

Europees staats- en bestuursrecht

NTB 2018/46

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 van 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 komen derhalve in onderstaande kroniek niet aan de orde. Deze kroniek beslaat de periode van augustus 2017 t/m maart 2018.*

1. Constitutionele aspecten

1.1 Europese institutionele ontwikkelingen

In een opmerkelijke uitspraak van 7 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:605, *JB* 2018/45, m.nt. Van der Hulle, stelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen aan het Hof over de gevolgen van de Brexit voor het EU-burgerschap van de in Nederland wonende Britse onderdanen. Meer in het bijzonder wil de rechter weten of de aan het EU-burgerschap te ontleen rechten door de Brexit van rechtswege zullen vervallen en, als dat niet het geval is, of er dan voorwaarden of beperkingen dienen te worden gesteld aan die rechten. In de uitspraak verwerpt de rechter het verweer van de Staat dat de procedure een onwenselijke doorkruising van het politieke onderhandelingsproces vormt en betrekking heeft op een *'political question'* die zich niet leent voor de beoordeling door de rechter, met als argument dat de fundamentele rechten van verzoekers in het geding zijn. De Britse onderdanen leiden immers nu al schade in hun privéleven door de dreiging dat zij straks als derdelanders uit Nederland moeten vertrekken. Zie voor andere consequenties van de Brexit, M.Y. Schaub, 'Brexit en de mogelijke gevolgen voor consumentenrechten' (Brexit-reeks nr. 11), *SEW* 2017/188, afl. 12, p. 494-498; R. de Lange, 'Brexit en het staatsrecht' (Brexit-reeks nr. 10), *SEW* 2017/168, afl. 11, p. 499-456; G. van der Loo, 'Brexit en internationale overeenkomsten' (Brexit-reeks nr. 9), *SEW* 2017/150, afl. 10, p. 398-404; J.T. Tegelaar & M. Haentjens, 'Brexit and the City' (Brexit-reeks nr. 8), *SEW* 2017/132, afl. 9, p. 350-355; J. Steenbergen, 'Brexit vanuit het perspectief van een EU-mededingingsautoriteit' (Brexit-reeks nr. 7), *SEW* 2017/112, afl. 7-8, p. 295-29; P.J. Slot, 'Brexit in de transportsector. Into thin air?' (Brexit-reeks nr. 12), *SEW* 2018/2, afl. 1, p. 2-9; P. Craig, 'Brexit, A Drama: The Interregnum', *Yearbook of European Law* 2017, p. 3-45; M. Dougan (red.), *The UK After Brexit. Legal and Policy Challenges*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia 2017; C. Hillion, 'Brexit means Br(EEA)xit: The UK withdrawal from the EU and its implications for the EEA', *CMLRev* 2018/1, p. 135-156; A.L. Young 'The Constitutional Implications of Brexit', *EPL* 2017/4, p. 757-786; Editorial comments, 'About Brexit negotiations and enforcement action against Poland: The EU's own song of ice and fire', *CMLRev* 2017/5, p. 1309-1317; Editorial comments, 'Polar exploration: Brexit and the emerging frontiers of EU law', *CMLRev* 2018/1, p. 1-16.

¹ A.P.W. Duijkersloot en R. Ortlep zijn als universitair docent respectievelijk universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht verbonden aan de UU. Daarnaast is R. Ortlep hoogleraar bestuursrecht aan de OU. M.J.M. Verhoeven is werkzaam als rechter bij de rechtbank Gelderland. R.J.G.M. Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de UU en staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht.

In HvJ EU 6 september 2017, nr. C-643/15, ECLI:EU:C:2017:631 (*Slowakije en Hongarije/Raad van de EU*), verwerpt het Hof het beroep van Slowakije en Hongarije tegen Besluit (EU) 2015/1601, van de Raad, op grond waarvan asielzoekers uit Griekenland en Italië gedurende twee jaar zullen worden herplaatst in onder meer beide landen. Zie over de vluchtelingen- en andere crises waarmee de EU de afgelopen jaren is geconfronteerd, L. Papadopoulou, I. Pernice & J.H.H. Weiler (red.), *Legitimacy Issues of the European Union in the Face of Crisis*, Baden-Baden: Nomos 2017.

In HvJ EU 12 september 2017, nr. C-589/15P, ECLI:EU:C:2017:663, *SEW* 2018/32, p. 76, m.nt. Geuens, (*Anagnostakis/Commissie*), bevestigt het Hof de uitspraak van het Gerecht tot verwerping van het beroep tegen de afwijzing door de Commissie van het verzoek van Anagnostakis om een burgerinitiatief te houden over een wetgevingsvoorstel inzake de kwijtschelding van overheidsschulden van lidstaten in een noodsituatie. Uit de uitspraak blijkt dat de Unierechter de inschatting door de Commissie of het onderwerp van het initiatief binnen haar bevoegdheden valt niet inhoudelijk beoordeelt, maar wel de motivering van de Commissie serieus toetst. In zoverre staat de Commissie wel onder toezicht van de rechter. Zie over de uitspraak, L.A.J. Senden & S. Nicolosi, 'Een eerste balans van het Europees burgerinitiatief in het licht van de Anagnostakis-uitspraak en het EBI-herzieningsvoorstel', *NtER* 2017, afl. 9/10, p. 241-249.

De *ReNEUAL*-voorstellen voor een Europese Awb zijn gepubliceerd in P. Craig e.a. (red.), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, Oxford: OUP 2017, en worden besproken in H.C.H. Hofmann & J.P. Schneider, 'Administrative Law Reform in the EU: The ReNEUAL Project', in: S. Rose-Ackerman e.a. (red.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham: Elgar 2017, p. 650-666. Zie over het Europees bestuursrecht, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, *Ars Aequi Libri* 2017 (vierde druk); C. Harlow, G. della Cananea & P. Leino (red.), *Research Handbook on EU Administrative Law*, Cheltenham: Elgar Publishing 2017; R. Ortley & R.J.G.M. Widdershoven, 'European Administrative Law', in: R. Seerden (red.), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia 2018, p. 267-356.

1.2 Het wetgevingsproces

1.2.1 Europese wetgeving en subsidiariteit

De ruime mogelijkheden van delegatie in het Europese wetgevingsproces worden besproken in, C. Tovo, 'Delegation of legislative powers in the EU: how EU institutions have eluded the Lisbon reform', *ELRev* 2017/5, p. 677-705. Zie voor de betekenis van subsidiariteit in dat proces, J. Oberg, 'Subsidiarity as a Limit to the Exercise of EU Competences', *Yearbook of European Law* 2017, p. 391-420.

1.2.2 Implementatievragen

Volgens A.R. Neerhof, 'Gebruik van normalisatie door de Europese en Nederlandse overheid: een rechtsstatelijke en democratische blik', *JBplus* 2017, afl. 3, p. 195-220, doet de EU

het bij het gebruik van normalisatie op het punt van rechtsstatelijkheid en democratie beter dan Nederland, omdat de EU dat gebruik heeft verankerd in de Normalisatieverordening en omdat het Hof van Justitie hieraan zeker grenzen stelt, onder meer omdat het zich in de zaak *James Elliot* (nr. C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821) bevoegd heeft geacht deze normen in de prejudiciële procedure uit te leggen.

1.3 Toezicht en samenwerking

In HvJ EU 6 februari 2018, nr. C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63 (*Altun*) AB 2018/156, m.nt. Widdershoven, brengt het Hof (Grote Kamer) een nuancering aan op de juridische binding van een E 101-verklaring, waarin een lidstaat aangeeft dat een werknemer in dat land is verzekerd, voor de autoriteiten van een andere lidstaat waarnaar die werknemer is gedetacheerd. Hoewel het uitgangspunt blijft dat de ontvangende lidstaat, indien verzoeningspogingen tussen beide staten in de Administratieve Commissie hebben gefaald, aan die verklaring gebonden is, ligt dat – op grond van het beginsel van verbod van fraude en misbruik van recht – anders als uit de gegevens van een gerechtelijk onderzoek in de lidstaat van ontvangst kan worden afgeleid dat de verklaring in de lidstaat van afgifte frauduleus is verkregen. Als in dat geval het orgaan van afgifte weigert de verklaring te heroverwegen, kan de rechter in het land van ontvangst de verklaring buiten beschouwing laten indien hij op basis van die gegevens en onder eerbiediging van de aan een detacherende persoon toekomende waarborgen van een eerlijk proces, oordeelt dat een dergelijke fraude heeft plaatsgevonden. Aldus wordt het beginsel van wederzijds vertrouwen (artikel 4 lid 3 VEU) in geval van gebleken fraude opzijgezet.

Het beginsel van wederzijds vertrouwen prevaleert wel in ABRvS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3578 (*Groen Kempenland*), waarin de Afdeling oordeelt dat het college van gedeputeerde staten bij de verlening van een NBW-vergunning voor een veehouderij voor wat betreft de invloed van de veehouderij op een Vlaams Natura 2000-gebied terecht het Vlaamse beoordelingssysteem heeft gebruikt. Mede gelet op artikel 4 lid 3, VEU, mag het college ervan uitgaan dat het Vlaamse systeem in overeenstemming is met artikel 6 lid 3, Habitatrichtlijn. Zie over het recht in grensoverschrijdende situaties in algemene zin, M. Avbelj, *The European Union under Transnational Law*, Oxford: Hart Publishing 2018.

A.A. al Khatib, 'De wet terugvordering staatsteun: een adequate grondslag voor de terugvordering van staatssteun?', *Gst.* 2018/2 (p. 2-7), is over het algemeen positief over het nieuwe wetsvoorstel betreffende de terugvordering van staatsteun. Vgl. verder HvJ EU 27 juni 2017, nr. C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496, AB 2017/387, m.nt. Mohammad & al Khatib (*Betania*), waarin het Hof bepaalt dat onderwijsactiviteiten economische activiteiten in de zin van het staatssteunrecht kunnen zijn.

1.4 Nationale bestuursorganisatie

In HvJ EU 10 oktober 2017, nr. C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745, (*Farrel*), AB 2017/419, m.nt. Jak; *JB* 2017/189, m.nt. De Waele, verduidelijkt het Hof (Grote Kamer) de voorwaar-

den waaronder een privaatrechtelijk lichaam als overheidsorgaan in de zin van de zaak *Forster* (nr. C-188/89, ECLI:EU:C:1990:13) kan worden gekwalificeerd, waartegen particulieren rechtstreeks werkende bepalingen van een richtlijn kunnen inroepen. Van een dergelijk orgaan is sprake als a) de private entiteit 'onder gezag of toezicht van een overheidsinstantie' staat of; b) als aan die entiteit 'een taak van algemeen belang' is opgedragen en deze daartoe beschikt over 'bijzondere bevoegdheden'. Anders dan kon worden afgeleid uit de zaak *Portgás* (nr. C-425/12, ECLI:EU:C:2013:829, AB 2014/87, m.nt. Verhoeven) zijn beide criteria dus niet cumulatief, maar alternatief. In de zaak *Farrel* wordt de Motor Insurance Bureau of Ireland (MIBI) aangemerkt als overheidsorgaan waartegen richtlijnen kunnen worden ingeroepen, omdat aan MIBI krachtens een richtlijn over de wettelijke aansprakelijkheid van verkeersdeelnemers een taak van algemeen belang is opgedragen en deze entiteit volgens de wet over bijzondere bevoegdheden beschikt, zoals de bevoegdheid om verzekeraars die motorvoertuigenverzekeringen in Ierland aanbieden te verplichten zich bij hem aan te sluiten en hem te financieren. Daarmee is het EU-overheidsbegrip in de context van rechtstreekse werking ruimer dan dat van artikel 1:1 lid 1, onder b, Awb.

2. Doorwerking van Unierecht

2.1 Voorrang algemeen

In beginsel houden grondwettelijke hoven zich niet bezig met de vraag of nationaal recht in overeenstemming is met het Unierecht. Er zijn echter uitzonderingen, waarbij het Unierecht de maatstaf is voor constitutionele toetsing. D. Paris bespreekt dit verschijnsel met een rechtsvergelijkend bril in 'Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review', *MJECL* 2017/6, p. 792-821. In de eerste plaats beschrijft hij de huidige stand van zaken: gebruiken grondwettelijke hoven het Unierecht al als toetsingsmaatstaf, en vernietigen zij nationale wetgeving of beslissingen van lagere rechters als zij strijdig zijn met het EU-recht? Vervolgens worden de grenzen besproken waarbinnen het Unierecht kan worden ingeroepen in het kader van constitutionele toetsing, zonder het beginsel van voorrang in gevaar te brengen. De auteur concludeert dat constitutionele rechters niet bang zouden moeten zijn om het Unierecht als toetsingsmaatstaf te hanteren, omdat dit bijdraagt aan een betere mensenrechtenbescherming en bescherming van de rechtsstaat in Europa, hetgeen ook in het belang is van de grondwettelijke hoven zelf.

