

University of Groningen

## Rechtsbeginselen en fundamentele rechten

Brink, van den, J.E.; Den Ouden, W.; Prechal, S.; Widdershoven, R.J.G.M.; Jans, J.H.

*Published in:*  
Inleiding tot het Europees Bestuursrecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Brink, van den, J. E., Den Ouden, W., Prechal, S., Widdershoven, R. J. G. M., & Jans, J. H. (2017). Rechtsbeginselen en fundamentele rechten. In S. Prechal, & R. J. G. M. Widdershoven (editors), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht* (4 redactie, blz. 123-261). Ars Aequi Libri.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Hoofdstuk IV

## RECHTSBEGINSELEN EN FUNDAMENTELE RECHTEN

*J.E. van den Brink, W. den Ouden,  
S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, J.H. Jans*

### 1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn vragen aan de orde geweest die te maken hebben met de doorwerking van het Unierecht in de bestuurlijke organisatie, de wijze waarop regelgeving tot stand komt en belangrijke beslissingen worden genomen, de wijze waarop het handelen van bestuursorganen door het Unierecht wordt genormeerd en, voor een deel, de beïnvloeding van het bestuursprocesrecht. Het laatste onderwerp komt nog meer gedetailleerd aan de orde in de komende hoofdstukken. In dit hoofdstuk zal het vooral gaan om de rol die rechtsbeginselen en fundamentele rechten in het kader van deze normering spelen. Zij zijn uiteraard niet de enige normen die voor het bestuur bij de besluitvorming van belang zijn. Tal van geschreven en ongeschreven normen, neergelegd in Grondwet, wetten, andere – ook Europese – regelgeving en een enkele keer in ongeschreven recht, geven het kader aan waarbinnen een bestuursorgaan tot een beslissing mag, kan of moet komen. Die normen zijn richtinggevend voor het bestuur, maar ze hebben ook nog een andere functie: ze kunnen gebruikt worden om het handelen van het bestuur te toetsen. We denken daarbij met name aan rechterlijke toetsing, maar het kan ook gaan om toetsing door andere bestuursorganen (in administratief beroep) of door organen zoals de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman. Ook voor politieke controle door gekozen vertegenwoordigers zijn de bestuursrechtelijke normen van belang, al vormen ze – om een aantal uiteenlopende redenen – meestal niet het eerste referentiepunt voor het politieke debat.

Binnen de hier aangeduide veelheid van normen die voor het bestuurlijk handelen van belang zijn, vormen de rechtsbeginselen een interessante afzonderlijke categorie. Beginselen worden vaak in die zin onderscheiden van (rechts)regels, doordat zij gekenmerkt worden door een zekere openheid.<sup>1</sup> Een beginsel zoals ‘gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld’ is juist door zijn ruime formulering geschikt om als algemeen uitgangspunt bij bestuurlijke besluitvorming en belangenafweging te dienen, maar het moet nog verder worden gepreciseerd om in concrete gevallen tot een resultaat te leiden. Zo moet bijvoorbeeld worden vastgesteld welke overeenkomsten en verschillen tussen gevallen rechtens relevant zijn. Dat gebeurt mede in het licht van allerlei andere rechtsnormen. Pas daarna kan een beslissing *in concreto* tot stand komen.

Het interessante van beginselen is dat ze door hun open karakter gemakkelijk een brug kunnen vormen tussen verschillende normenstelsels. Eenzelfde probleem dat zich in verschillende rechtsordes voordoet wordt soms op nogal uiteenlopende manieren opgelost. De juridisch-technische uitwerking van die oplossingen mag zeer uiteenlopen, dat neemt niet weg dat vaak over algemene uitgangspunten, die aan de gekozen oplossingen ten grondslag liggen, overeenstemming tussen de verschillende stelsels valt te bereiken. De gedachte dat tegenover ‘gelijke lusten’ ook ‘gelijke lasten’ moeten staan, is bijvoorbeeld in veel lidstaten van de EU op de een of andere manier in het publiek-

<sup>1</sup> Vergelijk Tridimas 2006; Widdershoven 2017, voor deze en andere kenmerken van rechtsbeginselen.

recht terug te vinden.<sup>2</sup> Denk daarbij bijvoorbeeld aan een wettelijke regeling die ziet op schadevergoeding bij onteigening of algemener bij rechtmatig overheidshandelen of aan de mogelijkheid om de overheid civielrechtelijk aansprakelijk te stellen. Op het abstracte niveau van de beginselen is vaak een begin van overeenstemming te constateren. Voor de onderlinge afstemming en harmonisatie van rechtsstelsels in een gedeelde rechtsorde is dit een belangrijke vaststelling.

Overigens is daarmee niet gezegd, dat aan de rechtsstelsels van de lidstaten van de EU precies dezelfde uitgangspunten ten grondslag liggen. Dat is zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht allerminst het geval. Echter, het is in een boek over de doorwerking van Unierecht in het nationale bestuursrecht onvermijdelijk dat het accent iets meer op de overeenkomsten dan op de verschillen zal liggen.

Uit de titel van dit hoofdstuk blijkt dat hierin niet alleen aandacht wordt besteed aan algemene rechtsbeginselen, maar ook aan fundamentele rechten. De reden hiervoor is dat – zoals hierna zal blijken – fundamentele rechten binnen de EU-rechtsorde werden en worden erkend als EU-rechtsbeginselen en dat diverse van deze beginselen sinds 2009 als fundamentele rechten bindend zijn gecodificeerd in het Handvest. Van de in dit hoofdstuk specifiek te bespreken beginselen geldt dat voor het gelijkheidsbeginsel (zie titel III van het Hv) en het verdedigingsbeginsel als onderdeel van het recht op behoorlijk bestuur van artikel 41 Hv. Hetzelfde is het geval voor beginselen/fundamentele rechten die in andere hoofdstukken zijn of zullen worden besproken, zoals het beginsel/recht van effectieve rechtsbescherming (artikel 47 Hv, zie reeds hoofdstuk II, paragraaf 2.4) en de diverse beginselen/fundamentele rechten die specifiek gelden voor bestraffende sancties (artikel 48 t/m 50 Hv, zie hoofdstuk V, paragraaf 3.3.3). Al deze beginselen hebben daarmee ook de status van fundamenteel recht. Bovendien benadert het Hof van Justitie de binding van de lidstaten aan de EU-beginselen op dezelfde wijze als die aan de fundamentele rechten van het Handvest (zie paragraaf 2.4.3.3). Veel van wat in dit hoofdstuk wordt vermeld over beginselen geldt dus ook voor fundamentele rechten.

Tegelijkertijd is de bespreking van specifieke beginselen beperkt tot die beginselen die van algemeen belang zijn voor het bestuursrecht. Het is immers ondoenlijk om alle fundamentele rechten uit het Handvest te bespreken. Meer specifiek wordt hierna vanaf paragraaf 3 ingegaan op het gelijkheidsbeginsel (paragraaf 3), het evenredigheidsbeginsel (paragraaf 4), het vertrouwensbeginsel (paragraaf 4), het verdedigingsbeginsel (paragraaf 5) en het relatief nieuwe transparantiebeginsel (paragraaf 7). Daaraan voorafgaande wordt in paragraaf 2 aandacht besteed aan een aantal gemeenschappelijke aspecten van de EU-beginselen en de verhouding tot de fundamentele rechten van het Handvest.

Ten slotte is het goed om bij de bestudering van dit onderwerp steeds in gedachten te houden dat de realiteit van de beïnvloeding van het Nederlands bestuursrecht door de Unierechtelijke beginselen/fundamentele rechten complex is. Aan de ene kant hebben de Unierechtelijke beginselen/fundamentele rechten invloed op het nationale bestuursrecht als geheel, dus inclusief de beginselen en ander recht. Aan de andere kant worden de Nederlandse bestuursrechtelijke beginselen beïnvloed door het Unierecht als geheel, dus zowel door de Unierechtelijke beginselen/fundamentele rechten als ander Unierecht.

2 Vergelijk Tjepkema 2013, in het bijzonder p. 21-25.

## 2 Gemeenschappelijke aspecten

### 2.1 Oorsprong van de rechtsbeginselen

In het EU-recht is het een regelmatig voorkomend verschijnsel, dat een beginsel uit een nationaal stelsel wordt ‘geleend’ aan het Unierechtelijke rechtssysteem en daarna wordt ‘teruggegeven’ in getransformeerde vorm aan de stelsels van één of meer andere lidstaten.<sup>3</sup> In andere gevallen echter verloopt de beïnvloeding op andere wijze.

De grondslag voor de toepassing van algemene rechtsbeginselen in de EU-rechtsorde vormt artikel 19, lid 1 VEU. Ingevolge deze bepaling verzekert het Hof van Justitie de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen. Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat er nog ‘meer’ recht bestaat dan alleen datgene wat de Verdragen (en uiteraard het secundaire Unierecht) bepalen. Een belangrijke categorie van dit ‘recht’ wordt gevormd door de algemene beginselen van Unierecht waarvan het Hof inmiddels heeft overwogen dat zij een grondwettelijk karakter hebben.<sup>4</sup> Dat rechtsbeginselen in het Unierecht een relatief belangrijke rol spelen, is voor een groot deel te verklaren door het feit dat de EU-rechtsorde een ‘jonge’ rechtsorde is, met de onvermijdelijke leemten en tegenstrijdigheden van dien. Dit wordt ook veroorzaakt door het compromiskarakter van het secundaire Unierecht; de lidstaten zijn het lang niet altijd samen eens wat nogal eens resulteert in onduidelijke Unierechtelijke regelgeving. In een dergelijke context moeten rechtsbeginselen relatief vaak een uitkomst bieden bij de oplossing van een concreet probleem.

Vaak gaat het om ongeschreven rechtsbeginselen die doorgaans ook in het recht van de lidstaten bekend zijn, zij het dat zij niet *per se* een identieke inhoud en draagwijdte hebben. Desondanks zijn deze ‘nationale’ rechtsbeginselen een belangrijke inspiratiebron voor het Hof van Justitie. Op basis van deze beginselen distilleert het Hof als het ware de inhoud en de reikwijdte van het desbetreffende beginsel zoals dat in de Unierechtelijke context zal gelden.<sup>5</sup>

In dit verband is de zaak *Algera* uit 1957 nog steeds interessant.<sup>6</sup> In de zaak moest het Hof beslissen op het beroep van Algera en anderen tegen de intrekking van hun aanstelling als Europese ambtenaar. Op dat moment waren er nog geen geschreven regels voor die intrekking. Daarom – zo oordeelde het Hof – ‘is het Hof, op straffe van rechtsweigerig, gehouden dit vraagstuk op te lossen aan de hand van de regels, welke in de wetgeving, de wetenschap en de rechtspraak der deelnemende landen zijn aanvaard’. Vervolgens verrichte het Hof een rechtsvergelijkende studie van het recht in de (destijds 6) lidstaten en distilleerde uit die nationale rechten het Europese beginsel van rechtszekerheid, dat in de zaak kon worden toegepast.

Een andere goed voorbeeld van de werkwijze van het Hof is te vinden in het arrest *Heylens*,<sup>7</sup> waarin het Hof het vereiste dat beroep in rechte mogelijk moet zijn tegen iedere beslissing van een nationale instantie waarbij uitoefening van het recht van vrije toegang tot het arbeidsproces wordt geweigerd, beschouwt als een ‘algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat voortvloeit uit het constitutionele erfgoed

3 Een mooi voorbeeld biedt Zaak 155/79, AM&S [1982] en meer recent Zaak C-550/7 P, Akzo Nobel [2010]. Zie ook Koopmans 1991a en Hofmann e.a. 2011. Voor een meer uitgebreide bespreking van de in deze paragraaf besproken gemeenschappelijke aspecten zie, bijvoorbeeld, Tridimas 2006, p. 1-58, en Groussot 2006.

4 Zaak C-101/08, Audiolux [2009], r.o. 63.

5 Zie over de werkwijze van het Hof ook de conclusie van advocaat-generaal Léger in Zaak C-87/01 P, Commissie/CCRE [2003], punt 41-43. Door Ipsen 1972 werd dit aangeduid als ‘wertende Rechtsvergleichung’; op basis van rechtsvergelijking wordt naar de meest passende oplossing gezocht voor de Europese rechtsorde. Zie Prechal & Heukels 1986, p. 288. Zie ook Hofmann e.a. 2011, p. 71, Tridimas 2006, p. 17-29; Groussot 2006, p. 43-55.

6 Zaak 7/56, Algera [1957].

7 Zaak C-222/86, Heylens [1987].

dat alle lidstaten gemeen hebben en dat eveneens is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.’ Timmermans stelt in zijn noot onder het arrest dat het beginsel hier als ‘autonome, aanvullende rechtsbron’ fungeert ‘waaraan specifieke rechtsgevolgen worden ontleend die vervolgens aan artikel 48 EEG (nu artikel 45 VWEU) worden “opgehangen”’.<sup>8</sup>

Op één plaats in het VWEU, namelijk in artikel 340, verwijst het verdrag uitdrukkelijk naar de beginselen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben. Die verwijzing heeft betrekking op schadevergoeding, maar ook op andere terreinen zijn er beginselen aan te wijzen die in alle of vrijwel alle rechtsstelsels van de lidstaten voorkomen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van rechtszekerheid. Daarnaast zijn er ook beginselen die hun bloei te danken hebben aan het Unierecht. Het hierna te bespreken evenredigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het verdedigingsbeginsel zijn hiervan een voorbeeld.

Niet alle rechtsbeginselen zijn ongeschreven. In het VWEU en het Handvest zijn diverse rechtsbeginselen (deels) gecodificeerd. Als voorbeelden kunnen worden genoemd het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het evenredigheidsbeginsel, zoals vervat in artikel 36 VWEU.<sup>9</sup> Uiteraard worden beginselen ook verder ontwikkeld door middel van een combinatie van geschreven Unierecht, hun uitleg door het Hof, het recht van de lidstaten en soms ook door het internationale recht.

## 2.2 Soorten rechtsbeginselen

Rechtsbeginselen kunnen op veel verschillende manieren worden gecategoriseerd. In Nederland maakt men vaak onderscheid tussen algemene beginselen van behoorlijk bestuur die betrekking hebben op de voorbereiding van besluiten, op de besluitvorming, de argumentatie die aan een besluit ten grondslag wordt gelegd, het resultaat van de belangenafweging en de kennisgeving van een besluit en van de motivering daarvan.<sup>10</sup> Beginselen ten aanzien van de voorbereiding, de besluitvorming, de argumentatie en de kennisgeving van een besluit zijn van procedurele aard.<sup>11</sup> Beginselen die zien op het resultaat van de belangenafweging hebben betrekking op de inhoud van het besluit en zijn van materiële aard.<sup>12</sup> In dit hoofdstuk is zo’n indeling naar de chronologie van de fasen in de besluitvorming minder belangrijk. Het gaat er hier in eerste instantie om de Unierechtelijke invloed op de rechtsvorming en de juridische gedachtevorming in beeld te brengen. Sommige beginselen, zoals dat van rechtszekerheid, zijn van belang in de verschillende fasen van de bestuurlijke besluitvorming. Zulke uitwerkingen zijn vanuit het hier gehanteerde perspectief een kwestie van nadere verfijning van beginselen op nationaal niveau.

Er zijn vele Unierechtelijke uitgangspunten die in de loop der jaren als een beginsel werden aangeduid.

Zo wordt vaak gesproken over het beginsel van voorrang van Unierecht. Ook heeft het Hof in 2001 het ‘beginsel van richtlijnconforme uitlegging’ geformuleerd.<sup>13</sup> In hoofdstuk II hebben wij al kennis gemaakt met het beginsel van loyale samenwerking en het beginsel van subsidiariteit. Deze beginselen worden ook

8 Timmermans 1989, p. 290.

9 Zie voor een meer gedetailleerde bespreking paragraaf 3 en paragraaf 4 van dit hoofdstuk.

10 Zie bijvoorbeeld Bröring & De Graaf 2016, p. 279.

11 Bröring & De Graaf 2016, p. 279.

12 Bröring & De Graaf 2016, p. 279.

13 Gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, Pfeiffer [2004], r.o. 115.

wel de ‘*founding principles*’ van de EU genoemd.<sup>14</sup> Verder is in hoofdstuk II het beginsel van procedurele autonomie al vermeld. In de literatuur komt men ook het beginsel van de eenheid van de markt<sup>15</sup> en het beginsel van institutioneel evenwicht tegen.<sup>16</sup> Dat laatste beginsel ziet men inmiddels ook in de rechtspraak van het Hof.<sup>17</sup>

Er bestaan ook beginselen die volgens nationaal recht primair tot het privaatrecht behoren, waaronder het beginsel van ongerechtvaardigde verrijking. Uit de EU-rechtspraak blijkt echter, dat een dergelijk beginsel ook in de context van het bestuursrecht kan spelen. Dit is bijvoorbeeld het geval met de terugbetaling van in strijd met het Unierecht geheven belastingen. Wanneer deze belastingen aan derden zijn doorberekend, bijvoorbeeld aan consumenten, mag een lidstaat zich tegen een vordering tot terugbetaling verzetten met het beroep op het beginsel van ongerechtvaardigde verrijking van *in casu* de belastingplichtige.<sup>18</sup>

In dit hoofdstuk zullen wij vooral aandacht besteden aan de betekenis van het EU-recht voor de invulling en toepassing van bestuursrechtelijke beginselen en derhalve, voor equivalenten van deze beginselen zoals zij op Unierechtelijk niveau bestaan. De beginselen die we hier bespreken, hebben zowel voor de wetgever als voor het bestuur een normerende betekenis. We zullen zien dat de meeste beginselen niet alleen handelingen van EU-instellingen normeren, maar ook handelingen van autoriteiten van de lidstaten.<sup>19</sup> Zoals in paragraaf 1 al aangegeven zijn fundamentele rechten te beschouwen als een bijzondere categorie rechtsbeginselen.<sup>20</sup> Wij komen op deze categorie terug in paragraaf 2.4.

### 2.3 Functies en reikwijdte van rechtsbeginselen

Rechtsbeginselen in de Unierechtelijke rechtsorde hebben drie functies. In de eerste plaats stellen zij het Hof van Justitie in staat om lacunes in de EU-verdragen en het secundaire Unierecht op te vullen.<sup>21</sup> Ten tweede dienen zij als interpretatiehulpmiddel.<sup>22</sup> Zowel het EU-recht als het nationale recht dat binnen de werkingssfeer van het EU-recht valt, moet worden geïnterpreteerd in het licht van de algemene beginselen van Unierecht.<sup>23</sup> Een derde belangrijke functie van de rechtsbeginselen is die van maatstaf voor de toetsing door de rechter van de EU-wetgeving en bestuurshandelen.<sup>24</sup> In het kader van artikel 263 VWEU wordt de schending van een rechtsbeginsel op een wat ongelukkige wijze gekwalificeerd als een ‘schending van de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan’.

14 Von Bogdandy 2010, p. 95.

15 Vergelijk Mertens de Wilmars 1986, p. 37.

16 Vergelijk Prechal 1991, p. 219.

17 Zaak C-660/13, Raad/Commissie [2016], ro. 32.

18 Vergelijk bijvoorbeeld Gevoegde zaken C-192/95 tot en met C-218/95, Comateb [1997] en meer recent Zaak C-398/09, Lady Kid [2011]. Een ander voorbeeld van hoe een primair privaatrechtelijk begrip onder invloed van het EU-recht ook in het bestuursrecht een rol gaat spelen, biedt het begrip ‘overmacht’. Zie CBB 10 december 1997, ECLI:NL:CBB:1997:AN5630, en meer recent CBB 11 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:224.

19 Attribuerende beginselen, zoals legaliteit of subsidiariteit, blijven hier dus buiten beschouwing. Voor het subsidiariteitsbeginsel, zie hoofdstuk II, paragraaf 1; voor het legaliteitsbeginsel, zie hoofdstuk I, paragraaf 7 en hoofdstuk V, paragraaf 3.3.3.3.

20 Zie over de relatie tussen Unierechtelijke fundamentele rechten en het overige EU-recht Chalmers & Trotter 2016.

21 Tridimas 2006, p. 17-19; Prechal 2010, p. 5; Lenaerts & Gutierrez-Fons 2010, p. 1629. Zie al de hiervoor in paragraaf 2.1 genoemde Zaak 7/56, Algera [1957].

