

Europees staats- en bestuursrecht

NTB 2022/42

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 september 2021 tot en met december 2021.*

1. Constitutionele aspecten

1.1 Europese institutionele ontwikkelingen

De rechtsstaatcrisis in Polen en Hongarije woekert voort. In HvJ EU 15 juli 2021, nr. C-791/19 (*Commissie v. Polen*), ECLI:EU:C:2021:596, AB 2021/324, m.nt. Bovend'eert, veroordeelt het Hof Polen wegens schending van art. 19 lid 1 VEU en art. 267 VWEU, omdat het de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de disciplinaire kamer van de Poolse Hoge Raad, die verantwoordelijk is voor disciplinaire maatregelen tegen rechters, niet heeft gegarandeerd en bovendien het recht van Poolse rechterlijke instanties om prejudiciële vragen te stellen heeft beperkt doordat tegen verwijzende rechters een disciplinaire procedure kan worden gestart. Om de veroordeling af te dwingen, heeft het Hof Polen ook een dwangsom van 1 miljoen euro per dag opgelegd. Een vergelijkbare schending van art. 267 VWEU wordt vastgesteld in HvJ EU 23 november 2021 (*IS*), ECLI:EU:C:2021:949, waarin het Hof naar aanleiding van een prejudiciële vraag van een Hongaarse rechter oordeelt dat deze bepaling eraan in de weg staat dat tegen een nationale rechter een tuchtprocedure wordt ingeleid op de grond dat hij het Hof om een prejudiciële beslissing heeft verzocht. Bovendien acht het Hof het strijdig met art. 267 VWEU dat een hoogste rechterlijke instantie van een lidstaat vaststelt dat een verzoek om een prejudiciële beslissing dat een lagere rechterlijke instantie aanhangig heeft gemaakt bij het Hof, onrechtmatig is.

In HvJ EU 6 oktober 2021, nr. C-478/19 (*WZ*), ECLI:EU:C:2021:798, AB 2021/329, m.nt. Bovend'eert, acht het Hof een Poolse rechter die benoemd is door de president van Polen op basis van een besluit van de niet-onafhankelijke raad voor de rechtspraak geen 'vooraf bij wet ingesteld onafhankelijk en onpartijdig gerecht' als bedoeld in art. 47 Hv. Art. 19 lid 1 VEU en het beginsel van voorrang van Unierecht brengen

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.

daarom met zich dat een beslissing van die rechter, waarbij hij het beroep van een kritische Poolse rechter tegen diens onvrijwillige overplaatsing heeft afgewezen, non-existent moet worden verklaard. In HvJ EU 16 november 2021, nr. C-748/19 (WB), ECLI:EU:C:2021:931, stelt het Hof naar aanleiding van prejudiciële vragen van Poolse rechters, dat art. 19 lid 1 VEU, gelezen in het licht van art. 2 VEU, zich verzet tegen nationale bepalingen volgens welke de minister van Justitie, op grond van criteria die niet openbaar zijn gemaakt, een rechter voor bepaalde of onbepaalde tijd kan detacheren bij een hogere strafrechtelijke instantie, en die detachering op elk moment en bij een ongemotiveerd besluit kan beëindigen.

Als tegenzet tegen deze uitspraken van het Hof heeft het Poolse Constitutionele Hof in uitspraken van 14 juli en 7 oktober 2021 alle bepalingen/beginselen, die Polen volgens het Hof van Justitie heeft geschonden, in het bijzonder art. 2 en 19 lid 1 VEU, en het EU-beginsel van voorrang, onverenigbaar verklaard met de Poolse grondwet. Zie hierover, N. de Graaf & T. Riesthuis, 'Polexit-uitspraak is een aanval op de Europese rechtsorde', *NJB* 2021/2726, nr. 37, p. 311. Eind december 2021 is de Commissie wegens deze arresten tegen Polen een inbreukprocedure gestart.

Zie over de Europese rechtsstaatcrisis en de samenhangende problematiek van de onafhankelijkheid van de nationale rechter, H. de Waele, 'De nieuwe ontwikkelingen in de Europese rechtsstaatcrisis. Hongarije verliest een slag, maar wie wint de oorlog?', *AAe* 2021, nr. 12, p. 1118-1123; Editorial Comments, 'Clear and present danger: Poland, the rule of law & primacy', *CMLRev* 2021/6, p. 1635-1648; E.L. Tsourdi, 'Asylum in the EU: One of the Many Faces of Rule of Law Backsliding?', *European Constitutional Law Review* 2021/3, p. 471-497; M. Leloup, 'Who Safeguards the Guardians? A Subjective Right of Judges to their Independence under Article 6(1) ECHR', *European Constitutional Law Review* 2021/3, p. 394-421; J.J. Sillen, 'Straatsburg, Luxemburg en twee perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid', *SEW* 2021/202, p. 628-639.

In de afgelopen periode werden twee liber amicorums gepubliceerd met bijdragen die voor deze kroniek van belang zijn. Het eerste is N. de Boer e.a. (red.), *Liber amicorum Besselink*, Amsterdam: UvA 2021, met als relevante bijdragen: N. Lupo, 'The Form of Government of the European Union in the Composite European Constitution', p. 17-34; E.A. Catalan, 'Sovereignty Challenges for the Evolutionary and Composite European Constitution', p. 35-50; C. Pinelli, 'Common values, rule of law conditionality and the state of democracy in Europe', p. 51-67; B. de Witte, 'Along the Seam of Europe's Composite Constitution: Acts of the Representatives of the Member States', p. 69-83; T. Eijsbouts, 'European Constitution and European Sovereignty: On Art and Craft of the Anticipating Notion', p. 85-93; D. Curtin, 'Public Accountability Loops Navigate EU Institutional Secrecy', p. 95-121; J.H. Reestman, 'De reikwijdte van artikel 23 lid 1 Duitse grondwet: over de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 13 februari 2020', p. 123-141; R.J.G.M. Widdershoven, 'Vrijwillige adoptie van Unierechtelijke beginselen

en concepten in het Nederlands algemeen bestuursrecht', p. 165-182.

Het tweede liber betreft K.J. de Graaf e.a. (red.), *Grensoverschrijdende rechtsbeoefening*, Liber Amicorum Jan Jans, Zutphen: Paris 2021, met als relevante bijdragen: G. Bándi, 'Constitutionality Test in Hungary – the Precautionary Principle', p. 15-21; R. de Lange, 'Beginselen van publiekrecht: proportionaliteit', p. 37-43; V. Karageorgou, 'The Standard of Review in Environmental Litigation Before the National Courts: In Search of EU Law Standards', p. 77-85; H. van Harten, 'Grensoverschrijdende rechtspraak', p. 157-164; N. Koeman, 'Grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking', p. 165-170; K.J. de Graaf, 'De toepassing van artikel 6:13 Awb in het milieurecht revisited', p. 219-226; B. Marseille, 'Help! De burger moet passend worden ondersteund. Biedt Europa hulp?', p. 227-234; H. Tolsma, 'The Rise and Fall and Rise Again of Access to Justice in the Netherlands', p. 243-250; T. Duijkersloot, 'De Wob en de Eurowob: nog steeds een latrelatie', p. 253-259; S. Prechal, 'Het prijskaartje van niet-implementatie', p. 261-266; M. Verhoeven & R.J.G.M. Widdershoven, 'Van Costanzo naar Tiel. De bestuurlijke bevoegdheid om met hoger recht strijdige nationale wetten buiten toepassing te laten', p. 283-290.

Zie over het concept nationale constitutionele identiteit, gecodificeerd in art. 4 lid 2 VEU, het themanummer van *European Public Law* 2021/3, met bijdragen van L. Besselink, 'The Persistence of a Contested Concept: Reflections on Ten Years Constitutional Identity in EU Law', p. 597-612; D. Fromage & B. de Witte, 'National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives', p. 411-424; M. Claes, 'National Identity and the Protection of Fundamental Rights', p. 517-536 en B. de Witte, 'Article 4(2) TEU as a Protection of the Institutional Diversity of the Member States', p. 559-570.

1.2 Het wetgevingsproces

1.2.1 Europese institutionele ontwikkelingen

Zie over de participatie van nationale parlementen in het Europese wetgevingsproces, A. Cygan, 'Participation by national parliaments in the EU legislative process', *ERA Forum* 2021, p. 421-435.

1.3 Toezicht en samenwerking

Hoewel veruit de meeste infractieprocedures worden ingesteld door de Commissie, kan zo'n procedure op grond van art. 259 VWEU ook aanhangig worden gemaakt door een andere lidstaat. Een succesvol voorbeeld, waarin zelfs een voorlopige voorziening wordt toegewezen, biedt HvJ EU 21 mei 2021, nr. C-121/21 R, ECLI:EU:C:2021:752 (*Turów*), *Men R* 2021/111, nr. 9, p. 770, m.nt. Arentz. In die zaak wijst de vicepresident van het Hof het verzoek van Tsjechië om een voorlopige maatregel te treffen tegen Polen, hangende de door Tsjechië tegen Polen ingestelde infractieprocedure wegens het in strijd met diverse EU-richtlijnen in werking hebben van een bruinkoolmijn in Turów, toe en gelast hij Polen de bruinkoolwinning in die mijn onmiddellijk te staken. Omdat het land deze beschikking niet naleeft,

legt het Hof in HvJ EU 20 september 2021, nr. C-121/21 R, ECLI:EU:C:2021:752, *M en R* 2021/112, m.nt. Arentz, aan Polen een dwangsom op van 500.000 euro per dag dat het land de beschikking van de vicepresident niet nakomt. Zie over infractieprocedures, P. Pohjankoski, 'Rule of law with leverage: Policing structural obligations in EU law with the infringement procedure, fines, and set-off', *CMLRev* 2021/5, p. 1341-1364.

