

Europees staats- en bestuursrecht

NTB 2020/140

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 en kaderbesluiten
 - 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 december 2019 t/m april 2020.

1. Constitutionele aspecten

1.1 Europese institutionele ontwikkelingen

De juridische strijd om het behoud van de rechtsstaat in Polen – al eerder besproken in deze kroniek (NTB 2020/20, p. 58-59; NTB 2019/4, p. 18-19) – wordt voortgezet in HvJ EU 8 april 2020, nr. C-791/19, ECLI:EU:C:2020:277 (*Commissie/Polen*). In deze uitspraak in kort geding oordeelt het Hof dat Polen de toepassing van nationale bepalingen over de tuchtkamer van de hoogste rechterlijke instantie met onmiddellijke ingang moet opschorten. Volgens het Hof brengt het feit dat Poolse rechters het risico lopen op een tuchtprocedure – die aanhangig kan worden gemaakt bij de tuchtkamer, een instantie waarvan de onafhankelijkheid niet is gewaarborgd – de onafhankelijkheid van de rechters in gevaar. Een gebrek aan onafhankelijkheid kan bij uitstek ernstige schade voor de rechtsorde van de Unie veroorzaken en bijgevolg leiden tot aantasting van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen. Na toepassing van een belangenafweging wijst het Hof het verzoek van de Commissie om voorlopige maatregelen te treffen toe. Drie eerdere uitspraken in deze rechtstaatsaga – HvJ EU 24 juli 2019, nr. C-619/18 (*onafhankelijkheid Hooggerechtshof*), HvJ EU 5 november 2019, nr. C-192/18 (*onafhankelijkheid gewone rechter*) en HvJ EU 19 november 2019, nr. C-585/18, C-624-625/18 (*AK, CP en DO*) – al gesignaleerd in NTB 2020/20, p. 58-59 – zijn inmiddels gepubliceerd in SEW 2020/51, 52 en 53, m.nt. Leloup. Zie over het Europese rechtstaatbegrip en onafhankelijkheidsbeginsel, M. de Visser, 'De invulling van het Europese rechtstaatbegrip', *TvCR* 2019/4, p. 276-305; A.T. Perez, 'From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as Watchdog of Judicial Independence', *MJEC* 2020/1, p. 105-119; M. Smith, 'Staring into the abyss: A crisis of the rule of law in the EU', *ELJ* 2019/6, p. 561-576; en Raad van State, 'Evenwicht in de rechtsstaat: een beschouwing', *Jaarverslag* 2019, p. 7-26, i.h.b. p. 19-20.

Intussen legt Duitse *Bundesverfassungsgericht* 5 mei 2020, 2 BvR 859/15 e.v., AB 2020/237, m.nt. Stijnen, een bom onder het gezag van het Hof van Justitie. In de uitspraak oordeelt het *BVerfG* dat de Duitse regering en *Bundestag* diverse bepalingen van de Duitse Grondwet hebben geschonden door geen maatregelen te nemen tegen de vaststelling en uitvoering van het ECB-programma voor de aankoop van door de

¹ A.P.W. Duijkersloot is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht. R. Ortlep is hoogleraar (Europees) bestuursrecht aan de Open Universiteit en universitair hoofddocent bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam. M.J.M. Verhoeven is rechter bij de rechtbank Gelderland. R.J.G.M. Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht.

publieke sector uitgegeven schuldbewijzen, en door niet te onderbouwen dat het programma in het licht van het monetaire ESCB-mandaat van art. 127 VWEU evenredig is. Daarbij acht het *BVerfG* zich niet gebonden aan het prejudiciële oordeel in HvJ EU 11 december 2018, nr. C-493/17 (*Weiss e.a.*), ECLI:EU:C:2018:1000, dat het ECB-programma niet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Volgens het *BVerfG* schiet de door het HvJ in die uitspraak verrichte kennelijkheidstoetsing van evenredigheid zodanig tekort, onder meer omdat de feitelijke economische effecten van het programma niet zijn meegenomen, dat het HvJ het beginsel van bevoegdheidstoedeling en evenredigheid (art. 5 lid 1 en 4 VEU) heeft geschonden en de bevoegdheden van de lidstaten onvoldoende heeft beschermd. Daarom is de HvJ-uitspraak in strijd met art. 19 lid 1, eerste volzin, VEU, en dus *ultra vires*. Omdat het ECB-programma onvoldoende is gemotiveerd, acht het *BVerfG* zich niet in staat om vast te stellen dat het in strijd is met art. 123 en 127 VWEU. Wel moeten de Duitse regering en *Bundestag* er binnen drie maanden voor zorgen dat de ECB alsnog de noodzakelijke evenredigheidstoetsing verricht en mag de Duitse *Bundesbank* niet langer meedoen aan het ECB-programma, tenzij de ECB een nieuwe beslissing neemt die op dit punt wel voldoende is onderbouwd. De *Bundesbank* moet de al aangekochte schuldbewijzen weer verkopen. Aldus kan het ECB-programma wellicht nog gered worden door het alsnog verrichten van de door het *BVerfG* gewenste evenredigheidstoetsing. De *ultra vires*-veroordeling van het HvJ is echter onomkeerbaar, en kan lidstaten als Polen en Hongarije een legitimatie bieden om HvJ-uitspraken die hen niet goed uitkomen, naast zich neer te leggen.

De Brexit staat centraal in P. Birkinshaw, *European Public Law. The Achievement and the Brexit Challenge*, Kluwer Law International 2020, en is onderwerp van een *special issue* van *ELRev* 2020/2, met als bijdragen: Editorial, 'A Brexit Special Issue and a Pandemic'; P. Craig, 'Brexit a Drama: The Endgame - Part I'; A. Dashwood, 'The Withdrawal Agreement: Common Provisions, Governance and Dispute Settlement'; E. Spaventa, 'The Rights of Citizens under the Withdrawal Agreement: A Critical Analysis'; K.A. Armstrong, 'Regulatory Autonomy after EU Membership: Alignment, Divergence and the Discipline of Law'; S. Weatherill, 'The Protocol on Ireland/Northern Ireland: Protecting the EU's Internal Market at the Expense of the UK's'; en M. Cremona, 'The Withdrawal Agreement and the EU's International Agreements'.

N. Graaf, 'Averrechtse rechtsvergelijkingen. Over de EU in de Grondwet en het Duitse voorbeeld', *NJB* 20120/644, afl. 10, p. 699-700, stelt terecht dat het initiatiefvoorstel van Verhoeven en Jetten (D66) om het lidmaatschap van de EU op te nemen in de Nederlandse Grondwet, niet per se EU-vriendelijk hoeft te zijn, zoals wel wordt betoogd in kringen van FvD en PVV, maar juist een beperking kan betekenen voor de autonomie van Unierecht. In dat geval, zo leert het Duitse staatsrecht, geniet het Unierecht immers voorrang bij gratie

van de Duitse Grondwet, en niet op basis van het Unierecht zelf.

1.2 Het wetgevingsproces

1.2.1 Europese wetgeving en subsidiariteit

De in de vorige kroniek (*NTB* 2020/20, p. 66) al gesignaleerde HvJ EU 3 december 2019, nr. C-482/17, ECLI:EU:C:2020:1035 (*Tsjechië/EP en Raad*), waarin het Hof de Europese Vuurwapenrichtlijn 2017/853/EU niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel en dus geldig acht, ook al is zij niet onderworpen aan een effectbeoordeling, is inmiddels gepubliceerd in *AAe* 2020, p. 490, m.nt. De Waele.

1.3 Toezicht en samenwerking

In CRvB 14 januari 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:69, stelt de Centrale Raad opnieuw dat art. 4 lid 3 VEU (beginsel van gemeenschapstrouw) met zich brengt dat niet alleen de autoriteiten van de lidstaten, maar ook de autoriteiten binnen één lidstaat met elkaar in overleg treden met het oog op de nuttige toepassing van het Unierecht. Daarom heeft het bijstandverlenende college van B en W terecht in overleg met de staatssecretaris van J&V onderzocht of de partner van een ontvanger van bijstand rechtmatig in Nederland verbleef en heeft het college, omdat de partner geen rechtmatig verblijf meer had, de bijstand eveneens terecht gewijzigd naar die van een norm voor een gehuwde met een niet rechthebbende partner.

Interessante ontwikkelingen met betrekking tot het beginsel van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning doen zich vooral voor bij de strafrechtelijke transnationale samenwerking. Zie over diverse aspecten hiervan: F. Maiani & A. Miglionico, 'One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the law of the Area of Freedom, Security and Justice', *CMLRev* 2020/1, p. 7-44; V. Mitsilegas, 'Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice', *CMLRev* 2020/1, p. 45-78; S. Mirandola, 'Borderless enforcement of freezing and confiscation orders in the EU: the first regulation on mutual recognition in criminal matters', *ERA Forum* 2020, p. 405-421; F.-G. Ruiz Yamuza, 'LM case, a new horizon in shielding fundamental rights within cooperation based on mutual recognition. Flying in the coffin corner', *ERA Forum* 2020, p. 371-404.

2. Doorwerking van Unierecht

2.1 Voorrang algemeen

D. Gallo bespreekt de relatie tussen Unierecht en de Italiaanse rechtsorde in 'Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court's new stance on direct effect and the preliminary reference procedure', *ELJ* 2019/4, p. 434-456. Aanleiding hiervoor is recente jurisprudentie waarin het Italiaanse constitutionele Hof kernbeginselen van het Unierecht ter discussie stelt, zoals rechtstreekse werking en de mogelijkheid om prejudiciële vragen naar het Hof van Justitie te verwijzen. Gallo betoogt dat de nieuwe

lijn van het Hof het gevolg is van een onterechte 'argumentatieve zelfbeheersing' bij de ontwikkeling van grondbeginselen van EU-recht.