22 Tridimas 2006, p. 29-31.

23 Lenaerts & Gutierrez-Fons 2010, p. 1629.

24 Tridimas 2006, p. 31-35; Prechal 2009, p. 5; Lenaerts & Gutierrez-Fons 2010, p. 1629.

Ook bij andere acties, zoals de vordering van schadevergoeding tegen de Unie op grond van artikel 340 VWEU, kunnen rechtsbeginselen een belangrijke rol spelen.<sup>25</sup>

Daarnaast krijgen de Unierechtelijke rechtsbeginselen in toenemende mate de functie van toetsingsmaatstaf voor het optreden van de lidstaten. Nationaal bestuuroptreden én wetgeving – ook wetgeving in formele zin – worden (mede) aan de Unierechtelijke rechtsbeginselen getoetst.

Voor sommige landen, zoals Nederland, heeft dit verstrekkende gevolgen. Het betekent, namelijk, dat er een toetsing plaatsvindt aan ongeschreven Unierecht, ondanks artikel 94 Gw, dat volgens de Hoge Raad een toetsing aan ongeschreven beginselen van het volkenrecht verbiedt. Ook artikel 120 Gw, dat zich zou verzetten tegen een toetsing van formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen,<sup>26</sup> wordt op deze wijze terzijde gelaten. Het een en ander vloeit uiteraard voort uit de bijzondere aard van het Unierecht.<sup>27</sup>

De vraag is echter in welke situaties de lidstaten aan de Unierechtelijke rechtsbeginselen zijn gebonden. Anders dan voor de EU-instellingen, die *altijd* door de rechtsbeginselen gebonden zijn, gelden de beginselen voor de lidstaten alleen wanneer deze *binnen de werkingssfeer van het Unierecht handelen*. In sommige gevallen is het vrij duidelijk wanneer hiervan sprake is. In andere gevallen is de grens echter moeilijk te trekken.

Het debat over de vraag wanneer lidstaten binnen de werkingssfeer van het Unierecht handelen is verhevigd na de inwerkingtreding van het Handvest. Volgen artikel 51, lid 1 Hv zijn de adressaten van het Handvest de instellingen en de organen van de Unie én de lidstaten, maar dan ‘uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.’ Zoals uitgebreid zal worden besproken in paragraaf 2.4.3.3, is de werkingssfeer van het Unierecht en meer in het bijzonder het Handvest ten aanzien van de lidstaten een nogal delicaat discussiepunt gebleken. Het debat ging onder meer over de vraag of het toepassingsbereik van Unierechtelijke rechtsbeginselen ruimer is of zou kunnen zijn dan dat van de bepalingen uit het Handvest. Inmiddels heeft het Hof uitgemaakt dat de criteria om het toepassingsbereik te bepalen van zowel de Unierechtelijke rechtsbeginselen als de fundamentele rechten die in het Handvest zijn neergelegd, dezelfde zijn.<sup>28</sup> In *Siragusa* overweegt het Hof dat omdat niet is aangetoond dat de desbetreffende Italiaanse wet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, zowel artikel 17 Hv als het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel niet van toepassing zijn.<sup>29</sup>

Omdat de werkingssfeer van de Unierechtelijke rechtsbeginselen en het Handvest hetzelfde is, zal dit onderwerp – nadat eerst een algemene introductie op het Handvest is gegeven – in paragraaf 2.4.3.3 meer uitgebreid worden besproken.

## 2.4 De relatie tussen EU-rechtsbeginselen en fundamentele rechten

### 2.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op fundamentele rechten. Zoals eerder in dit hoofdstuk is opgemerkt, vormen de fundamentele rechten een bijzondere categorie van Unierechtelijke rechtsbeginselen. Bij gebrek aan een eigen grondrechtencatalogus werden in de EU de grondrechten beschermd

25 Vergelijk Gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90, Mulder II [1992], waarin aan de eisende onderneming schadevergoeding werd toegekend wegens een schending van het beginsel van opgewekt vertrouwen door de communautaire wetgever.

26 HR 14 april 1989, Harmonisatiewet, ECLI:NL:HR:1989:AD5725.

27 Zie hierover hoofdstuk II, paragraaf 1.

28 Zie hieromtrent Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2015, p. 1576.

29 Zaak C-206/13, *Siragusa* [2014], r.o. 33-35.

onder de noemer ‘algemene rechtsbeginselen’.<sup>30</sup> Dit is veranderd met de aanvaarding van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie tijdens de Europese top in Nice, in december 2000.<sup>31</sup> Aanvankelijk was het geen bindend document,<sup>32</sup> zodat de betekenis van het Handvest beperkt was.<sup>33</sup> Dit veranderde met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009. Op deze datum verkreeg het Handvest een juridisch bindende status.<sup>34</sup> Sinds Lissabon heeft de EU dus haar eigen bindende grondrechtencatalogus.<sup>35</sup> Naast de juridische verbindendheid van het Handvest is sinds Lissabon in artikel 6, tweede lid VEU neergelegd dat de EU zal toetreden tot het EVRM. Artikel 6, derde lid VEU verzekert voorts dat de grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie.

Zoals in paragraaf 1 al aangegeven, besteden we in dit boek specifiek aandacht aan de EU-beginselen die voor het bestuursrecht van algemeen belang zijn en waarvan diverse – de effectieve rechtsbescherming (artikel 47 Hv), het bestuurlijke verdedigingsbeginsel (art 41 Hv), het gelijkheidsbeginsel (titel III Hv) – in het Handvest ook als grondrecht/fundamenteel recht zijn erkend. Voor andere meer ‘constitutionele’ fundamentele rechten, bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting (artikel 11 Hv), zij verwezen naar de literatuur.<sup>36</sup>

Uit het voorgaande blijkt al dat het in Nederland gemaakte onderscheid tussen algemene beginselen van behoorlijk bestuur (die behoren tot het bestuursrecht) en grondrechten (die behoren tot het staatsrecht) in het Unierecht nauwelijks valt te maken.<sup>37</sup> Ook in de rechtspraak van het Hof worden dezelfde waarden die ene keer aangeduid als beginsel en de andere keer als grondrecht. Dit ziet men bij bijvoorbeeld bij

- 30 Met deze kwalificatie is het Hof voor het eerst gekomen in Zaak 29/69, Stauder [1969]. Zie over de ontwikkeling van fundamentele rechten tot algemene beginselen van gemeenschapsrecht De Mol 2014, p. 19 e.v. Sinds voormeld arrest heeft deze grondrechtenjurisprudentie in een reeks arresten een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt. In de zaak C-101/08, Audiolux [2009], lijkt het Hof de zaak om te draaien: de Europese algemene rechtsbeginselen hebben een grondwettelijk karakter (r.o. 63). Hoewel het bij sommige beginselen het geval kan zijn, lijkt het ons een wat boude uitspraak. Er zijn immers genoeg beginselen die niet per se ‘grondwettelijk’ zijn (bijvoorbeeld evenredigheid, opgewekt vertrouwen). Tenzij met de karakterisering ‘grondwettelijk’ wordt bedoeld dat zij van hogere orde zijn en derhalve als een toetsingsmaatstaf voor andere – ‘lagere’ – handelingen kunnen worden gebruikt.
- 31 Het Handvest heeft veel pennen in beweging gebracht, ook in Nederland. Zie bijvoorbeeld Lenaerts & De Smijter 2000, Hirsch Ballin 2001a en 2001b, Bulterman 2000 en Bulterman 2001. Zie over de totstandkoming van het Handvest Krommendijk 2015a en De Búrca 2001.
- 32 Zie wat betreft de juridische status van het Handvest voor het Verdrag van Lissabon De Witte 2001; Eeckhout 2002; Lenaerts & De Smijter 2001a; Jacobs 2001; Goldsmith 2001 en Von Bogdandy 2000.
- 33 Ondanks het ontbreken van juridische verbindendheid erkende het Hof van Justitie het Handvest als een bevestiging van algemene Unierechtelijke beginselen die voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben en het EVRM. Zie bijvoorbeeld Zaak C-432/05, Unibet [2007], r.o. 37. Verwijzingen naar het Handvest zijn eveneens te vinden in Zaak T-54/99, Max Mobil [2002]; Gevoegde zaken C-402/05P en C-415/05P, Kadi I [2006]; Zaak C-275/06, Promusicae [2008].
- 34 Zie artikel 6, eerste lid VEU. Het Hof heeft inmiddels in verschillende arresten benadrukt dat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon rekening moet worden gehouden met het Handvest, dat volgens de bewoordingen van artikel 6, eerste lid, eerste alinea VEU, “dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft”. Zie bijvoorbeeld Zaak C-297/09, DEB [2010].
- 35 Vele auteurs hebben aandacht besteed aan de zogenoemde wedergeboorte van het Handvest. Zie bijvoorbeeld Holoubek 2014, Rosas 2012, Iglesias Sánchez 2012, Anderson & Murphy 2012, Defeis 2012, Kokott & Sobotta 2010, Peers 2010, Denman 2010 en Claes 2009. Zie over de rol van het Hof van Justitie met betrekking tot het Handvest, Weiß 2017 en De Búrca 2013.
- 36 Zie hieromtrent Barkhuysen & Van Emmerik 2017, Peers e.a. 2014; Alston e.a. 1999.
- 37 Besselink 1998, p. 24, komt in dat verband tot de volgende driedeling: de eigenlijke grondrechtelijke gemeenschapsbeginselen, beginselen die materieel als aan grondrechten verwante rechtsgoederen kunnen dienen, en de ‘gewone’ algemene rechtsbeginselen.



het gelijkheidsbeginsel/verbod van discriminatie,<sup>38</sup> en bij het beginsel/grondrecht van bescherming van de rechten van de verdediging.<sup>39</sup>

Wel belichten we in het vervolg van deze paragraaf verschillende aspecten van alle fundamentele rechten, die ook relevant zijn in relatie tot algemene EU-beginselen. In de eerste plaats gaan wij in paragraaf 2.4.2 in op de fundamentele rechten die door het Hof van Justitie zijn erkend als algemene rechtsbeginselen. De juridische verbindendheid van het Handvest heeft niet tot gevolg dat deze jurisprudentie haar betekenis heeft verloren. Vervolgens zal in paragraaf 2.4.3 meer gedetailleerd worden ingegaan op het Handvest. Na een tweetal meer introducerende paragrafen leggen wij vervolgens de nadruk op de vraag in hoeverre het Handvest betrekking heeft op het handelen van de lidstaten (paragraaf 2.4.3.3). Deze vraag is ook uiterst relevant voor de algemene EU-rechtsbeginselen. In paragraaf 2.4.3.4 komt de relatie tussen de bescherming van Unierechtelijke fundamentele rechten en de bescherming van fundamentele rechten zoals geboden door het EHRM aan de orde. Aan de vraag of ook positieve verplichtingen uit de in het Handvest neergelegde fundamentele rechten kunnen voortvloeien, wordt aandacht besteed in paragraaf 2.4.3.5. In paragraaf 2.4.3.6 wordt ten slotte de relatie tussen Unierechtelijke fundamentele rechten en nationale grondrechten besproken.

#### 2.4.2 Fundamentele rechten als EU-rechtsbeginselen

Zoals hiervoor al opgemerkt, werden de fundamentele rechten binnen de EU voor de inwerking-treding van het Handvest van oudsher beschermd onder de noemer van ‘algemene beginselen van gemeenschapsrecht’.<sup>40</sup> Hoewel de oorspronkelijke verdragen – EGKS, Euratom en met name het EEG verdrag – geen enkele bepaling over grondrechtenbescherming bevatten, overwoog het Hof van Justitie in het arrest *Nold* dat de fundamentele rechten een integrerend deel uitmaken van de algemene beginselen, waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.<sup>41</sup>

Bij de beantwoording van de vraag *welke* grondrechten in dit verband worden beschermd, liet het Hof zich leiden door de constitutionele tradities van de lidstaten en internationale mensenrechten-verdragen, in het bijzonder het EVRM.<sup>42</sup> Gelet hierop, verwees het Hof van Justitie in toenemende mate naar de rechtspraak van het EHRM, en overwoog zelfs dat de gemeenschapsrechter bij zijn uitlegging van de grondrechten rekening moet houden met de rechtspraak van het EHRM.<sup>43</sup>

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht werd de grondrechtenjurisprudentie van het Hof verankerd in artikel 6 van het voormalige VEU. Het Verdrag van Amsterdam heeft de grondrechtenbescherming verder versterkt door in artikel 7 VEU een procedure op te nemen, die kan leiden tot schorsing van bepaalde rechten van een lidstaat die zich schuldig maakt aan een ernstige en voortdurende schending van de grondrechten. Bij het Verdrag van Nice en vervolgens het Verdrag van Lissabon, is

38 Vergelijk Zaak C-423/04, Richards [2006], waarin het Hof het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ‘één van de grondbeginselen van gemeenschapsrecht’ noemt en overweegt dat ‘het recht om niet op grond van geslacht te worden gediscrimineerd, één van de van de fundamentele rechten van de mens [is], waarvan het Hof de eerbiediging dient te verzekeren’. Het gelijkheidsbeginsel is gecodificeerd in Titel III van het Handvest. De discussie is complexer geworden nu sommige fundamentele beginselen zijn neergelegd in de EU-verdragen, zoals artikel 18 VWEU.

39 Vergelijk Zaak C-28/05, Dokter [2006], voor wat betreft het bestuurlijke verdedigingsbeginsel (zie paragraaf 6.1). Zie voor het rechterlijke verdedigingsbeginsel, als onderdeel van het beginsel van effectieve rechtsbescherming en gecodificeerd in artikel 47, tweede lid Hv, reeds hoofdstuk II, paragraaf 2.4.

40 Zaak 29/69, Stauder [1969]. Veel auteurs hebben aandacht besteed aan de bescherming van fundamentele rechten in de EU voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Zie bijvoorbeeld De Mol 2014, p. 25 e.v., De Búrca 2011.

41 Zaak C-4/73, Nold [1974], r.o. 13.

42 Zaak C-222/84, Johnston [1986], r.o. 18.

43 Zie bijvoorbeeld Gevoegde zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P tot en met C-252/99 P en C-254/99, P Limburgse Vinylmaatschappij e.a. [2002], r.o. 274. Zie hieromtrent Peers 2010, p. 284.

deze procedure verder aangepast. De Unie kan, op grond van het huidige Verdrag, niet alleen ingrijpen wanneer er sprake is van een ernstige en voortdurende schending van de mensenrechten *casu quo* de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid en de rechtsstaat, maar ook wanneer er een duidelijk gevaar bestaat voor een dergelijke schending. De procedurele bepalingen van artikel 7 VEU zijn onderworpen aan de controle van het Hof van Justitie (artikel 269 VWEU).

Het Hof van Justitie heeft inmiddels een hele reeks grondrechten als EU-beginselen in zijn rechtspraak erkend. Voor wat het EVRM betreft, komt een aantal rechten met een zekere regelmaat in de rechtspraak terug. Daartoe behoren, in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting,<sup>44</sup> bescherming van het eigendom,<sup>45</sup> het recht op toegang tot de rechter,<sup>46</sup> een eerlijk proces en berechting binnen een redelijk termijn,<sup>47</sup> en het recht op onschendbaarheid van de woning en het privéleven. Het laatstgenoemde recht komt onder meer uitgebreid aan bod in het kader van mededingingsrecht, in verband met de verificatiebevoegdheden van de Commissie.<sup>48</sup> Juist op dit gebied is de wisselwerking tussen de Straatsburgse en Luxemburgse rechtspraak goed zichtbaar, met name voor wat betreft de bescherming van de ‘privésfeer’ van een rechtspersoon.<sup>49</sup> Een ander gebied waar artikel 8 EVRM – in het bijzonder het daarin vervatte recht op gezinsleven – een grote rol speelt is het vrije verkeer van personen en het migratie- en asielrecht.<sup>50</sup>

Dat het Handvest een juridisch bindende status heeft gekregen ingevolge artikel 6, eerste lid VEU betekent niet dat de voormelde rechtspraak waarin fundamentele rechten worden beschouwd als algemene EU-rechtsbeginselen zijn betekenis heeft verloren.<sup>51</sup> De toepassing van algemene EU-beginselen ter bescherming van fundamentele rechten heeft, ook nu veel van deze beginselen in het Handvest zijn gecodificeerd, een belangrijke toegevoegde waarde. In de eerste plaats zijn niet alle algemene EU-beginselen in het Handvest neergelegd.<sup>52</sup> Een voorbeeld hiervan biedt het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel. Ook het transparantiebeginsel is slechts partieel in 42 Hv gecodificeerd. In de tweede plaats beperkt het Handvest in sommige gevallen de reikwijdte van de daarin opgenomen specifieke rechten.<sup>53</sup> Het beste voorbeeld biedt het recht op behoorlijk bestuur dat is neergelegd in artikel 41 Hv.<sup>54</sup> Volgens de tekst van artikel 41, eerste lid Hv geldt het recht op behoorlijk bestuur

44 Zaak C-260/89, ERT [1991]. Vergelijk ook Zaak C-159/90, Grogan [1991], Zaak C-368/95, Familiapress [1997], Zaak C-273/99 P, Connolly [2001]; Zaak C-73/07, Satamedia [2008].

45 Gevoegde zaken C-20/00 en C-64/00, Booker Aquaculture [2003]. Vergelijk ook Zaak C-347/03, ERSA [2003] en Zaak C-370/05, Festersen [2007].

46 Bijvoorbeeld Zaak C-423/05, Unibet [2007]. Vergelijk ook Zaak C-540/03, P Kadi [2006], Zaak C-276/01, Steffensen [2003]; Zaak 222/84, Johnston [1986].

47 Zaak C-185/95 P, Baustahlgewebe [1998]; Zaak C-385/07 P, Der Grüne Punkt [2009]; Zaak C-58/12 P, Groupe Gascoigne [2013].

48 Zie hoofdstuk V, paragraaf 3.3.2.

49 Zie bijvoorbeeld Zaak C-94/00, Roquette Frères I [2002]; Zaak C-450/06, Varec [2008].

50 Zie onder andere Zaak C-60/00, Carpenter [2002]. Vergelijk ook Gevoegde zaken C-482/01 en C-493/01, Ofranopoulos [2004]; Zaak C-109/01, Akrich [2003].

51 Zie ook Rosas 2012, p. 1272 en 1282 en Prechal 2016.

52 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 644.

53 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 644. Om misverstanden te vermijden: deze toegevoegde waarde is alleen van belang voor bepalingen uit het Handvest met een specifieke beperkte werkingssfeer en heeft daarom geen betrekking op de algemene (beperkte) werkingssfeer van het Handvest ten opzichte van de lidstaten zoals neergelegd in artikel 51, eerste lid HvT. Hierop wordt in paragraaf 2.4.3.3 dieper ingegaan.

54 Zie over het recht op behoorlijk bestuur bijvoorbeeld Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 90, Schlössels 2016, Timmersmans & Schlössels 2015, Evans 2015, Craig 2014, Addink 2014b, Bousta 2013, Hofmann & Mihaescu 2013, Rabinovici 2012, De Leeuw 2011, Nehl 2009, Fortsakis 2005 en Hirsch Ballin 2000.

alleen in relatie tot de instellingen, organen en instanties van de Unie.<sup>55</sup> Echter, de essentie van dit recht geldt ook in de relatie tussen individuen en de lidstaten – wanneer zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht – omdat het Hof in onder meer de arresten *Mukarubega* en *H.N.*<sup>56</sup> heeft bepaald dat het recht op behoorlijk bestuur “integraal deel uitmaakt” *casu quo* een “afspiegeling vormt van” een algemeen beginsel van het Unierecht.<sup>57</sup> De beperking van het recht op behoorlijk bestuur tot instellingen, organen en instanties van de Unie die is neergelegd in artikel 41 van het Handvest geldt dus niet voor het achterliggende Unierechtelijke beginsel.<sup>58</sup> Aldus wordt de specifieke beperking van artikel 41 Hv op een charmante manier omzeild.

