

Europees staats- en bestuursrecht

NTB 2019/26

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 1 december 2018 t/m 1 mei 2019.

1. Constitutionele aspecten

1.1 Europese institutionele ontwikkelingen

Niet alleen in het Britse parlement, maar ook in de rechtspraak en literatuur stond de Brexit de afgelopen verslagperiode weer centraal. In een vonnis van Rb. Amsterdam (vzr.) 4 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:691, worden Britse eisers in hun vordering tegen de Staat die ertoe strekt dat de Staat hun reis- en verblijfsrechten na de Brexit respecteert en hen correct informeert over hun toekomstig verblijfrecht niet-ontvankelijk verklaard, omdat zij over die verblijfsrechten kunnen procederen bij de bestuursrechter en, wat betreft die informatie, de burgerrechtelijke grondslag (onrechtmatige daad) van de vordering onvoldoende is om de bevoegdheid van de burgerlijke rechter aan te nemen. Hetzelfde lot treft in Gerecht EU 26 november 2018, nr. T-458/17 (*Shindler e.a.*), ECLI:EU:T:2018:838, het op grond van art. 263 lid 4 VWEU ingestelde beroep van Shindler en diverse andere Britten die in een andere EU-lidstaat wonen, tegen het besluit van de Raad waarbij machtiging is verleend tot het openen van de onderhandelingen met het VK over de Brexit, omdat die machtiging een voorbereidingshandeling betreft, die geen rechtstreeks gevolgen heeft voor eisers.

In HvJEU 10 december 2018, nr. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 (*Wightman*), SEW 2019/31, afl. 2, p. 85, oordeelt het Hof van Justitie dat het VK zijn verklaring ex art. 50 VEU, dat het land zich wil terugtrekken uit de EU, eenzijdig kan herroepen. Daarmee biedt het hof het VK de mogelijkheid om de Brexit op een eenvoudige wijze af te blazen. Zie over het arrest, H.C.F.J.A. de Waele, 'Herroepbaarheid van de Brexit-notificatie. The Good, the Bad and the Ugly', *NJB* 2019/392 (p. 392-397); C. Tsiliotis, 'The Irrational Brexit and the Revocability of the Withdrawal Notification of the United Kingdom to the European Council', *EPL* 2018/4, p. 659-672. Zie voor andere aspecten van de Brexit, S.C.G. Van den Bogaert & A. Curvers, 'Brexit & de EU: 'You can't always get what you want.'', *RM Themis* 2018, afl. 6, p. 221-239; G. Anthony, 'Brexit and the Common Law Constitution', *EPL* 2018/4, p. 673-694; en M. Kenny, 'Der inszenierte "Brexit": Was steckt hinter den ziellos scheinenden Verhandlungen zum EU-Austritt des Vereinigten Königreichs?', *EuR* 2018/5, p. 561-576.

De in de vorige kroniek (NTB 2019/4 (p. 18-19)) uitvoerig besproken juridische strijd voor het behoud van de rechtsstaat

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

in Polen, komt aan de orde in A. Dootalieva, 'De afdwinging van de democratie en rechtsstaat: een analyse van politieke en juridische instrumenten', *SEW* 2019/3, p. 110-122; A. von Bogdandy, 'Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace', *EUConst* 2018/4, p. 675-699; M. Kuisma, 'Jurisdiction, Rule of Law, and Unity of EU Law in Rosneft', *Yearbook of European Law* 2018, p. 3-26; W. Hummer, 'Nebeneffekte des Sanktionsverfahrens gegen Polen wegen dessen Rechtsstaatlichkeitsdefizit. Scheitert die Vollstreckung eines "Europäischen Haftbefehls" in Polen wegen "systemischer Mängel" in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz?', *EuR* 2018/6, 653-671; S. Röß, 'The Conflict Between European Law and National Constitutional Law Using the Example of the European Arrest Warrant', *EPL* 2019/1, p. 25-41.

1.2 Het wetgevingsproces

1.2.1 Europese wetgeving en subsidiariteit

M. Chamon, 'Transparantie en democratische legitimiteit in de wetgevingsprocedure. Quo vaditis, trialogi?', *SEW* 2019/3, afl. 1, p. 17-26, constateert dat de besluitvorming over Europese wetgevingshandelingen, anders de Verdragsregels doen vermoeden, plaatsvindt in geheime 'trialogen' tussen delegaties van de Commissie, de Raad en het EP. Deze praktijk is op zich effectief, maar wel problematisch op punt van transparantie.

1.2.2 Implementatievragen

De Europese invloed op nationale wetgeving komt aan de orde in A. Cuyvers & P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselst, 'De Europese kreukelzone van de wetgever. Goede wetgeving vanuit het EU- en EVRM-perspectief', *Regelmaat* 2018/5, p. 292-322.

1.3 Toezicht en samenwerking

In HvJ EU 19 maart 2019, nr. C-297/17, ECLI:EU:C:2019:219 (*Magamadov*), nr. 163/17, ECLI:EU:C:2019:218 (*Jawo*), *AB* 2019/195 en 196, m.nt. Hillary, past het hof de relativering van het aan het Dublin-systeem ten grondslag liggend beginsel van wederzijds vertrouwen op grond van art. 4 Handvest in HvJ EU 21 december 2011, nr. C-411/10 (*N.S.*), ook toe op de situatie dat de vreemdeling al een verblijfsvergunning heeft in een andere lidstaat (Bulgarije, Italië), maar de voorzieningen in die lidstaat duidelijk beperkter zijn dan die welke in andere lidstaten worden geboden. Wel stelt het hof dat in deze situatie pas sprake is van ernstig risico op een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van art. 4 Handvest als de omstandigheden in die lidstaat tot gevolg hebben dat verzoeker vanwege zijn bijzondere kwetsbaarheid, buiten zijn wil en persoonlijke keuzes om, zou terechtkomen in een situatie van verregaande materiële deprivatie.

In CRvB 18 december 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:4200, bevestigt de Raad zijn vaste rechtspraak dat autoriteiten van een lidstaat op grond van art. 4 lid 3 VEU met elkaar in overleg treden met het oog op een nuttige toepassing van het Unierecht. In casu impliceert die verplichting dat B&W Rot-

terdam in verband met de beoordeling van een bijstandsverzoek van Roemeense personen in overleg met de Staatssecretaris van J en V moet onderzoeken of deze personen aan het Unierecht een verblijfsrecht hier te lande kunnen ontlenen.

CRvB 4 september 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2736, waarin de Raad oordeelt dat een IAOW-uitkeringsaanvraag op grond van art. 76 Verordening nr. 883/2004, niet mag worden afgewezen vanwege het ontbreken van een vertaling van Franstalig documenten, is gepubliceerd in *AB* 2019/105, m.nt. Ortlep.

1.4 Nationale bestuursorganisatie

In de belangwekkende uitspraak inzake staatssteun HvJ EU 5 maart 2019, nr. C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172 (*Eesti Pagar*), stelt het hof in de eerste plaats dat een nationale autoriteit die staatssteun verleent uit een structuurfonds en daarbij ten onrechte verordening nr. 800/2008 toepast, bij de begunstigde van deze steun niet het gewettigde vertrouwen kan wekken dat die steun rechtmatig is. In de tweede plaats geldt voor de terugvordering van die steun hoogstwaarschijnlijk de verjaringstermijn van vier jaren van verordening nr. 2988/95, inzake de financiële belangen van de EU, omdat – aldus het hof – sprake lijkt van een 'onregelmatigheid' in de zin van die verordening. Ten slotte moet de nationale autoriteit van de begunstigde van de steun rente terugvorderen overeenkomstig de regels van nationaal recht, maar moeten die regels, om strijd met het doeltreffendheidsbeginsel te voorkomen, waarborgen dat de onrechtmatige steun volledig wordt teruggevorderd, hetgeen impliceert dat de begunstigde wordt gelast rente te betalen over de volledige periode welke hij de betreffende steun heeft ontvangen conform de toen geldende marktrente.

2. Doorwerking van Unierecht

2.1 Voorrang algemeen

In HvJ EU 4 december 2018, nr. C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 (*Boyle*), bepaalt de grote kamer van het Hof van Justitie principieel dat niet alleen de nationale rechter, maar alle (ook decentrale) overheidsorganen krachtens het beginsel van voorrang van Unierecht de volledige werking moeten verlenen aan het Unierecht en daarom bevoegd moeten zijn om een bepaling van nationaal recht die in strijd is met het Unierecht buiten toepassing te laten. Daarmee bevestigt het onder meer de bekende *Costanzo*-verplichting van bestuursorganen (nr. 103/88, ECLI:EU:C:1989:256). Vgl. voor de problemen waartoe die verplichting kan leiden, Maartje Verhoeven, 'Bestuursorganen in spagaat tussen nationaal recht en Unierecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 523-530.

K. van Leeuwen bespreekt in 'Paving the road to 'legal revolution': The Dutch origins of the first preliminary references in European law (1957-1963)', *ELJ* 2018, p. 408-421 de actieve rol die Nederlandse rechters hebben gehad in de eerste baanbrekende Luxemburgse arresten, zoals *Costa* en *Van*

Gend & Loos. De auteur voegt aldus de politieke en economische context toe aan de bekende juridische achtergrond.

2.2 Doorwerking van Uniehandelingen

2.2.1 Primair Unierecht

N. Ghazaryan bespreekt in 'Who Are the 'Gatekeepers'? In Continuation of the Debate on the Direct Applicability and the Direct Effect of EU International Agreements', *Yearbook of European Law* 2018, p. 27-74, de directe toepasselijkheid en rechtstreekse werking van door de EU gesloten internationale verdragen en focust daarbij op de rol van zogenaamde 'gatekeepers', zoals het Hof van Justitie. Ook wordt ingegaan op de status van raadsbesluiten waarbij rechtstreekse werking van bepaalde verdragen wordt uitgesloten.

2.2.2 Verordeningen

In CbB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:546, stelt het College dat een e-mail niet de verplichting tot recall van een partij lamskoteletten in het leven roept, omdat die verplichting van rechtswege voortvloeit uit art. 19 Verordening (EG) 178/2002. Omdat de e-mail evenmin kan worden gezien als de oplegging van een (bijzondere) last, is zij geen Awb-besluit.

