaleerde – zaak *Impresa Pizzarotti*, nr. C-213/13, *AB* 2015/251, m.nt. Ortlep, wordt voortgezet in HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-69/14 (*Târsia*), ECLI:EU:C:2015:662; *JB* 2015/180, m.nt. Timmermans, waarin de Grote Kamer van het Hof wederom vooropstelt dat het EU-recht niet vereist dat een nationale rechter nationale procedureregels die een rechterlijke beslissing gezag van gewijsde verlenen buiten toepassing moet laten, ook al zou daardoor een nationale situatie die onverenigbaar is met dat recht kunnen worden hersteld. Wanneer evenwel de toepasselijke nationale procedureregels voorzien in de mogelijkheid voor de nationale rechter om onder bepaalde voorwaarden terug te komen op een in gezag van gewijsde gegane beslissing om een situatie met het nationale recht verenigbaar te maken, moet die mogelijkheid, gelet op het beginsel van gelijkwaardigheid, ook bestaan – mits aan die voorwaarden is voldaan – om de betrokken situatie weer in overeenstemming te brengen met het recht van de Unie. Het Hof oordeelt verder dat het gelijkwaardigheidsbeginsel zich niet ertegen verzet dat een nationale rechter niet de mogelijkheid heeft om een – met het Unierecht strijdige – definitieve rechterlijke beslissing op een beroep in een civiele zaak te herzien, terwijl dit wel mogelijk is voor definitieve rechterlijke beslissingen in bestuurszaken.

In HvJ EU 11 november 2015, nr. C-505/14; ECLI:EU:C:2015:742 (*Klausner Holz Niedersachsen*), oordeelt het Hof – onder verwijzing naar HvJ EU 3 september 2009, nr. C-2/08 (*Olimpiclub*), ECLI:EU:C:2009:506; *AB* 2009/335 – dat het Unierecht zich ertegen verzet dat de toepassing van een nationaal beginsel van het gezag van gewijsde, het de nationale rechter belet om, nadat hij heeft vastgesteld dat bij nationale overeenkomsten de EU-rechtelijke staatssteunregels zijn geschonden, alle consequenties uit deze schending te trekken, zulks wegens een definitief geworden nationale rechterlijke beslissing waarin is geoordeeld dat deze overeenkomsten nog steeds van kracht zijn, zonder dat daarin is onderzocht of daarbij staatssteun is ingevoerd. Een zo ernstige belemmering voor de effectieve toepassing van de EU-regels inzake de controle van staatssteun wordt, aldus het Hof, niet gerechtvaardigd door het beginsel van gezag van gewijsde of het rechtszekerheidsbeginsel en is dus in strijd met het beginsel van doeltreffendheid.

4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

4.1 Algemeen

Het negatieve advies van het Hof betreffende de toetreding van de Unie tot het EVRM is de afgelopen kroniekperiode wederom veelvuldig becommentarieerd. Gewezen kan worden op I. Govaere, 'Setting the international scene: EU external competence and procedures post-Lisbon revisited in the light of ECJ Opinion 1/13', *CMLRev* 2015, p. 1277-1307; S.A. de Vries, 'Het negatieve advies van het Europees Hof van Justitie over de toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens nader beschouwd', *NTM* 2015/2, p. 193-202; H. van Eijken & S.A. de Vries, 'Het advies van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de toetreding tot het EVRM', *NTM* 2015/2, p. 203-211; A.W.H. Meij, 'Het advies over de EU-toetreding tot het EVRM: opmerkingen over de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie', *NTM* 2015/2, p. 212-214; C. Ryngaert, 'Het advies over de EU-toetreding tot het EVRM. Overwegingen betreffende het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid', *NTM* 2015/2, p. 215-218; L.F.M. Besselink, 'Wat nu? Enkele constitutionele overwegingen', *NTM* 2015/2, p. 219-224; Leonard Besselink, Monica Claes & Jan-Herman Reestman 'Editorial. A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)', *European Constitutional Law Review* 2015, p. 2-12; T. Lock, 'The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?', *European Constitutional Law Review* 2015, p. 239-273; Bruno de Witte & Šejla Imamović, 'Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court', *European Law Review* 2015, p. 683-705; en C.W.A. Timmermans, 'De nationale rechter als Unierechter. Een overpeinzing bij het Advies 2/13 (EU Toetreding EVRM)', *SEW* 2015, p. 537-541. S. Brittain analyseert in 'The Relationship Between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: an Originalist Analysis', *European Constitutional Law Review* 2015, p. 482-511, de relatie tussen het Handvest en het EVRM vanuit de constitutionele interpretatiemethode van het originalisme.

