

# Europees staats- en bestuursrecht

NTB 2019/4

## Indeling

1. Constitutionele aspecten
  - 1.1 Europese institutionele ontwikkelingen
  - 1.2 Het wetgevingsproces
    - 1.2.1 Europese wetgeving en subsidiariteit
    - 1.2.2 Implementatievragen
  - 1.3 Toezicht en samenwerking
  - 1.4 Nationale bestuursorganisatie
2. Doorwerking van Unierecht
  - 2.1 Voorrang algemeen\*
  - 2.2 Doorwerking van Uniehandelingen
    - 2.2.1 Primair Unierecht\*
    - 2.2.2 Verordening
    - 2.2.3 Richtlijnen
    - 2.2.4 Besluiten\*
    - 2.2.5 Andere handelingen
  - 2.3 Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten
3. Rechtsbescherming
  - 3.1 Stelsel van rechtsbescherming
    - 3.1.1 Algemeen
    - 3.1.2 Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking
  - 3.2 Toegang tot de rechter
    - 3.2.1 Fatale termijnen\*
    - 3.2.2 Procespartijen
    - 3.2.3 Voor beroep vatbare handeling
    - 3.2.4 Andere aspecten van de toegang tot de rechter\*
  - 3.3 Behandeling van het geschil
    - 3.3.1 Rechterlijke beoordeling en bewijs
    - 3.3.2 Ambtshalve toepassing Unierecht
    - 3.3.3 Procedurele waarborgen\*
  - 3.4 Uitspraak
  - 3.5 Voorlopige voorziening
  - 3.6 Gezag van gewijsde
4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten
  - 4.1 Algemeen
  - 4.2 Gelijkheid
  - 4.3 Evenredigheid
  - 4.4 Vertrouwen en rechtszekerheid
  - 4.5 Rechten van verdediging en participatie
  - 4.6 Transparantie en openbaarheid van bestuur
  - 4.7 Andere beginselen
  - 4.8 Fundamentele rechten

## 5. Handhaving en schadevergoeding

### 5.1 Handhaving

#### 5.1.1 Instrumenten

#### 5.1.2 Specifieke waarborgen

### 5.2 Aansprakelijkheid

*\*In de met een (\*) gemerkte (sub)paragrafen hebben zich onvoldoende ontwikkelingen voorgedaan en komen derhalve in onderstaande kroniek niet aan de orde. Deze kroniek beslaat de periode van april 2018 t/m november 2018.*

## 1. Constitutionele aspecten

### 1.1 Europese institutionele ontwikkelingen

In de afgelopen kroniekperiode is de strijd over het behoud van de rechtsstaat in Polen volop losgebarsten. Een belangrijke stap in die strijd werd door het Hof van Justitie al gezet in het – in NTB 2018/46 (p. 241), al kort gesignaleerde – arrest van 27 februari 2018 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), nr. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, EHRC 2018/72, m.nt. Krommendijk, AB 2018/220, m.nt. van den Eijnden. In die zaak beoordeelde het Hof de prejudiciële vraag van de Portugese rechter of een salarisverlaging voor werknemers in de publieke sector die ook werd toegepast op de leden van de rechterlijke macht, afbreuk deed aan de onafhankelijkheid van de rechters, in het licht van art. 19, lid 1, tweede alinea, VEU, dat het in art. 2 VEU verankerde rechtsstaatsbeginsel concretiseert. Volgens het Hof verplicht deze bepaling de lidstaten daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren op de ‘domeinen die vallen onder de toepassing van het Unierecht’, en is het – anders dan voor de toepasselijkheid van art. 47 Handvest – dus niet vereist dat in de specifiek verwezen zaak het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht in de zin van art. 51, lid 1, Handvest. Daarmee heeft het oordeel van het Hof betrekking op de rechterlijke macht als zodanig en niet alleen op het rechterlijke college in een concrete zaak. In het vervolg van het arrest geeft het Hof aan wat de eis van ‘daadwerkelijke rechtsbescherming’ inhoudt en hoe essentieel de onafhankelijkheid van de nationale rechters in dit verband is. Het begrip ‘onafhankelijkheid’ veronderstelt – aldus het Hof – dat een rechterlijke instantie haar rechtsprekende taken volledig autonoom uitoefent, zonder enig hiërarchisch verband en zonder aan wie dan ook ondergeschikt te zijn of van waar dan ook bevelen of instructies te ontvangen, en aldus beschermd is tegen tussenkomsten of druk van buitenaf die de onafhankelijkheid van de oordeelsvorming van haar leden in de aan hen voorgelegde geschillen in gevaar zouden kunnen brengen. Net zoals de onafzetbaarheid van de rechterlijke leden van de betrokken instantie is de ontvangst door die leden van een bezoldiging die qua omvang evenredig is aan het belang van de functies die zij uitoefenen, een aan de rechterlijke onafhankelijkheid inherente waarborg. In de Portugese zaak was de laatste onafhankelijkheidswaarborg niet ge-

<sup>1</sup> 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.

schonden, omdat de salarisverlagingen algemeen van aard waren (want zij golden voor alle personen werkzaam in de publieke sector) en bovendien tijdelijk. De door het Hof van Justitie geformuleerde eisen betreffende de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, komen echter terug in het Poolse dossier.

Dat blijkt al uit HvJ EU 25 april 2018, nr. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*L.M.*), waarin het Hof oordeelt dat nationale rechters kunnen afzien van de overlevering van een persoon waartegen een Poolse rechter een Europees arrestatiebevel heeft uitgevaardigd, wanneer deze persoon een reëel gevaar loopt dat zijn recht op een eerlijk proces wordt geschonden vanwege structurele gebreken in de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. In dat arrest – waarop we in par. 5.1.1 nader ingaan – wordt veelvuldig verwezen naar de Portugese zaak en speelt het door de Commissie op 7 december 2017 ingediende voorstel voor een besluit van de Raad ‘betreffende de constatering van een duidelijk gevaar voor een ernstige schending door Polen van de rechtsstaat’ (COM(2017) 835), zoals bedoeld in art. 7, lid 1, VEU, een belangrijke rol. Vergelijk ook R. Janse, ‘Het indirecte belang van artikel 7 VEU’, *NJB* 2018/1701, afl. 32. Of Polen ooit zal worden veroordeeld in de art. 7 VEU-procedure is echter onzeker, omdat zo’n veroordeling unanimitieit in de Raad vergt en Hongarije vermoedelijk tegen de veroordeling van Polen zal stemmen. Dat wil echter niet zeggen dat de EU met lege handen staat en opnieuw biedt de Portugese zaak de munitie. In die zaak is immers gebleken dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht generiek wordt beschermd door art. 2 en 19 VEU, en tegen de schending van die artikelen kan de Commissie optreden met de procedure wegens niet-nakoming van art. 258 VWEU, zonder dat de Raad enige rol speelt. Inmiddels heeft de Commissie op 2 oktober 2018 deze procedure tegen Polen bij het Hof aangehangig gemaakt (nr. C-619/18), omdat Polen door de verlaging van de pensioenleeftijd van de rechters van het hoogste Poolse rechterlijke college art. 19 VEU heeft geschonden. Vervolgens heeft zij het Hof van Justitie in kort geding verzocht om de toepassing van de gewraakte nationale bepalingen te schorsen en alle noodzakelijke maatregelen te bevelen zodat de weggepensioneerde rechters hun werk weer kunnen verrichten. Dit verzoek is op 19 oktober 2018, nr. C-619/18R, ECLI:EU:C:2018:852, door de vicepresident van het Hof voorlopig gehonoreerd tot de einduitspraak in de kortgedingprocedure, wat ertoe heeft geleid dat de rechters weer aan het werk zijn. Het vervolg van de zaak moet natuurlijk worden afgewacht, maar het lijkt ons waarschijnlijk dat de procedure uiteindelijk zal leiden tot een veroordeling van Polen op grond van art. 258 VWEU, een veroordeling die, mocht Polen blijven dwarsliggen, met toepassing van art. 260 VWEU, kan worden afdwongen met boetes en dwangsommen. Aldus heeft de Commissie met hulp van het Hof een weg gevonden om de art. 7 VEU-procedure te omzeilen, en worden de Poolse inbreuken op de rechtsstaat aangepakt met de aloude infractieprocedure. Zie over de (aanpak van de) ‘rechtsstaatscrisis’, M. Schmidt & P. Bogdanowicz, ‘The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article

258 TFEU’, *CMLRev* 2018/4, p. 1061-1100; A. von Bogdandy *et al.*, ‘Guest editorial. A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines’, *CMLRev* 2018/4, p. 983-996; A. Hatje & L. Tichý, *Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union*, *Nomos* 2018; M. Kröger, *Unabhängigkeitsregime im europäischen Verwaltungsverbund*, *Nomos* 2018; Fernanda G. Nicola, ‘Another view of the cathedral: What does the rule of law crisis tell us about democratizing the EU?’, *MJ* 2018/2, p. 133-138; S. Kadelbach, *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, *Nomos* 2018.

De – in *NTB* 2018/46 (p. 236), vermelde – prejudiciële vraag over de betekenis van art. 20 VWEU voor de rechtspositie van Britse burgers na de Brexit, die de Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 7 februari 2018 (tussenvonnis), ECLI:NL:RBAMS:2018:605, leek te gaan verwijzen naar het Hof, is uiteindelijk niet doorgeslagen. Dit komt omdat de rechter in een tweede tussenvonnis van 20 februari 2018 heeft bepaald dat tegen het vonnis eerst hoger beroep mogelijk zou zijn en in dit hoger beroep het Gerechtshof Amsterdam 19 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2009, de vordering van appellanten alsnog heeft geweigerd. Volgens het gerechtshof is de vordering te onbepaald om, ongeacht het antwoord van het Hof op de vraag over de uitleg van art. 20 VWEU, te kunnen worden toegewezen. Zie over het tweede tussenvonnis van de Amsterdamse voorzieningenrechter, J. Krommendijk, ‘Uitsstel van Brexit-verwijzing’, *NJB* 2018/1102, afl. 22. Zie over het verloop en de consequenties van de Brexit L. van Middelaar, ‘Brexit as the European Union’s “Machiavellian moment”’, *CMLRev* 2018/2/3, p. 3-28; C. Hillion, ‘Withdrawal under Article 50 TEU: An integration-friendly process’, *CMLRev* 2018/2/3, p. 29-56; M. Dougan, ‘An airbag for the crash test dummies? EU-UK negotiations for a post-withdrawal “status quo” transitional regime under Article 50 TEU’, *CMLRev* 2018/2/3, p. 57-99; R.A. Wessel, ‘Consequences of Brexit for international agreements concluded by the EU and its Member States’, *CMLRev* 2018/2/3, p. 101-131; F. Baetens, ‘“No deal is better than a bad deal”? The fallacy of the WTO fall-back option as a post-Brexit safety net’, *CMLRev* 2018/2/3, p. 133-174; N. Moloney, ‘Brexit and financial services: (Yet) another re-ordering of institutional governance for the EU financial system?’, *CMLRev* 2018/2/3, p. 175-201; C. Barnard & S. Fraser Butlin, ‘Free movement vs. fair movement: Brexit and managed Migration’, *CMLRev* 2018/2/3, p. 203-226; B. De Witte, ‘An undivided Union? Differentiated integration in post-Brexit times’, *CMLRev* 2018/2/3, p. 227-249; S. Smismans, ‘EU citizens’ rights post Brexit: why direct effect beyond the EU is not enough’, *EU-Const* 2018/3, p. 443-474; N. Fennelly, ‘Brexit: legal consequences for the EU. Dispute-settling between the EU and the UK’, *ERA Forum* 2018/4, p. 493-511; D. Benrath, ‘Bona fide and revocation of withdrawal: how Article 50 TEU handles the potential abuse of a unilateral revocation of withdrawal’, *ELRev* 2018/2, p. 234-248; F.M. Fleurke, ‘Brexit en milieu: *return of the dirty old man?*’, *SEW* 2018/149, afl. 10, p. 388-395.

Vergelijk voor de Europese uitdagingen voor het bestuursrecht, R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, ‘De goede voor-

nemens van een Europese wet bestuursrecht', *AAe* 2018, nr. 5, p. 411-417; M. Eliantonio & C.M. Colombo, 'The Changing Nature of the Public Administration: Innovations and Challenges for Public Lawyers', *EPL* 2018/3, p. 403-410; J. Barnes, 'An Expanding Frontier of Administrative Law: The Public Life of Private Actors (A Functional Approach)', *EPL* 2018/3, p. 595-612.

## 1.2 Het wetgevingsproces

### 1.2.1 Europese wetgeving en subsidiariteit

Zie over het Europese wetgevingsproces en de rol daarvan van de lidstaten en nationale parlementen, K. Sowery, 'The nature and scope of the primary law-making powers of the European Union: the Member States as the "masters of the treaties?"', *ELRev* 2018/2, p. 205-223; Hoai-Thu Nguyen, *An Uneven Balance? A Legal Analysis of Power Asymmetries Between National Parliaments in the EU*, Eleven international publishing 2018. Vergelijk voor de integriteitsproblemen en belangenverstrengeling bij het EP, P.P.T. Bovend'eert, 'Komt het ooit nog goed met het Europees parlement?', *NJB* 2018/251, afl. 39.