Zoals in deze kroniek (bijv. *NTB* 2021/249, p. 541-542) eerder gesignaleerd, is in asielzaken vaak de vraag aan de orde of voor een bepaald land kan worden uitgegaan van het interstatelijk vertrouwensbeginsel, zodat de asielzoeker of statushouder door Nederland kan worden teruggestuurd naar dat land, dan wel dat dit niet is toegestaan omdat die persoon dan terecht zal komen in een situatie die in strijd is met art. 3 EVRM en art. 4 Hv. Volgens ABRvS 29 juli 2021, ECLI:EU:RVS:2021:1645, moet de vreemdeling daartoe het vermoeden dat Roemenië aan zijn internationale verplichtingen (vanwege interstatelijk vertrouwen) voldoet aan de hand van objectieve aanknopingspunten weerleggen. Als hij het bestaan van structurele tekortkomingen aanneemelijk heeft gemaakt, moeten die tekortkomingen bovendien een bijzonder hoge drempel van zwaarwegendheid bereiken om tot schending van art. 3 EVRM en art. 4 Hv te leiden. Omdat de door de asielzoeker in de zaak ingebrachte informatie over Roemenië niet aanneemelijk maakt dat die hoge drempel wordt bereikt, wordt hij niet toegelaten in de Nederlandse procedure. In ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1627, oordeelt de Afdeling dat de Griekse autoriteiten weliswaar niet onverschillig staan tegenover statushouders, maar dat zij in de praktijk vaak niet kunnen voorkomen dat statushouders in een situatie terecht komen waarin zij niet kunnen voorzien in de belangrijkste basisbehoeften, zoals wonen, eten en zich wassen. Daarom heeft de staatssecretaris niet deugdelijk gemotiveerd dat hij voor Griekenland kan uitgaan van het interstatelijk vertrouwensbeginsel en dat de leefomstandigheden die statushouders bij terugkeer naar Griekenland te verduren krijgen, niet de drempel van zwaarwegendheid bereiken.

Volgens HvJ EU 11 november 2021, nr. C-852/19, ECLI:EU:C:2021:902 (*Gavanozov*), staan art. 6 en 14 van richtlijn 2014/41, inzake het Europees onderzoeksbevel in strafzaken, gelezen in samenhang met art. 47 Hv in de weg aan de uitvaardiging door een lidstaat van een Europees onderzoeksbevel, als die lidstaat niet voorziet in een rechtsmiddel tegen dat bevel, voor zover het strekt tot uitvoering van doorzoekingen en inbeslagnemingen alsmede tot het houden van een getuigenverhoor per videoconferentie. Het Hof komt tot dit oordeel, nadat het eerst heeft vastgesteld dat tegen de betreffende onderzoekshandelingen, die een beperking betekenen van art. 7 Hv en (wat betreft inbeslagnemingen) art. 17 Hv, op grond van art. 47 Hv beroep in rechte moet openstaan, en daarna dat dit beroep niet kan plaatsvinden in het land waar de handelingen worden uitgevoerd, omdat dit land vanwege het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen maar een beperkte mogelijkheid heeft om het onderzoeksbevel niet

uit te voeren. Daarom moet effectieve rechtsbescherming worden gegarandeerd in het land van uitvaardiging.

Zie over interstatelijk en wederzijds vertrouwen, K.M. Zwaan, 'Van pas de deux naar triangle dance? Uitspraken van het HvJ EU, het EHRM en de zienswijzen van VN-comités over de Dublinverordening', *SEW* 2021/199, p. 595-602; J. Ouwerkerk, 'Grenzen aan de wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM', *SEW* 2021/201, p. 615-627; V. Mitsilegas, 'Judicial Dialogue, Legal Pluralism and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice', *ELRev* 2021/5, p. 579-606.

1.4 Nationale bestuursorganisatie

In HvJ EU 2 september 2021, nr. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 (*Commissie v. Duitsland*), wordt Duitsland door het Hof veroordeeld, omdat Duitsland in strijd met twee energierichtlijnen wetgevingsbevoegdheden heeft toegekend aan de federale regering, terwijl die bevoegdheden volgens de richtlijnen exclusief toekomen aan de nationale regulerende instantie (NRI), zoals in Nederland de ACM. Volgens het Hof is volledig onafhankelijkheid van de NRI ten opzichte van publieke entiteiten, ongeacht of het bestuursrechtelijke of politieke organen zijn, en, in dat laatste geval, organen van de uitvoerende of wetgevende macht, noodzakelijk om te waarborgen dat de door de NRI genomen besluiten onpartijdig en niet-discriminerend zijn, en dat een voorkeursbehandeling van ondernemingen of economische belangen verbonden aan de regering, de meerderheid of de politieke macht fundamenteel wordt uitgesloten. Bovendien stelt de volledige scheiding van de politieke macht de NRI in staat om een langetermijnvisie te volgen die noodzakelijk is om de doelstellingen van beide richtlijnen te verwezenlijken. Het Hof acht de onafhankelijkheid van de NRI niet in strijd met het democratiebeginsel van art. 2 VEU, omdat dit beginsel niet belet dat er buiten de klassieke hiërarchische administratie overheidsinstanties bestaan die in meer of mindere mate onafhankelijk zijn van de regering en vaak regelgevende taken hebben of taken vervullen waarbij er geen politieke beïnvloeding mag zijn, maar die de wet naleven en onder toezicht staan van de bevoegde rechter. Dat de NRI's onafhankelijk zijn van het algemene bestuur, ontnemt hen op zich niet hun democratische legitimiteit, voor zover zij niet volledig aan parlementaire invloed onttrokken zijn. In dat verband stelt het Hof vast dat beide richtlijnen zich niet ertegen verzetten dat leden van het bestuur van de NRI worden benoemd door het parlement of de regering, en evenmin dat deze instanties overeenkomstig het nationale constitutionele recht aan parlementair toezicht zijn onderworpen. Bovendien kan een partij die wordt getroffen door een NRI-besluit zich wenden tot de rechter. Dat alles moge waar zijn, maar veel vertrouwen in de parlementaire democratie lijkt er bij het Hof niet te bestaan.

HvJ EU 15 juni 2021, nr. C-645/19, ECLI:EU:C:2021:483 (*Facebook*), *AB* 2022/2, m.nt. Bastiaans & Buskermolen, is het eerste arrest over de competentieverdeling tussen de nationale gegevensbeschermingstoezichthouders onder het *onestopshop*-mechanisme van de AVG bij grensoverschrijdende gegevensverwerking. Volgens dat mechanisme is in

dat geval de toezichthouder van de lidstaat van de hoofd- of enige vestiging van de gegevensverwerker ('leidende toezichthouder') exclusief bevoegd om over schendingen van de verwerker te oordelen ook als die schendingen betrekkenen van andere lidstaten betreffen die daarover bij hun 'eigen' toezichthouder een klacht hebben ingediend. Omdat het hoofdkantoor van Facebook (en van veel andere techreuzen, zoals Google en TikTok) is gevestigd in Ierland, behoren alle AVG-schendingen binnen de EU door Facebook tot de competentie van de Ierse toezichthouder. Uit de uitspraak van het Hof van 15 juni 2021 blijkt dat de exclusieve bevoegdheid van de leidende toezichthouder weinig uitzonderingen kent, ook al is het een publiek geheim dat de Ierse toezichthouder onvoldoende is toegerust om de vele klachten tegen Facebook en die andere techreuzen te behandelen. Als eerste uitzondering geldt dat de niet-leidende toezichthouder bevoegd is om een bij haar ingediende klacht te behandelen als de zaak alleen verband houdt met een vestiging in haar lidstaat of alleen voor betrokkenen in haar lidstaat wezenlijke gevolgen heeft (art. 56 lid 2 AVG). Ten tweede kan de niet-leidende toezichthouder, in afwijking van het *onestopshop*-mechanisme, in geval van buitengewone omstandigheden voorlopige maatregelen treffen op haar grondgebied met een geldigheidsduur van drie maanden (art. 66 AVG).

2. Doorwerking van Unierecht

2.1 Voorrang algemeen

Volgens HvJ EU 9 september 2021, nr. C-107/19, ECLI:EU:C:2021:722 (XR), staat het beginsel van voorrang van Unierecht eraan in de weg dat een nationale rechter die uitspraak doet nadat zijn beslissing is vernietigd door een hogere rechter, op grond van het nationale procesrecht gebonden is aan de door die hogere rechter verrichte juridische beoordelingen, wanneer deze beoordelingen niet verenigbaar zijn met het Unierecht. Daarom moet de rechter, indien nodig, op eigen gezag deze nationale procedurele bepaling buiten toepassing laten.