Het EU Handvest voor de grondrechten is inmiddels zo'n vijf jaar juridisch bindend. Hieraan wordt uitvoerig aandacht besteed in Janneke Gerards, Henri de Waele, Karin Zwaan (red.) *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest: Doorwerking, consequenties en perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015; en Sybe de Vries, Ulf Bernitz, Stephen Weatherill (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Oxford: Hart Publishing 2015. E. Frantziou, 'The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality', *ELJ* 2015, p. 657-679 besteedt aandacht aan de horizontale werking van het Handvest. J. Krommendijk, 'Principled Silence or Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter's Principles in the Case Law of the Court of Justice', *European Constitutional Law Review* 2015, p. 321-356, gaat in op de vraag op welke wijze het HvJ EU in zijn rechtspraak een onderscheid maakt tussen rechten en beginselen en hoe het

de gevolgen daarvan voor de rechterlijke toetsing heeft gewaardeerd. Malu Beijer, 'Active Guidance of Fundamental Rights Protection by the Court of Justice of the European Union: Exploring the Possibilities of a Positive Obligations Doctrine', *REALaw* 2015/2, p. 127-150, signaleert onder meer dat het Hof in sommige uitspraken positieve verplichtingen op grond van Handvestrechten erkent. De reikwijdte van het Handvest wordt besproken door M. Dougan, 'Judicial review of Member State action under the general principles and the Charter: Defining the "scope of Union law"', *CMLRev* 2015, p. 1201-1245.

4.2 *Gelijkheid*

De in de vorige kroniek (*NTB* 2015/30, p. 233-234, gesignaleerde zaak *Léger* wordt besproken in J.C.J. Dute, 'Uitsluiting van homoseksuele mannen als bloeddonor: het arrest *Léger* en de Nederlandse praktijk', *NtER* 2015/8, p. 261-268. De ook al gesignaleerde (in *NTB* 2015/5, p. 31) CBB-uitspraak van 19 september 2014 – waarin het College stelt dat als een Nederlandse bestuursorgaan een EU-regeling correct toepast, het feit dat een andere lidstaat diezelfde regeling anders toepast geen schending van het gelijkheidsbeginsel betekent – is geannoteerd door Van den Brink in *AB* 2015/347.

4.3 *Evenredigheid*

HvJ EU 9 juli 2015, nr. C-153/14 (K en A), betreft de vraag of de in Nederland geldende verplichting om het inburgeringsexamen met goed gevolg af te leggen, aanvaardbaar is in het licht van Richtlijn 2003/86 inzake het recht op gezinshereniging. Volgens het Hof voldoet de verplichting niet aan het evenredigheidsbeginsel indien de toepassing ervan gezinshereniging van de gezinsleden van de gezinshereniger automatisch zou beletten wanneer zij, hoewel zij niet voor het examen zijn geslaagd, wel het bewijs hebben geleverd van hun wil om voor dat examen te slagen en van de nodige inspanningen die zij daartoe hebben gedaan. Ook is van belang dat bijzondere individuele omstandigheden, zoals leeftijd, opleidingsniveau, financiële situatie of gezondheidstoestand van de betrokken gezinsleden van de gezinshereniger, in aanmerking worden genomen. Vrijstelling van de verplichting om het examen met goed gevolg af te leggen moet mogelijk zijn wanneer blijkt dat zij, vanwege die omstandigheden, niet in staat zijn dat examen af te leggen of daarvoor te slagen. Anders zou die verplichting een moeilijk te overkomen hindernis vormen om het bij Richtlijn 2003/86 toegekende recht op gezinshereniging doeltreffend te maken.

4.4 *Vertrouwen en rechtszekerheid*

In HvJ EU 9 juli 2015, nr. C-144/14 (Tomoiağă Andrei) oordeelt het Hof dat de Roemeense fiscus Tomoiağă naar aanleiding van belastingaangiften niet als btw-plichtige hoeft aan te merken. Dit geldt volgens het Hof ook als de fiscus aan de hand van de aangiften kan vaststellen dat Tomoiağă de vrijstellingsdrempel overschrijdt. Het Hof merkt verder nog wel op dat de beslissing van de fiscus om de diensten aan de btw-heffing te onderwerpen moet zijn gebaseerd op duidelijke regels. Ook mag de praktijk van de fiscus bij

een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer geen redelijk vertrouwen wekken dat deze diensten niet belastbaar zijn. Of daarvan sprake is, dient de Roemeense rechter te beoordelen. HvJ EU 9 juli 2015, nr. C-183/14 (Salomie and Oltean) betreft een soortgelijke kwestie. Naar aanleiding van een controle stelt de Roemeense fiscus dat bepaalde transacties vanaf 1 oktober 2008 aan de btw-heffing zijn onderworpen. Salomie en Oltean beroepen zich er vervolgens op dat zij er vanuit mochten gaan dat geen btw is verschuldigd, omdat het in Roemenië dagelijkse praktijk is dat geen btw wordt geheven in soortgelijke situaties. Het Hof oordeelt dat de Roemeense fiscus naar aanleiding van een controle mag beslissen dat de handelingen aan de btw-heffing zijn onderworpen. De Roemeense rechter moet ook hier dan wel onderzoeken of die beslissing op duidelijke en precieze regels is gebaseerd en of de praktijk van de Roemeense fiscus bij een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer geen redelijk vertrouwen heeft kunnen wekken dat geen btw zou worden geheven op die handelingen.