### 1.2.2 Implementatievragen

A.R. Neerhof, *Zichtbare handen bij zelfregulering op markten. Voor democratie, rechtsstaat, vrijhandel en vrije mededinging*, oratie VU 2018, bespreekt de invloed van overheden, alsmede het EU-recht op normalisatie en conformiteitsbeoordelingen in het licht van onder meer eisen van de rechtsstaat en democratie. Zie ook M. Eliantonio, 'Private Actors, Public Authorities and the Relevance of Public Law in the Process of European Standardization', *EPL* 2018/3, p. 473-490.

## 1.3 Toezicht en samenwerking

In CrvB 4 september 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2736, bepaalt de Raad dat een regionale dienst werk en inkomen een aanvraag om een IOAW-uitkering niet mag afwijzen op de grond dat een vertaling van Franstalige documenten ontbreekt. Dit volgt uit art. 76 Verordening (EG) nr. 883/2004, waarin is bepaald dat dergelijke aanvragen niet mogen worden afgewezen vanwege het feit dat zij in een officiële taal van een andere lidstaat zijn opgesteld. Daaraan voegt de Raad toe dat de documenten volgens Verordening (EG) nr. 987/2009, voor andere lidstaten bindend zijn zolang zij in de lidstaat van afgifte niet zijn ingetrokken of ongeldig verklaard. Bij twijfel over de geldigheid moet het orgaan van de lidstaat van ontvangst het orgaan van afgifte om opheldering en eventueel om intrekking van het document verzoeken.

Zie over de bestuurlijke samenwerkingsplicht binnen de EU ook, M. Dempfer, *Kooperationsstrukturen und Kooperationsvereinbarungen zwischen der EU und den Mitgliedstaaten im Rahmen gemischter Abkommen*, *Nomos* 2018; A. Miglio, 'Differentiated integration and the principle of loyalty', *EU-Const* 2018/3, p. 475-498.

Vergelijk over (de tanden van) de verdragsschendingsprocedure van art. 258-260 VWEU, C. Beaucillon, 'Opening

up the horizon: The ECJ's new take on country sanctions', *CMLRev* 2018/2, p. 387-415; M. Klamert, 'Die Durchsetzung finanzieller Sanktionen gegenüber den Mitgliedstaaten', *EuR* 2018/2, p. 159-174.

## 1.4 Nationale bestuursorganisatie

Zie voor de invloed van Europa op de nationale bestuursstructuur, C.M. Colombo, 'New Forms of Local Governance and the Transformation of Administrative Law', *EPL* 2018/3, p. 573-593; S. De Somer, 'The powers of national regulatory authorities as agents of EU law', *ERA forum* 2018/4, p. 581-595.

## 2. Doorwerking van Unierecht

### 2.2 Doorwerking van Uniehandelingen

#### 2.2.2 Verordeningen

Volgens ABRvS 8 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2627, moet Verordening (EU) nr. 601/2012, inzake de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgassen overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG (hierna: MRV), worden uitgelegd conform de door het Hof van Justitie in zijn rechtspraak beschreven methode. Volgens die methode is bij de uitleg van de tekst van art. 8 MRV in de eerste plaats een vergelijking van de verschillende taalversies vereist. Verder moet de betrokken bepaling, gelet op de noodzaak van een eenvormige uitleg van deze versies, indien daartussen verschillen bestaan, worden uitgelegd met inachtneming van de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt. Ook als de taalversies volledig overeenstemmen, moet in het oog worden gehouden dat het Unierecht een eigen terminologie bezigt. In de tweede plaats moet bij de bepaling van de betekenis en de draagwijdte van die begrippen volgens vaste rechtspraak van het Hof rekening worden gehouden met zowel de bewoordingen van de betrokken bepalingen van het Unierecht als met de context ervan, alsook met de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaken en met de ontstaansgeschiedenis van die regeling. In de derde plaats kan de considerans van de MRV de inhoud van de bepaling preciseren. In 'Is een touw een ketting? De relatieve rechtszekerheid van de eigen taalversie in het EU-recht', *SEW* 2018/81, p. 239-247, gaat S. van der Jeught in op de opvatting van het Hof van Justitie dat alle 24 authentieke taalversies van het EU-recht uniform moeten worden uitgelegd. Nationale rechters en particulieren kunnen dus niet vertrouwen op hun eigen taalversie alleen, maar moeten ook andere versies raadplegen. De auteur bepleit de invoering van het principe dat een foute taalversie van EU-recht niet mag worden tegengeworpen aan particulieren, met name op het vlak van het strafrecht.

#### 2.2.3 Richtlijnen

HvJ EU 7 augustus 2018, nr. C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*David Smith*), *AB* 2018/400, m.nt. Verhoeven, bevat een overzicht van de niet altijd even goed begrepen rechtspraak van het Hof van Justitie over de rechtstreekse werking van

richtlijnen in horizontale situaties. Daaruit blijkt onder meer dat het verbod van horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen nog steeds geldt en rechtstreekse werking van richtlijnen in gedingen tussen particulieren dus is uitgesloten. Alleen de plicht tot richtlijnconforme interpretatie kan in dergelijke gevallen soelaas bieden.

Daarnaast kan een richtlijnbevestiging in horizontale situaties soms doorwerken, omdat zij een beginsel van het Unierecht of Handvestrecht codificeert. Dit ziet men in HvJ EU 11 september 2018, nr. C-68/17 (*IR*), ECLI:EU:C:2018:696, waarin het ontslag door een katholieke werkgever van een werknemer, omdat deze na zijn scheiding opnieuw in het huwelijk was getreden, in strijd is met art. 4, lid 2, Richtlijn 2000/78, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Om deze strijdigheid te 'repareren' moet de nationale rechter – aldus het Hof – eerst bezielen van het Duitse recht in overeenstemming met art. 4, lid 2, van de richtlijn kan worden uitgelegd. Kan dat niet, dan benadrukt het Hof dat het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep niet bij Richtlijn 2000/78 zelf is ingevoerd, maar zijn oorsprong vindt in verschillende internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten. Daarom is het als algemeen beginsel van het Unierecht bindend en volstaat het op zich om aan particulieren een recht te verlenen dat deze als zodanig moet kunnen doen gelden in een geding tussen hen op een gebied dat onder het Unierecht valt. Zo nodig moet de rechter elke hiermee strijdige nationale bepaling buiten toepassing laten.

Deze lijn wordt ook toegepast in HvJ EU 17 april 2018, nr. C-414/16 (*Egenberger*), ECLI:EU:C:2018:257, AB 2018/378, m.nt. Van Sasse van Ijssel. Inhoudelijk betreft de zaak de (vermeende) discriminatie wegens godsdienst en wordt zij besproken in par. 4.2. Voor zover het Duitse recht in strijd is met art. 4, lid 2, Richtlijn 2000/78, moet de nationale rechter – aldus het Hof – eerst beoordelen of het nationale recht conform de richtlijnbevestiging kan worden uitgelegd. Leidt dat niet tot een oplossing, dan benadrukt het Hof opnieuw dat het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep zijn oorsprong vindt in verschillende internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten. Als algemeen beginsel van Unierecht heeft het verbod van discriminatie op grond van godsdienst een dwingend karakter. Dit verbod, ook neergelegd in art. 21, lid 1, Handvest, volstaat op zich om aan particulieren een recht te verlenen dat zij als zodanig kunnen doen gelden in een geding tussen hen op een gebied dat onder het Unierecht valt. Dat geldt ook voor art. 47 Handvest (doeltreffende rechtsbescherming), dat niet hoeft te worden verduidelijkt door bepalingen van Unierecht of van nationaal recht, om particulieren een als zodanig inroepbaar recht te verlenen. Daarom is de nationale rechter gehouden om binnen het kader van zijn bevoegdheden de rechtsbescherming te verzekeren die voor de justitiabelen voortvloeit uit art. 21 en 47 Handvest en de volle werking van die artikelen te waarborgen door, zo nodig, elke daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten.

Enigszins wonderlijk in het licht van het voorgaande is HvJ EU van 4 oktober 2018, nr. C-384/17 (*Dooel Uvoz-Izvoz*

*Skopje Link Logistik*), ECLI:EU:C:2018:810. Daarin oordeelt het Hof dat het in art. 9bis Richtlijn 1999/62 gecodificeerde evenredigheidsbeginsel geen rechtstreekse werking heeft, omdat dit artikel de tussenkomst van de lidstaten vereist en hen een ruime beoordelingsmarge toekent. Daarom kent het artikel de justitiabelen in een situatie als die van het hoofgeding niet het recht toe zich op deze bepaling te beroepen voor de nationale autoriteiten. Het Hof overweegt vervolgens, dat als conforme uitleg in deze zaak ook geen oplossing biedt, de nationale rechter 'een nationale bepaling buiten toepassing moet laten indien de toepassing daarvan in de omstandigheden van het geval zou leiden tot een met het Unierecht strijdig resultaat'. De uitspraak is wonderlijk, omdat het beginsel van evenredigheid, evenals het beginsel van non-discriminatie, al sinds jaar en dag door het Hof wordt erkend als inroepbaar beginsel van Unierecht. Bovendien begrijpen wij niet goed op welke grond een nationale rechter een nationale bepaling wegens een met het Unierecht strijdig resultaat – namelijk strijd met het gecodificeerde evenredigheidsbeginsel – buiten toepassing kan laten als niemand zich op die bepaling kan beroepen.

In ABRvS 17 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2458, oordeelt de Afdeling dat art. 14 Kwalificatierichtlijn niet is geïmplementeerd voor de intrekking van een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd. Onder verwijzing naar de aloude uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Kolpinghuis* (verbod van omgekeerde verticale rechtstreekse werking), overweegt zij dat dit betekent dat deze vergunning niet kan worden ingetrokken als de behoefte aan internationale bescherming niet meer bestaat.

In ABRvS 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:22229, doet appellant beroep op Richtlijn 2016/343/EU, betreffende de versterking van aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn. De Afdeling stelt voorop dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de bestuursrechter een richtlijnbevestiging bij de toetsing van een in beroep bestreden besluit moet betrekken, indien de implementatietermijn van de desbetreffende richtlijn is verlopen of indien vóór het aflopen van die termijn een nationale maatregel is genomen die tot implementatie van die bepaling dient. Als dit niet het geval is, hoeft de bestuursrechter niet aan de richtlijnbevestiging te toetsen, tenzij het besluit of de daaraan ten grondslag liggende algemene nationale maatregel de verwezenlijking van het door die richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar brengt. Omdat ten tijde van het nemen van het besluit de omzettingstermijn van de richtlijn nog niet was afgelopen en evenmin omzetting van de richtlijn had plaatsgevonden, is het besluit reeds daarom niet in strijd met de richtlijn.

ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1107, AB 2018/158, m.nt. Ortlep, betreft de vraag of, zoals vereist door art. 9 Richtlijn 2003/59, in art. 151g WVV dwingendrechtelijk is bepaald dat bestuurders met het oog op de omwisseling van een buitenlands rijbewijs nascholing moeten volgen in de lidstaat waar zij hun gewone verblijfplaats hebben of in een andere lidstaat als zij daar werkzaam zijn, nu volgens de nationale bepaling een bestuurder nascholing in Nederland

'kan volgen', indien hij in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft of in een ander lidstaat als hij daar werkzaam is. Over de uitleg van deze tekst overweegt de Afdeling dat, anders dan de rechtbank lijkt aan te nemen, het enkele gebruik van het woord 'kan' dit artikellid nog niet maakt tot een zogenoemde 'kan-bepaling', waarmee is beoogd de RDW ter zake beleidsruimte te geven. Het woord 'kan', zoals dat in art. 151g lid 2 WVV 1994 is gebruikt, ziet niet op een bevoegdheid van het bestuursorgaan, maar brengt de mogelijkheden die een bestuurder heeft voor het volgen van nascholing in Nederland of een andere lidstaat tot uitdrukking. Deze lezing van de tekst van art. 151g lid 2 WVV 1994 leidt ook tot een interpretatie conform art. 9 Richtlijn 2003/59/EG. In CRvB 20 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:916, wijst de Raad het beroep dat een slachtoffer van mensenhandel/derdelander op het Unierecht doet om haar recht op een uitkering ingevolge de Participatiewet te onderbouwen, af. Volgens de Raad kan betrokkene geen beroep doen op Richtlijn 2004/81/EG, omdat het daarin geformuleerde recht op voorzieningen is gekoppeld aan het verblijfsrecht en betrokkene dat niet heeft. Het beroep dat appellante heeft gedaan op het arrest van het HvJ EU van 8 maart 2011 (*Ruiz Zambrano*), slaagt niet, omdat zij, anders dan de betrokkenen in die zaak, geen rechtstreeks aan het Unierecht ontleend verblijfsrecht heeft. Ook Richtlijn 2011/36/EU biedt geen grondslag voor een recht op bijstand, omdat ook onder deze richtlijn de verplichting tot het bieden van bijstand en ondersteuning rechtstreeks is gekoppeld aan het hebben van rechtmatig verblijf.