2.2.3 Richtlijnen

Zoals bekend kent de verplichting van richtlijnconforme uitlegging van nationaal recht twee grenzen, namelijk de algemene rechtsbeginselen en het verbod van *contra legem* conforme uitlegging. Die eerste grens betrof in de rechtspraak van het Hof van Justitie tot nu toe alleen het verbod van terugwerkende kracht, als onderdeel van rechtszekerheid, dat in de weg staat aan de richtlijnconforme uitlegging van een delictomschrijving die wordt gehandhaafd door middel van strafrecht of bestraffend bestuursrecht (art. 49 lid 1 Handvest). Uit HvJ EU 17 oktober 2018, nr. C-167/17, ECLI:EU:C:2018:833 (*Klohn*), AB 2019/219 m.nt. Haket, blijkt dat ook het beginsel van gezag van gewijsde van een definitief geworden rechterlijke uitspraak zich in principe tegen richtlijnconforme uitlegging kan verzetten, ook al betwijfelt het hof of dit beginsel in casu wel van toepassing is.

Blijkens HvJ EU 27 maart 2019, nr. C-545/17, ECLI:EU:C:2019:260 (*Pawlak*), kunnen bovendien nationale regels inzake beroepstermijnen, die beogen rechtszekerheid te waarborgen, beperkingen stellen aan richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht. In de zaak wordt niet duidelijk hoever de beperkingen precies gaan, omdat het hof van oordeel is dat in casu het verbod van omgekeerde verticale werking al in de weg staat aan het invoeren van de richtlijn. In de zaak was de richtlijn ingeroepen door een overheidsinstantie in een geding met een particulier. Hoe dit oordeel zich verhoudt tot een zaak als *Miisch* (C-53/10, ECLI:EU:C:2011:585), waarin het hof heeft bepaald dat het verbod van omgekeerde verticale werking niet geldt voor richtlijnconforme uitlegging, is ons niet duidelijk.

HvJ EU 13 december 2018, nr. C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Torsten Hein*), bevestigt de vaste rechtspraak van het hof dat de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging welis-

waar wordt begrensd door het verbod van *contra legem* conforme uitlegging, maar dat de 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. Aldus is nationale hoogste rechtspraak geen 'lex' in het kader van het *contra legem*-verbod.

In Rb. Amsterdam 22 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:669, is de rechtbank in een Wav-boetezaak van oordeel dat art. 5:41 Awb (geen straf zonder verwijtbaarheid) kan worden uitgelegd conform art. 4 leden 1 en 3 Sanctierichtlijn, omdat de Awb-bepaling voldoende aansluit bij de tekst en doelstelling van de Sanctierichtlijn. Op grond van het richtlijnconform geïnterpreteerde art. 5:41 is er onder meer sprake van verwijtbaarheid als werkgever de controleplicht van art. 4 lid 1, onder a, Sanctierichtlijn niet heeft nageleefd. Omdat dat laatste het geval is, wordt de boete in zoverre in stand gelaten.

In Hof Amsterdam 5 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:729, verricht het hof een uitlegging van art. 22 Overleveringswet conform het Kaderbesluit Europees Arrestatiebevel, zoals dat blijkt uit HvJ EU 12 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:108 (*TC*), in het licht van art. 6 Handvest, moet worden begrepen. Volgens het hof is kaderbesluitconforme uitlegging in casu mogelijk, omdat de wetgever, gelet op de wetsgeschiedenis, niets anders voor ogen heeft gestaan dan de wens om het Kaderbesluit getrouw om te zetten, ook al is dat niet gelukt. Evenmin is die uitlegging strijdig met de rechtszekerheid, ook al leidt zij tot een voortdurende van de overleveringsdetentie, omdat hiervoor de kaderbesluitconforme geïnterpreteerde wettelijke grondslag bestaat, die voldoet aan de eisen van duidelijkheid en voorzienbaarheid.

In HvJ EU 13 februari 2019, nr. C-434/17, ECLI:EU:C:2019:112 (*Human Operator*) oordeelt het Hof van Justitie dat een maatregel die afwijkt van art. 193 btw-richtlijn niet met terugwerkende kracht kan worden toegepast, voordat van de Uniehandeling waarbij die afwijking wordt toegestaan, kennis is gegeven aan de lidstaat die om de afwijking heeft verzocht. Dat geldt ondanks het feit dat de Uniehandeling niets vermeldt over haar inwerkingtreding en ook al heeft de lidstaat de wens geuit dat de afwijking met terugwerkende kracht van toepassing is. De lidstaat beschikt aldus over geen enkele beoordelingsmarge ten aanzien van de toepassingsvoorwaarden *ratione temporis* van de handeling.

In ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3366, oordeelt de Afdeling dat art. 9 lid 2 Vogelrichtlijn, waarin wordt bepaald dat de lidstaten bepaalde vereisten moeten vermelden voor de verlening van een ontheffing voor het doden van beschermde vogels, niet strekt tot het opnemen van die eisen in de ontheffing zelf, maar tot het in de bepalingen, die de ontheffing mogelijk maken, vastleggen ervan. Dat laatste is gebeurd in art. 5 Bbsd, juncto art 68 lid 1, Ffw, en appellante heeft niet onderbouwd waarom de Ffw en het Bbsd niet aan artikel 9 lid 2 Vogelrichtlijn voldoen.

Het in de vorige kroniek (*NTB* 2019/4 (p. 21)) vermelde wonderlijke arrest van 4 oktober 2018, nr. C-384/17 (*Skopje*), ECLI:EU:C:2018:810, waarin het Hof enerzijds stelt dat een

gecodificeerd evenredigheidsbeginsel geen rechtstreekse werking heeft, en anderzijds wel oordeelt dat de nationale rechter nationaal recht dat in strijd is met dat beginsel buiten toepassing moet laten, is gepubliceerd in *AB* 2019/73, m.nt. Verhoeven. Zie verder P. Koutrakos, 'Is there more to say about the direct effect of Directives?', *ELRev* 2018/5, p. 621-622, waarin vooral wordt ingegaan op de rechtspraak van het hof inzake 'emanation of the state' zoals die is begonnen in *Foster* en onlangs is verruimd in *Farrel* (nr. C-413/15).

2.2.5 *Andere handelingen*

Petra Lea Láncoš, 'A Hard Core Under the Soft Shell: How Binding Is Union Soft Law for Member States?', *EPL* 2018/4, p. 755-784, categoriseert aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie de mate van binding die voor nationale rechters en bestuursorganen voortvloeit uit de diverse soft law instrumenten.

Zie verder over soft law, M. Eliantonio & O. Stefan, 'Soft Law Before the European Courts: Discovering a 'common pattern'', *Yearbook of European Law* 2018, p. 457-469; E. Korkea-aho, 'National Courts and European Soft Law: Is Grimaldi Still Good Law?', *Yearbook of European Law* 2018, p. 470-495; M. Eliantonio, 'Soft Law in Environmental Matters and the Role of the European Courts: Too Much or Too Little of It?', *Yearbook of European Law* 2018, p. 496-524; en Clara van Dam, 'Guidance documenten van de Europese Commissie en de Algemene wet bestuursrecht', in: Barkhuysen e.a. (red.) 2019, p. 531-646.

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 (*Vissers Vastgoed*), leidt tot een toename van nationale rechtspraak over de betekenis van die richtlijn. In ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173 (*Kaaswinkel ACC*), JB 2019/16, toetst de Afdeling een gebruiksverbod in een voorbereidingsbesluit, strekkende tot een verbod voor detailhandel om zich te richten op toeristen, exceptief in het licht van art. 15 lid 3 Drl. De Afdeling acht het verbod non-discriminair, gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, geschikt en in algemene zin noodzakelijk om dat algemeen belang te bereiken (want gaat niet verder dan nodig). Zij acht de toepassing ervan in de concrete zaak echter onevenredig, onder meer omdat ACC het pand al had verbouwd tot kaaswinkel voordat het gebruiksverbod in werking trad en de voorbereidingen voor die verbouwing hebben plaatsgevonden met het uitdrukkelijke medeweten van het College. Daarom moet het verbod in de concrete zaak wegens strijd met art. 3:4 lid 2 Awb buiten toepassing worden gelaten.

In ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965 (*Schiedam*), laat de Afdeling een door Gedeputeerde Staten aan Schiedam opgelegde brancheringsregeling, die betrekking heeft detailhandel/diensten, buiten toepassing wegens strijd met art. 15 lid 3, onder c, Drl (evenredigheid), omdat de regeling niet geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, aan-

gezien GS dat doel niet coherent en systematisch nastreeft. In ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471, *AB* 2018/459, m.nt. 't Lam, leidt de exceptieve toetsing van een onherroepelijk bestemmingsplan aan 15 lid 3 Drl niet tot het door appellant beoogde resultaat, omdat hij niet nader heeft onderbouwd waarom de eisen in bestemmingsplan in strijd zouden zijn met die bepaling.

Andere uitspraken van de Afdeling betreffen de toepassing van de Lsp, die gelet op art. 13 lid 4 Drl voor dienstenvergunningen als uitgangspunt geldt. Uit ABRvS 2 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:13 (*Haarlem*), JB 2019/42, m.nt. Van Dam, blijkt dat deze bepaling aldus is omgezet dat op de verlening van een dienstenvergunning, die is vóór 1 januari 2012 is aangevraagd – conform de hoofdregel van art. 4:20a lid 1 Awb – paragraaf 4.1.3.3 (Positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen) alleen van toepassing is als dit bij wettelijk voorschrift is bepaald (nee, tenzij). Omdat in casu de aanvraag voor een terrasvergunning dateert van vóór die datum geldt die paragraaf dus niet, hetgeen – volgens de Afdeling – binnen het kader van art. 13 lid 4 Drl gerechtvaardigd is wegens dwingende redenen van algemeen belang, in het bijzonder de verkeersveiligheid. Voor dienstenvergunningen die na 1 januari 2012 zijn aangevraagd, geldt op grond van art. 28 Dienstenwet dat de Lsp van paragraaf 4.1.3.3 van toepassing is, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald (ja, tenzij). De consequentie hiervan blijkt uit ABRvS 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:35 (*Riksha*). In de zaak bepaalt de Afdeling eerst dat een parkeerverbod voor Spaanse Polder een eis in de zin van art. 15 lid 3 Drl is, omdat het speciaal gericht is op bedrijven in dat gebied en specifiek van invloed is op een dienstenactiviteit van een autoschadebedrijf als Riksja. Omdat de Lsp van paragraaf 4.1.3.3 in de Apv niet is uitgesloten, is de door het bedrijf gevraagde ontheffing van het verbod wegens overschrijding van de beslistermijn van rechtswege verleend.

Ten slotte oordeelt ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:810 (*Amsterdam*), dat een ligplaatsvergunning geen dienstenvergunning is en de Lsp dus niet van toepassing is. De reden hiervoor is dat het ligplaatsverbod niet alleen geldt voor dienstverrichters in de uitoefening van een economische activiteit, maar evenzeer voor personen die handelen als particulier. Daarmee regelt het verbod die diensten niet specifiek en acht de Afdeling, onder verwijzing naar *Vissers Vastgoed*, de Drl niet van toepassing.