In ABRvS 16 december 2015 (SOMVAO), nr. 201111560/2/A2 – het nationale vervolg op de uitspraak van het Hof in de zaak *SOMVAO*, en reeds gesignaleerd in punt 2.2.2 – wijst de Afdeling het beroep van SOMVAO op het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel tegen het besluit van de Staatssecretaris van V&J tot herziening van een reeds vastgestelde subsidie af, omdat SOMVAO in strijd heeft gehandeld met de voor haar kenbare verplichting over het voeren van een deugdelijke projectadministratie. Dat de staatssecretaris de subsidie aanvankelijk overeenkomstig de einddeclaratie van SOMVAO heeft vastgesteld, doet daaraan niet af, aangezien SOMVAO reeds ten tijde van de subsidieverlening bekend was met de voorwaarde over de te voeren administratie. Omdat het Hof in de zaak *SOMVAO* ook heeft bepaald dat de lidstaten bij de herzieningsbeslissing niet over een beoordelingsmarge beschikken, wordt het beroep van SOMVAO op het evenredigheidsbeginsel ook afgewezen. De in de vorige kroniek (*NTB* 2015/30, p. 234) gesignaleerde uitspraken van de Afdeling van 17 december 2014 en van het CBB van 30 december 2014, waarin het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel ook aan de orde is, zijn inmiddels geannoteerd door Van den Brink in *AB* 2015/385 en *AB* 2015/393.

In ABRvS 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1891 en ECLI:NL:RVS:2015:1892, overweegt de Afdeling, verwijzend naar de zaak *Mulligan* (nr. C-313/9), dat de beslissing van Nederland om de tewerkstellingsvergunningplicht te handhaven voor Roemeense werknemers, niet in strijd met het Unierechtelijke rechtzekerheidsbeginsel of kenbaarheidsvereiste is genomen.

Zie over het vertrouwensbeginsel verder, Marcin Weisbrot, 'Application of the Principle of Protection of Legitimate Expectations in Recovery of Unduly Paid Subsidies in the Context of Judicial Coherence in the European Union', *REALaw* 2015/2, p. 347-375; en J. Helbich, *Vertrauensschutz in Verwaltungsvorschriften des Steuerrechts: eine Untersuchung zur Bewältigung der Vertrauensschutzproblematik bei der rückwirkenden Aufhebung und Änderung steuerlicher Verwaltungsvorschriften, zugleich ein Beitrag zum besseren Verständnis der Wirkkraft von Verwaltungsvorschriften und*

der Maßgaben des Vertrauensschutzprinzips im Allgemeinen und für das Steuerrecht im Besonderen, Berlin: Duncker & Humblot 2015.

4.5 Rechten van verdediging en participatie

HvJ EU 16 september 2015, nr. C-519/13 (Alpha Bank Cyprus) maakt duidelijk dat verordening nr. 1393/2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken zodanig moet worden uitgelegd dat in elk concreet geval wordt gezorgd voor een juist evenwicht tussen de belangen van de verzoeker en die van de verweerder waarvoor het stuk is bestemd, door het streven naar een doelmatige en snelle verzending van processtukken te verzoenen met het vereiste te waarborgen dat de rechten van verdediging van degene voor wie die stukken zijn bestemd, op passende wijze worden beschermd. Dit leidt het Hof uiteindelijk tot het oordeel dat de ontvangende instantie verplicht is om, in alle omstandigheden en zonder dat zij daarbij over enige beoordelingsmarge beschikt, degene voor wie een stuk is bestemd, mee te delen dat hij het recht heeft te weigeren dat stuk in ontvangst te nemen, waarbij zij stelselmatig moet gebruikmaken van het in bijlage II bij die verordening opgenomen modelformulier, en dat het feit dat die instantie bij de betekening of kennisgeving van een stuk aan degene voor wie het is bestemd, heeft nagelaten bij dat stuk het in bijlage II bij Verordening Nr. 1393/2007 opgenomen modelformulier te voegen, geen grond vormt om de procedure nietig te verklaren, doch een verzuim is dat moet worden hersteld overeenkomstig de bepalingen van die verordening.

HvJ EU 11 juni 2015, nr. C-554/13 (Zh. en O.), beantwoordt prejudiciële vragen van de Afdeling over de uitleg van het begrip openbare orde in art. 7 lid 4 Terugkeerrichtlijn, onder meer aanknopen bij het arrest van het HvJ EU *Boudjlida* (zie de vorige kroniek, *NTB* 2015/30, p. 234-235). De Afdeling geeft gevolg aan de laatstgenoemde zaak in ABRvS 20 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3579 en beantwoordt met name de vraag of het feit dat de vreemdeling in casu niet is gehoord rechtmatig is. Onder verwijzing naar ook het arrest *M.G en N.R.* (zie deze kroniek *NTB* 2013/36) oordeelt de Afdeling van wel. De staatssecretaris heeft (alsnog) voldoende deugdelijk gemotiveerd dat de vreemdeling een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde vormt en zich geen omstandigheden voordoet op grond waarvan hij niettemin in aanmerking kwam voor het toekennen van een termijn voor vrijwillig vertrek. Voor het oordeel dat de staatssecretaris hem ten onrechte een vertrektermijn heeft onthouden, ziet de Afdeling geen grond. Dit leidt tot de slotsom dat met de schending van het verdedigingsbeginsel de vreemdeling niet de mogelijkheid is ontnomen om zich zodanig te verweren dat de besluitvorming een andere afloop had kunnen hebben.