C.L. Waterman, 'Richtlijnconforme interpretatie van het Nederlands werknemersbegrip', *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming* 2017/4, p. 218-222, bespreekt de discrepantie die lijkt te bestaan tussen het Nederlandse werknemersbegrip en het werknemersbegrip in Europese richtlijnen en hoe deze discrepantie kan leiden tot fricties in de nationale rechtspraak.

### 2.2.5 Andere handelingen

In Cbb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:462, betreft het College een werkdocument van de Commissie bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een 'kennelijke fout' in de zin van art. 12 Verordening (EG) nr. 2419/2001. Het College gaat daartoe over, ook al is het werkdocument niet bindend, omdat het afkomstig is van een gezaghebbende instantie en ook door verweerder wordt gehanteerd. Ook de Uniewetgever heeft in art. 4 van de verordening, gelet op de daarin gebezigde bewoordingen, bij het definiëren van het begrip kennelijke fout onmiskenbaar aangesloten bij de inhoud van het werkdocument. Zie ook ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3219, waarin de Afdeling een richtsnoer van de Commissie (Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste) toepast als 'handvat bij de interpretatie' van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen.

Zie over gebruik van soft law instrumenten door de Engelse mededingingsautoriteit, T. Devine & M. Eliantonio, 'EU Soft Law in the Hands of National Authorities: The Case Study

of the UK Competition and Markets Authority', *REALaw* 2018/1, p. 49-73.

### 2.3 Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten

De – in NTB 2018/46 (p. 240) gesignaleerde – uitspraak van het Hof van Justitie van 30 januari 2018, nr. C-31/16 (*Vissers Vastgoed/Appingedam*), ECLI:EU:C:2018:44, waarin het Hof bepaalt dat hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is in zuiver interne situaties en dat een bestemmingsplan een 'eis' kan zijn in de zin van art. 15 van de richtlijn, is gepubliceerd in AB 2018/81, m.nt. Nijmeijer, JB 2018/60, m.nt. Sanderink, en Gst. 2018/68, m.nt. Hessel. In ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, doet de Afdeling de nationale zaak af en vernietigt zij de in het bestemmingsplan van Appingedam opgenomen branchering-regeling, omdat het eraan ten grondslag liggende onderzoek niet voldoet aan de eisen die de Dienstenrichtlijn daaraan stelt. Zie over de consequenties van *Appingedam*, J.R. van Angeren & S. Ravelli, 'Wat wordt de invloed van de zaak *Appingedam* op het omgevingsrecht', *M en R* 2018/80 (p. 443-451); E. Steyger, 'De reikwijdte van de Dienstenrichtlijn: het arrest *Amersfoort en Visser*', *NtER* 2018, nr. 5/6, p. 183-190; J.C. van Oosten & A. Drahmman, 'De gevolgen van Appingedam en Zeewolde voor het Nederlands bestuursrecht, in het bijzonder ruimtelijke besluiten', *JBplus* 2018, afl. 3, p. 18-41, A. Drahmman, 'Evenementenvergunning: is bij concurrerende aanvragen sprake van een schaarse vergunningen', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018, nr. 3, alsmede het aan *Vissers Vastgoed/Appingedam* gewijde themanummer van het *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018, nr. 1.

De betekenis van *Appingedam* voor schaarse (ruimtelijke) besluiten komt aan de orde in de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 6 juni 2018 (*Windpark Zeewolde*), ECLI:NL:RVS:2018:1847, en in C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam', *SEW* 2018/110, afl. 7/8, p. 288-301. Zie voor een kritische beschouwing over de conclusie, C.J. Wolswinkel, 'Schaarse rechten in het omgevingsrecht. Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018, nr. 3. Vergelijk voor de betekenis van het primaire EU-recht voor de verdeling van schaarse rechten de annotaties van Wolswinkel onder HvJ EU 26 juli 2017, nr. C-112.16 (*Persidera*), ECLI:EU:C:2017:597, in AB 2018/243, en HvJ EU 26 juli 2017, nr. C-560/15 (*Europa Way & Persidera*), ECLI:EU:C:2017:593, in AB 2018/244.

In ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:902, moet de Afdeling oordelen over de weigering door b en w van Veere om handhavend op te treden tegen 20 minicampings, waaraan krachtens overgangsrecht een ontheffing voor onbepaalde tijd is verleend. De Afdeling stelt vast dat, gelet op *Appingedam*, de Dienstenrichtlijn van toepassing is op deze zuiver interne situaties, en dat het aantal vergunningen in de verordening kwantitatief is gelimiteerd als bedoeld in art. 11, lid 1, onder b, van de richtlijn. Gelet op de uitleg van deze bepaling in HvJ EU 1 oktober 2015 (*Trijber & Harmsen*), ECLI:EU:C:2015:641, hadden de ontheffing daarom niet voor

onbepaalde tijd mogen worden verleend, waardoor de verordening op dit punt onverbindend is en de minicampings niet langer beschikken over een ontheffing. Omdat de campings daardoor illegaal zijn, wordt de weigering om handhavend op te treden vernietigd.

In Gerechtshof Den Haag 24 juli 2018, (*Fastned*), ECLI:NL:GHDHA:2018:2469, wordt een beroep op art. 12 Dienstenrichtlijn (verdelingsregels voor natuurlijk schaarse rechten) in verband met de verdeling van rechten voor laadstations afgewezen, omdat de rechten niet schaars zouden zijn, nu zij worden verdeeld door uitbreiding van de bestaande vergunning, waardoor dus steeds maar één gegadigde bestaat per te verlenen recht.

Ten slotte bespreekt J.C. van Haersolte, 'Terugvordering staatssteun vindt zijn plek in de Nederlandse wetgeving', *NtER* 2018, nr. 5/6, p. 176-182, de op 1 juni 2018 in werking getreden Wet terugvordering onrechtmatige staatssteun (*Stb.* 2018, 99).

### 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 heeft: J. Hoevenaars, *A People's Court? A Bottom-Up Approach to Litigation Before the Court of Justice of the European Union*, Eleven International Publishing 2018; C. Naômé, *Appeals Before the Court of Justice of the European Union*, Oxford: OUP 2018; P. Schammo, 'Actions and inactions in the investigation of breaches of Union law by the European Supervisory Authorities', *CMLRev* 2018/5, p. 1423-1455; T. Paloniitty & M. Eliantonio, 'Scientific Knowledge in Environmental Judicial Review: Safeguarding Effective Judicial Protection in the EU Member States?', *European Energy and Environmental Law Review* 2018/4, p. 108-114; M. Eliantonio, 'The Impact of EU Law on Access to Scientific Knowledge and the Standard of Review in National Environmental Litigation: A Story of Moving Targets and Vague Guidance', *European Energy and Environmental Law Review* 2018/4, p. 115-124; C. Backes, 'Organizing Technical Knowledge in Environmental and Planning Law Disputes in the Netherlands – the Foundation of Independent Court Experts in Environmental and Planning Law', *European Energy and Environmental Law Review* 2018/4, p. 143-150; P. Nicolaidis, 'Escape from the jurisdiction of the Court of Justice: A good reason to quit the European Union?', *MJ* 2018/1, p. 7-21; J. Zgliniski, 'The rise of deference: The margin of appreciation and decentralized judicial review in EU free movement law', *CMLRev* 2018/5, p. 1341-1386; V. Abazi & C. Eckes, 'Closed evidence in EU courts: Security, secrets and access to justice', *CMLRev* 2018/3, p. 753-782.

Verder is het jaarverslag over 2017 van het Hof van Justitie van de Europese Unie verschenen (te vinden op <https://curia.europa.eu>). Daaruit blijkt dat het totaal aantal zaken dat aanhangig is gemaakt (1656) hoger is dan dat in 2016

(1604). Deze toename betreft met name het Hof van Justitie, waarbij in het afgelopen jaar een recordaantal zaken aanhangig is gemaakt (739). Dat recordcijfer is in het bijzonder terug te voeren op de toename van het aantal verzoeken om een prejudiciële beslissing (533, +13% ten opzichte van het recordjaar 2016). Verder heeft de opwaartse trend van het aantal niet-nakomingszaken zich voortgezet (41 in 2017, tegenover 31 in 2016). Het aantal hogere voorzieningen dat in 2017 bij het Hof is ingesteld (141) is lager dan de twee voorgaande jaren. De gemiddelde duur van de behandeling van prejudiciële zaken is in 2017 iets langer dan in 2016, maar is wel onder de 16 maanden gebleven (15,7 maanden). Bij hogere voorzieningen is de behandelingsduur wel aanzienlijk toegenomen (17,1 maanden tegenover 12,9 maanden in 2016), wat te wijten zou zijn aan de afdoening van diverse complexe zaken op het gebied van het mededingingsrecht. Dat het Hof van Justitie van de Europese Unie wat betreft de instroom van zaken voor uitdagingen staat, blijkt ook uit zijn voorstel aan de Raad en het EP, om zijn Statuut te wijzigen, teneinde zo tot een andere verdeling van procedures tussen het Hof en het Gerecht te komen (te vinden, met een reactie van de Nederlandse regering, op [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl)). Bepaalde inbreukzaken tegen lidstaten zouden voortaan door het Gerecht kunnen worden behandeld, namelijk procedures op grond van art. 108, lid 2 VWEU (niet-naleving staatssteunbesluit Commissie), art. 258 en art. 259 VWEU (inbreukprocedure). Financiële sancties wegens niet-nakoming van een uitspraak van het Hof (art. 260 VWEU) zouden wel door het Hof behandeld moeten worden. Daarnaast moet de toelating tot hoger beroep in bepaalde zaken moeilijker worden, aldus het voorstel.

HvJ EU 14 maart 2018, nr. C-557/16 (*Astellas Pharma*), ECLI:EU:C:2018:181, maakt duidelijk dat de rechtsbescherming bij de gedecentraliseerde toelating van geneesmiddelen complex is. In de zaak oordeelt het Hof dat de houder van een handelsvergunning voor een referentiegeneesmiddel voor de toelating van een generiek geneesmiddel van een ander, op grond van het vereiste van doeltreffende rechtsbescherming van art. 47 Handvest zijn rechten betreffende de gegevensbescherming van zijn referentiegeneesmiddel moet kunnen doen gelden voor de rechterlijke instantie van de lidstaat waar de bevoegde autoriteit een beslissing over de vergunning voor het generieke middel heeft genomen. Hij kan bij die rechterlijke instantie echter niet de vergunningsbeslissingen die voor dat geneesmiddel zijn genomen in andere lidstaten ter discussie stellen. Tegen die beslissingen kan hij immers – of kon hij dat binnen de gestelde termijnen – beroep instellen bij de rechterlijke instantie in die andere lidstaten.

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

In HvJ EU 4 oktober 2018, nr. C-416/17 (*Commissie/Frankrijk*), ECLI:EU:C:2018:811, wordt Frankrijk veroordeeld wegens schending van de verplichtingen die op haar rusten krachtens art. 267 VWEU, omdat een Franse hoogste rechter, de *Conseil d'État*, in een zaak heeft nagelaten zich prejudicieel tot het Hof te wenden ter uitlegging van het Unierecht, ter-

wijl die uitlegging volgens de rechtspraak van het Hof niet zo evident was dat er redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel bestond.

Het niet-motiveren van een weigering om prejudicieel te verwijzen in het licht van de *Cilfit*-uitzonderingen die het Hof van Justitie op de verwijzingsplicht van hoogste rechters heeft erkend, kan – zoals in deze kroniek vaker is gesignaleerd (*NTB 2017/27* en *NTB 2016/5*) – volgens het EHRM een schending van art. 6 EVRM opleveren. In zijn uitspraak van 24 april 2018, nr. 55385/14 (*Baydar/Nederland*), *EHRM 2018/142*, m.nt. Claassen & Krommendijk, oordeelt het EHRM dat de weigering van de Hoge Raad om een prejudiciële vraag te stellen gecombineerd met een verkorte motivering (art. 81 Wet RO) niet in strijd is met de rechterlijke motiveringsplicht van art. 6 EVRM. Het EHRM is het eens met de Hoge Raad dat, als duidelijk is dat een cassatieberoep zal worden verworpen, er geen noodzaak is om een prejudiciële vraag te stellen aangezien de kwestie geen juridische vraag opwerpt die beantwoord moet worden. Bovendien heeft de Hoge Raad het cassatieberoep van Baydar behoorlijk onderzocht en is er geen spoor van oneerlijkheid in die procedure gebleken. Uit het arrest volgt dat een verkorte motivering (art. 81 Wet RO) van een afwijzing van een verzoek om prejudiciële vragen te stellen geen schending van art. 6 EVRM oplevert, als uit de omstandigheden van het geval blijkt dat de beslissing niet willekeurig of anderszins kennelijk onredelijk is. Zie voor de motiveringsplicht van de weigering om prejudiciële vragen te stellen ook EHRM 28 augustus 2018, nr. 60934/13 (*Somorjai*), *EHRM 2018/207*, m.nt. Krommendijk. In die zaak was het verzoek om prejudiciële te verwijzen zo specifiek geformuleerd dat de nationale hoogste rechter kon worden verweten dat hij niet uitgebreider had gemotiveerd waarom het stellen van prejudiciële vragen niet nodig was. Zie over de problematiek E.T.P. Scheers, 'Over ongemotiveerde uitspraken in het vreemdelingenrecht Afdeling: speel open kaart en motiveer!', *A&MR 2018/4*, p. 172-179; J.T. Claassen, 'De prejudiciële procedure en het recht op effectieve rechtsbescherming: naar een Europese motiveringsplicht voor niet-verwijzende rechters?', *NJCM-Bulletin 2017/2*, p. 127-145.