Zie over de afnemende betekenis van het Nederlandse legaliteitsbeginsel bij de diverse EU-wetgevingsinstrumenten, R. Molendijk & R. Ortlep, 'De erosie van het Nederlandse legaliteitsbeginsel onder invloed van het Unierecht', *JBplus* 2017, afl. 4, p. 305-324.

2.2 Doorwerking van Uniehandelingen

2.2.3 Richtlijnen

In HvJ EU 25 januari 2018, nr. C-314/16, ECLI:EU:C:2018:42 (*Commissie/Tsjechië*), wordt Tsjechië door het Hof veroordeeld wegens de incorrecte omzetting van de bepalingen over rijbewijzen voor categorie C en D motorvoertuigen van de Rijbewijsrichtlijn 2006/126/EU. Daarbij benadrukt het Hof dat een letterlijke uitleg van de richtlijn soms niet voldoet, maar dat uit vaste rechtspraak blijkt dat bij de uitleg van een bepaling van het Unierecht niet alleen rekening moet worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt. Om te komen tot een correcte uitleg van de desbetreffende categorieën, dient de tekst van de richtlijn dus in zijn geheel in aanmerking te worden genomen, inclusief de bijlagen bij de richtlijn, die aantonen dat de bestemming van de motorvoertuigen een doorslaggevende rol speelt. Verder is het een lidstaat niet toegestaan ter omzetting van de richtlijn nationale regelgeving vast te stellen waarbij voorwaarden worden ingevoerd waarin die richtlijn niet voorziet of waarbij de in die richtlijn vastgestelde voorwaarden worden afgeschaft. Eventuele redactionele onjuistheden in de richtlijn kunnen, in voorkomend geval een reactie van de wetgever van de Unie vereisen, maar er niet toe leiden dat het Hof het beroep wegens een vastgestelde niet-nakoming niet honoreert. In HvJ EU 21 september 2017, nr. C-605/15, ECLI:EU:C:2017:718 (*Aviva*) en nr. C-326/15, ECLI:EU:C:2017:719 (*DNB Banka*), oordeelt het Hof dat een vrijstelling op grond van artikel 132 lid 1, onder f, Btw-richtlijn niet kan worden verleend als er geen sprake is van activiteiten van algemeen belang, maar van een economische activiteit op het gebied van verzekeringen. Omdat op basis van een eerder arrest, waarin het Hof deze kwestie had ontweken, een praktijk was ontstaan waarbij bepaalde lidstaten vrijstelling hebben verleend voor diensten verricht door verzekeringsmaatschappijen, gaat het Hof expliciet in op de gevolgen van beide arresten. Wat de nog niet definitief verstreken belastingtijdvakken betreft, wordt eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak een richtlijn uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dus als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen. Daarnaast wordt de verplichting van de nationale rechter om bij de uitleg en de toepassing van de relevante bepalingen van zijn nationale recht te refereren aan de inhoud van een richtlijn, begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en kan zij niet dienen als grondslag voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht.

HvJ EU 24 januari 2018, nrs. C-616/16 en C-617/16, ECLI:EU:C:2018:32 (*Pantusa e.a.*), betreft de vraag of de (rechtstreeks werkende) bepaling betreffende een 'passend bezoldiging' van Richtlijn 82/76/EEG, inzake de coördinatie van bepalingen betreffende de werkzaamheden van de arts, moet worden toegepast op opleidingen tot specialist die zijn begonnen vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn (1 januari 1983) en afgerond na deze datum. Het

Hof oordeelt dat uit de richtlijn niet blijkt dat de verplichting voor de lidstaten om voor tijdvakken van opleidingen tot medisch specialist een passende bezoldiging te betalen niet van toepassing is op de opleidingen die van start zijn gegaan vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van Richtlijn 82/76 op 1 januari 1983 en na deze datum zijn voortgezet. Wel geldt deze verplichting pas vanaf 1 januari 1983. Tijdens de omzettingstermijn waren de lidstaten niet gehouden om al aan de richtlijn te voldoen, aangezien – in het licht van de onthoudingsverplichting van de zaak *Inter-Environnement* (nr. C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628) – ‘geenszins vast [staat] dat de doelstelling van richtlijn 82/76 ernstig in gevaar kan worden gebracht doordat in geval van een opleiding tot specialist die is begonnen in de loop van 1982 en voortgezet tot 1990 enkel in een passende bezoldiging is voorzien voor het tijdvak na het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijn 82/76’.

In ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2824, oordeelt de Afdeling dat een wijzigingsbesluit van 22 februari 2017, tot verlening van ontheffing voor het doden van grauwe ganzen met behulp van een geweer van een uur voor zonsopgang tot een uur na zonsondergang – anders dan het gewijzigde besluit van 15 september 2015, waarvoor in de toen geldende Flora- en faunawet een wettelijke grondslag ontbrak – inmiddels wel een wettelijke grondslag heeft in artikel 3.9 Besluit natuurbescherming. In zoverre wordt thans dus wel voldaan aan artikel 9 lid 2, Vogelrichtlijn. Niettemin vernietigt de Afdeling het wijzigingsbesluit, omdat – anders dan volgens de rechtspraak van het Hof is vereist (vgl. nr. C-60/05, ECLI:EU:C:2006:378 (*WWF Italia*)) – de door het college van gedeputeerde staten aan de ontheffing ten grondslag gelegde cijfers geen nauwkeurige en treffende motivering ervoor vormen dat er geen andere bevredigende oplossing is dan de afschot van ganzen en dat het afschieten van grauwe ganzen een effectieve oplossing is om belangrijke schade aan gewassen te voorkomen, zoals geëist in artikel 9 lid 1, Vogelrichtlijn.

M. Rasmussen, ‘How to enforce European law? A new history of the battle over the direct effect of directives, 1958-1987’, *ELJ* 2017/3-4, p. 290-308, reconstrueert de geschiedenis van het leerstuk van de rechtstreekse werking van richtlijnen in de jurisprudentie van het Hof. Volgens de auteur was de uitbreiding van de doctrine van rechtstreekse werking naar richtlijnen onderdeel van een plan van de juridische afdeling van de Commissie en het Hof van Justitie, teneinde het effect en de naleving van het Unierecht in de nationale rechtsordes te versterken. Deze uitbreiding zette de bevoegdheidsverdeling tussen de EG en de lidstaten onder druk en leidde tot afwijzende reacties van nationale parlementen en rechters. De kracht hiervan en de crisis die in de late jaren 70 van de vorige eeuw ontstond tussen Frankrijk en het Hof leidde tot een verandering in de jurisprudentie, waarbij de rechtstreekse werking van richtlijnen principieel werd beperkt tot verticale situaties tussen burgers en lidstaten en horizontale rechtstreekse werking (tussen burgers onderling) werd afgewezen. Aldus leidde de weerstand in de lidstaten tot een nuancering van de Luxemburgse jurisprudentie.

De – in de vorige kroniek (*NTB* 2017/27 (p. 240)) al gesignaleerde – botsing tussen het Hof van Justitie en de Deense hoogste rechter naar aanleiding van de zaak *Ajos* (*Danske Industri*, nr. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278) wordt besproken in U. Neergaard & K.E. Sørensen, ‘Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the *Ajos* Case’, *Yearbook of European Law* 2017, p. 275-313.

2.2.4 Besluiten

Rechtbank Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5526, betreft de vraag of de Minister van SZW een subsidie op grond van het Europees Integratiefonds kan herzien en (deels) terugvorderen vanwege het niet bewaren van een kopie van een verblijfsdocument. Volgens de rechtbank is deze nalatigheid geen onregelmatigheid als bedoeld in artikel 42 Beschikking 2007/435/EG (elke inbreuk op een bepaling van het EG-recht als gevolg van een handeling of nalatigheid van een marktdeelnemer waarbij de algemene begroting van de EU door een onverschuldigde uitgave wordt of zou worden benadeeld), omdat de verplichting tot het bewaren van een dergelijk document nergens uit voortvloeit. Omdat evenmin kan worden gesteld dat de uitgaven voor het project waaraan de subsidie is gekoppeld geen verband houden met de doelgroep, vernietigt de rechtbank de herziening van de subsidie vaststelling en de terugvordering van het uitgekeerde bedrag.

2.2.5 Andere handelingen

M. Cremona & C. Kilpatrick (red.), *EU Legal Acts. Challenges and Transformations*, Oxford: OUP 2018, verkennen het veranderende landschap van de Uniewetgeving, waarbij vooral wordt ingegaan op processen die afwijken van de normale wetgevingsprocedure en/of waaruit normen voortvloeien die geen ‘recht’ in de traditionele zin van het woord zijn. Meer in het bijzonder besteden zij aandacht aan verdragen tussen lidstaten, zelfregulering en collectieve afspraken, *soft law* en besluitvorming buiten de normale wetgevingsprocedures. Zij bespreken onder meer de gevolgen hiervan voor de rollen van de verschillende instituties en hun onderlinge balans en de consequenties voor de rechtsstaat.

C. van Dam, ‘Guidance documents of the European Commission: a typology to trace the effects in the national legal order’, *REALaw* 2017/2, p. 75-91, analyseert de verschillende soorten *guidance documents*, niet-juridisch bindende documenten die de Commissie uitvaardigt om de lidstaten bij de implementatie van het EU-recht te helpen. De auteur maakt onderscheid tussen vijf soorten documenten afhankelijk van hun oogmerk: interpretatie, implementatie, uitleg, technische hulp of de verspreiding van goede voorbeelden uit de praktijk. Zij betoogt dat haar typologie kan worden gebruikt als raamwerk om de praktische en juridische effecten van *guidance documents* in de nationale rechtsorde te bestuderen. Verder onderzoek is nodig om te bezien of de verschillende soorten documenten verschillende praktische en/of juridische gevolgen hebben.

2.3 *Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten*

In HvJ EU 30 januari 2018, nr. C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Visser Vastgoed Beleggingen/Appingedam*) schept het Hof (Grote Kamer) duidelijkheid over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn 2006. De zaak betrof een bestemmingsplan, waarin voor het Woonplein aan de rand van de stad was bepaald dat, ter voorkoming van winkelleegstand in het stadscentrum, op dat plein alleen volumineuze detailhandel mocht worden gevestigd, en dus niet een vestiging van Bristols die schoenen en kleding verkoopt. In de uitspraak stelt het Hof in de eerste plaats dat een activiteit bestaande uit detailhandel in goederen als schoenen en kleding een 'dienst' is als bedoeld in artikel 4, punt 1, van de Dienstenrichtlijn 2006. Daarbij wijkt het Hof uitdrukkelijk af van de wijze waarop het in zijn rechtspraak de bepalingen van het VWEU betreffende het vrij verkeer van diensten afbakt van die van het vrij verkeer van goederen, volgens welke het gewicht van de betreffende verkeersvrijheid bepalend is. In de tweede plaats is het Hof van oordeel dat de bepalingen van hoofdstuk III van de richtlijn, betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, ook van toepassing zijn op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen (zuiver interne situaties). In de derde plaats maakt het Hof duidelijk dat de regels van een bestemmingsplan geen vergunningstelsel als bedoeld in de richtlijn zijn en dus niet vallen onder artikel 9 en 10 van de richtlijn, maar een 'eis' als bedoeld in artikel 15 van de richtlijn. De uitsluiting van deze bepaling die overweging 9 van de richtlijn maakt voor 'voorschriften inzake ruimtelijke ordening', is op de omstreden regels van het bestemmingsplan in kwestie niet van toepassing omdat die regels zich enkel richten tot personen die activiteiten willen verrichten in het geografisch begrensde gebied het Woonplein, en dus niet gelden voor alle particulieren. De toepasselijkheid van artikel 15 impliceert dat de regels van het bestemmingsplan moeten worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang en in het licht daarvan moeten voldoen aan de voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid. Het doel van de regels – het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en het voorkomen van leegstand in het binnenstedelijk gebied – is volgens het Hof een dwingende reden van algemeen belang. Of de regels ook voldoen aan de hiervoor genoemde beginselen, zal de nationale rechter moeten uitmaken. Zie voor een eerste verkenning van de consequenties van de uitspraak, C.E. Drion, 'Detailhandel is een dienst, een beslissing met verrassende consequenties', *NJB* 2018/301 (p. 403). In de zaak *Amersfoort/X* (nr. C-360/15, ECLI:EU:C:2018:44), die door het Hof gevoegd is behandeld met *Visser Vastgoed Beleggingen*, oordeelt het Hof dat de rechten (leges) die ondernemingen verschuldigd zijn om kabels voor een openbaar elektronisch-communicatienetwerk aan te leggen, onder artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn 2002/12/EG vallen en dus op grond van artikel 2 lid 2, onder c, Dienstenrichtlijn 2006 van de laatste richtlijn zijn uitgezonderd. In ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602, acht de Afdeling de Dienstenrichtlijn 2006 evenmin van toepassing op het aanbieden van

alternatief personenvervoer (fietstaxi), omdat deze dienst een op grond van artikel 2 lid 2, onder d, van de Dienstenrichtlijn 2006 uitgezonderde vervoersdienst is. De weigering van de fietstaxivergunning wordt door de Afdeling overigens wel vernietigd, omdat het college van burgemeester en wethouders de criteria die het heeft toegepast bij de vergelijkende toets ter verdeling van schaarse fietstaxivergunningen tevoren onvoldoende kenbaar heeft gemaakt en de beoordeling van appellant's aanvraag onzorgvuldig is geweest.

In ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:402, beoordeelt de Afdeling de afwijzing door de Belastingdienst/Toeslagen van een toeslagverzoek in verband met de kosten van kinderopvang bij twee instellingen in het Verenigd Koninkrijk in het licht van het recht van vrij verkeer voor Unieburgers van artikel 21 lid 1 VWEU. Hoewel de reden voor de afwijzing – de betreffende instellingen zijn niet geregistreerd in het centrale register dat de minister ter verzekering van de kwaliteit ervan bijhoudt – volgens de Afdeling een beperking van artikel 21 lid 1 VWEU, impliceert, acht zij deze beperking toelaatbaar, omdat de registratieplicht gerechtvaardigd wordt door objectieve overwegingen van algemeen belang, namelijk kwaliteitsbewaking, de beperking losstaat van de nationaliteit van betrokkene, en de plicht evenredig is aan het nagestreefde doel.

In ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:98, *JB* 2018/31, oordeelt de Afdeling – anders dan de raad voor de rechtsbijstand en de rechtbank – dat een Duitse *Rechtsanwalt* die zijn werkzaamheden in Nederland uitoefent bij wijze van dienstverrichting valt onder Richtlijn 77/249/EEG, betreffende de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten, en niet onder Richtlijn 98/5/EG, betreffende de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat. Gelet op artikel 4 van Richtlijn 77/249, had de rechtbank niet de eis mogen stellen dat de betreffende *Rechtsanwalt* ingeschreven is bij de Nova, en is zij ten onrechte niet toegekomen aan de vraag of zich een bijzonder geval als bedoeld in artikel 16 Wet op de rechtsbijstand voordoet. Omdat het standpunt van de raad voor de rechtsbijstand dat geen sprake is van een bijzonder geval, gelet op de omstandigheden van het geval, zonder nadere motivering niet te volgen is, wordt de weigering van de aanvraag van de *Rechtsanwalt* voor gesubsidieerde rechtsbijstand door de Afdeling vernietigd.

Volgens ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2904, *AB* 2018/31, m.nt. Van Rijswijk, bestaat er naar EU-recht geen verplichting op grond waarvan ieder bestuursorgaan een project aan de doelstellingen van de Kaderrichtlijn Water (KRW) moet toetsen, maar is het voldoende als één orgaan dat doet. Omdat voor het project in kwestie een vergunning krachtens de Waterwet nodig is en die vergunning kan worden geweigerd als blijkt dat niet wordt voldaan wordt aan de KRW, staat in de onderhavige procedure over de verlening van een omgevingsvergunning voor de afwijking van het bestemmingsplan slechts ter beoordeling of er op voorhand redenen waren om aan te nemen dat de watervergunning geweigerd zou moeten worden.

De in *NTB* 2017/4 (p. 39) al gesignaleerde uitspraak van het Hof in de zaak *Ullens de Schooten* (nr. C-268/15,

ECLI:EU:C:2016:874), waarin het Hof duidelijk maakt dat de fundamentele verkeersvrijheden alleen kunnen worden ingeroepen door personen die van die vrijheden grensoverschrijdend gebruikmaken, en dus niet in zuiver interne situaties, is wetenschappelijk geannoteerd in *AB 2017/388*, m.nt. Botman.

3. Rechtsbescherming

3.1 Stelsel van rechtsbescherming

3.1.1 Algemeen

In deze kroniekperiode zijn de volgende bijdragen verschenen over het Europese stelsel van rechtsbescherming en de invloed die het EU-recht op het nationale (proces)recht, T. Perišin & S. Rodin (red.), *The Transformation or Reconstitution of Europe. The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, Oxford: Hart Publishing 2018; M. Derlén & J. Lindholm (red.), *The Court of Justice of the European Union Multidisciplinary Perspectives*, Oxford: Hart Publishing 2018; L. Arroyo Jiménez, 'Constitutional Empathy and Judicial Dialogue in the European Union', *EPL* 2018/1, p. 57-72; F.B. Bastos, 'Derivative illegality in european composite administrative procedures', *CMLRev* 2018/1, p. 101-134; H. Schoukens, 'Toegang tot de Europese rechter in milieuzaken', *NJW* 2018, afl. 375, p. 38-57 en afl. 376, p. 94-104; J.H. Jans, 'Double Standards?', *REALaw* 2017/2, p. 1-3; R. Caranta, A. Gerbrandy & B. Müller (red.), *The Making of a New European Legal Culture: The Aarhus Convention*, Groningen: Europa Law Publishing 2017; T. Konstadinidis, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Oxford: Hart Publishing 2017; M. Dani, 'National Constitutional Courts in supranational litigation: A contextual analysis', *ELJ* 2017/3-4, p. 189-212; A. Arnall, 'The UK Supreme Court and References to the CJEU', *Yearbook of European Law* 2017, p. 314-357; G. Butler, 'The Court of Justice as an inter-state court', *Yearbook of European Law* 2017, p. 179-208; S. Turenne, Institutional constraints and collegiality at the Court of Justice of the European Union A sense of belonging?, *MJECL* 2017/4, p. 565-581.

HvJ EU 27 februari 2018, nr. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), bevat uitvoerige bespiegelingen over de eisen die het Unierecht stelt aan de onafhankelijkheid van de rechterlijke instantie. Concreet lag de prejudiciële vraag voor of artikel 19 lid 1 en tweede alinea, VEU zo moet worden uitgelegd dat het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechters zich verzet tegen de toepassing op leden van de rechterlijke macht van een lidstaat van algemene maatregelen tot salarisverlaging die samenhangen met verplichtingen om een buitensporig begrotingstekort weg te werken, alsmede met een programma voor financiële bijstand van de Unie. Nadat het Hof onder meer heeft overwogen dat de waarborg van onafhankelijkheid niet alleen geboden is op het niveau van de Unie maar ook op het niveau van de lidstaten, met betrekking tot de nationale rechterlijke instanties, oordeelt hij dat het vorennoemde artikel in die zin moet worden uitgelegd dat het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechters zich niet verzet tegen de toepassing op leden van de *Tribunal*

de *Contas* van algemene maatregelen tot salarisverlaging. Hierbij speelt onder meer een rol dat het ging om een beperkte verlaging van het salarisbedrag van tijdelijke aard en die verlaging niet alleen is toegepast op de leden van de *Tribunal de Contas* maar, meer in het algemeen, op verschillende ambtsdragers en personen die werkzaam zijn in de publieke sector, waaronder de vertegenwoordigers van de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht.

In HvJ EU 6 maart 2018, nr. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Slowakije/Achmea*), maakt het Hof een einde aan de mogelijkheid om in tussen EU-lidstaten gesloten internationale overeenkomsten inzake de bevordering en wederzijdse bescherming van investeringen, een bepaling op te nemen op grond waarvan geschillen over investeringen moeten worden voorgelegd aan een scheidsgerecht, waarvan de lidstaat zich heeft gebonden de bevoegdheid te aanvaarden. Het Hof acht zo'n bepaling in strijd met artikel 267 VWEU, omdat het scheidsgerecht geen deel uitmaakt van het rechterlijke systeem van de Unie en dus geen prejudiciële vragen naar het Hof kan verwijzen, terwijl de voorgelegde geschillen wel betrekking kunnen hebben op het Unierecht. Daarmee doet die bepaling afbreuk aan het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten, en aan de autonomie van het Unierecht. Zie over die autonomie, M. Klamert, 'The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope', *ELRev* 2017/6, p. 815-830.

3.1.2 Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking

In de periode van deze kroniek verschenen de eerste interessante pennenvruchten van het NWO-project van J. Krommendijk (2017-2021), namelijk: J. Krommendijk, 'De hoogste Nederlandse bestuursrechters en het Hof van Justitie: geboren danspartners?', *NTB* 2017/34 (p. 305-315); J. Krommendijk, 'Luxemburg heeft gesproken; wat nu? De antwoorden van het HvJ door de ogen van de hoogste Nederlandse bestuursrechters', *NTB* 2018/15 (p. 57-65); J. Krommendijk & M. Loth, *Europese rechters in gesprek*, Den Haag: BJu 2018. Het project onderzoekt waarom rechters prejudiciële vragen stellen, wat zij doen met prejudiciële antwoorden en beoogt voorstellen te doen ter verbetering van de prejudiciële procedure. Uit de uitkomsten blijkt dat de hoogste bestuursrechters (CBb, CRvB en ABRvS) pragmatisch toepassing geven aan de *Cilfit*-criteria, al dan niet ingegeven door rechtspolitieke motieven, en dat er op het punt van de rechtseenheid aangaande de (motivering van de) prejudiciële verwijzingsbeslissing nog een wereld te winnen is (zie wat betreft de motiveringsplicht bij het niet stellen van prejudiciële vragen ook de conclusie van advocaat-generaal Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:54). Over de prejudiciële antwoorden van het Hof van Justitie bestaat in algemene zin tevredenheid, zij het dat de ABRvS en de CRvB wel aangeven soms met die antwoorden te worstelen. Een noemenswaardig punt is verder dat van de Nederlandse rechterlijke colleges de ABRvS het meest secuur is in het expliciet toepassen van *Cilfit* en in het precies verwijzen naar de uitzonderingen die meebrengen dat er afgezien kan worden van het stellen van prejudiciële vragen (Krommendijk & Loth 2018, p. 20).

Zoals de trouwe lezer van deze kroniek weet, heeft de beslissing tot het prejudicieel verwijzen en in het bijzonder de *acte clair*-toets met het arrest *X & Van Dijk* (9 september 2015, nr. C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564, AB 2015/408, m.nt. Ortlep) en het arrest *Ferreira da Silva e Brito* (9 september 2015, nr. C-160/14, ECLI:EU:C:2015:665, AB 2016/1, m.nt. Ortlep) een nieuwe dimensie gekregen (zie hierover bijvoorbeeld *NTB* 2017/4). In het eerste arrest oordeelt het Hof dat een hoogste nationale rechterlijke instantie 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 hem 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. Niettemin is de omstandigheid dat de (rechterlijke) instanties – al dan niet binnen dezelfde lidstaat – het desbetreffende Unierecht verschillend uitleggen een belangrijke aanwijzing dat er geen sprake is van een *acte clair*. Er is dan, anders gezegd, een verzwaarde *acte clair*-toets. Wanneer die toets als uitkomst heeft dat niet met recht kan worden gezegd dat de juiste uitleg van het desbetreffende Unierecht dermate evident is dat er geen enkele ruimte is voor twijfel, is lastig te bepalen. Ter zake kan slechts gewezen worden op het arrest *Ferreira da Silva e Brito*, waarin het Hof herhaalt dat het enkele bestaan van tegenstrijdige beslissingen van nationale rechterlijke instanties over de juiste uitleg van het desbetreffende Unierecht op zichzelf niet volstaat om de prejudiciële verwijzingsplicht definitief te activeren. In de omstandigheden ‘waarin lagere rechterlijke instanties uiteenlopende beslissingen geven’ over de juiste uitleg van het desbetreffende Unierecht ‘en die uitlegging tevens herhaaldelijk moeilijkheden oplevert in de verschillende lidstaten’, is evenwel naar het oordeel van het Hof van een *acte clair* geen sprake en is de prejudiciële verwijzingsplicht definitief geactiveerd. In het licht van het voorgaande kan worden gewezen op CBB 6 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:10, AB 2018/84, m.nt. Ortlep, waarin voor het College de omstandigheid dat de rechterlijke instanties het desbetreffende Unierecht verschillend uitleggen op zichzelf reden is om te oordelen dat er geen sprake is van een *acte clair*. In het *Global Starnet*-arrest (20 december 2017, nr. C-322/16, ECLI:EU:C:2017:985) oordeelt het Hof dat de nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, in beginsel verplicht is om een vraag over de uitleg van het Unierecht voor te leggen, zelfs wanneer het grondwettelijk hof van de betrokken lidstaat in het kader van die nationale procedure de grondwettigheid heeft getoetst van nationale bepalingen in het licht van referentienormen waarvan de inhoud vergelijkbaar is met de relevante bepalingen van het Unierecht.