In diverse uitspraken past de Hoge Raad het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel toe, in het bijzonder het recht om te worden gehoord. Voor de toepasselijkheid hiervan moet de belastinginspecteur wel hebben gehandeld binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Daarvan was geen sprake

in HR 13 november 2013, ECLI:NL:HR:2015:3270, waarin het ging om een navorderingsaanslag die met toepassing van de Wet IB 2001 en de AWR was opgelegd. Hierdoor kon het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel geen afbreuk doen aan de bevoegdheid van de inspecteur om navorderingsaanslagen op te leggen zonder vooraf te horen met toepassing van art. 4:12 lid 1 Awb.

In uitspraken van de Hoge Raad, waarin het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel wel van toepassing is, gaat het soms om de vraag of de schending van het verdedigingsbeginsel wellicht kan worden gerechtvaardigd en soms om de rechtsgevolgen van een (niet-gerechtvaardigde) schending. In de eerste categorie vallen HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3295, HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3174 en HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2161. In HR 13 november 2015 verwerpt de Hoge Raad het door rechtbank en hof geaccepteerde verweer, dat voor het vooraf horen van belanghebbende geen gelegenheid was, omdat de naheffingstermijn dreigde te verstrijken, alsmede vanwege het faillissement van het bedrijf in kwestie. Deze argumenten rechtvaardigen, zonder nadere motivering, niet zonder meer het opleggen van de naheffingsaanslag over een periode van drie kalenderjaren zonder belanghebbende vooraf op de hoogte te stellen van het voornemen daartoe en haar in de gelegenheid te stellen daarop te reageren. HR 30 oktober 2015 maakt duidelijk dat de omstandigheden dat de adressaat van een bezwarend besluit de redenen kende waarom de douaneautoriteiten een controle hebben ingesteld naar de juistheid van geheven douanerechten en omzetbelasting en geacht moet worden op de hoogte te zijn van de feiten die tot dat bezwarende besluit hebben geleid, onverlet laten dat de desbetreffende persoon expliciet en ook tijdig moet worden uitgenodigd om te worden gehoord alvorens het bezwarende besluit wordt genomen. Daardoor wordt deze persoon de gelegenheid geboden voor het aanvoeren van bepaalde feiten die het bestuursorgaan aan zijn besluit niet ten grondslag heeft gelegd, althans niet in aanmerking heeft genomen, dan wel met het oog op het corrigeren van kennelijke vergissingen of het aanvoeren van individuele omstandigheden die ervoor pleiten dat het besluit wordt genomen, niet wordt genomen of dat in een bepaalde zin wordt besloten. In HR 14 augustus 2015 stelt de Hoge Raad dat de fiscale autoriteiten de omstandigheden moeten aanvoeren die kunnen rechtvaardigen waarom betrokkene niet van tevoren in kennis is gesteld van, in casu, het voornemen tot aansprakelijkstelling. Het niet vooraf horen van een bestuurder bij een aansprakelijkstelling op de voet van art. 36 Wet omzetbelasting wordt echter niet gerechtvaardigd door het in het algemeen bestaande belang van de ontvanger bij invordering van een belastingschuld. Een en ander moet worden gerechtvaardigd door omstandigheden die in het individuele geval daartoe noopten.

In de tweede categorie betreffende de rechtsgevolgen van de schending vallen HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2989, AB 2015/426, m.nt. Ortlep, en HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2165. In beide uitspraken maakt de Hoge Raad duidelijk dat voor het oordeel dat het besluitvormings-

proces van de douaneautoriteiten zonder de schending een andere afloop zou kunnen hebben gehad – het door het HvJ EU in o.a. de zaak *Kamino & Datema* gehanteerde criterium (zie kroniek *NTB* 2015/5, afl.1, p. 33) – niet is vereist dat de douaneautoriteiten zonder deze schending zouden hebben afgezien van het vaststellen van één of meer van de desbetreffende uitnodigingen tot betaling of dat zij deze op een lager bedrag zouden hebben gesteld. Voldoende is te bewijzen dat wanneer de schending niet had plaatsgevonden degene tot wie de uitnodiging tot betaling is gericht, een inbreng had kunnen leveren die voor het vaststellen van de uitnodiging tot betaling van belang was en waarvan niet kan worden uitgesloten dat deze tot een besluitvormingsproces met een andere afloop had kunnen leiden. De rechter dient een en ander te beoordelen aan de hand van de specifieke feitelijke en juridische omstandigheden van het geval.