Uit HvJ EU 25 juli 2018, nr. C-135/16 (*Georgsmarienhütte*), *ECLI:EU:C:2018:582*, blijkt opnieuw het belang om (tijdig) tegen een onwelgevallig EU-besluit van de Commissie te procederen. De trouwe volger van deze kroniek weet dat het hier gaat om de zogeheten *TWD*-doctrine (HvJ EG 9 maart 1994, nr. C-188/92, *ECLI:EU:C:1994:90*). Op grond van die doctrine kan een particulier in een nationale rechterlijke procedure de geldigheid van een EU-rechtshandeling niet meer in rechte ter discussie stellen als hij niet (tijdig) of zonder succes gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om tegen die rechtshandeling een beroep tot nietigverklaring ex art. 263 VWEU bij de Unierechter in te stellen, omdat hij anders de mogelijkheid zou hebben 'om aan het onherroepelijke karakter dat [die rechtshandeling] na het verstrijken van de beroepstermijn jegens hem heeft, te ontkomen'. In casu was verzuimd om tegen een EU-besluit op te komen, met als gevolg dat een aantal ondernemingen de rechtsgeldigheid van dat besluit niet meer bij de nationale rechter ter

discussie kan stellen. Dat niet alleen, de nationale rechter kan dan ook geen prejudiciële vragen meer stellen over die rechtsgeldigheid. Zie voor een toepassing van de *TWD*-doctrine ook, *ABRvS 25 april 2018*, *ECLI:NL:RVS:2018:1353*.

In *ABRvS 18 mei 2018*, *ECLI:NL:RVS:2018:1648*, acht de Afdeling het gegeven dat de Rechtbank Den Haag in twee uitspraken een verschillende uitleg van het Unierecht voor lijkt te staan, geen reden om tot prejudiciële verwijzing over te gaan. Deze benadering wijkt enigszins af van die van het CBB in zijn – in *NTB 2018/46* al vermelde – uitspraak van 6 februari 2018, *ECLI:NL:CBB:2018:10*, *AB 2018/84*, m.nt. Ortlep, waarin het College oordeelde dat 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*. Sowieso heeft het CBB de afgelopen kroniekperiode vaak prejudicieel verwezen (vgl. *CBB 18 september 2018*, *ECLI:NL:CBB:2018:500*; *CBB 3 juli 2018*, *ECLI:NL:CBB:2018:308*; *CBB 5 juni 2018*, *ECLI:NL:CBB:2018:260*; *CBB 12 juni 2018*, *ECLI:NL:CBB:2018:283*). In J. Krommendijk, 'De lagere rechter aan banden. Is er nog ruimte voor de lagere rechter om te verwijzen naar het HvJ?', *SEW 2018/73*, stelt de auteur dat lagere rechters terughoudend zijn om prejudiciële vragen aan het Hof te stellen en dat deze schroom zeker niet altijd terecht is. Wellicht als aanmoediging verwijst *ABRvS 11 april 2018*, *ECLI:NL:RVS:2018:1208*, naar de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een lagere rechter altijd de bevoegdheid heeft tot het stellen van prejudiciële vragen indien het vermoeden bestaat dat zich strijd met het Unierecht voordoet.

In N. Wahl & L. Prete, 'The gatekeepers of Article 267 TFEU: On jurisdiction and admissibility of references for preliminary rulings', *CMLRev 2018/2*, p. 511-547, wordt besproken dat het Hof van Justitie de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor een prejudiciële verwijzing strikter lijkt te hanteren. Zie verder over de prejudiciële procedure, G. Butler & U. Šadl, 'The preliminaries of a reference', *ELRev 2018/1*, p. 120-128; S. Bartolini, 'The Urgent Preliminary Ruling Procedure: Ten Years On', *EPL 2018/2*, p. 213-226.196; J. Krommendijk, 'Samenloop van de nationale en Unierechtelijke prejudiciële procedure: straight to the top of een hink-stap-sprong?', *RMThemis 2018/4*, p. 149-158. Ten slotte zij gewezen op Michiel Luchtman & Rob Widdershoven, 'Het Nederlands strafrecht in de ban van het Unierecht', *AAe 2018*, p. 873-889, dat aandacht besteedt aan de afstemming van de prejudiciële procedure met de adviesprocedure bij het EHRM op grond van Protocol 16 bij EVRM. Die afstemming komt ook aan de orde in S.A. Eckhardt & S.R. Bakker, 'Protocol 16 EVRM bezien vanuit Nederlands strafrechtelijke perspectief', *NJB 2018/1299*, afl. 26.

### 3.2 Toegang tot de rechter

#### 3.2.2 Procespartijen

In HvJ EU 20 december 2017, nr. C-664/15 (*Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*), *ECLI:EU:C:2017:987*, stelt het Hof van Justitie dat art. 9 lid 3 Verdrag van Aarhus, gelezen in samenhang met art. 47 Handvest, erin voorziet dat een milieuoorganisatie die con-

form de regels is opgericht en haar activiteiten verricht in overeenstemming met de eisen van nationaal recht, in rechte moet kunnen opkomen tegen een besluit tot goedkeuring van een project dat strijdig kan zijn met de verplichting om de achteruitgang van de waterlichamen te voorkomen, zoals opgenomen in art. 4 van Richtlijn 2000/60. Verder oordeelt het Hof dat art. 9 lid 3 Verdrag van Aarhus en art. 47 Handvest zich verzetten tegen een regel van nationaal procesrecht die milieuorganisaties uitsluit van het recht om als partij in de procedure inspraak te hebben in een vergunningprocedure die de uitvoering van Richtlijn 2000/60 beoogt, als het recht van beroep beperkt is tot personen die de hoedanigheid van partij hebben. Ten slotte verzetten beide artikelen zich ertegen dat op een milieuorganisatie een vervalregel van nationaal recht wordt toegepast, op grond waarvan een persoon de hoedanigheid van partij in de procedure verliest en dus geen beroep kan instellen tegen het besluit dat na afloop van die procedure is genomen, indien hij heeft nagelaten om reeds in de bestuurlijke procedure tijdig zijn bezwaren kenbaar te maken.

In ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3298, nuanceert de Afdeling haar rechtspraak inzake de toepassing van het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb in EU-rechtelijke zaken. Zich oriënterend op de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*Wheermolen*), punt 3.2, oordeelt zij thans eerst op basis van uitsluitend nationaal recht of de door belanghebbende aangevoerde grond vanwege art. 8:69a Awb buiten beschouwing moet blijven. Is dat niet het geval, omdat het relativiteitsvereiste mede vanwege de diverse correcties die de Afdeling daarop toepast niet in weg staat aan de beoordeling van de grond, dan komt zij niet meer toe aan de vraag of de toepassing van de relativiteitsvereiste wellicht in strijd is met het Unierecht. Pas als de toepassing van art. 8:69a Awb wel ertoe leidt dat de grond (naar uitsluitend nationaal recht) buiten beschouwing kan blijven, moet zij beoordelen of de toepassing van die bepaling in de zaak voldoet aan de vereisten van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming, en, daaraan voorafgaande, of de particulier rechten kan ontlenen aan de ingeroepen regel van het Unierecht. Daarbij is bepalend of de betrokkene onder het personele beschermingsbereik van de Unieregeling valt. In de uitspraak van 10 oktober 2018 is dat wel het geval, omdat de betrokken EU-regel ook de concurrentiebelangen van belanghebbende beschermt. In veel andere zaken – onder meer de zaken die zijn vermeld in *NTB 2017/4* (p. 33) – vallen appellanten niet onder het personele beschermingsbereik van de EU-regeling in kwestie en kan hun het relativiteitsvereiste wel worden tegengeworpen. De nuancering van de Afdeling wordt nog niet toegepast door de andere hoogste bestuursrechters. Dat blijkt bijvoorbeeld uit CBB 3 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:440, waarin het College – zonder dat het de kwestie eerst oordeelt op grond van uitsluitend nationaal recht – stelt dat PostNL in een zaak waarin de ACM heeft vastgesteld dat PostNL op de relevante markten voor het vervoer van de 24-uurs zakelijke post over aanmerkelijke marktmacht (AMM) beschikt, niet binnen het personele beschermings-

bereik van de Dienstenrichtlijn valt. Volgens het College is het doel van de Dienstenrichtlijn het wegnemen van belemmeringen voor de vrije vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en voor het vrije verkeer van diensten tussen lidstaten, terwijl in de betreffende zaak het belang van PostNL voortkomt uit haar positie als partij met een AMM. Grensoverschrijdende vestiging of dienstverlening is niet aan de orde. Omdat de Dienstenrichtlijn de belangen van PostNL in de procedure niet beschermt, laat het College op grond van het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb de door PostNL naar voren gebrachte grond over de mogelijke onverbindendheid van hoofdstuk 3a Postwet wegens strijd met de Dienstenrichtlijn buiten beschouwing.

Eenzelfde benadering ziet men in CRvB 13 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1064, *AB 2018/240*, m.nt. Bruggeman, waarin een bijstandsgerechtigde, die verplicht was gebruik te maken van budgetbeheer bij de Kredietbank Limburg, vanwege het relativiteitsvereiste geen beroep kan doen op het mededingingsrecht. Het belang van een eerlijke mededinging strekt, aldus de Raad, niet tot bescherming van het belang van appellante bij het verkrijgen van bijzondere bijstand voor budgetbeheer. Dat appellante als afnemer van budgetbeheer consument is en in die hoedanigheid onder de bescherming van de Mededingingswet valt, betekent volgens de Raad niet dat die wet appellante in de hoedanigheid van aanvrager van bijzondere bijstand beschermt. Zie ook CRvB 20 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1857, *AB 2018/354*, m.nt. Van Midden, waarin belanghebbende vanwege het relativiteitsvereiste geen beroep kan doen op de Europese staatssteunregels, omdat hij geen concurrent is en evenmin onderworpen is aan een heffing die integrerend onderdeel is van een steunmaatregel, en dus niet binnen het personele beschermingsbereik van de staatssteunregels valt.

### 3.2.3 Voor beroep vatbare handeling

Het beroepsrecht voor particulieren van art. 263, vierde alinea, VWEU is beperkt tot handelingen die tot hen zijn gericht of die hen rechtstreeks en individueel raken, alsmede tot regelgevingshandelingen die hen rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen. De laatste verruiming is geïntroduceerd door het Verdrag van Lissabon. In HvJ EU 13 maart 2018, nr. C-244/16 P (*Industrias Químicas del Vallés*), ECLI:EU:C:2018:177, stelt het Hof dat de zinsnede ‘die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen’ moet worden uitgelegd in het licht van het doel van art. 263, vierde alinea, VWEU, dat beoogt te vermijden dat een particulier wordt gedwongen om het recht te schenden om toegang tot de rechter te krijgen. Bij het ontbreken van uitvoeringsmaatregelen zou een particulier immers, ook al zou hij door de betrokken handeling rechtstreeks worden geraakt, de bepalingen ervan eerst moeten schenden voordat hij deze handeling door de rechter zou kunnen laten toetsen. Als een regelgevingshandeling uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengt, wordt het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de rechtsorde van de Unie verzekerd, ongeacht of deze maatregelen zijn genomen door de Unie of door de lidstaten. In het ge-



val de uitvoering ervan berust bij de instellingen, organen of instanties van de Unie, kunnen particulieren hiertegen, onder de voorwaarden van art. 263 vierde alinea VWEU, bij de Unierechter rechtstreeks beroep instellen. Berust de uitvoering bij de lidstaten, dan kunnen particulieren de onrechtmatigheid ervan aanvoeren voor de nationale rechterlijke instanties en deze verzoeken om het Hof prejudiciële vragen te stellen. Het Hof oordeelt verder dat voor de vraag of een regelgevingshandeling uitvoeringsmaatregelen met zich brengt, de positie van de particulier die aanspraak maakt op het recht om beroep van art. 263 vierde alinea VWEU in de beschouwing moet worden betrokken. Het is irrelevant of de betrokken handeling uitvoeringsmaatregelen met zich brengt voor andere justitiabelen. Niettemin toont de uitspraak opnieuw aan dat de betekenis van het verruimde beroepsrecht beperkt is.

### 3.3 *Behandeling van het geschil*

#### 3.3.1 *Rechterlijke beoordeling en bewijs*

In HvJ EU 25 juli 2018, nr. C-585/16 (*Alheto*), ECLI:EU:C:2018:584, AB 2018/368, m.nt. Reneman, en HvJ EU 4 oktober 2018, nr. C-652/16 (*Ahmedbekova*), ECLI:EU:C:2018:801, geeft het Hof van Justitie inhoud aan de in art. 46, lid 3, Procedurerichtlijn 2013/32, gestelde eis dat de rechter in eerste aanleg in asielzaken een ‘volledig ex nunc onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden’ moet verrichten. Uit *Alheto* blijkt dat nationale rechter op grond van art. 46, lid 3, van de richtlijn, gelezen in samenhang met art. 47 Handvest, zowel de elementen moet onderzoeken waarmee de beslissingsautoriteit rekening heeft gehouden of had kunnen houden, als die welke zich hebben aangediend nadat deze autoriteit de beslissing heeft vastgesteld. Art. 46, lid 3, verleent de rechter echter niet de bevoegdheid om zelfstandig een asiilvergunning te verlenen na gegroundverklaring van het beroep (zie aldus al ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891, AB 2016/195, m.nt. Reneman). Volgens het Hof blijven de lidstaten vrij om te bepalen dat de zaak na een gegroundverklaring van het beroep naar de immigratieautoriteit moet worden terugverwezen, opdat een nieuwe beslissing kan worden genomen. Die autoriteit mag echter geen beslissing nemen die in strijd is met de rechterlijke beoordeling. Bovendien dient de nieuwe beslissing op korte termijn na een gegroundverklaring van het beroep te worden genomen.