S. Drake, 'The principle of primacy and the duty of national bodies appointed to enforce EU law to disapply conflicting national law: An Garda Síochána', *CMLRev* 2020, p. 557-568, bespreekt de betekenis van – de in deze kroniek (*NTB* 2019/26, p. 263, en *NTB* 2020/20, p. 60) al gesignaleerde – HvJ EU van 4 december 2018, nr. C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 (*Boyle*). In de zaak stelt het Hof dat bestuursorganen op grond van het voorrangsbeginsel verplicht zijn om de doorwerking van het Unierecht te garanderen door middel van conforme uitlegging en rechtstreekse werking. HvJ EU 24 juni 2019, nr. C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Poplawski II*), ook al eerder gesignaleerd in deze kroniek (*NTB* 2020/20, p. 60), waarin het Hof de relatie tussen voorrang en doorwerking opnieuw uittekent, is inmiddels gepubliceerd in *SEW* 2020/71, p. 203, m.nt. Verhoeven en in *AB* 2020/37, m.nt. Haket.

2.2.1 *Primair Unierecht*

In 'The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer', *REALaw* 2019/2, p. 185-218, onderzoekt E. Muir de verhouding tussen Unierechtelijke wetgeving en fundamentele rechten, zoals die de afgelopen tijd aan de orde is geweest in zaken als *Egenberger*, *IR*, *Bauer*, *Max-Planck* en *Cresco*.

2.2.3 *Richtlijnen en kaderbesluiten*

In HvJ EU 4 maart 2020, nr. C-183/18, ECLI:EU:C:2020:153 (*Bank BGŻ BNP Paribas S.A.*), is de vraag aan de orde of een nationale rechter verplicht is om een nationale bepaling buiten toepassing te laten die onverenigbaar is met art. 9 lid 3 kaderbesluit 2005/214/JBZ, inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (*Pb* 2005, L 76, p. 16). Het Hof stelt voorop dat, wanneer de nationale regelgeving niet in overeenstemming met de vereisten van het Unierecht kan worden uitgelegd, iedere nationale rechter verplicht is om iedere nationale bepaling die strijdig is met een bepaling van het Unierecht met rechtstreekse werking buiten toepassing te laten. Dat geldt echter niet voor Unierechtelijke bepalingen zonder rechtstreekse werking, zoals een kaderbesluit. Wel geldt de verplichting tot conforme uitleg vanaf het moment dat de omzettingstermijn is verstreken. Het Hof gaat vervolgens in op de bekende beperkingen van conforme uitlegging, het verbod van *contra legem* conforme uitlegging en de beperking dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die een overtreding hebben begaan niet uitsluitend op grond van een kaderbesluit en onafhankelijk van een ter uitvoering daarvan vastgestelde wet, kan worden bepaald of verzwaard, en herhaalt zijn eerdere oordeel dat de nationale rechter niet op goede gronden kan stellen dat hij een nationale bepaling niet in overeenstemming met het Unierecht kan uitleggen enkel en alleen omdat deze bepaling tot dan toe steeds is uitgelegd op een wijze die onverenigbaar is met het Unierecht of steeds op zodanige wijze door de bevoegde

nationale autoriteiten is toegepast. Dat geldt *a fortiori* voor standpunten in de rechtsleer.

HvJ EU 19 december 2019, nr. C-168/18, ECLI:EU:C:2019:1128 (*Günther Bauer*), bevat een uitvoerige analyse van de rechtstreekse werking van de lidstaatverplichting van art. 8 Insolventierichtlijn 2008/94/EG, om, kort gezegd, maatregelen te treffen om de rechten op een ouderdomsuitkering te beschermen van werknemers die hun werkgever hebben verlaten op het moment dat die laatste failliet gaat. Volgens het Hof heeft de beoordeling van de vraag of deze bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, betrekking op drie aspecten, te weten de kring van personen die voor de bescherming in aanmerking komen, de inhoud van de bescherming en de identiteit van het orgaan dat de bescherming moet bieden. Uit het vervolg van de uitspraak blijkt dat art. 8 wat betreft de kring van beschermde personen en de inhoud van de bescherming onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig en dus rechtstreeks werkend is. Bovendien moet de verwerende instantie, de *Pensions-Sicherungs-Verein* (PSV), gelet op de criteria van HvJ EU 10 oktober 2017, nr. C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745 (*Farrel*), *AB* 2017/419, m.nt. Jak (gesignaleerd in *NTB* 2018/46, p. 237), worden gelijkgesteld met de staat, zodat art. 8 in beginsel jegens PSV kan worden ingeroepen. PSV is immers onderworpen aan prudentieel toezicht van de federale overheid, int bij werkgevers krachtens publiekrecht de verplichte premies voor de financiering van de uitkering en kan, zoals een overheidsorgaan, de voorwaarden voor gedwongen tenuitvoerlegging in het leven roepen door een bestuursrechtelijke handeling vast te stellen. Wel moet de nationale rechter nagaan of de lidstaat PSV heeft opgedragen om de door art. 8 vereiste minimumbescherming bij ouderdomsuitkeringen te bieden, omdat daarover twijfel bestaat.

In ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:917 (*Barneveld*), gaat de Afdeling na of bij de verlening van een omgevingsvergunning voor de bouw van een pluimveehouderij sprake is van de situatie in HvJEU 11 juli 2002, nr. C-62/00, ECLI:EU:C:2002:435 (*Marks & Spencer*), waarin beroep kan worden gedaan op een rechtstreeks werkende richtlijnbeepaling (art. 12 Richtlijn luchtkwaliteit), die correct is omgezet, maar die niet zodanig wordt toegepast dat het met de bepaling beoogde resultaat wordt bereikt. Volgens de Afdeling volgt uit art. 12 dat lidstaten de niveaus van luchtverontreinigende stoffen beneden de grenswaarden moeten houden in het geval deze niveaus al lager dan deze grenswaarden zijn. Hieruit is echter niet af te leiden dat de richtlijn iedere verslechtering van de luchtkwaliteit onder de grenswaarden ter plaatse verbiedt. Verder volgt uit art. 12 dat de lidstaten ernaar streven de beste met duurzame ontwikkeling verenigbare luchtkwaliteit te beschermen. Dit is een inspanningsverplichting en geen verbod, zoals wordt betoogd. Op grond van art. 13 van de richtlijn zorgen de lidstaten ervoor dat de niveaus van luchtverontreinigende stoffen in de lucht bepaalde grenswaarden niet overschrijden. Ook uit deze bepaling volgt niet dat het niveau van luchtverontreinigende stoffen in geen enkel opzicht mag toenemen in de situatie dat

dit niveau zich al onder de grenswaarden bevindt. Daarom hebben appellanten niet aannemelijk gemaakt dat bij iedere verslechtering van de luchtkwaliteit al sprake is van een situatie waarin het met de richtlijn beoogde resultaat niet wordt bereikt. Bovendien wijst de Afdeling het beroep dat appellanten hebben gedaan op – de in de vorige kroniek (NTB 2020/20, p. 61) gesignaleerde – HvJ EU 26 juni 2019, nr. C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533 (*Craeynest*), af, omdat de aangewezen locaties van de bemonsteringspunten volgens haar niet in strijd zijn met de rechtstreeks werkende eisen die de richtlijn daaraan stelt.

In L. Squintani & J. Lindeboom, 'The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions', *Yearbook of European Law* 2019, p. 18-72, worden de verschillende situaties waarin richtlijnbepalingen rechtstreeks kunnen doorwerken besproken en wordt bovendien ingegaan op het verschil tussen (verboden) 'directe verplichtingen' en (toegestane) 'louter negatieve gevolgen'. Volgens de auteurs kan rechtspraak over dit onderscheid worden begrepen door toepassing van de door hen geïntroduceerde 'normative impact theory'. S. Haket en R.J.G.M. Widdershoven, 'Implementatie en doorwerking van Unierecht in het Nederlands publiek- en privaatrecht', *AAe* 2020, afl. 4, p. 338-352, onderzoeken de Unierechtelijke verplichtingen inzake implementatie en doorwerking van richtlijnen en kaderbesluiten en de uitvoering daarvan in het Nederlandse publiekrecht en privaatrecht, anno 2020. Zij bespreken niet alleen nieuwe ontwikkelingen en aanscherpingen afkomstig uit Luxemburg, maar ook de Nederlandse doorwerkingsrechtspraak. De stand van zaken in Nederland wordt overwegend positief beoordeeld.

2.2.5 *Andere handelingen*

Op 11 februari 2020 verdedigde Clara van Dam in Leiden haar proefschrift *Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order*. Door middel van informele, niet-bindende *guidance* documenten beoogt de Europese Commissie de lidstaten bij te staan bij de implementatie van het Unierecht. Ondanks de groeiende rol voor *guidance* documenten, is weinig bekend over de rol die deze documenten spelen in de nationale rechtsordes. Dit proefschrift onderzoekt hoe de informele sturingsinstrumenten van de Europese Commissie een rol spelen in de Nederlandse implementatie- en rechtspraktijk. Een van de conclusies is dat het problematisch is dat *guidance* documenten worden toegepast als waren ze bindende regels, wat problematisch is in het licht van de gebrekkige legitimatie ervan. Van Dam pleit daarom onder meer regels voor de opstelling ervan, 'guidance voor guidance' dus.

2.3 *Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten*

Blijkens ABRvS 19 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:520 (*Diemen*) – herhaalt in onder meer ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:616 (*Retailplan*) – geldt bij de exceptieve toetsing van een bestemmingsplanregeling aan een hogere

regeling in het kader van een beroep tegen een omgevingsvergunning niet dezelfde toetsingsmaatstaf als bij het directe beroep tegen een bestemmingsplan, maar wordt een planregeling pas (exceptief) onverbindend verklaard of buiten toepassing gelaten als zij evident in strijd is met de hogere regeling. Voor evidentie is onder meer vereist dat de hogere regelgeving zodanig concreet is dat deze zich voor exceptieve toetsing daaraan leent. Dit evidentiecriterium geldt – aldus de Afdeling – ook voor de exceptieve toetsing van een planregeling aan de geschiktheids- en evenredigheidseis van art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn (Drl). Zo'n regeling is alleen evident in strijd met de Drl-eisen als de rechter zonder nader onderzoek kan vaststellen dat deze strijd zich voordoet, wat bijvoorbeeld het geval is als iedere motivering ontbreekt. Die motivering hoeft niet al ten tijde van de vaststelling van de planregeling te zijn gegeven, maar kan naar aanleiding van het beroep alsnog worden gegeven. Bovendien gaat de onderbouwingsplicht van het college van B en W niet zo ver dat het de beperking van het vrije verkeer van diensten moet onderbouwen aan de hand van een analyse van specifieke gegevens (wat wel moet gebeuren bij een direct beroep). Het staat degene die zich op strijd met de Drl beroept overigens vrij om een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan bij de gemeenteraad in te dienen. Bij de rechterlijke beoordeling van het raadsbesluit naar aanleiding van zo'n verzoek wordt het evidentiecriterium niet gehanteerd, maar toetst de rechter op dezelfde wijze als zij de vaststelling van een bestemmingsplan aan art. 15 lid 3 Drl toetst. Zie voor deze 'volle' toetsing op geschiktheid, inclusief effectiviteit en coherentie, en evenredigheid, de in NTB 2020/20, p. 62, vermelde ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569 (*afdoening Appingedam*). Aldus biedt de Afdeling burgers een weg om de beperkte exceptieve toetsing op evidentie te omzeilen. Vgl. voor een zaak waarin de herzieningsweg wordt gevolgd, ABRvS 26 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2020:624 (*Aldi*).