Zie verder over de prejudiciële procedure, C.W.A. Timmermans, ‘Post-Salduz: prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over het EVRM?’, *RMThemis* 2017/5, p. 239-243; C.W.A. Timmermans, ‘EU prejudiciële vragen van lagere nationale rechters mogelijk blijken van rechterlijke activisme?’, *NJB* 2017/34 (p. 2462-2463); C. Mak, E. Mak & V. Mak, ‘Rechterlijke activisme – what’s in a name?’, *NJB* 2017/1857 (p. 2464); R.A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter,

‘Supreme administrative courts’ preliminary questions to the CJEU: Start of a dialogue or talking to deaf ears’, *Cambridge International Law Journal* 2017, p. 122-142; D. Dusterhaus, ‘Eppur Si Muove! The Past, Present, and (possible) Future of Temporal Limitations in the Preliminary Ruling Procedure’, *Yearbook of European Law* 2017, p. 237-274. Ten slotte zij gewezen op J.H. Gerards, ‘Protocol 16: advisering door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens’, *TvCR* 2017/4, p. 307-322. In deze bijdrage gaat Gerards in op het door de Tweede Kamer goedgekeurde Protocol 16 en stelt zij vast dat door die goedkeuring het aantal van tien ratificerende landen die nodig zijn voor de inwerkingtreding van het Protocol, wordt genaderd. Gerards besteedt onder meer ook aandacht aan de samenloop tussen de uitleggingsvragen aan het EHRM op grond van dat Protocol en de prejudiciële procedure.

3.2 Toegang tot de rechter

3.2.2 Procespartijen

De in de kroniek al eerder (*NTB* 2017/4 (p. 33); *NTB* 2017/27 (p. 243)) genoemde rechtspraak van de ABRvS met als strekking dat de vernietigingsrelativiteit van artikel 8:69a Awb, in het kader van het invoeren van staatssteunregels, niet in strijd met het Unierecht is, is inmiddels gepubliceerd. Zie ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892, AB 2017/244; ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, AB 2017/243; ABRvS 21 december, ECLI:NL:RVS:2016:3386, AB 2017/242, m.nt. Metselaar, alsmede ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2065. Zie ook J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*, Den Haag: Bju 2017, in het bijzonder hoofdstukken 4 en 6. Zie over de relatie tussen het vertrouwen in de overheid en een beperkte of ruime toegang tot de nationale en Europese rechter, L. De Lucia, ‘Locus Standi and distrust of the public administration. A comparison of three models’, *REALaw* 2017/2, p. 7-26.

3.2.3 Voor beroep vatbare handeling

HvJ EU 20 februari 2018, nr. C-16/16P, ECLI:EU:C:2018:79 (*België/Commissie*), AB 2018/106, m.nt. Ortlep, betreft het beroep van België tot nietigverklaring van een aanbeveling van de Europese Commissie betreffende de beginselen ter bescherming van consumenten en gebruikers van online-gokdiensten en ter voorkoming van onlinegokken door minderjarigen. Aanbevelingen worden door de Europese instellingen doorgaans uitgebracht als het Unierecht hen niet de bevoegdheid geeft om verbindende handelingen te verrichten of wanneer er geen aanleiding voor dwingend voorschriften bestaat. In het arrest stelt het Hof van Justitie dat artikel 288 VWEU een aanbeveling in een afzonderlijke categorie van handelingen van de Unie indeelt. Door uitdrukkelijk te bepalen dat een aanbeveling niet verbindend is, heeft dat artikel de Europese instellingen een bevoegdheid willen toekennen om impulsen te geven en om te overtuigen; een bevoegdheid die verschilt van de bevoegdheid om bindende handelingen vast te stellen. Het Hof oordeelt verder dat een aanbeveling ingevolge artikel 263 VWEU uitdrukkelijk is uitgesloten van de werkingssfeer van het in dat

artikel bedoelde beroep tot nietigverklaring. Bij wijze van uitzondering is een aanbeveling toch vatbaar voor dat beroep, indien deze vanwege de inhoud ervan geen echte aanbeveling is, aldus het Hof. Het houdt hiermee, anders dan door advocaat-generaal Bobek was geadviseerd, echter vast aan de voorwaarde dat een handeling 'bindende rechtsgevolgen' moet hebben wil zij voor rechterlijke toetsing in de zin van artikel 263 VWEU in aanmerking komen.

De op verzoek van Nederland door de Commissie aangebrachte wijziging in de lijst van Natura 2000-gebieden, die als doel had de Leenherenpolder niet als beschermingszone aan te hoeven wijzen, wordt in HvJ EU 19 oktober 2017, nr. C-281/16, ECLI:EU:C:2017:774, AB 2017/379, m.nt. Backes, GSt. 2018/5, m.nt. Kole (*Vereniging Hoeksche Waard Landschap*) ongeldig verklaard, waarmee ook de nationale uitvoering van die wijziging (definitief) niet rechtsgeldig is. Eerder (NTB 2015/5) hebben wij in deze kroniek melding gemaakt van de prejudiciële verwijzingsuitspraak van de ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1148, waarin zij de vraag opwierp of vier personen die ter uitvoering van een EU-uitvoeringsverordening – waarbij de Tamil Tijgers op de Europese terrorismelijst zijn geplaatst – zijn aangewezen als personen op wie de Sanctieregeling terrorisme van toepassing is, gelet op het verruimde beroepsrecht voor particulieren ex artikel 263, vierde alinea, VWEU, op eigen naam een ontvankelijk beroep tot nietigverklaring tegen de EU-verordening hadden kunnen instellen. Voor zover zo'n beroep niet mogelijk is (daarvan ging de Afdeling uit), stelde zij ook de geldigheid van de EU-verordening, voor zover de Tamil Tijgers daarbij op de terrorismelijst zijn geplaatst, ter discussie. In HvJ EU 14 maart 2017, nr. C-158/14, ECLI:EU:C:2017:202, SEW 2017/144, m.nt. De Waele, antwoordt het Hof, onder verwijzing naar de bekende *Deggendorf*-rechtspraak, dat niet buiten twijfel staat dat de beroepen tot nietigverklaring van de betreffende personen ontvankelijk zouden zijn geweest. Gelet daarop kan het Hof de prejudiciële vraag beantwoorden en oordeelt het uiteindelijk dat de plaatsing van de Tamil Tijgers op de lijst niet ongeldig is.

3.2.4 Andere aspecten van de toegang tot de rechter
HvJ EU 27 september 2017, nr. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725 (*Pušár*), JB 2018/1, m.nt. Schlössels, AB 2018/116, m.nt. Widdershoven, maakt duidelijk dat het op grond van het Unierecht, meer in het bijzonder artikel 47 Handvest, in beginsel toelaatbaar is dat een belanghebbende pas beroep bij de bestuursrechter kan instellen als hij eerst een verplichte procedure van administratief beroep of bezwaar heeft gevolgd. Wel moet die procedure aan een aantal voorwaarden voldoen, waaraan de Nederlandse verplichte bezwaarprocedure overigens lijkt te voldoen.

3.3 *Behandeling van het geschil*

3.3.1 Rechterlijke beoordeling en bewijs
In de zaak *Fahimian* (4 april 2017, C-544/15, ECLI:EU:C:2017:255, AB 2018/107, m.nt. Widdershoven) spreekt het Hof van Justitie zich zonder terughoudendheid uit over de op grond van het Unierecht vereiste intensiteit van de toetsing door

de nationale rechter van een besluit tot weigering van een visum voor studiedoeleinden aan een derdelander op grond van Richtlijn 2004/114/EG. Volgens het Hof moet vanwege de ruime beoordelingsmarge die het bestuur bij het nemen van een dergelijke besluit heeft, de rechterlijke toetsing van de feitenbeoordeling beperkt zijn tot kennelijk onjuistheden. Ter compensatie moet de nationale rechter wel toetsen of het bestuur bepaalde procedurele waarborgen in acht heeft genomen, meer in het bijzonder de verplichting om alle relevante gegevens van de betrokken situatie zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken en de verplichting om het besluit genoegzaam te motiveren. Het beginsel van procedurele autonomie, dat in de rechtspraak van het Hof over de intensiteit van de rechterlijke toetsing in EU-rechtelijke zaken veelal voorop stond en soms nog staat, wordt door het Hof niet eens genoemd. Daarmee intensiveert het Hof zijn grip op de nationale rechterlijke toetsing in EU-zaken. In HvJ EU 25 januari 2018, nr. C-473/16 (F), ECLI:EU:C:2018:36, AB 2018/85, m.nt. Reneman, oordeelt het Hof dat artikel 4 Procedurerichtlijn 2011/95/EU zich niet ertegen verzet dat het bestuur of de rechter in het kader van de beoordeling van de seksuele gerichtheid van een asielzoeker een deskundigenonderzoek gelast, mits het onderzoek in overeenstemming met het Handvest wordt uitgevoerd en het bestuur en de rechter hun oordeel niet uitsluitend op de conclusies van het deskundigenverslag baseren. Artikel 4, juncto artikel 7 Handvest Grondrechten EU verzet zich echter wel tegen een psychologisch deskundigenonderzoek dat tot doel heeft op basis van een projectieve persoonlijkheidstest een indruk te krijgen van de seksuele gerichtheid van de verzoeker, omdat zo'n test alleen een 'globale indruk' kan geven van die gerichtheid. Hoe en met welke testen de lidstaten een geloofwaardigheidsbeoordeling van de seksuele gerichtheid wel mogen verrichten, laat het Hof in het midden.

3.3.2 *Ambtshalve toepassing van Unierecht*

Wat betreft het ambtshalve toepassen van het Unierecht door de rechter wordt voor deze kroniekperiode gewezen op, R. van Leuken, 'Ambtshalve toepassing van EU-recht: stand van zaken en toekomstige ontwikkelingen', in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *Nijmeegs Europees privaatrecht (Sieburgh-bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 123-144 en F.E. Vermeulen & T.L. Schasfoort, 'Ambtshalve toetsing aan Unierecht ten gunste van belangenorganisaties?', *TvCR* 2017/3, p. 89-99.

3.3.3 *Procedurele waarborgen*

HvJ EU 26 juli 2017, nr. C-348/16, ECLI:EU:C:2017:591, AB 2018/70, m.nt. Reneman (*Sacko*), is van belang omdat het Hof daarin oordeelt over de vraag of een asielzoeker door de rechter gehoord moet worden, in het kader van een beroep tegen de afwijzing van een asielaanvraag. Het Hof stelt dat de Procedurerichtlijn, gelezen in het licht van artikel 47 Handvest, niet eraan in de weg staat dat de nationale rechter bij wie een rechtsmiddel is ingesteld tegen de beslissing houdende afwijzing van een kennelijk ongegrond verzoek om internationale bescherming, dat rechtsmiddel verwerpt zonder de verzoeker te horen, als de feitelijke omstandigheden geen ruimte laten voor enige twijfel over de gegrond-

heid van die beslissing. Dit op de voorwaarde dat verzoeker aanvankelijk door het bestuur overeenkomstig die richtlijn (artikel 14 Procedurerichtlijn) in de gelegenheid is gesteld persoonlijk te worden gehoord over zijn verzoek om internationale bescherming, en dat het verslag of de schriftelijke weergave van dit persoonlijke onderhoud overeenkomstig die richtlijn (artikel 17 Procedurerichtlijn) aan het dossier is toegevoegd, alsmede op de voorwaarde dat de rechter bij wie het rechtsmiddel is ingesteld, indien hij dit nodig acht, kan gelasten dat de betrokkene wordt gehoord voor het in die richtlijn (artikel 46 Procedurerichtlijn) bedoelde volledige en *ex nunc* onderzoek van zowel de feitelijke als de juridische gronden.

Volgens M.M. Julicher, 'Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en de Grondwet! Een verrijking voor de individuele rechtsbescherming in Nederland?', *TvCR* 2018, afl. 1, p. 36-57, voegt het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet wat toe aan het EVRM en het Handvest, omdat de nationale rechter daarmee gelegitimeerd is om aan dit recht een ruimere invulling te geven dan de Europese rechters doen.

3.4 Uitspraak

In haar uitspraak van 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171 (*Vereniging Milieudefensie, Stichting Adem e.a./Staat*) AB 2018/115, m.nt. Backes & Van der Veen, oordeelt de rechtbank Den Haag dat de Staat in strijd met Richtlijn 2000/50/EG de verplichting om op bepaalde data de grenswaarden voor PM10 en NO2 te bereiken weliswaar heeft geschonden, maar wijst zij de geëiste verklaring voor recht af, omdat deze is gevraagd met het oog op het instellen van een schadevordering en niet aannemelijk is gemaakt dat eisers door die schending daadwerkelijk schade hebben geleden. Op grond van de richtlijn moeten lidstaten in geval van overschrijding 'passende maatregelen' nemen om de periode van overschrijding 'zo kort mogelijk te houden'. Hoewel vaststaat dat er op sommige plekken in Nederland hardnekkige overschrijdingen zijn die nog wel even zullen voortduren, is de rechtbank van oordeel dat de Staat met het NSL toch aan deze verplichting heeft voldaan. Op dit punt wijkt de uitspraak van de rechtbank in de bodemprocedure nogal af van die van haar voorzieningenrechter van 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171, die de Staat had bevolen om alles te doen wat nodig is om op de kortst mogelijke termijn daadwerkelijk tot vaststelling van een luchtkwaliteitsplan te komen dat zodanig maatregelen bevat dat 'voorspelbaar en aantoonbaar aan de grenswaarden voor NO2 en PM10 zal worden voldaan op de kortst mogelijke termijn'.

