

Europees staats- en bestuursrecht

NTB 2020/20

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 Stabiliteit van definitieve besluiten en uitspraken
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 mei 2019 t/m december 2019.*

1. Constitutionele aspecten

1.1 Europese institutionele ontwikkelingen

De in deze kroniek (NTB 2019/4 (p. 18-19)) al eerder besproken juridische strijd voor het behoud van de rechtsstaat in Polen werd gedurende deze verslagperiode voortgezet. In HvJ EU 24 juni 2019, nr. C-619/18 (*Commissie/Polen*), ECLI:EU:C:2019:531, JB 2019/157, m.nt. Kaya, veroordeelt het Hof Polen in een verdragsschendingprocedure ex art. 258 VWEU, omdat het in strijd met het Unierechtelijke beginsel van onafhankelijkheid, dat voortvloeit uit art. 19 lid 1, tweede alinea, VEU, ten eerste, de pensioengerechtigde leeftijd van de rechters van het Poolse Hooggerechtshof heeft verlaagd, en, ten tweede, de Poolse president de discretionaire bevoegdheid heeft verleend om de ambtstermijn van die rechters na de nieuwe pensioenleeftijd te verlengen. Die laatste bevoegdheid is overigens op zich niet in strijd met het beginsel van onafhankelijkheid, maar dan moet zij worden gebonden aan voorwaarden en regels die zodanig zijn dat de rechters worden behoed voor de eventuele neiging te zwichten voor inmenging en druk van buitenaf, en die elke rechtstreekse en indirecte beïnvloeding van die rechters uitsluiten. Aan deze eisen is niet voldaan bij de bevoegdheid van de president, onder meer omdat de toepassing ervan niet is gebonden aan objectieve en toetsbare voorwaarden en een verlengingsbeslissing niet hoeft te worden gemotiveerd. In HvJ EU 5 november 2019, nr. C-192/18 (*Commissie/Polen*), ECLI:EU:C:2019:924, komt het Hof tot hetzelfde oordeel over een Poolse wet die de pensioengerechtigde leeftijd van rechters van de gewone rechtbanken verlaagt en de bevoegdheid tot verlenging van de ambtstermijn na de vervroegde pensionering toekent aan de minister van Justitie. Ook die wet is in strijd met het Unierechtelijk beginsel van onafhankelijkheid, en dus met art. 19 lid 1, tweede alinea, VEU. Bovendien acht het Hof de in de wet voorziene verschillende pensioenleeftijden voor mannen (65 jaar) en vrouwen (60 jaar) door art. 157 VWEU en art. 9 lid 1, onder f, Richtlijn 2006/54, verboden discriminatie op grond van geslacht.

Het voorlopige sluitstuk van de juridische strijd betreft HvJ EU 19 november 2019, gevoegde zaken nrs. C-585/18, C-624/18, C-625/18 (*CP & DO*), ECLI:EU:C:2019:982. Daaruit blijkt dat Polen de veroordeling door het Hof in zaak

¹ A.P.W. Duijkersloot en R. Ortlep zijn als universitair docent respectievelijk universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht verbonden aan de UU. Daarnaast is R. Ortlep hoogleraar (Europees) 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.

C-619/19 in zoverre serieus heeft genomen, dat de verlaging van de pensioengerechtigde leeftijd alleen nog betrekking heeft op rechters van het Poolse Hooggerechtshof die na 1 januari 2019 zijn benoemd, en dat voor eerder benoemde rechters de leeftijd van 70 jaar weer geldt. De zaak spitst zich vervolgens toe op de tuchtkamer die Polen bij het Hooggerechtshof heeft ingesteld en die – in plaats van kamer voor arbeids- en socialezekerheidszaken van dat hof – exclusief bevoegd is verklaard in reeds ingestelde beroepen betreffende de niet-verlenging van de pensioengerechtigde leeftijd. De verwijzende kamer voor arbeids- en socialezekerheidszaken twijfelt of deze tuchtkamer onafhankelijk is, onder meer omdat de leden ervan door de Poolse president worden benoemd uit uitsluitend nieuw benoemde rechters, na advies van de Poolse raad voor rechtspraak, die vanwege de herziene (wijze van) samenstelling evenmin onafhankelijk zou zijn. In een uitvoerig gemotiveerde uitspraak, waarbij ook relevante EHRM-rechtspraak wordt betrokken, stelt het Hof van Justitie dat art. 47 Handvest en art. 9 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG, zich ertegen verzetten dat geschillen betreffende de toepassing van het Unierecht onder de uitsluitende bevoegdheid kunnen vallen van een instantie die geen onafhankelijk en onpartijdig gerecht vormt. Daarvan is sprake wanneer de objectieve voorwaarden waaronder de betrokken instantie is ingesteld, de kenmerkende eigenschappen ervan en de manier waarop de leden ervan zijn benoemd, van dien aard zijn dat bij de justitiabelen legitieme twijfel kan ontstaan over de vraag of deze instantie niet gevoelig is voor externe factoren, in het bijzonder voor directe of indirecte invloed van de wetgevende en uitvoerende macht, en of deze instantie onpartijdig is ten opzichte van de met elkaar strijdende belangen. Bij de afdoening heeft het Hooggerechtshof op basis van de aanwijzingen van het Hof inmiddels geoordeeld dat de tuchtkamer geen onafhankelijk gerecht is en zijn de bepalingen die de tuchtkamer exclusief bevoegd maakten buiten toepassing gelaten. Wordt ongetwijfeld vervolgd. Het in de vorige kroniek (NTB 2019/26 (p. 266)) gesignaleerde arrest HvJ EU 7 februari 2019, nr. C-49/18 (*Carlos Escibano Vindel*), waarin het Hof een Spaanse salarisverlaging voor rechters niet in strijd achtte met het beginsel van onafhankelijkheid, is inmiddels gepubliceerd in AB 2019/252, m.nt. Van den Eijnden.

Zie over de rechtsstaatrechtspraak van het Hof, J.J.J. Sillen, 'Rechterlijke onafhankelijkheid als unierechtelijk beginsel. Bespiegelingen naar aanleiding van Commissie/Polen', in: H. de Waele e.a. (red.), *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland. Een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 313-328; T. Konstadinides, 'A. Court of Justice Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM', *CMLRev* 2019/3, p. 743-769; J.J.J. Sillen, 'The concept of 'internal judicial independence' in the case law of the European Court of Human Rights', *European Constitutional Law Review* 2019, p. 104-133; A. von Bogdandy & L.D. Spieker, 'Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges', *European Constitutional Law Review* 2019, p. 391-426; P. Castillo-Ortiz, 'The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe',

European Constitutional Law Review 2019, p. 48-72 en Editorial, 'The perils of defending the rule of law through dialogue', *European Constitutional Law Review* 2019, p. 1-16.

De ontwikkelingen met betrekking tot de *Brexit* waren in de verslagperiode onnavolgbaar, maar als deze kroniek wordt gepubliceerd zal de *Brexit* hoogstwaarschijnlijk een feit zijn. Vergelijk over de *Brexit* nog A. Cuyvers, 'A. Court of Justice Wightman, Brexit, And The Sovereign Right To Remain', *CMLRev* 2019/5, p. 1303-1332; R. Frau, 'Ist das Brexit-Abkommen zu Recht gescheitert?', *EuR* 2019/5, p. 502-521. Zie ten slotte over de verhouding tussen de nationale grondwet en de EU, T. Barkhuysen, "Europa" verankeren in de Nederlandse Grondwet?, *NJB* 2019/1370, afl. 24, p. 1721, alsmede C. Franzius, '70 Jahre Grundgesetz und Europa: Passt das zusammen?', *EuR* 2019/4, p. 365-382.

1.2 Het wetgevingsproces

1.2.1 Europese wetgeving en subsidiariteit

De wetgevende functie van de Commissie wordt besproken in D. Wyatt, 'Is the Commission a "lawmaker"? On the right of initiative, institutional transparency and public participation in decision-making: ClientEarth', *CMLRev* 2019/3, p. 825-841.

1.2.2 Implementatievragen

P. van Lochem, 'De positie van de Nederlandse wetgevingsjurist bij het implementeren van EU-regelgeving', *AAE* 2019/190, p. 810-814, constateert dat de samenwerking tussen de EU- en nationale ambtenaren in theorie weliswaar gelijkwaardig is, maar dat die relatie in werkelijkheid veeleer verticaal en hiërarchisch is. Verder houdt de auteur een pleidooi om wetgevingsjuristen in voorafgaand overleg en onderhandelingen bij de totstandkoming van EU-regels te betrekken, omdat dan wordt bevorderd dat de EU-regeling aansluit bij nationale wetgeving.

1.3 Toezicht en samenwerking

In HvJ EU 12 november 2019, nr. C-261/18, ECLI:EU:C:2019:955 (*Commissie/Ierland*), AB 2020/49, m.nt. Ortlep; JB 2020/1, m.nt. Beijen, wordt Ierland veroordeeld tot betaling van een forfaitaire som (boete) van 5 miljoen EUR en een dwangsom van 15 000 EUR per dag dat niet aan de uitspraak is voldaan, omdat het land geen gevolg heeft gegeven aan HvJ EU 3 juli 2008, nr. C-215/06, ECLI:EU:C:2008:380. In die zaak uit 2008 had het Hof vastgesteld dat Ierland Richtlijn 85/337 had geschonden door een windturbinepark zonder voorafgaande milieueffectbeoordeling te vergunnen. In de zaak uit 2019 verwerpt het Hof het door Ierland aangevoerde argument dat het land de schending niet kan redresseren, omdat het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel zich zouden verzetten tegen de intrekking van de onrechtmatig verleende vergunning. Volgens het Hof moet de intrekking van een onwettige handeling weliswaar binnen een redelijke termijn plaatsvinden en moet daarbij rekening worden gehouden met de mate waarin de betrokkene op de rechtmatigheid van die handeling heeft kunnen vertrouwen, maar dit neemt niet weg dat een dergelijke intrekking in beginsel is

toegestaan. Voor zover het herstellen van het verzuim om de milieueffectrapportage te verrichten zou leiden tot intrekking of wijziging van die vergunning, heeft de betrokken marktdeelnemer bovendien de mogelijkheid om de staat op grond van het nationale recht te verzoeken om vergoeding van de schade die hij door het handelen of nalaten van die staat heeft geleden.

In ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3538, AB 2020/40, m.nt. Hillary, oordeelt de Afdeling dat de minister van J&V, vreemdelingen nog niet aan Griekenland kan overdragen op grond van de Dublinverordening, omdat zij in dit land nog steeds een reëel risico lopen op een behandeling in strijd met art. 3 EVRM en art. 4 Handvest, als bedoeld in EHRM 21 januari 2011 (*M.S.S. v. België en Griekenland*). De reden hiervoor is dat het door de Griekse overheid opgezette systeem van rechtsbijstand nog niet functioneert, waardoor 80% van de vreemdelingen tijdens de beroepsprocedure verstoken blijft van ondersteuning door een rechtsbijstandverlener, terwijl het krijgen van rechtsbijstand voor vreemdelingen onlosmakelijk verbonden is met de toegang tot een daadwerkelijk rechtsmiddel. Hoewel gebreken in de toegang tot rechtsbijstand op zichzelf niet leiden tot een schending van art. 3 EVRM/4 Handvest, ligt dat – aldus de Afdeling – in dit geval anders, omdat bij Griekenland niet zonder meer wordt uitgegaan van het interstatelijke vertrouwensbeginsel op het gebied van de asielprocedure en de toegang tot een daadwerkelijk rechtsmiddel.

1.4 Nationale bestuursorganisatie

M.E.G. Litjens, 'ProducentenOrganisatie buiten of binnen kartelverbod', *SEW* 2019/171, afl. 11, p. 482-489, bespreekt het verschil in benadering door het Hof van Justitie en de Europese wetgever bij de toepasselijkheid van het kartelverbod op producentenorganisaties (PO). PO's zijn door de lidstaten ingevolge Verordening (EU) 1308/2013, inzake de gemeenschappelijke marktordening voor landbouwproducten, erkende private organisatie waarbinnen landbouwproducenten mogen samenwerken aan de versterking van hun marktpositie, mede ter verzekering van een redelijk inkomen. Terwijl het Hof van Justitie in de 'witlof'-zaak (nr. C-671/15, ECLI:EU:C:2017:660) heeft bepaald dat samenwerking binnen een PO in beginsel buiten de werkingssfeer van art. 101 en 102 VWEU valt, omdat het gemeenschappelijk landbouwbeleid gelet op art. 42 VWEU voorrang heeft op de mededingingsdoelstellingen van het VWEU, beschouwt de Europese wetgever die samenwerking als een afwijking van het kartelverbod die aan allerlei regels moet voldoen. Volgens de auteur zou de wetgever de opvatting van het Hof moeten volgen.

M.J.J.M. Essers & E.S. Haalebos, 'De toepassing van de aanbestedingsplicht van ambulancediensten op Samaritanen en Maltezers', *NtER* 2019/5/6, p. 174-180, bespreken HvJ EU 21 maart 2019, nr. C-465/17 (*Falck v. Stadt Solingen*), ECLI:EU:C:2019:234, waarin Hof de gunning van ambulancediensten aan non-profitorganisaties onder voorwaarden uitzondert van de aanbestedingsplicht.

2. Doorwerking van Unierecht

2.1 Voorrang algemeen

In HvJ EU 24 juni 2019, nr. C-573/17 (*Poplawski II*), ECLI:EU:C:2019:530, AB 2020/37, m.nt. Haket, stelt het Hof principieel dat het voorrangsbeginsel niet alleen aan de basis ligt aan de doorwerking van het Unierecht door middel van het instrument van rechtstreekse werking (dat was al bekend), maar ook aan de doorwerkingsinstrumenten conforme uitlegging en aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht. Verder bepaalt het Hof dat het buiten toepassing laten van nationaal recht niet aan de orde is als de geschonden bepaling van Unierecht geen rechtstreekse werking heeft, omdat zij onvoldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is, en dat een nationale rechter niet op grond van een rechtstreeks werkende richtlijn een daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing mag laten als daardoor een aanvullende verplichting aan een particulier wordt opgelegd (verbod van omgekeerde verticale en horizontale werking). Ten slotte bevestigt het Hof zijn uitspraak van 4 december 2018, nr. C-378/17 (*Boyle*), ECLI:EU:C:2018:979 – al gesignaleerd in *NTB* 2019/26 (p. 263), en inmiddels gepubliceerd in *AB* 2019/417, m.nt. Widdershoven – dat het voorrangsbeginsel ook ten grondslag ligt aan de verplichting van bestuursorganen om de doorwerking van Unierecht te garanderen door middel van conforme uitlegging of door het buiten toepassing laten van de nationale bepaling die in strijd is met rechtstreeks werkend Unierecht.

M. Dougan, 'Primacy and the remedy of disapplication', *CMLRev* 2019/6, p. 1459-1508, bespreekt de recente rechtspraak van het Hof over het buiten toepassing laten van nationaal recht op grond van het voorrangsbeginsel, alsmede de problemen die kunnen ontstaan wanneer het buiten toepassing tot een 'rechtsvacuum' leidt.

2.2 Doorwerking van Uniehandelingen

2.2.3 Richtlijnen

In HvJ EU 8 mei 2019, nr. C-396/17 (*Leitner*), ECLI:EU:C:2019:375, en nr. C-24/17 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund*), ECLI:EU:C:2019:373, bepaalt het Hof dat Richtlijn 2000/78/EG, inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep, in samenhang met art. 21 Handvest (non-discriminatie op grond van onder meer leeftijd), in de weg staan aan een nationale regeling die, om een einde te maken aan leeftijdsdiscriminatie, voorziet in de overgang van de reeds aangestelde arbeidscontractanten naar een nieuwe bezoldigings- en bevorderingsregeling, waarbij de eerste indeling van die ambtenaren plaatsvindt op basis van het overeenkomstig de oude regeling ontvangen salaris. Wat betreft de doorwerking van dit oordeel wijst het Hof op de plicht tot conforme uitleg, en, als dat niet mogelijk (want contra legem) is, op de verplichting om op grond het voorrangsbeginsel dat ook geldt voor art. 21 Handvest, de nationale regeling die binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, buiten toepassing te laten. Daarbij moet het Unierecht aldus worden uitgelegd dat, wanneer een met het Unierecht strij-

dige discriminatie is vastgesteld en zolang maatregelen tot herstel van een gelijke behandeling niet zijn genomen, de gelijke behandeling alleen kan worden hersteld door aan de door de oude regeling voor bezoldiging en bevordering benadeelde ambtenaren dezelfde voordelen toe te kennen als deze waarop de door die regeling bevoordeelde ambtenaren aanspraak konden maken.

In HvJ EU 26 juni 2019, nr. C-723/17 (*Craeynest e.a.*), ECLI:EU:C:2019:533, stelt het Hof, onder verwijzing naar de aloude zaken *Kraaijeveld* (nr. C-72/95) en *Janecek* (nr. C-237/07), dat het feit dat een richtlijn beleidsvrijheid laat, niet betekent dat de beslissingen die autoriteiten krachtens deze vrijheid nemen, ontsnappen aan rechterlijk toezicht dat beoogt na te gaan of zij aan de uitoefening van deze beleidsvrijheid gestelde grenzen niet hebben overschreden. In het vervolg van de uitspraak geeft het Hof aan welke criteria en grenzen de nationale rechter in dit verband moet toetsen om te bepalen of het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de bemonsteringspunten voor de meting van de luchtkwaliteit correct heeft geplaatst. Het Hof concludeert dat art. 4 lid 3 VEU en 19 lid 2 VEU, gelezen in samenhang met art. 288, derde alinea, VWEU, en art. 6 en 7 Richtlijn 2008/50, inzake luchtkwaliteit, aldus moeten worden uitgelegd dat het aan de nationale rechter staat, wanneer bij hem een vordering daartoe is ingesteld door particulieren die rechtstreeks getroffen worden door de overschrijding van de in art. 13 lid 1, van de richtlijn bedoelde grenswaarden, om te onderzoeken of de in een bepaalde zone geplaatste bemonsteringspunten zijn geïnstalleerd overeenkomstig de genoemde criteria en, zo dat niet het geval is, jegens de bevoegde nationale autoriteit alle noodzakelijke maatregelen te treffen, zoals een bevel, opdat deze bemonsteringspunten geplaatst worden overeenkomstig die criteria.

In HvJ EU 16 mei 2019, nr. C-509/17 (*Plessers*), ECLI:EU:C:2019:424, brengt het Hof in een civiele zaak de grenzen van rechtstreekse werking en conforme uitleg van richtlijnen in herinnering. Als een nationale rechter uitspraak moet doen in een geschil tussen particulieren en niet in staat is bepalingen van zijn nationale recht uit te leggen conform een niet of onjuist omgezette richtlijn, is hij uitsluitend op basis van het Unierecht niet verplicht om deze nationale bepalingen die in strijd zijn met bepalingen van die richtlijn, buiten toepassing te laten. Staatsaansprakelijkheid biedt dan de enige oplossing voor de partij die benadeeld is doordat het nationale recht niet met de richtlijn in overeenstemming is.