4.6 **Transparantie en openbaarheid van bestuur**

HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-612/13 P (*ClientEarth*), betreft de verenigbaarheid van art. 4 lid 2, derde streepje, Eurowob met de openbaarheidsregeling van het Verdrag van Aarhus. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan de Unierechter de vermeende onverenigbaarheid van een Uniehandeling met bepalingen van een internationale overeenkomst waarbij de Unie partij is, slechts onderzoeken wanneer de aard en de opzet van die overeenkomst zich daar niet tegen verzetten en die bepalingen daarnaast inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. In dit geval is er geen sprake van een onvoorwaardelijke bepaling gezien de verwijzing naar nationale wetgeving in art. 4 lid 1 Verdrag van Aarhus en een door de Unie bij toetreding neergelegde verklaring. Beide staan eraan in de weg dat de Eurowob wordt getoetst aan het Verdrag van Aarhus.

Uit Gerecht EU 23 september 2015, nr. T-245/11 (*ClientEarth & International Chemical Secretariat/ECHA*), blijkt dat het Europees Agentschap voor chemische stoffen (ECHA) bij zijn afwijzing van een verzoek door *ClientEarth* en *The International Chemical Secretariat* om toegang tot bepaalde milieudocumenten twee bepalingen van Verordening 1049/2001 heeft geschonden, namelijk art. 4 lid 2, eerste streepje en art. 4 lid 3. HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-615/13 P (*ClientEarth & PAN Europe/EFSA*) betreft de weigering door de EFSA om toegang te verstrekken tot documenten die de namen bevatten van diverse externe experts die commentaar hadden gegeven op richtsnoeren die door de EFSA waren voorbereid voor aanvragers van toelating van gewasbeschermingsmiddelen op de markt. Het Hof overweegt ten eerste dat de gevraagde informatie persoonsgegevens betreft in de zin van art. 2(a) Verordening 45/2001. Ten tweede dient dan aan twee cumulatieve voorwaarden te worden voldaan alvorens doorgifte daarvan plaats mocht vinden: dit dient noodzakelijk te zijn in de zin van art. 8(b) van genoemde verordening en er mag geen reden bestaan om aan te nemen dat de betrokken doorgifte de rechtmatige belangen van de betrokkene zou kunnen schaden. Anders dan het Gerecht is het Hof van oordeel dat de doorgifte noodzakelijk is, en wel om de onpartijdigheid van elke deskundige in de uitvoering van zijn wetenschappelijke taak ten dienste van

de EFSA concreet na te kunnen gaan, om de beschuldigingen van partijdigheid van de EFSA te ontcrachten en de transparantie van het besluitvormingsproces te verzekeren.

Vermeldenswaard is verder O.W. Brouwer, 'De prijs voor transparantie en publicatie', *NtER* 2015/9, p. 292-297. Hierin wordt ingegaan op de uitspraak van het Gerecht van 27 februari 2015 in de zaak T-188/12 (*Patrick Breyer*), de tweede zaak waarin de grenzen worden verkend van toegang tot processtukken via Verordening 1049/2001. Breyer is deels succesvol in zijn verzoek tot toegang maar wordt door middel van de proceskostenveroordeling gestraft voor het plaatsen van de processtukken van zijn Eurowobzaak op zijn website. De vraag wordt opgeworpen of dit rechtens juist is.

4.8 **Fundamentele rechten**

Na *Google Spain* en *Digital Rights* toont het Hof zich in HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650, opnieuw een uitstekende bewaker van de privacy van Europese burgers. In de zaak verklaart het Hof de beschikking van de Commissie, waarin de USA wordt aangemerkt als veilig haven in de zin van art. 25 lid 6 Richtlijn 95/46, waaraan persoonsgegevens van Europese burgers kunnen worden doorgegeven, ongeldig, omdat de Commissie onvoldoende heeft gemotiveerd dat in de USA een passend beschermingsniveau voor de doorgegeven persoonsgegevens geldt, en afgaande op de informatie uit de motivering bij de beschikking het in the USA gegarandeerde beschermingsniveau onvoldoende lijkt. Als 'passend' merkt het Hof in algemene zin aan een niveau van bescherming van de grondrechten en fundamentele vrijheden dat 'in grote lijnen' overeenkomt met het niveau dat binnen de Unie wordt gewaarborgd op grond van Richtlijn 95/46, in samenhang met art. 8 lid 1, Handvest. De beoordelingsbevoegdheid van de Commissie is daarbij beperkt.

In HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-650/13 (Delvigne), oordeelt het Hof dat art. 39 lid 2, en art. 49 lid 1 Handvest aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich er niet tegen verzetten dat een Franse wettelijke regeling personen die, zoals Delvigne, op grond van een vóór 1 maart 1994 onherroepelijk geworden uitspraak strafrechtelijk zijn veroordeeld wegens een ernstig misdrijf, van rechtswege van stemrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement uitsluit.

Het recht op behoorlijk bestuur opgenomen in art. 41 Handvest staat centraal in M. Evans, *The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the EU integrated administrative system*, Baden-Baden: Nomos 2015.