Volgens de Afdeling voldoet de exceptieve evidentietoets van planregels aan het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Daarbij neemt zij in aanmerking de omstandigheid dat het plan, anders dan andere avv, appellabel is, zodat exceptieve toetsing pas aan de orde is als de bestemmingsplanprocedure doorlopen is en het plan onherroepelijk is geworden. Verder acht de Afdeling de beperkte exceptieve toetsing gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel en de bescherming van belangen van derden. Zolang een bestemmingsplan niet is herzien, mogen – aldus de Afdeling – aanvragers en derden in beginsel afdaan op wat er in het plan staat, tenzij er sprake is van evidente strijd met hoger recht. Dat is van belang voor de rechtszekerheid en voor de werking van het limitatief-imperatieve stelsel voor aanvragen voor een omgevingsvergunning. Ten slotte blijkt uit ABRvS 25 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:873 (*FGO International*), dat de exceptieve toetsing op evidentie ook geldt voor andere dan omgevingsvergunningen, waarvan de verlening volgens het wettelijk kader moet worden getoetst aan het bestemmingsplan, zoals in die zaak een exploitatievergunning voor een horecabedrijf.

In ABRvS 4 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3050, AB 2019/554, m.nt. Zorg en Molateb, overweegt de Afdeling dat art. 3 lid 4, onder c, Wet bibob, op grond waarvan ook een verbroken zakelijk samenwerkingsverband aan betrokkene kan worden tegengeworpen, voldoet aan de eisen van art. 10 lid 2, onder d, e, en f, Drl. Er is geen sprake van een voor appellant onvoorzienbare wijziging van de wet, waarvan zou moeten worden geoordeeld dat zij niet voldoet aan art. 10 lid 2, onder f, Drl. Een verbroken zakelijk samenwerkingsverband kan verder alleen worden tegengeworpen als dat verband een ernstig gevaar als bedoeld art. 3 lid 1 Wet bibob oplevert. Vanwege deze koppeling is de mogelijkheid om een verbroken zakelijk samenwerkingsverband tegen te werpen in beginsel voldoende duidelijk en objectief genoeg. Het ernstige gevaar zal door het betrokken bestuursorgaan per geval moeten worden onderbouwd. Dat hiervoor geen nadere regels zijn vastgesteld, maakt niet dat de bepaling onvoldoende duidelijk of niet objectief is.

In ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258, AB 2020/156, m.nt. Zorg en Farafonow, oordeelt de Afdeling dat het criterium 'in enig opzicht van slecht levensgedrag', dat in de Rotterdamse APV is opgenomen voor de verlening van exploitatievergunningen, voldoende duidelijk en objectief als bedoeld in art. 10 Drl is. Daarbij is van belang dat de burgemeester de toepassing van het vereiste heeft uitgewerkt in de Horecanota Rotterdam 2012-2016 en de Horecanota Rotterdam 2017-2021. In beide nota's wordt het 'in enig opzicht van slecht levensgedrag' zijn, gekoppeld aan de betrokkenheid bij strafbare feiten. Dat niet aan het vereiste wordt voldaan, moet door de burgemeester per geval worden onderbouwd. Daarom verschilt het van geval tot geval welke feiten en omstandigheden aanleiding kunnen geven tot tegenwerping ervan, waarbij geen beperkingen worden gesteld aan de feiten of omstandigheden die in dit verband relevant kunnen zijn. Schending van voorwaarden waaraan een gedoogde coffeeshop moet voldoen, kan tot tegenwerping van het vereiste leiden. Dat verder geen concretiserende regels zijn vastgesteld, maakt niet dat het vereiste onvoldoende duidelijk, dubbelzinnig en niet objectief genoeg is.

Zie over de invloed van het Unierecht op schaarse vergunningen, J. Wolswinkel, F. van Ommeren & W. den Ouden, 'Limited Authorisations Between EU and Domestic Law: Comparative Remarks from Dutch Law', *EPL* 2019/4, p. 559-586.

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 Unierecht op het nationale (proces) recht heeft: R. Barents, *Remedies and Procedures before the EU Courts*, Kluwer Law International, 2e druk, 2020; L.D.

Spieker, 'Framing and managing constitutional identity conflicts: How to stabilize the modus vivendi between the Court of Justice and national constitutional courts', *CMLRev* 2020/2, p. 361-398; T. Pavone & R.D. Kelemen, 'The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited', *ELJ* 2019/4, p. 352-373; M. Keller, 'National court review in environmental matters: part of the problem or part of the solution?', *ERA Forum* 2020, p. 683-690; S. Thanou, 'Individual restrictive measures and actions for damages before the General Court of the European Union', *ERA Forum* 2020, p. 599-614; P. Zinonos, 'Judicial Independence & National Judges in the Recent Case Law of the Court of Justice', *EPL* 2019/4, p. 615-636; J.A. Mayoral, 'Judicial empowerment expanded: Political determinants of national courts' cooperation with the CJEU', *ELJ* 2019/4, p. 374-393; M.T. Karaygit, 'The Plea of Illegality as a Pillar of the Incidental Review', *EPL* 2019/4, p. 689-704; M. Chamon, 'De Gemeenschappelijke Bezwaarcommissie van de Europese Toezichthoudende Autoriteiten', *SEW* 2020/60, p. 171-184.

Een bijzondere vermelding is er voor I. Aronstein, *Remedies for Infringements of EU law in legal relationships between private parties*, Deventer: Wolters Kluwer 2019. Hierin wordt betoogd dat de Nederlandse civiele remedies over het algemeen voldoen aan de eisen die het Europese beginsel van effectieve rechtsbescherming stelt. Niettemin bestaan er uitdagingen, meer in het bijzonder op het gebied van gerechtvaardigd vertrouwen, het regime van rechtvaardigingsgronden dat van toepassing is op horizontale rechtsverhoudingen en de verhouding lidstaataansprakelijkheid en civiele aansprakelijkheid van private partijen.

Verder wordt hier gewezen op de diverse bijdragen aan het Themanummer *REALaw* 2019/2, waarin de EU-standaarden voor rechtsbescherming in Uniezaken worden besproken: R.J.G.M. Widdershoven, 'National Procedural Autonomy and General EU Law Limits', p. 5-34; M. Bonelli, 'Effective Judicial Protection in EU Law: an Evolving Principle of a Constitutional Nature', p. 35-62; R. Caranta, 'The interplay between EU legislation and effectiveness, effective judicial protection and the right to an effective remedy in EU public procurement law', p. 63-94; M. Eliantonio, 'The relationship between EU secondary rules and the principles of effectiveness and effective judicial protection in environmental matters: towards a new dawn for the 'language of rights'?', p. 95-116; V. Mitsilegas, 'The Impact of Legislative Harmonisation on Effective Judicial Protection in Europe's Area of Criminal Justice', p. 117-142; E.L. Tsoardi, 'Of Legislative Waves and Case law: Effective Judicial Protection, Right to an Effective Remedy and Proceduralisation in the EU Asylum Policy', p. 143-166; M. Eliantonio & E. Muir, 'The Principle of Effectiveness: under Strain?', p. 255-268.

HvJ EU 24 maart 2020, nrs. C-542-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232 (*Simpson en HG*), betreft de heroverweging door het Hof van Justitie van twee arresten van het Gerecht omdat deze de eenheid en samenhang van het

Unierecht aantasten. In de uitspraken had het Gerecht beslissingen van Gerecht voor ambtenarenzaken (Gva) vernietigd, omdat de samenstelling van de oordelende kamers in strijd zou zijn met het in art. 47 lid 2 Handvest erkende beginsel van de bij wet aangewezen rechter. Bij de benoeming van een van de rechters was namelijk geput uit een lijst die was opgesteld na de openbare oproep tot kandidaatstelling. Volgens het Hof is deze onregelmatigheid onvoldoende voor de vaststelling dat sprake is van een zodanige schending van een fundamentele regel voor de benoeming van rechters dat zij afbreuk doet aan de integriteit van het resultaat van het benoemingsproces en bij de justitiabelen legitieme twijfel oproept over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de desbetreffende rechter. Omdat de arresten van het Gerecht ook de eenheid en samenhang van het Unierecht aantasten, worden ze door het Hof vernietigd.

3.1.2 *Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking*

Ook in deze kroniekperiode heeft het EHRM zich uitgelaten over het ongemotiveerd afwijzen door een hoogste nationale rechter van een verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen (voor een bespreking van eerdere rechtspraak zie bijvoorbeeld: *NTB 2019/4*, p. 23 e.v.). Het betreft EHRM 13 februari 2020, *Sanofi Pasteur vs. Frankrijk*, nr. 25137/16, *NJB 2020/695*. In de onderliggende zaak had het Franse Hof van Cassatie slechts gesteld dat het verzoek van klagster tot prejudiciële verwijzing werd afgewezen, omdat er geen reden voor verwijzing naar het HvJ EU was. Het Hof van Cassatie verwees daarbij niet naar een van de *Cilfit*-criteria voor niet-verwijzing en niets in zijn overwegingen wees erop dat de criteria waren toegepast. Daardoor viel uit de uitspraak niet op te maken waarom het verzoek was afgewezen. Voorts benadrukt het EHRM dat de klagende partij, gelet op wat er voor haar op het spel stond, namelijk een schadeclaim vanwege lichamelijk letsel, in het bijzonder recht had op een duidelijke motivering voor de afwijzing van haar verzoek. Daarom is het recht op een eerlijk proces van art. 6 lid 1 EVRM geschonden.