A. Arena bespreekt in 'Von einer unbezahlten Stromrechnung zum Vorrang des Europarechts: Die Hintergründe des Falls Costa gegen ENEL', *EuR* 2021/5, p. 527-550, de geschiedenis van het bekende arrest *Costa/ENEL*. Wat dreef Flaminio Costa ertoe om een rechtszaak te beginnen tegen zijn stroomaanbieder over een rekening van 1.925 Italiaanse lire (nu circa 22 euro)? Waarom werden in deze zaak alle rechtsmiddelen benut en hoe eindigde de zaak na het arrest van het Hof van Justitie? Om op deze vragen antwoord te geven, heeft de auteur documenten geraadpleegd die tot voor kort niet openbaar waren en interviews gehouden met betrokkenen.

2.2 Doorwerking van Uniehandelingen

2.2.1 *Primair Unierecht*

ABRvS 12 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2530, betreft een aanvraag om toetsing aan het EU-recht die een vreemdeling na bewaring heeft gedaan (een zogenaemde

'Chavez-Vilchez-aanvraag'). Ter beoordeling staat de vraag of de bewaring van de vreemdeling tijdens de behandeling van die aanvraag kan worden voortgezet, hetgeen niet mogelijk is als hij op een of andere grond rechtmatig in Nederland verblijft. Volgens de Afdeling kan art. 8, onder e, Vw 2000 worden uitgelegd conform het afgeleide verblijfsrecht van art. 20 VWEU, en kan het verblijf van de vreemdeling tijdens de behandeling daarom worden aangemerkt als "procedureel rechtmatig" in de zin van die bepaling. Het gevolg hiervan is dat de bewaring van vreemdelingen die een aanvraag om toetsing aan het EU-recht hebben ingediend, niet kan worden voortgezet op grond van deze bepaling. Voor deze groep vreemdelingen voorziet de Vw 2000 daarmee niet in een wettelijke grondslag voor bewaring. Het is aan de wetgever om desgewenst hierin te voorzien. Ook worden volgens de Afdeling alle rechtsgevolgen van het terugkeerbesluit door het indienen van een aanvraag om toetsing aan EU-recht geschorst.

In ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1611, AB 2021/294, m.nt. Stolk, oordeelt de Afdeling dat art. 3 IVRK, gelet op de formulering ervan, geen norm is die onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectieve norm te worden toegepast. Wel moet de bestuursrechter toetsen of het betrokken bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en het dus bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binnen de grenzen van het recht is gebleven.

2.2.3 *Richtlijnen en kaderbesluiten*

In HvJ EU 18 november 2021, nr. C-212/20, ECLI:EU:C:2021:934 (M.P.), oordeelt het Hof onder meer dat, als de nationale rechter vaststelt dat een oneerlijk beding in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument nietig is, art. 6 lid 1 van richtlijn 93/13, in de weg staat aan een regel van nationaal recht op grond waarvan de nationale rechter bevoegd is om de overeenkomst aan te vullen door de inhoud van dat beding te herzien. Volgens het Hof zou een andere uitleg afbreuk doen aan de verwezenlijking van de doelstelling van art. 7 van richtlijn 93/13, omdat die bevoegdheid ertoe zou bijdragen dat de afschrikkende werking die voor verkopers uitgaat van het feit dat oneerlijke bedingen zonder meer buiten toepassing worden gelaten, wordt tenietgedaan doordat verkopers nog steeds geneigd zouden zijn om de betreffende bedingen te gebruiken in de wetenschap dat de nationale rechter de overeenkomst, als die bedingen ongeldig zouden worden verklaard, kan aanvullen. Alleen als de rechter ten gevolge van de ongeldigverklaring van het oneerlijke beding verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel nietig te verklaren en de consument daardoor zou worden geconfronteerd met uiterst nadelige consequenties, kan de nationale rechter dat beding vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht. In HvJ EU 21 oktober 2021, nr. C-282/20, ECLI:EU:C:2021:33 (ZX), herhaalt het Hof – onder verwijzing naar de standaardzaak *Popławski II*, nr. C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, AB 2020/37 – dat een richtlijnconforme uitleg de eerste stap is bij de doorwerking van een incorrect omgezette richtlijn in het nationale recht. Het voorrangsbeginsel vereist dat de

verwijzende Bulgaarse rechter eerst probeert de toepasselijke bepaling van het Bulgaarse wetboek van strafvordering uit te leggen in overeenstemming met richtlijn 2012/13/EU, betreffende het recht op informatie in strafprocedures. Alleen als dat onmogelijk is, is de nationale rechter verplicht, indien nodig op eigen gezag, elke – zelfs latere – strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten, zonder dat hij de voorafgaande opheffing daarvan via wetgeving of via enige andere constitutionele procedure hoeft te vragen of af te wachten.

In een uitspraak van 10 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4340, oordeelt de internationale rechtshulpkamer van de rechtbank Amsterdam dat de bepalingen van de Overleveringswet die zien op het onschuldverweer in strijd zijn met het Kaderbesluit 2002/584, inzake het Europees Aanhoudingsbevel (zie ook Rb. Amsterdam 21 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1405). Ook is de rechtbank van oordeel dat deze bepalingen niet kaderbesluitconform kunnen worden uitgelegd zonder in strijd te komen met de Overleveringswet. Dit betekent dat de rechtbank de verplichting om een onschuldbewering te onderzoeken en om, als zij van oordeel is dat een onschuldbewering slaagt, de overlevering op die grond te weigeren, niet mag negeren.

In 'Wortlaut und "Wille des Gesetzgebers" im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung. Zu den nationalen contra-legen-Grenzen bei der richtlinienkonformen Interpretation beurteilt an hand der Entscheidung Cookie-Einwilligung II des BGH vom 28.05.2020, I ZR 7/16', *EuR* 2021/6, p. 697-719, onderzoekt C. Huber aan de hand van het arrest 'Cookie-Einwilligung II' van het Bundesgerichtshof de wijze waarop de Duitse rechter het instrument van richtlijnconforme uitlegging toepast. Moet de nationale rechter om tot conforme uitlegging te komen afwijken van de grammaticale uitleg? Moet hij ervan uitgaan dat de wetgever altijd de wil heeft gehad om de richtlijn correct om te zetten? Veel vonnissen van Duitse rechters duiden erop dat zij tegen elke prijs richtlijnconform willen uitleggen. In de bijdrage wordt onderzocht of dat daadwerkelijk vereist is op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

2.3 Europese invloed op nationale bestuursinstrumenten

In ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2221 (*Zenderen*), stelt de Afdeling dat de productie van gevogelte met het oog op verkoop aan consumenten of slachterijen geen dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn (Drl) is, zodat een bestemmingsregeling, op grond waarvan een omgevingsvergunning voor het houden van vleeskuikens is geweigerd, niet (exceptief) kan worden getoetst aan de Drl. Die productie betreft immers geen economische activiteit waar gewoonlijk een vergoeding tegenover staat als bedoeld in art. 4 lid 1 Drl. De verkoop van de producten kan op zich wel door de bepalingen van de Drl worden beheerst, maar op die verkoop heeft de bestemmingsregeling geen betrekking. De regeling kent volgens de Afdeling ook geen schaarse rechten toe. Onder verwijzing naar de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847, stelt zij dat planologische

besluiten, zoals een bestemmingsplan, het gebruik van gronden weliswaar territoriaal of kwantitatief bindend kunnen beperken, maar zelf in beginsel geen besluiten zijn die schaarse rechten toedelen. Dat is in dit geval niet anders. Een bestemmingsregeling die specifiek diensten reguleert, moet wel voldoen aan de voorwaarden van art. 15 Drl. Zoals in deze kroniek al vaker gesignaleerd (onder meer in *NTB* 2020/140, p. 333), toetst de Afdeling in het geval van een direct beroep tegen de vaststelling of herziening van een bestemmingsplan vol of de regulering voldoet aan de eisen van de art. 15 Drl-eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid, inclusief coherentie en effectiviteit. Een recent voorbeeld van zo'n toetsing biedt ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2190. In het geval van exceptieve of indirecte toetsing van het plan in het kader van het beroep tegen een op dat plan gebaseerd omgevingsbesluit, toetst de rechter terughoudend en wordt het plan slechts onverbindend geacht of buiten toepassing gelaten, als het evident in strijd is met de eisen van art. 15 Drl. Zie voor een recent voorbeeld, ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2228. De in de vorige kroniek (*NTB* 2021/249, p. 544) gesignaleerde ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:461, waarin de Afdeling de aanwijzing van de Tilburgse autoverhuurbranche als vergunningplichtig in verband met de bestrijding van ondermijnende criminaliteit strijdig acht met art. 9 Drl, is inmiddels gepubliceerd in *Gst.* 2021/142, en wordt uitvoerig besproken door F.A. Pommer, 'De aanwijzing van de Tilburgse autoverhuurbranche als exploitatievergunningplichtig op grond van de Algemene plaatselijke verordening (APV)', *Gst.* 2021/141, p. 811-815.