De mogelijkheden en beperkingen van richtlijnconforme uitlegging komen aan de orde in diverse uitspraken van het Hof van Justitie. In HvJ EU 19 september 2019, nr. C-467/18 (*EP*), ECLI:EU:C:2019:765, wijst het Hof erop dat de verplichting tot conforme uitlegging geldt voor alle met overheidsgezag beklede nationale instanties, ook voor de nationale rechters, maar dat die verplichting wel wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen en dat zij niet kan dienen voor een uitlegging contra legem het nationale recht. HvJ EU 8 mei 2019, nr. C-566/17 (*Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach*), ECLI:EU:C:2019:390, bevestigt dat het ver-

bod van omgekeerde verticale werking van richtlijnen niet geldt voor conforme uitlegging en dat conforme uitlegging daarom in beginsel door de bevoegde nationale belastingautoriteiten aan een belastingplichtige kan worden tegen-gevoerd. Bovendien stelt het Hof – in lijn met onder meer *Danske Industri* (nr. C-441/14, AB 2016/358) – dat nationale rechterlijke instanties verplicht zijn om in voorkomend geval vaste rechtspraak te wijzigen wanneer deze berust op een met de doelstellingen van een richtlijn onverenigbare uitlegging van het nationale recht. Die laatste overweging treft men ook aan in HvJ EU 26 juni 2019, nr. C-407/18 (*Kuhar*), ECLI:EU:C:2019:537, en HvJ EU 5 september 2019, nr. C-331/18 (*Prohotovost*), ECLI:EU:C:2019:665. Aldus is vaste rechtspraak van de hoogste nationale rechters volgens het Hof geen ‘lex’ in de zin van het contra legem verbod.

In ABRvS 5 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1710, JV 2019/127, m.nt. Kuiper, loopt de Afdeling tegen de beperkingen van richtlijnconforme uitlegging aan in verband met de toepassing van HvJ EU 19 juni 2018, nr. C-181/16 (*Gnandi*), ECLI:EU:C:2018:465. Kort gezegd, heeft die zaak tot gevolg dat in Nederland geen wettelijke grondslag meer bestaat voor vrijheidsbeneming van asielzoekers die rechtsmiddelen hebben ingesteld tegen de afwijzing van hun asielverzoek in de grensprocedure. Daartoe biedt richtlijnconforme uitleg van de diverse grondslagen voor vrijheidsbeneming in de Vw 2000 geen soelaas, omdat – aldus de Afdeling – conforme uitlegging ‘alleen mogelijk is binnen het kader van de wet en gelet hierop niet kan leiden tot een uitleg die tegen de tekst van de wet ingaat’, en dat laatste bij al die grondslagen het geval zou zijn.

S. Haket, *The EU Law Duty of Consistent Interpretation in German, Irish and Dutch Courts*, diss. UU, Intersentia 2019, onderzoekt de toepassing van het beginsel van richtlijnconforme uitlegging in de Duitse, Ierse en Nederlandse rechtspraak. Achtergrond van het onderzoek is de vraag in hoeverre de theorieën van voorrang van Unierecht, nationaal constitutionalisme en constitutioneel pluralisme een adequate verklaring bieden voor de relatie tussen het Unie- en nationaal recht in de context van conforme interpretatie. Zie over de recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof over richtlijnen, S. Prechal, ‘Richtlijn: 25 jaar later’, *AAe* 2019/10, p. 815–820. Zie over de doorwerking van richtlijnen in het privaatrecht, D.F.H. Stein, ‘Richtlijnen en privaatrecht’, *MvV* 2019/7-8, p. 225–234.

2.2.5 Andere handelingen

De onder 2.1 al besproken uitspraak van het HvJ EU 24 juni 2019, nr. C-573/17 (*Poplawski II*), ECLI:EU:C:2019:530, is ook relevant omdat het Hof daarin buiten twijfel stelt dat kaderbesluiten die zijn vastgesteld in de vroegere (strafrechtelijke) derde pijler – en die, omdat ze niet zijn ingetrokken, ingevolge art. 9 Protocol (nr. 36) bij het Verdrag van Lissabon nog steeds rechtsgevolgen sorteren – geen rechtstreeks werking hebben (art. 34 lid 2 VEU (oud)). Wel zijn de nationale autoriteiten verplicht om het nationale recht zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van het kaderbesluit uit te leggen. Daarbij gelden dezelfde beperking als voor richtlijnconforme uitlegging in

die zin dat ook kaderbesluitconforme uitlegging op grond van de algemene rechtsbeginselen, en met name het beginsel van rechtszekerheid en het verbod van terugwerkende kracht, niet mag leiden tot het bepalen of verzwaren van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, en dat het beginsel van conforme uitlegging niet kan dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht. Uit het vervolg van het arrest, blijkt duidelijk dat het Hof van oordeel is dat deze beperkingen in casu niet in de weg staan aan conforme uitlegging van het Nederlandse uitleveringsrecht, en dat de verwijzende rechtbank met de andersluidende opvatting van de minister van J&V geen rekening hoeft te houden. In zijn uitspraak van 26 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7102, doet de internationale rechtshulpkamer van de rechtbank Amsterdam de zaak conform de aanwijzingen van het Hof af.

2.3 *Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten*

De verruiming van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn (Drl) als gevolg van HvJ EU 30 januari 2018, nr. C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Appingedam*), leidt tot veel nationale rechtspraak. Uit ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569, de einduitspraak in de zaak *Appingedam*, blijkt dat de brancheringsregeling in die zaak, die onder meer winkels voor schoenen en kleding uitsloot van vestiging op het Woonplein ter voorkoming van leegstand van winkels in het centrum, geschikt is om dat doel te bereiken zoals vereist door art. 15 lid 3, onder c, Drl. Daartoe overweegt de Afdeling dat de gemeente op grond van het verrichte onderzoek in redelijkheid heeft mogen oordelen dat de regeling in het algemeen effectief is en bovendien voldoende specifiek heeft onderbouwd dat die algemene effectiviteit ook opgaat voor de situatie in de zaak. Omdat de brancheringsregeling bovendien niet verder gaat dan nodig is – er zijn namelijk geen minder beperkende maatregelen om het doel te bereiken – is zij evenredig en laat de Afdeling de rechtsgevolgen van het bij tussenuitspraak vernietigde bestemmingsplan in stand. Ook in ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3506 (*Apeldoorn*) doorstaat een brancheringsregeling voor detailhandel de toetsing aan art. 15 lid 3 Drl. Volgens de Afdeling wordt de regeling gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, namelijk versterking van winkelstructuur in het noorden van Apeldoorn en voorkoming van leegstand, is zij geschikt om dat doel te bereiken, aangezien de gemeenteraad dat doel coherent en systematisch nastreeft en hij in redelijkheid heeft kunnen concluderen dat de regeling in algemene zin en in de specifieke situatie effectief is, en gaat de regeling bovendien niet verder dan nodig is om dat doel te bewerkstelligen. Zie ten slotte voor een niet-succesvol beroep op art. 15 lid 3 Drl, ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1262 (*Varkensstraat*), waarin het Arnhemse uitsterfbeleid voor de avond- en nachthoreca in die straat volgens de Afdeling gerechtvaardigd is om openbare ordeproblemen te bestrijden en dat beleid een geschikt en dus evenredig middel is om dat doel te bereiken. In andere zaken heeft het beroep op art. 15 lid 3 Drl wel succes. Dat is het geval in de – in de vorige kroniek (NTB

2019/26 (p. 265)) al gesignaleerde – uitspraak van de ABRvS van 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965 (*Schiedam*), inmiddels gepubliceerd in AB 2019/255, m.nt. Kegge. In die zaak voldeed de door GS aan Schiedam opgelegde brancheringsregeling niet aan het geschiktheidsvereiste, omdat het ermee beoogde doel niet coherent en systematisch werd nagestreefd. Zie voor een ander voorbeeld ABRvS 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4101 (*Duiven*), waarin de Afdeling een bestemmingsplanregel die de uitbreidingsruimte van drie supermarkten beperkte om leegstand in het centrum te voorkomen in strijd acht met de Drl, omdat het distributieplanologisch onderzoek waarop de gemeenteraad de planregel heeft gebaseerd onvoldoende is om de geschiktheid van de maatregel mee te kunnen onderbouwen, en de gemeente de stelling over de effectiviteit van de maatregel om verkeers- en parkeeroverlast te voorkomen evenmin heeft onderbouwd. In de zaak oordeelt de Afdeling verder dat de raad door de beperking van de uitbreidingsmogelijkheden van de supermarkten geen schaars recht heeft gecreëerd in die zin dat het plan het aantal omgevingsvergunningen ter afwijking van het plan heeft beperkt, ook al leidt de toepassing van de planregels ertoe dat niet voor alle in het plangebied aanwezige supermarkten eenzelfde mogelijkheid tot uitbreiding bestaat. Dat komt echter omdat de specifieke eigenschappen van de locaties van de supermarkten verschillen en is niet het gevolg van een bij het plan gemaakte keuze uit een aantal in gelijke mate in aanmerking komende locaties. Omdat het plan aldus geen schaarste creëert, kan van toedeling van een schaars recht door dat plan geen sprake zijn.

In ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3197, acht de Afdeling de Drl niet van toepassing op het importeren van traangas, pepperspray en stroomstootwapens vanuit de VS om deze na tijdelijk verblijf binnen Nederland te exporteren, omdat het louter importeren en exporteren van goederen geen serviceverlening vergt en dus geen dienst is. Op dit punt onderscheiden deze activiteiten zich van de detailhandel in goederen als schoenen en kleding die aan de orde was in *Appingedam* (nr. C-31/16), die volgens het Hof vanwege de ermee samenhangende andere activiteiten als consumentenadvies en klantenservice, wel een dienst was als bedoeld in art. 4 Drl.