In HvJ EU 12 december 2019, nrs. C-381/18 en C-382/18, ECLI:EU:C:2019:1072 (*G.S. en V.G.*), acht het Hof zich uit hoofde van art. 267 VWEU bevoegd om art. 6 Richtlijn 2003/86, inzake gezinshereniging, prejudicieel uit te leggen in een situatie die niet valt onder de werkingssfeer van de bepaling – de zaak betrof een verzoek om verblijfsvergunning van een derdelander die gezinslid is van een Unieburger die geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer – omdat art. 6 door het nationale (Nederlandse) recht op rechtstreeks en onvoorwaardelijke wijze van toepassing is verklaard op deze interne situatie. In zo'n geval heeft de Unie, aldus het Hof, er immers belang bij dat, ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst, de uit het Unierecht overgenomen bepalingen uniform worden uitgelegd, en wordt bovendien een gelijke behandeling verzekerd van deze interne situatie en situaties die wel binnen de werkingssfeer van de bepaling vallen.

Uit HvJ EU 21 januari 2020, nr. C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17 (*Banco de Santander*), AB 2020/191, m.nt. Van den Eijnden, blijkt dat het door het Hof van Justitie in de zaak van de Portugese rechter (nr. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), AB 2018/220, m.nt. Van de Eijnden) en in de zaken betreffende het behoud van de Poolse rechtsstaat (zie hiervoor *NTB 2019/4*, p. 18-19, *NTB 2020/20*, p. 58-59, alsmede par. 1 van deze kroniek) ontwikkelde onafhankelijkheidsconcept inmiddels ook wordt toegepast om vast te stellen of een nationale rechter moet worden aangemerkt als een 'rechterlijke instantie' in de zin van art. 267 VWEU, die bevoegd is om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof. In de zaak geeft het Hof een mooie samenvatting van de eisen die in zijn rechtspraak op het punt van interne en externe onafhankelijkheid worden gesteld. Vervolgens oordeelt het dat de nationale regeling van de verwijzende Spaanse *Tribunal Económico-Administrativo Central* (centraal gerecht in economische en bestuurszaken) wat betreft externe onafhankelijkheid tekort schiet, omdat de voorzitter en leden van de TEAC geen bijzondere ontslagbescherming hebben, maar vallen onder het algemene ambtenarenstatuut, waardoor zij niet worden beschermd tegen rechtstreekse dan wel indirecte druk van buitenaf. Bovendien voldoet de TEAC niet aan de eisen van interne onafhankelijkheid vanwege de organische en functionele banden die bestaan tussen die instantie en het ministerie van Economische Zaken en Financiën, omdat tegen beslissingen van de TEAC alleen de directeur-generaal Belastingen van dat ministerie een buitengewoon beroep kan instellen. Vanwege deze onafhankelijkheidsgebreken is de TEAC geen 'rechterlijke instantie' in de zin van art. 267 VWEU, en is de verwezen prejudiciële vraag niet-ontvanke-lijk. Daaraan voegt het Hof toe dat de TEAC verplicht blijft om de toepassing van het Unierecht te garanderen en, indien nodig, nationale bepalingen die strijdig zijn met rechtstreeks werkende bepalingen van het Unierecht buiten toepassing te laten. Bovendien wijst het erop dat tegen de beslissingen van de TEAC kan worden opgekomen bij de *Audiencia Nacional* (nationaal hof, Spanje) en de *Tribunal Supremo* die wel prejudicieel kunnen of moeten verwijzen.

Zie verder voor dit onderdeel: J. Krommendijk, 'The highest Dutch courts and the preliminary ruling procedure: Critically obedient interlocutors of the Court of Justice', *ELJ 2019/4*, p. 394-415; U. Šadl & A. Wallerman, 'The referring court asks, in essence': Is reformulation of preliminary questions by the Court of Justice a decision writing fixture or a decision-making approach?', *ELJ 2019/4*, p. 416-433; K. Lemmens, 'Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?', *EUConst 2019/4*, p. 691-713; en K. Lenaerts, 'Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue', *Yearbook of European Law 2019*, p. 3-17.

3.2 *Toegang tot de rechter*

3.2.1 *Fatale termijnen*

In Rb. Rotterdam 9 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1982, oordeelt de rechtbank, met beroep op – de in deze kroniek

(NTB 2020/20, p. 64) al eerder signaleerde – HvJ EU 27 maart 2019, nr. C-545/17, AB 2019/349, m.nt. Stijnen (Pawlak), dat de verzendtheorie van art. 6:9 lid 2 Awb op grond van art. 7 Postrichtlijn ook moet gelden voor een bezwaarschrift dat ter post is bezorgd bij een koeriersdienst (Falkpost) en niet alleen voor terpostbezorging bij de universele postdienst PostNL. Vervolgens acht de rechtbank met richtlijnconforme toepassing van art. 6:9 lid 2 Awb het op de laatste dag van de bezwaartermijn bij Falkpost aangeboden bezwaarschrift alsnog ontvankelijk. Volgens haar is deze conforme toepassing niet in strijd met het verbod van *contra legem* conforme uitlegging, omdat de tekst van die bepaling aan de uitlegging niet in de weg staat.

3.2.4 Andere aspecten van de toegang tot de rechter

Zoals bekend, is in HvJ EU op 9 maart 1994, nr. C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 (*Textilwerke Deggendorf*) geoordeeld dat een particulier in een nationale rechterlijke procedure de geldigheid van een EU-rechtshandeling niet meer in rechte ter discussie kan stellen als hij niet (tijdig) of zonder succes gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om tegen die rechtshandeling een beroep tot nietigverklaring ex art. 263 VWEU bij de Unierechter in te stellen. Een voorwaarde voor toepassing van deze zogeheten TwD-doctrine is dat de particulier op de hoogte is van de EU-rechtshandeling en dat over de ontvankelijkheid van het beroep, in het licht van de eisen van art. 263 VWEU, geen enkele twijfel bestaat.

De TwD-doctrine is aan de orde in ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:260, waarin een bedrijf heeft aangevoerd dat de Unielijst van zorgwekkend invasieve uitheemse soorten, vastgesteld door de Commissie bij Uitvoeringsverordening op grond van Verordening (EU) nr. 1143/2014, voor wat betreft de plaatsing op die lijst van de rode neusbeer en beverrat onverbindend is. De ter handhaving hiervan toegepaste bestuursdwang is daarom onrechtmatig. In de uitspraak moet de Afdeling eerst vaststellen of TwD-doctrine eraan in de weg staat dat in de nationale procedure de onverbindendheid (ongeldigheid) van de Unielijst wordt opgeworpen. Volgens de Afdeling is dat niet het geval, omdat het bedrijf die geen geadresseerde van de Unielijst is, tegen deze uitvoeringsverordening ingevolge art. 263 lid 4 VWEU alleen beroep bij de Unierechter had kunnen instellen als de verordening hem rechtstreeks raakt en geen uitvoeringshandelingen met zich brengt. Omdat voor het houden van op de Unielijst vermelde diersoorten een nationale ontheffing nodig is, vergt de verordening wel nationale uitvoeringshandelingen en staat dus niet vast dat het bedrijf ongetwijfeld bij de Unierechter de nietigheid van de Unielijst had kunnen vorderen. Vervolgens oordeelt de Afdeling of zij zodanige twijfel heeft over geldigheid van de Unielijst dat deze kwestie verwezen moet worden naar het Hof van Justitie. Volgens het bekende *Foto-Frost*-arrest is de nationale rechter immers niet bevoegd om een Uniehandeling ongeldig te verklaren. Na een uitvoerige bespreking van de door het bedrijf aangevoerde

gronden, oordeelt de Afdeling dat de Commissie bij de vaststelling van de lijst niet kennelijk buiten haar beoordelingsbevoegdheid is getreden. Omdat de Afdeling daarom geen twijfel heeft over de geldigheid van de lijst, is er geen reden voor prejudiciële verwijzing en wordt het hoger beroep ongegrond verklaard.

De samengestelde Europees-nationale besluitvormingsprocedures in het bankenrecht roepen complexe vragen van rechtsbescherming op. Al eerder is in deze kroniek (NTB 2019/6, p. 266) melding gemaakt van HvJ EU 19 december 2018, nr. C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023 (*Berlusconi en Fininvest*), AB 2019/129, m.nt. Stijnen, die inmiddels ook is gepubliceerd in *REALaw* 2019/2, p. 237-254, m.nt. Dermine & Eliantonio. In die zaak achtte het Hof dat de Unierechter exclusief bevoegd is om te oordelen over de wettigheid van ECB-besluiten binnen het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme, waarbij het Hof dan ook de wettigheid van inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten van de nationale bevoegde autoriteiten, die in het kader van de ECB-besluitvorming een rol kunnen spelen, zou moeten betrekken. De nationale rechter is niet bevoegd om de wettigheid van deze nationale voorbereidingshandelingen te beoordelen. In HvJ EU 3 december 2019, nr. C-414/18, ECLI:EU:C:2019:1036 (*Iccrea Banca*), volgt het Hof dezelfde lijn bij besluiten van de afwikkelingsraad (een Unieorgaan). Ook voor deze besluiten geldt dat de Unierechter exclusief bevoegd is en dat de nationale rechter daarom niet mag oordelen over het optreden van een nationaal afwikkelingsorgaan – in de zaak de *Banca d'Italia* – in de fase voorafgaand aan het besluit van de afwikkelingsraad. Eventuele gebreken in de besluiten van dat nationale orgaan, die het besluit van de EU-afwikkelingsraad kunnen aantasten, worden beoordeeld door de Unierechter. Zie voor complicaties met betrekking tot de ontvankelijkheid van particulieren bij de Unierechter in het bankenrecht, HvJEU 5 november 2019, nrs. C-663, 665, 669/17 P, ECLI:EU:C:2019:923 (*Trasta Kommerchanka*), AB 2020/144, m.nt. Stijnen.