Zie voor een bespreking van de in deze kroniek (*NTB* 2021/11, p. 52) al gesignaleerd zaak *Cali Apartments* (nrs. C-724/18 en C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743), M.R. Botman, 'Regulering van toeristische verhuur: grenzen en mogelijkheden. De gevolgen van het arrest *Cali Apartments* voor de Nederlandse rechtspraktijk', *NtER* 2021/5/6, p. 97-104. In de zaak bepaalt het Hof dat een vergunningstelsel gericht op toeristische verhuur van woonruimte onder de Drl valt, ook als het stelsel betrekking heeft op de niet-beroepsmatige verhuur van eigen woningen door particulieren. De Drl laat overigens ruimte voor regulering van verhuurdiensten door middel van vergunningstelsels, omdat zij gerechtvaardigd kunnen zijn door een dwingende reden van algemeen belang, namelijk de bestrijding van het tekort aan huurwoningen, mits wordt voldaan aan de eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid.

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: J. Krommendijk & G. de Vries, 'De wisselwerking tussen het HvJ EU en het EHRM: een hernieuwde liefde', *SEW* 2021/196, p. 560-570; E. Brouwer, 'Het recht op

vrijheid en asiel aan de buitengrenzen: tegenstrijdige signalen in de Europese rechtspraak', *SEW* 2021/200, p. 603-615; T. Loenen, 'Manifestaties van godsdienst in EVRM- en EU-perspectief: eenheid in verscheidenheid', *SEW* 2021/204, p. 652-665; S. Knickmeier, *Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts im Diskurs der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021; H. Oosterom-Staples, 'De lange arm van het migratierecht. Over outsourcing en offshoring en de gevolgen voor het recht op een effectief rechtsmiddel', *SEW* 2021/159, p. 449-462; E. Spaventa, 'Constitutional creativity or constitutional deception? Acts of the Member States acting collectively and jurisdiction of the Court of Justice', *CMLRev* 2021/6, p. 1697-1730; F. Hernández Fernandez, 'The Application of National law and Composite Procedures in the Single Supervisory Mechanism. Did the Court of Justice of the EU find a New Van Gend and Loos?', *REALaw* 2021/3, p. 5-28; U. Šadl, 'Old is new: The transformative effect of references to settled case law in the decisions of the European Court of Justice', *CMLRev* 2021/6, p. 1761-1788; T. Hendriks, 'Koersverandering in plaats van klimaatverandering: kan/moet het Hof van Justitie zijn ontvankelijkheidseisen herzien', *SEW* 2021/139, p. 388-393.

In HvJ EU 21 december 2021, nr. C-497/20 (*Randstad Italia*), oordeelt het Hof dat de Italiaanse Raad van State in laatste instantie het beroep van Randstad op de Europese aanbestedingsregels in strijd met het EU-recht niet-ontvankelijk heeft verklaard. Het Unierecht, waaronder art. 47 Hv, verplicht de lidstaat echter niet om de schending van dat recht te verhelpen, te voorzien in een doeltreffende voorziening in rechte, meer in het bijzonder in de mogelijkheid om bij de hoogste rechterlijke macht (*Corte suprema di cassazione*) beroep in te stellen tegen dergelijke beslissingen van niet-ontvankelijkheid van de hoogste bestuursrechter, wanneer het nationale recht daarin niet voorziet. Volgens het Hof bestaat het rechtsmiddel tegen de schending van de aanbestedingsregels en van art. 47 Hv in de verplichting voor elke (ook hoogste) bestuursrechter om de met Unierecht strijdige rechtspraak buiten toepassing te laten, en, bij gebreke van nakoming van deze verplichting, in de mogelijkheid voor de Europese Commissie om tegen die lidstaat een beroep wegens niet-nakoming in te stellen. Bovendien kunnen particulieren op grond van *Köbler* (nr. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513) de staat aansprakelijk stellen voor schade als gevolg van de met het Unierecht strijdige rechtspraak van de rechter in laatste aanleg.

3.1.2 Prejudiciële procedure en andere vormen van samenwerking

Wat betreft de prejudiciële procedure heeft HvJ EU 6 oktober 2021, nr. C-561/19 (*Consorzio Italian Management*), ECLI:EU:C:2021:799, *JB* 2021/179, m.nt. Krommendijk, de gemoederen beziggehouden. De aanleiding hiervoor is de in de vorige kroniek besproken (*NTB* 2021/249, p. 546) conclusie van advocaat-generaal Bobek van 15 april 2021, nr. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:291, waarin hij sterk samengevat heeft betoogd om de plicht van de hoogste nationale rechters tot het stellen van prejudiciële vragen te beperken. In de uitspraak stelt het Hof voorop dat de bekende *Cilfit*-doctrine

nog steeds van toepassing is. Alleen als de vraag van Unierecht al door het Hof is beslist (*acte éclairé*), de juiste toepassing van het Unierecht zo evident is dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan over het antwoord (*acte claire*) of als de vraag van Unierecht irrelevant is voor de zaak, kan een hoogste rechter van prejudiciële verwijzing afzien. Wel lijkt het Hof de toepassing van de *acte claire*-uitzondering op twee manieren iets te versoepelen. In de eerste plaats hoeft de nationale rechter niet langer alle taalversies van een EU-handeling te onderzoeken om te bepalen of over de uitlegging ervan redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan. In de tweede plaats acht het Hof het enkele feit dat een EU-bepaling op een of meer andere manieren kan worden uitgelegd op zichzelf onvoldoende om te oordelen dat over die uitleg redelijkerwijs twijfel bestaat. Tegelijkertijd, als over de uitlegging van bepaald Unierecht tussen rechterlijke instanties van één lidstaat of diverse lidstaten verschillende rechtspraak bestaat, moet de nationale rechter zeer voorzichtig zijn bij het aannemen van een *acte claire*. Belangrijk is verder dat het Hof thans van oordeel is dat nationale hoogste rechters, op grond van art. 267 VWEU, juncto art. 47 Hv, de beslissing om niet prejudicieel te verwijzen moeten motiveren onder verwijzing naar de hiervoor genoemde *Cilfit*-uitzonderingen. Dat neemt niet weg dat de nationale rechter volledig onafhankelijk blijft om te bepalen dat een uitzondering op de verwijzingsplicht van toepassing is. De prejudiciële procedure is uitdrukkelijk geen '*means of redress*' voor partijen. Zie uitgebreid over het instrument van de prejudiciële verwijzing: J. Krommendijk, *National Courts and Preliminary References to the Court of Justice*, Edward Elgar 2021.

HvJ EU 18 november 2021, nr. C-306/20, ECLI:EU:C:2021:935 (*Visma Enterprise*), biedt weer een voorbeeld van een zaak, waarin het Hof zich bevoegd acht om een prejudiciële vraag te beantwoorden over de uitlegging van nationaal recht, dat zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties heeft geconformeerd aan de in het Unierecht (art. 101 VWEU, kartelverbod) gekozen oplossingen. Volgens het Hof is deze bevoegdheid gerechtvaardigd door het evidente belang voor de EU-rechtsorde dat, ter vermindering van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst, de uit het Unierecht overgenomen bepalingen uniform worden uitgelegd.

In A.T.M. Marseille, M. Wever & V.M. Bex-Reimert, *Het motiveren van uitspraken in het hoger beroep in het vreemdelingenrecht: Verslag van een onderzoek naar de Pilot 91-2 bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Rijksuniversiteit Groningen 2021, en zie ook A.T.M. Marseille, M. Wever & V.M. Bex-Reimert, 'Ongemotiveerde uitspraken in het hoger beroep in vreemdelingenzaken en de grenzen van behoorlijke rechtspleging', *NJB* 2021/2350, p. 2578-2585, wordt ook ingegaan op hoe het ongemotiveerd afdoen van hoger beroep op grond van art. 91 lid 2 Vw 2000 zich verhoudt tot het Unierecht en het EVRM en dan met name als verzoeken om prejudiciële vragen op die wijze worden afgedaan. Hoewel de onderzoekers over die kwestie geen conclusie trekken, is hun algemene aanbeveling wel van belang, namelijk dat de ABRvS bij toepassing van art. 91 lid 2 Vw 2000 het omgekeerde uitgangspunt zou moeten hanteren:

het motiveren van uitspraken waarin het hoger beroep ongegrond wordt verklaard zou de regel moeten zijn, in plaats van de uitzondering.

3.2 Toegang tot de rechter

3.2.3 Voor beroep vatbare handeling

HvJ EU 25 november 2021, nr. C-437/19, ECLI:EU:C:2021:953 (*État luxembourgeois v. L*) is een vervolg op *Berlioz* (nr. C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373) en *État luxembourgeois v. B* (nr. C-245-246/19, ECLI:EU:C:2020:795), gesignaleerd in *NTB* 2021/11, p. 56. In de zaak stelt het Hof dat art. 47 Hv aldus moet worden uitgelegd dat:

- een persoon aan wie een bestuurlijke boete is opgelegd wegens niet-naleving van een inlichtingenbevel in het kader van de informatie-uitwisseling tussen nationale belastingautoriteiten op grond van richtlijn 2011/16 en welk bevel volgens het nationale recht van de aangezochte lidstaat niet apart vatbaar is voor beroep, en
- die de rechtmatigheid van dit bevel incidenteel heeft aangevochten in het kader van een beroep in rechte tegen het besluit tot vaststelling van een sanctie die hem wegens niet-nakoming van dit bevel is opgelegd en die dus pas in de loop van de gerechtelijke procedure betreffende dit beroep kennis heeft gekregen van de in art. 20 lid 2 van deze richtlijn vermelde minimuminformatie,

over de mogelijkheid moet beschikken om, nadat de rechtmatigheid van bevel en boetebesluit onherroepelijk is erkend, binnen de termijn waarin het nationale recht daartoe aanvankelijk voorzag gevolg te geven aan het bevel tot het verstrekken van inlichtingen, zonder dat de sanctie waarmee hij is geconfronteerd om zijn recht op een doeltreffende voorziening in rechte te kunnen uitoefenen, wordt gehandhaafd. Enkel als die persoon niet binnen die termijn gevolg geeft aan dat bevel, wordt de opgelegde sanctie legitiem opeisbaar.