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: W. Piątek & M. Horvat, 'A comparative analysis of limitations in administrative appeals in Europe: the case of Poland and Slovakia', *REALaw* 2018/2, p. 5-25; M. Prek & S. Lefèvre, "Administrative Discretion", "Power Of Appraisal" And "Margin Of Appraisal" In Judicial Review Proceedings

Before The General Court', *CMLRev* 2019/2, p. 339-380; C. Warin, 'Individual Rights And Collective Interests In EU Law: Three Approaches To A Still Volatile Relationship', *CMLRev* 2019/2, p. 465-487; E. Plambeck & L. Squintani, 'Rechtsbescherming tegen plannen en programma's in het omgevingsrecht in het licht van het Unierecht', *SEW* 2019/2, afl. 1, p. 2-16. Verdert wordt hier gewezen op de volgende bijdragen uit T. Barkuysen e.a. (red.) 2019: O.J.D.M.L. Jansen, 'Internationaal bestuursrecht weer voor het voetlicht', p. 425-439; H.G. Sevenster, 'Europeanisering in drie generaties: you ain't seen nothing yet?', p. 441-448; R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb binnen het Unierecht: geen rustig bezit', p. 459-468, alsmede op de bijdragen van Jasper Krommendijk en Hannah Sevenster, in, Raymond Schlössels e.a. '25 jaar Algemene wet bestuursrecht. Verschillende generaties over een jarige wet', *NTB* 2019/11 (p. 107-113).

Uit de gerechtelijke statistieken van het Hof van Justitie van de Europese Unie over 2018 (zie hierover perscommuniqué nr. 39/19) blijkt dat het Hof van Justitie en het Gerecht met 1769 afgedane zaken een nieuw record hebben gevestigd. De stijging bij het Hof van Justitie is deels te danken aan de toename van het aantal verzoeken om een prejudiciële beslissing, namelijk 568 in 2018, tegenover 533 in 2017. Dergelijke verzoeken maken 70% van de bij het Hof van Justitie aanhangige zaken uit. Het aantal hogere voorzieningen tegen de beslissingen van het Gerecht is met 35% gestegen, van 147 tot 199. Het aantal rechtstreekse beroepen is tevens toegenomen. De gemiddelde duur van de behandeling van prejudiciële zaken is licht gestegen van 15,7 naar 16 maanden, terwijl die duur voor hogere voorzieningen aanzienlijk is gedaald, tot 13,4 maanden, hetgeen een verbetering is van bijna 4 maanden ten opzichte van 2017. De duur van de behandeling van rechtstreekse beroepen is ook gedaald: naar 18,3 maanden tegenover 20,3 maanden in 2017.

Al eerder is in deze kroniek (*NTB* 2019/4 en *NTB* 2018/46) HvJ EU 27 februari 2018, nr. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), *EHRC* 2018/72, m.nt. Krommendijk, *AB* 2018/220, m.nt. van den Eijnden, besproken. Hierin heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een algemene verlaging van ambtenarensalarissen om een begrotingstekort weg te werken, die ook (Portugese) rechters treft, geen gevaar vormt voor de rechterlijke onafhankelijkheid, als neergelegd in art. 19, lid 1, tweede alinea, VEU. In dat licht wordt thans gewezen op HvJ EU 7 februari 2019, nr. C-49/18, ECLI:EU:C:2019:106 (*Carlos Escribano Vindel*). In die zaak heeft een rechter bij een Spaanse rechtbank beroep ingesteld tegen de verlaging van zijn salaris. Die algemene verlaging is eveneens het gevolg van het wegwerken van een begrotingstekort. De verzoeker betoogt dat het salaris van zijn leeftijdscategorie sterker is verlaagd dan dat van rechters die ouder zijn en/of langer in dienst zijn. De verwijzende rechter vraagt aan het Hof van Justitie of deze algemene salarisverlaging in strijd is met het Unierecht. Het Hof stelt vast dat de basissalarissen van de verschillende groepen rechters op uniforme wijze zijn verlaagd en dat het gestelde verschil in behandeling voortvloeit uit de geringere verlaging van de aanvullende salarissen van de leden van de zittende magistratuur en uit de verschillen in de verhouding

tussen het aandeel van de basissalarissen en de aanvullende salarissen in het totaal van de beloning. De Spaanse regering en de Commissie hebben toegelicht dat het aanvullende salaris is samengesteld uit een anciënniteitspremie, een standplaatsvergoeding en een vergoeding voor specifieke verantwoordelijkheden. Er lijkt dan ook geen sprake te zijn van discriminatie op grond van leeftijd, aldus het Hof. De algemene salarisverlaging lijkt ook niet in strijd met het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid, als neergelegd in art. 19 VEU. Dat beginsel brengt mee dat rechters een salaris moeten krijgen dat evenredig is aan het belang van de door hen uitgeoefende functie en dat voldoende is om hen te beschermen tegen het gevaar dat druk van buitenaf de neutraliteit van de door hen te nemen beslissingen ondergraaft. Uit de door de verwijzende rechter aangevoerde omstandigheden blijkt niet van een schending van het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid.

In HvJ EU 19 december 2018, nr. C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023 (*Berlusconi, Fininvest*), *AB* 2019/129, m.nt. Stijnen, wordt duidelijk hoe de competentieverdeling is tussen de nationale toezichthouder en de Europese Centrale Bank aangaande het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme op banken en welke rechter bevoegd is om handelingen en besluiten in dat kader te toetsen. Kort gezegd is de Unierechter exclusief bevoegd: art. 263 VWEU verzet zich ertegen dat de nationale rechter de wettigheid toetst van inleidende handelingen, onderzoekshandelingen en niet-bindende ontwerpbesluiten die de nationale bevoegde autoriteiten in het kader van de bankenunieregeling hebben vastgesteld. Dit oordeel lijkt te impliceren dat de Unierechter dan ook eventuele gebreken in die onderzoekshandelingen zal moeten beoordelen. Of hij dat doet in het licht van het nationale of EU-recht zal toekomstige rechtspraak leren. Blijkens HvJ EU 26 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:139 (*Rimševičs*), omvat de bevoegdheid van het Hof van Justitie om op grond van art. 14.2, tweede alinea, Protocol betreffende de statuten van het ESCB en van de ECB, in beroep te oordelen over het ontslag van een president van een nationale centrale bank wegens het op ernstige wijze tekortschieten, ook de beslissing van een nationaal (Lets) bureau voor de corruptiebestrijding waarbij de president tijdelijk wordt verboden zijn ambt als president uit te oefenen wegens vermeende corruptie. In de uitspraak oordeelt het hof dat Letland niet heeft aangetoond dat de ambtsontheffing van de president berust op het bestaan van voldoende aanwijzingen dat hij op ernstige wijze is tekortgeschoten, en verklaart het het besluit van het Letse bureau nietig.

In HvJ EU 14 maart 2009, nr. C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207 (*Dunai*), bepaalt het Hof van Justitie dat onder meer art. 47 Handvest zich niet ertegen verzet dat een hoogste rechterlijke instantie, in het belang van de uniforme uitlegging van het recht, bindende beslissingen neemt over de uitvoering van een richtlijn, voor zover althans die beslissingen de bevoegde (lagere) rechter niet verhinderen om een doeltreffende voorziening in rechte te bieden en om over die richtlijn prejudiciële vragen aan het hof te stellen.

3.1.2 *Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking*

In HvJ EU 7 november 2018, C-380/17, ECLI:EU:C:2018:877 (*K & B*), HvJ EU 21 november 2018, nr. C-713/17, ECLI:EU:C:2018:929 (*Ayubi*) en HvJ EU 13 maart 2019, nr. C-635/17, ECLI:EU:C:2019:192 (*E*), acht het Hof van Justitie zich uit hoofde van art. 267 VWEU bevoegd prejudiciële vragen te beantwoorden, ook al vallen de situaties in die zaken niet binnen de werkingssfeer van de relevante richtlijnbevestigingen, omdat deze bepalingen door het nationale recht 'rechtstreeks en onvoorwaardelijk' toepasselijk zijn gemaakt op deze situaties ten einde een gelijke behandeling te verzekeren van deze situaties en situaties die binnen de werkingssfeer van die bepalingen vallen. Voor de door Nederlandse rechters verwezen zaken *K & B* (verwezen door de Afdeling) en *E* (verwezen door de Rb. Haarlem) betreft dat respectievelijk art. 12 lid 1, en art. 11 lid 2 Gezinsherenigingsrichtlijn. In de zaak van *E* gaat het Hof uitvoerig in op de bewijsmiddelen over het bestaan van een familieband, wanneer de vluchteling geen plausibele verklaring geeft over zijn onvermogen om officiële bewijsstukken te verstrekken.

De in de vorige kroniek (*NTB* 2019/4) 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 gepubliceerd in *JB* 2019/197, m.nt. Krommendijk en in *SEW* 2019/50, p. 146, m.nt. Verellen. Daarnaast is – de ook in de vorige kroniek (*NTB* 2019/4) genoemde – EHRM 24 april 2018, nr. 55385/14 (*Baydar/Nederland*), waarin de weigering van de Hoge Raad om een prejudiciële vraag te stellen gecombineerd met een verkorte motivering (art. 81 Wet RO) niet in strijd is geacht met de rechterlijke motiveringsplicht van art. 6 EVRM, gepubliceerd in *AB* 2019/49, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Voor dit EHRM-oordeel is van belang dat de Hoge Raad in twee arresten (HR 7 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1005; HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146) inzicht heeft geboden in de wijze waarop hij van art. 81 Wet RO gebruikmaakt. In ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1060, en ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1061, doet de Afdeling hetzelfde met betrekking tot haar bevoegdheid van art. 91 lid 2 Vw 2000, om hoger-beroepszaken, waarin geen vragen van rechts-eenheid, rechtsontwikkeling of rechtsbescherming aan de orde zijn, met een verkorte motivering af te doen, ook als in zo'n zaak een verzoek is gedaan om een prejudiciële vraag te verwijzen. Zij doet dit 'ter voorlichting van de rechtspraktijk', maar vermoedelijk ook om de verkorte motivering EVRM-*proof* te maken. Zie ten slotte EHRM 28 augustus, nr. 60934/13, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD006093413 (*Somorjai/Hongarije*), waarin de klacht dat een hoogste Hongaarse rechter in strijd met artikel 6 EVRM ongemotiveerd

geen prejudiciële vraag aan het hof heeft gesteld, wordt afgewezen, omdat er op dit punt niet sprake is van willekeur. Aangaande de prejudiciële procedure kan verder melding worden gemaakt van drie publicaties van J. Krommendijk, 'De civiele kamer en de prejudiciële procedure: kritisch doch loyaal aan het Hof van Justitie', *TCR* 2019/1, p. 1-14; 'De belastingkamer en prejudiciële verwijzingen naar het Hof van Justitie: de meest loyale rechter van de EU?', *TFB* 2018/10, p. 388-400; 'Van Middelburg tot Almelo. Het hoe en waarom van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie door Nederlandse lagere rechters', *Recht der Werkelijkheid* 2018/3, p. 7-27, alsmede van J.R.K.A.M. Waasdorp, 'PPU, PPA en behandeling met voorrang. Drie mechanismen voor een snellere behandeling van prejudiciële verwijzingen', *NtER* 2019, afl. 1-2, p. 8-13.