De in de vorige kroniek (*NTB* 2015/30, afl. 7, p. 236) al gesignaleerde uitspraak van Rechtbank Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, waarin hij, onder verwijzing naar de uitspraak van het Hof in de zaak *Digital Rights* (*NTB* 2015/5, afl. 1, p. 34), de Nederlandse Wet Bewaarplicht Telecommunicatie buiten werking stelt, omdat deze wegens strijd met art. 7 en 8 Handvest onmiskenbaar onverbindend is, wordt van commentaar voorzien door Schutgens in *O&A* 2015/59, afl. 3, p. 120, en door R.H. Lauwaars in 'De interface

tussen een richtlijn en de nationale uitvoeringswetgeving', *SEW 2015/193*, p. 581.

5. Handhaving en schadevergoeding

5.1 Handhaving

5.1.1 Instrumenten

HvJ EU 8 september 2015, nr. C-105/15 (Taricco) maakt duidelijk dat een, in casu Italiaanse, regeling voor verjaring van vervolging in strijd kan komen met EU-rechtelijke verplichtingen. Daarvan kan volgens het Hof sprake zijn als deze regeling belet dat doeltreffende en afschrikkende sancties worden opgelegd in een groot aantal gevallen van ernstige fraude, waardoor de financiële belangen van de EU worden geschaad. Het is volgens het Hof aan de nationale rechter om te oordelen of daarvan sprake is. Het Hof overweegt daarbij wel dat het de taak van de nationale rechter is om volle werking te geven aan art. 325 lid 1 en 2 VWEU. Dit houdt in dat de nationale rechter, indien nodig, de bepalingen van nationaal recht die ertoe leiden dat de betrokken lidstaat wordt verhinderd de krachtens art. 325 lid 1 en 2 VWEU op hem rustende verplichtingen na te komen, buiten toepassing kan laten.

In HR 29 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2815 en ECLI:NL:HR:2015:2884, bevestigt de Hoge Raad, onder verwijzing naar het arrest *Josemans* (zie kroniek *NTB 2011/19*) – waarin het HvJ EU oordeelde dat een verbod om niet-ingezetenen tot coffeeshops toe te laten EU-rechtelijk toelaatbaar is – de uitspraak van het gerechtshof waarin was geoordeeld dat toepassing van het ingezetenen criterium geen grond oplevert voor niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de vervolging. Ook heeft het hof volgens de Hoge Raad terecht geoordeeld dat het OM niet in strijd met het verbod van willekeur heeft gehandeld door verdachte te vervolgen, en daarbij overwogen dat de beslissing ten aanzien van de ontvankelijkheid van het OM in de vervolging niet anders wordt als ervan wordt uitgegaan dat in andere coffeeshopgemeenten het ingezetenen criterium niet of onvolledig werd gehandhaafd. Daarbij neemt de Hoge Raad mede in aanmerking dat het optreden van het OM in casu is gebaseerd op de destijds geldende Aanwijzing Opiumwet van 13 december 2012, die landelijke gelding heeft, en dat het beleid in andere gemeenten onverlet laat dat, zoals in de overwegingen van het hof naar voren komt, het OM en de burgemeester van Maastricht vanwege de bijzondere problematiek van het drugstoerisme in de grensstreek ten aanzien van de coffeeshops in Maastricht het ingezetenen criterium op de door hen gehanteerde wijze hebben mogen en kunnen toepassen.

5.1.2 Specifieke waarborgen

Het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel bij sanctieoplegging speelde in diverse zaken van het Hof een rol. In HvJ EU 29 april 2015, nr. C-148/14 (Nordzucker), ECLI:EU:C:2015:287, *M en R 2015/107*, p. 566, m.nt. Peeters, oordeelt het Hof dat toepassing van de forfaitaire boete zoals geregeld in art. 16 lid 3, Richtlijn 2003/87/EG, mede in het licht van het evenre-

digheidsbeginsel, niet aan de orde is, indien een exploitant tijdig een hoeveelheid broeikasgasrechten heeft ingeleverd die gelijk is aan het door de verificateur goedgekeurde emissierapport, ook niet indien de bevoegde autoriteit na afloop van de inlevertermijn onjuistheden in de emissierapportage heeft geconstateerd.

HvJ EU 26 november 2015, nr. C-487/14 (Total Waste Recycling), maakt duidelijk dat art. 50 lid 1, Verordening nr. 1013/2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen, dat bepaalt dat de sancties die de lidstaten op inbreuken op de bepalingen van deze verordening toepassen doeltreffend moeten zijn, aldus moet worden uitgelegd dat de oplegging van een geldboete ter bestraffing van de overbrenging van afvalstoffen in het land van doorvoer via een andere grensovergang dan die welke is vermeld in het kennisgevingsdocument waarvoor de bevoegde autoriteiten toestemming hebben verleend, en waarbij het basisbedrag van die boete even hoog is als de boete die wordt toegepast in geval van niet-nakoming van de verplichting om toestemming te verkrijgen en een voorafgaande schriftelijke kennisgeving te verrichten, enkel als evenredig kan worden beschouwd indien uit de omstandigheden waarin de inbreuk is gepleegd kan worden afgeleid dat het om even zware inbreuken gaat. Het is dan aan de nationale rechter om, rekening houdend met in het bijzonder de gevaren die de inbreuk kan opleveren voor de bescherming van het milieu en de gezondheid van de mens, te beoordelen of het boetebedrag niet verder gaat dan nodig is ter bereiking van de doelstelling een hoog niveau van bescherming van het milieu en de gezondheid van de mens te waarborgen.