Volgens HvJ EU 12 juli 2018, C-540/16, ECLI:EU:C:2018:565 (*Spika UAB*), AB 2019/492, m.nt. Wolswinkel, verzetten art. 16 Handvest (vrijheid van ondernemerschap) en art. 20 Handvest (gelijkheidsbeginsel) zich niet tegen nationale wetgeving die bij toewijzing van schaarse visrechten voorrang geeft aan gevestigde marktdeelnemers boven nieuwkomers, omdat de beperking van beide fundamentele rechten in het licht van art. 52 lid 1 Handvest wordt gerechtvaardigd door de doelstellingen van het gemeenschappelijk visserijbeleid, meer in het bijzonder de handhaving van de economische levensvatbaarheid van de visserijvloeten, en in het licht van die doelstelling niet onevenredig is. Uit de zaak blijkt dat de verdeling van schaarse rechten ook kan worden genormeerd door het grondrechtenregime van het Handvest.

Ten slotte kan uit HvJ EU 18 oktober 2018, nr. C-606/17 (*IBA*), ECLI:EU:C:2018:843, *AB* 2019/319, m.nt. Van den Brink & Verboeket, worden afgeleid dat een subsidie met uitvoeringsovereenkomst een 'overeenkomst onder bezwarende titel' in de zin van art. 1 lid 2, onder a, Richtlijn 2004/18 kan zijn en in dat geval moet worden aanbesteed.

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: A.C. Breuer, 'De invloed van het Europese recht op het formele belastingrecht anno 2019', *TFB* 2019/5-6, p. 10-16; B. Iwańsk & M. Bara, 'Access of an Environmental Organisation to Court in Light of the EU Standard Set by the Principle of Effective Legal (Judicial) Protection', *European Energy and Environmental Law Review* 2019/2, p. 47-66; A. Wallerman, 'Can two walk together, except they be agreed? Preliminary references and (the erosion of) national procedural autonomy', *ELRev* 2019/2, p. 159-177; I.V. Aronstein, 'Wo viel Licht ist, ist starker Schatten? Het recht op een effectieve (civiele) remedie naar Unierecht', *MvV* 2019/7-8, p. 235-245; I.V. Aronstein, *Remedies for infringements of EU Law legal relationships between private parties*, Deventer: Wolters Kluwer 2019; P.J. Wattel, 'Précompte en Baltic Master; de verwijsplicht van de hoogste rechter', *NJB* 2019/1064, afl. 19, (p. 1387); L. Timmermans, 'Het doeltreffendheidsbeginsel na Puškár. Een toekomst binnen het kader van het beginsel van effectieve rechtsbescherming?', in: H. de Waele e.a. (red.), *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland. Een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 225-246.

3.1.2 Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking

Het in deze kroniek (bijvoorbeeld *NTB* 2018/46) vaker gesignaleerde NWO-project van J. Krommendijk over de prejudiciële procedure levert in deze periode de volgende publicaties op: J. Krommendijk & M.A. Loth, 'De civiele kamer van de Hoge Raad stelt prejudiciële vragen; analyse en suggesties', *RMThemis* 2019/4, p. 139-153; J. Krommendijk, 'De civiele kamer en de prejudiciële procedure: kritisch doch loyaal aan het Hof van Justitie', *TCR* 2019/1, p. 1-14; J. Langer & J. Krommendijk, 'De verwijzingsplicht van de hoogste rechters in Nederland en de Cilfit-controverse: prejudicieel verwijzen of niet?', *Ars Aequi* juni 2019, p. 469-475. Tevens wordt hier gewezen op R.A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter, 'Rechterlijke dialoog of LAT relatie?', *NJB* 2019/29, (p. 2096-2106), die de huidige situatie inzake het beantwoorden van prejudiciële vragen onhoudbaar achten. Niet alleen, aldus Van Gestel & De Poorter, behandelt het Hof teveel zaken, het moet ook heel uiteenlopende rollen vervullen: van handhaver van het Unierecht in inbreukzaken tot interpretator van

het Unierecht in de prejudiciële procedure en beschermer van fundamentele rechten uit het Handvest. Wil het Hof een leidinggevende rechtsvormende taak blijven vervullen, dan zou het Hof zich volgens Van Gestel & De Poorter moeten beraden op de verhouding met de nationale rechters in de prejudiciële procedure.

De in de vorige kroniek *NTB* 2019/26, (p. 267) genoemde HvJ EU 4 oktober 2018, nr. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811 (*Commissie/Frankrijk*), waarin Frankrijk is veroordeeld wegens schending van de verplichtingen die op haar rusten krachtens art. 267 lid 3 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, terwijl die uitlegging volgens de rechtspraak van het Hof niet zo evident was dat er redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel bestond, is ook gepubliceerd in *AB* 2019/377, m.nt. Di Bella & Wouda.

ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1061, al gesignaleerd in *NTB* 2019/26, (p. 267), over de vraag of de verkorte motivering van art. 91 lid 2 Vw, ook als een verzoek is gedaan om een prejudiciële vraag te verwijzen, EVRM-proof is, is gepubliceerd in *AB* 2019/451, m.nt. Reneman. Zie hierover ook J. Claassen, 'Motivering bij niet-verwijzen van prejudiciële vragen: heeft Luxemburg de Straatsburgse dreiging afgewend?', in: H. de Waele e.a. (red.), *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland. Een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 159-175.

In HvJ EU 3 juli 2019, nr. C-644/17, ECLI:EU:C:2019:555 (*Eurobolt*), *AB* 2019/405, m.nt. Widdershoven, oordeelt het Hof dat een justitiabele om de geldigheid van een handeling van afgeleid Unierecht te betwisten – in de zaak een antidumpingverordening – voor de nationale rechter alle middelen kan aanvoeren die ook kunnen worden aangevoerd in een beroep tot nietigverklaring ex art. 263 VWEU, daaronder begrepen grieven over de niet-naleving van de voorwaarden voor de vaststelling van de handeling. Bovendien stelt het Hof dat een nationale rechter zich op grond van art. 267 VWEU jo. art. 4 lid 3 VEU, voorafgaand aan een prejudiciële geldigheidsverwijzing kan wenden tot de EU-instellingen die betrokken waren bij de totstandkoming van de handeling waarvan de geldigheid wordt betwist teneinde van hen specifieke informatie en gegevens te verkrijgen die hij nodig acht om iedere twijfel die hij omtrent de geldigheid van de EU-handeling mocht hebben, weg te nemen. T. Vandamme, 'Het EU-Handvest van de grondrechten en het EVRM ná Protocol 16: conflict of co-existentie', *SEW* 2019/153, afl. 10, p. 445-452, bespreekt de verhouding tussen de voor Nederland op 1 juni 2019 in werking getreden adviesprocedure voor hoogste rechters bij het EHRM en de prejudiciële procedure. Volgens de auteur vereist de Unietrouw dat nationale rechters in zaken waarin het Unierecht ten uitvoer wordt gelegd geen gebruikmaken van de EHRM-adviesprocedure, maar voor de route naar Luxemburg kiezen.

3.2 Toegang tot de rechter

3.2.1 *Fatale termijnen*

De gevolgen voor Nederland van HvJ EU 27 maart 2019, nr. C-545/17, ECLI:EU:C:2019:260 (*Pawlak*), waarover reeds *NTB* 2019/26 (p. 267), waarin het Hof heeft bepaald dat, indien volgens nationaal recht een processtuk tijdig is ingediend als het gelet op de poststempel tijdig is afgegeven bij het kantoor van de universele postdienst, in beginsel hetzelfde heeft te gelden voor andere postdiensten dan de universele postdienst, worden besproken in *JB* 2019/156, m.nt. Keinemans en *AB* 2019/349, m.nt. Stijnen.

3.2.2 *Procespartijen*

In HvJ EU 21 november 2019, nr. C-379/18 (*Deutsche Lufthansa*), ECLI:EU:C:2019:1000, oordeelt het Hof dat Richtlijn 2009/12/EG, inzake luchtvaartgelden, zich verzet tegen een uitlegging van nationaal recht volgens welke een luchthavengebruiker niet rechtstreeks kan opkomen tegen het besluit van de onafhankelijke toezichthouder tot goedkeuring van een systeem van luchthavengelden bij de bestuursrechter, maar wel bij de civiele rechter beroep kan instellen tegen de toepassing van dat systeem door luchthavenbeheerder maar daarbij enkel kan aanvoeren dat de door hem verschuldigde vergoeding die is vastgesteld in het systeem van luchthavengelden niet billijk is. De reden voor dit oordeel is dat de civiele rechter essentiële aspecten van de procedure tot goedkeuring van de luchtvaartgelden niet kan toetsen, zodat deze procedure gebruikers geen effectieve rechterlijke bescherming biedt. Als gevolg van de uitspraak zal de luchthavengebruiker (*Lufthansa*) tegen het goedkeuringsbesluit van de toezichthouder beroep moet kunnen instellen bij de Duitse bestuursrechter.

3.2.4 *Andere aspecten van toegang tot de rechter*

In zijn arrest van 19 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3501, oordeelt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat in *Wahv*-zaken, anders dan in art. 6:5 lid 3 Awb wordt bepaald, niet de indiener van een beroepschrift, maar de kantonrechter moet zorgdragen voor een vertaling van een (Pools) beroepschrift. Dit oordeel is, behalve op art. 6 lid 3, onderdeel e, EVRM, gebaseerd op Richtlijn 2010/64/EU, dat een recht op vertaling en vertolking in strafprocedures toekent. Blijkens overweging 16 van de preambule en art. 1 lid 3, van de richtlijn vallen *Wahv*-zaken binnen het toepassingsbereik van die richtlijn.