In J.J. van Eck & R.K. Visser, 'Wetgever en rechter: een vruchtbare wisselwerking', *Regelmaat* 2018/6, p. 380-385, wordt onder meer gewezen op het feit dat ACA, de Europese vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechtelijke colleges, een pilot is gestart om de ervaringen van de hoogste Europese bestuursrechters in de EU op het terrein van de toepassing van het Unierecht te verzamelen en te vergelijken, om zo eventuele knelpunten te signaleren. De knelpunten worden teruggekoppeld aan de Commissie, als initiatiefnemer van de Europese regelgeving, en in voorkomende gevallen ook aan de andere autoriteiten, zoals de nationale wetgevers, het Europees Parlement en de Europese ministerraad.

3.2 *Toegang tot de rechter*

3.2.1 *Fatale termijnen*

In HvJ EU 27 maart 2019, nr. C-545/17, ECLI:EU:C:2019:260 (*Pawlak*), al vermeld in par. 2.2.2, oordeelt het Hof dat art. 7 lid 1 en 8 Richtlijn 97/67/EG, betreffende de interne markt voor postdiensten, zich verzet tegen een nationale regeling die, zonder daarvoor een objectieve rechtvaardiging wegens redenen van openbare orde of openbare veiligheid bestaat, alleen de afgifte van een processtuk in een postkantoor van de enige voor de universele postdienst aangewezen aanbieder erkent als gelijkwaardig aan de indiening van een processtuk bij de betrokken rechterlijke instantie. Anders gezegd, als volgens nationaal recht een processtuk tijdig is ingediend als het gelet op de poststempel tijdig is afgegeven bij het kantoor van de universele postdienst, heeft in beginsel hetzelfde te gelden voor een andere postdiensten dan de universele postdienst.

ABRvS 19 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:424 (*Caparis Business Post*), *AB* 2019/210, betreft de vraag of voor de verzending van een besluit door een bestuursorgaan via een andere postdienst dan PostNL, evenals voor PostNL, als uitgangspunt geldt dat het orgaan alleen de verzending aannemelijk moet maken en niet, zoals bij andere diensten, zowel de verzending als ontvangst. In de uitspraak kiest de Afdeling voor de laatste opvatting, omdat voor andere postdiensten, anders dan voor PostNL als universele postdienst op grond van de Postwet 2009, niet de specifieke wettelijke waarborgen gelden wat betreft de omvang en regelmaat van

de postbezorging. Dat de postdienst in kwestie is geregistreerd bij de ACM maakt dat niet anders, omdat die autoriteit niet tot doel heeft toezicht te houden op de Postwet. Dat het bestuursorgaan en de postdienst een overeenkomst hebben gesloten, waarin verschillende verplichtingen zijn opgenomen over de omvang en kwaliteit van de postverzorging, is evenmin reden voor een ander oordeel, omdat aan een privaatrechtelijke overeenkomst (die tussentijd gewijzigd kan worden) niet dezelfde waarde kan worden toegekend als aan de verplichtingen in de Postwet.

3.2.2 *Procespartijen*

In Rb. Limburg 21 december 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:12159, AB 2019/177, m.nt. Wertheim, JM 2019/46, m.nt. Plambeck, verwijst de rechtbank prejudiciële vragen naar het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van de Nederlandse rechtsbescherming in milieuzaken met art. 9 lid 2 Verdrag van Aarhus. Meer in het bijzonder stelt zij aan de orde of een natuurlijke persoon, die naar Nederlands recht geen belanghebbende is, op grond van Aarhus als lid van het publiek niet toch toegang tot de rechter moet hebben (net als leden van het betrokken publiek) om op te komen tegen de gestelde schending van de voor het publiek geldende procedurele vereisten en inspraakrechten. Wat betreft betrokken milieuoorganisaties, van wie het beroep op grond van artikel 6:13 Awb niet-ontvankelijk is omdat zij geen zienswijze hebben ingediend tegen het ontwerpbesluit, stelt zij de vraag of de toegang tot de rechter op grond van Aarhus afhankelijk kan worden gesteld van de eis dat zij gebruik hebben gemaakt van de inspraakprocedure van afdeling 3.4 Awb.

In de vorige kroniek (NTB 2019/4) is melding gemaakt van ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3298 (Teva), en CBB 3 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:440. Deze uitspraken zijn inmiddels gepubliceerd in JB 2018/202, m.nt. Beijen; AB 2019/27, m.nt. Van Midden respectievelijk AB 2019/45, m.nt. Wieland. Zoals besproken, zijn deze uitspraken van belang vanwege het verschil van benadering tussen deze hoogste bestuursrechters inzake de toepassing van het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb in EU-rechtelijke zaken. Kort gezegd, beoordeelt tot nu toe alleen de Afdeling – in lijn met de conclusie A-G Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (Wheermolen), punt 3.2 – eerst op basis van uitsluitend nationaal recht of de door de belanghebbende aangevoerde grond vanwege art. 8:69a Awb buiten beschouwing moet blijven. Is dat niet het geval, omdat het relativiteitsvereiste mede vanwege de diverse correcties die de Afdeling daarop toepast niet in weg staat aan de beoordeling van de EU-rechterlijke grond, dan komt zij niet meer toe aan de vraag of de toepassing van de relativiteitseis wellicht in strijd is met het Unierecht. Pas als de toepassing van art. 8:69a Awb wel ertoe leidt dat de grond (naar uitsluitend nationaal recht) buiten beschouwing kan blijven, moet zij beoordelen of de toepassing van die bepaling in de zaak voldoet aan de EU-beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming, en, daaraan voorafgaande, of de particulier rechten kan ontlenen aan de ingeroepen regel van het Unie-

recht. Daarbij is bepalend of de betrokkene onder het personele beschermingsbereik van de Unieregeling valt.

3.3 *Behandeling van het geschil*

3.3.1 *Rechterlijke beoordeling en bewijs*

In CBB 2 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:514 (Stichting Skal), bepaalt het College principieel en in lijn met ABRvS 27 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2661, dat een Nederlands bestuursorgaan onderzoeken van instellingen van andere EU-lidstaten ten grondslag kan leggen aan zijn eigen besluiten. Omdat appellant de analysetesten die het Roemeense Ministerie van landbouw ten grondslag heeft aan de decertificering van alle producten van Agrocov wegens schending van de Europese regels voor biologisch producten, niet heeft weerlegd, wordt het beroep tegen de op die testen gebaseerde decertificering door de Stichting Skal van een partij zonnebloempitten van Agrocov verworpen.

HvJ EU 4 oktober 2018, nr. C-652/16, ECLI:EU:C:2018:801 (Ahmedbekova), al gesignaleerd in NTB 2019/4 (p. 26), waarin het hof aangeeft hoe de verplichting van de rechter in eerste aanleg om ingevolge art. 46 lid 3 Procedurerichtlijn een volledig *ex nunc* onderzoek te verrichten van de feitelijke en juridische gronden moet worden toegepast op gronden die betrekking hebben op gebeurtenissen die zouden hebben voorgedaan vóór de vaststelling van het bestreden besluit, maar tegenover de beslissende autoriteit zijn verzwegen, is inmiddels gepubliceerd in AB 2019/72, m.nt. Reneman.

3.3.2 *Ambtshalve toepassing Unierecht*

De ook in deze kroniek meermaals besproken vaste rechtspraak dat er in beginsel geen verplichting bestaat om ambtshalve aan het Unierecht te toetsen, wordt bevestigd in ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:314. Zo ook dat de grondenfuik in hoger beroep bij de Afdeling tevens van toepassing is waar het gaat om een grond vanwege mogelijke strijd met het Unierecht, in casu de Dienstenrichtlijn. In HvJ EU 4 oktober 2018, nr. C-56/17, ECLI:EU:C:2018:803 (Fathi), stelt het hof dat de nationale rechter in het kader van het beroep tegen een besluit, waarbij zijn verzoek om internationale bescherming is afgewezen, niet ambtshalve dient na te gaan of de Dublin III-regels betreffende de lidstaat die verantwoordelijk is voor de behandeling van het verzoek correct zijn toegepast.

3.3.3 *Procedurele waarborgen*

Uit Rb. Noord-Holland (vzr.) 20 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5385, AB 2019/178, m.nt. Mulder, blijkt dat de AVG ook invloed kan hebben op het procesrecht. In die zaak oordeelt de voorzieningenrechter dat hij op grond van art. 4, onder 2 en 8, AVG als gegevensverwerker in de zin van de AVG dient te worden aangemerkt en dat daarom bij het doorzenden van stukken aan partijen sprake is van de verwerking van persoonsgegevens. Omdat op grond van de AVG een plicht tot minimale gegevensverwerking geldt, kan hij niet alle persoonsgegevens van afzonderlijke vergunninghouders zonder meer doorzenden, ook al

omdat in de afzonderlijke plannen vertrouwelijke gegevens of bedrijfsgevoelige informatie vermeld kunnen staan.