De zaak *Mukarubega* betrof het recht om te worden gehoord.<sup>59</sup> Dit recht maakt onderdeel uit van het recht op behoorlijk bestuur en is neergelegd in artikel 41, tweede lid van het Handvest. Het Hof van Justitie overwoog in dit arrest dat uit de bewoordingen van artikel 41 Hv duidelijk volgt dat dit niet is gericht tot de lidstaten, maar uitsluitend tot de instellingen, organen en instanties van de Unie. Bijgevolg kan de aanvrager van een verblijfstitel aan artikel 41, tweede lid, sub a Hv geen recht ontlennen om door nationale autoriteiten te worden gehoord.<sup>60</sup> Het Hof overweegt echter vervolgens dat “dat recht [...] echter wel integraal deel uit[maakt] van de eerbiediging van de rechten van verdediging, dat een algemeen beginsel van Unierecht is”.<sup>61</sup> Vervolgens beoordeelt het Hof of de Franse autoriteiten het recht om te worden gehoord van Mukarubega – een illegale derdelander – hebben geëerbiedigd.

De zaak *H.N.* betrof het recht op behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het recht voor eenieder “dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld” en dat is neergelegd in artikel 41, eerste lid van het Handvest.<sup>62</sup> Het Hof van Justitie overweegt in dit arrest dat het recht op behoorlijk bestuur “een afspiegeling vormt van een algemeen beginsel van Unierecht”. Vervolgens beoordeelt het Hof of de Ierse autoriteiten een inbreuk hebben gemaakt op het vereiste van onpartijdigheid (hetgeen niet het geval is). Of *in casu* in strijd is gehandeld met het recht van eenieder dat zijn zaken binnen een redelijke termijn worden behandeld, staat volgens het Hof ter beoordeling van de verwijzende rechter.

Ook ten aanzien van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht dat is neergelegd in artikel 47 Hv zou het algemene beginsel van effectieve rechtsbescherming toegevoegde waarde kunnen hebben. In de literatuur is de vraag opgeworpen of de reikwijdte van artikel 47 Hv beperkt zou kunnen zijn in die zin dat deze bepaling alleen van toepassing is wanneer sprake is van een schending van door het Unierecht gewaarborgde rechten en vrijheden.<sup>63</sup> Tot nog toe zijn er geen indicaties dat het Hof van Justitie een strikte interpretatie zou voorstaan van ‘rechten’ en ‘vrijheden’ en daarmee de werkingssfeer van artikel 47 Hv zou willen beperken. Wanneer het Hof, om welke reden dan ook, deze begrippen wel beperkt zou uitleggen – en daarmee de reikwijdte van artikel 47 Hv zou beper-

55 De beperkte werkingssfeer van artikel 41 van het Handvest is door het Hof van Justitie bevestigd in Gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, YS e.a. [2014] en Zaak C-482/10, Cicala [2011], r.o. 28. Zie ook Hofmann & Mihaescu 2013, p. 96.

56 Zaak C-166/13, Mukarubega [2014], r.o. 45; Zaak C-604/12, H.N. [2014], r.o. 49. Zie ook Zaak C-249/13, Khaled Boudjlida [2014]; Zaak C-419/14 WebMindLicenses [2015], r.o. 83 en 84.

57 Vergelijk Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 644.

58 Vergelijk Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 90, Schlössels 2016, p. 665, en Timmermans & Schlössels 2015, p. 253-254.

59 Zaak C-166/13, Mukarubega [2014].

60 Zaak C-166/13, Mukarubega [2014], r.o. 44.

61 Zaak C-166/13, Mukarubega [2014], r.o. 45.

62 Zaak C-604/12, H.N. [2014], r.o. 49.

63 Zie Prechal 2016, p. 148-149, die daar overigens om verschillende redenen geen voorstander van is. Zie voor deze discussie reeds hoofdstuk II, paragraaf 2.4.

ken – dan zou het daardoor gecreëerde ‘gat’ gedicht kunnen – en naar onze mening moeten – worden door het ongeschreven rechtsbeginsel van effectieve rechtsbescherming.

Dat het Hof daartoe bereid is, zou met enige voorzichtigheid kunnen worden afgeleid uit de zaak *Toma*.<sup>64</sup> In dit arrest maakt het Hof een duidelijk onderscheid tussen artikel 47 Handvest en het (daarin neergelegde) beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>65</sup> De codificatie van het rechtsbeginsel van effectieve rechtsbescherming in artikel 47 Handvest betekent derhalve niet dat dat beginsel geen zelfstandige betekenis meer heeft.<sup>66</sup>

Het Handvest legt de relatie tussen het Handvest en de algemene beginselen waarvan wordt gesproken in artikel 6, derde lid VEU verder niet uit.<sup>67</sup> Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon verwijst het Hof van Justitie in veel arresten waarin het draaide om fundamentele rechten in de eerste plaats naar het Handvest. Dit duidt erop dat Hof het Handvest als belangrijkste bron van grondrechten in de Unierechtelijke rechtsorde ziet;<sup>68</sup> het Handvest vormt dan ook het uitgangspunt bij de beoordeling van het Hof of de grondrechten zijn geëerbiedigd.<sup>69</sup> Echter, er zijn ook zaken waarin het Hof aangeeft dat het Handvest een ‘herbevestiging’ vormt van de Unierechtelijke beginselen.<sup>70</sup> Bovendien laten zaken als *Mukarubega* en *H.N.* zien dat het Hof er niet voor terugdeinst om terug te vallen op algemene Unierechtelijke beginselen in gevallen waarin de reikwijdte van bepalingen van het Handvest specifiek is beperkt.<sup>71</sup> Dit betekent dat het belang van algemene rechtsbeginselen blijft bestaan.<sup>72</sup> Voorts biedt de wijze van redenering door het Hof van Justitie in een zaak als *Mukarubega* steun voor de visie dat het Handvest en de algemene Unierechtelijke beginselen gelijkwaardig zijn.<sup>73</sup> Met andere woorden: het Handvest heeft geen voorrang boven de algemene Unierechtelijke beginselen.<sup>74</sup>

### 2.4.3 Het Handvest van de Grondrechten

#### 2.4.3.1 Inleiding

Ingevolge artikel 6, eerste lid VEU erkent de Unie de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie om in één adem daarbij te vermelden dat het Handvest dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft. Dit betekent niet alleen dat het Handvest juridisch verbindend is, maar ook dat het de status van primair Unierecht heeft.<sup>75</sup> Dit heeft tot gevolg dat het Handvest voorrang heeft op secundair EU-recht zoals richtlijnen,

64 Zaak C-205/15, *Toma* [2016].

65 Zaak C-205/15, *Toma* [2016], r.o. 36 en 42, AB 2016/321, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Zie aldus punt 10 van de annotatie van Widdershoven onder AB 2016/321.

66 Prechal 2016, p. 157; Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 644.

67 Hofmann & Mihaescu 2013, p. 74.

68 Peers 2010, p. 288 en Hofmann & Mihaescu 2013, p. 75. Zie bijvoorbeeld Zaak C-352/09 P, ThyssenKrupp Nirosta [2011], r.o. 80, Zaak C-279/09, DEB [2010], r.o. 30; Gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, Volker en Schecke [2010], r.o. 46.

69 Douglas-Scott 2013, p. 161. Zie ook Barkhuysen & Bos 2011, p. 27 en Peers 2010, p. 288.

70 Peers 2010, p. 289. Zie bijvoorbeeld Zaak C-562/13, Moussa Abdida [2014], r.o. 45.

71 Zie Zaak C-166/13, *Mukarubega* [2014]; Zaak C-604/12, *H.N.* [2014], r.o. 49; Zaak C-419/14, *WebMindLicenses* [2015].

72 Vergelijk Hofmann & Mihaescu 2013, p. 74-75.

73 Zie Zaak C-166/13 *Mukarubega* [2014].

74 Vergelijk Hofmann & Mihaescu 2013 en Barkhuysen & Bos 2011, p. 27.

75 Rosas 2012, p. 1271.

verordeningen en besluiten.<sup>76</sup> Als onderdeel van het EU-recht heeft het uiteraard ook voorrang boven al het nationale recht.<sup>77</sup>

Voor de interpretatie van het Handvest zijn de Toelichtingen bij het Handvest relevant.<sup>78</sup> In artikel 6, eerste lid, derde alinea VEU is bepaald dat de rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest worden uitgelegd overeenkomstig de algemene bepalingen van titel VII van het Handvest betreffende de uitlegging en toepassing ervan. Hierbij moeten de in het Handvest bedoelde toelichtingen, waarin de bronnen van de daarin opgenomen bepalingen zijn vermeld, terdege in acht worden genomen. In artikel 52, zevende lid Hv is bepaald dat de toelichting, die is opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de grondrechten, door de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten naar behoren in acht wordt genomen.<sup>79</sup>

Zoals reeds besproken in paragraaf 2.4.2, werden fundamentele rechten voor de inwerkingtreding van het Handvest beschermd als algemene Unierechtelijke rechtsbeginselen. Gelet hierop, zou men kunnen betogen dat het Handvest geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de bestaande bescherming van fundamentele rechten binnen de EU. Lenaerts & De Smijter noemen verschillende redenen die de Europese Raad tot de overtuiging hebben gebracht dat de EU desondanks een Handvest van de grondrechten nodig had.<sup>80</sup> In de eerste plaats zou de Europese Raad de bescherming willen hebben uitbreiden tot een groep fundamentele rechten die niet waren neergelegd in de EU-verdragen en niet behoorden tot de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben. In de tweede plaats heeft de Europese Raad wellicht gemeend dat de juridische afdwingbaarheid van fundamentele rechten binnen de EU een meer stabiele status zou moeten hebben. Echter, de meest belangrijke reden voor het opstellen van het Handvest van de grondrechten lijkt politiek van aard: Unierechtelijke fundamentele rechten zouden meer zichtbaar moeten zijn voor de Unieburgers.<sup>81</sup>

#### 2.4.3.2 *Inhoud van het Handvest*

Het Handvest bevat maar liefst 50 fundamentele rechten.<sup>82</sup> Het gaat daarbij om de klassieke, sociale en economische grondrechten, de politieke en burgerschapsrechten van de EU en de ‘interne markt vrijheden’ zoals de vrijheid van vestiging en dienstverrichting. De meeste van deze grondrechten zijn bestaande grondrechten, die hetzij in het Unierecht, hetzij in internationale verdragen, in het bijzonder het EVRM, al zijn verankerd.<sup>83</sup> De grondrechten zijn blijkens de Preambule bij het Handvest ook ontleend aan de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben. Er zijn echter ook nieuwe grondrechten in het Handvest opgenomen, zoals het in artikel 41 neergelegde recht op behoorlijk bestuur. De grondrechten zijn onderverdeeld in zes titels: waardigheid (bijvoorbeeld het recht op leven), vrijheden (bijvoorbeeld de bescherming van persoonsgegevens), gelijkheid (bijvoor-

76 Zie Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2015, p. 1575, en Barkhuysen & Bos 2011, p. 9. Zie bijvoorbeeld Gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, Volker and Schecke [2010].

77 Vergelijk Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2015, p. 1575.

78 Zie artikel 6, eerste lid, derde alinea VEU. Deze toelichtingen zijn te vinden in PbEU 2007 C 303/02. Zie omtrent deze toelichtingen Jacqué 2014.

79 Zo overweegt het Hof van Justitie bijvoorbeeld in r.o. 20 van Zaak C-617/10, Åkerberg Fransson [2013], dat de definitie van het toepassingsgebied van de grondrechten van de Unie wordt bevestigd door de toelichtingen bij artikel 51 Hv, die overeenkomstig artikel 6, eerste lid, derde alinea, VEU en artikel 51, zevende lid Hv voor de uitlegging daarvan in aanmerking moeten worden genomen. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak verwijst naar de toelichtingen. Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4915.

80 Lenaerts & De Smijter 2001, p. 278-279.

81 Zie ook punt 44 van de conclusies van het voorzitterschap ter gelegenheid van de Europese Raad van Keulen (3 en 4 juni 1999) wat betreft het opstellen van een Handvest voor de Grondrechten van de EU (<http://www.consilium.europa.eu/nl/european-council/conclusions/1993-2003/>).

82 Zie voor een commentaar per grondrecht Peers e.a. 2014.

83 Zie over de positie van Handvest binnen de traditie van fundamentele en mensenrechten Jääskinen 2017.

beeld de rechten van het kind), solidariteit (bijvoorbeeld het recht op toegang tot preventieve gezondheidszorg), burgerschap (bijvoorbeeld het recht van inzage in documenten van de instellingen, organen en instanties van de Unie) en rechtspleging (bijvoorbeeld het recht op een doeltreffende voorziening in rechte).

Het Handvest maakt onderscheid tussen bepalingen die ‘rechten’ en bepalingen die ‘beginselen’ bevatten.<sup>84</sup> Dit onderscheid is geïntroduceerd om de afdwingbaarheid van sociale en economische rechten te beperken. Het onderscheid tussen beide is – kort gezegd – dat ‘rechten’ juridisch afdwingbaar zijn voor individuen bij de Unierechtelijke en nationale rechter, terwijl ‘beginselen’ van programmatische aard zijn en eerst moeten worden geïmplementeerd door middel van wetgevings- en uitvoeringshandelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie en door handelingen van de lidstaten. Ingevolge artikel 52, vijfde lid Hv blijft de rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van de bepalingen uit het Handvest die beginselen inhouden, beperkt tot de uitlegging van genoemde handelingen en de toetsing van de wettigheid ervan.

Het onderscheid tussen ‘rechten’ en ‘beginselen’ is terminologisch verwarrend. In de eerste plaats kan men wellicht denken dat het begrip ‘beginsel’ verwijst naar de algemene EU-rechtsbeginselen. Dit is echter geenszins het geval. Gelet op de constitutionele status van algemene Unierechtelijke rechtsbeginselen hebben zij een veel sterker effect dan de in artikel 52, vijfde lid Hv bedoelde beginselen.<sup>85</sup> De meeste algemene rechtsbeginselen die zijn gecodificeerd in het Handvest, zoals artikel 41 en 47, hebben de status van juridisch afdwingbare rechten. In de tweede plaats is het onderscheid tussen ‘rechten’ en ‘beginselen’ in het Handvest niet consequent doorgevoerd.<sup>86</sup> Zo verwijst artikel 23 Hv naar het gelijkheids*beginsel* en artikel 49 heeft als titel ‘Legaliteits*beginsel* en evenredigheids*beginsel*/inzake delicten en straffen’. In beide artikelen gaat het echter overduidelijk om ‘rechten’. Artikel 25 Hv gebruikt het begrip ‘rechten van ouderen’; de toelichting op dit artikel geeft echter aan dat het artikel slechts een ‘beginsel’ inhoudt, hetgeen betekent dat het eerst moet worden geïmplementeerd alvorens het beginsel operationeel is.<sup>87</sup> Het ontbreken van een duidelijk onderscheid in het Handvest is vooral het gevolg van het feit dat geen overeenstemming kon worden bereikt over een lijst waarin rechten en beginselen duidelijk werden onderscheiden.<sup>88</sup> Gelet hierop, is uiteindelijk besloten om het aan het Hof van Justitie te laten om per zaak helderheid te verschaffen over het karakter van de bepalingen uit het Handvest.

Tot nu toe heeft het Hof van een beperkt aantal Handvestbepalingen vastgesteld dat zij een ‘beginsel’ bevatten. Het meest duidelijk is de zaak *Glatzel* waarin het Hof over artikel 26 Hv – de integratie van personen met een handicap – onder verwijzing naar de toelichtingen op artikel 26 en 52 Hv en op basis van de tekst van artikel 26 tot de conclusie komt dat sprake is van een beginsel.<sup>89</sup> Volgens het Hof verplicht het in artikel 26 vervatte beginsel de wetgever van de Unie niet bepaalde maatregelen te nemen en krijgt het artikel pas volle werking nadat het nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften. Het Hof concludeert dat artikel 26 Hv op zich particulieren geen subjectief recht kan verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan.

84 Dit onderscheid blijkt uit artikel 51, lid 1, en 52, lid 2 en 7 Hv. Zie over het onderscheid tussen rechten en beginselen o.a. Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 37, Krommendijk 2015b, Gudmundsdóttir 2015, Peers & Prechal 2014, p. 1505-1511, De Mol 2014, p. 44 e.v., Von Danwitz & Paraschas 2012, p. 1410 e.v., De Mol e.a. 2012, p. 230 e.v., Craig 2012, p. 467 e.v. en Hilson 2008.

85 Krommendijk 2015b.

86 Peers & Prechal 2014, p. 1507, De Mol e.a. 2012, p. 231. Zie ook Krommendijk 2015b, p. 330, die aangeeft dat hetzelfde geldt voor de toelichtingen.

87 De Mol e.a. 2012, p. 232.

88 Krommendijk 2015b, p. 330.

89 Zaak C-356/12, *Glatzel* [2014], r.o. 74 en 78.

Verder kan uit de zaak *AMS* worden afgeleid dat ook artikel 27 Hv (het recht op informatie en raadpleging van werknemers binnen de onderneming) een ‘beginsel’ is, ook al gebruikt het Hof deze kwalificatie niet expliciet.<sup>90</sup> Met bijna identieke bewoording als in *Glatzel* stelt het Hof immers dat uit de bewoordingen van de bepaling ‘duidelijk blijkt dat dit artikel pas zijn volle werking verkrijgt nadat het nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften’ en ‘dat die bepaling [bijgevolg] niet als zodanig kan worden ingeroepen’.<sup>91</sup>

In de literatuur is verdedigd dat het onderscheid tussen (volledig afdwingbare) ‘rechten’ en ‘beginselen’ (met een beperkte afdwingbaarheid) overbodig is omdat dit onderscheid al zou worden bereikt in het kader van de beoordeling of de desbetreffende bepalingen rechtstreekse werking hebben.<sup>92</sup> Rechten zijn rechtstreeks toepasselijk, omdat zij onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. Voor beginselen geldt dat deze criteria niet zijn vervuld; zij hebben dus geen rechtstreekse werking, hetgeen tot gevolg heeft dat verdere implementatie noodzakelijk is. Echter, wanneer de EU of de lidstaten zulke maatregelen hebben genomen, mag de rechter – in lijn met *VNO*- en de *Kraaijeveld*-doctrine –<sup>93</sup> deze maatregelen op hun wettigheid toetsen en in dat kader beoordelen of de autoriteiten zijn gebleven binnen de beleidsvrijheid die het beginsel biedt.

Titel VII van het Handvest bevat algemene bepalingen betreffende de uitlegging en de toepassing van het Handvest. Een belangrijke bepaling is artikel 52, eerste lid Hv. Deze bepaling bevat de voorwaarden waaronder de rechten en vrijheden die worden erkend door het Handvest kunnen worden beperkt.<sup>94</sup> Ingevolge deze bepaling moeten dergelijke beperkingen bij wet worden gesteld en dienen zij de wezenlijke inhoud van die rechten<sup>95</sup> en vrijheden te eerbiedigen. Voorts kunnen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.<sup>96</sup> Het Handvest bevat dus, anders dan het EVRM waarin per artikel specifieke beperkingsgronden zijn te vinden, een algemene beperkingsclausule.<sup>97</sup>

90 Zaak C-176/12, *AMS* [2014], EHRC 2014/70, m.nt. De Mol. Anders dan in de Nederlandse literatuur – onder meer in de hiervoor genoemde noot – wordt gesteld, kan volgens ons uit *AMS* dan ook niets worden afgeleid over de mogelijke horizontale werking van artikel 27 Hv, waarmee niet is gezegd dat deze bepaling, als zij wel wordt uitgewerkt door de Unie- of nationale wetgever, geen horizontale effect zou kunnen hebben. Het Hof is aan deze kwestie niet toegekomen. In dit boek dat primair betrekking heeft op het bestuursrecht, gaan we op de mogelijke horizontale werking van sommige Handvestbepalingen niet nader in.

91 Zaak C-176/12, *AMS* [2014], r.o. 45 en 48. Dat artikel 28 Hv een ‘beginsel’ is, wordt ook bevestigd in Zaak C-356/12, *Glatzel* [2014], r.o. 78.

92 Peers & Prechal 2014, p. 1510-1511.

93 Zaak 51/76, *VNO* [1977]; Zaak C-72/95, *Kraaijeveld* [1996]. Zie hieromtrent hoofdstuk III, paragraaf 3.3.

94 Zie hieromtrent Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 46-47, Bulterman 2015, p. 72-75, Peers & Prechal 2014, p. 1461-1481, Peers 2010.

95 Zie omtrent de wezenlijke inhoud van de rechten van het Handvest Ojanen 2016. Zie ook Zaak C-362/14, *Schrems* [2015], r.o. 94 en 95.