3.3 Behandeling van het geschil

3.3.1 *Rechterlijke beoordeling en bewijs*

In deze kroniek is de aandacht gevraagd (*NTB* 2019/4 en *NTB* 2019/26) voor HvJ EU 25 juli 2018, nr. C-585/16, ECLI:EU:C:2018:584 (*Alheto*) en HvJ EU 4 oktober 2018, nr. C-652/16, ECLI:EU:C:2018:801 (*Ahmedbekova*), waarin het Hof inhoud heeft gegeven aan de in art. 46 lid 3 Asielprocedurerichtlijn (2013/32/EU) 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 ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2073, blijken de consequenties van deze zaken voor de rechtsbescherming in asielzaken in Nederland. Eerst en vooral moet de rechtbank, anders dan tot nu toe het geval was, zowel nieuwe als ‘achtergehouden’ asielmotieven die voor het eerst in beroep worden aangevoerd in beginsel bij de beoordeling in het beroep betrekken. Dat ligt alleen anders als die motieven in de rechterlijke procedure te laat of onvoldoende concreet zijn aangevoerd, omdat dan het meenemen van die motieven de afdoening van de zaak ontoelaatbaar vertraagt. Daarbij geldt dat een achtergehouden asielmotief vaker te laat zal zijn ingediend dan een nieuw asielmotief. Laat de rechtbank het nieuwe asielmotief buiten beschouwing, dan staat het de vreemdeling overigens vrij om een nieuwe aanvraag in te dienen.

In ABRvS 17 april 2019, ECLI:RVS:2019:990, *JB* 2019/97, bepaalt de Afdeling dat de intrekking van het Nederlanderschap van een Syriëganger op grond van art. 14 lid 4 Rijkswet Nederlanderschap (RWN) binnen de werkingssfeer van het Unierecht als bedoeld in art. 51 lid 1 Handvest valt, omdat betrokkene daarmee ook de status van Unieburger als bedoeld in art. 20 lid 1 VWEU verliest. Verder acht zij de kennisgevingsprocedure van art. 22a lid 3 RWN, die erop neerkomt dat een dergelijke persoon van rechtswege wordt geacht beroep te hebben ingesteld en waarin deze wordt vertegenwoordigd door een advocaat als *amicus curiae*, niet in strijd met art. 47 Handvest, omdat de beperking van het hoor en wederhoor die in deze procedure besloten ligt, de wezenlijke inhoud van art. 47 Handvest eerbiedigt. Daarbij is van belang dat de procedure voorziet in een rechterlijke toetsing in twee instanties, de rechter het bestreden besluit in volle omvang kan toetsen en dat bovendien is gewaarborgd dat betrokkene die zelf geen inbreng in de procedure heeft, in rechte wordt vertegenwoordigd door een raadsman die voldoende gelegenheid heeft om beroepsgronden naar voren te brengen.

Zie over de Europese standaard van rechterlijke toetsing en de invloed daarvan in de lidstaten, R.J.G.M. Widdershoven, ‘The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review’, in: J. de Poorter *et al* (eds.), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, T.M.C. Asser Press, The Hague 2019, p. 39-62.

3.4 *Uitspraak*

In HvJ EU 29 juli 2019, nr. C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626 (*Torubarov*), *AB* 2019/481, m.nt. Reneman, oordeelt het Hof op grond van het recht op een effectief rechtsmiddel, zoals neergelegd in art. 46 Asielprocedurerichtlijn (2013/32/EU) en art. 47 Handvest, dat de rechter aan het Unierecht de bevoegdheid ontleent om zelf een asielvergunning te verlenen om een einde te maken aan het ‘gepingpong’ van een zaak tussen het bestuursorgaan en de rechter. Sterker nog, zo nodig moet de rechter volgens het Hof een nationaalrechtelijk verbod om zijn eigen beslissing in de plaats te stellen van dat van het bestuursorgaan (zelf in de zaak te voorzien) buiten toepassing laten.

Gerechtshof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (*Vereniging Milieudefensie, Stichting Adem v. Staat*) betreft

het hoger beroep tegen rechtbank Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171, vermeld in *NTB* 2018/46 (p. 244). Interessant is dat het gerechtshof ter onderbouwing van de ontvankelijkheid van appellanten mede beroep doet op de – in de vorige kroniek (*NTB* 2019/26 (p. 273)) – vermelde uitspraak van de ABRvS van 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3324, waarin de Afdeling oordeelt de staatssecretaris niet bevoegd is om handhavend op te treden tegen de Staat of de gemeente Amsterdam wegens niet-nakoming van de grenswaarden van de Richtlijn luchtkwaliteit, en dat appellanten hiertoe wel een vordering kunnen instellen bij de burgerlijke rechter. Anders dan de rechtbank is het gerechtshof van oordeel dat het NSL niet voldeed aan de richtlijnverplichting om de periode van overschrijding van de grenswaarden zo kort mogelijk te houden. Niettemin worden de vorderingen van appellanten afgewezen, omdat de Staat in september 2018 een Aanpassing NSL heeft vastgesteld en daarmee inmiddels wel aan deze verplichting voldoet. Zie ten slotte HvJ EU 27 juni 2019, nr. C-597/17 (*Belgisch Syndicaat van Chiropraxie*), ECLI:EU:C:2019:544, waarin het Hof de vraag van de verwijzende rechter of hij de werking van nationale bepalingen die onverenigbaar zijn met een richtlijn, om reden van rechtszekerheid tijdelijk kan handhaven totdat zij in overeenstemming met de richtlijn zijn gebracht, negatief beantwoordt. Volgens het Hof heeft de verwijzende rechter geen concrete elementen genoemd die het specifieke risico van rechtsonzekerheid kunnen onderbouwen.

3.5 Voorlopige voorziening

De uitspraak van de ABRvS (vz) van 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:457 (al genoemd in *NTB* 2019/26) dat het Unierecht niet vereist dat het hoger beroep in asielzaken schorsende werking heeft, maar de Afdeling ook voorlopig voorzieningen blijft toewijzen bij een *arguable claim* van een schending van art. 3 EVRM, is gepubliceerd in *AB* 2019/329, m.nt. Reneman, *JB* 2019/74, m.nt. Terlouw.

3.6 Stabiliteit van definitieve besluiten en uitspraken

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie verplicht het Unierechtelijk beginsel van doeltreffendheid in beginsel niet tot aantasting (heroverweging/herziening) van met dat recht strijdige definitieve besluiten of rechterlijke uitspraken (hierover C. Voß, *Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zu Gunsten des unionsrechtlichen 'effet utile'?*, Baden-Baden: Nomos 2019). Deze rechtspraak wordt bevestigd in HvJ EU 29 juli 2019, C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630 (*Hochtief Solutions*), en HvJ EU 11 september 2019, C-676/17, ECLI:EU:C:2019:700 (*Călin*). Uit *Hochtief Solutions* blijkt dat zo'n aantastingsplicht wel kan voortvloeien uit het beginsel van gelijkwaardigheid in die zin dat als het nationale recht de rechter de mogelijkheid biedt om onder omstandigheden terug te komen op een in kracht van gewijsde gegaan vonnis teneinde de uit dat vonnis voortvloeiende situatie in overeenstemming te brengen met een eerdere definitief geworden nationale rechterlijke beslissing, die rechter in dezelfde omstandigheden van die mogelijkheid gebruik moet maken teneinde de situatie in

overeenstemming te brengen met het Unierecht, zoals uitgelegd in een eerder arrest van het Hof.

Blijkens *Călin* kent het Roemeense recht een beroepsmogelijkheid om herziening te kunnen vragen van definitieve rechterlijke beslissingen die in strijd met het Unierecht blijken te zijn. Dit herzieningsberoep moet volgens een arrest van de nationale hoogste rechter wel worden ingesteld binnen een maand vanaf de mededeling van de rechterlijke beslissing waarvan de herziening wordt gevraagd. Het Hof oordeelt dat de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid zich op zich niet verzetten tegen een dergelijke vervaltermijn. Het beginsel van doeltreffendheid, gelezen in samenhang met het beginsel van rechtszekerheid, verzet zich echter wel tegen de toepassing door een nationale rechterlijke instantie van die vervaltermijn, wanneer het arrest waarbij die termijn werd ingevoerd op het moment van indiening van dat herzieningsverzoek nog niet officieel is gepubliceerd. De regeling van de vervaltermijn voor het herzieningsverzoek dient voor justitiabelen immers duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar te zijn.

4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

4.1 Algemeen

In de afgelopen kroniekperiode zijn wederom diverse publicaties verschenen over algemene aspecten van rechtsbeginselen en fundamentele rechten in het Unierecht. Zo analyseert T. Lock, 'Rights and principles in the EU Charter of Fundamental Rights', *CMLRev* 2019/5, p. 1201-1226, de verschillen tussen rechten en beginselen in het EU Handvest van de grondrechten. Geconcludeerd wordt onder meer, op grond van een analytische definitie van Handvest-rechten, dat Handvest-beginselen naar hun aard verschillen van Handvest-rechten: ze zijn 'non-relational' en 'non-intersubjective'. Ze bevatten rechten als zodanig, zonder corresponderende 'claim rights', hetgeen gevolgen heeft voor hun afdwingbaarheid, die het Handvest zelf beperkt. E. Frantziou, 'Constitutional Reasoning in the European Union and the Charter of Fundamental Rights: In Search of Public Justification', *EPL* 2019/2, p. 183-203, beargumenteert onder meer, dat de toepassing van het Handvest door het Hof van Justitie in situaties die vallen binnen de werkingssfeer van het Unierecht moet worden aangevuld met een duidelijker 'constitutional reasoning' over de rol van fundamentele rechten in de 'public order' van de Unie. G. Delledonne & F. Fabbrini, 'The founding myth of European human rights law: revisiting the role of national courts in the rise of EU human rights jurisprudence', *ELR* 2019/2, p. 178-195, beoogt het conventionele verhaal – door de auteurs een 'simplistic understanding' genoemd – te heroverwegen en te nuanceren, dat het Hof van Justitie zijn mensenrechtenrechtspraak heeft ontwikkeld in reactie op nationale druk en nationale invloeden. M. de Mol, 'Het leerstuk van de horizontale werking van Uniegrondrechten op de voet gevolgd', *AAe* 2019/5, p. 371-382, gaat in op recente ontwikkelingen in de rechtspraak over de horizontale werking van Uniegrondrechten. Volgens HvJ EU 19 november 2019, nr. C-609-610/17 (*TSN*), ECLI:EU:C:2019:981, vallen nationale regelingen en cao's op