Voor wat betreft de door appellants voor het eerst bij de rechter aangevoerde gronden die betrekking hebben op gebeurtenissen of bedreigingen die zich zouden hebben voorgedaan vóór de vaststelling van de beslissing van de autoriteit of zelfs vóór de indiening van het asielverzoek, maar tegenover die autoriteit zijn verzwegen, geldt volgens *Ahmedbekova* dat zij niet door de rechter hoeven te worden beoordeeld als zij in een te late fase van de procedure zijn aangevoerd of op een onvoldoende concrete wijze om te worden onderzocht, of indien hij constateert dat zij niet van betekenis zijn of zich onvoldoende onderscheiden van gegevens waarmee de beslissingsautoriteit al rekening heeft gehouden. Voor zover dat alles niet aan de orde is, mag de rechter de grond pas on-

derzoeken als de bevoegde autoriteit eerst de mogelijkheid heeft gehad om de nadere verklaring te onderzoeken. Het Hof stelt deze eis, omdat die autoriteit beschikt over ‘specifieke middelen en over op dit gebied gespecialiseerd personeel’ en daarom moet worden voorkomen dat de ‘essentiële fase’ bij de autoriteit kan worden omzeild, doordat verzoeker de gegevens voor die autoriteit niet heeft aangevoerd. De rechter dient de beslissingsautoriteit binnen een korte termijn te verzoeken om een onderzoek van de grond, waarvan de uitkomst aan verzoeker en de rechter moeten worden meegedeeld voordat de rechter de hoorzitting houdt en de zaak beoordeelt. De bestuurlijke lus van afdeling 8.2.2A Awb lijkt hiervoor een uitstekend middel.

Volgens ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2958, kan de ex nunc-beoordeling in bezwaar (art. 7:11 Awb), op grond waarvan bij het nemen van het besluit op bezwaar in beginsel het recht en de beleidsregels worden toegepast zoals die op dat moment gelden, ook worden toegepast in een EU-rechtelijke zaak, waarin beroep is gedaan op de Dienstenrichtlijn. Art. 7:11 Awb geldt immers voor zowel nationale als Unierechtelijke beroepen en is dus niet in strijd met het beginsel van gelijkwaardigheid. Bovendien maakt de bepaling het effectueren van de rechten die appellants kunnen ontlenen aan de richtlijn niet onmogelijk of uiterst moeilijk en is zij dus evenmin in strijd met het beginsel van doeltreffendheid.

#### 3.3.2 *Ambtshalve toepassing van Unierecht*

De vaste rechtspraak van het Hof van Justitie waaruit blijkt dat ambtshalve rechterlijke toetsing aan bepaalde consumentenrichtlijnen noodzakelijk is voor een – door deze richtlijnen uitdrukkelijk gewenste – doeltreffende bescherming van de consument in een situatie van ongelijkheid tussen consumenten en verkopers, wordt toegepast in HvJ EU 17 mei 2018, nr. C-147/16 (*Karel de Grote – Hogeschool*), ECLI:EU:C:2018:320. Zie in algemene zin Anthi Beka, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts’ Own Motion*, Cambridge: Intersentia 2018; A.G.F. Ancery, ‘Ambtshalve toepassing van EU-recht: ook financieel toezichtrecht?’, *MvV* 2018/3, p. 94-99.

#### 3.4 *Uitspraak*

ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1442, AB 2018/260, m.nt. Mulder, is interessant omdat de Afdeling daarin overweegt dat er wat betreft het toepassen van de bestuurlijke lus geen aanleiding bestaat om te oordelen dat de rechtbank appellants in strijd met art. 47 Handvest geen doeltreffende voorziening in rechte heeft geboden. De omstandigheid dat de rechtbank gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om de bestuurlijke lus toe te passen betekent niet dat sprake is geweest van processuele ongelijkheid, aldus de Afdeling.

#### 3.5 *Voorlopige voorziening*

In HvJ EU 26 september 2018, nr. C-175/17 (*X*), ECLI:EU:C:2018:776, en HvJ EU 26 september 2018, nr. C-180/17 (*X & Y*), ECLI:EU:C:2018:775, AB 2018/419, m.nt. Hillary & Reneman, stelt het Hof van Justitie, in antwoord op prejudiciële vra-

gen van de Afdeling, dat art. 46 Procedurerichtlijn en art. 39 oude Procedurerichtlijn, gelezen in het licht van onder meer art. 47 Handvest, zich niet verzetten tegen een nationale regeling die voorziet in de mogelijkheid van hoger beroep tegen een uitspraak in eerste aanleg waarbij een besluit tot afwijzing van een verzoek om internationale bescherming en tot oplegging van een terugkeerverplichting wordt bevestigd, maar dit rechtsmiddel geen schorsende werking van rechtswege heeft, ook al stelt de betrokkene dat er een ernstig risico op schending van het beginsel van refolement bestaat. De belangrijkste reden voor dit oordeel is dat op grond van art. 47 Handvest en het Europese asielrecht sowieso geen recht op hoger beroep bestaat, maar het recht op beroep beperkt kan zijn tot één enkele rechtsgang. Bovendien vloeit ook uit de rechtspraak van het EHRM niet voort dat in asielzaken beroep in twee instanties moet openstaan en evenmin dat in het voorkomend geval een procedure in hoger beroep schorsende werking van rechtswege moet worden toegekend. Daartoe verwijst het Hof naar EHRM 5 juli 2016 (*AM/Nederland*), ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002909409. Het beroep in eerste aanleg in asielzaken moet – volgens HvJ EU 19 juni 2018, nr. C-181/16 (*Gnandi*), ECLI:EU:C:2018:465 – in het licht van art. 18, 19, lid 2, en art. 47 Handvest overigens wel schorsende werking hebben.

### 3.6 Gezag van gewijsde

In HvJ EU 24 oktober 2018, nr. C-234/17 (*XC, YB en ZA*), ECLI:EU:C:2018:853, stelt het Hof van Justitie dat de nationale strafrechter op grond van de EU-rechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid niet verplicht is om een rechtsmiddel naar nationaal recht, waarmee uitsluitend bij schending van het EHRM kan worden verkregen dat een strafprocedure die is afgesloten met een in kracht van gewijsde gegane nationale beslissing wordt overgedaan, uit te breiden tot schendingen van het Unierecht, met name tot inbreuken op het beginsel van *ne bis in idem*, zoals dat is gecodificeerd in onder meer art. 50 Handvest. In verband met de toetsing aan het beginsel van gelijkwaardigheid oordeelt het Hof dat de verschillen tussen het nationale heroverwegingsrechtsmiddel bij schendingen van het EHRM en vorderingen ter bescherming van de rechten die justitiabelen kunnen ontleen aan het Unierecht van dien aard zijn dat deze vorderingen niet als soortgelijk kunnen worden beschouwd. Daarvoor is vooral van belang dat het nationale rechtsmiddel is ingevoerd om uitvoering te geven aan arresten van het EHRM waarbij is vastgesteld dat een uitspraak van een hoogste rechter, die per definitie gezag van gewijsde heeft, in strijd is met het EVRM, terwijl in het Unierecht een ieder de mogelijkheid heeft om hem door het EU-recht verleende rechten daadwerkelijk te beschermen, nadat zo nodig een prejudiciële vraag is verwezen, voordat een nationale beslissing met gezag van gewijsde wordt uitgesproken. Bij de toetsing aan doeltreffendheid stelt het Hof volgens vaste rechtspraak dat het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken prevaleert.

## 4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

### 4.1 Algemeen

De afgelopen kroniekperiode verschenen diverse publicaties over algemene aspecten van rechtsbeginselen en fundamentele rechten. Het betreft A. Palad Singh, 'Kroniek Handvest van de grondrechten van de Unie periode 2016-2017: actieve grondrechtenbescherming vanuit Luxemburg', *NtER* 2018, nr. 3-4, p. 87-97; M. Beijer, 'The Limited Scope For Accepting Positive Obligations Under EU Law: The Case of Humanitarian Visas For Refugees', *REALaw* 2018/1, p. 37-48; N. Vogiatzis, *The European Ombudsman and Good Administration in the European Union*, London: Palgrave Macmillan 2018; J. Petrov, 'Unpacking the partnership: typology of constitutional courts' roles in implementation of the European Court of Human Rights' case law', *EUConst* 2018/3, p. 499-531. Recente literatuur over fundamentele rechten in het Unierecht betreft onder meer O. Mader, 'Erleichterter Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen? Zur Entwicklung einer prozessualen Grundrechtssystematik anhand des zulässigen Gegenstands einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV', *EuR* 2018/3, p. 339-360; C. Unseld, *Zur Bedeutung der Horizontalwirkung von EU-Grundrechten*, Mohr Siebeck 2018; C. Kuner, 'A. Court of Justice International agreements, data protection, and EU fundamental rights on the international stage: Opinion 1/15, EU-Canada PNR', *CMLRev* 2018/3, p. 857-882; E. Spaventa, 'Should we "harmonize" fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system', *CMLRev* 2018/4, p. 997-1023; K. von Papp, 'A federal question doctrine for EU fundamental rights law: making sense of articles 51 and 53 of the Charter of Fundamental Rights', *ELRev* 2018/4, p. 511-533; M. Brkan, 'The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core', *EUConst* 2018/2, p. 332-368; S. Robin-Olivier, 'Fundamental Rights as a New Frame: Displacing the Acquis', *EUConst* 2018/1, p. 96-113.

In HvJ EU 19 april 2018, nr. C-152/17, ECLI:EU:C:2018:264 (*Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*) oordeelt het Hof, conform inmiddels vaste rechtspraak over het ten uitvoer brengen van het Unierecht in de zin van art. 51 Handvest, dat de grondrechten uit het Handvest zich niet uitstrekken tot een nationale regeling wanneer de Unievoorschriften op het betrokken gebied de lidstaten geen specifieke verplichting opleggen voor de in het geding aan de orde zijnde situatie. In casu verplichten noch Richtlijn 2004/17, inzake het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, noch de aan die richtlijn ten grondslag liggende algemene beginselen de lidstaten specifiek om te bepalen dat de aanbestedende dienst haar contractpartij een prijsverhoging moet toekennen nadat de opdracht is geplaatst, en vertonen de hier aan de orde zijnde bepalingen van het Italiaanse wetsbesluit geen verband met de genoemde richtlijn en kunnen zij dan ook niet worden geacht het recht van de Unie ten uitvoer te brengen.

#### 4.2 *Gelijkheid*

HvJ EU 17 april 2018, nr. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), AB 2018/378, m.nt. Van Sasse Van IJssel, betreft (vermeende) discriminatie wegens godsdienst bij het verkrijgen van een baan. De anti-discriminatie richtlijn bepaalt dat een kerk (of een andere organisatie waarvan de grondslag is gebaseerd op godsdienst of overtuiging) kan voorzien in een vereiste dat is gekoppeld aan de godsdienst of aan een overtuiging indien, gelet op de aard van de betrokken activiteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend, 'de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie'. Volgens de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht over het privilege van zelfbeschikking van kerken moet de toetsing door de rechter zich beperken tot een plausibiliteitscontrole op basis van het door het geloof gedefinieerde gevoel van eigen identiteit. Het wil daarom van het Hof vernemen of een dergelijk beperkt rechterlijk toezicht verenigbaar is met de richtlijn. Volgens het Hof dient de nationale rechter te waarborgen dat in elk specifiek geval is voldaan aan de criteria die in de richtlijn zijn neergelegd voor de onderlinge afweging van mogelijk botsende rechten. In beginsel is het daarbij niet aan de nationale rechter om zich uit te spreken over de grondslag zelf waarop het gestelde beroepsvereiste is gebaseerd. Wel dient hij van geval tot geval te bepalen of, gelet op die grondslag, aan de drie criteria betreffende een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste is voldaan. Derhalve moet de nationale rechter nagaan of het gestelde vereiste noodzakelijk is en, gezien de grondslag van de kerk (of organisatie), objectief wordt bepaald door de aard van of de voorwaarden voor uitoefening van de betrokken beroepsactiviteit. Bovendien dient het vereiste in overeenstemming te zijn met het evenredigheidsbeginsel. Deze door het Hof voorgeschreven rechterlijke controle lijkt (beduidend) indringender dan de door het Bundesverfassungsgericht voorgestane plausibiliteitscontrole.