3.5 Voorlopige voorziening

In ABRvS (vzr.) 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:457 en ABRvS 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:505, wordt de rechtspraak van het Hof van Justitie toegepast (besproken in *NTB* 2019/4) volgens welke art. 46 Procedurerichtlijn en art. 39 oude Procedurerichtlijn, gelezen in het licht van onder meer art. 47 Handvest, zich niet verzetten tegen een nationale regeling die voorziet in de mogelijkheid van hoger beroep tegen een uitspraak in eerste aanleg waarbij een besluit tot afwijzing van een verzoek om internationale bescherming en tot oplegging van een terugkeerverplichting wordt bevestigd, maar dit rechtsmiddel geen schorsende werking van rechtswege heeft, ook al stelt de betrokkene dat er een ernstig risico op schending van het beginsel van refolement bestaat. Dit betekent dat vreemdelingen niet automatisch de mogelijkheid hoeft te worden gegeven om hun hoger beroep in Nederland af te wachten en dat zij in de tussentijd ook geen verblijfsrecht hebben op basis waarvan zij aanspraak kunnen maken op voortzetting van eerder toegekende huur- en zorgtoeslag. In de uitspraken stelt de Afdeling bovendien dat de automatisch schorsende werking van het hoger beroep evenmin voortvloeit uit het Unierechtelijke beginsel van gelijkwaardigheid, omdat de procedures waarin hoger beroep op grond van art. 8:106 Awb wel schorsende werking heeft (sociale zekerheids- en belastingzaken) niet vergelijkbaar zijn met procedures in het asielrecht, omdat zij een ander doel en andere kenmerken (onder meer langere termijnen en de verplichting om griffierecht te betalen) hebben.

Overigens is in ABRvS (vzr.) 20 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3350, AB 2017/143, m.nt. Boogaard & Uzman (zie *NTB* 2017/27), geoordeeld dat in bepaalde gevallen de vreemdeling toch de mogelijkheid moet hebben om zijn hoger beroep in Nederland af te wachten. Hierbij moet worden gedacht aan zaken waarin een zogenoemde 'arguable claim' betreffende art. 3 EVRM aan de orde is. In zulke gevallen bepaalt de voorzieningenrechter al sinds de uitspraak van 20 december 2016 in beginsel dat vreemdelingen niet worden uitgezet zolang de procedure in hoger beroep nog loopt.

3.6 Stabiliteit van definitieve besluiten en uitspraken

De in de vorige kroniek (*NTB* 2019/4 (p. 27)) genoemde HvJ EU 24 oktober 2018, nr. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853 (*XC, YB, ZA*), waarin het hof oordeelt dat de nationale strafrechter op grond van het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel niet verplicht is om een rechtsmiddel naar nationaal recht, waarmee uitsluitend bij schending van het EHRM kan worden verkregen dat een strafprocedure die is afgesloten met een in kracht van gewijsde gegane nationale beslissing wordt overgedaan, uit te breiden tot schendingen van EU-recht, met name tot inbreuken op het beginsel van *ne bis in idem* (art. 50 Handvest), is inmiddels gepubliceerd in AB 2019/119, m.nt. Widdershoven. In zijn arrest van 9 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:546, stelt de Hoge Raad

(strafkamer), zich beroepend op deze uitspraak, dat het Unierecht niet ertoe verplicht dat het bijzondere rechtsmiddel 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 uit een uitspraak van het Hof van Justitie gebleken strijdigheid met het Unierecht.

In CRvB 11 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3224, AB 2018/463, m.nt. Ortlep komt wederom tot uitdrukking dat de vraag of het Unierecht verplicht tot heroverweging (herziening) van een met dat recht strijdig in rechte onaantastbaar besluit *niet* uitsluitend beantwoord moet worden aan de hand van het bekende *Kühne & Heitz*-arrest. Zie hierover tevens R. Ortlep, 'Het meest bedrieglijke Awb-artikel en de heroverwegingsplicht naar het Unierecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.) 2019, p. 479-487.

In ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:260 (*Purmerend*) verwijst de Afdeling de vraag of, als een nationale rechter de rechtmatigheid beoordeelt van een handhavingsbesluit dat ertoe strekt de naleving af te dwingen van een in rechte onaantastbaar geworden, maar met het Unierecht strijdig vergunningvoorschrift, het Unierecht, meer in het bijzonder de rechtspraak van het Hof van Justitie over de nationale procesautonomie, toelaat dat de nationale rechter in beginsel uitgaat van de rechtmatigheid van een dergelijk vergunningvoorschrift, tenzij dat evident in strijd is met hoger recht, waaronder Unierecht. Verder vraagt de Afdeling of het Unierecht, gelet op de HvJ EU-arresten inzake *Ciola* (nr. C-224/97) en *Man Sugar* (nr. C-274/04), met zich brengt dat de nationale rechter een dergelijk vergunningvoorschrift buiten toepassing dient te laten wegens strijd met het Unierecht en of het voor de beantwoording van deze vragen van belang is of het handhavingsbesluit een herstel- dan wel een bestraffende sanctie is.

Op dit punt verwijzen wij tot slot naar de - ten tijde van het schrijven van deze kroniek - komende VAR-jaarvergadering 2019, waar de preadviezen worden verdedigd over de toekomst van de formele rechtskracht, ook vanuit het perspectief van het Unierecht, en waar waarschijnlijk ook de uitspraak van 30 januari 2019 onderdeel van het debat vormt.

4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

4.1 Algemeen

HvJ EU 14 november 2018, nr. C-215/17, ECLI:EU:C:2018:901 (*NKBM*) betreft de werkingssfeer van het Handvest. Het Hof herhaalt eerdere rechtspraak (o.a. *Ullens de Schooten*, nr. C-268/15), volgens welke het verzoek om een prejudiciële beslissing de concrete gegevens - te weten zekere en niet-hypothetische aanwijzingen zoals klachten of verzoeken die afkomstig zijn van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers of waarbij onderdanen van die staten zijn betrokken - moet bevatten die op positieve wijze kunnen aantonen dat onderdanen van andere lidstaten van deze fundamentele vrijheden gebruik willen maken. In casu kan

niet worden vastgesteld dat de bepalingen van de Sloveense ZDIJZ (wet betreffende toegang tot overheidsinformatie) die hier de orde zijn, het Unierecht ten uitvoer brengen in de zin van art. 51 lid 1 Handvest. Art. 16 Handvest – de vrijheid van ondernemerschap – is derhalve niet van toepassing. Zie voor een nationaal voorbeeld waarbij bepalingen uit het Handvest niet van toepassing zijn omdat het gaat om uitsluitend tenuitvoerlegging van nationaal recht, ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196. Zie voorts HvJ EU 25 oktober 2018, nr. C-260/17 (*Anodiki Services*), ECLI:EU:C:2018:864, waarin geen beroep kan worden gedaan op art. 16 Handvest, omdat de besluiten van publiekrechtelijke ziekenhuizen om bepaalde arbeidsovereenkomsten te sluiten niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht, in de zin van art. 51 lid 1 Handvest, vallen.

HvJ EU 6 november 2018, nr. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Shimizu*), AB 2019/107, m.nt. Jak en Barkhuysen, en HvJ EU 6 november 2018, nrs. C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), AB 2019/108, m.nt. Jak en Barkhuysen, AAe 2019, afl. 3, p. 218, m.nt. Hartkamp, betreffen, naast een bevestiging van het verbod van horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen, het leerstuk van horizontale rechtstreekse werking van grondrechten uit het Handvest. Het Hof erkent de horizontale werking van art. 31 lid 2 Handvest (rechtvaardige en billijke arbeidsomstandigheden en -voorwaarden) en vervolgt daarmee de koers die het in *Egenberger* (zie de vorige kroniek, NTB 2019/4 (p. 28)) heeft ingezet. Zie ook HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco Investigation*), waarin eveneens een niet horizontaal werkende richtlijn materieel doorwerkt via het wel horizontale werkende non-discriminatieverbod van art. 21 Handvest. Dit impliceert in die zaak dat werkgevers verplicht zijn om werknemers die niet behoren tot een evangelische kerk, evenals werknemers die wel lid daarvan zijn, op Goede Vrijdag recht een vrije dag moeten toekennen.

J. Callewaert, 'Do we still need Article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences', *CMLRev* 2018/6, p. 1685-1716 beargumenteert dat het schrappen van artikel 6(2) VEU bij een volgende verdragsherziening – hetgeen volgens de auteur niet ondenkbaar is na *Opinie 2/13* van het hof en gelet op de convergentie van de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM – geen goed idee is. De huidige status quo in de rechtspraak is niet voldoende, omdat deze geen garantie biedt voor een omvattende en stabiele verhouding tussen het EU-recht en het EVRM.

4.3 Evenredigheid

HvJ EU 7 november 2018, nr. C-257/17, ECLI:EU:C:2018:876 (*Cen A*), AB 2019/58, m.nt. Klaassens & Verbaten, betreft prejudiciële vragen van de Afdeling over de bevoegdheid van een lidstaat om voor de verlening van een autonoom verblijfsrecht een inburgeringsvereiste te stellen. Het hof oordeelt dat art. 15 lid 1 en 4, Gezinsherenigingsrichtlijn niet in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan een aanvraag voor een autonome verblijfstitel die is ingediend door een derdelander die uit hoofde van gezinshereniging langer dan vijf jaar op het grondgebied van een lidstaat heeft verbleven, kan worden afgewezen op grond dat hij niet heeft aangetoond dat hij is geslaagd voor een inburgeringsexamen over de taal en de samenleving van deze lidstaat, mits de wijze waarop de verplichting om dat examen te behalen concreet wordt uitgewerkt en niet verder gaat dan nodig is om het doel van vergemakkelijking van de integratie van derdelanders te bereiken. Verder mag de nationale regeling er niet toe leiden dat iemand die heeft aangetoond de wil te hebben om het examen te halen en daartoe inspanningen heeft verricht, toch wordt belet om de verblijfstitel te krijgen. Bovendien moet rekening worden gehouden met de bijzondere individuele omstandigheden die maken dat een vreemdeling niet in staat is het examen met goed gevolg af te leggen. Zie voor een toepassing van deze door het hof geëiste hardheidsclausule, die voor de betrokken vreemdeling deels positief afloopt, ABRvS 26 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1382.