96 Zie voor zaken waarin artikel 52, eerste lid Hv wordt toegepast, Gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, *Digital Rights Ireland* [2014], r.o. 38-67; Zaak C-129/14, *PPU Spasic* [2014]; Zaak C-601/15, *PPU J.N.* [2016]; Gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, *Tele2 Sverige AB* [2016]; Zaak C-190/16, *Fries* [2017]. Zie overigens hoofdstuk II, paragraaf 3, waaruit blijkt dat het Hof in het kader van beperkingen op artikel 47 Hv doorgaans niet toetst aan artikel 52, eerste lid Hv, maar aan de jurisprudentiële beperkingsformule, ontwikkeld in Gevoegde zaken C-317-320/08, *Alassini* [2010].

97 Zie Peers & Prechal 2014, p. 1461-1481, Von Danwitz & Paraschas 2012, p. 1396.

### 2.4.3.3 *Werkingsfeer van het Handvest en de EU-rechtsbeginselen*

Sinds de inwerkingtreding van het Handvest bestaat discussie over de werkingssfeer van het Handvest. Artikel 51, eerste lid Hv maakt duidelijk dat het Handvest eerst en vooral is gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie.<sup>98</sup> Echter, de vraag in welke gevallen het Handvest ook van toepassing is op het handelen van de lidstaten heeft meer debat veroorzaakt.<sup>99</sup> Deze discussie gaat met name over de vraag naar de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten. Wanneer de werkingssfeer van de fundamentele rechten neergelegd in het Handvest erg ruim is, dan heeft dat tot gevolg dat de betekenis van nationale grondrechtencatalogi zal verminderen.<sup>100</sup> Het Handvest heeft immers voorrang boven het nationale recht.<sup>101</sup> Dat de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten een zeer gevoelige kwestie betreft, komt tot uitdrukking in artikel 51, tweede lid Hv. Deze bepaling benadrukt dat het Handvest het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder uitbreidt dan de bevoegdheden van de Unie reiken, geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie scheidt, noch de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken wijzigt. Dit betekent dat het Handvest niet zelfstandig het toepassingsgebied van het EU-recht kan uitbreiden. Een soortgelijke bepaling is terug te vinden in artikel 6, eerste lid VEU, waarin is bepaald dat de bepalingen van het Handvest geenszins een verruiming inhouden van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald bij de Verdragen.

Artikel 51, eerste lid Hv bepaalt dat de bepalingen van het Handvest tot de lidstaten zijn gericht, ‘uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’. Op het eerste gezicht lijkt deze frase de toepasselijkheid van het Handvest te beperken tot de uitvoering van het EU-recht in strikte zin, ook wel aangeduid als de situatie waarin de lidstaten als *vertegenwoordiger* van de Unie uitvoering geven aan het Unierecht (de agent-situatie).<sup>102</sup> Het gaat daarbij om gevallen waarin de lidstaten specifieke EU-verplichtingen die voortvloeien uit bijvoorbeeld een Unierechtelijke verordening of richtlijn, implementeren in het nationale recht. Hierop wordt hierna dieper ingegaan. Echter, als een dergelijke beperkte uitleg van artikel 51, eerste lid Hv de bedoeling zou zijn geweest van de opstellers van het Handvest, dan zou de werkingssfeer van het Handvest beperkter zijn dan de werkingssfeer van fundamentele rechten als integraal onderdeel van de algemene EU-rechtsbeginselen.<sup>103</sup> Immers, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie – en daar wordt in de toelichting op artikel 51, eerste lid Hv expliciet naar verwezen – zijn de fundamentele rechten als Unierechtelijke rechtsbeginselen van toepassing op de lidstaten wanneer zij handelen ‘binnen het toepassingsgebied van

98 Zie ook Kaila 2012, p. 292.

99 Zie over deze discussie bijvoorbeeld Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 42 en 43, Barkhuysen & Widdershoven 2016, Kokott & Sobotta 2015, p. 69 e.v., Dougan 2015, Bulterman 2015, p. 55-62, Snell 2015, Gerards, De Waele & Zwaan 2015, p. 6-7, Widdershoven 2014, p. 17-21, De Mol 2014, p. 61 e.v., Ward 2014, Fontanelli 2014a, Fontanelli 2014b, De Mol 2013, Fontanelli 2013, Sarmiento 2013, Groussot e.a. 2013, Van Bockel & Wattel 2013, Hancox 2013, Reestman & Besselink 2013, De Mol e.a. 2012, p. 223-230, Besselink 2012, p. 26-28, Rosas 2012, Kaila 2012, Von Danwitz & Paraschas 2012, p. 1405, Iglesias Sánchez 2012, p. 1583-1592, Lenaerts 2012a, p. 383-384, Groussot e.a. 2011a, Peers 2010, Prechal 2010, p. 20-21, Kokott & Sobotta 2010, p. 5-12, Eeckhout 2002.

100 Rosas 2012, p. 1273.

101 Rosas 2012, p. 1273.

102 De Mol 2013, p. 736. Hiervoor pleiten Jacobs 2001, p. 336-339, Lord Goldsmith 2001, p. 1205 en Huber 2008. Kokott & Sobotta 2010, p. 7 e.v., Craig 2012, p. 446 e.v., Lenaerts 2012A, p. 385. Groussot e.a. 2011a, p. 19 en 2013, p. 101-102 zijn van mening dat ‘uitvoering’ niet is bedoeld als een beperking van de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie. Zij staan derhalve een brede toepassing van fundamentele rechten voor, namelijk telkens wanneer de lidstaten binnen de werkingssfeer van het EU-recht handelen.

103 Zie ook Lenaerts 2012a, p. 383-385.



het recht van de Unie'.<sup>104</sup> Deze zinsnede ziet ook op situaties waarin lidstaten nationale bepalingen vaststellen in het kader van een aan hen, door de te implementeren Unieregels gelaten, (discretionaire) bevoegdheid,<sup>105</sup> dan wel wanneer lidstaten gebruik maken van een krachtens het Unierecht toegestane afwijking, bijvoorbeeld van de Unierechtelijke rechten van vrij verkeer.<sup>106</sup>

In de belangrijke zaak *Åkerberg Fransson* moest het Hof de keuze maken tussen een ruimere werkingssfeer van het Handvest, overeenkomstig zijn vaste rechtspraak waar ook de toelichting op het Handvest naar verwijst, en een mogelijk meer beperkt bedoelde reikwijdte die kon worden gedestilleerd uit de bewoordingen van artikel 51, eerste lid Hv.<sup>107</sup> Het Hof koos voor het eerste: lidstaten zijn aan het Handvest gebonden in alle gevallen waarin zij "optreden binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie",<sup>108</sup> ofwel "wanneer een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt",<sup>109</sup> ofwel wanneer een rechtssituatie "binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt".<sup>110</sup> De door het Hof van Justitie gekozen uitleg van artikel 51, eerste lid Hv heeft tot gevolg dat de werkingssfeer van het Handvest gelijk is aan de werkingssfeer van de EU-rechtsbeginselen, inhoudend fundamentele rechten, en andere EU-rechtsbeginselen.

Om misverstanden te voorkomen merken wij op dat tussen de formules optreden/vallen 'binnen het toepassingsgebied van het Unierecht' en 'handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht' inhoudelijk geen enkel verschil bestaat. De verschillende formuleringen hebben te maken met de voorkeuren van de vertalers. In de Engelse versies van dezelfde zaken wordt steeds de frase 'within the scope of Union law' gebruikt. In dit boek hanteren we daarom zoveel mogelijk de frase 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht'.

Inmiddels heeft het Hof van Justitie in veel arresten opheldering verschaft over de vraag welke rechts-situaties 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen'. Voordat het Handvest juridisch verbindend werd, gingen deze zaken over de vraag naar de werkingssfeer van (fundamentele rechten als) EU-rechtsbeginselen. Sinds december 2009 – met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon – ziet deze rechtspraak op de interpretatie van artikel 51, eerste lid Hv.<sup>111</sup>

Als vertrekpunt kiest het Hof dat de bepalingen van het Handvest (en derhalve ook de algemene Unierechtelijke beginselen) toepassing kunnen vinden in alle situaties die door het Unierecht worden beheerst, maar niet daarbuiten.<sup>112</sup> In dat kader is het volgens het Hof belangrijk rekening te houden 'met de doelstelling van de bescherming van de grondrechten in het Unierecht, te weten ervoor te zorgen dat deze rechten niet worden geschonden op de gebieden waarop de Unie optreedt, ongeacht of dit gebeurt vanwege het optreden van de Unie of vanwege het ten uitvoer brengen van het Unie-

104 De toelichtingen wijzen op Zaak 5/88, Wachauf [1989], Zaak C-260/89, ERT [1991] en Zaak C-309/96, Annibaldi [1997]. Van belang is dat het Hof verwijst naar het arrest ERT waarin het Hof fundamentele rechten toepaste als algemene Unierechtelijke beginselen in de situatie dat sprake was van een afwijking van het recht op vrij verkeer; strikt genomen ging het daarbij dus niet om de uitvoering van het EU-recht. Dit duidt erop dat ook de opstellers van het Handvest uitgaan van een ruime uitleg van de frase 'ten uitvoer brengen van het recht van de Unie'. Vergelijk Fontanelli 2014a, p. 683-684, Von Danwitz & Paraschas 2012, p. 1405, Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2010, p. 1657-1660, Prechal 2010, p. 20, Tridimas 2006, p. 363 en Eeckhout 2002, p. 993.

105 Zie bijvoorbeeld Zaak C-442/00, Caballero [2002].

106 Zaak C-260/89, ERT [1991].

107 Zaak C-617/10, Åkerberg Fransson [2013]. Zie ook Vervaele 2013a, p. 124 en 127. Zie verder ook Zaak C-198/13, Hernandez [2014], r.o. 33, en Zaak C-206/13, Siragusa [2014], r.o. 35.

108 Zaak C-198/13, Hernandez [2014], r.o. 33

109 Zaak C-617/10, Åkerberg Fransson [2013], r.o. 21.

110 Zaak C-205/15, Toma [2016], r.o. 24.

111 Zie ook Fontanelli 2014A.

112 Zaak C-617/10, Åkerberg Fransson [2013], r.o. 19; Zaak C-483/12, Pelckmans [2014], r.o. 18, Zaak C-265/13, Torralbo Marcos [2014], r.o. 29, Zaak C-650/13, Delvigne [2015], r.o. 25 en 26; Zaak C-205/15, Toma [2016], r.o. 23.

recht door de lidstaten'.<sup>113</sup> Het nastreven van dit doel is ingegeven 'door de noodzaak te vermijden dat een bescherming van de grondrechten die zou kunnen variëren naar gelang het betrokken nationale recht, afbreuk doet aan de eenheid, de voorrang, en de werking van het Unierecht'.<sup>114</sup> Wanneer een rechtssituatie niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt ontbreekt een dergelijk risico. In die zaken concludeert het Hof dat het niet bevoegd is om de desbetreffende bepalingen van het Handvest dan wel algemene Unierechtelijke beginselen uit te leggen.<sup>115</sup>

Volgens het Hof handelt een lidstaat 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht' in situaties waarin er een zekere mate van een verband bestaat dat verder gaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere.<sup>116</sup> Het loutere feit dat een nationale maatregel binnen een gebied valt waarop de Unie over bevoegdheden beschikt, kan deze maatregel niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht brengen en bijgevolg leiden tot de toepasselijkheid van het Handvest.<sup>117</sup> Het is vereist dat de Unie deze bevoegdheid daadwerkelijk heeft gebruikt en aan de lidstaten verplichtingen heeft opgelegd die toepasselijk zijn op de desbetreffende situatie.<sup>118</sup> In de zaak *Torralbo Marcos* overwoog het Hof van Justitie bijvoorbeeld dat de aan de orde zijnde nationale regeling niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, omdat zij niet tot doel heeft om de bepalingen van Unierecht ten uitvoer te brengen.<sup>119</sup> Bovendien bevat het Unierecht geen enkele bijzondere regeling ter zake of een regeling die van invloed kan zijn op deze nationale regeling.<sup>120</sup> Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat een rechtssituatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt en de lidstaat derhalve het Handvest dient te eerbiedigen in gevallen waarin zij betrekking heeft op een andere bepaling van (materieel) Unierecht dan die van het Handvest zelf.<sup>121</sup> Handvestbepalingen kunnen dus niet uit zichzelf hun eigen toepassing activeren.<sup>122</sup> Dit geldt ook voor de algemene Unierechtelijke rechtsbeginselen.

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie kunnen drie situaties worden onderscheiden waarin nationale maatregelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen en daarmee onder het beschermingsbereik van het Handvest en van de EU-rechtsbeginselen komen te vallen.<sup>123</sup>

#### *a. Uitvoering van specifiek Unierecht (agent-situatie)*

De eerste situatie doet zich voor wanneer lidstaten specifieke EU-verplichtingen of bevoegdheden implementeren en aldus optreden als 'agent' van het Unierecht.<sup>124</sup> In de meeste gevallen zijn deze verplichtingen of bevoegdheden neergelegd in secundair Unierecht. Het gaat daarbij om de nationale

113 Zaak C-206/13, *Siragusa* [2014], r.o. 31.

114 Zaak C-206/13, *Siragusa* [2014], r.o. 32; Zaak C-198/13, *Hernandez* [2014], r.o. 47.

115 Zie Zaak C-638/16, *PPU, X en X* [2017]; Zaak C-206/13, *Siragusa* [2014], r.o. 32, 33 en 35. Zie ook Zaak C-265/13, *Torralbo Marcos* [2014], r.o. 30, Zaak C-520/15, *Aiudapds* [2016], r.o. 20 en Zaak C-395/15, *Mohamed Daouidi* [2016], r.o. 63.

116 Zaak C-206/13, *Siragusa* [2014], r.o. 24; Zaak C-299/95, *Kremzov* [1997], r.o. 16.

117 Zaak C-198/13, *Hernandez* [2014], r.o. 36.

118 Zaak C-206/13, *Siragusa* [2014], r.o. 26; Zaak C-144/95, *Maurin* [1996], r.o. 11 en 12.

119 Zaak C-265/13, *Torralbo Marcos* [2014], r.o. 32.

120 Zaak C-265/13, *Torralbo Marcos* [2014], r.o. 33.

121 Zaak C-265/13, *Torralbo Marcos* [2014], r.o. 33. Zie ook Zaak C-395/15, *Daouidi* [2016], r.o. 64. Zie hieromtrent ook Prechal 2016, p. 146 en punt 3 van de annotatie van Widdershoven onder Zaak C-205/15, *Toma* [2016], r.o. 24, AB 2016/32.

122 *Barkhuysen & Widdershoven* 2016, p. 635; Prechal 2016 Zie Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson* [2013], r.o. 22; Zaak C-265/13, *Torralbo Marcos* [2014], r.o. 30, Zaak C-650/13, *Delvigne* [2015], r.o. 27; Zaak C-205/15, *Toma* [2016], r.o. 24.

123 Zie voor een soortgelijke indeling, *Barkhuysen & Widdershoven* 2016, p. 636 e.v., *De Mol* 2014, *Widdershoven* 2014a, p. 18 e.v. en *Widdershoven* 2014b, p. 7, *Hancox* 2013.

124 Prechal 2016; *Barkhuysen & Widdershoven* 2016, p. 636; Zie ook *Groussot e.a.* 2011A, p. 4 e.v..

operationalisering en toepassing van EU-verordeningen en besluiten,<sup>125</sup> de omzetting van EU-richtlijnen<sup>126</sup> en de toepassing van – op zich correcte – nationale omzettingsmaatregelen.<sup>127</sup> Ook nationale bepalingen die door de lidstaat worden vastgesteld om invulling te geven aan een in een secundair Unierecht aan de lidstaat verleende beoordelingsmarge vallen binnen deze categorie,<sup>128</sup> alsook de uitoefening door een lidstaat van een door (doorgaans) een richtlijn verleende discretionaire ruimte om al dan niet bepaalde regels vast te stellen.<sup>129</sup> Ten slotte treden de lidstaten ook op als agent van het Unierecht wanneer zij bepaalde Verdragsverplichtingen uitvoeren, zoals de mededingingsregels neergelegd in artikel 101 en 102 VWEU en de Unierechtelijke staatssteunregels die zijn te vinden in artikel 107 en 108 VWEU.

Kortom, het gaat hier om een zeer ruime categorie die correspondeert met datgene wat hiervoor, in hoofdstuk I, is beschreven als het implementatietraject: omzetting, operationalisering, toepassing en handhaving.<sup>130</sup> Inmiddels is op heel veel nationale rechtsterreinen sprake van het operationaliseren van EU-verordeningen dan wel de omzetting en toepassing van richtlijnen. Dit heeft tot gevolg dat op beleidsterreinen als douane, landbouw, EU-subsidies, voedselveiligheid, omgevingsrecht, vreemdelingenrecht, economisch recht en het financieel toezicht vrijwel altijd of vaak de bepalingen uit het Handvest en de Unierechtelijke beginselen van toepassing zijn.<sup>131</sup>

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt echter dat het Handvest en de Unierechtelijke beginselen niet van toepassing zijn indien en voor zover een lidstaat in geval van minimumharmonisatie door een richtlijn (vrijwillig) verdergaande nationale maatregelen heeft getroffen.<sup>132</sup> Hoewel dit op zichzelf logisch is – het nationale ‘extra’ is immers niet voorgeschreven door de desbetreffende richtlijn, zodat het niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt –, kan het voor de lidstaat in de praktijk wel problematisch zijn. Het leidt immers tot de situatie dat de toepassing van dezelfde nationale omzettingswetgeving deels door het Handvest en de Unierechtelijke rechtsbeginselen wordt beheerst en deels door mogelijk andere nationale grondrechten en beginselen.<sup>133</sup>

### *b. Afwijkingen van Unierecht*

In de tweede plaats valt een nationale regeling binnen de werkingssfeer van het Unierecht in gevallen waarin een lidstaat afwijkt van het Unierecht, in het bijzonder van de vier verkeersvrijheden, te weten de vrijheid van goederen, personen, diensten en kapitaal, en van het recht op Unieburgerschap.<sup>134</sup> Dit betekent dat (fundamentele rechten als) algemene beginselen van Unierecht door de lidstaten moeten worden gerespecteerd wanneer moet worden bepaald of een beperking van deze rechten kan

125 Zie bijvoorbeeld Gevoegde zaken 201/85 en 202/85, Klensch [1986]. Zie ook Zaak 207/86, Aspesco [1988], Zaak C-271/91, Marshall II [1993], Zaak C-293/97, Standley e.a. [1999], Zaak C-349/07, Sopropé [2008]; Zaak C-568/11, Agroferm AS [2013].

126 Gevoegde zaken C-20/00 en C-64/00, Booker Aquaculture [2003]. Vergelijk ook Zaak C-144/04, Mangold [2005], en Zaak C-201/08, Plantanol [2009].

127 Vergelijk Zaak C-28/05, Dokter e.a. [2006], en Zaak C-62/00, Marks & Spencer [2002].

128 Zie Zaak C-4/11, Puid [2013]; Zaak C-276/12, Sabou [2013]; Gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, N.S. [2011]; Zaak C-578/08, Chakroun [2010]; Zaak C-442/00, Caballero [2002]. Zie ook Zaak C-246/06, Navarro [2008]; Zaak C-384/05, Piek [2007] en Zaak C-285/09, R [2010]. Zie ook Prechal 2010, p. 8-9. Zie echter ook Zaak C-638/16 PPU, X en X [2017], waarin het Hof terughoudender is en oordeelt dat de zaak uitsluitend onder het nationale recht valt ondanks het feit dat sprake is van een beoordelingsmarge.

129 Als de lidstaat ertoe overgaat om die regels vast te stellen. Zie voor een duidelijk voorbeeld, Zaak C-406/15, Milkova [2017], r.o. 53-54. Zie eerder Zaak C-376/02, Stichting Goed Wonen [2005]; Zaak C-201/08, Plantanol [2009].

130 Hoofdstuk I, paragraaf 5.

131 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 636.

132 Zie Zaak C-198/13 Hernandez [2014], r.o. 45.

133 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 636 en Widdershoven 2014a, p. 20.