HvJ EU 5 juni 2018, nr. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 (*Coman e.a.*) maakt duidelijk dat in een situatie waarin een burger van de Unie zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend doordat hij zich in overeenstemming met de voorwaarden van art. 7, lid 1, Richtlijn 2004/38/EG heeft begeven naar en daadwerkelijk heeft verbleven in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en daar een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd met een derdelander van hetzelfde geslacht, met wie hij in de echt is verbonden door een in het gastland wettig gesloten huwelijk, art. 21, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de bevoegde autoriteiten van de lidstaat waarvan de burger van de Unie de nationaliteit bezit, aan de derdelander een verblijfsrecht op het grondgebied van deze lidstaat weigeren op grond dat het recht van deze lidstaat het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht niet erkent. Kort gezegd, EU-lidstaten moeten in deze situatie rechten van gehuwde homo's erkennen, ook als zij het homohuwelijk feitelijk niet in de wet hebben staan. Zie hierover H.U. d'Oliveira, 'Het Europese Hof omarmt eindelijk het huwelijk van mensen met hetzelfde geslacht', *NJB* 2018/1426, afl. 28.

ABRvS 26 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3113, betreft discriminatie op grond van leeftijd. Appellant is ouder dan 70 jaar en heeft een rijbewijs voor een periode van vijf jaar gekregen. Aan personen jonger dan 65 jaar wordt een rijbewijs afgegeven dat tien jaar geldig is. Appellant vindt dat art. 7 lid 3 Richtlijn 2006/126/EG, dat bepaalt dat lidstaten de administratieve geldigheidsduur van rijbewijzen van houders die de leeftijd van 50 jaar hebben bereikt mogen beperken, in strijd is met art. 21 lid 1 Handvest. Omdat art. 7 lid 3 Richtlijn onrechtmatig is, is art. 25a lid 1, onder c, Reglement rijbewijzen, dat daarvan een uitvloeisel vormt, dat volgens appellant ook. De Afdeling volgt dit betoog niet. Art. 7 lid 3 Richtlijn maakt een verschil in behandeling op grond van leeftijd mogelijk. Het beperken van de geldigheidsduur van rijbewijzen van houders die de leeftijd van 50 jaar hebben bereikt, is ingesteld bij wet in de zin van art. 52 lid 1 Handvest en eerbiedigt de wezenlijke inhoud van het non-discriminatiebeginsel, omdat geen afbreuk wordt gedaan aan dat beginsel als zodanig. Art. 7 lid 3 Richtlijn beoogt de verkeersveiligheid te verbeteren. Dit is een doelstelling van algemeen belang. Het beperken van de geldigheidsduur van rijbewijzen bij houders van rijbewijzen die de leeftijd van 50 jaar hebben bereikt om bijvoorbeeld medische controles te houden, is een geschikte maatregel ter waarborging van de verkeersveiligheid, omdat dit bijdraagt aan een vermindering van ongevallen als gevolg van afname van fysieke capaciteiten. Er is geen grond voor het oordeel dat de maatregel van art. 7 lid 3 Richtlijn verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling en op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van houders van een rijbewijs die de leeftijd van 50 jaar hebben bereikt.

Zie verder E. Cloots, 'Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? *Achbita and Bougnaoui*', *CMLRev* 2018/2, p. 589-624, waarin de gevolgen worden geanalyseerd van de in de *NTB* 2017/27 besproken arresten *Achbita* and *Bougnaoui*.

#### 4.3 *Evenredigheid*

ABRvS 8 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2678, overweegt dat de staatssecretaris in alle gevallen waarin hij tot intrekking van het Nederlanderschap besluit en waarbij dit het verlies van het Unieburgerschap tot gevolg heeft, moet nagaan of het intrekkingbesluit in overeenstemming is met het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. Het *Rottmann*-arrest van het HvJ EU (nr. C-135/08) biedt geen grond voor het standpunt van de staatssecretaris dat hij deze evenredigheidstoets alleen hoeft te verrichten in gevallen waarin de intrekking van het Nederlanderschap is gebaseerd op fraude of bedrog door de betrokkene. Dat fraude en bedrog aan de orde waren in de zaak *Rottmann* is daarvoor, gelet op de algemene overwegingen in het arrest, geen deugdelijke reden. In het besluit is niet deugdelijk gemotiveerd dat de intrekking van het Nederlanderschap niet in strijd is met het EU-evenredigheidsbeginsel.

J. Langer & W. Sauter, 'Het coherentievereiste in het Unierecht', *SEW* 2018/55, p. 138-148, gaan in op het EU-eis, dat een beperking van het vrije verkeer alleen geschikt en nood-

zakelijk (en dus evenredig) is als de verwezenlijking van een gerechtvaardigd doel 'coherent en systematisch' wordt nastreeft. Zie voor het coherentievereiste ook, ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1467, en ECLI:NL:RVS:2018:1466, waarin de Afdeling oordeelt dat het vereiste niet wordt geschonden doordat voor lotto's en sportprijsvragen een éénvergunningstelsel geldt terwijl voor kansspelautomaten meer vergunningen beschikbaar zijn, maar dat de Kansspelautoriteit onvoldoende heeft gemotiveerd dat het niet in strijd is met het coherentievereiste dat voor lotto's (één vergunning) en goede doelenloterijen (meer vergunningen) verschillende stelsels gelden.

#### 4.4 *Vertrouwen en rechtszekerheid*

In Cbb 13 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:56, 16 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:153, 1 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:172 en 11 september, ECLI:NL:CBB:2018:483, past het College het verbod van *contra legem* toepassing van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel toe conform de door het HvJEU uitgezette strenge lijn in het arrest *Agroferm*. Het in de vorige kroniek vermelde arrest *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse* (NTB 2018/46 (p. 245)) is ook gepubliceerd in AB 2018/168, m.nt. Van den Brink & Den Ouden, en kan volgens de annotatoren 'een klassieker' worden, omdat het rechtszekerheidsbeginsel mogelijk als achterdeurtje kan fungeren om te ontkomen aan de terugvordering van EU-subsidies en aan te onrechtvaardige uitkomsten van de toepassing van de *Agroferm*-lijn.

In HvJ EU 21 juni 2018, nr. C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483, AB 2018/299, m.nt. Backes (*Polen/EPen Raad*) stelt het Hof voorop dat nauwkeurige, onvoorwaardelijke en concordante inlichtingen die van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstig zijn, ongeacht de vorm waarin zij worden meegedeeld, toezeggingen zijn die te honoreren verwachtingen kunnen wekken. Wanneer een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer de vaststelling van een voor zijn belangen nadelige maatregel van de Unie kan voorzien, kan hij zich daarentegen niet op het vertrouwensbeginsel beroepen wanneer die maatregel wordt vastgesteld. In de concrete zaak stelt het vast dat de aan de EU-ETS deelnemende marktdeelnemers geen enkele toezegging is gedaan op grond waarvan bij deze marktdeelnemers een gewettigd vertrouwen is gewekt dat het aantal emissierechten in de loop van de handelsperioden niet zou veranderen.

Dat het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel soms toch soelaas kan bieden blijkt uit HvJ EU 7 augustus 2018, nr. C-120/17, ECLI:EU:C:2018:638 (*Ministru kabinet*). Door de Letse rechtsregel, die voorzag in de overdracht van de steun voor vervroegde uittreding via vererving en die door de Commissie was goedgekeurd op grond dat hij in overeenstemming was met verordening nr. 1257/1999, is een gewettigd vertrouwen gewekt bij de erfgenamen van de landbouwers die deze steun hebben ontvangen. Een conclusie zoals die welke is vermeld in de notulen van de vergadering van het Comité voor plattelandontwikkeling van de Commissie van 19 oktober 2011, volgens welke deze steun niet via vererving kan worden overgedragen, heeft aan dit gewettigd vertrouwen geen einde gemaakt, aldus het Hof.

#### 4.5 *Rechten van verdediging en participatie*

Cbb 26 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:78, vormt een toepassing van het arrest *Unitrading* (nr. C-437/13). Het Cbb overweegt dat, aangezien appellante beschikte over voldoende relevante gegevens omtrent de bemonstering en de analyse van de bemonstering door RIKILT – een Nederlands instituut voor voedselveiligheid dat deel uitmaakt van Wageningen UR (en op termijn zal gaan fuseren met het laboratorium van de NVWA) – er geen sprake is van een deskundigenbeoordeling waarvan appellante de juistheid niet heeft kunnen verifiëren als bedoeld in *Unitrading*. Daaruit volgt dat geen sprake is van een inbreuk op de rechten van appellante onder art. 47 Handvest en art. 6 EVRM.

Ook ABRvS 21 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2814, JV 2018/180, m.nt. Kuiper, betreft een toepassing van het verdedigingsbeginsel. De rechtbank moet volgens de Afdeling garanderen dat de gemachtigde de vreemdeling adequaat kan bijstaan tijdens de procedure. Dat betekent dat de vreemdeling met zijn gemachtigde moet kunnen overleggen en zij het dossier altijd moeten kunnen raadplegen. Hoewel de rechtbank terecht heeft overwogen dat het haar in beginsel vrijstaat te bepalen dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van telehoren, was dat telehoren hier niet afdoende omdat de staatssecretaris pas de avond vóór de zitting het proces-verbaal van bevindingen heeft overgelegd. De rechtbank had de zitting kunnen aanhouden of de vreemdeling in de gelegenheid moeten stellen aanwezig te zijn bij de zitting. Daarom klaagt de vreemdeling naar het oordeel van de Afdeling terecht dat hij door de gang van zaken niet adequaat kon worden bijgestaan, zodat het verdedigingsbeginsel is geschonden. Zie over het verdedigingsbeginsel, S.P.M. van den Maagdenberg & V.L. Meijerman, 'Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel – HR 24 november 2017 in het licht van jurisprudentie van het Hof van Justitie', WFR 2018/65, en A. Wolkers & R. Jeronimus, 'Schending van het verdedigingsbeginsel: (langzaam) meer duidelijkheid?', BTW-bulletin 2018/44.

#### 4.6 *Transparantie en openbaarheid van bestuur*

Het Gerecht oordeelt in zijn arrest van 25 september 2018, nrs. T-639/15–T-666/15 en T-94/16, ECLI:EU:T:2018:602 (*Maria Psara e.a./EP*), in een zaak die journalisten uit alle 28 EU-landen hadden aangespannen, dat het Europees Parlement in zijn recht stond door inzage te weigeren in documenten over de onkosten van Europarlementariërs. In Nederland was de NOS erbij betrokken. De 4 miljoen opgevraagde documenten bevatten persoonsgegevens, aldus het Gerecht, en zijn dus terecht geweigerd.

In ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1258, AB 2018/225, m.nt. P.J. Stolk verzoekt appellante de Afdeling prejudiciële vragen te stellen over de doorwerking van de Eurowob in het Nederlandse recht. Omdat de verzochte documenten niet door het Europees Parlement, de Raad of de Commissie zijn opgesteld en daar ook niet berusten, oordeelt de Afdeling dat, gelet op de in art. 1, onder a, en art. 2, derde lid bepaalde werkingssfeer van de Eurowob, deze niet van toepassing is. Ook oordeelt de Afdeling dat de rechtbank in art. 10 EVRM terecht geen grond gezien voor het oordeel

dat de minister meer informatie diende openbaar te maken dan hij heeft gedaan. Anders dan appellante stelt, maakt het feit dat journalisten haar verzoek met aandacht volgen en interesse hebben in de verzochte informatie niet dat zij zelf aan art. 10 EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM in zijn rechtspraak (onder meer EHRM 8 november 2016, *Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*), ook een recht op informatie kan ontlenen.

#### 4.7 *Andere beginselen*

W.J. Blokland, 'Het verbod op misbruik': een algemeen beginsel van unierecht dat de EU en de lidstaten tegen de burger beschermt', *NtER* 2018, nr. 3/4, p. 80, bespreekt de – in *NTB* 2018/46 (p. 247-248), gesignaleerde – ontdekking en inhoud van het beginsel van verbod van misbruik van recht in HvJ EU 22 november 2017, nr. C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881 (*Cussens e.a.*), en HvJ EU 6 februari 2018, nr. C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63 (*Altun*). In CRvB 20 september 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2878, verwijst de Raad een prejudiciële vraag over de betekenis van het nieuwe beginsel om te bepalen of vrachtwagenchauffeurs voor de toepassing van Verordening (EEG), nr. 1408/71, in dienst is bij een Nederlandse vervoersonderneming waarvoor hij feitelijk werkt of bij een Cypriotische onderneming waarmee hij (vermoedelijk ter ontduiking van Nederlandse premies) formeel een arbeidsovereenkomst heeft.

#### 4.8 *Fundamentele rechten*

In HvJ EU 29 mei 2018, nr. C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335 (*Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*) is het Hof gevraagd om de Unierechtelijke eisen gesteld aan de religieuze slachtmethode van dieren, in het bijzonder art. 4, lid 4, gelezen in samenhang met art. 2, onder k, Verordening 1099/2009, inzake de bescherming van dieren, te toetsen aan de godsdienstvrijheid. Volgens het Hof is bij het onderzoek van de prejudiciële vraag niet gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid van de genoemde Unierechtelijke bepalingen kunnen aantasten in het licht van de godsdienstvrijheid zoals gewaarborgd in art. 10 Handvest. Zie nader M. Beijer, Bescherming van het dierenwelzijn, de volksgezondheid of de godsdienstvrijheid? – Het arrest *Liga van Moskeeën* over het ritueel slachten van dieren, *NtER* 2018/7-8.