grond waarvan meer dagen jaarlijkse vakantie met behoud van loon worden toegekend dan de in art. 7 lid 1 Richtlijn 2003/88 vastgelegde minimumperiode, maar wordt uitgesloten dat deze vakantiedagen wegens ziekte worden overgedragen, niet binnen de werkingssfeer van art. 51 lid 1 Handvest, zodat die niet-overdracht niet kan worden getoetst aan art. 31 lid 2 Handvest. Daarbij is van belang dat de richtlijn, die enkel minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid op het gebied van de arbeidstijd vaststelt en die ingevolge art. 15 'er niet aan in de weg staat' dat de lidstaten bepalingen toepassen die gunstiger zijn voor die bescherming, de lidstaten niet de mogelijkheid verschaft om op basis van het Unierecht dergelijke bepalingen vast te stellen, maar enkel erkent dat de lidstaten bevoegd zijn om in het nationale recht, buiten het kader van de richtlijn, te voorzien in deze bepalingen. Aldus vallen de nationale regelingen en cao's onder de uitoefening van de door de lidstaten behouden bevoegdheid, die niet wordt geregeld door de richtlijn en dus evenmin binnen de werkingssfeer daarvan vallen. Daarbij geldt wel als grens dat die nationale bepalingen de minimumbescherming op grond van de richtlijn niet mogen aantasten of verminderen, noch afbreuk mogen doen aan andere bepalingen van de richtlijn, aan haar samenhang of aan de doelen die zij nastreeft.

Uit HvJ EU 29 juni 2019, nr. C-476/17 (*Pelham*), ECLI:EU:C:2019:624, blijkt dat voor de toepasselijkheid van nationale grondrechten in zaken binnen de werkingssfeer van het Unierecht het door een richtlijn bewerkstelligde harmonisatieniveau – en de discretionaire ruimte die de richtlijn laat voor de toepassing ervan in het nationale recht – van belang is. In geval van volledige harmonisatie kunnen deze zaken uitsluitend worden beoordeeld in het licht van de door het Unierecht gewaarborgde rechten. Wordt het optreden van de lidstaten echter niet volledig door het Unierecht bepaald, dan kunnen nationale autoriteiten of rechterlijke instanties nationale grondrechten wel toepassen, op voorwaarde dat – zoals bepaald in *Melloni* (nr. C-399/11) – deze toepassing niet afdoet aan het door het Handvest geboden beschermingsniveau, noch aan de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht.

A.E. Keulemans, 'Een EU-Handvest vol beginselen: art. 52 lid 1 Handvest en het wegen van concurrerende beginselen', *MBB* 2019/5, p. 224-232, besteedt aandacht aan de wijze waarop beginselen uit het EU Handvest van de grondrechten kunnen worden beperkt door andere beginselen, waaronder algemene belangen van lidstaten van de EU of algemene belangen van de EU zelf. Allereerst wordt ingegaan op de positie van het Handvest, de relevantie voor de fiscale praktijk en het toepassingsgebied van het Handvest. Daarna worden de verschillende voorwaarden die art. 52 lid 1 Handvest stelt aan het beperken van de in het Handvest neergelegde beginselen geanalyseerd. Daarbij wordt uitgebreid ingegaan op het kernaspect van art. 52 lid 1 Handvest, de evenredigheidstoets *stricto sensu* en wordt de rechtspraak van het Hof met betrekking tot deze evenredigheidstoets geanalyseerd aan de hand van Alexy's Law of Balancing.

4.3 Evenredigheid

HvJ EU 30 april 2019, nr. C-611/17, ECLI:EU:C:2019:332 (*Italië/Raad*), *AB* 2019/335, m.nt. Van Zanten, betreft een in lijn met de bekende *Fedesa* doctrine uitgevoerde terughoudende toetsing door het Hof aan het evenredigheidsbeginsel van een Uniemaatregel op het terrein van het visserijbeleid. Het ging hier om een door de Raad gekozen referentieperiode om het voor 2017 aan de Unie toegewezen aandeel in de TAC (d.w.z. totaal toegestane vangst) van mediterrane zwaardvis over de lidstaten te verdelen. De betreffende maatregel kan, aldus het Hof, niet als kennelijk ongeschikt worden beschouwd.

HvJ EU 3 december 2019, nr. C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035 (*Tsjechië/EP en Raad*) betreft een beroep tegen Richtlijn 2017/853, tot wijziging van Richtlijn 91/477/EEG inzake de controle op de verwerving en het voorhanden hebben van wapens. Aanleiding voor de wijziging waren een aantal terreuraanslagen die noopten tot de invoering van strengere regels voor de gevaarlijkste vuurwapens, onbruikbaar gemaakte vuurwapens en semiautomatische vuurwapens. In verband met de mogelijke schending van het evenredigheidsbeginsel onderzoekt het Hof of de Commissie volgens het Inter-Institutioneel Akkoord over Beter Wetgeven 2016 verplicht was een effectbeoordeling van de voorgenomen maatregelen te verrichten. Het wijst erop dat een effectbeoordeling een stap in het wetgevingsproces is die in de regel moet worden gezet wanneer het wetgevingsinitiatief significante economische, ecologische of sociale gevolgen kan hebben. Uit de tekst van het Akkoord blijkt echter geen verplichting om in alle omstandigheden een beoordeling te maken. Wanneer geen effectbeoordeling wordt verricht, kan dat bijvoorbeeld niet als een schending van het evenredigheidsbeginsel worden aangemerkt indien de Uniewetgever zich in een bijzondere situatie bevindt waardoor hij daarvan moet afzien, voor zover hij tenminste over voldoende gegevens beschikt om te kunnen beoordelen of de voorgenomen maatregelen evenredig zijn. In het vervolg constateert het Hof dat de Uniewetgever beschikte over talrijke analyses en aanbevelingen over alle kwesties die in het betoog van Tsjechië aan de orde zijn gesteld, en dat, anders dan Tsjechië stelt, de betwiste maatregelen in het licht van deze analyses en aanbevelingen niet kennelijk ongeschikt zijn om de doelen van de richtlijn te bereiken. Daarom zijn de EU-instellingen in dit geval niet buiten de grenzen getreden van de ruime beoordelingsbevoegdheid die hun toekomt als zij ingewikkelde politieke, economische of sociale beoordelingen en afwegingen moeten verrichten.

P. van Elsuwege & H.H.C. Kroeze, 'Het arrest Tjebbes: de evenredigheidstoets als complexe brug tussen nationaliteitswetgeving en Unieburgerschap', *NtER* 2019, 5-6, p. 166-173 en Ulli d'Oliveira, 'Tjebbes en aanhangend nat: Brexit. Nationaliteitsrecht van de lidstaten ingekaderd door Unierechtelijke beginselen', *NJB* 2019/2265, afl. 37, p. 2784-2791, gaan nader in op het in de vorige kroniek (*NTB* 2019/26, p. 270) gesignaleerde arrest *Tjebbes e.a.*

4.4 *Vertrouwen en rechtszekerheid*

S.B. Cornielje & H.W.M. van Kesteren, 'Blindelings vertrouwen: rechtszekerheid en de doorwerking van het Unierecht', *WFR* 2019/208, bespreken de vraag in hoeverre belastingplichtigen vertrouwen kunnen ontleen aan nationale beslissingen van wetgevende, rechtsprekende en bestuurlijke aard als die op een later moment in strijd blijken te zijn met een EU-richtlijn.

4.5 *Rechten van verdediging en participatie*

HvJ EU 16 oktober 2019, nr. C-189/19, ECLI:EU:C:2019:861 (*Glencore Agriculture Hungary*) oordeelt, voortbouwend op onder andere het arrest *Unitrading* (nr. C-437/13, zie kroniek *NTB* 2015/5, p. 29), dat het niet in strijd is met het EU-recht, in het bijzonder het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel en meer specifiek het Unierechtelijke recht op inzage in de stukken en een doeltreffende voorziening in rechte, dat Hongarije aftrek van BTW aan een bedrijf weigert, omdat de belastingdienst reeds had vastgesteld dat de leveranciers betrokken waren bij BTW-fraude. Hieraan stelt het Hof wel voorwaarden. Zo moet de belastingdienst de belastingplichtige in kennis stellen van de bewijselementen en mag een belastingplichtige niet het recht worden ontnomen om tijdens de procedure waaraan hij is onderworpen, naar behoren op te komen tegen feitelijke bevindingen en juridische kwalificaties. Verder moet de belastingplichtige toegang krijgen tot alle gegevens, ook de gegevens die zijn verzameld in het kader van de onderzoeken bij de leveranciers. Ten slotte moet de rechter bij wie beroep tegen dat besluit is ingesteld, kunnen nagaan of de elementen rechtmatig zijn verkregen en gebruikt, en moet hij de bevindingen in de administratieve besluiten die ten aanzien van die leveranciers zijn genomen en die bepalend zijn voor de uitkomst van het beroep, kunnen controleren.

4.7 *Andere beginselen*

In HvJ EU 27 maart 2019, C-680/16P, EU:C:2019:257 (*August Wolff*), *JB* 2019/118, m.nt. Kaya, acht het Hof, anders dan het Gerecht, het vereiste van onpartijdigheid, zoals dat als onderdeel van het recht op behoorlijk bestuur is opgenomen in art. 41 Handvest, geschonden. Dit vereiste van onpartijdigheid waaraan de instellingen, organen en instanties van de Unie moeten voldoen bestaat uit twee componenten: subjectieve onpartijdigheid, die vereist dat geen enkel lid van de betrokken instelling blijf mag geven van partijdigheid of persoonlijke vooringenomenheid, en objectieve onpartijdigheid, die vereist dat deze instelling voldoende waarborgen biedt om elke gerechtvaardigde twijfel omtrent een eventuele vooringenomenheid uit te sluiten. In casu was aan dit laatste niet voldaan, omdat een rapporteur, betrokken bij de totstandkoming van een advies van het Europees Geneesmiddelen Agentschap (EMA) aan de Commissie inzake een besluit tot schorsing en intrekking van handelsvergunningen voor bepaalde geneesmiddelen, ook werkzaam was bij het Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM).