HvJ EU 22 oktober 2015, nr. C-194/14P (*AC-Treuhand/Commissie*) bevestigt de uitspraak van het Gerecht in zaak T-27/10. Het betreft de bevoegdheid alsook de evenredigheid van de oplegging van een boete in het geval een consultancy-onderneming aansprakelijk is voor een inbreuk op art. 101 lid 1 VWEU, indien deze onderneming actief en met kennis van zaken bijdraagt tot de uitvoering of de opvolging van een mededingingsregeling tussen producenten die werkzaam zijn op een andere markt dan die waarop zij zelf werkzaam is. Zie over de waarborgen bij straffen in het kader van de handhaving van het Unierecht nader, Karsten Engsig Sørensen, 'Member States' implementation of penalties to enforce EU law: balancing the avoidance of enforcement deficits and the protection of individuals', *European Law Review* 2015, p. 811-831.

ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2369, bevestigt de bestreden uitspraak van de rechtbank waarin, onder verwijzing naar het arrest *Bonda* (zie kroniek *NTB 2012/36*), werd geoordeeld dat de opgelegde korting op een landbouwsubsidie niet als strafrechtelijke sanctie moet worden aangemerkt. De Afdeling verwijst hierbij tevens naar het arrest *FranceAgriMer* (zie kroniek *NTB 2014/17*), waarin het Hof heeft gesteld dat de volledige of gedeeltelijke ontname van een toegekend voordeel een administratieve sanctie oplevert. Hieruit volgt dat de opgelegde korting, die leidt tot terugbetaling, geen strafrechtelijk karakter heeft, zodat niet hoeft te worden voldaan aan de voor een strafrechtelijke procedure geldende eisen.

CBB 24 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:331, betreft de oplegging van een zogenoemde randvoorwaardenkorting op grond van de Regeling GLB-inkomenssteun 2006 vanwege het opzettelijk niet naleven van art. 19 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biocide, waarvoor aan de landbouwer in kwestie ook al een boete was opgelegd. Naar het oordeel van het CBB, verwijzend naar *Käserei Champignon Hofmeister*, zijn de door verordeningen betreffende het gemeenschappelijk landbouwbeleid uitgevaardigde sancties niet strafrechtelijk van aard, zodat de opgelegde randvoorwaardenkorting ook niet als strafrechtelijk van aard kan worden beschouwd, zodat verweerder de hoogte van de boete niet hoefde mee te nemen bij de vaststelling van de hoogte van de randvoorwaardenkorting. Zie over het beginsel van *ne bis in idem*, ook John A. E. Vervaele, 'Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic', *CMLRev.* 2015, p. 1339-1359.

Vermeldenswaard is verder dat advocaat-generaal Knigge in zijn conclusie van 29 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1996, concludeert dat de Hoge Raad het Hof prejudiciële vragen zou moeten stellen over de kwestie of een verdachte aan art. 6 EVRM het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor kan ontnemen. Het EHRM heeft hierover in het bekende Salduz-arrest uit 2008 al geoordeeld. De Hoge Raad heeft eerder aangegeven dat hieruit geen algemeen recht op verhoorbijstand kan worden afgeleid en dat de aanvaarding daarvan de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten gaat. Omdat diverse strafrechtelijke kwesties binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen – in casu het bezit van kinderporno hetgeen tenuitvoerlegging van Unierecht betekent – rijst de Unierechtelijke vraag of een verdachte op grond van art. 48 lid 2 Handvest en art. 6 EVRM een recht op verhoorbijstand heeft, hetgeen volgens de A-G geen *acte clair* of *acte éclairé* is. Zie hierover nader, T. Spronken, Straatsburg of Luxemburg, *NJB* 2015, afl. 34, p. 2341.

5.2 Aansprakelijkheid

In HR 18 september 2015 (*Staat/Habing*), ECLI:NL:HR:2015:2722, *AB* 2016/30, m.nt. Widdershoven; *JB* 2015/181, m.nt. Sanderink; *O&A* 2015/90, p. 179, m.nt. Uzman, maakt de Hoge Raad uit dat het uitvaardigen en handhaven van een wet in formele zin in strijd met hoger recht – een een-ieder-verbindende bepaling van internationaal recht of het Unierecht (in casu een richtlijn) – onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW. Dit standpunt is in lijn met het in *NTB* 2014/17, afl. 5, p. 146, besproken arrest van het Gerechtshof Den Haag 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3791, en heeft tot gevolg dat in Nederland niet de strenge Unierechtelijke maatstaf van de 'voldoende gekwalificeerde schending' geldt. Tegelijkertijd suggereert de Hoge Raad dat de onrechtmatigheid mogelijk niet al vanaf het moment van de verkeerde omzetting van de richtlijn in kwestie door de formele wetgever toerekenbaar is aan de Staat, maar pas nadat het Hof van Justitie een kleine vijf jaar later in de zaak *Bectu* een uitspraak heeft gedaan waaruit het de Staat duidelijk had moeten zijn

dat de richtlijn verkeerd was omgezet. Als dat inderdaad de bedoeling is van de Hoge Raad, dan wordt de aansprakelijkheid voor formele wetgeving in strijd met hoger recht toch beperkt, niet door toepassing van de EU-maatstaf van de voldoende gekwalificeerde schending, maar door het Nederlandse toerekeningsvereiste.