Overeenkomstig de concentratiegedachte achter onder meer ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, gesignaleerd in *NTB* 2020/140, p. 343, merkt de Afdeling in haar uitspraak van 22 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2129, de beslissing van de minister tot afwijzing van het verzoek van een maatschap om niet zonder haar toestemming persoonsgegevens aan een derde door te geven, aan als een Awb-besluit, waartegen, na bezwaar, beroep bij de bestuursrechter openstaat. De beslissing heeft immers tot gevolg dat de maatschap het volgens haar in strijd met de AVG doorgeven van haar gegevens aan een derde moet dulden. Deze beslissing wordt daarom op één lijn gesteld met een schriftelijke beslissing genomen door een bestuursorgaan als bedoeld in art. 34 Uitvoeringswet AVG, waartegen ook beroep bij de bestuursrechter openstaat. De Afdeling acht dit in het belang van de concentratie van rechtsbescherming en daarmee van een effectieve en doeltreffende rechtsbescherming.

In Vzr. ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2361 (*Fun Amsterdam*), wijst de voorzieningenrechter de stelling

van Fun Amsterdam dat op grond van het Unierecht in het kader van het vovo-verzoek tegen de last onder dwangsom al een oordeel moet worden gegeven over de strijdigheid met het Unierecht van een toekomstig omzettingsbesluit van de hand. Ter motivering stelt de rechter, onder verwijzing naar standaardzaken als *Rewe*, *Comet*, *Peterbroeck* en *Van der Weerd*, dat de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in deze situatie niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt en dus niet in strijd is met het EU-doeltreffendheidsbeginsel. Tegen een toekomstig omzettingsbesluit kan Fun Amsterdam immers rechtsmiddelen aanwenden. In die procedure kan zij de mogelijke strijd met het Unierecht aan de orde stellen.

3.2.4 Andere aspecten van de toegang tot de rechter

De in de vorige kroniek (*NTB* 2021/249, p. 547-548) uitgebreid besproken HvJ EU 14 januari 2021, nr. C-826/18 (*Varkens in Nood*), ECLI:EU:C:2021:7, is inmiddels ook geannoteerd door R. Wertheim, 'C-826/18, Stichting Varkens in Nood and others v College van burgemeester en wethouders van de gemeente Echt-Susteren (Judgment of 14 January 2021) – Case Note', *REALaw* 2021/3, p. 47-69.

Zoals in de vorige kroniek al aangegeven heeft *Varkens in Nood*, zoals nader uitgelegd in ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, onder meer tot gevolg dat, als naar Nederlands omgevingsrecht 'eenieder' de mogelijkheid heeft om een zienswijze in te dienen tegen een ontwerpbesluit in de uov, in afwijking van art. 8:1 Awb, ook niet-belanghebbenden die zo'n zienswijze hebben ingediend, tegen het definitieve besluit beroep kunnen instellen bij de bestuursrechter. Volgens ABRvS 21 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1604, AB 2022/6, m.nt. Stoetman & De Graaf, geldt voor dit beroep nog wel de onderdelentrichter. In lijn hiermee wordt het beroep van een niet-belanghebbende burger tegen het plandeel Est van het bestemmingsplan Est-Tuil-Haaften-Heesselt niet-ontvankelijk verklaard, omdat die burger in de uov alleen zienswijzen heeft ingediend tegen het plandeel Haaften. De Afdeling komt tot dit oordeel omdat zij in *Varkens in Nood* 'geen aanknopingspunten ziet dat het niet zijn van belanghebbende bij dit plandeel in een dergelijke situatie niet in beroep mag worden tegengeworpen'. Verder, zo blijkt uit ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2423, wordt het beroep van een niet-belanghebbende alleen ontvankelijk geacht als zijn zienswijzen ontvankelijk waren. Is dat niet het geval wegens bijvoorbeeld een niet-verschoonbare termijnoverschrijding, dan is ook het daarop volgende beroep op de rechter niet-ontvankelijk.

Een ander gevolg van *Varkens in Nood* is, zoals uitgelegd in ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, dat het beroep van belanghebbenden in omgevingsrechtelijke zaken niet meer niet-ontvankelijk kan worden verklaard, omdat zij tegen het ontwerpbesluit geen zienswijzen hebben ingediend. In ABRvS 12 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1484, verwerpt de Afdeling een op dit deel van *Varkens in Nood* gebaseerd verzoek tot herziening ex art. 8:119 lid 1 Awb van een uitspraak van de Afdeling uit 2013, waarin het beroep van belanghebbende niet-ontvankelijk was verklaard wegens

het onverschoonbaar niet indienen van zienswijzen. Zoals overwogen in ABRvS 7 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:716, en ABRvS 27 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR4641, en ook is bepaald in HR 4 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9272, is een arrest van het Hof van Justitie volgens de Afdeling geen novum, dat wil zeggen geen nieuw feit of een nieuwe omstandigheid op grond waarvan een uitspraak kan worden herzien. Deze rechtspraak is in lijn met uitspraken van het Hof van Justitie in onder meer *Impresa Pizzarotti* (nr. C-213/13, ECLI:C:2014:2067) en *Târșia* (nr. C-69/14, ECLI:C:2015:662). Daarin wijst het Hof op het belang van het gezag van gewijsde in de EU- en nationale rechtsorde, zodat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of de beroepstermijnen zijn verstreken, niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld.

3.3 *Behandeling van het geschil*

3.3.1 *Rechterlijke beoordeling en bewijs*

Het arrest *Association for Independent Meat Suppliers* van 2 september 2021, nr. C- 579/19, ECLI:EU:C:2021:665, AB 2022/10, m.nt. Widdershoven, past bij de trend in de rechtspraak van het Hof volgens welke art. 47 Hv (beginsel van effectieve rechtsbescherming) steeds vaker wordt toegepast als Unierechtelijke maatstaf voor de toelaatbaarheid van nationale regels van procesrecht in Unierechtelijke zaken in plaats van het *Rewe*-beginsel van doeltreffendheid. De zaak betreft de uit art. 47 Hv voortvloeiende indringendheid van de rechterlijke toetsing van een besluit van een officiële dierenarts ter afkeuring van het karkas van een dier voor menselijke consumptie. In de zaak formuleert het Hof drie factoren die in dit verband in algemene zin bepalend zijn voor die indringendheid en die volgens het Hof ook worden gehanteerd door het EHRM, namelijk (1) het specialistische karakter van de besluitvorming of de beleidsvrijheid die daarbij bestaat, (2) de procedurele waarborgen waarmee de besluitvorming is omgeven, en (3) de inhoud van het geschil. Gelet hierop kan de rechterlijke toetsing 'on the merits' van een specialistisch besluit van de dierenarts terughoudend zijn. Wel moet de rechter beoordelen of het besluit voldoende is gemotiveerd en is gebaseerd op een voldoende feitelijke grondslag.

R. Barents, 'Het Hof van Justitie en volledige rechtsmacht', *SEW* 2021/178, p. 508-520, is kritisch over de terughoudende invulling die het Hof geeft aan het vereiste van een 'volledige rechtsmacht' bij de beoordeling van mededingingssancties. Om een intensievere beoordeling van die besluiten te bevorderen, zouden deze besluiten niet meer door de Commissie maar door de Unierechter zelf moeten worden genomen.

Uit ABRvS 22 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2918, blijkt dat toepassing van het EU-beginsel van effectieve rechtsbescherming ertoe kan leiden dat het bestuursorgaan moet afwijken van het uitgangspunt dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht moet worden toegepast zoals dat ten tijde van dat besluit op bezwaar geldt, maar het bezwaar juist *ex tunc* moet beoordelen. In casu hadden B en W van

Amsterdam het bezwaar tegen de afwijzing van een aanvraag voor een exploitatievergunning voor een rondvaartboot (*ex nunc*) getoetst aan de Regeling 2022, op grond waarvan inmiddels een vergunningsstop gold, en niet (*ex tunc*) aan de Verordening op het binnenwater 2010, die in werking was op het moment dat de aanvraag was ingediend. Hierdoor is volgens de Afdeling de procedure tegen die afwijzing zinloos geworden en dat is in strijd met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Daarbij verwijst de Afdeling naar de zaken *Allassini* (nr. C-3317/08, ECLI:EU:C:2010:146) en *DEB* (nr. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811). Overigens wijst de Afdeling het beroep af dat appellant heeft gedaan op art. 10 en 13 Drl, omdat toepassing van Regeling 2022 in strijd zou zijn met de in die bepaling gestelde eisen dat vergunningsvoorwaarden en -procedures vooraf bekend worden gemaakt, omdat de Drl geen regels bevat over de rechterlijke toetsing of de wijze waarop een lidstaat zijn bestuursrechtelijke procedures heeft ingericht.