134 Zie ook Groussot e.a. 2011a, p. 7 e.v.

worden gerechtvaardigd op Unierechtelijke gronden.<sup>135</sup> Dergelijke rechtvaardigingsgronden moeten derhalve worden uitgelegd in het licht van de (fundamentele rechten als) algemene rechtsbeginselen. Hetzelfde geldt voor bepalingen van het Handvest.<sup>136</sup> Om binnen de werkingssfeer van het Unierecht te vallen, dient de beperking van het vrij verkeer echter niet te onzeker en indirect te zijn.<sup>137</sup>

De toepasselijkheid van het Handvest en de algemene Unierechtelijke rechtsbeginselen op deze categorie is afhankelijk van de toepasselijkheid van de verkeersvrijheden en het Unieburgerschap in het concrete geval. Voor de verkeersvrijheden geldt als uitgangspunt dat deze niet van toepassing zijn in een ‘zuiver interne situatie’. Hierbij gaat het om situaties waarin alle aspecten van de zaak zich afspelen binnen één lidstaat.<sup>138</sup> Echter, in twee gevallen wijkt het Hof af van dit uitgangspunt.<sup>139</sup>

In de eerste plaats, in gevallen waarin het nationale recht Unierechtelijke bepalingen op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk heeft gemaakt in gevallen waarin sprake is van een zuiver interne situatie.<sup>140</sup> In dat geval past de lidstaat het Unierecht vrijwillig toe op een situatie die niet door het Unierecht wordt beheerst, bijvoorbeeld omdat de lidstaat wil verzekeren dat interne situaties en situaties die worden beheerst door het Unierecht hetzelfde worden behandeld (en daarmee omgekeerde discriminatie wil voorkomen). Het Hof van Justitie heeft in verschillende arresten geoordeeld dat de Unie er in deze situatie ‘stellig belang bij heeft dat ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van Unierecht op eenvormige wijze worden uitgelegd.’<sup>141</sup> Gelet hierop is het in die gevallen ‘gerechtvaardigd [...] dat het Hof over de bevoegdheid beschikt Unierechtelijke bepalingen uit te leggen in zuiver interne situaties.’<sup>142</sup> Uit de jurisprudentie lijkt te kunnen worden afgeleid dat deze nationale situatie dan ook valt binnen de werkingssfeer van het Unierecht en zowel het Handvest als de Unierechtelijke rechtsbeginselen van toepassing zijn.<sup>143</sup>

In de tweede plaats is het Hof soms van oordeel dat een situatie die op het eerste gezicht zuiver intern lijkt, toch binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, omdat – kort gezegd – niet is uitgesloten dat de desbetreffende nationale regeling grensoverschrijdende effecten kan hebben.<sup>144</sup> In deze situatie zijn het Handvest en de Unierechtelijke rechtsbeginselen eveneens van toepassing. Wanneer volgens het Hof sprake is van een ‘echte’ zuiver interne situatie of van een interne situatie met mogelijk grensoverschrijdende effecten is niet altijd even voorspelbaar.<sup>145</sup> Het is voor lidstaten – waaronder de nationale rechter – daarom soms lastig om vast te stellen of het Handvest al dan niet van toepassing is.<sup>146</sup>

135 Zie Zaak C-260/89, ERT [1991]; Zaak C-368/95, Familiapress [1997], Zaak C-112/00, Schmidberger [2003]; en meer recent Zaak C-201/15, AGET Iraklis/Ypourgos Ergasias [2016]. Wat betreft het Unieburgerschap zie bijvoorbeeld Zaak C-135/08, Rottmann [2010].

136 Zaak C-390/12, Pflieger [2014].

137 Zaak C-483/12, Pelckmans [2014].

138 Zie bijvoorbeeld Zaak C-245/09, Omalat [2010]; Zaak C-186/12, Impacta Azul Ilda [2013].

139 Zie Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 637.

140 Zie Zaak C-313/12, Romeo [2013], r.o. 23 en Zaak C-482/10, Cicala [2011], r.o.19. Zie meer recent ook Zaak 298/15, Borta [2017], r.o. 34.

141 Zie bijvoorbeeld Zaak C-482/10, Cicala [2011], r.o.18. Zie over categorie ook hoofdstuk VI, paragraaf 3.2.

142 Zaak C-482/10, Cicala [2011], r.o.19. Zie ook Zaak C-28/95, Leur-Bloem [1997]; Zaak C-130/95, Giloy [1997] en Zaak C-280/06, Ente Tabacchi Italiani [2007]; Zaak 268/15, Ullens de Schooten [2016], r.o. 53.

143 Vergelijk Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 637, onder verwijzing naar Zaak C-313/12, Romeo [2013].

144 Bijvoorbeeld Gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, Libert [2013]; Zaak C-327/12, SOA [2013], Zaak C-367/12, Sokoll-Seebacher [2014].

145 Deze kwestie speelt ook bij richtlijnen, waarin verdragsvrijheden nader worden gereguleerd, in het bijzonder de Dienstenrichtlijn. Zie Zaak C-340/341/14, Trijber & Harmsen [2015], waarin het Hof de vraag naar de toepasselijkheid van de richtlijn in interne situatie omzeild. In ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, heeft de Afdeling de vraag opnieuw verwezen. Bij afronding van deze druk had het Hof nog geen uitspraak gedaan.

146 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 637; Prechal 2015; Botman 2015, p. 129-135. Zie bijvoorbeeld ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495.

In de zaak *Ullens de Schooten* heeft het Hof wel enige duidelijkheid geschapen over deze kwestie.<sup>147</sup> In de zaak oordeelt het Hof dat Ullens de Schooten geen rechten kan ontlenen aan de verdragsvrijheden van artikel 49, 56 en 63 VWEU, omdat alle aspecten van de zaak zich binnen één lidstaat afspeelden. Daarbij stelt het Hof expliciet dat deze vrijheden alleen personen beogen te beschermen ‘die daadwerkelijk gebruikmaken van de fundamentele vrijheden’.<sup>148</sup> Vervolgens maakt het Hof – onder verwijzing naar eerdere rechtspraak – duidelijk onder welke omstandigheden het soms toch prejudiciële vragen van een nationale rechter over de betekenis van een verdragsvrijheid in een op zich zuiver interne situatie beantwoordt, namelijk als de nationale rechter heeft aangegeven dat niet kan worden uitgesloten dat ook burgers van andere lidstaten interesse zouden kunnen hebben om van de verkeersvrijheid in kwestie gebruik te maken, en als de regeling in kwestie ook van toepassing kan zijn op burgers van andere lidstaten (ook al speelt dat in betreffende zaak niet). Maakt de nationale rechter in zijn prejudiciële verwijzing niet duidelijk dat een van deze situaties zich voordoet, dan is de prejudiciële vraag niet ontvankelijk. Aldus legt het Hof de kwestie in feite terug bij de nationale rechter.

Voor wat betreft het Unieburgerschap is het van belang op te merken dat deze status – en dus het Handvest en de EU-rechtsbeginselen – alleen van toepassing is op burgers van de Unie die hun recht om op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven als bedoeld in artikel 21 VWEU daadwerkelijk hebben uitgeoefend en die rechtmatig verblijven op het grondgebied van een andere lidstaat.<sup>149</sup> Artikel 20 VWEU, dat een meer zelfstandige betekenis van het Unieburgerschap suggereert, is op zichzelf onvoldoende om de toepasselijkheid van het Handvest te activeren. Burgers kunnen derhalve alleen een beroep doen op deze bepaling (en dus ook op het Handvest), als een andere Unierechtelijke bepaling van toepassing is.<sup>150</sup>

### *c. Nationale handhaving en effectuering van Unierecht*

De toepasselijkheid van het Handvest en de algemene Unierechtelijke beginselen op de nationale handhaving en effectuering van het Unierecht is nog niet helemaal uitgekristalliseerd en bovendien nogal controversieel.<sup>151</sup> Deze onduidelijkheid betreft overigens niet de situatie waarin de EU-regelgever wat betreft die effectuering/handhaving aan de lidstaten dwingende specifieke verplichtingen heeft opgelegd in sectorale secundaire regelgeving, bijvoorbeeld over de toepassing van specifieke sancties.<sup>152</sup> In die situatie voeren de lidstaten deze verplichtingen uit als agent van het Unierecht (zie hiervoor, categorie a) en zijn het Handvest en de EU-beginselen zonder meer van toepassing. Op veel terreinen ontbreken dergelijke specifieke verplichtingen. De vraag die dan moet worden beantwoord is of het Handvest en de beginselen toch van toepassing zijn. In dit verband is opnieuw de zaak *Åkerberg Fransson* van belang.<sup>153</sup>

147 Zaak C 268/15, *Ullens de Schooten* [2016].

148 Zaak C 268/15, *Ullens de Schooten* [2016], r.o. 57.

149 Zie verder ook paragraaf 3.2 hierna. Zie Zaak C-46/12, L.N. [2013], Zaak C-158/07, Förster [2008]; Zaak C-209/03, Bidar [2005]; Zaak C-184/99, Grzelczyk [2001].

150 Zie Van Eijken 2014, p. 80-86. Zie Zaak C-34/09, Zambrano [2011]; Zaak C-256/11, Dereci [2011]; Zaak C-40/11, Iida [2012]; Zaak C-133/15, Chavez-Vilchez e.a. [2017].

151 Zie over deze categorie Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 42-43, Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 637 e.v., De Mol 2014, p. 116 e.v. en Widdershoven 2014a, p. 20-21.

152 Zie hiervoor hoofdstuk V, paragraaf 5.2.

153 Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson* [2013]. Zie voor commentaren op dit arrest, Janssens & Nordin 2013, Fierstra 2013, Vervaele 2013A, Fontanelli 2013, Hancox 2013, Sarmiento 2013, Van Bockel & Wattel 2013, Szwarc 2014, Fontanelli 2014B en Van der Hulle & Van der Hulle 2014.

In de zaak ging het over de vraag of Åkerberg Fransson gelet op het *ne bis in idem*-beginsel – neergelegd in artikel 50 Hv – nog strafrechtelijk kon worden vervolgd wegens belastingfraude met btw, nadat hem voor dezelfde feiten door de belastingautoriteiten al een fiscale boete was opgelegd. In deze zaak diende het Hof allereerst de vraag te beantwoorden of het Handvest gelet op artikel 51, eerste lid, wel van toepassing was, nu de desbetreffende Unierechtelijke regelingen inzake de btw niet het opleggen van specifieke sancties voorschreef.

Zoals hiervoor weergegeven, kiest het Hof voor een ruime interpretatie van artikel 51, eerste lid van het Handvest. De zinsrede ‘wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’ betekent dat het Handvest moet worden geëerbiedigd wanneer ‘een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht’ valt, zodat er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat de in het Handvest neergelegde grondrechten toepassing vinden.<sup>154</sup> Het Hof oordeelde dat de Zweedse autoriteiten met de bestraffing van de btw-fraude handelden binnen het toepassingsgebied van het Unierecht; daarom was het Handvest van toepassing op de Zweedse sancties.<sup>155</sup> Om tot dit oordeel te komen benadrukt het Hof in de eerste plaats dat op btw-gebied uit Richtlijn 2006/112 en artikel 4, derde lid VEU voortvloeit dat iedere lidstaat alle wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen dient te treffen om te waarborgen dat de btw op zijn grondgebied volledig wordt geïnd en om fraude te bestrijden. In de tweede plaats verwijst het Hof naar artikel 325 VWEU. Dit artikel verplicht de lidstaten onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad te bestrijden met maatregelen die – kort gezegd – gelijkwaardig en doeltreffend zijn en afschrikkend werken. Op basis hiervan concludeert het Hof dat met de belastingboetes en strafvervolgning wegens belastingfraude uitvoering wordt gegeven aan Richtlijn 2006/112 en artikel 325 VWEU en dus aan het recht van de Unie in de zin van artikel 51, eerste lid van het Handvest.<sup>156</sup>

Hieraan voegt het Hof nog expliciet toe dat het feit dat de nationale regelingen die als grondslag dienen voor deze belastingboetes en strafvervolgingen niet zijn vastgesteld om uitvoering te geven aan Richtlijn 2006/112, niet afdoen aan die vaststelling, aangezien met de toepassing van deze regelingen wordt beoogd schending van de bepalingen van deze richtlijn te bestraffen. Aldus wordt beoogd uitvoering te geven aan de door het Verdrag aan de lidstaten opgelegde verplichting om gedragingen waarmee de financiële belangen van de Unie worden geschaad, effectief te bestraffen.<sup>157</sup>

Uit het arrest *Åkerberg Fransson* wordt duidelijk dat de nationale handhaving van het Unierecht, en meer in het bijzonder de sanctionering van inbreuken op het Unierecht, binnen de werkingsfeer van het Unierecht valt als een Unierechtelijke bepaling enige richting geeft aan die handhaving. In dat geval zijn het Handvest en de EU-rechtsbeginselen van toepassing. In de zaak *Åkerberg Fransson* lijkt artikel 325 VWEU het meest relevant. Duidelijk is in elk geval dat het niet noodzakelijk is dat het Unierecht over de handhaving specifieke regels bevat.

In veel verordeningen en richtlijnen zijn met artikel 325 VWEU vergelijkbare verplichtingen neergelegd. Ook de nationale handhavingsmaatregelen die op basis van deze bepalingen worden genomen vallen binnen de werkingsfeer van het Unierecht. Dit kan worden afgeleid uit het arrest *Textdata Software*.<sup>158</sup> Deze zaak betreft de nationale privaatrechtelijke handhaving van een richtlijn, die dezelfde handhavingsverplichting bevat als artikel 325 VWEU en geen specifieke ‘sancties’ voorschrijft. Het Hof oordeelt dat de nationale handhaving ook in dit geval binnen de werkingsfeer van

154 Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson* [2013], r.o. 21.

155 Zie hoofdstuk V, paragraaf 3.3.3.6. voor de vraag of de combinatie van een fiscale boete en een strafrechtelijke sanctie inderdaad in strijd komt met artikel 50 Hv.

156 Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson* [2013], r.o. 27.

157 Zaak C-617/10, *Åkerberg Fransson* [2013], r.o. 28.

158 Zaak C-418/11, *Textdata Software* [2013].

het Unierecht valt. Uit de pre-Handvestzaak *Berlusconi* blijkt bovendien dat (zelfs) de strafrechtelijke handhaving van Unieregels binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, als de EU-regeling in kwestie enkel de toepassing van ‘geschikte sancties’ voorschrijft.<sup>159</sup>

Tot voor kort was het onduidelijk of de handhaving van Unierecht ook binnen de werkingssfeer van het Unierecht zou vallen als het desbetreffende Unierecht de genoemde handhavingsverplichtingen niet bevatte. In dit verband is van belang dat de lidstaten sinds de zaak *Griekse Mais* op grond van artikel 4, derde lid VEU altijd verplicht zijn om Unierechtelijke regels op een gelijkwaardige, afschrikkende, doeltreffende en evenredige manier te handhaven, ook wanneer deze regels een dergelijke verplichting niet expliciet bevatten.<sup>160</sup> De handhavingseisen die zijn neergelegd in artikel 325 VWEU en in de talrijke secundaire Unierechtelijke regelingen zijn zelfs ontleend aan deze zaak. Daarom leek het een kleine stap om de *Åkerberg Fransson*-lijn – en dus de reikwijdte van het Handvest en de EU-beginselen – uit te breiden naar de handhaving van het Unierecht in het algemeen. In de recente zaak *Berlioz* lijkt die stap te zijn gezet.<sup>161</sup>

In deze zaak draaide het om een sanctie die door de Luxemburgse belastingautoriteiten was opgelegd aan *Berlioz* omdat zij had geweigerd te antwoorden op een verzoek om inlichtingen in het kader van een uitwisseling van inlichtingen met de Franse belastingdienst. Dit verzoek om inlichtingen was weliswaar gebaseerd op de EU-richtlijn 2011/16, maar deze richtlijn bevatte geen specifieke handhavingsverplichtingen ten aanzien van de weigering om inlichtingen te verstrekken en schreef evenmin de handhavingsverplichtingen van *Griekse Mais* voor.

Niettemin oordeelt het Hof dat richtlijn 2011/16 ‘de lidstaten dus verplicht om alle maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de gevraagde inlichtingen te verkrijgen, om zo aan hun verplichtingen op het gebied van de uitwisseling van inlichtingen te voldoen’.<sup>162</sup> Volgens het Hof moeten die maatregelen, willen zij het nuttig effect van die richtlijn kunnen waarborgen, regelingen omvatten, zoals een geldboete, die de justitiabele er voldoende toe aanzet om op de verzoeken van de belastingautoriteiten te antwoorden, zodat de aangezochte autoriteit haar verplichtingen ten opzichte van de verzoekende autoriteit kan nakomen. De omstandigheid dat de Unierechtelijke richtlijn niet uitdrukkelijk voorziet in de toepassing van sanctiemaatregelen is volgens het Hof niet relevant. Volgens het Hof zijn het begrip ‘middelen om de inlichtingen te verzamelen’ en het begrip ‘maatregelen die noodzakelijk zijn om de goede werking van de regelingen voor administratieve samenwerking te garanderen, zoals gebruikt in de artikelen 18 en 22 van Richtlijn 2011/16, van dien aard dat zij dergelijke maatregelen omvatten. De nationale sanctie dient dan ook te worden beschouwd als een maatregel ter uitvoering van richtlijn 2011/16’.<sup>163</sup> Daarom is artikel 47 Handvest van toepassing op de oplegging ervan.

Gelet op *Berlioz*, is het waarborgen van de goede werking van een richtlijn – althans als richtlijnbepalingen, zoals *in casu* artikel 18 en 22, dit voorschrijven – al voldoende om de sanctionering ervan onder de werkingssfeer van het Unierecht te laten vallen en dus de toepasselijkheid van het Handvest en de EU-rechtsbeginselen te activeren.

Ten slotte kan nog melding worden gemaakt van de zaak *Toma*.<sup>164</sup> In die zaak ging het niet om de handhaving van het EU-recht maar om de terugbetaling van een door *Toma* in strijd met het EU-recht betaalde vervuilingshoofdsom. Hoewel het Unierecht ten aanzien van deze terugbetaling

159 Gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *Berlusconi* [2005].

160 Zaak 68/88, *Griekse Mais* [1989]. Zie meer gedetailleerd, hoofdstuk V, paragraaf 3.2.

161 Zaak C-682/15, *Berlioz* [2017].

162 Zaak C-682/15, *Berlioz* [2017], r.o. 37.

163 Zaak C-682/15, *Berlioz* [2017], r.o. 41.

164 Zaak C-205/15, *Toma* [2016].

geen specifieke bepalingen bevatte – en deze terugbetaling derhalve een kwestie was van procedurele autonomie van de lidstaten – valt zij volgens het Hof binnen de werkingsfeer van het Unierecht. Dit oordeel baseert het Hof op het algemene beginsel van loyale samenwerking dat is neergelegd in artikel 4, derde lid VEU.

Of uit deze zaak kan worden geconcludeerd dat artikel 4, derde lid VEU onder alle omstandigheden voldoende is om de toepasselijkheid van het Handvest te activeren, weten we niet 100% zeker. Dat de terugbetaling van een in strijd met het Unierecht geheven belasting als *sequel* van de vaststelling van die strijdigheid onder de werkingsfeer van het Unierecht valt, is immers aloude jurisprudentie van het Hof, die dateert van ver voor het bindend worden van het Handvest.<sup>165</sup> Niettemin biedt ook de zaak *Toma* een duidelijke indicatie dat het Hof de werkingsfeer van het Unierecht – en dus toepasselijkheid van het Handvest – zeer ruim definieert.

De ingezette lijn in het arrest *Åkerberg Fransson* is niet zonder kritiek gebleven.<sup>166</sup> Met name het Duitse *Bundesverfassungsgericht* was bijzonder kritisch. In zijn arrest inzake de totstandkoming van de anti-terrorisme database verwijst het gerecht naar *Åkerberg Fransson* en overweegt het Hof dat dit arrest niet zodanig moet worden uitgelegd en toegepast dat de bepalingen uit het Handvest bindend zijn voor de lidstaten in elk geval waarin een nationale maatregel enige materiële connexiteit zou kunnen hebben met de algemene werkingsfeer van het Unierecht of daar effect op zou kunnen hebben.<sup>167</sup> Het *Bundesverfassungsgericht* verwijst in dat verband naar de harmonieuze samenwerking met het Hof van Justitie en overweegt dat aan het arrest *Åkerberg Fransson* niet een uitleg moet worden gegeven die een evidente *ultra vires* handeling van het Hof van Justitie zou betekenen, dan wel een inbreuk op de bescherming en het functioneren van nationale grondrechten op zodanige wijze dat de identiteit van de nationale constitutionele orde op de tocht zou komen te staan.