HvJ EU 12 maart 2019, nr. C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189 (*Tjebbes e.a.*), AB 2019/180, m.nt. Bex-Reimert & Rodrigues, betreft de door de Afdeling verwezen vragen of het in overeenstemming is met art. 20 VWEU, inzake het EU-burgerschap, dat Nederlanders die ook een andere nationaliteit bezitten en die langer dan tien jaar buiten de EU wonen hun Nederlandse nationaliteit automatisch kwijtraken als zij gedurende die tijd hun reisdocument niet verlengen, dan wel dat het Unierecht verplicht tot een individuele toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, nu het verlies van de Nederlandse nationaliteit ook betekent dat iemand geen EU-burger meer is. Het Hof stelt voorop dat art. 20 VWEU op de situatie van toepassing is, omdat de betreffende burgers aldus ook worden geconfronteerd met het verlies van het EU-burgerschap en de daaraan verbonden rechten. Het criterium dat Nederlanders tien jaar lang ononderbroken hun gewone verblijfplaats hebben gehad buiten de EU kan rechtmatig zijn, omdat in dit criterium het ontbreken van de effectieve band met Nederland tot uitdrukking komt. Het verlies van rechtswege van de nationaliteit van een lidstaat is echter onverenigbaar met het evenredigheidsbeginsel indien de nationale voorschriften het op geen enkel ogenblik mogelijk maken dat de gevolgen die dat verlies voor de betrokken personen heeft uit het oogpunt van het Unierecht van geval tot geval worden getoetst. Onderzocht moet kunnen worden wat de gevolgen van dat nationaliteitsverlies zijn en in voorkomend geval moet het mogelijk zijn dat de betrokkene met terugwerkende kracht de nationaliteit herkrijgt. Bij die toetsing moet met name worden nagegaan of het nationaliteitsverlies verenigbaar is met het Handvest, in het bijzonder met het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven en met de belangen van eventuele kinderen. Relevant voor die toetsing is of de betrokken persoon zou worden geconfronteerd met beperkingen in de uitoefening van zijn recht van vrij verkeer en verblijf in de lidstaten teneinde daadwerkelijke banden met gezinsleden te onderhouden dan wel aldaar zijn beroepsactiviteiten te verrichten. Daarnaast is relevant of de betrokken persoon geen afstand kon doen van de nationaliteit van een derde staat.

4.4 *Vertrouwen en rechtszekerheid*

HvJ EU 7 augustus 2018, nr. C-120/17, ECLI:EU:C:2018:638 (*Ministru kabinets*), AB 2019/35, m.nt. Van den Brink & Den Ouden, past in de lijn van eerdere uitspraken (m.n. *Demmer en Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse*) die de strenge *Agroferm*-rechtspraak – op grond waarvan een beroep op het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel in subsidiezaken vrijwel kansloos leek te zijn – ietwat lijken te relativiseren. In de uitspraak oordeelt het hof voor het eerst dat wel een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen kan worden gedaan, ook al is subsidie toegekend op basis van een nationale rechtsregel in strijd met het EU-recht, omdat in dit geval de EU-subsidiebepaling niet heel duidelijk is en de Commissie de nationale rechtsregel heeft goedgekeurd. In dit verband kan ook worden gewezen op de verwijzing in het CBB 8 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:662 waarin het hof in de kern nadere uitleg wordt gevraagd over deze minder strenge lijn. CBB 9 oktober, ECLI:NL:CBB:2018:535, 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:542, 4 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:640 en 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:678, zijn nieuwe voorbeelden van de strenge *Agroferm*-lijn, inhoudende de ontoelaatbaarheid van *contra legem* werking van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel als het gaat om duidelijke bepalingen van Unierecht. In twee CBB-uitspraken van 23 oktober 2018 (ECLI:NL:CBB:2018:549 en ECLI:NL:CBB:2018:550) loopt de zaak, ondanks toepassing van de *Agroferm*-lijn, voor appellanten wel goed af, omdat verweerder in beide zaken niet heeft aangetoond dat sprake was van een 'onregelmatigheid' als bedoeld in de toepasselijke EU-verordeningen.

HvJ EU 23 januari 2019, nr. C-387/17, ECLI:EU:C:2019:51 (*Fallimento Traghetti del Mediterraneo*), oordeelt dat geen beroep op het vertrouwensbeginsel kan worden gedaan door overheidsentiteiten die staatssteun hebben toegekend en daarbij niet de procedure uit artikel 108 VWEU – het aanmelden van de staatssteun bij de Commissie – hebben gevolgd. Het hof stelt daarnaast vast dat het in strijd zou zijn met het rechtszekerheidsbeginsel om de tienjarige termijn uit art. 15 lid 1 van deze verordening naar analogie toe te passen. Het gaat in deze zaak namelijk om een schadevordering die tegen de betrokken lidstaat wordt ingesteld door een concurrent van de onderneming die de staatssteun heeft ontvangen. Een verjaringstermijn zoals in art. 15 gesteld, is niet bindend voor een particulier. Het gaat in dat artikel namelijk om een termijn die de terugvorderingsbevoegdheden van de Commissie dient te beperken.

In HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2260, AB 2019/75, m.nt. Ortlep, overweegt de Hoge Raad opnieuw (zie al HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7264 en HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3568) dat het nationale beginsel van rechtszekerheid eraan in de weg kan staan dat een recht op vrijstelling, dat is verworven door te handelen conform de rechtspraak van de nationale rechter in hoogste instantie, bij uitoefening van de bevoegdheid tot naheffing met terugwerkende kracht wordt ontnomen als later blijkt dat die rechtspraak in strijd is met een EU-richtlijn. De Hoge Raad overweegt dat uit het Unierecht niet iets anders volgt,

aangezien een EU-richtlijn niet rechtstreeks ten nadele van een particulier kan werken.

4.5 *Rechten van verdediging en participatie*

HvJ EU 4 april 2019, nr. C-558/17P, ECLI:EU:C:2019:289 (*OZ v EIB*) vernietigt een uitspraak van het Gerecht, omdat dit niet had geoordeeld dat de art. 41 Handvest was geschonden in het kader van het onderzoek van een klacht van een werknemster van de EIB wegens seksuele intimidatie. Het hof stelt vast dat het onderzoekscomité, voordat het zijn advies aan de president van de EIB meedeelde – en in ieder geval deze president, voordat hij een voor werknemster nadelig besluit nam – haar recht diende te eerbiedigen om als klagster te worden gehoord. Om haar opmerkingen naar behoren te kunnen maken, had zij, anders dan het Gerecht had geoordeeld, met name het recht om minstens kennis te nemen van een samenvatting van de verklaringen van de van intimidatie beschuldigde persoon en de verschillende gehoorde getuigen, voor zover het onderzoekscomité die verklaringen in zijn rapport heeft gebruikt om aan de president van de EIB advies te verstrekken. In casu staat vast dat de werknemster niet is gehoord voordat het onderzoekscomité zijn advies meedeelde aan de president van de EIB, noch voordat deze president het litigieuze besluit nam. Deze onregelmatigheden hebben onvermijdelijk gevolgen gehad voor de inhoud van het rapport en het besluit van de president van de EIB, zodat zowel dat rapport als dat besluit redelijkerwijs tot een ander resultaat had kunnen leiden. Daarom verklaart het Hof het besluit van de president om geen gevolg te geven aan de door OZ ingediende klacht nietig.

ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3796, AB 2019/122, m.nt. Schilder en Brouwer, betreft een verwijderingsbevel van de burgemeester van Amsterdam. De Afdeling overweegt, onder verwijzing naar *Akerberg Fransson* en *Ispas*, dat voor een beroep op het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel voorwaarde is dat de besluitvorming van de burgemeester binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Omdat de regeling waarop het verwijderingsbevel is gebaseerd – art. 2.9 APV Amsterdam – niet binnen die werkingssfeer valt, komt betrokkene geen beroep toe op het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. Ook HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2082, BNB 2019/19, m.nt. Van Eijdsen, betreft de werkingssfeer van het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel. De HR onderschrijft – verwijzend naar o.a. nr. C-390/12 (*Pfleger*) – de opvatting dat het verdedigingsbeginsel niet geldt in gevallen waarin (i) de toegepaste nationale belastingwetgeving niet uitvoering geeft aan het recht van de Unie; en (ii) evenmin aan de orde is of de toepassing van de nationale belastingwetgeving een – al dan niet gerechtvaardigde – beperking inhoudt van de in het VWEU neergelegde verkeersvrijheden. Anders dan waarvan het gerechtshof was uitgegaan, kan aan de enkele omstandigheid dat belanghebbende beschikte over een kantoorruimte in een andere lidstaat van waaruit hij leiding heeft gegeven aan de in casu relevante activiteiten (betrokkenheid bij omzetbelastingfraude), niet de gevolgtrekking worden verbon-

den dat bij het opleggen van de voorlopige aanslagen het verdedigingsbeginsel geldt.

4.6 *Transparantie en openbaarheid van bestuur*

In HvJ EU 19 juni 2018, nr. C-15/16, ECLI:EU:C:2018:464 (*Baumeister*), AB 2018/447, m.nt. De Bruijn & Geleijnse, oordeelt het hof dat de geheimhoudingsplicht voor toezicht houdende autoriteiten op grond van art. 54 MIFID-richtlijn niet zonder meer of onvoorwaardelijk van toepassing is op alle informatie over of afkomstig van onder toezicht staande ondernemingen. Uit art. 54 lid 1 MIFID volgt uitsluitend de verplichting voor lidstaten om er zorg voor te dragen dat toezichthoudende autoriteiten vertrouwelijke gegevens geheim houden. Onder vertrouwelijke gegevens moet volgens het hof worden verstaan: gegevens die niet openbaar zijn en waarvan de openbaarmaking afbreuk doet aan (i) de belangen van de natuurlijke of rechtspersoon die de gegevens heeft verstrekt; (ii) de belangen van derden; of (iii) de goede werking van het systeem van toezicht op de activiteiten van beleggingsondernemingen. Voor andere gegevens, ook als die gegevens van onder toezicht staande ondernemingen afkomstig zijn, geldt deze verplichting niet. Overigens kunnen lidstaten op nationaal niveau wel voor een ruimere geheimhoudingsplicht of bescherming tegen openbaarheid kiezen. Verder oordeelt het hof dat de vertrouwelijkheid van gegevens moet worden beoordeeld op het tijdstip dat om openbaarmaking wordt gevraagd, los van de kwalificatie van de gegevens op het moment dat die aan de toezichthouder werden verstrekt. Voor gegevens die mogelijk commerciële geheimen zijn, is bij deze beoordeling het uitgangspunt dat die gegevens door een tijdsverloop van vijf jaar worden geacht niet meer actueel en dus niet langer geheim te zijn. Dit is slechts anders als degene die aanvoert dat de gegevens nog wel geheim zijn, bij wijze van uitzondering, aantoont dat de gegevens nog steeds een wezenlijk onderdeel van haar commerciële positie of die van een betrokken derde vormen.

Uit Gerecht EU 5 februari 2018, T-208/16, ECLI:EU:T:2018:68 (*Ranocchia*), AB 2019/50, m.nt. Van den Brink & Nanninga, blijkt dat deze Europese rechter minder rechtsbescherming verleent tegen de besluiten tot afwijzing van een wetenschappelijke ERC-subsidieaanvraag dan de Nederlandse bestuursrechter tegen vergelijkbare afwijzingen door NWO. Omdat in deze zaken sprake is van een ingewikkelde beoordeling waarbij de EU-autoriteit beschikt over een ruime beoordelingsmarge, is de rechterlijk toetsing – volgens het Gerecht – beperkt tot de vraag of procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van die feiten. De autoriteit hoeft echter niet de rangschikking van de goedgekeurde projecten, de eindbeoordelingen en de individuele evaluaties te overleggen, omdat een vergelijking met wel gesubsidieerde projecten geen kennelijk onjuiste beoordeling van de aanvraag van appellante kan aantonen en bijgevolg niet van nut is voor de beslechting van het geschil. Zie ten slotte, Annemarie Drahmman, 'Een klachtrecht in het kielzog van de transpa-

rantieverplichting', in: Barkhuysen e.a. (red.) 2019, p. 489-498.