In HvJ EU 10 juli 2018, nr. C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551 (*Jehovan todistajat*) oordeelt het Hof dat de van-huis-tot-huisverkloning door de leden van de gemeenschap van Jehova's getuigen niet valt onder de uitzonderingen waarin de Unierechtelijke regels betreffende de bescherming van persoonsgegevens voorzien. In het bijzonder is deze activiteit geen met uitsluitend persoonlijke of huishoudelijke doeleinden verrichte activiteit, waarop het Unierecht niet van toepassing is. De omstandigheid dat de van-huis-tot-huisverkloning door het in art. 10 Handvest verankerde grondrecht op vrijheid van geweten en godsdienst wordt beschermd, heeft niet tot gevolg dat deze verkloningsactiviteit daardoor een met uitsluitend persoonlijke of huishoudelijke doeleinden verrichte activiteit wordt. Deze activiteit overschrijdt namelijk de privésfeer van een lid-

verklonger van een geloofsgemeenschap. Verder bepaalt het Hof dat art. 2, onder d, Privacyrichtlijn 95/46/EG, gelezen tegen de achtergrond van art. 10 Handvest, in die zin moet worden uitgelegd dat een geloofsgemeenschap samen met haar leden-verklongers kan worden beschouwd als verantwoordelijke voor de verwerking van de persoonsgegevens die laatstgenoemden in het kader van de door deze gemeenschap georganiseerde, gecoördineerde en aangevoerde van-huis-tot-huisverkloning verrichten, zonder dat daartoe nodig is dat die gemeenschap toegang heeft tot die gegevens of dat wordt aangetoond dat zij haar leden schriftelijke richtsnoeren of instructies voor die verwerking heeft gegeven.

ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1706, past het arrest Y.S. (nrs. C-141/12 en C-372/12) toe, waarin het Hof van Justitie over de wijze van verstrekking van persoonsgegevens heeft overwogen dat het aan de lidstaten is om te bepalen welke concrete materiële vorm die verstrekking moet krijgen, mits deze in begrijpelijke vorm geschiedt en dat, voor zover aan de met het recht op toegang tot gegevens nagestreefde doelstelling volledig kan worden voldaan met een andere vorm van verstrekking, de betrokkene aan art. 12, aanhef en onder a, Privacyrichtlijn 95/46/EG geen recht kan ontlenen om een afschrift te verkrijgen van het originele document of bestand waarin hem betreffende gegevens staan. Daarom is het naar het oordeel van de Afdeling voldoende dat aan de betrokkene, bedoeld in art. 35, tweede lid, Wbp, een volledig overzicht in begrijpelijke vorm van deze persoonsgegevens wordt verstrekt, voorzien van een omschrijving van het doel of de doeleinden van de verwerking, de categorieën van gegevens waarop de verwerking betrekking heeft en de ontvangers of categorieën van ontvangers, alsmede de beschikbare informatie over de herkomst van de gegevens, zodat de betrokkene die gegevens kan controleren op hun juistheid en kan controleren of zij in overeenstemming met de Wbp zijn verwerkt.

ABRvS 20 juni, ECLI:NL:RVS:2018:1982, *AB* 2018/338, m.nt. Mulder betreft een beroep tegen de reactie van de korpschef over de verwerking van politiegegevens die appellant betreffen. In dat kader heeft appellant onder meer gesteld dat de uitzondering die de (oude) Privacyrichtlijn maakt voor politiegegevens sinds het Verdrag van Lissabon vervallen zou zijn, omdat toen de derde pijler (politiële en justitiële samenwerking) supranationaal van karakter is geworden. De Afdeling oordeelt dat het feit dat de pijlerstructuur is vervallen niet betekent dat de in de Privacyrichtlijn opgenomen uitzondering voor politiegegevens niet meer geldt. Ook de AVG bevat overigens een uitzondering voor politiegegevens.

HvJ EU 12 juli 2018, nr. C-540/16, ECLI:EU:C:2018:565 (*Spika e.a.*) betreft art. 16 (vrijheid van ondernemerschap) en art. 20 Handvest (eenieder is gelijk voor de wet). Het Hof oordeelt dat deze artikelen, alsook art. 16, lid 6, en art. 17 Verordening nr. 1380/2013 inzake het gemeenschappelijk visserijbeleid aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een wettelijke regeling van een lidstaat, i.c. Litouwen, waarbij deze lidstaat een methode voor toewijzing van de vangstmogelijkheden vaststelt die, ook al is

deze gebaseerd op een transparant en objectief verdelingscriterium, kan leiden tot een ongelijke behandeling van marktdeelnemers die beschikken over vissersvaartuigen die zijn vlag voeren, voor zover die methode één of meerdere door de Unie erkende algemene belangen nastreeft en het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt. In casu is dit het geval. ABRvS 31 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1802 en ECLI:NL:RVS:2018:1803, JV 2018/139, m.nt. Den Heijer, betref onder meer de vraag of de staatssecretaris mag verlangen dat een tatoeage (i.c. een christelijk kruis) wordt verwijderd of aangepast teneinde een risico op vervolging te voorkomen bij terugkeer in het land van herkomst. De staatssecretaris had aangegeven dat de vreemdeling dan maar geen tatoeage had moeten laten zetten en ziet eigenlijk geen verschil met het weghalen van een bericht op Facebook. De Afdeling oordeelt dat de staatssecretaris beter had moeten motiveren waarom het verlangen van verwijdering van de tatoeage niet in strijd is met art. 11 Grondwet, art. 8 EVRM en art. 3 en 7 Handvest.

## 5. Handhaving en schadevergoeding

### 5.1 Handhaving

#### 5.1.1 Instrumenten

Ook in deze kroniekperiode blijkt dat de werking van het Europees arrestatiebevel (EAB) van Kaderbesluit 2002/584/JBZ kan worden beperkt door fundamentele rechten. In NTB 2017/4 maakten we al melding van HvJ EU 5 april 2016, nr. C-404/15 en C-659/15 PPU (*Aranyosi & Caldaru*), ECLI:EU:C:2016:198, waarin het Hof bepaalde dat een rechter van een lidstaat een persoon niet kan uitleveren op grond van een EAB als die persoon vanwege de omstandigheden in de detentiecentra in het ontvangende land een reëel gevaar loopt op een schending van het verbod op een onmenselijke of vernederende behandeling van art. 4 Handvest/art. 3 EVRM. In HvJ EU 25 april 2018, nr. C-220/18 PPU (*ML*), ECLI:EU:C:2018:589, EHRC 2018/191, m.nt. Van Kruisbergen & Krommendijk, geeft het Hof van Justitie aan hoever het onderzoek van de uitvoerende rechterlijke autoriteit naar de detentieomstandigheden in het ontvangende land moet gaan. Het oordeelt dat het onderzoek niet kan zien op de detentieomstandigheden in alle inrichtingen waar de betreffende persoon mogelijk zou kunnen worden gedetineerd, en suggereert de rechter om de ontvangende staat nadere informatie te vragen over de omstandigheden. Als het ontvangende land garanties verstrekt dat de betrokken persoon geen onmenselijke of vernederende behandeling zal ondergaan, moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit, gelet op het wederzijdse vertrouwen dat tussen de justitiële autoriteiten van de lidstaten moet bestaan, in beginsel op deze garantie afgaan. Zie over het onderzoek dat de nationale rechter moet verrichten in verband met de mogelijke schending van art. 4 Handvest/art. 3 EVRM, ook HvJ EU 25 juli 2018, nr. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, EHRC 2018/191, m.nt. Van Kruisbergen en Krommendijk (*Conditions de détention en Hongrie*).

In HvJ EU 25 april 2018, nr. C-216/18 PPU (*L.M.*), ECLI:EU:C:2018:586, EHRC 2018/190, m.nt. Van Kruisbergen

& Krommendijk), trekt het Hof van Justitie de lijn van *Aranyosi & Caldaru* door naar art. 47 Handvest. In die zaak oordeelt het namelijk dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit kan afzien van overlevering van een persoon tegen wie een EAB is uitgevaardigd, wanneer deze een reëel gevaar loopt dat zijn recht op een eerlijk proces wordt geschonden vanwege structurele gebreken aan de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Zoals al aangegeven in par. 1.1 van deze kroniek betref deze zaak *Polen*. Aldus wordt een EAB niet alleen opzij gezet in geval van een reëel risico van een onmenselijke en vernederende behandeling (art. 4 Handvest/art. 3 EVRM), maar ook als er een reëel risico is op schending van het grondrecht op een onafhankelijk gerecht en een eerlijk proces van art. 47 Handvest/art. 6 EVRM. Zie ook M.J.J.P. Luchtman, 'Kroniek van het Europees strafrecht', *NJB* 2018/35 (p. 2684-2695, i.h.b. p. 2686-2687); M. Schwarz, 'Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice', *ELJ* 2018/2/3, p. 124-141; S. Weatherill, 'The principle of mutual recognition: it doesn't work because it doesn't exist', *ELRev* 2018/2, p. 224-233. Hoe een nationale rechter moet bepalen of een dergelijke schending van de onafhankelijkheid aan de orde is bij de Poolse rechter die de EAB heeft uitgevaardigd, is minder duidelijk. Rechtbank Amsterdam (internationale rechtshulpkamer) 4 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7032, lost dit probleem, geïnspireerd door de hiervoor genoemde zaken *ML* en *Conditions de détention en Hongrie*, op door een vragenlijst voor te leggen aan de uitvaardigende justitiële (Poolse) autoriteit, waarin deze, kort gezegd, wordt gevraagd of er maatregelen zijn genomen die de onafhankelijkheid van het gerecht in kwestie kunnen ondergraven. De Poolse autoriteiten moeten deze vragenlijst binnen 4 weken beantwoorden. Ten slotte kan nog worden gewezen op HvJ EU 19 september 2018, nr. C-327/18 PPU (RO), ECLI:EU:C:2018:773, waarin het Hof oordeelt dat de aankondiging van de *Brexit* niet betekent dat het EAB voor het Verenigd Koninkrijk zijn werking heeft verloren.

HvJ EU 26 september 2018, nr. C-137/17, ECLI:EU:C:2018:771 (*Van Gennip e.a.*) betreft de vraag op welke wijze lidstaten overtredingen van Unierechtelijke voorschriften betreffende de opslag en verkoop van vuurwerk kunnen bestraffen. Art. 20 Richtlijn 2007/23 betreffende het in de handel brengen van pyrotechnische artikelen, en art. 1, lid 5, Dienstenrichtlijn, moeten volgens het Hof van Justitie aldus worden uitgelegd dat de lidstaten strafrechtelijke sancties kunnen vaststellen, mits deze sancties, wat betreft Richtlijn 2007/23, doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en de nationale strafrechtelijke bepalingen niet leiden tot omzeiling van de Dienstenrichtlijn.

In ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3221 heeft de staatssecretaris aan Vueling een last onder dwangsom opgelegd, omdat Vueling verzoeken om compensatie wegens vertraging van zijn vliegtuigen zonder onderzoek en zonder in te gaan op de specifieke situatie afdoet met een standaardreactie. Als passagiers zich vervolgens tot de Inspectie Leefomgeving en Transport wenden met een klacht of een vordering instellen bij de civiele rechter, betaalt Vueling

alsnog compensatie. Hoewel Vueling met dit 'piepsysteem' Verordening nr. 261/2004 overtreedt, vernietigt de Afdeling de last. De last zou gericht moeten zijn op afschaffing van het piepsysteem, hetgeen aanpassing van de werkwijze van Vueling vereist. De Afdeling stelt echter vast dat de last niet de werkwijze van Vueling als zodanig betreft, maar de manier waarop individuele verzoeken om compensatie worden afgedaan. Als Vueling het piepsysteem afschaft en daardoor de overtreding niet meer begaat, maar in een individueel geval bijvoorbeeld pas na meer dan zes weken compensatie betaalt, handelt zij toch in strijd met de last. De staatssecretaris heeft ter zitting te kennen gegeven dat de last ook zo is bedoeld, omdat hij wil controleren of Vueling ook in individuele gevallen daadwerkelijk compensatie betaalt. Omdat de overtreding de structurele handelwijze van Vueling betreft, terwijl de last ziet op de afhandeling van individuele verzoeken om compensatie, strekt zij niet tot beëindiging van de overtreding, hetgeen in strijd is met art. 5:31d Awb juncto art. 5:2, onder b, Awb.

In HvJ EU 5 juni 2018, nr. C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392, EHRC 2018/170, m.nt. Altena-Davidsen (*Kolev e.a.*) oordeelt het Hof dat de Bulgaarse wet die een rechter verplicht een strafprocedure tegen corrupte douanebeambten na twee jaar onderzoek te beëindigen, niet in overeenstemming is met de verplichting van lidstaten om financiële benadeling van de EU te bestrijden met afschrikkende en doeltreffende maatregelen (art. 325 VWEU). De rechter moet daarom die termijn verlengen of niet toepassen.