In de onder punt 3.1.2 al vermelde uitspraak van het Hof van 9 september 2015, nr. C-160/14 (Ferreira da Sila e Brito), ECLI:EU:C:2015:565, *JB* 2015/168, m.nt. Beijer & Krommendijk; *AB* 2016/1, m.nt. Ortlep, stelt het Hof dat de *Köbler*-aansprakelijkheid voor de schending van het Unierecht door een hoogste nationale rechter niet afhankelijk mag worden gesteld van de voorafgaande vernietiging van de beslissing waardoor die schade is veroorzaakt. Volgens het Hof wordt deze ernstige belemmering van de effectieve toepassing van het fundamentele beginsel van lidstaataansprakelijkheid wegens schending van Unierecht niet gerechtvaardigd door het beginsel van gezag van gewijsde of het rechtszekerheidsbeginsel en is zij derhalve in strijd met het beginsel van doeltreffendheid. De in de vorige kroniek (*NTB* 2015/30, afl. 7, p. 237) al gesignaleerde uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:6222 – waarin de eerste op *Köbler* gebaseerde aansprakelijkheidsclaim in Nederland wordt afgewezen, omdat volgens de rechtbank de Hoge Raad in een eerder arrest het Unierecht niet (kennelijk) heeft geschonden – is gepubliceerd in *AB* 2016/30, m.nt. Widdershoven.

In Gerecht EU 7 oktober 2015, nr. T-79/13 (Accorinti), beoordeelt het Gerecht een verzoek om schadevergoeding als gevolg van de vaststelling door de ECB van een besluit inzake de beleenbaarheid van verhandelbare schuldbewijzen die door Griekenland worden uitgegeven of volledig worden gegarandeerd in de context van het aanbod van Griekenland tot schuldenruil, in het licht van art. 340, derde alinea, VWEU, en wijst het dit af omdat de ECB het Unierecht – het Unierechtelijk vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel en diverse monetaire bepalingen – niet heeft geschonden. In de uitspraak wijst het Gerecht erop dat vanwege de ruime beoordelingsbevoegdheid die het ECB bij de uitoefening van zijn monetaire bevoegdheden heeft, er pas sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van Unierecht als de ECB de grenzen van die ruime bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft overtreden. Opmerkelijk is dat de zaak niet wordt afgedaan met een *Peter Paul*-achtige redenering dat de geschonden Unierechtelijke monetaire bepalingen er niet toe strekken om particulieren rechten toe te kennen. Dit roept wederom de vraag op of de verregaande wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van DNB en AFM EU-rechtelijk wel houdbaar is. Zie reeds *NTB* 2015/5, afl. 1, p. 36.

In Gerecht EU 23 september 2015, nr. T-205/14 (Schroeder), wordt een schadeclaim tegen de Raad en de Commissie wegens de vaststelling van een antidumpingsverordening afgewezen, omdat het tekortschieten door beide instellingen in hun zorgvuldigheidsplicht geen kennelijke en ernstige overschrijding van de grenzen van hun beoordelingsbevoegdheid betreft. Hetzelfde lot treft in Gerecht EU 3 december 2015, nr. T-343/13 (CN), een schadeclaim tegen het Europees Parlement wegens het publiceren van persoonlijk

ke gegevens van een Unieburger die gebruik heeft gemaakt van zijn petitierecht, omdat deze publicatie niet onrechtmatig is.

De in de vorige kroniek (*NTB* 2015/30, afl. 7, p. 238) gesignaleerde prejudiciële verwijzing in ABRvS 11 maart 2015 (KLM), ECLI:NL:RVS:2015:699, betreffende de financiële compensatieregeling bij vertraagde vluchten van Verordening 261/2004, is inmiddels gepubliceerd in *AB* 2015/375, m.nt. Kortmann & Klijsen. Zie ten slotte over de aansprakelijkheid voor schendingen van Unierecht, R.J.G.M. Widdershoven, 'Twee bevoegdheidssystemen, twee aansprakelijkheidsregimes? Tussen objectum litis en Franco-vich', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 705-726; A.A. al Khatib, 'Marktregulering en aansprakelijkheid voor schending van het staatssteunrecht door wetgevend handelen', *O&A* 2015/56, afl. 3, p. 95-106; en L. Di Bella, 'Vragen over de toepassing van het relativiteitsvereiste in het licht van de interactie tussen de burgerlijke rechter, de bestuursrechter en het Hof van Justitie', *O&A* 2015/32, afl. 2, p. 73-76.