4.7 *Andere beginselen*

In HvJ EU 26 februari 2019, nrs. C-115/16 e.a., ECLI:EU:C:2019:134 (*N Luxemburg 1 e.a.*), bepaalt het hof dat het – in deze kroniek al vaker gesignaleerde (onder meer NTB 2019/4 (p. 30)) – algemene Unierechtelijke beginsel volgens hetwelk justitiabelen zich niet door middel van fraude en misbruik kunnen beroepen op het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties de vrijstelling van alle belastingen moeten weigeren aan een belastingplichtige in geval van fraude of misbruik, ook indien de nationale wet of verdragen niet voorzien in bepalingen van die strekking. Implementatie van het beginsel in het nationale recht is daarvoor dus niet vereist. Voor het bewijs van misbruik is het – aldus het hof – vereist dat er sprake is van, ten eerste, een geheel van objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat de voorwaarden van de Unieregeling weliswaar formeel zijn nageleefd, maar dat het door deze regeling nagestreefde doel niet werd bereikt, en, ten tweede, een subjectief element dat bestaat in het verlangen een uit de Unieregeling voortvloeiend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder dat voordeel ontstaat. Rechtsmisbruik kan worden aangetoond aan de hand van een reeks aanwijzingen, zoals het bestaan van doorstroomvennootschappen zonder economische rechtvaardiging en het louter formele karakter van het concern, de financiële constructie en de leningen. Zie over het beginsel, Peter Wattel, 'Misbruikbestrijding van interne bevoegdheid naar EU-plicht', *NJB* 2019/16 (p. 1147).

4.8 *Fundamentele rechten*

HvJ EU 2 oktober 2018, nr. C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788 (*Ministerio Fiscal*), *EHRC* 2019/18, m.nt. Van der Sloot. is een vervolg op het in kroniek NTB 2017/27 (p. 247) reeds besproken arrest in de zaak *Tele2 Sverige & Watson e.a.* (nrs. C-203/15 en C-698/15). Het hof oordeelt dat art. 15 lid 1 Richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie, gelezen in samenhang met art. 7 en 8 Handvest, aldus moet worden uitgelegd dat de toegang van overheidsinstanties tot de identificatiegegevens van houders van met een gestolen mobiele telefoon geactiveerde simkaarten – zoals hun naam, voornaam en, in voorkomend geval, adres – geen zodanig ernstige inmenging in de door de genoemde artikelen van het Handvest gewaarborgde grondrechten van laatstgenoemden oplevert dat die toegang – op het gebied van het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten – moet worden beperkt tot de bestrijding van zware criminaliteit.

In HvJ EU 14 februari 2019, nr. C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 (*Buivids*) oordeelt het hof dat het publiceren van video-opnames op YouTube van een ondervraging door politieagenten op het politiebureau binnen de werkingssfeer van de databeschermingsrichtlijn valt. Dit kan een verwerking van persoonsgegevens voor journalistieke doeleinden zijn. In dat geval is de verwerking, indien noodzakelijk om de

bescherming van de persoonlijke levenssfeer te verzoenen met de vrijheid van meningsuiting, uitgezonderd van verplichtingen uit de richtlijn zoals voorafgaande toestemming door betrokkenen.

ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4200 herhaalt – zie eerder ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:85 – dat het recht op inzage, bedoeld in art. 35 lid 1 Wbp, uitsluitend betrekking heeft op de persoon betreffende gegevens die vallen onder het bereik van de Wbp. In HvJ EU 17 juli 2014, nr. C-141/12 en C-372/12 (*Y.S.*), is over de wijze van verstrekking van deze gegevens overwogen dat het aan de lidstaten is om te bepalen welke concrete materiële vorm die verstrekking moet krijgen, mits deze in begrijpelijke vorm geschiedt. Voor zover aan de met het recht op inzage nagestreefde doelstelling volledig kan worden voldaan met een andere vorm van verstrekking kan de betrokkene aan art. 12, aanhef en onder a, Privacyrichtlijn geen recht ontlenen om een afschrift te verkrijgen van het originele document of bestand waarin hem betreffende gegevens staan, aldus het hof. Het is daarom voldoende dat aan de aanvrager een volledig overzicht in begrijpelijke vorm van deze persoonsgegevens wordt verstrekt, voorzien van een omschrijving van het doel of de doeleinden van de verwerking, de categorieën van gegevens waarop de verwerking betrekking heeft en de ontvangers of categorieën van ontvangers, alsmede de beschikbare informatie over de herkomst van de gegevens, zodat de aanvrager die gegevens kan controleren op hun juistheid en kan controleren of zij in overeenstemming met de Wbp zijn verwerkt.

HvJ EU 26 maart 2019, nr. C-129/19, ECLI:EU:C:2019:248 (*SM - Enfant placé sous kafala algérienne*) maakt allereerst duidelijk dat het begrip rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn van een Unieburger in art. 2 Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, aldus moet worden uitgelegd dat het niet ziet op een kind dat uit hoofde van de Algerijnse kafala onder vaste wettelijke voogdij van een Unieburger is geplaatst, omdat deze plaatsing geen afstammingsrelatie in het leven roept tussen hen. Wel dienen de bevoegde nationale autoriteiten de binnenkomst en het verblijf van een dergelijk kind als ander familielid van een Unieburger te vergemakkelijken overeenkomstig art. 3, lid 2 van deze richtlijn, gelezen in het licht van art. 7 en art. 24, lid 2, Handvest, door een evenwichtige en redelijke beoordeling te maken van alle actuele en relevante omstandigheden van het individuele geval, waarbij rekening wordt gehouden met de verschillende in het geding zijnde belangen en in het bijzonder het belang van het betrokken kind. Ingeval na deze beoordeling komt vast te staan dat het kind en zijn voogd, die Unieburger is, daadwerkelijk een gezinsleven zullen leiden en dat het kind afhankelijk is van zijn voogd, verlangen de eisen in verband met het grondrecht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, samen met de verplichting om rekening te houden met het belang van het kind, in beginsel dat aan dat kind een recht van binnenkomst en verblijf wordt verleend, teneinde het kind in staat te stellen met zijn voogd in de gastlidstaat van laatstgenoemde te leven.

Verder zij gewezen op diverse publicaties over de privacybescherming onder het nieuwe regime van de AVG en UAVG, al dan niet in relatie tot de Awb. Het betreft V.N. Mantel, E.S. van der Deijl & E. Los, 'De (U)AVG en de Awb: toezicht, sanctionering en rechtsbescherming', *JBPlus* 2019, nr. 1; O. Nijveld & W. van Steenbergen, 'Het Awb-landschap door een AVG-filter; Klachtbehandeling op grond van de AVG in Nederland', *Tijdschrift voor Toezicht* 2018, nr. 4, p. 95-102; W. van Beek & A.M. Klingenberg, 'Gegevensbescherming anno 2019', *SEW* 2019/21, afl. 2, p. 66-75 en N. Jak & S. Bastiaans, 'De betekenis van de AVG voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid. Een black box voor een black box', *NJB* 2018/2102 (p. 3018-3025).

5. Handhaving en schadevergoeding

5.1 Handhaving

5.1.1 Instrumenten

CBB 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444, *AB* 2018/454, m.nt. Stijnen, betreft een MIFID-conforme interpretatie van art. 1:74 Wft. Het resultaat daarvan is dat ook de AFM – zie eerder betreffende DNB, CBB 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:2 – als toezichthouder beschikt over de bevoegdheid om in het kader van de uitoefening van zijn toezichttaken onderzoek te verrichten naar activiteiten die plaatsvinden op de Nederlandse financiële markten en dat zij in het bijzonder gerechtigd is onderzoek te doen naar vermoedelijke overtredingen van de in Nederland geldende Wft. In het kader van een dergelijk onderzoek beschikken AFM en de door haar aangewezen toezichthouders op grond van art. 1:74 lid 1 Wft dan wel art. 5:16 Awb over de bevoegdheid om in beginsel van eenieder en in het bijzonder van een vermoedelijke overtreder, ook als die geen zetel heeft in Nederland, inlichtingen te vorderen en kan zij een inlichtingenvordering, indien daaraan niet is voldaan, kracht bijzetten door het opleggen van een last onder dwangsom. Indien, zoals in dit geval, enkel sprake is van het toezenden van inlichtingenvorderingen, dwangsbesluiten om naleving van deze vorderingen af te dwingen en besluiten tot invordering van de betreffende dwangsommen aan in het buitenland gevestigde rechtspersonen, is naar het oordeel van het College van het uitoefenen van onderzoeksbevoegdheden of het inzetten van dwangmiddelen in het buitenland geen sprake. Het College overweegt in dit verband voorts dat de inlichtingenvorderingen en de dwangsbesluiten verband houden met een onderzoek naar een mogelijke overtreding van de Wft in Nederland. Het onderzoek is enkel erop gericht om bepaalde informatie te verkrijgen, zodat kan worden vastgesteld of en zo ja, in hoeverre appellanten zonder vergunning financiële diensten hebben verleend. In ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3324, *AB* 2019/15, m.nt. Braaksma, oordeelt de Afdeling dat, aangezien in hoofdstuk 18 Wet milieubeheer niet de bevoegdheid is toegekend om een bestuurlijke sanctie op te leggen indien bepalingen van titel 5.2 van die wet worden overtreden en de Wm overigens ook niet een verbod op overschrijding van de in bijlage 2 opgenomen grenswaarden bevat dat kan wor-

den gehandhaafd, de staatssecretaris niet bevoegd is om handhavend op te treden door dwangsommen of specifieke maatregelen aan de Staat of de Gemeente Amsterdam op te leggen. Handhavend optreden zou in strijd zijn met art. 5:4 Awb. Dat het nationale recht niet voorziet in de bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen, betekent niet dat appellanten niet kunnen bewerkstelligen dat de overheid aan de verplichtingen uit de Richtlijn luchtkwaliteit voldoet. Zij kunnen een vordering bij de burgerlijke rechter instellen. Uit het door hen aangehaalde arrest van het Hof van Justitie van 25 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:447 (*Janecek*) volgt niet dat toezicht op de naleving van de verplichtingen uit de Richtlijn luchtkwaliteit moet worden uitgeoefend door de bestuursrechter. Dat volgt evenmin uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

In HvJ EU 25 oktober 2018, nr. C-331/17, ECLI:EU:C:2018:859 (*Sciotto*), oordeelt het Hof van Justitie dat een raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die als bijlage is opgenomen bij Richtlijn 1999/70/EG, zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke de regels die beogen misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te bestraffen door de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op enig moment automatisch om te zetten in een overeenkomst voor onbepaalde tijd, niet van toepassing zijn op de werkzaamheden van stichtingen voor dans, opera en orkesten, althans als er naar nationaal recht geen sprake is van andere effectieve maatregelen ter bestraffing van het in die branche geconstateerde misbruik.

ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3221 (*Vueling*), vermeld in de vorige kroniek (*NTB* 2019/4 (p. 31-32)), is inmiddels gepubliceerd in *AB* 2018/440, m.nt. Kortmann. HvJ EU 25 juli 2018, nr. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589 (*ML*), ook vorige keer gesignaleerd, is inmiddels gepubliceerd in *AB* 2019/83, m.nt. Hillary, *AB* 2019/74, m.nt. Bovend'eert en *AAe* 2018, afl. 12, p. 1040, m.nt. Ouwkerk & Slot.

5.1.2 Specifieke waarborgen

HvJ EU 17 januari 2019, nr. C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30 (*Dzivev e.a.*) maakt duidelijk dat art. 325 lid 1 VWEU en art. 1 lid 1, onder b), en art. 2 lid 1 Overeenkomst, aangaande de bescherming van de financiële belangen van de EG, gelezen in het licht van het Handvest, zich, gelet op de doeltreffendheid van de strafrechtelijke vervolging van inbreuken ter zake van de btw, zich niet ertegen verzetten dat de nationale rechter een nationale regeling toepast op grond waarvan bewijselementen, zoals telefoontaps, waarvoor een voorafgaande rechterlijke toestemming vereist is, van de strafprocedure worden uitgesloten wanneer deze toestemming is gegeven door een onbevoegde rechterlijke instantie, ook al kan het bewijs van de betrokken inbreuken alleen met die bewijselementen worden geleverd.

Volgens HvJ EU 3 april 2019, nr. C-617/17, ECLI:EU:C:2019:283 (*Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*) verzet het beginsel van *ne bis in idem* (art. 50 Handvest) zich er niet tegen dat een nationale mededingingsautoriteit een onderneming bij hetzelfde besluit een geldboete wegens schending van het nationale mededingingsrecht en een geldboete wegens

schending van thans art. 102 VWEU oplegt. In een dergelijke situatie dient de nationale mededingingsautoriteit er niettemin voor te zorgen dat de geldboeten tezamen in verhouding staan tot de aard van de inbreuk. De meermalen gesignaleerde zaken *Garlsson Real Estate* (C-537/16), *Di Puma* (nr. C-596/16) en *Menci* (C-524/15), waarin Hof van Justitie onder voorwaarden gecombineerde oplegging van een bestraffende bestuurlijke sanctie (boete) en een strafsancie voor hetzelfde feit toestaat als een door art. 52 lid 1 Handvest gerechtvaardigde beperking van *ne bis in idem* (art. 50 Handvest), zijn inmiddels gepubliceerd in respectievelijk *AB* 2019/94, 2019/95 en 2019/96, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Zie voor een uitgebreide analyse van deze rechtspraak, M. Luchtman, 'The ECJ's recent case law on *ne bis in idem*: Implications for law enforcement in a shared legal order', *CMLRev* 2018/6, p. 1717-1750, en M. Vetzo, 'The Past, Present and Future of the *Ne Bis In Idem* Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of *Menci*, *Garlsson* and *Di Puma*', *REALaw* 2018/2, p. 55-84.

CBB 9 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:531 oordeelt dat het beroep op het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb, in het kader van het toepassen van een korting op de uitbetaling van betalingsrechten, niet slaagt, omdat de belangenafweging die in dit verband dient plaats te vinden ingevolge art. 3:4 lid 1 Awb wordt beperkt voor zover dit voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. De voorwaarden voor het toepassen van een korting vloeien rechtstreeks voort uit art. 19bis van Verordening (EU) 640/2014. Deze verordening laat geen ruimte voor een belangenafweging.

In CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:65, *TvAR* 2019/5978, m.nt. Bruil oordeelt het College, na conclusie van A-G Wattel, ECLI:NL:CBB:2018:187, dat het boetesysteem in de Meststoffenwet op zichzelf in overeenstemming is met in internationale verdragen verankerde grondrechten, waaronder de onschuldpresumptie en het *lex certa*-beginsel. Veehouders moeten echter wel een redelijke mogelijkheid hebben zich te verweren tegen het aan hun niet-sluitende mestboekhouding ontleende bewijsvermoeden dat zij de Meststoffenwet hebben overtreden. Dat kan alleen als de minister de door hem gebruikte correctiefactoren en marges op tijd – in het voornemen tot boeteoplegging – onthult.

5.2 Aansprakelijkheid

In HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396 (*KLM-piloten/Staat*), *JB* 2019/12, verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep dat de piloten hebben ingesteld tegen de afwijzing door het Hof Den Haag 5 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2984 (vermeld in *NTB* 2017/4 (p. 38)), van hun – op het *Köbler*-arrest van het Hof van Justitie (C-224/01) gebaseerde – schadevordering tegen de Staat wegens de beweerdelijke schending door de Hoge Raad van het Unierecht in een arrest uit 2012. Daartoe overweegt hij onder meer dat de enkele stelling dat een hoogste nationale rechter zijn uit art. 267 lid 3 VWEU voortvloeiende verplichting om vragen van het Unierecht prejudicieel te verwijzen naar het Hof van Justitie niet is nagekomen, niet volstaat om de op het Unierecht gebaseerde *Köbler*-aanspra-

kelijkheid te vestigen, omdat die aansprakelijkheid niet los kan worden gezien van de onderliggende inhoud van het uit te leggen Unierecht. Voor vestiging van aansprakelijkheid is de enkele schending van de prejudiciële verwijzingsplicht derhalve onvoldoende en moet een particulier mede schending van een regel van materieel Unierecht stellen.

Of het in strijd met art. 6 EVRM ongemotiveerd niet prejudicieel verwijzen (zie par. 4.2 van deze kroniek) wel tot aansprakelijkheid kan leiden, laat de Hoge Raad in het midden, omdat hij van oordeel is dat de Hoge Raad de niet verwijzing in zijn arrest van 2012 afdoende heeft gemotiveerd. In zijn arrest van 20 november 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3432 (*Yin Yang/Staat*), inzake een schadevordering wegens de beweerdelijke schending van Unierecht door de Hoge Raad (belastingkamer) in een arrest van 2014, gaat het Hof Den Haag ervan uit dat het (kennelijk) schending van de motiveringsplicht wel tot aansprakelijkheid kan leiden, maar acht het die plicht niet geschonden door de Hoge Raad. De – in *NTB 2018/46* (p. 251), vermelde – schadevordering van de NJCM en een Afghaanse 1F-er, inzake de beweerdelijke schending van Unierecht door de Afdeling, wordt in Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:183, verworpen, omdat de Afdeling volgens het hof het Unierecht niet heeft geschonden. Zie verder Rb. Den Haag 6 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6681 (*GFSF/Staat*), waarin een schadevordering wegens beweerdelijke schending van het Unierecht door het CBB wordt afgewezen. In die uitspraak overweegt de rechtbank dat een op *Köbler* gebaseerde aansprakelijkheidsclaim wegens het (ongemotiveerd) niet prejudicieel verwijzen door een hoogste rechter al afstuit op de (eerste) relativiteitsvoorwaarde voor het vestigen van *Köbler*-aansprakelijkheid, omdat de verwijzingsplicht van art. 267 lid 3 VWEU er niet toe strekt rechten aan particulieren toe te kennen.

In HvJ EU 13 december 2018, nr. C-150/17 P, ECLI:EU:C:2018:1014 (*Kendrion*), oordeelt het Hof, anders dan het Gerecht, dat schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn door het Gerecht in een mededingingszaak, niet de kosten betreft voor het langer aanhouden van een bankgarantie in verband met de boete die in die zaak ter beoordeling stond. Volgens het hof bestaat er namelijk geen causaal verband tussen de schending van de redelijke termijn en die schade, omdat het stellen en aanhouden van de bankgarantie ter vrijer beoordeling van de onderneming staat. De onderneming zou de boete ook 'gewoon' kunnen betalen hangende de procedure. Verder oordeelt het hof dat de Unierechter de EHRM-rechtspraak betreffende de redelijke termijn van art. 6 lid 1 EVRM op grond van art. 52 lid 3, Handvest weliswaar in aanmerking moet om de inhoud en reikwijdte van het corresponderende art. 47 lid 2 Handvest te preciseren, maar dat – anders dan *Kendrion* heeft gesteld – uit die EHRM-rechtspraak niet kan worden afgeleid dat voor mededingingsprocedures voor het Gerecht een redelijke termijn van 2 jaar en 6 maanden zou gelden. Uiteindelijk blijft de compensatie voor de overschrijding van de redelijk termijn beperkt tot 6000 Euro immateriële schadevergoeding.

HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973 (*EnergyClaim/Staat*), vermeld in *NTB 2019/4* (p. 33), waarin een schadevordering wegens incorrecte omzetting van richtlijnen afstuit op het Europese en nationale relativiteitsvereiste, is inmiddels gepubliceerd in *AB 2019/119*, m.nt. Widdershoven. HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677 (*TMG/Staat*), ook vermeld in *NTB 2019/4* (p. 33), waarin de Hoge Raad bepaalt dat de incorrecte omzetting van een richtlijn, zolang die wordt gehandhaafd, iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad oplevert, zodat daarop gegronde vorderingen apart verjaren, is ook gepubliceerd in *O&A 2018/53* (p. 167), m.nt. D.H.F. Stein. HvJ EU 4 oktober 2018, nr. C-571/16 (*Kantarev*), ECLI:EU:C:2018:807, al vermeld in *NTB 2019/4* (p. 33), waaruit blijkt dat richtlijnbevestigingen inzake het financieel toezicht ertoe kunnen strekken om (aansprakelijkheids)rechten toe te kennen aan particulieren, wordt besproken in D. Busch & S.A.M. Keunen, 'Wettelijke aansprakelijkheidsbeperking AFM en DNB strijdig met Unierecht', *AAe 2019*, afl. 1, p. 59.