3.5 Voorlopige voorziening

In haar uitspraak van 17 mei 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1259, AB 2017/313, m.nt. Mendelts, *M en R* 2017/84 en 85, m.nt. Kaajan) treft de ABRvS, in het kader van een prejudiciële verwijzing over de mogelijke strijdigheid van de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS) met de Habitatrictlijn, geen voorlopige voorziening ex artikel 8:72 lid 5 Awb. Naar het oordeel van de Afdeling zal de afwijzing van het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening tot 1 juli

2018 (de helft van het tijdvak waarvoor het PAS geldt) niet leiden tot onomkeerbare gevolgen in het licht van de doelstellingen van de richtlijn en de gestelde prejudiciële vragen, omdat in die periode volgens het beleid maar 60% van de ontwikkelingsruimte zal worden benut. Uit de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Afdeling van 9 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:795, AB 2018/108, m.nt. Frins, blijkt dat de Afdeling iets te veel heeft vertrouwd op het beleid en dat er toch NBW-vergunningen zijn verleend voor de uitbreiding van veehouderijen die tot gevolg zullen hebben dat de 60%-norm al vóór 1 juli 2018 wordt overschreden. Voor zover dat het geval is, worden de vergunningen geschorst.

3.6 Gezag van gewijsde

In ABRvS 7 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2718; AB 2017/381, m.nt. Reneman, scheidt de Afdeling duidelijkheid over de verwijtbaarheidstoets bij verzoeken tot heroverweging in relatie tot het Europese asielrecht. Het is vaste rechtspraak dat verklaringen of bewijs in een opvolgende asielaanvraag niet kunnen worden aangemerkt als 'nieuw' als deze eerder naar voren hadden kunnen en dus hadden moeten worden gebracht. Hiermee omvat het begrip 'nieuw' een verwijtbaarheidstoets. Deze rechtspraak is ontwikkeld in het kader van artikel 4:6 Awb. Als gevolg van de nieuwe Procedurerichtlijn is dat artikel niet langer van toepassing op opvolgende asielaanvragen, maar geldt het toetsingskader van artikel 33 en 40 van de Procedurerichtlijn, zoals geïmplementeerd in artikel 30a lid 1, onder d, Vreemdelingenwet 2000. Volgens deze artikelen kan een asielaanvraag niet-ontvankelijk worden verklaard, als er geen 'nieuwe elementen of bevindingen' aan de orde zijn gekomen of naar voren zijn gebracht. Het was de vraag of het begrip 'nieuw' in 'nieuwe elementen of bevindingen' tevens een verwijtbaarheidstoets omvat. De Afdeling beantwoordt deze vraag bevestigend en ziet geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen. In haar annotatie stelt Reneman het strenge verwijtbaarheids criterium ter discussie en wijst daarbij verder op de uitspraak van de ABRvS van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2669. In die uitspraak heeft de Afdeling wel prejudiciële vragen gesteld over een gerelateerd onderwerp. Concreet gaat het om de vraag of de rechtbank nieuwe asielmotieven moet betrekken in de beoordeling van het beroep. Artikel 83 Vreemdelingenwet 2000 schreef al sinds zijn invoering een *ex nunc*-toetsing voor. De Afdeling heeft in vaste rechtspraak bepaald dat nieuwe asielmotieven door de rechter niet in beroep mochten worden meegenomen. De vraag rees of het vereiste van een *ex nunc*-toetsing van artikel 46 lid 3 Procedurerichtlijn, geïmplementeerd in artikel 83a Vreemdelingenwet 2000, daar verandering in heeft gebracht. In de context van de prejudiciële vragen hierover speelt de verwijtbaarheidstoets ook een rol: maakt het voor de vraag of een nieuw asielmotief moet worden meegenomen uit of de asielzoeker het asielmotief al in de fase bij de IND naar voren had kunnen brengen? Volgens Reneman is het antwoord van het Hof op die vraag wellicht ook van belang voor de toepassing van de verwijtbaarheidstoets in opvolgende asielaanvragen.

In de vorige kroniek (NTB 2017/27) hebben wij melding gemaakt van ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1507, AB 2017/323, m.nt. Ortlep, waarin de Afdeling eindelijk heeft erkend (zie onze verzuchtingen in NTB 2016/5; NTB 2015/5; NTB 2014/17) dat de vraag of het EU-recht verplicht tot het terugkomen op een met dat recht strijdig besluit niet uitsluitend beantwoord moet worden met toepassing van de vier 'voorwaarden' uit de zaak *Kühne & Heitz* (13 januari 2004, nr. C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17, AB 2004/58, m.nt. Widdershoven; zie recent HvJ EU 20 december 2017, nr. C-492/16, ECLI:EU:C:2017:995 (*Incyte*)), maar dat een dergelijke verplichting ook kan voortvloeden uit de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. De vreugde vanwege deze erkenning lijkt van korte duur te zijn, aangezien de Afdeling in haar uitspraak van 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:115, AB 2018/62, m.nt. Ortlep, opnieuw spreekt over 'cumulatieve voorwaarden' en zij wederom uit het oog lijkt te verliezen dat de voornoemde vraag niet uitsluitend beantwoord moet worden aan de hand van de voorwaarden van *Kühne & Heitz*.

4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

4.1 Algemeen

De afgelopen kroniekperiode was het aantal publicaties over algemene aspecten van rechtsbeginselen en fundamentele rechten beperkt. N. Jak, 'Semi-publieke instellingen als normadressaat en drager van de grondrechten uit het EU-Grondrechtenhandvest', *TvCR* 2017, afl. 4, p. 288-306 gaat in op de vraag in hoeverre de eisen van de rechtsstaat nog geborgd zijn bij de voortdurende verschuiving van de uitvoering van publieke taken naar semipublieke instellingen en de daarmee gepaard gaande uitbesteding van publieke-taakbeartiging aan private actoren. Terwijl naar de toepasselijkheid van met name de grondrechten uit de Grondwet en het EVRM op dit punt al het nodige onderzoek is verricht, bestaat over het EU-Grondrechtenhandvest nog onduidelijkheid. Jak beziet in zijn artikel in hoeverre semipublieke instellingen normadressaat zijn van het Handvest en gaat ook in op de vraag of semipublieke instellingen zelf een beroep kunnen doen op de grondrechten van het Handvest. Verder kan nog worden vermeld, A. Poulou, 'Financial assistance conditionality and human rights protection: What is the role of the EU Charter of Fundamental Rights?', *CMLRev* 2017/4, p. 991-1025.

4.2 Gelijkheid

T. Loenen, 'In search of an EU approach to headscarf bans: where to go after Achbita and Bougnaoui?', *REALaw* 2017/2, p. 47-73, bespreekt kritisch de in de vorige kroniek (NTB 2017/27 (p. 245)) al gesignaleerde arresten *Achbita* and *Bougnaoui*. Volgens de auteur zijn de antwoorden van het Hof op de gestelde prejudiciële vragen dusdanig beperkt gemotiveerd dat zij eerder verwarring dan een heldere richting voor de lidstaten creëren. Onderzocht wordt vervolgens op welke wijze het Hof toekomstige zaken zou moeten aanpakken, lettend op de rechtspraak van het EHRM en de verschillende benaderingswijzen in de lidstaten. Zie over *Ach-*

bita and *Bougnaoui* ook E. Howard, 'Islamic headscarves and the CJEU Achbita and Bougnaoui', *MJECL* 2017/3, p. 348-366. Uit CRvB 8 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3229, AB 2017/376, m.nt. Sewandono, volgt dat de leeftijdsgrens in artikel 19a Wet Overige OCW-Subsidies (WOOS) niet in strijd is met kaderrichtlijn gelijke behandeling 2000/78/EG en ook niet met het VN-Gehandicaptenverdrag.

4.3 Evenredigheid

In HvJ EU 28 februari 2018, nrs. C-523/16 en C-536/16, ECLI:EU:C:2018:122 (*M.A.T.I. SUD en DUEMMESGR*), acht het Hof een nationale aanbestedingsregeling die voorziet in een procedure tot aanvulling of verduidelijking van de stukken en herstel van gebreken, volgens welke de aanbestedende dienst elke inschrijver wiens inschrijving wezenlijke onregelmatigheden in de zin van die regeling bevat, kan verzoeken om zijn inschrijving te corrigeren tegen betaling van een geldboete, niet in strijd met het Unierecht, althans als de hoogte van de boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Het Unierecht en het evenredigheidsbeginsel verzetten zich echter wel tegen een procedure tot aanvulling of verduidelijking van de stukken en herstel van gebreken, volgens welke de aanbestedende dienst van een inschrijver kan verlangen dat hij tegen betaling van een geldboete het ontbreken van een document verhelpt, wanneer dat gebrek volgens de uitdrukkelijke bepalingen van de aanbestedingsstukken tot zijn uitsluiting moet leiden, of dat hij de onregelmatigheden in zijn inschrijving op zodanige wijze rechtzet dat de aangebrachte verbeteringen of aanpassingen neerkomen op de indiening van een nieuwe inschrijving.

4.4 Vertrouwen en rechtszekerheid

T. Maciejewski & J.T. Theilen, 'Analysis and reflections: Temporal aspects of the interaction between national law and EU law: Reintroducing the protection of legitimate expectations', *ELRev* 2017/5, p. 706-721, bespreken de spanning tussen de *ex tunc*-werking van prejudiciële antwoorden van het Hof en de rechtspraak over het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. Deze spanning is ook aan de orde in HvJ EU 20 december 2017, nr. C-516/16, ECLI:EU:C:2017:1011 (*Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse*). Het Hof bepaalt ten eerste dat het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel zich er niet tegen verzet dat de autoriteiten weigeren het saldo te betalen van de financiële steun die door een producentenorganisatie was aangevraagd voor een investering die uiteindelijk op grond van uitvoeringsverordening nr. 543/2011 als niet-subsidiabel is aangemerkt en deze producentenorganisatie verzoeken de reeds voor deze investering ontvangen steun terug te betalen. Ten tweede verzet het Unierecht zich er, bij gebreke van een beperking van de werking in de tijd van het onderhavige arrest, niet tegen dat het rechtszekerheidsbeginsel in aanmerking wordt genomen om de terugvordering van onverschuldigd betaalde steun uit te sluiten, mits de gestelde voorwaarden dezelfde zijn als die voor de terugvordering van financiële prestaties met een zuiver nationaal karakter, ten volle met het belang van de EU rekening wordt gehouden en de goede trouw van de begunstigde is aangetoond.

HvJ EU 26 juli 2017, nr. C-560/15, ECLI:EU:C:2017:593 (*Europa Way en Persidera*) betreft de vraag of het vertrouwensbeginsel zich verzet tegen de annulering van een selectieprocedure voor de toewijzing van radiofrequenties op de enkele grond dat marktdeelnemers tot die procedure waren toegelaten en hen als enige inschrijvers gebruiksrechten voor radiofrequenties voor terrestrische digitale radio- en televisie-uitzendingen zouden zijn toegewezen indien de procedure niet was geannuleerd. Verzoekers, die hebben deelgenomen aan de *beauty contest*, voeren als argument aan dat hen als enige inschrijvers voor bepaalde zogenoemde multiplexen elk ten minste één multiplex had moeten worden toegewezen. Volgens het Hof staat echter vast dat hen in het kader van die procedure geen radiofrequentie is toegewezen. Bij gebreke van enige precieze toezegging afkomstig van een bevoegde, betrouwbare bron, volstaat het enkele feit dat een marktdeelnemer is toegelaten tot een selectieprocedure voor de toewijzing van digitale radiofrequenties, zoals de *beauty contest*, niet om bij hem gerechtvaardigd vertrouwen te wekken.

CBb 7 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:269, betreft de regel dat het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel niet *contra legem* kan worden toegepast. Het ging in de zaak om de afwijzing van de aanvraag tot toekenning van betalingsrechten en van de uitbetaling van de betalingsrechten en de vergoeringsbetaling over 2015 op grond van de Uitvoeringsregeling rechtstreekse betalingen GLB. Onder verwijzing naar het arrest *Agroferm* stelt het CBb vast dat appellantes beroep op het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel – wat hier ook van zij – niet kan slagen. Immers, appellante kan niet in weerwil van de door artikel 24 van Verordening 1307/2013 gestelde voorwaarden op basis van de beweerdelijk foutief verstrekte informatie toch in aanmerking worden gebracht voor betalingsrechten. Zie CRvB 10 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4014, AB 2018/33, m.nt. Ortlep, voor een ander voorbeeld van de ontoelaatbaarheid van *contra legem* toepassing van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel.