HvJ EU 29 januari 2020, nr. C-758/18, ECLI:EU:C:2020:46 (*GAEC Jeanningros*), betreft een samengestelde nationaal-Europese procedure in verband met de bescherming van oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen. Volgens de procedure worden minimale wijzigingen in het productdossier eerst goedgekeurd door een nationaal orgaan, waarna het dossier ter goedkeuring wordt ingediend bij de Commissie. In de zaak had de Commissie deze goedkeuring verleend, terwijl tegen het nationale besluit een beroepszaak aanhangig was bij de Franse *Conseil d'État*. Deze laatste verwees vervolgens de prejudiciële vraag naar het Hof van Justitie of zij over dit beroep nog moest beslissen. Volgens het Hof is dat inderdaad noodzakelijk. Daartoe stelt het dat in de samengestelde procedure het nationale besluit een autonome en noodzakelijke stap is tot vaststelling van het besluit door de Commissie, waarbij de laatste slechts een beperkte beoordelingsmarge heeft. Tegen het Commissie-besluit

kan beroep worden ingesteld bij de Unierechter op grond van art. 263 VWEU, maar de Unierechter is niet bevoegd om de wettigheid van het nationale besluit te beoordelen. Daarom oordeelt het Hof – onder verwijzing naar de standaardzaken *Borelli* (nr. C-97/91, ECLI:EU:C:1992:491) en *Kühne* (nr. C-269/99, ECLI:EU:C:2001:659) – dat het uitsluitend aan de nationale rechter is om zich uit te spreken over die wettigheid en aldus de door art. 47 Handvest geëiste daadwerkelijke rechtsbescherming te verlenen. Een eventuele vernietiging van het nationale besluit door de nationale rechter heeft tot gevolg dat het goedkeuringsbesluit van de Commissie zonder rechtsgrondslag raakt en dat de Commissie de zaak opnieuw dient te onderzoeken.

3.3 *Behandeling van het geschil*

3.3.1 *Rechterlijke beoordeling en bewijs*

De in de vorige kroniek (*NTB* 2020/20, p. 64) genoemde ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2073, over de in art. 46 lid 3 Asielprocedurerichtlijn (2013/32/EU) gestelde eis dat de nationale rechter in eerste aanleg in asielzaken een ‘volledig *ex nunc* onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden’ moet verrichten, is inmiddels gepubliceerd in *AB* 2020/6, m.nt. Reneman.

3.3.2 *Ambtshalve toepassing Unierecht*

HvJ EU 11 maart 2020, nr. C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188 (*Lintner*), maakt duidelijk dat de – in deze kroniek (onder meer *NTB* 2019/4, p. 26) al vaak besproken – ambtshalve rechterlijke toetsingsplicht van Richtlijn 93/13/EEG, inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, ook grenzen kent. In de zaak oordeelt het Hof dat een nationale rechter bij wie een consument beroep heeft ingesteld om te doen vaststellen dat bepaalde bedingen van een overeenkomst oneerlijk zijn, niet verplicht is om alle andere contractuele bedingen waartegen die consument niet is opgekomen, ambtshalve en individueel te onderzoeken teneinde na te gaan of zij als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, maar enkel de bedingen moet onderzoeken die verband houden met het voorwerp van het geding zoals dat door de partijen is afgebakend.

3.3.3 *Procedurele waarborgen*

ABRvS 7 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:991, *JB* 2020/72, *JV* 2020/71, beide m.nt. Stoepker, betreft het probleem dat het door de coronacrisis tijdelijk niet mogelijk is fysieke rechtszittingen te houden. Diverse verdedigingsrechten, zoals onder andere gewaarborgd in het Unierecht, kunnen zo in de knel komen. Beperkingen ervan kunnen evenwel onder voorwaarden – met name legitiem belang en evenredigheid – gerechtvaardigd zijn. In casu ging het om een vreemdelingenzaak. De Afdeling overweegt dat, als een zitting via een videoconferentie niet mogelijk is en praktische problemen bij het videobellen of telefonisch contact aanhouden, de rechtbank mag beslissen om de vreemdeling niet te horen, ook als diens gemachtigde daarvoor geen toestemming heeft gegeven. Deze beslissing moet wel de

uitkomst zijn van een kenbare individuele afweging van alle betrokken belangen en de Afdeling benadrukt dat het afwegingskader een tijdelijk karakter moet hebben. Zie over deze problematiek ook Rb. Den Haag, zp. Haarlem 26 maart 2020, *JB* 2020/81, m.nt. Stoepker.

3.4 *Uitspraak*

HvJ EU 19 december 2019, nr. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114 (*Deutsche Umwelthilfe*), *JB* 2020/36, m.nt. De Waele, *M en R* 2020/21, afl. 2, p. 177, m.nt. Peeters, en besproken door T. Barkhuysen, ‘Lijfswang tegen autoriteiten die weigeren vereiste milieumaatregelen te nemen’, *NJB* 2020/123, afl. 2, p. 113, betreft de vraag of de nationale rechter op grond van het Unierecht lijfswang moet toepassen tegen de deelstaatregering van Beieren, die, ondanks een definitieve rechterlijke veroordeling en eerder opgelegde dwangsommen, weigert om de luchtkwaliteitsverplichtingen van Richtlijn 2008/50/EG na te leven. Het antwoord van het Hof is op zich genuanceerd. Het Unierecht machtigt de nationale rechter als zodanig niet om lijfswang toe te passen. Wel kan de nationale rechter hiertoe overgaan, als er in het nationale recht een voldoende toegankelijke en nauwkeurige rechtsgrond bestaat voor de oplegging van dit dwangmiddel, waarvan de toepassing voldoende voorzienbaar is, en mits de ermee gaande beperking van het recht op vrijheid voldoet aan de vereisten van art. 52 lid 1 Handvest, onder meer aan het daarin geïmpliceerde evenredigheidsbeginsel. Als de nationale rechter concludeert dat aan deze eisen is voldaan, zo vervolgt het Hof, dan ‘zou het recht van de Unie de toepassing van lijfswang niet alleen toestaan, maar zelfs vereisen’. Zoals De Waele in zijn *JB*-annotatie terecht constateert wordt aldus de nationale bevoegdheid om lijfswang toe te passen geconverteerd in een Unierechtelijke plicht.

In twee uitspraken van het Hof van Justitie van 19 maart 2020 is aan de orde in hoeverre het Unierecht grenzen stelt aan rechterlijke procestermijnen voor het beslissen in asielzaken, een bevoegdheid voorzien in art. 46 lid 4 Asielprocedurerichtlijn (2013/32/EU). In HvJ EU 19 maart 2020, nr. C-406/18, ECLI:EU:C:2020:216 (*PG*), acht het Hof dat een termijn van 60 dagen niet in strijd is met het recht op een effectief rechtsmiddel van art. 46 lid 3 Asielprocedurerichtlijn (2013/32/EU), gelezen in het licht van art. 47 Handvest, mits de rechter in staat is om binnen die termijn de doeltreffendheid van de materiële asielregels en door het Unierecht toegekende procedurele waarborgen te verzekeren. Indien dat niet het geval is, dient de nationale rechter de wettelijk regeling waarin de procestermijn is vastgelegd buiten toepassing te laten en, als die termijn is verstreken, zo spoedig mogelijk uitspraak te doen. Voor die laatste eis verwijst het Hof naar de in overweging 18 bij de richtlijn vermelde algemene doelstelling om asielaanvragen ‘zo spoedig mogelijk’ te behandelen.

In HvJ EU 19 maart 2020, nr. C-564/18, ECLI:EU:C:2020:218 (*Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*), *AB* 2020/181, m.nt. Reneman, oordeelt het Hof dat art. 46 lid 3, gelezen

in het licht van art. 47 Handvest, zich wel verzet tegen een nationale regeling die de rechter bij wie beroep is ingesteld tegen een besluit waarbij een asielverzoek niet-ontvanke-lijk is verklaard, een termijn van acht dagen toekent om uit-spraak te doen, daar de rechter niet in staat is binnen een dergelijke termijn de doeltreffendheid te waarborgen van de materiële en procedurele waarborgen die het Unierecht aan verzoeker toekent.

In de vorige kroniek (*NTB* 2020/4, p. 64-65) is het *Torubarov*-arrest (HvJ EU 29 juli 2019, nr. C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626, *AB* 2019/481, m.nt. Reneman) besproken. Hierin heeft het Hof, op grond van het recht op een effectief rechtsmiddel, zoals neergelegd in art. 46 lid 3 Asielprocedurerichtlijn (2013/32/EU) en art. 47 Handvest, geoordeeld dat de nationale rechter aan het Unierecht de bevoegdheid ontleent om zelf een asiel-vergunning te verlenen om een einde te maken aan het 'gepingpong' van een zaak tussen het bestuursorgaan en de nationale rechter. Zonodig moet de nationale rechter een nationaalrechtelijk verbod om zijn eigen beslissing in de plaats te stellen van die van het bestuursorgaan buiten toepassing laten. Volgens Rb. Den Haag 16 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3502, brengt het *Torubarov*-arrest met zich dat, wanneer de beslissingsautoriteit niet in overeenstemming handelt met een uitspraak van de nationale rechter waarbij een besluit is vernietigd en terugverwezen, deze laatste verplicht is om het besluit in overeenstemming met zijn eerdere uitspraak te wijzigen en deze beslissing in de plaats te stellen van die van de beslissingsautoriteit. De rechtbank herroept daarom met toepassing van art. 8:72, derde lid, aanhef en onder b, Awb het primaire besluit voor zover eiser daarbij onge-wenst is verklaard. Zie ook Rb. Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:904.

3.6 Stabiliteit van definitieve besluiten en uitspraken
In HvJ EU, 4 maart 2020, nr. C-34/19, ECLI:EU:C:2020:148 (*Telecom Italia*), oordeelt het Hof wederom dat het Unierecht een nationale rechter niet verplicht om nationale procedu-reregels die een rechterlijke beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al kan daardoor een schending van een bepaling van het Unierecht worden opgeheven, hetgeen voor de belanghebbenden de mogelijk-heid niet uitsluit om de Staat aansprakelijk te stellen en zo rechtsbescherming van de hun door het Unierecht toege-kende rechten te krijgen.