Zie ten slotte over de bewijslastverdeling bij geloofwaardigheidsbeoordelingen van asielverzoeken van lhbt'iërs en bekeerlingen, de instructieve noot van V.M. Bex-Reimert & A.M. Reneman, onder ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:1754, AB 2022/15.

3.3.2 *Ambtshalve toepassing Unierecht*

In HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato Finance*), geeft de Hoge Raad in antwoord op prejudiciële vragen van de kantonrechter Leeuwarden aanwijzingen over de uit het Unierecht voortvloeiende plicht om de dwingendrechtelijke informatieplichten van de Richtlijn consumentenrechten ambtshalve te toetsen. De Hoge Raad stelt voorop dat de – in deze kroniek (onder meer *NTB* 2019/4, p. 26) al vaak gesignaleerde – rechtspraak van het Hof inzake de ambtshalve toetsing aan EU-richtlijnen inzake consumentenbescherming ook van toepassing is op consumentenbeschermende bepalingen in de Richtlijn consumentenrechten. Die richtlijn voorziet immers ook in dwingendrechtelijke informatieplichten ter bescherming van de consument. Bij de beantwoording van de vraag of de rechter ambtshalve moet onderzoeken of aan de informatieplichten is voldaan en of de rechter bij schending van een informatieplicht ambtshalve tot vernietiging en/of afwijzing van de incassovordering van de handelaar moet overgaan dan wel ambtshalve een andere sanctie moet toepassen moet worden onderscheiden tussen (i) de informatieplichten waaraan de wet bij niet-naleving ervan specifieke sancties verbindt; (ii) essentiële informatieplichten waaraan extra gewicht toekomt, en (iii) overige informatieplichten. Ambtshalve toetsing en, in het verlengde daarvan, ambtshalve toepassing van sancties, dient plaats te vinden met betrekking tot de hiervoor onder (i) en (ii) bedoelde informatieplichten. Ambtshalve toetsing en ambtshalve toepassing van sancties door de civiele rechter met betrekking tot de hiervoor onder (iii) bedoelde overige informatieplichten is niet aangewezen. Het is aan de consument om ten aanzien van deze informatieplichten de handelaar in of buiten rechte aan te spreken. Daarnaast kan handhaving van de naleving van die plichten plaatsvinden door daarop gericht

optreden van collectieve belangenorganisaties of via publiekrechtelijk toezicht. Ten slotte stelt de Hoge Raad dat de feitenrechter die overweegt een overeenkomst ambtshalve (geheel of gedeeltelijk) te vernietigen, op grond van het beginsel van hoor en wederhoor de verschenen partij(en) in de gelegenheid moet stellen zich hierover uit te laten. Als de consument in de procedure is verschenen, heeft hij aldus ook de gelegenheid zich ertegen te verzetten dat de betrokken overeenkomst wordt vernietigd, hetgeen de rechter dan heeft te respecteren.

Zie over de ambtshalve toetsing in consumentenzaken ook H.D.W. van den Borne-Verheijen & R.J.M. Sanders, 'Ambtshalve toetsing bij consumentenkrediet', *Tijdschrift Financieel Recht* 2021/7.

3.4 Uitspraak

In ABRvS 1 oktober 2021, ECLI:EU:NL:2021:2191, verwerpt de Afdeling de stelling van appellant dat de beslistermijn bij aanvragen van een verblijfsrecht op grond van het Unierecht in strijd is met het EU-rechtelijk gelijkwaardigheidsbeginsel, omdat deze termijn langer is dan de beslistermijn voor aanvragen om een reguliere verblijfvergunning. Ter onderbouwing wijst zij erop dat zes maanden beslistermijn voor het eerste type aanvragen is voorgeschreven in art. 10 Verblijfsrichtlijn, dat is geïmplementeerd in art. 18 lid 5 Vb 2000. Daarom geldt op dit punt geen procedurele autonomie voor de lidstaten en wordt niet toegekomen aan de toetsing van de termijn aan de *Rewe*-beginselen, waaronder het gelijkwaardigheidsbeginsel.

3.6 Stabiliteit van definitieve besluiten en uitspraken

In HvJ EU 18 november 2021, nr. C-413/20 (*Bluetail Flight School*), ECLI:EU:C:2021:938, wordt – onder verwijzing naar de zaak *Kühne & Heitz* (nr. C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17) – bevestigd dat het Unierecht overeenkomstig het rechtszekerheidsbeginsel niet eist dat een bestuurlijke instantie als regel terugkomt van een besluit dat definitief is geworden na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen. De inachtneming van die regel voorkomt dat bestuurshandelingen die rechtsgevolgen teweegbrengen, onbeperkt in geding kunnen worden gebracht. Daarbij herinnert het Hof eraan dat de volle werking van het Unierecht en de doeltreffende bescherming van de rechten die particulieren daaraan ontleen, in voorkomend geval kunnen worden gewaarborgd door het beginsel dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het Unierecht.

Uit HvJ EU 10 juni 2021, nr. C-921/19, ECLI:NL:RVS:2021:478, AB 2021/286, m.nt. Reneman, volgt dat het Unierecht niet toestaat dat een document waarvan de authenticiteit niet kan worden vastgesteld in het kader van een opvolgend asielverzoek automatisch niet wordt beschouwd als een 'nieuw element of nieuwe bevinding'. Wel mag het feit dat de authenticiteit van een document niet kan worden vastgesteld respectievelijk dat een document niet uit objectieve bron afkomstig is, (negatief) meespelen bij de bewijswaarde ervan.

Dat een lidstaat een opvolgend asielverzoek afwijst omdat een asielzoeker een nieuw element verwijtbaar laat naar voren heeft gebracht, kan volgens HvJ EU 9 september 2021, nr. C-18/20 (*Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*), ECLI:EU:C:RVS:2021:710, AB 2021/290, m.nt. Reneman, niet met recht gebaseerd worden op een algemene geldende regeling van nationaal bestuursrecht, zoals in Nederland art. 4:6 Awb. Dat is alleen anders als een lidstaat art. 40 lid 4 van de Procedurerichtlijn specifiek heeft omgezet in het nationale recht. In dit verband wijst het Hof op het verbod van omgekeerde verticale werking op grond waarvan aan particulieren geen verplichtingen mogen worden opgelegd op basis van een niet-omgezette richtlijnbeeping.

De in de vorige kroniek (*NTB* 2021/249, p. 549) besproken HvJ EU 20 mei 2021, nr. C-120/19 (*Purmerend*), ECLI:EU:C:2021:398, is inmiddels ook gepubliceerd in *JB* 2021/154, m.nt. Timmermans, en wordt uitgebreid commentarieerd in R. Ortlep & M. van Zanten, 'De Purmerend-zaak: de leer van de formele rechtskracht in ketenbesluitvorming', *JBplus* 2021/13, p. 198-210.

4. Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

4.2 Gelijkheid

In HvJ EU 21 oktober 2021, nr. C-824/19, ECLI:EU:C:2021:862 (*Komisija za zaščita ot diskriminatsija*), bepaalt het Hof dat art. 2 lid 2 sub a en art. 4 lid 1 van richtlijn 2000/78/EG inzake de instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, gelezen in het licht van art. 21 en 26 Hv en het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap, zich ertegen verzetten dat een blinde persoon elke mogelijkheid wordt ontnomen om de taken van een jurylid in een strafprocedure uit te voeren.

CRvB 12 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1803, betreft de vraag of ontslag van een rechter wegens het bereiken van de leeftijd van 70 jaar leeftijdsdiscriminatie is. De Raad stelt voorop dat het Hof van Justitie bij de beantwoording van de vraag of leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is, nationale overheden een ruime beoordelingsmarge laat, niet alleen bij de beslissing welke doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstellingen kunnen worden verwezenlijkt. De Raad is allereerst van oordeel dat de vaste ontslagleeftijd voor rechterlijk ambtenaren een passend middel is om het gewenste doel te bereiken. Rechterlijk ambtenaren worden voor het leven benoemd en er is een beperkt aantal plaatsen beschikbaar. Met de vaste ontslagleeftijd komen functies beschikbaar voor andere, jongere rechterlijk ambtenaren. Dat zorgt voor een evenwichtige en diverse personeelsopbouw van verschillende leeftijden, hetgeen bijdraagt aan de kwaliteit van de rechtspraak. Door een vaste ontslagleeftijd is bovendien het vertrek van rechterlijk ambtenaren te voorzien, zodat tijdig voor opvolging kan worden gezorgd. Daarnaast zorgt een vaste ontslagleeftijd ervoor dat er geen individuele beslissingen hoeven te worden genomen over oudere rechters. Gelet op de benoeming voor het leven

draagt dit bij aan het waarborgen van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. De Raad oordeelt verder dat de ontslagleeftijd van 70 jaar niet verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelen te bereiken: de belangen van de rechterlijk ambtenaren worden niet buitensporig geschaad.

In HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Montferland*), AB 2022/11, m.nt. Van Ommeren, oordeelt de Hoge Raad – onder verwijzing naar ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*speelautomatenhal Vlaardingen*) – dat een overheidslichaam dat voornemens is een hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar de onroerende zaak als er meer gegadigden zijn voor de aankoop ervan of als dit redelijkerwijs te verwachten is. Het overheidslichaam moet bovendien criteria opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Deze verplichting vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen, en dat door het overheidslichaam op grond van art. 3:14 BW ook in acht moet worden genomen bij het aangaan en uitvoeren van een privaatrechtelijke overeenkomst. Het gelijkheidsbeginsel brengt verder mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te creëren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Informatie hierover moet op zodanige wijze bekend worden gemaakt dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Deze mededingingsruimte hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde is. In dat geval moet het overheidslichaam de voorgenomen verkoop zodanig bekendmaken dat eenieder daarvan kennis kan nemen. Ook moet de overheid in dat geval motiveren waarom er naar haar oordeel slechts één serieuze gegadigde is.

Zie over het Europese gelijkheidsbeginsel, J. Gerards, 'Systeemverklaringen voor verschillen tussen de gelijkebehandelingsrechtspraak van het HvJ EU en het EHRM', *SEW* 2021/197, p. 571-581.

4.3 Evenredigheid

ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1657, betreft de toepassing van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel bij intrekking van het Nederlanderschap, mede in het licht van de in deze kroniek al vaker gesignaleerde zaak *Tjebbes* (vgl. bijv. *NTB* 2019/26, p. 270).

In hun conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (*Harderwijk*), adviseren staatsraden advocaat-generaal Wattel & Widdershoven om de uit het Unierecht en het EVRM bekende drietrapstoets bij toepassing van het evenredigheidsbeginsel – op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *stricto sensu* – vrijwillig te adopteren in puur nationale zaken, te beginnen bij de beoordeling van niet-bestrafende sancties en maatregelen. Zie voor een bespreking van de conclusie, R.J.N. Schlössels, 'Evenredigheid

als limiet: de langverwachte conclusie over de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *JBPlus* 2021/9, p. 126-140.

In CBB 26 januari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:80, AB 2021/251, m.nt. Ortlep, ziet het College geen ruimte voor toetsing van een bestuurlijke sanctie aan art. 3:4 lid 2 Awb, omdat de EU-verordening in kwestie toepassing van de sanctie dwingend voorschrijft en geen ruimte laat voor een belangenafweging.

4.4 Vertrouwen en rechtszekerheid

In ABRvS 3 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:215, AB 2021/292, m.nt. Van den Brink, oordeelt de Afdeling dat bij de aan de orde zijnde lagere vaststelling van een EU-subsidie geen beroep op het vertrouwensbeginsel mogelijk is, aangezien het Unierecht – in casu art. 70 lid 1 sub b Verordening 1083/2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds – geen ruimte laat voor een belangenafweging.

4.5 Rechten van verdediging en participatie

HvJ EU 21 oktober 2021, nr. C-894/19P, ECLI:EU:C:2021:863 (*Europees Parlement/UZ*), betreft het vereiste van 'objectieve onpartijdigheid' dat op grond van art. 41 lid 1 Hv door instellingen, organen en instanties van de Unie bij de behandeling van zaken in acht moet worden genomen. Volgens het Hof heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat het Europees Parlement, door een lid van het DG PERS dat een van de klagers reeds had ontmoet, aan te stellen als onderzoeker belast met het onderdeel 'tucht' van het administratieve onderzoek, niet heeft voldaan aan de eis van objectieve onpartijdigheid.

Uit HvJ EU 28 oktober 2021, nr. C-650/19 P, ECLI:EU:C:2021:879 (*Vialto Consulting*), blijkt dat de term 'nadelige individuele maatregel' in art. 41 lid 2, onder a, Hv ruim moet worden uitgelegd. In de zaak had de Commissie de Central Finance and Contracts Unit, een Turkse overheidsorganisatie, bij brief aanbevolen om niet met Vialto samen te werken en had zij bovendien gesteld dat de uit hoofde van het project aan Vialto betaalde bedragen niet in aanmerking zouden komen voor financiering uit de EU-begroting. Volgens het Hof gaat de invloed van de Commissie, gelet op haar eindverantwoordelijkheid voor de uitvoering van de begroting, veel verder dan het effect van een loutere aanbeveling. De standpuntbepaling van de Commissie kan daarom voor Vialto zodanige gevolgen hebben dat deze marktdeelnemer, voordat de Commissie dit standpunt inneemt over het verweten gedrag en de te nemen maatregelen, in de gelegenheid moet worden gesteld om opmerkingen over die kwesties te maken. De standpuntbepaling moet daarom worden beschouwd als een individuele maatregel die nadelig is voor Vialto in de zin van art. 41 lid 2 Hv, waarover de Commissie Vialto eerst had moeten horen. Daarbij stelt het Hof expliciet dat het feit dat Vialto van tevoren wel is gehoord door het Europees Anti-Fraudebureau (OLAF) voor de Commissie geen reden mag zijn om van het horen af te zien. Bovendien bepaalt het in verband met de door Vialto aanhangig gemaakte vordering uit niet-contractuele

EU-aansprakelijkheid, dat de Commissie op het punt van het horen over geen enkele beoordelingsmarge beschikt, zodat de enkele inbreuk op art. 41 lid 2 Hv volstaat om een voldoende gekwalificeerde schending van dit recht op te leveren.

In HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1850, oordeelt de Hoge Raad dat het besluitvormingsproces een andere afloop zou kunnen hebben gehad als X de gelegenheid had gekregen om na afloop van het onderzoek te kunnen reageren op de conclusies van de inspecteur. Vervolgens stelt hij vast dat de door de Ontvanger genoemde argumenten om tot versnelde invordering over te gaan niet de conclusie rechtvaardigen dat zich een of meer van de in art. 10 lid 1 IW 1990 vermelde gronden hebben voorgedaan. Omdat er daarom geen omstandigheden zijn die de beperking van de rechten van de verdediging door de inspecteur rechtvaardigen, is het EU-rechtelijke verdedigingsbeginsel geschonden en vernietigt de Hoge Raad de naheffingsaanslag. Verder zij gewezen op de dissertatie van A.E. Keulemans, *Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

4.7 *Andere beginselen*

Blijkens HvJ EU 9 september 2021, nr. C-294/20, ECLI:EU:C:2021:723 (*GE Auto Service Leasing*), levert het feit dat een belastingplichtige die verzoekt om teruggaaf van btw, de door de belastingdienst gevraagde documenten niet tijdens de administratieve procedure overlegt maar dit spontaan (pas) doet tijdens latere procedures, geen rechtsmisbruik op. Volgens vaste rechtspraak moet voor de vaststelling van rechtsmisbruik aan twee voorwaarden worden voldaan, te weten, ten eerste, dat de betrokken handelingen in strijd met het door de belastingregels beoogde doel een belastingvoordeel opleveren en, ten tweede, dat uit een geheel van objectieve factoren blijkt dat het wezenlijke doel van die handelingen uitsluitend erin bestaat dat belastingvoordeel te verkrijgen. In casu houdt de vaststelling van eventueel misbruik door Auto Service geen verband met de handelingen die tot de verzoeken om teruggaaf van de btw hebben geleid, maar met de procedure die verband houdt met het geschil over dat verzoek. Bovendien blijkt uit het dossier niet dat het laat overleggen van de documenten bedoeld was om een belastingvoordeel te verkrijgen waarvan de toekenning in strijd zou zijn met het doel van de Unierechtelijke belastingregels.

5. Handhaving en schadevergoeding

5.1 *Handhaving*

5.1.1 *Instrumenten*

Volgens HvJ EU 9 september 2021, nr. C-906/19, ECLI:EU:C:2021:715 (*Extraterritoriale sancties*), verzet art. 19 lid 2 van verordening nr. 561/2006, zich ertegen dat de bevoegde autoriteiten van een lidstaat een sanctie kunnen opleggen aan de bestuurder van een voertuig of aan een vervoersonderneming voor een inbreuk op verordening nr. 3821/85, die op het grondgebied van een andere lidstaat of een derde land

is begaan, maar die op het grondgebied van een eerste lidstaat is vastgesteld en waarvoor nog geen sanctie is opgelegd. Deze onmogelijkheid van extraterritoriale sanctieoplegging is volgens het Hof in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel inzake strafbare feiten en straffen dat is neergelegd in art. 49 lid 1 Hv en dat vereist dat de wet een duidelijke omschrijving geeft van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen.

In de hiervoor, onder punt 4.5, al vermelde zaak *Vialto Consulting* (nr. C-650/19 P, ECLI:EU:C:2021:879) bepaalt het Hof ook dat het maken van digitale forensische kopieën kan worden gerekend tot de bij art. 7 lid 1 van verordening nr. 2185/96 aan OLAF verleende bevoegdheden om toegang te krijgen tot de gegevens die noodzakelijk zijn voor het goede verloop van de controle ter plaatse en om de benodigde documenten te kopiëren.

ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1736, betreft dwangsbesluiten die door de minister van EZ zijn opgelegd aan twee bedrijven die teakhout uit Myanmar importeren. Zij strekken ertoe, dat de bedrijven bij het op de Europese markt brengen van hout de stappen van het stelsel van zorgvuldigheidseisen van art. 6 Houtverordening, die gelden voor marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen, volledig doorlopen en/of toepassen. Diverse kwesties komen in de uitspraak aan bod, onder andere: waren er redenen om af te zien van handhaving, had niet eerst een schriftelijke waarschuwing moeten worden gegeven en is inderdaad niet volledig voldaan aan de zorgvuldigheidseisen? Het oordeel van de Afdeling is uiteindelijk dat de besluiten rechtmatig zijn. Een verzoek om prejudiciële vragen stellen wordt door de Afdeling afgewezen, omdat de EU-Houtverordening, Uitvoeringsverordening en de Richtsnoeren voor de EU-Houtverordening van de Commissie voldoende duidelijk maken welke elementen het stelsel van zorgvuldigheidseisen behelst en hoe deze kunnen worden ingevuld.

ABRvS 10 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2508 t/m 2511, betreffen uitspraken in een al lang slepende procedure wegens mogelijke schending van de privacyregels in het openbaar vervoer, met name bij het gebruik van de OV-chipkaart en het niet met contant geld kunnen kopen van een vervoerskaartje. De AP heeft naar het oordeel van de Afdeling terecht als reactie op het handhavingsverzoek van betrokkene, conform het door de AP gevoerde beleid, geen nader onderzoek gedaan. Inhoudelijk is van schending van de privacyregels geen sprake.

5.1.2 *Specifieke waarborgen*

HvJ EU 9 september 2021, nr. C-546/18 (*Adler Real Estate*), ECLI:EU:C:2021:711, oordeelt dat art. 4 en 17 van richtlijn 2004/25, betreffende het openbaar overnamebod, moeten worden gelezen in het licht van de door het Unierecht gewaarborgde rechten van de verdediging – in het bijzonder het recht om te worden gehoord – en de art. 47 en 48 Hv. Deze bepalingen verzetten zich tegen een praktijk van een lidstaat op grond waarvan een definitief geworden besluit waarbij een inbreuk op deze richtlijn wordt vastgesteld, bindende werking heeft in een latere procedure tot oplegging

van een administratieve sanctie met strafrechtelijk karakter wegens schending van de bepalingen van die richtlijn. Dit is het geval als de partijen waarop deze procedure betrekking heeft in het kader van de eerdere procedure tot vaststelling van deze inbreuk hun rechten van verdediging, niet ten volle hebben kunnen laten gelden. Dit geldt eveneens als zij zich niet hebben kunnen beroepen op hun zwijgrecht en het vermoeden van onschuld hebben kunnen genieten ten aanzien van feiten die later worden gebruikt ter ondersteuning van de tenlastelegging, of voor zover zij hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte tegen een dergelijk besluit niet kunnen uitoefenen voor een rechter die bevoegd is om zowel over feitelijke als over juridische kwesties te oordelen.

In HvJ EU 6 oktober 2021, nr. C-338/20, ECLI:EU:C:2021:805 (*D.P.*), oordeelt het Hof – verwijzend naar art. 47 en 48 lid 2 Hv, en het daarmee corresponderende art. 6 lid 1 en 3 EVRM – dat het kaderbesluit 2005/214, inzake toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, de autoriteit van de tenuitvoerleggingsstaat (Polen) toestaat de tenuitvoerlegging te weigeren van een beslissing, waarbij een geldelijke sanctie voor een verkeersovertreding is opgelegd, als die beslissing aan de geadresseerde door de opleggingsstaat (Nederland) is betekend zonder een bijgevoegde vertaling van de elementen daarvan die essentieel zijn om hem in staat te stellen de tegen hem ingebrachte beschuldiging te begrijpen en zijn rechten van verdediging ten volle uit te oefenen, en hem daarbij niet de mogelijkheid is geboden om op verzoek een dergelijke vertaling te verkrijgen. Uit de zaak blijkt dat het door de CJIB betekende besluit in het Nederlands was opgesteld, maar vergezeld ging van aanvullende uitleg in het Engels, Frans en Duits, alsook van een link naar de website www.cjib.nl, waarop informatie in het Pools stond over onder meer de wijze waarop de betrokkene de geldboete kon betalen, daartegen beroep kon instellen en contact kon opnemen met het CJIB om aanvullende vragen te stellen of nadere uitleg te krijgen. Dat alles is dus onvoldoende om de boete grensoverschrijdend te kunnen executeren.

In HvJ EU 2 oktober 2021, nr. C-544/19 (*Ecotex Bulgaria*), ECLI:EU:C:2021:803, stelt het Hof in de eerste plaats dat het Handvest van toepassing is op een nationale regeling die natuurlijke en rechtspersonen verbiedt om een betaling op het nationale grondgebied ten bedrage van een vastgestelde drempel of meer te verrichten in contanten, omdat de regeling een beperking impliceert van het vrij verkeer van kapitaal (art. 63 VWEU). Ten tweede acht het Hof de bestuurlijk boete die wordt opgelegd bij overtreding van het verbod een sanctie ‘van strafrechtelijke aard’, zodat de boete kan worden getoetst aan het evenredigheidsvereiste van art. 49 lid 3 Hv. Ten slotte – en dat is het belangrijkste aspect van de uitspraak – verzet art. 63 VWEU, gelezen in samenhang met art. 49 lid 3 Hv, zich niet tegen een sanctieregeling voor schendingen van het verbod waarin het bedrag van de boete die kan worden opgelegd, wordt berekend op basis van een vast percentage dat wordt toegepast op het totaalbedrag van de in strijd met het genoemde verbod verrichte betaling, zonder dat deze geldboete kan worden aangepast aan

de concrete omstandigheden van het geval. Een wettelijk gefixeerde boete gebaseerd op een vast percentage van de met een verbod strijdige betaling kan derhalve door de EU-beugel.

In HvJ EU 6 oktober 2021, nr. C-35/20, ECLI:EU:C:2021:813 (grensoverschrijding door pleziervaarttuig), stelt het Hof dat, aangezien elke Unieburger houder is van een identiteitskaart of een paspoort en van dit document moet voorzien zijn wanneer hij zich naar een andere lidstaat begeeft, de bij een nationale regeling opgelegde verplichting om voorzien te zijn van dat document bij terugkeer naar de lidstaat van herkomst bezwarend noch hinderlijk is. Volgens het Hof levert een identificatieplicht dan ook geen ontmoediging op van het recht van vrij verkeer. Wordt echter bij niet-naleving een geldboete opgelegd van, ter indicatie, 20% van het maandelijks netto-inkomen, dan is die sanctie niet evenredig met de ernst van deze inbreuk, die onbeduidend is, en derhalve in strijd met art. 49 lid 3 Hv.

In HvJ EU 2 september 2021, nr. C-790/19, ECLI:EU:C:2021:661 (zelf-witwassen), bepaalt het Hof allereerst dat art. 1 lid 2 sub a richtlijn 2005/60/EG zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het in deze bepaling bedoelde witwasdelict kan worden gepleegd door de dader van de criminele activiteit waaruit het betrokken geld is verworven (zelfwitwassen). Daarnaast geeft het aan dat, om de naleving van het beginsel van *ne bis in idem* (art. 50 Hv) te waarborgen, de nationale rechter moet nagaan of de materiële feiten die het basisdelict – te weten belastingfraude – vormen, niet identiek zijn aan die waarvoor de persoon in kwestie op grond van de Roemeense witwaswet nr. 656/2002 wordt vervolgd. Van schending van het *ne bis in idem*-beginsel kan geen sprake zijn, indien wordt vastgesteld dat de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de vervolging van de persoon wegens het witwassen van geld op grond van art. 29 lid 1 sub a van de genoemde wet niet identiek zijn aan de feiten die het basisdelict van belastingfraude vormen, hetgeen lijkt te volgen uit het dossier waarover het Hof beschikt. Zie over het beginsel van *ne bis in idem* ook, P. Wattel, ‘Ne bis in idem in Luxemburg en in Straatsburg’, *SEW* 2021/203, p. 640-651.

In CBB 27 juli 2021, ECLI:NL:CBB:2021:780, AB 2021/315, m.nt. Van Mill, oordeelt het College dat een boete, bij de berekening waarvan ten tijde van het uitbrengen van het boetevoornemen aan appellant een niet-openbare nauwkeurigheidsmarge is toegepast, na vernietiging niet kan worden gehandhaafd nadat die marge in hoger beroep alsnog openbaar is gemaakt. Het in het kader van het voornemen openbaar zijn van dergelijke marges is zo fundamenteel van aard, dat de schending van het verdedigingsbeginsel, gewaarborgd in art. 48 Hv en art. 6 EVRM, door de afwezigheid van die openbaarheid niet meer kan worden hersteld in een later stadium van de procedure (bezwaar, beroep, hoger beroep). A.A. Trousis, ‘Hof van Justitie sluit zich voor het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel voor natuurlijke personen aan bij het EHRM’, *NtER* 2021/4/5, p. 110-118, gaat nader in op de betekenis van de in de vorige kroniek (*NTB* 2021/249, p. 553) al gesignaleerde zaak *Consob* (nr. C-481/19, AB 2021/139).