4.5 Rechten van verdediging en participatie

In HvJ EU 12 oktober 2017, nr. C-278/16, ECLI:EU:C:2017:757 (*Slautjes*), oordeelt het Hof dat artikel 3 Richtlijn 2010/64/EU – betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures – aldus moet worden uitgelegd dat een rechtshandeling zoals een beschikking die krachtens het nationale recht kan worden uitgevaardigd om kleinere strafrechtelijke inbreuken te bestraffen en die door een rechter na afloop van een vereenvoudigde eenzijdige procedure wordt gegeven, een ‘essentieel processtuk’ in de zin van lid 1 van dit artikel vormt, waarvan overeenkomstig de in die bepaling gestelde formele vereisten een schriftelijke vertaling moet worden bezorgd aan de verdachte of beklagde die de taal van de betrokken procedure niet begrijpt, zodat deze zijn recht van verdediging kan uitoefenen en het eerlijke verloop van de procedure wordt gewaarborgd. Zie over dergelijke taalkwesties in algemene zin, V. von Braun, ‘Die Amtssprache ist Deutsch. Fair Communication in Administrative Proceedings’, *REALaw* 2017/2, p. 27-45.

Volgens HvJ EU 9 november 2017, nr. C-298/16, ECLI:EU:C:2017:843 (*Ispas*), AB 2018/125, m.nt. Widdershoven moeten, particulieren in administratieve procedures voor de controle en de vaststelling van btw op grond van het verdedigingsbeginsel de mogelijkheid hebben om op hun verzoek de informatie en documenten te ontvangen die zijn opgenomen in het administratieve dossier en die door de overheidsinstantie in aanmerking zijn genomen bij het nemen van haar besluit, tenzij een beperking van de toegang tot die informatie en documenten gerechtvaardigd is door doelstellingen van algemeen belang.

Volgens HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2980, BNB 2018/37, m.nt. Van Casteren, is het Gerechtshof Amsterdam ten onrechte niet ingegaan op de vraag of het niet horen van een belanghebbende voorafgaand aan het uitreiken van een uitnodiging tot betaling gerechtvaardigd was in het licht van de rechtspraak van het HvJ EU. Daartoe dient – aldus de Hoge Raad – de inspecteur omstandigheden aan te voeren die in het individuele geval rechtvaardigen waarom hij een belanghebbende niet van tevoren in de gelegenheid heeft gesteld te worden gehoord over zijn voornemen tot het uitreiken van een uitnodiging tot betaling. Een zodanige rechtvaardiging kan niet zijn de omstandigheid dat uitstel van betaling zal worden verleend. Indien het niet horen van een belanghebbende voorafgaand aan het uitreiken van een uitnodiging tot betaling is gerechtvaardigd, moet worden aangenomen dat de rechten van de verdediging niet zijn geschonden, indien tevens vaststaat dat voldoende waarborgen bestaan voor opschorting van de tenuitvoerlegging van het bezwarende besluit.

HvJ EU 20 december 2017, nr. C-276/16, ECLI:EU:C:2017:1010 (*Prequ' Italia*), BNB 2018/58, m.nt. C.J. Hummel, doet echter de vraag rijzen of de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof niet te strikt interpreteert. Ten eerste verduidelijkt het Hof zijn eerdere rechtspraak, in het bijzonder de zaak *Kamino*, in die zin dat het algemene belang van de EU bij een tijdige inning van eigen middelen bij douanebeschikkingen altijd als rechtvaardigingsgrond voor beperking van de rechten van verdediging geldt. Ten tweede, en daar zit de spanning met het arrest van de Hoge Raad, maakt het Hof expliciet duidelijk maakt dat in de (Italiaanse) situatie waarin voorafgaand aan het bezwarende besluit niet werd gehoord, maar waarin het wel mogelijk was om te worden gehoord na het instellen van administratief beroep, geen sprake is van een schending van het verdedigingsbeginsel, mits uitstel van betaling kan worden verkregen in die gevallen waarin ingevolge artikel 244 CDW uitstel behoort te worden verleend. Er lijkt derhalve geen noodzaak te zijn van een rechtvaardiging in het individuele geval voor het niet in acht nemen van de hoorplicht in primo, zoals de Hoge Raad verlangt in bovengenoemd arrest.

Ook CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:302, betreft de toepassing van de *Kamino*-rechtspraak van het Hof. In casu had appellant aangevoerd dat hij de bevindingen van een controle door de NVWA niet tijdig had ontvangen. Het College is van oordeel dat niet in strijd is gehandeld met het verdedigingsbeginsel. Appellant heeft een verslag van de bevindingen van de controle ontvangen ongeveer drie we-

ken voordat hij bezwaar heeft gemaakt tegen het primaire besluit. Appellant heeft echter noch in de bezwaarfase, noch in het geding voor de rechter, de in het proces-verbaal weergegeven feitelijke gang van zaken betwist en zich louter op het standpunt gesteld dat hem geen controleverslag is toegezonden. Appellant heeft bovendien niet aannemelijk gemaakt dat een ander verloop van de voorbereiding van het primaire besluit tot een andere, door appellant gewenste, uitkomst had kunnen leiden.

In Europese mededingingszaken legt het Hof de lat op het punt van de rechten van verdediging overigens hoger dan in nationale bezwarende procedures. Dit blijkt uit HvJ EU 21 september 2017, nr. C-89/15P, ECLI:EU:C:2017:713 (*Riva Fire/Commissie*), en nr. C-85/15P, ECLI:EU:C:2017:70 (*Feralpi/Commissie*), waarin het Hof arresten van het Gerecht vernietigt, waarin laatstgenoemde had geoordeeld dat de Commissie niet verplicht is om voorafgaand aan de beschikkingen in kwestie een nieuwe hoorzitting te organiseren, omdat de betrokken ondernemingen tijdens eerdere hoorzittingen al de mogelijkheid hadden gehad om mondeling te worden gehoord. Gelet op het belang om in het kader van de in verordeningen nr. 1/2003 en nr. 773/2004 vastgelegde procedure op verzoek van de betrokken partijen een hoorzitting te houden, waarvoor volgens artikel 14 lid 3 Verordening nr. 773/2004, de nationale mededingingsautoriteiten worden uitgenodigd, vormt de afwezigheid van een zodanige hoorzitting volgens het Hof een schending van wezenlijke vormvoorschriften. Daarbij geldt dat als het recht op een zodanige hoorzitting niet is geëerbiedigd, een onderneming waarvan de rechten op die wijze zijn geschonden niet hoeft aan te tonen dat deze schending het verloop van de procedure en de inhoud van de beschikking in kwestie op een voor haar nadelige wijze heeft kunnen beïnvloeden.

4.6 *Transparantie en openbaarheid van bestuur*

HvJ EU 13 juli 2017, nr. C-60/15P, ECLI:EU:C:2017:540 (*Saint-Gobain Glass Deutschland/Commissie*), JM 2017/98, m.nt. Douma & Van Geel, vormt een toevoeging op een reeks zaken, zoals de in de vorige kroniek (NTB 2017/27 (p. 246)) gesignaleerde arresten *Greenpeace Nederland & PAN Europe* en *Bayer CropScience*, waarin het Hof aan de EU-instellingen duidelijk maakt dat de verplichtingen van het Verdrag van Aarhus serieus dienen te worden genomen en niet kan worden uitgegaan van brede uitzonderingen op de toegang tot milieu-informatie. In casu betrof het de (onterechte) weigering door de Commissie van de toegang tot bepaalde documenten inzake emissiehandel op basis van artikel 4 lid 3 Eurowob (de bescherming van het besluitvormingsproces binnen de instelling). Ook ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2211, Gst. 2018/8, m.nt. Van der Sluis, AB 2018/48, m.nt. Tolsma, past in deze lijn. Onder verwijzing naar de arresten *Greenpeace* en *Bayer CropScience* overweegt de Afdeling dat gedeputeerde staten van een te beperkte uitleg van het begrip emissiegegevens zijn uitgegaan. GS hebben zich voor de uitleg van het begrip emissiegegevens aangesloten bij eerdere rechtspraak van de Afdeling. Die rechtspraak is echter beperkter dan de uitleg die het Hof aan dat begrip heeft gegeven in de arresten *Bayer CropScience*

en *Greenpeace*. Hierbij is van belang dat uit die arresten kan worden afgeleid dat onder de begrippen 'emissies in het milieu' en 'informatie over emissies in het milieu' niet alleen gegevens moeten worden begrepen die de daadwerkelijke uitstoot betreffen, maar ook de gegevens over de invloeden van die emissies op het milieu alsook de gegevens die het publiek in staat stellen te controleren of beoordelen van de daadwerkelijke of voorzienbare emissies, welke beoordeling aan de besluitvorming door een bestuursorgaan ten grondslag heeft gelegen, juist is.

HvJ EU 18 juli 2017, nr. C-213/15P, ECLI:EU:C:2017:563 (*Commissie/Breyer*) betreft het verzoek van Patrick Breyer, lid van de Duitse Piratenpartei, om toegang tot de memories die Oostenrijk heeft ingediend in de zaak nr. C-189/09 (*Commissie/Oostenrijk*), welke ging over de niet tijdige implementatie van de Datarentierichtlijn. Het Hof bevestigt de eerdere uitspraak van het Gerecht en oordeelt dat deze memories onder de werkingssfeer van de Eurowob vallen, alsmede dat artikel 15 lid 3, VEU zich niet tegen openbaarmaking ervan door de Commissie verzet.

Ten slotte zij vermeld dat het Hof in het – in par. 4.4. reeds aangehaalde – arrest *Europa Way en Persidera* duidelijk maakt dat het Unierecht zich er niet tegen verzet dat een kosteloze selectieprocedure voor de toewijzing van radiofrequenties, die was uitgeschreven om de onrechtmatige uitsluiting van bepaalde marktdeelnemers op die markt te herstellen, wordt vervangen door een niet-kosteloze procedure die is gebaseerd op een aangepast radiofrequentietoewijzingsplan met een kleiner aantal radiofrequenties, voor zover de nieuwe selectieprocedure is gebaseerd op objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige criteria, en zij strookt met de doelstellingen als bedoeld in artikel 8, leden 2-4, van de Kaderrichtlijn elektronische communicatienetwerken en diensten.

HvJ EU 8 februari 2018, nr. C-144/17, ECLI:EU:C:2018:78 (*Lloyd's of London*), maakt duidelijk dat de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie die voortvloeien uit artikel 49 en 56 VWEU en waarnaar wordt verwezen in artikel 2 van Richtlijn 2004/18/EG, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zich niet verzetten tegen een regeling van een lidstaat, op grond waarvan twee bij Lloyd's of London aangesloten 'syndicates' niet van deelneming aan dezelfde openbare aanbestedingsprocedure voor verzekeringsdiensten mogen worden uitgesloten op grond van de enkele reden dat hun respectieve offertes zijn ondertekend door de algemeen vertegenwoordiger van Lloyd's of London voor die lidstaat, maar die wel toestaat dat die syndicaten worden uitgesloten als op basis van onweerlegbare gegevens blijkt dat hun offertes niet onafhankelijk van elkaar zijn geformuleerd.

4.7 *Andere beginselen*

HvJ EU 22 november 2017, nr. C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881 (*Cussens e.a.*), bevestigt dat het beginsel van het verbod van misbruik van recht, zoals dat op btw-gebied wordt toegepast in de rechtspraak die is voortgekomen uit het arrest *Halifax*, het algemene karakter vertoont dat de algemene

beginselen van het Unierecht naar hun aard bezitten. Het kan, los van een nationale maatregel die daaraan werking geeft in de nationale rechtsorde, rechtstreeks worden toegepast teneinde te weigeren vrijstelling van de btw te verlenen voor de verkoop van onroerende goederen zoals in casu, die heeft plaatsgevonden vóór het *Halifax*-arrest, zonder dat het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zich daartegen verzetten. Zie voor de toepassing van de het beginsel van verbod van misbruik van recht op het terrein van grensoverschrijdende sociale zekerheid, de – in par. 1.3 al vermelde – zaak *Altun* (HvJ EU 6 februari 2018, nr. C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, AB 2018/156, m.nt. Widdershoven), Opmerkelijk aan dit ‘nieuwe’ EU-rechtsbeginsel is dat het, anders dan andere door het Hof erkende rechtsbeginselen, geen waarborg voor particulieren bevat, maar hun rechten juist beperkt. In HvJ EU 26 juli 2017, nr. C-599/14 P, ECLI:EU:C:2017:583 (*Raad/LTTE*), acht het Hof, anders dan het Gerecht, het besluit tot handhaving van de Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) als terroristische organisatie op de EU-sanctielijst van verordening 2580/2001, niet in strijd met de motiveringsplicht van artikel 296 VEU. Hoewel artikel 1 lid 6 van het Gemeenschappelijk standpunt 2001/931/GBVB voorschrijft dat de Raad ten minste om de zes maanden de plaatsing op de lijst ‘bezielt’, om er zeker van te zijn dat de plaatsing van een reeds op basis van een nationale beslissing van een bevoegde instantie op de lijst geplaatste persoon of entiteit op die lijst nog steeds gerechtvaardigd is, vereist het niet dat elk nieuw element waarop de Raad steunt ter rechtvaardiging van de handhaving van de betrokken persoon of entiteit op de lijst, voorwerp is geweest van een nationale beslissing die door een bevoegde instantie is vastgesteld na de beslissing die als grondslag voor de aanvankelijke plaatsing op de lijst heeft gediend. Door een dergelijke eis te stellen, heeft het Gerecht de voorwaarden inzake het bestaan van een dergelijke beslissing, die in artikel 1 lid 4 Gemeenschappelijk standpunt 2001/931/GBVB uitsluitend is voorgeschreven met het oog op de aanvankelijke plaatsing van een persoon of entiteit op genoemde lijst, getransponeerd naar de evaluaties die de Raad op grond van artikel 1 lid 6 Gemeenschappelijk standpunt moet verrichten. Het Hof komt tot de conclusie dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Tot datzelfde oordeel komt HvJ EU 26 juli 2017, nr. C-79/15P, ECLI:EU:C:2017:584 (*Raad/Hamas*), waar het gaat om het besluit van de Raad tot de handhaving van Hamas als terroristische organisatie op de EU-sanctielijst. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de aanvankelijke plaatsing van een persoon of entiteit op de genoemde lijst en de handhaving daarvan. Bij de aanvankelijke plaatsing zijn de beslissingen van lidstaten noodzakelijk. Voor de handhaving van een plaatsing mag de Raad zich ook op andere informatie, zoals de pers en internet, beroepen.