De kritiek van het *Bundesverfassungsgericht* heeft er waarschijnlijk ook mee te maken dat, zoals we hierna zullen zien in paragraaf 2.4.3.6, de nationale grondrechtenbescherming binnen de werkingsfeer van het Unierecht onder controle staat van het Hof van Justitie. Dat geldt ook voor die bescherming op het gevoelige terrein van het nationale strafrecht, wanneer dat wordt ingezet voor de handhaving van Unierechtelijke normen (witwassen, terrorisme, *et cetera*). Uit de zaak *Berlioz* kan worden afgeleid dat het Hof van de kritiek van het *Bundesverfassungsgericht* niet heel erg onder de indruk is.

#### 2.4.3.4 Relatie tussen het Handvest en het EVRM

Zoals al aangegeven in paragraaf 2.4.3.2, is het Handvest van de grondrechten in het bijzonder geïnspireerd door het EVRM. Sterker nog, ieder EVRM-recht heeft zijn pendant in het Handvest. Omdat alle EU-lidstaten ook zijn aangesloten bij het EVRM en daarmee niet alleen aan het Handvest maar ook aan het EVRM zijn gebonden, rijst de vraag hoe de rechtspraak tussen het EVRM en het Hof van Justitie zich tot elkaar verhoudt.<sup>168</sup> In dat kader is van belang dat tussen beide hoven geen hiërarchische relatie bestaat.<sup>169</sup> Hoewel artikel 6 VEU in nogal strikte bewoordingen voorschrijft dat

<sup>165</sup> Deze verplichting ligt bijvoorbeeld aan de basis van de Kühne & Heitz-rechtspraak. Zie hoofdstuk VI, paragraaf 6.3.

<sup>166</sup> Zie bijvoorbeeld Fontanelli (2013).

<sup>167</sup> Bundesverfassungsgericht 24 april 2013, ECLI:DE:BVERFG:2013:RS20130424, r.o. 91. Zie over dit arrest, Editorial Comments, CMLRev. 2013, p. 925-930, Thym 2013 en Fontanelli 2013.

<sup>168</sup> Zie ook Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 639.

<sup>169</sup> Zie omtrent de relatie tussen het Hof van Justitie en het EHRM bijvoorbeeld Morano-Foadi & Lucy Vickers 2017, Fabbrini & Jarik 2016, Van Eijken e.a. 2015, p. 270 e.v., Douglas-Scott 2015, Gerards 2015, Douglas-Scott 2013, Besson 2011 en Douglas-Scott 2006.



de Unie zal toetreden tot het EVRM<sup>170</sup> en in geval van toetreding wel een hiërarchische relatie tussen beide hoven zou zijn ontstaan, is de toetreding als gevolg van het negatieve advies van het Hof van Justitie over de ontwerpovereenkomst aangaande de toetreding van de EU tot het EVRM voorlopig van de baan.<sup>171</sup> De belangrijkste reden voor het negatieve advies is dat de overeenkomst volgens het Hof de specifieke kenmerken en de autonomie van het Unierecht kan aantasten.<sup>172</sup>

In deze druk besteden we verder geen aandacht aan de ontwerpovereenkomst tot toetreding van de EU tot het EVRM, aan het negatieve advies van het Hof en aan de vele, veelal kritische beschouwingen over dat advies.<sup>173</sup> Omdat de toetreding hoe dan ook voorlopig van de baan is, bestaat er voorlopig geen hiërarchische relatie tussen het Hof en het EHRM.

Dat er tussen beide Europese hoven geen hiërarchie bestaat, betekent niet dat de bescherming door het EVRM en het Handvest op geen enkele wijze op elkaar is afgestemd. Wat betreft de wederzijdse relatie tussen het Handvest en het EVRM, bepaalt artikel 52, derde lid Hv dat voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door het EVRM aan worden toegekend.<sup>174</sup> Volgens de toelichtingen worden de inhoud en reikwijdte van de gewaarborgde rechten niet alleen bepaald door de tekst van het EVRM, maar ook door de rechtspraak van het EHRM.<sup>175</sup>

Ingevolge artikel 52, derde lid Hv mag het Handvest/Hof van Justitie wel een ruimere bescherming bieden dan het EVRM/EHRM.<sup>176</sup> Tot nog toe bestaat er geen duidelijke rechtspraak van het Hof van Justitie waarin van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt.<sup>177</sup> Het door het Handvest geboden beschermingsniveau mag in ieder geval nooit lager zijn dan het niveau dat door het EVRM wordt gewaarborgd.<sup>178</sup>

Verschillen in het toepassingsbereik tussen bepalingen van het Handvest en de equivalenten daarvan in het EVRM kunnen overigens wel leiden tot een ruimere bescherming in het EU-recht. Een voorbeeld biedt artikel 47 Hv. Het beschermingsbereik van deze bepaling is – anders dan artikel 6 EVRM – niet beperkt tot geschillen waarin het gaat om burgerlijke rechten en verplichtingen en bestraffende maatregelen. Dit betekent bijvoorbeeld dat artikel 47 Hv ook van toepassing is in het vreemdelingen- en belastingrecht, althans voor zover geschillen op deze terreinen binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen.<sup>179</sup>

170 Baratta is kritisch over het gebruik van de zinsnede ‘zal toetreden’ omdat toetreding pas mogelijk is na het sluiten van een overeenkomst met de Raad van Europa en zijn 47 leden waarvan 20 geen EU-lidstaat zijn. Zie Baratta 2013, p. 1, voetnoot 1. Zie over de toetreding van het EU tot het EVRM verder bijvoorbeeld Raba 2017, Andreadakis 2017, Korenica 2015, Gragl 2014a, Gragl 2014B, Eckes 2013, Gragl 2013, Schild 2013, Craig 2013b, Raba 2013, Douglas-Scott 2013, Böcker 2013, Gerards & Glas 2012, Lock 2012, Gaja 2012, Weiss 2012, Groussot e.a. 2011b, Jacqué 2011 en Lock 2011.

171 Advies 2/13 [2014].

172 Advies 2/13 [2014], r.o. 258.

173 Zie onder meer: Korenica & Doli 2016, Barkhuysen & Bos 2015, De Witte & Imamovic 2015, Storgaard 2015, Timmermans 2015, Besselink, Claes & Reestman 2015, De Vries 2015, Besselink 2015, Van Eijken & De Vries 2015, Meij 2015, Ryngaert 2015, VanDamme 2015, Van de Heyning 2015, Lazowski & Wessel 2015, Lock 2015.

174 Zie over deze bepaling bijvoorbeeld Brittain 2015 en Peers & Prechal 2014.

175 Zie de toelichtingen, p. 33.

176 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 639.

177 Zie Gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, N.S. [2011], r.o. 109-115 voor een poging om het Hof te verleiden meer bescherming te bieden dan het EVRM. Het Hof oordeelt echter dat het Handvest niet tot een ander antwoord leidt dan het EVRM.

178 Zie de toelichtingen, p. 33 en ook Kokott & Sobotta 2015, p. 64 en Peers 2010, p. 303.

179 Zie bijvoorbeeld Zaak C-205/15, Toma [2016].

Uiteraard is het Hof van Justitie exclusief bevoegd ten aanzien van bepalingen uit het Handvest die geen equivalent hebben in het EVRM.<sup>180</sup> Ook wanneer dat wel het geval is, beoordeelt het Hof van Justitie zaken uitsluitend in het licht van de bepalingen in het Handvest. Het Hof geeft in dat kader aan dat het EVRM, zolang de Unie er geen partij bij is, geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument is.<sup>181</sup> Met andere woorden: het Handvest is het startpunt voor het Hof van Justitie en in veel zaken is de beoordeling beperkt tot het Handvest en de daarbij behorende EU-rechtspraak.<sup>182</sup>

Echter, beide hoven passen in hun rechtspraak – hetgeen ook wordt gesuggereerd door hun toenmalige presidenten, Costa en Skouris, in een gezamenlijke verklaring – een parallelle interpretatie toe van bepalingen uit het Handvest en het EVRM.<sup>183</sup> Zo overweegt het Hof in het arrest *Otis* dat artikel 47 Hv in het Unierecht uitvoering geeft aan de bescherming die wordt verleend door artikel 6, eerste lid EVRM.<sup>184</sup> Bovendien verwijst het Hof in veel zaken waarin het Handvest wordt toegepast, expliciet naar de rechtspraak van het EHRM over corresponderende EVRM-rechten.<sup>185</sup> In sommige gevallen om zijn bevindingen ten aanzien van een bepaling uit het Handvest te bevestigen of ondersteunen,<sup>186</sup> in andere gevallen om hem te leiden bij de interpretatie van deze bepaling.<sup>187</sup> Deze afstemmingspraktijk bestond overigens al in het pré-Handvesttijdperk, vanaf het moment dat het Hof de EVRM-rechten erkende als algemene Unierechtelijke rechtsbeginselen, zij het destijds op vrijwillige basis.<sup>188</sup> Met het bindend worden van het Handvest is de afstemming voor het Hof van Justitie – gelet op artikel 52, derde lid Hv – een verplichting geworden.<sup>189</sup> Het Handvestrecht moet derhalve worden uitgelegd in het licht van het corresponderende EVRM-recht en de daarbij behorende rechtspraak van het EHRM.<sup>190</sup> Omgekeerde verwijzingen van het EHRM naar de rechtspraak van het Hof zijn schaarser, maar komen ook voor.<sup>191</sup>

Zoals hiervoor al is besproken, is de relatie tussen de twee Europese hoven tot nog toe niet geformaliseerd. Dit betekent echter niet dat er geen contact bestaat tussen beide.<sup>192</sup> Informatieuitwisseling tussen de verschillende diensten van de twee hoven en bijeenkomsten waarbij rechters

180 Craig 2013b, p. 1120 en 1146-1147.

181 Zie bijvoorbeeld Gevoegde zaken C-217/15 en C-350/15, Orsi & Baldetti [2017], r.o. 15, Zaak C-543/14, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.* [2016], r.o. 23 en Zaak C-617/10, Åkerberg Fransson [2013], r.o. 44.

182 Vergelijk Prechal 2016 in relatie tot artikel 47 Hv. Zie ook De Vries 2016, p. 106. Zie bijvoorbeeld Zaak C-314/12, *UPC Telekabel Wien* [2014].

183 Gezamenlijke verklaring van Costa en Skouris, persbericht nr. 75 afgegeven door de griffier van het EHRM op 27 januari 2011, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), paragraaf 1. Zie hieromtrent Douglas-Scott 2013, p. 161. Zie over de interpretatiemethoden van het Hof van Justitie en EHRM in meer algemene zin McCrudden 2012.

184 Zaak C-199/11, *Otis e.a.* [2012], r.o. 47. Zie ook Zaak C-205/15, *Toma* [2016], r.o. 40, waarin het Hof overweegt dat uit de toelichtingen op artikel 47 van het Handvest blijkt dat de eerste en tweede alinea van dat artikel 47 overeenkomen met artikel 6, eerste lid, en artikel 13 van het EVRM.

185 Zie hieromtrent bijvoorbeeld Prechal 2016, Krommendijk 2015c, Kokott & Sobotta 2015, p. 63 e.v., Douglas-Scott 2013, p. 161 en De Witte 2011. Zie bijvoorbeeld Zaak C-348/16 *Sacko* [2017], r.o. 39 e.v., Zaak C-205/15, *Toma* [2016], r.o. 41 e.v., Gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, *Volker & Schecke* [2010], r.o. 52; Gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, *Digital Rights Ireland* [2014], r.o. 47.

186 Zie bijvoorbeeld Zaak C-205/15, *Toma* [2016], r.o. 55; Gevoegde zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, *Kadi II* [2013], r.o. 133; Zaak C-399/11, *Melloni* [2013].

187 Zie bijvoorbeeld Zaak C-279/09, *DEB* [2010], r.o. 45-52.

188 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 639. Zie over de relatie tussen het Hof van Justitie en het EHRM voor Lissabon, Harpaz 2009.

189 Het Hof spreekt van een verplichting om de rechtspraak van het EHRM in aanmerking te nemen. Zie bijvoorbeeld Zaak C-562/13, *Abdida* [2014], r.o. 47. Zie ook Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 639 en Kokott & Sobotta 2015, p. 64-65.

190 Zie punt 15 van de annotatie van Widdershoven onder Zaak C-205/15, *Toma* [2016] in AB 2016/321.

191 Zie bijvoorbeeld EHRM 10 februari 2009, *Zolotukhin/Russia*, nr. 14939/03.

192 Zie over de dialoog tussen het Hof van Justitie en het EHRM bijvoorbeeld Douglas-Scott 2013, p. 157-161, Harpaz 2009, Timmermans 2011, Douglas-Scott 2006.

van beide hoven aanschuiven, moeten voorkomen dat de rechtsspraak van beide hoven teveel uiteen gaat lopen of zelfs tegenstrijdig worden. In de praktijk blijkt deze informele samenwerking aardig succesvol; uiteenlopende interpretaties van corresponderende rechten zijn schaars gebleken.

Een bekend voorbeeld van corresponderende rechten die – tijdelijk, in de periode tussen 1992 en 2002 – verschillend werden geïnterpreteerd vormt het recht op privacy voor bedrijfsgebouwen. Het startpunt was de zaak *Hoechst* in 1989 waarin het Hof van Justitie de klacht van Hoechst dat de doorzoeking door de Commissie van de bedrijfsgebouwen van Hoechst in een mededingingszaak in strijd was met het recht op onaantastbaarheid van iemands woning zoals gewaarborgd door artikel 8 EVRM, afwees.<sup>193</sup> Het Hof overwoog dat de bij artikel 8 EVRM geboden bescherming ‘is gericht op de ontplooiing van de persoonlijke vrijheid van de mens en [zich derhalve niet] kan uitstrekken tot bedrijfslokalen’.<sup>194</sup> Het EHRM had zich over deze vraag echter nog niet uitgesproken. Drie jaar later kreeg het EHRM deze gelegenheid wel, namelijk in de zaak *Niemietz*.<sup>195</sup> In deze zaak klaagde een advocaat dat de doorzoeking van zijn kantoor in strijd kwam met artikel 8 EVRM. Het EHRM oordeelde – anders dan het Hof van Justitie – dat artikel 8 EVRM ook zag op het recht op de onaantastbaarheid van de werkplek. De uiteenlopende interpretatie van artikel 8 EVRM duurde maar liefst tien jaar. In 2002, in *Roquette Frères*, besloot het Hof van Justitie zijn rechtspraak aan te passen aan het oordeel van het EHRM.<sup>196</sup> Onder verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM – meer in het bijzonder de zaak *Colas Est*<sup>197</sup> – breidde het Hof van Justitie het recht op onaantastbaarheid van iemands woning gewaarborgd door artikel 8 EVRM uit tot bedrijfsgebouwen.

Dat divergerende interpretaties van grondrechten door beide hoven voor het overige schaars zijn gebleken, komt waarschijnlijk ook door de zogenoemde *Bosphorus*-doctrine die is ontwikkeld door het EHRM in de zaak *Bosphorus*, en later is gepreciseerd in de zaken *Michaud* en recent *Avotiņš*.<sup>198</sup> Op grond van deze regel gaat het EHRM ervan uit dat de grondrechtenbescherming die door het Hof van Justitie wordt geboden in beginsel equivalent is aan de bescherming die het EHRM biedt. Daarom beoordeelt het EHRM geen klachten waarin wordt gesteld dat de uitvoering door een lidstaat van een Uniehandeling een inbreuk maakt op het EVRM, althans als aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient de desbetreffende Uniehandeling de lidstaat geen enkele beoordelingsmarge te laten bij de uitvoering daarvan. Wanneer de Uniehandeling aan de lidstaten wel een beoordelingsmarge laat, dan kan het EHRM beoordelen of de lidstaat invulling heeft gegeven aan deze beoordelingsmarge in overeenstemming met het EVRM, zonder dat het een oordeel hoeft te geven over EVRM-conformiteit van de Uniehandeling zelf.<sup>199</sup> In de tweede plaats dient – zoals het EHRM het stelt in *Avotiņš* – ‘the full potential of the supervisory mechanisms provided for by European law’ te zijn benut.<sup>200</sup> Met dat ‘supervisory mechanism’ doelt het EHRM op de prejudiciële procedure. Aan deze tweede voorwaarde is voldaan als het Hof van Justitie naar aanleiding van een prejudiciële verwijzing in verband met een soortgelijke klacht heeft geoordeeld dat de desbetreffende

193 Zaak C-46/87, Hoechst/Commissie [1989].

194 Zaak C-46/87, Hoechst/Commissie [1989], r.o. 18.

195 EHRM 16 december 1992, Niemietz/Duitsland, nr. 13710/88.

196 Zaak C-94/00, Roquette Frères [2002].

197 EHRM 16 april 2002, Colas Est/Frankrijk, nr. 12323/11.

198 EHRM 30 juni 2005, Bosphorus/Ierland, nr. 45036/98; EHRM 6 december 2012, Michaud/Frankrijk, nr. 12323/11; EHRM 23 mei 2016, Avotiņš/Latvia, nr. 17502/07, paragraaf 111. Zie over deze jurisprudentie verder bijvoorbeeld Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 19, Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 640-641, Barkhuysen & Bos 2014, p. 106-107, Ryngaert 2014, Gerards & Glas 2012, p. 524 e.v., Barkhuysen & Bos 2011, p. 23 e.v., Lawson & Van de Heyning 2011, p. 49 e.v., Callewaert 2010, Costello 2006 en Douglas-Scott 2006, p. 636 e.v.

199 EHRM 6 december 2012, Michaud/Frankrijk, nr. 12323/11, paragraaf 113.

200 EHRM 23 mei 2016, Avotiņš/Latvia, nr. 17502/07, paragraaf 111. Zie over dit arrest ook Marguery 2017.

Uniehandeling niet in strijd is met (voorheen) het EVRM als EU-rechtsbeginsel en (thans) het Handvest. In de zaak *Avotiņš* voegt het EHRM daaraan toe, dat aan de tweede voorwaarde ook is voldaan als er voor de nationale rechter, gelet op het beroep van partijen, geen enkele aanleiding bestond om prejudiciële vragen te stellen over de Handvestconformiteit van de gewraakte Uniehandeling.<sup>201</sup> Dit betekent dat het Hof van Justitie niet altijd hoeft te hebben geoordeeld over deze conformiteit.<sup>202</sup>

Als de twee Bosphorus-voorwaarden zijn vervuld dan gaat het EHRM ervan uit dat de lidstaat het EVRM heeft nageleefd en wordt de klacht door het EHRM in beginsel niet-ontvankelijk verklaard. Deze zogenoemde ‘presumption of compliance’ kan echter worden weerlegd, namelijk in het geval het EHRM van oordeel is dat de door het Hof van Justitie verleende bescherming ‘manifest deficient’ is. Deze situatie heeft zich nog nooit voorgedaan.

In *Bosphorus* werd het EHRM geconfronteerd met een klacht inzake de Ierse toepassing van een Unierechtelijke verordening. Het Hof van Justitie had – na een prejudiciële verwijzing door het Ierse Hoogerechtshof – ten aanzien van deze verordening reeds geoordeeld dat zij in overeenstemming was met de fundamentele EVRM-rechten die integraal onderdeel uitmaken van de Unierechtelijke rechtsbeginselen. Het EVRM ging niet in op de inhoud van deze klacht, omdat volgens het EHRM onder deze omstandigheden moest worden uitgegaan van ‘a presumption of compliance’ met de verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM. Immers, het ging om de uitvoering van verplichtingen die voortvloeiden uit het lidmaatschap van een internationale organisatie, in dit geval de EU, waarin een gelijkwaardige bescherming van fundamentele rechten is verzekerd.