D. Leczykiewicz, 'Prohibition of abusive practices as a "general principle" of EU law', *CMLRev* 2019/3, p. 703-742

gaat – mede naar aanleiding van de in kroniek *NTB* 2019/4 (p. 30), gesignaleerde uitspraak *Altun* – in op de vraag of en in hoeverre het Unierecht een algemeen beginsel bevat inhoudende een verbod van misbruik van recht.

Zie verder over de beginselen van goed bestuur/good governance, H. Addink, *Good Governance. Concept and Context*, Oxford University Press 2019, alsmede A. Buijze, Ph. Langbroek & R. Widdershoven (red.), *Goed Bestuur in Perspectief, Liber Amicorum Henk Addink*, Deventer: Wolters Kluwer 2019. Dat liber bevat voor deze kroniek relevante bijdragen van J. Ponce, 'Good Governance and New Developments: the Right to Good Administration in the Context of Behavioral law and Economics' (p. 25-44), T. Duijkersloot, 'Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel en de Awb-hoorplicht' (p. 193-206), en M. van Zanten & R. Widdershoven, 'Het evenredigheidsbeginsel en procedurele toetsing: lessen uit Luxemburg' (p. 239-250).

4.8 *Fundamentele rechten*

HvJ EU 8 mei 2019, nr. C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383 (*PI*), *EHRC* 2019/146, m.nt. Beijer, betreft de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheid tot onmiddellijke sluiting van een bedrijf bij het vermoeden dat daar zonder vergunning prostitutie wordt bedreven. Volgens het Hof heeft deze Oostenrijkse regeling nadelige gevolgen voor de omzet en de voortzetting van een beroepsactiviteit, en belemmert deze daarmee de vrijheid van vestiging van art. 49 VWEU. Ook is sprake van een inbreuk op het recht om te werken (art. 15 lid 2 Handvest) en de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest). De beperkingen van de verdragsvrijheid en van de genoemde grondrechten van het Handvest kunnen worden gerechtvaardigd door de doelen die met de Oostenrijkse regeling worden nagestreefd. Het voorkomen van criminele activiteiten die gerelateerd zijn aan prostitutie en de bescherming van de volksgezondheid vormen dwingende redenen van algemeen belang. De bescherming van de gezondheid wordt ook gewaarborgd door art. 35 Handvest betreffende het recht tot toegang tot gezondheidszorg en preventieve medische verzorging. De bevoegdheid om tot onmiddellijke sluiting over te gaan is volgens het Hof daarom in beginsel evenredig met de doelen die met de regeling worden nagestreefd. Dat een besluit tot sluiting volgens de Oostenrijkse regeling geen motivering behoeft, maar een verzoek tot intrekking van een dergelijk besluit wél, schendt echter art. 47 en 48 Handvest.

In HvJ EU 24 september 2019, nr. C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773 (*GC e.a. v. CNIL*) en nr. C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772 (*Google*), *NJ* 2019/435, m.nt. Dommering, geeft het Hof een precisering van het arrest *Google/Spanje* (nr. C-131/12, gesignaleerd in kroniek *NTB* 2015/5 (p. 34)). Nr. C-136/17 betreft de vraag in hoeverre Google gehouden is de zoekresultaten aan te passen in verband met het daarin voorkomen van gevoelige gegevens, zoals een strafrechtelijke veroordeling. Volgens het Hof is het bedrijf in elk geval verplicht om links naar deze informatie te verwijderen, wanneer zij betrekking hebben op een voorafgaande fase van de gerechtelijke procedure die, gelet op het verloop ervan, niet langer overeenkomen met de actuele situatie, en moet voor het overige

aan de hand van een aantal criteria worden bepaald of de door art. 7 en 8 Handvest gewaarborgde grondrechten van de persoon die om verwijdering heeft verzocht, prevaleren boven de door art. 11 Handvest beschermde grondrechten van mogelijk geïnteresseerde internetgebruikers. Nr. C-507/17 gaat over de vraag hoever de verwijderingsplicht van de zoekmachine gaat in territoriaal opzicht. Daarover oordeelt het Hof dat de exploitant van een zoekmachine die, overeenkomstig art. 12 en 14 Richtlijn 95/46 alsook art. 17 AVG, een verzoek tot verwijdering van links inwilligt, niet gehouden is deze links te verwijderen voor alle versies van zijn zoekmachine, doch enkel voor alle lidstaat-specifieke versies hiervan, indien nodig in combinatie met maatregelen die het daadwerkelijk mogelijk maken te beletten of op zijn minst ernstig te ontmoedigen dat internetgebruikers die in een van de lidstaten een zoekopdracht uitvoeren op de naam van de betrokkene, via de na die zoekopdracht weergegeven resultatenlijst toegang hebben tot de links waarop dat verzoek betrekking heeft.

In HvJ EU 3 oktober 2019, nr. C-70/18, ECLI:EU:C:2019:823 (*A e.a.*), *JV* 2019/196, m.nt. Brouwer, beantwoordt het Hof prejudiciële vragen van de ABRvS aldus dat biometrische centrale registratie weliswaar een nieuwe beperking in het licht van het EU-Turkije Associatierecht vormt, maar dat die nieuwe beperking, in het licht van art. 7 en 8 Handvest, gerechtvaardigd is gezien het doel ervan, het voorkomen en bestrijden van identiteits- en documentsfraude.

ABRvS 7 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2708 vormt een toepassing van HvJ EU 17 juli 2014, nrs. C-141/12 en C-372/12 (*Y.S.*), gesignaleerd in *kroniek NTB* 2015/5 (p. 33), waarin het Hof overwoog dat het aan de lidstaten is om te bepalen welke concrete materiële vorm de verstrekking van persoonsgegevens moet krijgen, mits deze in begrijpelijke vorm geschiedt. Voor zover aan de met het recht op toegang tot gegevens nagestreefde doelstelling volledig kan worden voldaan met een andere vorm van verstrekking, kan de betrokkene aan art. 12, onder a, Richtlijn 95/46/EG geen recht ontlenen om een afschrift te verkrijgen van het originele document of bestand waarin hem betreffende gegevens staan. Het is in dit geval, volgens de Afdeling, daarom voldoende dat aan de betrokkene een volledig overzicht in begrijpelijke vorm van de persoonsgegevens wordt verstrekt, voorzien van een omschrijving van 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.

In CbB 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, oordeelt het College dat (de toepassing van) het fosfaatrechtstelsel uit de Meststoffenwet niet strijdig is met art. 1 EP EVRM. Het fosfaatrechtstelsel heeft ten doel het milieu en de volksgezondheid te beschermen en te voldoen en aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Nitraatrichtlijn, waaronder de derogatiebeschikking. Volgens het College is in casu sprake van een redelijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele

rechten van het individu. Dat is anders in CbB 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:301. In dat geval heeft appellante grote investeringen gedaan in een melkveehouderij en rijdt het fosfaatrechtstelsel haar moderniseringsplannen stevig in de wielen. De minister van LNV erkent dat de financiële gevolgen van het fosfaatrechtstelsel voor appellante zo ingrijpend zijn dat gedwongen liquidatie dreigt. Het CbB is daarom van oordeel dat mede gelet op de hoogte van de investeringen, het moment waarop appellante tot de aankoop van het bedrijf is overgegaan en alle overige omstandigheden van dit geval, het fosfaatrechtstelsel voor appellante een individuele en buitensporige last betreft. Zonder compensatie in enigerlei vorm levert de situatie van appellante strijd op met art. 1 EP EVRM en art. 17 Handvest.

5. Handhaving en schadevergoeding

5.1 Handhaving

5.1.1 Instrumenten

Volgens HvJ EU 12 november 2019, nr. C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956 (*Haqbin*), *JV* 2019/197, m.nt. Slingenberg, kunnen de lidstaten op grond van art. 20 lid 4 Opvangrichtlijn, gelezen in het licht van art. 1 Handvest, niet met recht bepalen dat tot de sancties die aan een verzoeker om internationale bescherming kunnen worden opgelegd wegens ernstige inbreuken op de regels van een opvangcentrum of wegens ernstige vormen van geweld, een sanctie behoort waarbij, al was het maar tijdelijk, de materiële opvangvoorzieningen van de verzoeker die betrekking hebben op huisvesting, voeding of kleding worden ontnomen. Andere op te leggen sancties moeten evenredig zijn en de menselijke waardigheid eerbiedigen.

CbB 8 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:470, betreft een verzoek van K.I. Samen, het grootste particuliere K.I. station in Nederland, aan de minister van LNV om handhavend op te treden tegen C.R. Delta, de rechtsvoorgangster van CRV u.a., en om intrekking van de erkenning van C.R. Delta voor onder meer het bijhouden van een stamboek op grond van art. 3 Fokkerijbesluit. K.I. Samen voert daartoe aan dat door de verstrengeling van de coöperatie CRV u.a. als stamboekbeheerder en CRV B.V., de laatste op de markt voor stiersperma een oneerlijk concurrentievoordeel behaalt ten opzichte van K.I. Samen, hetgeen in strijd is met art. 24 Mw en art. 102 VWEU. Naar het oordeel van het CbB heeft de minister er terecht op gewezen dat, ook als er sprake zou zijn van een schending van het mededingingsrecht door de genoemde verstrengeling, die niet door de erkenning van de coöperatie door de minister van LNV wordt veroorzaakt, maar door de verstrengeling van CRV u.a. en CRV B.V. ter zake waarvan de ACM de exclusief bevoegde autoriteit is. De minister kan daarom geen mededingingsregels betrekken bij de beoordeling of CRV u.a. zich aan de erkenningsregels voor het beheren van een stamboek houdt.