4.8 Fundamentele rechten

In HvJ EU 19 mei 2017, nr. C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354 (*Chavez-Vilchez*), AB 2017/229, m.nt. Klaassen, SEW 2017/181, m.nt. Kroeze, bepaalt het Hof dat bij het vaststellen of er een afgeleid verblijfsrecht bestaat voor de ouder van een minderjarige Unieburger rekening moet worden gehouden met

het recht op gezinsleven (artikel 7 Handvest Grondrechten EU) en het belang van het kind (artikel 24 lid 2 Handvest Grondrechten EU). Zie hierover nader, A.A.M. Schrauwen, ‘Het belang van het kind in Zambrano-situaties’, *NtER* 2017, afl. 7, p. 173-180.

ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2555, betreft eveneens artikel 7 en 8 Handvest en gaat om het verzoek aan het College Bescherming Persoonsgegevens – inmiddels de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) – om met een beroep op artikel 60 Wbp te onderzoeken/beoordelen en op een handhavende manier kenbaar te maken of NS, door alleen toe te staan een voordeelurenabonnement te combineren met een persoonlijke OV-chipkaart en niet met een anonieme OV-chipkaart, artikel 8, aanhef en onder b, en artikel 11 lid 1 Wbp overtreedt. Specifiek met betrekking tot de vraag of de AP in haar beoordeling van het verzoek door appellant aangedragen alternatieven had moeten betrekken, overweegt de Afdeling, onder verwijzing naar artikel 7 en 8 Handvest, zoals uitgelegd door het HvJ EU, dat bij de beoordeling van de vraag of de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is voor het sluiten en de uitvoering van de overeenkomst inzake een voordeelurenabonnement van belang is of het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt in redelijkheid niet op een andere, voor de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokken persoon minder nadelige wijze kan worden verwezenlijkt. De rechtbank heeft volgens de Afdeling terecht geoordeeld dat de AP vanwege deze noodzakelijkheidstoets het door appellant aangedragen alternatief – het inchecken met een anonieme OV-chipkaart met daarop voordeelurenkorting en het als zichtkaart tonen van een voordeelurenabonnement aan de conducteur in de trein – in haar beoordeling had moeten betrekken.

In verband met de gegevensbescherming zij ook gewezen op de nieuwe Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), die op 25 mei 2018 van toepassing wordt. Deze verordening vervangt Richtlijn 95/46/EG en zal in Nederland worden uitgevoerd door middel van de Uitvoeringswet AVG. De Wbp zal worden ingetrokken. Zie hierover E. Oude Elferink & J.G. Reus, ‘Handhaving van de Algemene Verordening Gegevensbescherming vanuit Nederlands perspectief’, *NtER* 2017, afl. 6, p. 157-164; H.H. de Vries & S.A.M. Meijer, Privacy en gemeenten: de Algemene Verordening Gegevensbescherming, *Gst.* 2017/132 (p. 687-692) en H. Hijmans, ‘De AVG en de UAVG’, *NJB* 2018/356 (p. 472-478). Zie over de rol van het recht op privacy in andere contexten, C.N. van der Sluis, ‘Openbaarheid van overheidsinformatie en bescherming van de privacy. De Wet openbaarheid van bestuur en de Wet open overheid bezien vanuit privacy-oogpunt’, *Gst.* 2017/132 (p. 678-686); A.E. van Rooij, ‘Privacy in het semi-publieke domein. De bescherming van privacy bij de publiek-private zorg voor openbare orde en veiligheid’, *Gst.* 2017/133 (p. 693-701) en W.L. Roozendaal, ‘Bestuurlijke opsporing en privacy van bijstandsgerechtigden’, *Gst.* 2017/134 (p. 702-708). HvJ EU 26 oktober 2017, nr. C-534/16, ECLI:EU:C:2017:820 (*BB construct*), betreft een mogelijke inbreuk op de vrijheid van ondernemerschap van artikel 16 Handvest. In verband met de aanvraag tot btw-registratie van het bedrijf BB construct had de Slowaakse belastingdienst bepaald dat het

bedrijf gedurende 12 maanden een zekerheid moest stellen van € 500.000, die binnen 20 dagen moest worden betaald. De belastingdienst achtte de zekerheid gerechtvaardigd wegens de btw-schuld van een andere vennootschap, waarmee de bestuurder of aandeelhouder van BB construct een persoonlijke of vermogensrechtelijke betrekking had. Het Hof oordeelt dat, als het stellen van een zekerheid, gelet op de omvang van het bedrag ervan, de betrokken vennootschap zonder rechtvaardiging vanaf haar oprichting berooft van haar middelen en haar verhindert om haar economische activiteiten te ontwikkelen, dit een kennelijk onevenredige inbreuk op de vrijheid van ondernemerschap vormt. Het is echter aan de verwijzende rechter om te bepalen of het stellen van een zekerheid van € 500.000 in casu verder gaat dan noodzakelijk is ter verwezenlijking van het doel om de juiste btw-inning te verzekeren en belastingfraude te voorkomen.

In HvJ EU 14 september 2017, nr. C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680 (K.), EHRC 2017/200, m.nt. Den Heijer & Krommendijk, beantwoordt het Hof prejudiciële vragen van de rechtbank Den Haag over de verenigbaarheid van artikel 8 Richtlijn 2013/33/EU met de EHRM-rechtspraak (in het bijzonder *Nabil e.a./Hongarije*, EHRM 22 september 2015, nr. 62116/12), waarin het EHRM bepaalde dat vrijheidsbeneming op grond van artikel 5 lid 1, onder f, EVRM alleen is gerechtvaardigd als een uitwijzings- of uitleveringsprocedure gaande is, van welke situatie in casu geen sprake is. Het Hof stelt voorop dat de EU niet zelf is gebonden aan het EVRM, zodat het in deze zaak primair moet beoordelen of de richtlijnbeperking in overeenstemming is met het Handvest. Gelet op de eisen van artikel 52 lid 1 Handvest overweegt het Hof daarbij dat de beperking in een wetgevingshandeling is vastgelegd en het doel dient van het goed functioneren van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel, hetgeen een door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang is. Het bewaringscriterium zoals vastgelegd in de richtlijn is ook geschikt om dat doel te bereiken. In het kader van de noodzakelijkheidsbeoordeling wijst het Hof op zijn eerdere rechtspraak waaruit blijkt dat er tal van waarborgen in het systeem zijn ingebouwd, zodat de lidstaten wel enige discretie hebben, maar die discretie conform de mensenrechtenverdragen moeten uitoefenen. Ook acht het de beperkingen niet onevenredig aan de nagestreefde doelstellingen, aangezien de bepaling het gevolg is van een evenwichtige afweging tussen het nagestreefde algemeen belang en de inmenging in het recht op vrijheid. Wat betreft de eventuele verenigbaarheid met de rechtspraak van het EHRM, merkt het Hof op dat de nationale rechter geen elementen heeft aangedragen op grond waarvan de feiten van het hoofdgeding geacht kunnen worden onder artikel 5 lid 1, onder f, EVRM te vallen, noch in welke mate de rechtspraak van het EHRM (in het bijzonder *Nabil*) in deze zaak van invloed zou kunnen zijn. Het feit dat geen terugkeerbesluit is vastgesteld in de zaak tegen klager lijkt volgens het Hof juist uit te sluiten dat er tegen hem een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is. Wat betreft de waarborgen zoals uitgelegd door het EHRM herinnert het Hof eraan dat artikel 5 lid 1, onder f, EVRM volgens de EHRM-rechtspraak niet in de weg staat aan noodzakelijke bewaringsmaatregelen, mits een dergelijke maatregel

rechtmatig is en wordt toegepast met voldoende waarborgen tegen willekeur.

5. Handhaving en schadevergoeding

5.1 Handhaving

5.1.1 Instrumenten

HvJ EU 5 december 2017, nr. C-42/17 (*M.A.S. en M.B.*), ECLI:EU:C:2017:936, EHRC 2018/34, m.nt. Krommendijk, AB 2018/145, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, preciseert het oordeel van het Hof in zaak nr. C-105/14 (*Taricco*), ECLI:EU:C:2015:555, naar aanleiding van de vraag van het Italiaanse Grondwettelijk Hof hoe het deze uitspraak precies moet lezen en of het Hof bij het formuleren ervan wel voldoende rekening heeft gehouden met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zoals dat zou worden uitgelegd door het EHRM en is erkend in de Italiaanse grondwet en in andere nationale grondwetten. Het gaat daarbij om een ruime interpretatie van het verbod van terugwerkende kracht volgens welke dat verbod ook betrekking heeft op een procedurele bepaling als verjaringstermijnen. Het Hof herhaalt zijn eerdere rechtspraak over de noodzaak om te zorgen voor doeltreffende en afschrikkende sancties en benadrukt de verantwoordelijkheid van de nationale rechter om de verjaringsregels zo toe te passen dat deze aan de uit artikel 325 VWEU voortvloeiende verplichtingen voldoen. Natuurlijk mogen de verjaringsregels daarbij niet in strijd komen met het legaliteitsbeginsel. Omdat het in het onderhavige geval gaat om een onderwerp dat nauwelijks is geharmoniseerd, geldt dat Italië vrij is om te bepalen hoe de regeling komt te luiden. Daarbij moet het legaliteitsbeginsel worden gerespecteerd en mag de toepassing ervan geen afbreuk doen aan het door het Handvest geboden beschermingsniveau, en de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht. Het legaliteitsbeginsel van artikel 49 Handvest moet op zijn beurt in overeenstemming met de daarmee corresponderende bepaling uit het EVRM worden uitgelegd. Daarbij moet worden voldaan aan alle eisen die het EHRM stelt en die ook blijken uit de rechtspraak van het HvJ EU, waaronder ook het vereiste van voldoende nauwkeurigheid van de toepasselijke strafbepaling. Mocht de nationale rechter van oordeel zijn dat de verplichting om de verjaringsbepalingen buiten toepassing te laten, ingaat tegen het legaliteitsbeginsel, dan is hij niet gehouden om aan deze verplichting te voldoen, ook al zou de nakoming ervan een einde maken aan een met het Unierecht onverenigbare nationale situatie. In feite komt het Hof hiermee met heel veel woorden terug op *Tarico*, naar verluid onder druk van diverse constitutionele hoven.