In de zaak *Michaud* wordt in de eerste plaats bepaald dat de ‘presumption of compliance’ niet geldt in gevallen waarin de lidstaat een richtlijn heeft omgezet die de lidstaat beoordelingsmarge biedt. In dat geval kan het EHRM derhalve wel beoordelen of de wijze waarop een lidstaat invulling heeft gegeven aan deze beoordelingsmarge in overeenstemming is met het EVRM. In de tweede plaats geldt de *Bosphorus*-regel alleen als het Hof van Justitie reeds een oordeel heeft gegeven over de vraag of het desbetreffende Unierecht in overeenstemming is met het EVRM/Handvest.<sup>203</sup>

De laatste voorwaarde wordt in de zaak *Avotiņš* door het EHRM genuanceerd. Aan de voorwaarde is reeds voldaan wanneer voor de nationale rechter geen enkele reden voor een prejudiciële verwijzing bestond, omdat over de mogelijke strijd tussen het EU-recht en het EVRM geen gronden door partijen zijn aangevoerd. Het arrest *Avotiņš* is echter met name relevant omdat het EHRM laat zien dat ook als aan de twee *Bosphorus*-voorwaarden is voldaan, nog steeds nauwkeurig moet worden bezien of sprake is van manifeste gebreken in de bescherming van EVRM-rechten. Het belangrijke EU-beginsel van wederzijds vertrouwen (in dit geval bij de wederzijdse erkenning van elkaars vonnissen) kan weliswaar in algemene zin door de beugel, maar mag er niet toe leiden dat de nationale rechter daarmee zonder meer aanneemt dat het wel goed zit met de grondrechtenbescherming.<sup>204</sup> Uiteindelijk oordeelt het EHRM dat van een manifest gebrek in dit geval geen sprake is.<sup>205</sup> De benadering van het EHRM kan worden gezien als een signaal richting het Hof van Justitie.<sup>206</sup> Duidelijk is immers dat verhoudingen sinds het negatieve advies

201 EHRM 23 mei 2016, *Avotiņš/Latvia*, nr. 17502/07, paragraaf 111. Dit lag anders in het voormelde arrest *Michaud* waarin de Franse Conseil d’Etat weigerde een prejudiciële vraag te stellen ten aanzien van de verenigbaarheid van het Unierecht met artikel 8 EVRM, ook al had het Hof van Justitie zich over deze verenigbaarheid nog niet uitgesproken. Zie EHRM 6 december 2012, *Michaud/Frankrijk*, nr. 12323/11, paragraaf 114.

202 Vergelijk Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 641.

203 Zie ook Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 641.

204 Punt 6 van de annotatie van Barkhuysen & Van Emmerik bij EHRM 23 mei 2016, *Avotiņš/Latvia*, nr. 17502/07, in AB 2017/17.

205 EHRM 23 mei 2016, *Avotiņš/Latvia*, nr. 17502/07, paragraaf 125.

206 Zie Glas & Krommendijk 2017, Marguery 2017 en Punt 6 van de annotatie van Barkhuysen & Van Emmerik bij EHRM 23 mei 2016, *Avotiņš/Latvia*, nr. 17502/07, in AB 2017/17.

van het Hof van Justitie enigszins zijn bekoeld.<sup>207</sup> Dit negatieve advies heeft echter niet tot gevolg gehad dat de *Bosphorus*-doctrine door het EHRM is verlaten.<sup>208</sup>

Met de *Bosphorus*-doctrine voorkomt het EVRM dat het moet oordelen over de EVRM-conformiteit van EU-handelingen, hetgeen tot botsingen met het Hof van Justitie zou kunnen leiden.<sup>209</sup>

#### 2.4.3.5 *Positieve verplichtingen op basis van het Handvest*

Een interessante vraag is in hoeverre uit het Handvest voor de lidstaten ook positieve verplichtingen kunnen voortvloeien.<sup>210</sup> Wat betreft het EVRM geldt dat het EHRM een uitgebreide jurisprudentie heeft opgebouwd waarin uit diverse EVRM-bepalingen positieve verplichtingen worden afgeleid.<sup>211</sup> De jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit punt is schaars, hoewel uit het arrest *Aranyosi & Căldăraru* kan worden afgeleid dat ook door het Hof van Justitie wordt erkend dat de fundamentele rechten van het Handvest aan de EU-instellingen en de lidstaten – wanneer zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht – positieve verplichtingen kunnen opleggen.<sup>212</sup> Dit ligt ook voor de hand, nu positieve verplichtingen door het EHRM worden erkend en – zoals besproken in paragraaf 2.4.3.4 – het Hof van Justitie verplicht is om het Handvest uit te leggen in het licht van het corresponderende EVRM-recht en de daarbij behorende rechtspraak van het EHRM.<sup>213</sup>

Het voorgaande neemt niet weg dat de doorwerking van positieve verplichtingen in het EU-recht problematisch kan zijn, in het bijzonder in het licht van de begrensde bevoegdheden van de EU.<sup>214</sup> Positieve verplichtingen hebben immers tot gevolg dat staten actief moeten optreden. Het is de vraag of de EU-instellingen dan wel de lidstaten op basis van het EU-recht altijd bevoegd zijn om deze maatregelen te nemen.<sup>215</sup> Beijer wijst er in dat kader terecht op dat er op het terrein van fundamentele rechten geen algemene bevoegdheid voor de EU-bestaat.<sup>216</sup> Nadere jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit punt dient te worden afgewacht.

#### 2.4.3.6 *Het Handvest en nationale grondrechten*

Het EU-recht erkent het belang van nationale grondrechten als inspiratiebron voor het Handvest.<sup>217</sup> Daarnaast wordt in artikel 6, derde lid VEU expliciet bepaald dat de grondrechten zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uitmaken van het Unierecht. Voorts is in artikel 52, vierde lid Hv neergelegd dat voor zover het Handvest grondrechten erkent zoals die voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, deze in overeenstemming met de tradities moeten worden uitgelegd.<sup>218</sup> Dit alles kan echter niet voorkomen dat er spanningen kunnen ontstaan tussen de Unierechtelijke fundamentele rechten en de nationale grondrechten van specifieke lidstaten. Het komt immers voor dat de lid-

207 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 641.

208 Hiermee werd wel rekening gehouden. Zie hieromtrent bijvoorbeeld Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 641.

209 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 641.

210 Zie hieromtrent Heringa & Verhey 2001, p. 19, Sanderink & Nijmeijer 2015, p. 472-480.

211 Zie Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 13; Beijer 2016, p. 204.

212 Gevoegde zaken C-404/15 en C-659/14, *Aranyosi & Căldăraru* [2016], r.o. 90-94. Zie voor meer voorbeelden Beijer 2015.

213 Zie Beijer 2016, p. 204.

214 Beijer 2016, p. 205, Heringa & Verhey 2001, p. 19-20.

215 Beijer 2016, p. 205.

216 Beijer 2016, p. 205. Zie ook Muir 2014.

217 Zie de Preamble bij het Handvest.

218 Zie ook artikel 52, zesde lid van het Handvest waarin is bepaald dat met de nationale wetgevingen en praktijken ten volle rekening moet worden gehouden, zoals bepaald in dit Handvest.

staten andere fundamentele rechten erkennen of dezelfde grondrechten anders interpreteren.<sup>219</sup> Dit roept de vraag op in hoeverre een lidstaat binnen het toepassingsgebied van het Unierecht nog ‘eigen’ nationale grondrechten die afwijken van de Unierechtelijke fundamentele rechten kan toepassen.<sup>220</sup>

In dat kader is van belang dat artikel 53 Hv bepaalt dat ‘geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend door [...] de grondwetten van de lidstaten.’<sup>221</sup> Hoewel deze bepaling op het eerste gezicht de regel lijkt te bevatten dat het Handvest slechts een minimumbeschermingsniveau van fundamentele rechten voorschrijft en de lidstaten een hogere bescherming mogen bieden<sup>222</sup> – net zoals artikel 53 EVRM dat regelt met betrekking tot het EVRM – , heeft het Hof van Justitie voor een andere interpretatie gekozen. In dat verband is het arrest *Melloni* van groot belang.<sup>223</sup>

In de zaak *Melloni* was de vraag aan de orde of Spanje, in overeenstemming met de Spaanse Grondwet, gerechtigd was om aan de uitlevering op grond van een Europees aanhoudingsbevel van Melloni van Spanje naar Italië, die in Italië bij verstek was veroordeeld tot een gevangenisstraf van 10 jaar wegens bedrieglijke bankbreuk, de voorwaarde te verbinden dat Melloni in Italië alsnog tegen deze veroordeling moest kunnen opkomen. Duidelijk was dat deze extra voorwaarde in strijd kwam met het Unierechtelijke Kaderbesluit. In de verwijzingsuitspraak gaat het Spaans Constitutioneel Hof ervan uit dat artikel 53 Hv aan de lidstaten in algemene zin toestaat de door hun grondwet gegarandeerde grondrechtenbescherming toe te passen wanneer deze meer bescherming biedt dan het Handvest. Waar nodig biedt artikel 53 Hv de mogelijkheid om nationale grondrechten voorrang te geven boven het Unierecht.

Het Hof van Justitie wijst deze interpretatie van het Handvest af. Door artikel 53 Hv op deze wijze uit te leggen, wordt volgens het Hof afbreuk gedaan aan het beginsel van voorrang van Unierecht, aangezien een lidstaat de toepassing van het Unierecht die volledig in overeenstemming is met het Handvest, zou kunnen belemmeren wanneer dit Unierecht in strijd is met de door de grondwet van die staat gegarandeerde grondrechten.<sup>224</sup> Het Hof overweegt vervolgens dat artikel 53 Hv weliswaar bevestigt dat wanneer een handeling van Unierecht nationale uitvoeringsmaatregelen vereist, het de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties blijft vrijstaan de nationale grondrechten toe te passen, maar dat daaraan wel de voorwaarde is verbonden dat ‘daardoor het beschermingsniveau van het Handvest, zoals door het Hof uitgelegd, en de voorrang, eenheid en werking van het recht van de Unie niet in het gedrang komen.’<sup>225</sup>

In *Melloni* ging het om uitlevering op grond van een bij een veroordeling bij verstek uitgevaardigd Europees aanhoudingsbevel. De voor deze uitlevering geldende voorwaarden zijn door het Unierecht volledig geharmoniseerd.<sup>226</sup> Zij worden door het Hof bovendien in overeenstemming geacht met het Handvest en met de rechtspraak van het EHRM.<sup>227</sup> Wanneer een lidstaat op grond van artikel 53 Hv extra voorwaarden zou kunnen stellen aan de uitlevering van een bij verstek veroordeeld persoon dan zou afbreuk worden gedaan aan de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning, die

219 Zie voor voorbeelden Besselink 2012, p. 11-14.

220 Zie over de verhouding tussen het Handvest en nationale grondrechten en de verhouding tussen het Hof van Justitie en nationale constitutionele hoven Rauchegger 2015, Komarek 2015, Gerards 2015, Rosas 2015, p. 18-20 en De Visser 2014.

221 Zie over deze bepaling Liisberg 2001 en De Witte 2014.

222 Zie Liisberg 2001, p. 1171.

223 Zaak C-399/11, *Melloni* [2013]. Zie voor commentaren op dit arrest bijvoorbeeld Vervaele 2013b, De Boer 2013, Reestman & Besselink 2013, Veldt-Foglia 2013, Besselink 2014, Torres Pérez 2014, Van der Hulle & Van der Hulle 2014 en Pliakos & Anagnostaras 2015.

224 Zaak C-399/11, *Melloni* [2013], r.o. 57 en 58.

225 Zaak C-399/11, *Melloni* [2013], r.o. 60.

226 Namelijk door Kaderbesluit 2002/584, zoals gewijzigd bij Kaderbesluit 2009/299.

227 Zaak C-399/11, *Melloni* [2013], r.o. 47 e.v..

het kaderbesluit beoogt te versterken, en zou de doelmatigheid van het kaderbesluit dus in het gedrang komen doordat de uniformiteit van de in dit kaderbesluit vastgestelde grondrechtenbescherming ter discussie wordt gesteld.<sup>228</sup>

Het arrest *Melloni* maakt duidelijk dat het Handvest niet alleen een minimumbescherming van de grondrechten biedt, maar ook een maximumbescherming kan betekenen, namelijk in gevallen waarin toepassing van nationale grondrechten die een hogere bescherming bieden de voorrang, eenheid en effectiviteit van het Unierecht in gevaar brengt. In *Melloni* werd de grondrechtenbescherming uitputtend in het Unierecht – namelijk in het Kaderbesluit – geregeld. Daarom zou de toepassing van de meer bescherming biedende Spaanse grondrechten ertoe leiden dat de eenheid en effectiviteit van het Unierecht niet zou zijn gewaarborgd.

Of het Hof meer ruimte zal bieden aan de toepassing van nationale grondrechten die meer bescherming bieden dan het Handvest in de situatie dat het Unierecht niet voorziet in een uitputtende grondrechtenbescherming, dient te worden afgewacht. In dat geval zou wat ons betreft aanleiding bestaan om meer ruimte bieden voor toepassing van de nationale grondrechten.<sup>229</sup> Barkhuysen en Widdershoven wijzen er terecht op dat anders aanvaringen met constitutionele hoven in de lidstaten zullen volgen.<sup>230</sup>

Aan de andere kant kan niet worden ontkend dat het Hof van Justitie de bevoegdheid om binnen de werkingsfeer van het Unierecht de nationale grondrechtenbescherming te controleren en – indien nodig op grond van de in het arrest *Melloni* geformuleerde criteria – te beperken, principieel heel erg belangrijk vindt.<sup>231</sup> Dit wordt in de eerste plaats geïllustreerd door het feit dat het Hof in veel arresten – onder verwijzing naar *Melloni* – overweegt dat de grondrechtenbescherming in het Unierecht mede is ingegeven door de noodzaak te vermijden dat de ‘bescherming van de grondrechten die zou kunnen variëren naar gelang het betrokken nationale recht, afbreuk zou kunnen doen aan de eenheid, de voorrang en de werking van het Unierecht.’<sup>232</sup> In de tweede plaats is het feit dat de ontwerpovereenkomst betreffende de toetreding van de EU tot het EVRM niet voorzag in een bepaling waarin de toepassing van artikel 53 EVRM was afgestemd op die van artikel 53 Hv, één van de redenen voor het negatieve advies van het Hof over deze overeenkomst.<sup>233</sup>

## 2.5 Doorwerking van de EU-rechtsbeginselen en het Handvest in de lidstaten

### 2.5.1 Inleiding

In paragraaf 2.4.3.3 is al ingegaan op de vraag hoe de Unierechtelijke rechtsbeginselen en het Handvest doorwerken in het nationale recht. Zoals besproken, hebben Unierechtelijke rechtsbeginselen en veel bepalingen uit het Handvest rechtstreekse werking. In dat opzicht kunnen zij worden toegepast als rechtmatigheidsmaatstaf bij de beoordeling van het nationale besluiten en wetgeving, vallend binnen de werkingsfeer van het Unierecht. Het moet echter niet worden uitgesloten dat nationale rechters ook in puur ‘nationale’ gevallen de beginselen op een ‘Unierechtelijke wijze’ inkleuren *casu*

228 Zaak C-399/11, *Melloni* [2013], r.o. 63.

229 Zie ook Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 642.

230 Zie Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 642. Zij wijzen in dit verband naar de hiervoor, in paragraaf 2.4.3.3, vermelde kritiek van het Duitse Bundesverfassungsgericht op Åkerberg Fransson.

231 Zie Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 643.

232 Zie Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 643. Zie bijvoorbeeld Zaak C-198/13, *Hernandez* [2014], r.o. 47, en Zaak C-206/13, *Siragusa* [2014], r.o. 31 en 32.

233 Zie Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 643. Advies 2/13 [2014], r.o. 187 e.v..

*quo* zich daardoor laten inspireren, of gewoon ‘vrijwillig adopteren’.<sup>234</sup> In die zin kan er een veel verder reikende wisselwerking tussen de Europese en nationale rechtsbeginselen bestaan.

Met het voorgaande in het achterhoofd, wordt in deze paragraaf gezien hoe bepalingen van het Handvest en Unierechtelijke rechtsbeginselen doorwerken in het nationale recht. Daartoe zal in paragraaf 2.5.2 worden ingegaan op de beginselconforme uitleg en de rechtstreekse werking. In paragraaf 2.5.3 wordt de rol van Unierechtelijke rechtsbeginselen en het Handvest in het Nederlandse bestuursrecht kort belicht. Ten slotte komt in paragraaf 2.5.4 kort de verhouding tussen nationale rechtsbeginselen en het Unierecht aan de orde.

### 2.5.2 Beginselconforme interpretatie en rechtstreekse werking

Eén van de instrumenten die wordt gebruikt om de Unierechtelijke rechtsbeginselen toe te passen is de verplichting tot ‘beginselconforme interpretatie’. Deze verplichting geldt in de eerste plaats voor het Hof zelf. Het is vaste rechtspraak dat het Hof van Justitie, het secundaire Unierecht zoveel mogelijk uitlegt conform de relevante verdragen én de Unierechtelijke rechtsbeginselen.<sup>235</sup> De nationale rechter, op wie immers de verplichting van EU-rechtconforme uitleg rust,<sup>236</sup> is ook gehouden het nationale recht conform de Unierechtelijke beginselen te interpreteren.<sup>237</sup> De laatstgenoemde verplichting geldt uiteraard alleen wanneer het geschil binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. De verplichting tot conforme interpretatie geldt ook voor de bepalingen van het Handvest.<sup>238</sup>

In de inleiding van deze paragraaf is al aangegeven dat Unierechtelijke rechtsbeginselen en veel bepalingen uit het Handvest rechtstreekse werking hebben. Dit heeft tot gevolg dat nationale bestuursorganen deze beginselen en het Handvest in acht moeten nemen bij hun beslissingen en de nationale rechter hieraan moet toetsen als partijen daar een beroep op hebben gedaan. Wanneer het nationale recht in strijd komt met de Unierechtelijke rechtsbeginselen dan wel de bepalingen van het Handvest, dan dient dit nationale recht buiten toepassing te worden gelaten.<sup>239</sup>

### 2.5.3 Rol van EU-rechtsbeginselen en het Handvest in het Nederlandse bestuursrecht

Zowel de Unierechtelijke rechtsbeginselen als de rechten van het Handvest worden voor de Nederlandse bestuursrechter regelmatig ingeroepen.<sup>240</sup> Ook spelen de Unierechtelijke rechtsbeginselen en het Handvest een rol bij de totstandkoming van wetgeving.<sup>241</sup> In deze paragraaf komt de algemene doorwerking van Unierechtelijke rechtsbeginselen/Handvest in het Nederlandse bestuursrecht aan de orde. Op de doorwerking van specifieke beginselen wordt vanaf paragraaf 3 ingegaan.

234 Zie hiervoor hoofdstuk I, paragraaf 3 en hierna, paragraaf 7. Vergelijk ook Van den Brink 2010, p. 125-134. Dat het proces van acceptatie van Unierechtelijke beginselen niet altijd even makkelijk verloopt, kan men onder meer lezen bij Boyron 1998 en Hoffmann 1998.

235 Zaak C-98/91, Herbrink [1994]. Vergelijk ook Gevoegde zaken C-90/90 en C-91/90, Neu [1991], Gevoegde zaken C-402/07 en C-432/07, Sturgeon [2009]; Zaak C-465/07, Elgafaji [2009].

236 Zie hoofdstuk III, paragraaf 2.

237 Zaak C-246/06, Navarro [2008].

238 Barkhuysen & Bos 2011, p. 10.

239 Zaak C-617/10, Åkerberg Fransson [2013], r.o. 45 e.v. Zie hieromtrent ook Barkhuysen & Bos 2011, p. 10.

240 Zie hieromtrent Barkhuysen & Bos 2014, Pahladsingh & Van Roosmalen 2012 en Pahladsingh & Van Roosmalen 2011. Zie voor een overzicht van voor 2009 Mortelmans 2009.

241 Zie wat betreft het Handvest Morijn e.a. 2015. Op Rijksniveau is door de Interdepartementale Commissie Europees Recht een handleiding nationale toepassing EU-grondrechtenhandvest opgesteld. Ook de Raad van State besteedt bij de advisering over wetgeving aandacht aan het Handvest. Zie hierover ook Morijn e.a. 2015, p. 107-113, Sevenster 2015, p. 579 en Vermeulen & Van Roosmalen 2012, p. 214.