Het eerder in deze kroniek (*NTB* 2019/26, p. 269) ge-noemde arrest van 9 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:546, waarin de Hoge Raad (strafkamer) oordeelt dat het Unie-recht niet ertoe verplicht dat het bijzondere rechtsmid-del herziening – waarmee een onherroepelijk geworden strafrechtelijke veroordeling kan worden herzien op de gronden genoemd in art. 457 Sv, waaronder is begrepen een vastgestelde schending van het EVRM – in die zin wordt uitgebreid dat ook als grond voor herziening moet worden aangemerkt een na het onherroepelijk worden

van die veroordeling de uit een uitspraak van het Hof van Justitie gebleken strijdigheid met het Unierecht, is gepu-bliceerd in *NJ* 2019/439, m.nt. Mevis en in *AB* 2020/12, m.nt. Ortlep.

4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

4.1 Algemeen

HvJ EU 22 januari 2020, nr. C-177/18, ECLI:EU:C:2020:26 (*Baldonado Martín*), vormt een mooi voorbeeld van een ver-geefs beroep op het Handvest – in dit geval art. 20 en 21 Handvest inzake het recht op gelijke behandeling – omdat sprake is van een situatie die zich buiten het toepassings-gebied van het Unierecht bevindt. In casu had Baldonado Martín betoogd dat art. 49 lid 1, onder c, werknemerssta-tuut, binnen dat toepassingsgebied zou vallen, omdat het de uitvoering zou beogen van clause 5 raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, opge-nomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG. Het Hof merkt allereerst op – verwijzend naar HvJ EU 21 november 2018, nr. C-619/17, EU:C:2018:936 (*Diego Porras*) – dat het al heeft geoordeeld dat de in art. 49, lid 1, onder c), van het statuut bedoelde vergoeding op het eerste gezicht niet valt onder een van de in clause 5, punt 1, onder a) tot en met c), van de raamovereenkomst bedoelde categorieën maatregelen, waarvan de lidstaten er een of meer moeten invoeren wan-neer hun rechtsorde geen gelijkwaardige wettelijke maat-regelen bevat, en dat zij evenmin zulk een gelijkwaardige wettelijke maatregel lijkt te vormen, aangezien daarmee niet het algemene doel kan worden bereikt dat clause 5 aan de lidstaten stelt en dat bestaat in het voorkomen van misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Aangezien de betaling van deze vergoeding losstaat van enige overwe-ging in verband met het al dan niet rechtmatige karakter van het gebruik van die overeenkomsten voor bepaalde tijd, lijkt zij immers niet geschikt te zijn om misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd naar behoren te bestraffen en om de gevolgen van de schen-ding van het recht van de Unie ongedaan te maken, en lijkt zij derhalve geen voldoende effectieve en afschrikkende maatregel te zijn om ervoor te zorgen dat de krachtens de raamovereenkomst vastgestelde normen hun volle uitwer-king krijgen. Hieruit volgt dat art. 49, lid 1, onder c), werkne-mersstatuut een ander doel nastreeft dan dat van clause 5 van de raamovereenkomst en dus niet kan worden geacht het recht van de Unie ten uitvoer te brengen in de zin van art. 51 lid 1 Hv. Het verschil in behandeling dat in casu aan de orde is, kan dus niet worden beoordeeld in het licht van art. 20 en 21 Hv.

HvJ EU 19 november 2019, nrs. C-609-610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (*TSN*), al gesignaleerd in de vorige kro-niek (*NTB* 2020/20, p. 65-66), waarin het Hof oordeelt dat een nationale regeling die meer bescherming biedt dan Richtlijn 2003/88, niet binnen de werkingssfeer van die richtlijn en dus evenmin onder de bescherming van het Handvest valt, is gepubliceerd in *AB* 2020/210, m.nt. Widdershoven. HvJ EU

29 juni 2019, nr. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), ook al gesignaleerd in *NTB* 2020/20, p. 66, waarin het Hof stelt dat in het geval van volledige harmonisatie zaken uitsluitend nog kunnen worden beoordeeld in het licht van het Handvest en niet meer in het licht van nationale grondrechten, is gepubliceerd in *AB* 2020/211, m.nt. Widdershoven.

J. Krommendijk & H. de Waele, 'Tien jaar bindend EU-Handvest van de Grondrechten in Nederland: nog een wereld te winnen', *SEW* 2020/42, afl. 3, p. 127-131, constateren onder meer dat het Handvest in het bestuursrecht veel zichtbare sporen nalaat, zeker vergeleken met het privaat-, fiscaal en strafrecht. In U. Bernitz, X. Groussot, J. Paju & S. de Vries, e.a., *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Kluwer Law International 2020, staat de rol van algemene beginselen van Unierecht in deze tijd van digitalisering centraal, alsmede de potentiële impact van digitalisering op de theorie van algemene beginselen van Unierecht. Verder zij gewezen op M. Ovadek, 'The Curious Case of the Fundamental Rights Agency's Mandate: Legal Shrouding and Democratic Politics', *EPL* 2019/4, p. 517-534; en E. Frantziou, 'The Binding Charter Ten Years on: More than a 'Mere Entreaty'?', *Yearbook of European Law* 2019, p. 73-118.

4.2 *Gelijkheid*

In ABRvS 24 december 2019, NL:RVS:2019:4434, *JB* 2020/26, *AB* 2020/197, m.nt. Drahmman & Çapkurt, stelt de Afdeling allereerst dat de afwijzing van de aanvraag om een DigiD te verstrekken een besluit is in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Volgens haar is de weigering van een DigiD aan een Belg die in België woont maar in Nederland werkt – gebaseerd op art. 3 lid 2 Regeling voorzieningen GDI – een vorm van indirecte discriminatie en is zij in strijd met het Unierechtelijk discriminatieverbod van art. 45 VWEU.

4.3 *Evenredigheid*

In HvJ EU 12 december 2019, nrs. C-381/18 en 382/18, EU:C:2019:1072 (*G.S. en V.G. (Menace pour l'ordre public)*) en nr. C-380/18, EU:C:2019:1071 (*E.P. (Menace pour l'ordre public)*), *AB* 2020/118 en *AB* 2020/119, m.nt. Brouwer, oordeelt het Hof dat lidstaten, in het kader van de gezinsherenigingsrichtlijn respectievelijk de Schengengrenscode, een nationale invulling mogen geven aan het begrip openbare orde, maar wel een individuele beoordeling moeten uitvoeren met inachtneming van Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.

ABRvS 20 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:144, *JV* 2020/42, m.nt. de Lange, betreft een geschil over de hoogte van de te betalen leges voor een verblijfsvergunning voor een zogenoemd zoekjaar. Omdat uit Richtlijn 2011/98/EU geen specifiek legesbedrag volgt, heeft de staatssecretaris een beoordelingsmarge om dit bedrag zelf vast te stellen. Uit art. 10 van de richtlijn volgt dat een legesbedrag evenredig moet zijn en dat dit kan worden gebaseerd op de kosten die de staatssecretaris heeft gemaakt bij de behandeling van de aanvraag. Voorstellen van het EP om in art. 10 op te nemen dat dat legesbedrag de werkelijke kosten niet te boven mag

gaan, zijn niet overgenomen in de richtlijn. Hieruit leidt de Afdeling af dat de staatssecretaris volgens die bepaling niet verplicht is legesbedragen te maximeren op de kostprijs. Het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel houdt in casu in dat het legesbedrag dat de staatssecretaris hanteert, het doel van de Nederlandse regelgeving ter omzetting van de richtlijn moet kunnen verwezenlijken en niet verder gaat dan daarvoor noodzakelijk is. Een legesbedrag dat aanmerkelijk hoger is dan de kostprijs, zal niet snel noodzakelijk zijn. De staatssecretaris heeft het legesbedrag voor een zoekjaarvergunning in 2018 verlaagd. De vreemdeling in kwestie heeft in 2016 ruim twee keer zoveel betaald als het nieuwe legesbedrag. De staatssecretaris heeft ondeugdelijk gemotiveerd dat het legesbedrag dat de vreemdeling in 2016 heeft betaald de legeskostprijs niet ruim overstijgt. Dit is een aanwijzing dat het legesbedrag niet evenredig is. De omstandigheid dat een vreemdeling een zoekjaarvergunning aanvraagt voor een economisch doel, is op zichzelf onvoldoende om tot de conclusie te komen dat het legesbedrag evenredig is. Gelet op het grote verschil met het nieuwe legesbedrag, waarvoor de staatssecretaris geen verklaring heeft gegeven, en omdat de staatssecretaris niet aannemelijk heeft gemaakt dat het door de vreemdeling betaalde legesbedrag om een andere reden evenredig is, concludeert de Afdeling dat dit legesbedrag niet evenredig is in de zin van art. 10 van de richtlijn en in strijd is met het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.

J.C.A. Aarts en L.A. Van Heusden, 'Exceptieve toetsing: over de operationalisering van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *NTB* 2020/72, afl. 4, p. 181-188, bespreken de vraag hoe en in hoeverre de evenredigheidsrechtspraak van het Hof van Justitie handvatten biedt voor een intensievere exceptieve toetsing van avv door de Nederlandse bestuursrechter. Volgens hen zouden de bestuursrechters, zoals het Hof dat doet, de toetsing aan materiële en formele normen moeten combineren, zodat deze normen elkaar versterken.

4.4 *Vertrouwen en rechtszekerheid*

HvJ EU 19 december 2019, nr. C-236/18, ECLI:EU:C:2019:1120 (*GRDF*), betrof een prejudiciële vraag van de Franse rechter, die wilde weten vanaf welk tijdstip een besluit van een geschilbeslechtsinstantie binnen het raamwerk van richtlijn 2009/73, betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, effect kan sorteren. De vraag was met name of zo'n besluit van toepassing is op de gehele periode waarop dat geschil betrekking heeft of dat deze periode moet worden beperkt. In casu ging het om een contract tussen een distributiesysteembeheerder (*GRDF*) en een leverancier (*Direct énergie*), dat gedurende een lange tijd onverenigbaar was met richtlijn 2009/73, omdat het toeliet dat de kosten van onbetaalde rekeningen van eindafnemers ten laste werden gelegd van *Direct énergie*, terwijl *GRDF* deze had moeten dragen. Het Hof oordeelt dat richtlijn 2009/73 zich niet ertegen verzet, dat de gevolgen van het besluit van de geschilbeslechtsinstantie zich uitstrekken tot de situatie waarin de partijen zich vóór het ontstaan van dat geschil bevonden door van een partij bij dat geschil te

eisen dat zij dat contract voor de gehele contractperiode in overeenstemming met het Unierecht brengt. Deze eis is evenmin in strijd met de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen.