Zie over over de handhaving in Europees perspectief, A. Outhuijse, *Effective public enforcement of cartels: Explaining the high percentages of litigation and successful litigation in the Netherlands*, diss. RUG 2019; van dezelfde auteur 'Effec-

tieve publiekrechtelijke handhaving van kartels: verklaren van de hoge percentages van procederen en succesvol procederen in Nederland', *RM Themis* 2019/5, p. 203-214, en '20 jaar jurisprudentie kartelboetes: uitkomsten, ontwikkelingen en gevolgen', *JBplus* 2019/4, p. 62-72; O. Essens, *Operationalising Effective Public Enforcement of Environmental Law in the European Union, with a Focus on England, Germany and the Netherlands*, diss. UU, 2019; en R.J.G.M. Widdershoven, 'Enforcement of the law in European perspective: trends and challenges', in: A. Urazbaeva *et al* (eds.), *The functional field of food law. Reconciling the market and human rights, Liber Amicorum Bernd van der Meulen*, European Institute for Food Law series no. 11, Wageningen Academic Publishers 2019, p. 317-329.

5.1.2 Specifieke waarborgen

In HvJ EU 5 september 2019, nr. C-377/18, ECLI:EU:C:2019:670 (*AH e.a.*), *EHRC* 2019/222, m.nt. Bemelmans, geeft het Hof, naar aanleiding van vragen van de Bulgaarse rechter, antwoord op de vraag hoe aan de onschuldpresumptie – als zodanig al lang erkend als algemeen beginsel van het Unierecht, neergelegd in art. 48 Handvest en nader uitgewerkt in art. 4 lid 1 van Richtlijn 2016/343 – van de niet-veroordeelde medeverdachten in het kader van de schuldvaststelling van een deelnemer invulling moet worden gegeven. Uit de rechtspraak van het EHRM over art. 6 lid 2 EVRM leidt het Hof af dat art. 4 lid 1 Richtlijn 2016/343 aan de Bulgaarse schikking in kwestie, alsook de rechterlijke goedkeuring daarvan, niet in de weg staat, ook niet als daarin de medeverdachten worden geïdentificeerd, mits aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet die vermelding noodzakelijk zijn voor de kwalificatie van het feit waaraan de schuld van de schikkende deelnemer wordt vastgesteld. Ten tweede moet de schikking duidelijk inhouden dat de medeverdachten nog worden vervolgd en hun schuld nog niet vaststaat. De voorliggende schikking voldoet wel aan de eerste, maar in de huidige bewoordingen niet aan de tweede voorwaarde.

5.2 Aansprakelijkheid

In HvJ EU 29 juli 2019, nr. C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630 (*Hochtief Solutions*) – al besproken in 3.6 in verband de aantasting van definitieve rechterlijke beslissingen – komen ook aspecten van de *Köbler*-staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht door een nationale rechter in hoogste instantie aan de orde. In de uitspraak herhaalt het Hof de Unierechtelijke voorwaarden waaronder deze aansprakelijkheid naar het Unierecht ontstaat (het geschonden Unierecht moet ertoe strekken rechten toe te kennen, de schending moet voldoende gekwalificeerd/kennelijk zijn, rechtstreeks causaal verband tussen schending en schade), waarbij het niet is uitgesloten dat de staat op grond van het nationale recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan worden gesteld. Interessant is verder dat het Hof expliciet stelt dat het feit dat de beslissing van de hoogste rechter in kracht van gewijsde is gegaan, die aansprakelijkheid niet uitsluit. Ten slotte bepaalt het Hof dat als aan de genoemde voorwaarden voor aansprakelijkheid is

voldaan de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan moet worden gemaakt overeenkomstig het nationale recht, dat echter wel moet voldoen aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Met het oog daarop moet de vergoeding van de schade 'adequaat' zijn ten opzichte van de geleden schade. Een nationale regel die de kosten die een partij als gevolg van de schadeveroorzakend beslissing van de nationale rechter heeft moeten maken, op algemene wijze uitsluit van de te vergoeden schade is volgens het Hof in strijd met het beginsel van doeltreffendheid.

De in de vorige kroniek (*NTB* 2019/26 (p. 274-275)) al signaleerde uitspraak van de Hoge Raad van 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396 (*KLM-piloten*), wordt besproken in R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Staat niet aansprakelijk voor niet prejudicieel verwijzen', *O&A* 2019/20, afl. 2, p. 44-51. In de uitspraak oordeelt de Hoge Raad onder meer dat de enkele stelling dat een hoogste nationale rechter zijn uit art. 267 lid 3 VWEU voortvloeiende plicht om prejudicieel te verwijzen niet is nagekomen, niet volstaat om *Köbler*-aansprakelijkheid te vestigen, maar dat een particulier mede de schending van een regel van materieel Unierecht moeten stellen. Zoals het Hof van Justitie herhaalt in de hiervoor genoemde uitspraak inzake *Hochtief Solutions* is die niet-verwijzing wel een factor waarmee de nationale rechter rekening moet houden om te bepalen of sprake is van een kennelijke schending van dat materiële Unierecht. HvJ EU 5 september 2019, nr. C-417/18, ECLI:EU:C:2019:671 (*AW e.a.*), betreft een claim voor immateriële schade die de nabestaanden van een 17-jarig meisje, dat levend is verbrand in de kofferbak van auto, zouden hebben geleden doordat Litouwen niet heeft gezorgd voor de juiste uitvoering van art. 26 lid 5 Richtlijn 2002/22. Als gevolg hiervan was het voor de alarmcentrale niet mogelijk om de locatiegegevens van het meisje, dat vanuit de kofferbak het Europese alarmnummer 112 had gebeld, te bepalen en konden deze gegevens niet worden doorgegeven aan de politiediensten waardoor deze haar niet te hulp konden snellen. Het Hof bepaalt eerst dat art. 26 lid 5 van de richtlijn de lidstaten ertoe verplicht om – voor zover dat technisch mogelijk is – ervoor te zorgen dat de telecomondernemingen locatiegegevens over de beller kosteloos beschikbaar stellen aan de alarmcentrale, zodra deze de oproep ontvangt, ook al is die oproep afkomstig van een mobiele telefoon die niet is uitgerust met een simkaart, en dat die locatiegegevens betrouwbaar en nauwkeurig moeten zijn. Aldus lijkt Litouwen art. 26 lid 5 van de richtlijn geschonden te hebben. De vraag die vervolgens speelt is of, zoals is vereist bij de op het Unierecht gebaseerde staatsaansprakelijkheid, er een *rechtstreeks* causaal verband is tussen die schending en de schade van de nabestaanden. Het Hof beantwoordt die vraag niet, maar stelt dat wanneer volgens het nationale recht van de lidstaat het bestaan van een indirect causaal verband tussen de door een lidstaat begane schending van nationaal recht en de geleden schade wordt geacht te volstaan voor staatsaansprakelijkheid, indirect causaal verband tussen een aan de betrokken lidstaat toerekenbare schending van Unierecht en de door particulieren geleden schade krachtens het gelijkwaardigheidsbeginsel eveneens

moet worden geacht te volstaan voor de aansprakelijkheid voor deze schending.

HvJ EU 10 september 2019, nr. C-123/18P (*HTTS*), ECLI:EU:C:2019:694, betreft de op art. 340 VWEU gebaseerde EU-aansprakelijkheid voor diverse door het Gerecht vernietigde besluiten van de Raad van de EU, waarbij HTTS op de zwarte lijst was geplaatst vanwege banden met de Iraanse scheepvaartmaatschappij IRISL. Van principieel belang is dat het Hof bepaalt dat, anders dan het Gerecht had geoordeeld, de Raad zich niet succesvol kan beroepen op relevant elementen die bij de plaatsing op die lijst niet in aanmerking zijn genomen om aan te tonen dat hij het Unierecht niet gekwalificeerd heeft geschonden. Evenals bij het vernietigingsberoep moet ook in het kader van aansprakelijkheid de (on)rechtmatigheid van het besluit *ex tunc* worden beoordeeld. Volgens het Hof vloeit dat voort uit de coherentievereisten die ten grondslag liggen aan het stelsel van rechtsmiddelen waarin het VWEU voorziet en die vereisen dat de methode waarmee een handeling van een EU-instelling wordt onderzocht, niet verschilt naargelang het soort rechtsmiddel. Verder stelt het Hof dat een ontoereikende motivering van de besluiten op zich niet tot aansprakelijkheid van de Unie kan leiden.

R. Meijer, 'Nationale aansprakelijkheidsbeperking financiële toezichthouders vanuit Unierechtelijk perspectief: een ingekaderde beperking', *MvV* 2019/4, p. 142-149, bespreekt naar aanleiding van de – in deze *NTB* 2019/4 (p. 3), al gesignaleerde – zaak *Kantarev* (nr. C-571/16), waarin het Hof heeft bepaald dat richtlijnbepalingen inzake financieel toezicht ertoe kunnen strekken rechten aan particulieren toe te kennen, de EU-rechtelijke toelaatbaarheid van de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van de AFM en DNB. Volgens S. Tans, 'Staatsaansprakelijkheid en het EU-rechtelijk relativiteitsvereiste. Hoe strikt dient dit vereiste te worden toegepast en hoeveel ruimte laat het EU-recht het Nederlandse relativiteitsvereiste?', *AAe* 2019/5, p. 345-352, kan de stelling dat het Hof van Justitie in de zaken *Danske Slagterier* en *Juta Leth* heel soepel omgaat met het relativiteitsvereiste worden genuanceerd. Zie ten slotte, M. Fink, 'EU liability for contributions to Member States' breaches of EU law', *CMLRev* 2019/5, p. 1227-1264.