### 5.1.2 Specifieke waarborgen

In HvJ EU 7 augustus 2018, nr. C-115/17, ECLI:EU:C:2018:651 (*Clergeau e.a.*), wenst het *Cour de Cassation* te vernemen of het *lex mitior*-beginsel als onderdeel van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel van art. 49 Handvest zich ertegen verzet dat iemand wordt veroordeeld omdat hij niet-verschuldigde restituties heeft ontvangen via manipulaties of valse aangiftes, terwijl de uiteindelijk door hem uitgevoerde goederen na een wijziging van de regeling die na de feiten heeft plaatsgevonden, wel in aanmerking komen voor die restituties. Het Hof merkt eerst op dat het *lex mitior*-beginsel ook voor de inwerkingtreding van het Handvest al deel uitmaakte van het Unierecht als algemeen beginsel van Unierecht. Dat de feiten voor die inwerkingtreding hebben plaatsgevonden is voor de beoordeling van de zaak derhalve niet relevant. Het Hof constateert vervolgens dat de wijziging van de wetgeving geen invloed heeft gehad op de strafbaarheid van de valse aangiftes of manipulaties waarmee een voordeel bij uitvoer is verkregen. Dat de uiteindelijke restitutieregeling is gewijzigd betekent dan ook niet dat er getornd werd aan de strafrechtelijke kwalificatie of de beoordeling door de bevoegde nationale autoriteiten. Art. 49 Handvest staat niet in de weg aan een veroordeling.

HvJ EU 20 december 2017, nr. C-102/16 (*Vadrans*), ECLI:EU:C:2017:1012, waarin het Hof oordeelt dat aan het *lex certa*-beginsel (als onderdeel van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel van art. 49 Handvest) is voldaan als de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling,

zo nodig met behulp van de uitlegging die de rechterlijke instanties daarvan hebben gegeven, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, is gepubliceerd in AB 2018/182, m.nt. Verhoeven. Het – in NTB 2018/46 (p. 249) al gesignaleerde – arrest *M.A.S. en M.B.* (nr. C-42/17), dat het verbod van terugwerkende kracht als onderdeel van het legaliteitsbeginsel betreft, is inmiddels geannoteerd in AB 2018/145 door Barkhuysen & Van Emmerik, en in AAe 2018, p. 524, door Meuwese, en wordt besproken in C. Rauchegger, 'National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S.', *CMLRev* 2018/5, p. 1521-1548. Zie over het legaliteitsbeginsel ook M. Timmerman, *Legality in Europe. On the Principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU Law and under the ECHR*, Intersentia 2018.

Het *ne bis idem*-beginsel van art. 50 Handvest is aan de orde in HR 12 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:901. Volgens de Hoge Raad is het doel van de in een bestuursrechtelijke procedure aan de verdachte opgelegde schorsing van zijn visvergunning vanwege handelen in strijd met art. 16 Verordening 850/98/EG, niet repressief, terwijl de omstandigheid dat de verdachte ten gevolge van die schorsing inkomsten is misgelopen, niet van dien aard is dat de schorsing heeft te gelden als 'criminal charge' en daarmee als een veroordeling voor een strafbaar feit conform art. 50 Handvest. Die schorsing staat dus niet in de weg aan die veroordeling. Zie over het beginsel verder, J.D. Baron & E. Poelmann, 'Het ne bis in idem-beginsel na de arresten van het HvJ EU van 20 maart 2018', *TFB* 2018/3, p. 16-20, dat ingaat op de – in NTB 2018/46 (p. 250), gesignaleerde – arresten *Menci*, *Garlsson Real Estate e.a.*, *Di Puma* en *Consob*, waarin het Hof de door het EHRM in het arrest *A en B/Noorwegen* ingezette lijn om het *ne bis in idem*-beginsel in het geval van de combinatie van bestraffende bestuursstrafsancties met strafrechtelijke sancties enigszins te versoepelen, volgt.

HvJ EU 31 mei 2018, nr. C-190/17, ECLI:EU:C:2018:357 (*Zheng*), betreft de evenredigheid van een Spaanse regeling op grond waarvan de niet-nakoming van de Unierechtelijke verplichting tot aangifte van aanzienlijke bedragen aan liquide middelen die het grondgebied van die lidstaat binnen komen of verlaten, wordt bestraft met een geldboete die kan oplopen tot tweemaal het niet-aangegeven bedrag. Naar het oordeel van het Hof staan de EU-regels over kapitaal- en betalingsverkeer van art. 63 en 65 VWEU en het evenredigheidsbeginsel daaraan in de weg.

CBB 19 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:53 en CBB 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413, betreffen de functiescheiding binnen de AFM bij oplegging van bestuurlijke boetes. Dat een bij AFM werkzame toezichthouder die betrokken was bij de totstandkoming van het boeterapport, hangende bezwaar nader onderzoek heeft verricht en bij de hoorzitting in bezwaar, alsmede de voor- en nabespreking daarvan, aanwezig was, is naar het oordeel van het CBB niet in strijd met de Awb, met art. 47 en 48 Handvest of art. 6 EVRM. Verdere functiescheiding binnen de AFM is derhalve niet nodig.

## 5.2 Aansprakelijkheid

HvJ EU 4 oktober 2018, nr. C-571/16 (*Kantarev*), ECLI:EU:C:2018:807, betreft een aansprakelijkheidsclaim voor de schade die is veroorzaakt doordat de Bulgaarse Nationale Bank, in strijd met art. 1, punt 3, onder i, Richtlijn 94/19, de niet-beschikbaarheid van deposito's van een kredietinstelling te laat heeft vastgesteld, waardoor zij te laat zijn uitbetaald. Het Hof van Justitie stelt eerst vast dat de verplichting van art. 1, punt 3, onder 1, onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, en dus rechtstreekse werking heeft, ook al laat de bepaling de lidstaat discretionaire ruimte bij het aanwijzen van de bevoegde autoriteit die de niet-beschikbaarheid moet vaststellen. De bepaling beoogt – zo vervolgt het Hof – depositanten te beschermen en heeft rechtstreekse invloed op hun rechtspositie en strekt dus ertoe rechten toe te kennen aan particulieren. Aan het Europese relativiteitsvereiste, als een van de voorwaarden voor de op het Unierecht gebaseerde lidstaataansprakelijkheid, is aldus voldaan. In het vervolg van het arrest oordeelt het Hof dat art. 4, lid 3, VEU en de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid zich verzetten tegen een nationale regeling die het schadevergoedingsrecht van de particulier afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de nationale autoriteit de schade opzettelijk heeft veroorzaakt, maar dat deze bepalingen zich niet verzetten tegen een nationale regeling die dat recht afhankelijk stelt van de verplichting voor de particulier om het bestaan van schuld te bewijzen, voor zover het begrip 'schuld' althans niet verder gaat dan het begrip 'voldoende gekwalificeerde schending', en evenmin tegen een regeling die voorziet in de betaling van vaste griffierechten of proportionele rechten in verhouding tot de waarde van het geschil, tenzij dat recht een onoverkomelijk obstakel voor de toegang tot de rechter vormt. Zie over de lidstaataansprakelijkheid voor schending van het Unierecht, K. Havu, 'Full, adequate and commensurate compensation for damages under EU law: a challenge for national courts?', *ELRev* 2018/1, p. 24-46.

In HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973 (*EnergyClaim/Staat*), verwerpt de Hoge Raad het tegen Gerechtshof 11 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1251 (vermeld in *NTB* 2017/27 (p. 251)), ingestelde cassatieberoep en oordeelt hij, evenals het gerechtshof, dat de EPB-richtlijnen niet ertoe strekken om rechten toe te kennen aan met het opstellen van energiecertificaten belaste deskundigen. Daartoe overweegt de Hoge Raad dat met de richtlijnen, die zijn gebaseerd op verdragsbepalingen die zien op milieu en energie, is beoogd te komen tot positieve milieueffecten als gevolg van verbeterde energieprestaties van gebouwen. Het feit dat voor de verwezenlijking van die doelstelling de betrokkenheid van met het opstellen van energiecertificaten belaste deskundigen vereist is, betekent niet dat de economische en financiële belangen van deze deskundigen worden beschermd door die richtlijnen, en evenmin dat die belangen – zoals aan de orde in HvJ EU 14 maart 2013, nr. C-420/11 (*Leth*) – zodanig nauw samenhangen met de door die richtlijnen nagestreefde doelstellingen dat zij op die grond onder het beschermingsbereik van die richtlijnen vallen. Zie over

het arrest, R. Meijer, 'De relativiteit van een energielabel: EnergyClaim/Staat', *MvV* 2018/4, p. 123-128.

HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677 (*TMG/Staat*), AB 2018/300, m.nt. Widdershoven, JB 2018/117, m.nt. Sanderink, is van groot belang voor de toepassing van de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:330, lid 1, BW, in zaken waarin de Staat aansprakelijk is gesteld wegens de onjuiste omzetting van een EU-richtlijn. In de eerste plaats oordeelt de Hoge Raad dat die termijn voor wat betreft de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden op grond waarvan de Staat door de onjuiste omzetting onrechtmatig handelt, niet pas gaat lopen op het moment dat uit een uitspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de Nederlandse omzetting van de richtlijn onjuist is, maar op het moment dat die feiten en omstandigheden bekend waren. Dat moment ligt een kleine 2 jaar na het afloop van de omzettingstermijn en zo'n 12 jaar vóór de uitspraak van het Hof waaruit de onjuiste omzetting bleek. Wellicht ter compensatie stelt de Hoge Raad in de tweede plaats dat die onjuiste omzetting, zolang zij wordt gehandhaafd, iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad van de Staat oplevert, zodat de daarop gegronde vorderingen afzonderlijk verjaren. Daarom is de schadevordering van TMG niet verjaard voor de periode van vijf jaar voorafgaand aan haar aansprakelijkstelling van september 2012.

Volgens Rb. Den Haag 5 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10645, vindt de door de Hoge Raad geformuleerde regel dat incorrecte omzetting van een richtlijn iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad van de Staat oplevert, geen toepassing in de situatie dat een richtlijn is geïmplementeerd in een wettelijke bepaling die volgens de Hoge Raad richtlijnconform kan worden uitgelegd, ook al is die bepaling vele jaren niet richtlijnconform toegepast en hebben opeenvolgende bewindslieden verschillende met het Unierecht strijdige uitspraken gedaan en aldus een niet met de richtlijn overeenstemmende interpretatie uitgedragen. Of dit oordeel klopt betwijfelen wij, omdat het feit dat de omzettingswetgeving richtlijnconform kan worden uitgelegd nog niet betekent dat die richtlijn correct (volledig, nauwkeurig, en rechtszeker) is omgezet. Los daarvan kan – gelet op de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *AGM-COS.MET* (nr. C-470/03) – de aansprakelijkheid van de Staat mogelijk ook worden gebaseerd op de met het Unierecht strijdige uitlatingen van de bewindslieden.

In Rb. Den Haag 6 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6681 (*GSFS*), verwerpt de rechtbank opnieuw (zie *NTB* 2018/46 (p. 251), voor andere uitspraken) een op het *Köbler*-arrest van het Hof van Justitie gebaseerde schadeclaim wegens de mogelijke (kennelijke) schending van het Unierecht door een hoogste nationale rechter, ditmaal het CBb. Interessant is dat de rechtbank – naar onze opvatting terecht, maar anders dan Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2984 (*KLM-piloten*) – oordeelt dat de prejudiciële verwijzingsverplichting van art. 267 VWEU voor hoogste rechters geen voor particulieren afdwingbare rechten bevat, zodat de vordering al vanwege het niet voldoen aan het Europese relativiteitsvereiste niet kan worden toegewezen. Voor zover ervan uit wordt gegaan dat art. 267



VWEU wel ertoe strekt om particulieren rechten toe te kennen, stelt de rechtbank (ten overvloede) dat de niet-verwijzing door het CBb geen voldoende gekwalificeerde schending van materieel Unierecht oplevert. Ten slotte oordeelt zij dat het CBb de motiveringsplicht, die voor een hoogste rechter in het geval van niet-prejudicieel verwijzen kan worden afgeleid uit art. 6 EVRM (zie par. 3.1.2), niet, laat staan voldoende gekwalificeerd, heeft geschonden. In de eerste plaats, omdat GSFS in procedure die heeft geleid tot de uitspraak van het CBb geen verzoek tot prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie heeft gedaan. In de tweede plaats en principiëler, omdat – aldus de rechtbank – op grond van het Unierecht überhaupt geen algemene verplichting voor een hoogste rechterlijke instantie bestaat om niet-verwijzingen te motiveren. Zo'n verplichting is in elk geval door het Hof van Justitie nog nooit aangenomen.

De – in *NTB 2018/46* (p. 251), gesignaleerde – uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Staelen* (nr. C-337/15P), waarin de Europese ombudsman wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel wordt veroordeeld tot immateriële schadevergoeding, wordt besproken in N. Vogiatzis, 'The EU's liability owing to the conduct of the European Ombudsman revisited: European Ombudsman v. Staelen', *CMLRev* 2018/4, p. 1251-1273. Zie ten slotte over de private handhaving van het mededingingsrecht, M.C. Buiten, P. van Wijck, J.K. Winters, 'De Richtlijn inzake schadevorderingen bij inbreuken op het mededingingsrecht: gevolgen voor de clementieregeling', *SEW* 2018/150, afl. 10, p. 395-403.