Volgens HvJ EU 20 december 2017, nr. C-102/16, ECLI:EU:C:2017:1012 (*Vaditrans*), moet artikel 8, leden 6 en 8, Verordening nr. 561/2006, aldus worden uitgelegd dat bestuurders van vrachtauto's hun normale wekelijkse rusttijden niet in hun voertuig mogen doorbrengen. Dat verbod geldt niet voor de dagelijkse en verkorte wekelijkse rusttijden. In verband met de sanctionering van overtredingen van de rusttijdbepaling met bestuurlijke boetes, stelt het

Hof dat het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel van artikel 49 Handvest niet eraan in de weg staat dat de regels van strafrechtelijke aansprakelijkheid geleidelijk aan door rechterlijke uitleg in concrete zaken worden verduidelijkt, op de voorwaarde dat het resultaat redelijkerwijs kon worden voorzien toen de inbreuk werd gepleegd, met name gelet op de wijze waarop de betrokken bepaling toentertijd door de rechtspraak werd uitgelegd. CBB 21 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:312, SEW 2017, afl. 12, p. 525, betreft een aan Uber International opgelegde last onder dwangsom wegens de overtreding van artikel 76, eerste lid, Wet personenvervoer 2000 (Wpv 2000): diverse chauffeurs hebben via de Uber-app in het kader van UberPOP taxivervoer verricht zonder dat zij beschikten over een taxivergunning. Het CBB onderschrijft dat artikel 76 lid 1 Wpv 2000 is overtreden en verwerpt het argument dat UberPOP een soort marktplaats is, waarvan Uber International en Uber BV slechts de marktmeester zijn, die niet aansprakelijk zijn voor wat er op de marktplaats wordt aangeboden. Ook het argument dat een vergunningplicht voor de dienst UberPOP in strijd is met artikel 49 en 56 VWEU en dat regulering van UberPOP onverenigbaar is met Notificatierichtlijn 98/34/EG en Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel, wordt door het CBB verworpen, mede omdat sprake is van een zuiver interne situatie, nu alle elementen zich afspelen binnen één lidstaat: Uber International en Uber B.V zijn beide gevestigd in Nederland, het in geding zijnde taxivervoer heeft plaatsgevonden binnen de Nederlandse grenzen en de geverbaliseerde chauffeurs wonen in Nederland.

ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:155 heeft betrekking op een door de kansspelautoriteit opgelegde boete van € 200.000 wegens het zonder vergunning online aanbieden van kansspelen, alsmede op het besluit tot openbaarmaking van het boetebesluit. Vanuit het perspectief van het Europees bestuursrecht is deze uitspraak relevant voor zover de Afdeling het oordeel van de rechtbank onderschrijft dat, aangezien appellante niet in de EU maar in Antigua en Bermuda is gevestigd, haar beroep op het vrij verkeer van diensten faalt. De verwijzing van appellante naar rechtspraak van het HvJ EU kan haar niet baten, omdat het Hof daarin de werking van artikel 56 VWEU niet heeft uitgebreid naar aanbieders van diensten die uitsluitend buiten de EU of de Europese Economische Ruimte zijn gevestigd.

5.1.2 Specifieke waarborgen

In HvJ EU 20 maart 2018, nr. C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci*), acht het Hof de beperkte invulling van het beginsel van *ne bis in idem* in EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011 (*A en B/Noorwegen*), ook in de context van artikel 50 Handvest toelaatbaar. Volgens het Hof staat dat artikel niet eraan in de weg dat tegen een persoon strafvervolgning kan worden ingesteld wegens het verzuim de verschuldigde btw binnen de wettelijke termijnen te betalen, terwijl die persoon voor dezelfde feiten al een onherroepelijk geworden bestuurlijke sanctie van strafrechtelijke aard (fiscale boete) is opgelegd, op voorwaarde dat die regeling:

- een doel nastreeft dat deze cumulatie van vervolgingsmaatregelen en sancties kan rechtvaardigen (te weten de strijd tegen btw-delicten), waarbij die maatregelen en sancties elkaar aanvullende doelen moeten hebben;
- regels bevat waarmee voor onderlinge afstemming kan worden gezorgd, opdat de extra belasting die voor betrokkenen uit de cumulatie van procedures voortvloeit, tot het strikt noodzakelijke wordt beperkt, en
- voorziet in regels waarmee ervoor kan worden gezorgd dat de zwaarte van het geheel van de opgelegde sancties is beperkt tot het strikt noodzakelijke in verhouding tot de ernst van het delict.

Met deze uitspraak volgt het Hof niet de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona van 12 september 2017, ECLI:EU:C:2017:667, die het Hof had geadviseerd om meer bescherming te bieden dan het EHRM en de cumulatie van strafvervolgning met een fiscale boete in strijd met artikel 50 Handvest te achten. Anders dan het EHRM, beschouwt het Hof de toegestane invulling van het beginsel overigens wel als een beperking van artikel 50 Handvest, zij het een beperking die in het licht van artikel 52, eerste lid, Handvest toelaatbaar is, als aan de hiervoor genoemde voorwaarden is voldaan.

Overigens stelt het Hof wel grenzen aan die cumulatie. Zo bepaalt het in zijn uitspraak van (eveneens) 20 maart 2018, nr. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson Real Estate*), dat artikel 50 Handvest zich wel verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete van strafrechtelijke aard kan worden voortgezet voor een delict (marktmanipulatie) waarvoor hij al onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld. Bij dit oordeel speelt een rol dat de nationale regeling niet waarborgt dat de zwaarte van het geheel van opgelegde sancties beperkt is tot wat strikt noodzakelijk is in verhouding tot de ernst van de inbreuk in kwestie. Verder stelt het Hof in een uitspraak van (opnieuw) 20 maart 2018, nrs. C-596/16 en C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192 (*Di Puma & Zecca*), dat artikel 14 Richtlijn 2003/16/EG, inzake marktmanipulatie, uitgelegd in het licht van artikel 50 Handvest zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een oplegging van een bestuurlijke boete van strafrechtelijke aard niet kan worden voortgezet na een onherroepelijk geworden strafrechtelijke vrijspraak waarbij is vastgesteld dat de feiten, die ook de grondslag vormen voor de bestuurlijke boete, niet zijn bewezen. Zie over het beginsel van *ne bis in idem* verder, B. van Bockel, 'The Single Supervisory Mechanism Regulation: Questions of *ne bis in idem* and implications for the further integration of the system of fundamental rights protection in the EU', *MJECL* 2017/2, p. 194-216.

Zie over de trend dat Europese toezichthouders steeds vaker worden belast met (operationele) handhavingsbevoegdheden in de lidstaten en de vragen die dat oproept voor de politieke en rechterlijke verantwoording, M. Scholten & M. Luchtman (red.), *Law Enforcement by EU Authorities. Implications for Political and Judicial Accountability*, Cheltenham: Elgar Publishing 2017. Ten slotte zij vermeld dat de in de vorige kroniek (*NTB* 2017/27 (p. 249)) gesignaleerde zaak *Berlizzo* (nr. 682-15, ECLI:EU:C:2017:373), inzake het recht

op beroep op de rechter tegen sancties ter afdwinging van de fiscale informatieplicht, inmiddels ook is geannoteerd in *SEW 2017/200*, afl. 12, door De Raedt.

5.2 Aansprakelijkheid

Zoals in de vorige kroniek (*NTB 2017/27* (p. 250-251)) al opgemerkt, heeft de rechtspraak de op *Köbler* (nr. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513) gebaseerde schadevordering wegens een kennelijke schending van het Unierecht door een hoogste nationale rechter inmiddels ontdekt, maar hebben de zaken tot nu toe weinig succes. In haar uitspraak van 6 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10316 (*Yin Yang*) wijst de rechtbank Den Haag de tegen de Staat gerichte schadevordering wegens schending van de zesde BTW-richtlijn door de Hoge Raad (belastingkamer) in zijn arrest van 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:145, af, omdat het arrest volgens de rechtbank deels geheel in overeenstemming is met de richtlijn en de rechtspraak van het HvJ EU en voor een ander deel in elk geval geen manifeste schending van het EU-recht oplevert. Hetzelfde lot (afwijzing van de schadevordering) is te vinden in rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11809, aangaande de – in de vorige kroniek genoemde – vordering die het NJCM en een Afghaanse 1F-vreemdeling tegen de Staat hebben ingediend wegens schending van het Unierecht door de ABRvS, zij het dat het om een afwijzing om procedurele redenen gaat. Uit de feiten blijkt dat de Afghaanse 1F-er tegen de uitspraak van de rechtbank (sector bestuursrecht) van 13 mei 2008, waarbij de rechtbank heeft geoordeeld dat artikel 1F terecht aan hem is tegengeworpen, geen hoger beroep heeft ingesteld, waardoor die uitspraak gezag van gewijsde heeft gekregen. Omdat de mogelijke schending van het Unierecht geen reden is om dat gezag te doorbreken, kan de schadevordering in zoverre niet slagen. Na de uitspraak van 13 mei 2008, heeft de 1F-er, naar aanleiding van een uitspraak van het Hof van Justitie uit 2012, een verzoek tot heroverweging van het initiële besluit ingediend, een verzoek dat door de IND is afgewezen. Omdat de uitspraak van het Hof geen – zoals noodzakelijk in het *ne-bis-in-idem*-beoordelingskader – (feitelijk) novum is, is het daartegen ingestelde beroep in hoogste instantie door de Afdeling verworpen in haar uitspraak 16 november 2015. Deze uitspraak heeft als zodanig echter geen betrekking op het tegenwerpen van artikel 1F aan de vreemdeling en kan dus evenmin een basis bieden voor de op schending van die bepaling gebaseerde schadevordering. Zie over de problematiek van de 1F-ers, B. Wallage, C.J.R. van Binsbergen & L. van Wijnbergen, 'Het bestuursrechtelijke bewijsvermoeden bij de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag', *NJB 2017/1703* (p. 2234-2240). Ten slotte kan melding worden gemaakt van de conclusie van Advocaat-Generaal Wissink van 19 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:54, waarin deze in de – in deze kroniek al vaak genoemde (onder meer *NTB 2017/4* (p. 38)) – *KLM-pilotenzaak* adviseert om het cassatieberoep te verwerpen.

In HvJ EU 4 april 2017, nr. C-337/15P (*Europese Ombudsman/Staelen*), ECLI:EU:C:2017:256, veroordeelt het Hof de Europese Ombudsman tot een immateriële schadevergoeding van € 7000, omdat de ombudsman in zijn onderzoek van

de door Staelen tegen het handelen van het EP ingediende klachten het zorgvuldigheidsbeginsel om diverse redenen voldoende gekwalificeerd heeft geschonden. Wat betreft de overschrijding van de redelijke termijn wordt de schadevordering afgewezen, omdat het feit dat de ombudsman twee brieven van Staelen laat heeft beantwoord (een brief pas na één jaar), geen gekwalificeerde schending van het vereiste van redelijke termijn oplevert. Vergelijk over de uitspraak, R. Meijer, 'Niet-contractuele aansprakelijkheid Unie voor fouten Europese Ombudsman - Schending zorgvuldigheidsbeginsel en redelijke termijn altijd een voldoende gekwalificeerde schending?', *MvV 2017/5*, p. 170-175.

Uit HvJ EU 13 juli 2017, nr. C-129/16, ECLI:EU:C:2017:547 (*Türkevei Tejtermelö*), *JM 2017/99*, m.nt. Douma & Van Geel, blijkt dat artikel 8 lid 3, onder a, Richtlijn 2004/35/EG, betreffende milieuaansprakelijkheid, op grond waarvan aan de *exploitant* bij milieuschade preventie- en herstelverplichtingen moeten worden opgelegd, niet eraan in de weg staat dat op grond van het nationale recht daarnaast de *eigenaar* aansprakelijk kan worden gesteld voor die milieuschade en deze een bestuurlijke boete kan worden opgelegd als hij de illegale verontreiniging niet heeft voorkomen. Het Hof beschouwt deze aansprakelijkstelling als een strengere nationale bepaling dan de richtlijn, hetgeen op grond van artikel 16 van de richtlijn – in samenhang met artikel 193 VWEU – toelaatbaar is, mits zij verenigbaar is met het VEU en VWEU en ter kennis van de Commissie is gebracht. Voor die verenigbaarheid is van belang dat die strengere regels dienstig zijn aan het doel van de richtlijn, het voorkomen en herstellen van milieuschade, en niet mogen indruisen tegen het evenredigheidsbeginsel.

Zie voor literatuur over de betekenis van het Unierecht voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, R. Schutgens, 'Automatische toerekening revisited', in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *Nijmeegs Europees privaatrecht (Sieburgh-bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 95-122; I. Aronstein, 'Vlees noch vis', in dezelfde bundel, p. 145-170; M.W. Walinga & A.C.W. Pijls, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *RM Themis* 2018, afl. 1, p. 12-25; B. Braat & N. Roosenboom, 'Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de collectieve schadeafwikkeling', *SEW 2018/3*, afl. 1, p. 10-20. Zie voor Europese literatuur, K. Gutman, 'The non-contractual liability of the European Union: Principle, practice and promise', in: P. Giliker (red.), *Research Handbook on EU Tort Law*, Cheltenham: Elgar Publishing 2017, p. 26-62; D. Leczykiewicz, 'Compensatory remedies in EU law: The relationship between EU law and national law', in hetzelfde handboek, p. 63-93; Marie-Pierre F. Granger, 'Francovich liability before national courts: 25 years on, has anything changed?', eveneens in hetzelfde handboek, p. 93-127; K. Havu, 'Full, adequate and commensurate compensation for damages under EU law: a challenge for national courts?', *ELRev* 2018/1, p. 24-46; M. Ovádek, 'At last! Reaching the remedy for delay after a long ride through the EU judicial system Case T-577/14 Gascogne Sack Deutschland and Gascogne v. European Union, EU:T:2017:1', *MJECL* 2017/3, p. 438-447.