4.5 *Rechten van verdediging en participatie*

In ABRvS 25 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:829, AB 2020/229, m.nt. Klaassen & Rodriguez, gaat de Afdeling uitvoerig in op de betekenis van het EU-beginsel van eerbieding van de rechten van verdediging in het geval de staatssecretaris voornemens is grensdetentie of bewaring op te leggen aan een vreemdeling. Onder verwijzing naar de zaken *Sopropé* (nr. C-349/07, ECLI:EU:C:2008:746, AB 2009/29, m.nt. Widdershoven) en *Mukarubega* (nr. C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336), oordeelt de Afdeling eerst dat het beginsel op deze besluiten van toepassing is, aangezien deze uitvoering geven aan het Unierecht en bezwarend zijn, omdat een vreemdeling zijn vrijheid wordt ontnomen. Deze toepasselijkheid heeft tot gevolg dat de vreemdeling moet worden gehoord, voordat de besluiten genomen kunnen worden. Dat horen heeft volgens de *Mukarubega* (punten 47 en 48) als doel de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen en met de nodige aandacht kennis te nemen van de opmerkingen van de betrokkene door alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken. Met het horen kan de staatssecretaris – aldus de Afdeling – verder onderzoeken of hij een besluit tot grensdetentie of bewaring kan opleggen en kan hij dat besluit zorgvuldig voorbereiden. Daartoe moet de staatssecretaris de vreemdeling concrete vragen stellen om te onderzoeken en beoordelen of en zo ja, welke gronden van toepassing en relevant zijn. Ook moet de staatssecretaris verzekeren dat de vreemdeling de gelegenheid heeft gehad om alles wat van belang is aan te voeren. De vreemdeling moet immers bij elke grond die de staatssecretaris voornemens is om te gebruiken in staat worden gesteld om feiten en omstandigheden aan te voeren om te betogen dat de grond niet kan worden gebruikt. Het resultaat van dit onderzoek en van de zorgvuldige voorbereiding moet blijken uit de motivering van het besluit tot grensdetentie of bewaring (vgl. punt 48 van *Mukarubega*). De staatssecretaris zal elke door hem gebruikte grond individueel moeten toelichten. Indien de vreemdeling in het gehoor voorafgaand aan het besluit heeft bestreden dat een bepaalde grond op hem van toepassing is of relevant is voor het bepalen van het significant risico op het onttrekken aan toezicht, moet de staatssecretaris aanvullend motiveren waarom deze betwisting niet tot een ander oordeel leidt.

4.6 *Transparantie en openbaarheid van bestuur*

In HvJ EU 22 januari 2020, nr. 175/18P, ECLI:EU:C:2020:23 (*PTC Therapeutics International/EMA*) en HvJ EU 22 januari 2020, nr. 178/18P, ECLI:EU:C:2020:24 (*MSD Animal Health Innovation en Intervet International/EMA*), is door verzoekers geklaagd over de beslissing van het Europees Geneesmiddelenbureau (EMA) om derden toegang tot documenten te geven die informatie bevatten die was overgelegd in het kader van een vergunningaanvraag voor het in de handel

brenge van (dier)geneesmiddelen. Volgens vaste rechtspraak dienen de uitzonderingsgronden van art. 4 Verordening 1049/2001 (Eurowob) restrictief te worden uitgelegd. Het Hof overweegt dat het in bepaalde gevallen heeft erkend dat Unie-instellingen zich mogen baseren op algemene aannames die gelden voor bepaalde categorieën documenten, omdat vergelijkbare overwegingen van algemene aard kunnen gelden voor verzoeken om openbaarmaking van documenten van gelijke aard. Het doel van dergelijke aannames ligt in de mogelijkheid voor de betrokken instelling om ervan uit te gaan dat de openbaarmaking van bepaalde categorieën documenten in beginsel het belang ondermijnt dat wordt beschermd door de uitzondering die die instelling inroept en zich daarbij op dergelijke overwegingen van algemene aard te baseren, zonder gehouden te zijn elk van de gevraagde documenten concreet en individueel te onderzoeken. Een Unie-instelling is echter, aldus het Hof, niet verplicht haar besluit te baseren op deze algemene aanname, en kan steeds de in een verzoek om toegang bedoelde documenten concreet onderzoeken en daarover een motivering geven. Hieruit volgt dat de toepassing van een algemeen vermoeden van betrouwbaarheid louter een mogelijkheid is voor de Unie-instelling en dat zij steeds ook de mogelijkheid heeft om de betrokken documenten concreet en individueel te onderzoeken om te bepalen of zij worden beschermd door een of meer van de uitzonderingen van art. 4 Eurowob.

4.7 *Andere beginselen*

Manon Julicher houdt in 'Hoe behoorlijk is de Grondwet?', *NTB* 2019/44, afl. 10, p. 441-459, een pleidooi voor het opnemen van een recht op behoorlijk bestuur in de Nederlandse Grondwet. Dit artikel is een van de artikelen waarop Julicher op 15 april jl. in Utrecht is gepromoveerd. In haar dissertatie *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?* zijn verder artikelen opgenomen over de personele reikwijdte van fundamentele rechten, het recht op een eerlijk proces, het censuurverbod en het communicatiegeheim.

Maarten de Wilde & Ciska Wisman, 'Hof van Justitie over 'misbruik van Unierecht' in de directe belastingen: quo vadis', *AAe* 2020, afl. 1, p. 22-36, gaan in op een aantal, in deze kroniek (*NTB* 2019/26, p. 272) al gesignaleerde uitspraken van het Hof van Justitie van 26 februari 2019, onder meer nr. C-115/16 (*N Luxembourg 1*), over het fenomeen 'misbruik van Unierecht' in de belastingen. Volgens de auteurs lijkt het Hof een route te zijn ingeslagen van ambiguïteit, rechtsonzekerheid en uiteindelijk een willekeurige belastingheffing. Niet langer kan worden vastgesteld wanneer misbruik precies aan de orde is. Dit ondermijnt de systeemintegriteit en rechtsstatelijkheid van de internationale winstbelastingstelsels van de EU-lidstaten. Vgl. over het verbod van misbruik van bevoegdheid/recht en de relatie met de redelijkheid en billijkheid als norm die de verhouding tussen overheid en burger mede bepaalt, R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

4.8 Fundamentele rechten

HvJ EU 11 december 2019, nr. C-708/18, ECLI:EU:C:2019:1064 (*Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA*) betreft de vraag of art. 6 lid 1 onder c, en art. 7 onder f, Privacyrichtlijn 95/46/EG, uitgelegd in het licht van art. 8 en 52 Handvest, zich verzetten tegen wetgeving die toelaat dat zonder toestemming van de betrokkene een videobewakingssysteem kan worden opgezet. Volgens het Hof is bij een videobewakingssysteem sprake van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens en moet het systeem op grond van art. 7, onder f, aan drie cumulatieve voorwaarden voldoen opdat die verwerking rechtmatig is. In de eerste plaats, de behartiging van een gerechtvaardigd belang van de werkingsverantwoordelijke of van derden aan wie de gegevens worden verstrekt, in de tweede plaats, de noodzakelijkheid van de verwerking van de persoonsgegevens voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang, en, in de derde plaats, dat de fundamentele rechten van bij de gegevensbescherming betrokken personen niet prevaleren. De bescherming van de goederen, de gezondheid en het leven van de mede-eigenaren van een gebouw, is een gerechtvaardigd belang, dat actueel en niet hypothetisch van aard is gezien eerder vandalisme in het gebouw. Met betrekking tot de noodzakelijkheid oordeelt het Hof dat redelijkerwijs geen minder ingrijpend alternatief kan worden verlangd; het gebruik van een intercom met een magneetkaart bij de ingang bleek namelijk niet te werken. Wel moeten er zo min mogelijk gegevens worden verwerkt en moet rekening worden gehouden met de wijze waarop het systeem is opgezet en functioneert terwijl de doeltreffendheid wordt gewaarborgd. Ten slotte moet er bij de belangenafweging gelet worden op de aard van de gegevens, de wijze van verwerking, het aantal personen dat toegang heeft, de wijze waarop toegang wordt verkregen en de redelijke verwachting van privacy van de betrokkene. Het Hof oordeelt uiteindelijk dat de Privacyrichtlijn, gelezen in het licht van art. 7 en 8 Handvest, zich niet verzet tegen het videobewakingssysteem, mits de verwerking van persoonsgegevens door het systeem voldoet aan de voorwaarden van art. 7 onder f, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

Wellicht geïnspireerd door deze HvJ-uitspraak oordeelt ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:594, JB 2020/69, dat de Autoriteit Persoonsgegevens een verzoek om handhavend op te treden tegen twee beveiligingscamera's die op de openbare weg zijn gericht terecht heeft afgewezen, omdat de AP het zwaarwegende belang van belanghebbenden om hun eigendommen te beschermen, gelet op de omstandigheden van het geval, zwaarder mocht laten wegen dan het belang van voorbijgangers op de openbare weg.

In Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:86, JB 2020/63, m.nt. Jansen & Reijneveld, AB 2020/236, m.nt. Van Kolschooten, oordeelt de rechtbank dat de SyRI-wetgeving in strijd is met 8 lid 2 EVRM en daarmee onverbindend is. Daarbij neemt de rechtbank fundamentele beginselen die ten grondslag liggen aan bescherming van persoonsgegevens op grond van het Unierecht (Handvest en AVG) in

aanmerking. Het gaat daarbij meer in het bijzonder om de beginselen van transparantie, doelbinding en dataminimalisatie. De inzet van SyRI is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar.

In dit verband zij ook gewezen op de oratie van Johan Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht*, Tilburg University 2020, waarin algoritmische besluitvorming, mede in het licht van de AVG, centraal staat. Wolswinkel verdedigt onder meer de prikkelende stelling dat in bepaalde gevallen geen verbod op algoritmische besluitvorming zou moeten gelden - zoals in de AVG bij volledig geautomatiseerde besluitvorming - maar juist een recht op algoritmische besluitvorming om willekeur van de overheid te voorkomen. Juristen moeten zich verdiepen in kenmerken van algoritmen en zich niet te snel verschuilen achter de (vermeende) *black box* van die besluitvorming.

In HvJ EU 27 februari 2020, nr. C-836/18 ECLI:EU:C:2020:119 (*Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*), JV 2020/61, m.nt. Groenendijk, bevestigt het Hof zijn rechtspraak over het afgeleide verblijfsrecht van derdelanders-familieleden van Unieburgers op grond van art. 20 VWEU. Het Hof formuleert hier een aantal procedurele regels die met name van belang zijn voor gezinshereniging van echtgenoten-derdelanders van Unieburgers die geen gebruik hebben gemaakt van het recht op vrij verkeer binnen de Unie. Een verzoek om gezinshereniging met een Nederlander die aan die kwalificatie voldoet, is potentieel een beroep op het afgeleide verblijfsrecht van art. 20 VWEU. Verder doet het Hof hier de vooral voor Antilliaanse Nederlanders relevante uitspraak dat ook het Unierecht het niet toelaat dat een lidstaat zijn eigen burgers verplicht die lidstaat te verlaten. Zoals annotator Groenendijk opmerkt, maakt de nationale procedure die aan dit arrest voorafging duidelijk dat de benadering van gezinshereniging van derdelanders met eigen staatsburgers in het Spaanse recht duidelijk verschilt van de aanpak in Nederland.

Verder zij gewezen op C. Favilli, 'The standard of fundamental rights protection in the field of asylum: The case of the right to an effective remedy between EU law and the Italian Constitution', *REALaw* 2019/2, p. 167-184 en P. Kenna & H. Simón-Moreno, 'Towards a common standard of protection of the right to housing in Europe through the charter of fundamental rights', *ELJ* 2019/6, p. 608-622.

5. Handhaving en schadevergoeding

5.1 Handhaving

5.1.1 Instrumenten

C.G. Top & M.F.H. Hirsch Ballin, 'Handhaving van het levensmiddelenrecht en de invloed van Unierechtelijke handhavingsbeginselen', *NJB* 2020/354, afl. 6, p. 380-388, houden, zich baserend op de Europese handhavingsbeginselen (evenredig, doeltreffend, afschrikwekkend), een pleidooi

voor een geïntegreerde handhaving van het levensmiddelenrecht. Daarbij moet de keuze voor een bepaalde modaliteit pas worden gemaakt na het feitenonderzoek. Vanwege het belang van volksgezondheid en voedselveiligheid kan een snelle handhaving met behulp van bestuurlijke maatregelen vereist zijn en die maatregelen moet niet worden belemmerd door de wens om een strafrechtelijk onderzoek te starten. Het primaat ligt aldus bij NVWA als toezichthouder.

De Europese handhavingseisen zijn ook richtinggevend in de conclusie van Advocaat-Generaal Wattel van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738 (*Greenpeace*), over de vraag of de heroverweging in bezwaar van (de weigering van) herstelsancties *ex tunc* of *ex nunc* dient te geschieden. Volgens de AG ligt bij die heroverweging geen binaire keuze tussen *ex tunc* en *ex nunc* toetsing voor, maar moet zij zodanig zijn dat zij tot een effectieve en evenredige sanctiëring leidt. Daarbij gaat om het tot gelding brengen van de te handhaven norm, zodat doel en strekking van die norm bepalend zijn voor de vraag welke feiten, omstandigheden en beleid als relevant in de heroverweging moeten worden betrokken. Dit algemene uitgangspunt werkt hij vervolgens uit voor concrete situaties.

5.1.2 Specifieke waarborgen

In HvJ EU 4 maart 2020, nr. C-10/18P, ECLI:EU:C:2020:149 (*Marine Harvest/Commissie*) verwerpt het Hof het beroep van Marine Harvest tegen een besluit van de Commissie om de onderneming een boete van 20 miljoen euro op te leggen wegens overtreding van zowel de meldingsplicht voor concentraties (art. 4 lid 1 verordening nr. 139/2004), als de standstill-verplichting (art. 7 lid 1), omdat het een meldingsplichtige concentratie zonder goedkeuring heeft geïmplementeerd bij de overname van rivaal Morpol. Marine Harvest voerde onder meer aan dat het *ne bis in idem*-beginsel in casu zou zijn geschonden, omdat de Commissie dezelfde gedraging twee keer zou hebben beboet. Volgens het Hof is dat beginsel echter niet van toepassing, aangezien de sancties wegens schending van beide artikelen door één en dezelfde autoriteit in één en dezelfde beslissing zijn opgelegd. Bovendien zijn de twee geconstateerde overtredingen geen substituten van elkaar, omdat de schending van de meldingsplicht een eenmalige inbreuk vormt, en overtreding van de *standstill*-verplichting een voortdurende inbreuk is.

5.2 Aansprakelijkheid

Volgens ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, ECLI:NL:RVS:2020:899, ECLI:NL:RVS:2020:900, ECLI:NL:RVS:2020:901, JB 2020/104, m.nt. Schlössels, moet – ter operationalisering van art. 82 AVG – art. 8:88 Awb, in samenhang met art. 34 Uitvoeringswet AVG, gelet op de bedoeling van de wetgever, ruim worden uitgelegd, zodat dezelfde bestuursrechter die oordeelt over beslissingen van bestuursorganen op een verzoek als bedoeld in art. 15 t/m 22 AVG (recht op inzage persoonsgegevens, recht op rectificatie of wissing, recht op beperking van verwerking, recht om tegen verwerking bezwaar te maken, recht op

overdraagbaarheid van gegevens, recht om niet uitsluitend aan geautomatiseerde gegevensverwerking te worden onderworpen) ook kan worden verzocht om vergoeding van daarmee in verband staande schade. De Afdeling acht deze ruime uitlegging in het belang van de concentratie van rechtsbescherming en daarmee ook in het belang van de Unierechtelijke doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming (art. 47 Handvest). Daarbij verwijst zij naar HvJ EU 15 april 2008, nr. C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223 (*Impact*), waaruit kan worden afgeleid dat concentratie van rechtsbescherming in overeenstemming is met het doeltreffendheidsbeginsel. De ruime uitlegging betekent volgens de Afdeling dat degene die op grond van art. 82 AVG aanspraak stelt te maken op vergoeding van schade die het gevolg is van het onrechtmatig verwerken van persoonsgegevens door een bestuursorgaan, overeenkomstig art. 8:88 Awb keuzevrijheid heeft om zijn verzoek, dat in verband staat met een besluit *ex art. 34* Uitvoeringswet AVG, aan de bestuursrechter voor te leggen dan wel zijn aanspraak op schadevergoeding via de civielrechtelijke weg te realiseren. Daarbij wordt bij de uitlegging van art. 8:88 Awb minder strikt vastgehouden aan de eis van een onrechtmatig besluit, omdat er wel een verband moet zijn met een besluit als bedoeld in art. 34 Uitvoeringswet AVG, maar dit besluit niet onrechtmatig hoeft te zijn. In zo'n geval kan de bestuursrechter in de verzoekschriftprocedure met toepassing van art. 8:88 Awb een oordeel geven over de onrechtmatigheid van de verwerking van de gegevens waarop het besluit omtrent het verzoek om informatie betrekking heeft. Dat laatste besluit hoeft daarvoor niet onrechtmatig te zijn en hoeft ook geen oordeel over de rechtmatigheid van de verwerking van de gegevens te bevatten. Wat betreft de immateriële schadevergoeding voor schendingen van de AVG sluit de Afdeling aan bij de eisen die art. 6:106 BW aan de toekenning van immateriële schadevergoeding stelt, en de rechtspraak van de Hoge Raad over deze bepaling. Dat betekent dat voor toekenning ervan sprake moet zijn van aantasting van de eer of goede naam van betrokkene dan wel van aantasting van de persoon op andere wijze. Met deze uitspraken komt de Afdeling deels tegemoet aan de kritiek van R. Wiekeraad, 'Kan het Nederlands bestuurs(proces)recht voldoen aan de verwachtingen die artikel 82 AVG scheidt', *Gst.* 2020/24, afl. 7502, p. 111-118, die overigens ook andere problemen bij de toepassing van art. 8:88 Awb bespreekt.

In Gerechtshof Den Haag 24 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3423 (*GFSF Pensionfund*), bevestigt het hof de uitspraak van de rechtbank, waarbij de laatste het verzoek om schadevergoeding wegens een kennelijke schending van het Unierecht door het CBB had verworpen (zie deze kroniek *NTB* 2019/4, p. 33). In het arrest stelt het hof klip en klaar dat de prejudiciële verwijzingsplicht van hoogste nationale rechters (zoals het CBB) van art. 267 lid 3 VWEU, niet zelfstandig rechten toekent aan particulieren, zodat de enkele stelling dat het CBB die verplichting niet zou zijn nagekomen, gelet op het eerste *Köbler*-criterium voor schadevergoeding wegens met het Unierecht strijdige hoogste rechtspraak (strekt de geschonden regel

ertoe particulieren rechten toe te kennen), niet tot schadevergoeding kan leiden. Er is méér nodig om aansprakelijkheid wegens schending van het Unierecht aan te kunnen nemen, namelijk een kennelijke schending van een materiële Unierechtelijke regel. Het hof onderzoekt vervolgens de uitspraak van het CBB en stelt vast dat van een (kennelijke) schending van zo'n regel geen sprake is.

De benadering van het gerechtshof sluit aan bij de – in deze kroniek (*NTB* 2020/20, p. 69) al gesignaleerde – HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396 (*KLM-piloten*), inmiddels ook gepubliceerd in *AB* 2020/84, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Zie voorts de conclusie van advocaat-generaal Wissink van 17 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:413, in de zaak van de 1F-ers, waarin deze concludeert tot verwerping van het cassatieberoep tegen het arrest van het Gerechtshof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:183, waarin de schadevordering van het NJCM en een Afghaanse 1F-er wegens beweerdelijke schending van het Unierecht door de ABRvS was verworpen. Volgens zowel gerechtshof als AG heeft de Afdeling het Unierecht niet kennelijk geschonden.

Zie ten slotte K. Kryla-Cudna & P. Verbruggen, 'A. Court of Justice The Union's liability for failure to adjudicate within a reasonable time: EU tort law after Gascogne, Kendrion and ASPLA', *CMLRev* 2020/1, p. 191-226, waarin de HvJ-rechtspraak inzake schendingen van de redelijke termijn door de Unierechter in kaart wordt gebracht.