*Werkingsfeer van het Handvest*

Alvorens de Nederlandse bestuursrechter aan het Handvest toetst, wordt eerst bezien of het Handvest – gelet op artikel 51, eerste lid Hv – wel van toepassing is.<sup>242</sup> In de meeste gevallen gaat het daarbij om de in paragraaf 2.4.3.3 genoemde agent-situatie en meer specifiek de situatie waarin sprake is van de omzetting en toepassing van EU-richtlijnen.<sup>243</sup> Waar de Afdeling eerst oordeelde dat de gehele wet reeds binnen de werkkingsfeer van het Handvest viel, als deze een richtlijn omzette,<sup>244</sup> is zij thans van oordeel dat daarvan slechts sprake is wanneer de in de concrete zaak centraal staande bepaling van die wet daadwerkelijk strekt tot omzetting van de richtlijn.<sup>245</sup> Als een richtlijn nog niet in nationale wetgeving is geïmplementeerd en de implementatietermijn nog niet is verstreken, valt een besluit dat op de nationale wetgeving is gebaseerd niet binnen de werkkingsfeer van het Handvest.<sup>246</sup> Dat dit wel het geval zou zijn wanneer de richtlijn al zou zijn geïmplementeerd, doet niet ter zake.

In gevallen waarin het Handvest van de grondrechten niet van toepassing is, kunnen twee situaties worden onderscheiden.<sup>247</sup> In de eerste plaats de situatie dat er geen enkel verband met het Unierecht bestaat. Wanneer de Afdeling van oordeel is dat er geen enkel verband met het Unierecht bestaat, dan gebruikt zij doorgaans de volgende standaardformulering:

‘Ingevolge artikel 51 van het Handvest zijn de bepalingen van dit handvest gericht tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Met de genomen of gevraagde besluiten waar deze zaak op ziet, wordt geen recht van de Unie ten uitvoer gebracht, aangezien met de regelingen waarop die besluiten zijn of moeten worden gebaseerd het Unierecht niet wordt omgezet en zich ook anderszins geen juridische situatie voordoet die binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. Zie in dit verband de arresten van het Hof van Justitie van 6 maart 2014, C-206/13, Cruciano Siragusa, ECLI:EU:C:2014:126, punten 20, 21, 24, 25, 26 en 29, en van 8 mei 2014, zaak C-483/12, Pelckmans Turnhout NV, ECLI:EU:C:2014:304, punt 22). Derhalve vallen de besluiten niet binnen de materiële werkkingsfeer van het Handvest, zodat reeds daarom geen strijd met het Handvest aan de orde is.’<sup>248</sup>

Barkhuysen en Widdershoven merken ten aanzien van deze standaardformulering terecht op dat zij zowel recht doet aan de tekst van artikel 51, eerste lid Hv, als aan de ruime uitleg die daaraan is gegeven door het Hof van Justitie in het arrest *Åkerberg Fransson*.<sup>249</sup>

242 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 638. Opvallend is dat dit voor de Afdeling, de HR en de CRvB geldt. Wij zijn geen uitspraken tegengekomen van het CBB waarin wordt nagegaan of het Handvest wel van toepassing is. Zie wat betreft de Afdeling, Van Heijningen & Wissels 2015, p. 140-141.

243 Van Heijningen & Wissels 2015, p. 141.

244 ABRvS 19 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3782.

245 ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8389. Zie hieromtrent ook Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 638; Van Heijningen & Wissels 2015, p. 141.

246 ABRvS 4 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX0579.

247 Zie over dit onderscheid Van Heijningen & Wissels 2015, p. 142.

248 Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4135, en ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2534. Zie hieromtrent Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 638-639 en Van Heijningen & Wissels 2015, p. 143. In ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1723, waarin het ging om de vraag of artikel 47 van Handvest van toepassing is op besluiten tot afwijzing van een toevoeging, kiest de Afdeling voor een veel uitgebreidere motivering.

249 Zie ook ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1292, en ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1970, waarin de Afdeling expliciet Åkerberg Fransson toepast. De jurisprudentie van de CRvB laat een wisselend beeld zien. De Raad hanteert soms een overweging die alleen van uitvoering van het Unierecht spreekt, zie CRvB 7 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY5567; CRvB 22 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4737. Zie echter ook CRvB 11 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2175, waarin de CRvB spreekt van situaties die door het Unierecht worden beheerst en CRvB 23 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1021, waarin de Raad expliciet ingaat op het arrest Åkerberg Fransson.

In de tweede plaats doet zich soms de situatie voor dat er weliswaar een verband is met Unierecht, maar dat dit op zichzelf niet volstaat om het Handvest te activeren. De wetgeving op grond waarvan het besluit is genomen strekt weliswaar tot implementatie van het Unierecht, maar de situatie van de appelland valt niet onder het toepassingsbereik van het Unierecht.<sup>250</sup> In deze uitspraken oordeelt de Afdeling eerst dat het desbetreffende Unierecht niet van toepassing is en vervolgens dat om die reden de zaak niet binnen de materiële werkingssfeer van het Handvest valt.

Het komt ook voor dat de Afdeling in het midden laat of het Handvest van toepassing is, omdat op het eerste gezicht al duidelijk is dat het ingeroepen Handvestrecht niet geschonden is.<sup>251</sup>

#### *Verhouding met het EVRM*

Voor de Nederlandse bestuursrechter geldt dat hij zowel aan het EVRM als aan het Handvest is gebonden.<sup>252</sup> Wanneer een zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, dan vormt steeds vaker toetsing aan het Handvest het uitgangspunt.<sup>253</sup> Wanneer partijen in zo'n zaak niet een bepaling van het Handvest hebben ingeroepen, maar een corresponderende bepaling van het EVRM, dan beoordeelt de Afdeling deze grond, met ambtshalve aanvulling van de Handvest-rechtsgrond (artikel 8:69, tweede lid Awb), doorgaans in het licht van de Handvestbepaling.<sup>254</sup> Bij de invulling van die Handvestbepaling, verwijst de Afdeling, net zoals het Hof van Justitie, naar de jurisprudentie van het EHRM over de met het Handvestrecht corresponderende bepaling uit het EVRM.<sup>255</sup>

In het geval dat alleen een beroep is gedaan op het Handvest, terwijl de zaak niet binnen de werkingssfeer van het Handvest valt, vult de Afdeling, met toepassing van artikel 8:69, tweede lid Awb, deze grond ambtshalve aan met de corresponderende EVRM-rechtsgrond.<sup>256</sup> Wanneer sprake is van corresponderende rechten dan laat de jurisprudentie zien dat het beschermingsniveau van die rechten onder het Handvest en het EVRM gelijk is.<sup>257</sup>

Deze praktijk, waarbij binnen de werkingssfeer van het Unierecht een aangevoerde EVRM-grond ambtshalve wordt 'vertaald' in een Handvest-grond, die vervolgens weer wordt ingevuld onder verwijzing naar de EHRM-rechtspraak (en omgekeerd), is meer dan rechterlijke *l'art pour l'art*. Binnen de werkingssfeer van het Unierecht is, ook voor de nationale rechter, het Handvest het primaire toetsingskader. Dit uitgangspunt zou wat ons betreft in de rechtspraak van de bestuursrechters nog

250 Bijvoorbeeld ABRvS 30 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BV3581, ABRvS 23 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0424 en ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923.

251 Bijvoorbeeld ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, en ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863. Zie hieromtrent Van Heijningen & Wissels 2015, p. 146.

252 Vergelijk Bulterman 2015, p. 79-80.

253 ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8388. Dit is ook het uitgangspunt van het Hof van Justitie. Opgemerkt zij dat de nationale (bestuurs)rechter niet zonder meer het toetsingsmodel van het Hof kan overnemen. Anders dan het Hof is de nationale bestuursrechter immers zonder meer gebonden aan het EVRM. Zie hieromtrent Van Heijningen & Wissels 2015, p. 139 en p. 148-149.

254 ABRvS 28 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX0615.

255 Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2309 en ABRvS 28 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX0615.

256 ABRvS 3 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8254.

257 Zie bijvoorbeeld CRvB 13 oktober 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO1242, ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, ABRvS 14 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:709; CBB 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260, en ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1411. Zie hieromtrent ook Barkhuysen & Bos 2011, p. 20.

sterker naar voren kunnen komen,<sup>258</sup> en wel om drie redenen. In de eerste plaats omdat het, gelet op artikel 52, derde lid Hv, mogelijk is dat het Hof van Justitie op enig moment aan een Handvestrecht een ruimere bescherming zal toekennen dan het EHRM aan het corresponderende EVRM-recht. In de tweede plaats omdat de invulling die de nationale rechter aan een EVRM-recht geeft wellicht beperkt wordt door de *Melloni*-grenzen van ‘voorrang, eenheid en effectiviteit van het Unierecht’ (zie paragraaf 2.4.3.6).<sup>259</sup> En in de derde plaats, omdat de nationale rechter vragen van interpretatie van een Handvestrecht prejudicieel kan – en bij twijfel moet – verwijzen naar het Hof van Justitie.<sup>260</sup> Om van deze Europese hulplijn gebruik te kunnen maken, moet de rechter zich er natuurlijk wel van bewust zijn dat het Handvest van toepassing is.

Een vraag die in de nationale rechtspraak nog niet aan de orde is geweest is of de nationale bestuursrechter ambtshalve moet toetsen aan een Handvestrecht, als partijen omtrent de mogelijke schending van een fundamenteel recht niets hebben aangevoerd. Ook het Hof van Justitie heeft zich hierover nog niet uitgesproken. Naar wij vermoeden, zal dit vraagstuk worden benaderd via de lijn die het Hof in zaken als *Van Schijndel* en *Van der Weerd* heeft uitgezet en die uitvoerig wordt besproken in Hoofdstuk VI, paragraaf 8. Kort en goed betekent dit dat ter zake het nationale recht bepalend is, binnen de grenzen van de *Rewe*-beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. De Nederlandse bestuursrechters verrichten over het algemeen geen ambtshalve toetsing aan fundamentele rechten, zij het dat zij soms een uitzondering maken voor de naleving van het recht op een eerlijk proces door een rechtbank en voor de regels die een uitwerking vormen van het *habeas corpus*-beginsel (artikel 5, vierde lid EVRM).<sup>261</sup> Het ligt – gelet op het gelijkwaardigheidsbeginsel – in de rede dat ten aanzien van Handvestrechten dezelfde koers zal worden gevolgd. Deze heel beperkte ambtshalve toetsingsplicht is, uitgaande van het oordeel van het Hof in *Van Schijndel* en *Van der Weerd*, niet in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel. Zij is ook niet in strijd met het EVRM, omdat het EHRM in vaste rechtspraak sinds de zaak *Van Oosterwijck* van oordeel is dat de nationale rechter op grond van het EVRM niet verplicht is om mogelijke schendingen van het EVRM ambtshalve te toetsen.<sup>262</sup>

### *Inhoudelijke toetsing aan het Handvest*

De Nederlandse bestuursrechter heeft in een klein aantal gevallen geoordeeld dat een nationaal besluit, binnen de werkingssfeer van het Unierecht, in strijd is met een Handvestrecht.<sup>263</sup> Verder is interessant de wijze waarop de Afdeling artikel 24 Hv – inzake de rechten van het kind – heeft uitgelegd.<sup>264</sup> Deze bepaling is gebaseerd op artikel 3 Internationale Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK). In een aantal uitspraken oordeelt de Afdeling dat artikel 3 IVRK rechtstreekse werking heeft

258 Vooral de consequenties van Åkerberg Fransson en vervolgrechtspraak (paragraaf 2.4.3.3) voor de toepasselijkheid van het Handvest op de handhaving van (indirect) EU-rechtelijke normen lijken in de bestuursrechtspraak (en trouwens ook in de advocatuur) nog niet echt te zijn doorgedrongen. Zo verwijzen bestuursrechters – om een willekeurig voorbeeld te noemen – in de omvangrijke bestuurlijke boete-rechtspraak nooit naar het Handvest (maar uitsluitend naar artikel 6 EVRM), terwijl de oplegging daarvan bijvoorbeeld voor overtredingen van het EU-mededingingsrecht of van de Wet financieel toezicht – die de Mifid-richtlijn uitvoert, waarin in artikel 70 de Griekse Maïs-verplichtingen voor de nationale sanctionering zijn opgenomen – ongetwijfeld binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt.

259 Deze situatie kan zich voordoen als de nationale rechter een bepaalde EVRM-recht (of de rechtspraak van het EHRM) ruimer uitlegt dan het Hof van Justitie. Gelet op artikel 52, derde lid Hv kan de bescherming van het Handvest immers nooit lager zijn dan die van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM (zie paragraaf 2.4.3.4).

260 Zie hoofdstuk VI, paragraaf 3.2.

261 Zie uitvoeriger Widdershoven 2016d, p. 547.

262 EHRM 6 november 1980, van Oosterwijck, nr. 7654/76.

263 Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1257.

264 Zie ABRvS 7 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3716, ABRvS 23 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1299, ABRvS 20 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:265, ABRvS 27 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1108, en ABRvS 9 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3707. Zie reeds hoofdstuk III, paragraaf 3.3.

voor zover het ertoe strekt dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind worden betrokken. Wat betreft het gewicht dat aan het belang van een kind in een concreet geval moet worden toegekend, bevat artikel 3 IVRK echter geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is. Vervolgens past de Afdeling ten aanzien van het beroep op artikel 24 Handvest de zogenoemde ‘Kraaijeveld-toets’ toe: getoetst wordt of nationale instanties de grenzen van de beoordelingsruimte die artikel 24 Handvest hen laat, niet hebben overschreden door zich onvoldoende rekenschap te geven van de belangen van het kind. Deze toets heeft weliswaar een terughoudend karakter, maar dwingt het bestuursorgaan wel om de motivering/belangenafweging aan te scherpen.<sup>265</sup> De Afdeling laat daarbij overigens in het midden of artikel 24 Handvest een recht of beginsel is.<sup>266</sup>

#### 2.5.4 Verhouding tussen nationale rechtsbeginselen en het Unierecht

Het laatste onderwerp dat hier kort de aandacht verdient, is de verhouding tussen nationale en Unierechtelijke beginselen *casu quo* het Unierecht, die niet geheel onproblematisch is.<sup>267</sup> In sommige situaties kan het namelijk voorkomen dat op nationale rechtsbeginselen beroep wordt gedaan, al dan niet naast een beroep op de Unierechtelijke beginselen. Vanwege de voorrang van het Unierecht kunnen nationale beginselen als zodanig het EU-recht niet opzij zetten. In eerste instantie stond het Hof van Justitie de toepassing van nationale beginselen toe. De redenering van het Hof luidde dat *omdat* de beginselen, bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel, deel uitmaken van de EU-rechtsorde, deze rechtsorde zich er niet tegen kan verzetten indien ook het nationale recht een dergelijk beginsel in aanmerking neemt bij de toepassing van het Unierecht.<sup>268</sup> Echter, de toepassing van de nationale rechtsbeginselen werd wel ingekaderd door het Unierecht, meer in het bijzonder door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In dat kader bepaalde het Hof ook inhoudelijk de grenzen van hun toepassing. Dit betekende in veel gevallen dat een nationaal rechtsbeginsel alsnog strenger werd toegepast of ingevuld dan naar nationaal recht gebruikelijk was.

Uit meer recente jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt voort te vloeien dat in zaken die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen mogelijk geen ruimte meer bestaat voor toepassing van nationale rechtsbeginselen die meer bescherming bieden dan de Unierechtelijke equivalenten.<sup>269</sup> In deze arresten gaat het om de toepassing van het (Unierechtelijk) vertrouwensbeginsel. Het Hof lijkt van mening te zijn dat indien de rechtsgrondslag voor de beslissing tot terugvordering van EU-subsidies is gelegen in het Unierecht, het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel van toepassing is. In dat geval bestaat dus geen ruimte voor toepassing van het (meer bescherming biedende) nationale vertrouwensbeginsel. Opgemerkt zij dat deze rechtspraak ziet op de terugvordering van EU-subsidies die ten onrechte door de nationale autoriteiten zijn uitbetaald. Omdat in dergelijke zaken de financiële belangen van de EU in het geding zijn, hecht het Hof van Justitie er veel waarde aan dat de terugvordering van onrechtmatig betaalde EU-subsidies niet wordt geblokkeerd door het nationale recht (inclusief nationale rechtsbeginselen).

<sup>265</sup> Zie Van Heijningen & Wissels 2015, p. 153.

<sup>266</sup> Zie hiervoor paragraaf 2.4.3.2.

<sup>267</sup> Zie voor meer details de bespreking van het vertrouwensbeginsel in dit hoofdstuk, paragraaf 5.

<sup>268</sup> Vergelijk onder andere Zaak C-265/78, Ferwerda [1980], Gevoegde zaken C-205/82 tot en met C-215/82, Deutsche Milchkontor [1985], Zaak C-5/89, BUG-Alutechnik [1990], Gevoegde zaken C-80/99 tot en met C-82/99, Flemmer e.a. [2001], p. 1-7211 en Zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten [2007].

<sup>269</sup> Zaak C-599/13, SOMVAO [2014]; Zaak C-568/11, Agroferm AS [2013]; Gevoegde zaken C-383/06 tot en met C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening [2008].

Het moet worden afgewacht of voormelde jurisprudentielijn ook zal worden toegepast in andersoortige zaken en ten aanzien van andere rechtsbeginselen.<sup>270</sup> In dat verband is het hiervoor besproken arrest *Melloni* interessant.<sup>271</sup> In deze zaak oordeelde het Hof dat de lidstaten alleen nationale grondrechten die meer bescherming bieden als hun Unierechtelijke pendant mogen toepassen, als daardoor de voorrang, eenheid en effectiviteit van het Unierecht niet in gevaar wordt gebracht. Wanneer niet aan deze criteria is voldaan, biedt het Handvest niet alleen een minimumbescherming ten aanzien van fundamentele rechten, maar ook een maximumbescherming. Met het arrest *Melloni* is een beperking van de toepassing van nationale grondrechten en rechtsbeginselen (ook andere rechtsbeginselen dan het vertrouwensbeginsel) dus al ingezet.<sup>272</sup>

## 3 Gelijkheid

### 3.1 Inleiding

Het zal geen verbazing wekken dat basale noties, zoals het vereiste dat gelijke gevallen ook gelijk behandeld moeten worden, zowel in de Nederlandse als in de EU-rechtsorde<sup>273</sup> worden gerespecteerd. De gelijkenissen gaan echter verder. Zowel in het Unierecht als in het nationale recht bestaan naast het algemene gelijkheidsbeginsel ook specifieke, geschreven, discriminatieverboden waaraan relatief vaak wordt getoetst. In Nederland heeft sinds de jaren tachtig met name de toetsing aan artikel 26 IVBPR een hoge vlucht genomen. Daarnaast wordt vaak aan het discriminatieverbod van artikel 1 (tweede zin) Gw, aan de Wgb en de Awgb getoetst. In het Unierecht ziet men eveneens dat de toetsing hoofdzakelijk aanhaakt bij de geschreven discriminatieverboden van het VWEU of het secundaire Unierecht. Hierdoor lijkt het soms alsof het algemene gelijkheidsbeginsel naar de achtergrond verdwijnt.

Ook conceptueel, althans voor wat de abstracte uitgangspunten betreft, bestaan er overeenkomsten. Zowel in het Nederlandse als in het Unierecht is men het erover eens dat gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk behandeld moeten worden en dat verschil in behandeling op objectieve wijze moet kunnen worden gerechtvaardigd. Het is in beginsel pas bij de concrete toepassing van het beginsel dat de toetsing anders kan uitvallen.

Hoewel in het kader van de concrete toepassing van het gelijkheidsbeginsel de meest belangrijke verschillen naar voren treden, zijn er ook enkele andere verschillen te signaleren. Zo is bijvoorbeeld pas recentelijk het gelijkheidsbeginsel in de vorm van gelijkheid voor de wet in artikel 20 Hv verankerd.<sup>274</sup> Voorheen bestond het enkel en alleen als een ongeschreven rechtsbeginsel. In Nederland is het beginsel al lange tijd gecodificeerd in artikel 1 Gw, hetgeen voor de wetgever een aanleiding was om geen specifieke bepaling over gelijkheid in de Awb op te nemen. Een ander verschil is dat in het Unierecht het gelijkheidsbeginsel ook als maatstaf voor de rechtmatigheid van wetgeving kan worden gehanteerd. In het Nederlandse recht is dat (nog) niet mogelijk.<sup>275</sup>

270 Zie echter Zaak C-550/07 P, *Akzo Nobel* [2010], waarin het nationale beginsel van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten (als onderdeel van de rechten van verdediging) in een EU-mededingingszaak werd beperkt, gelet op het risico op afbreuk van de eenheid van het Unierecht.

271 Zaak C-399/11, *Melloni* [2013].

272 Vergelijk ook Zaak C-273/15, *Ezernieki* [2016], r.o. 53, met betrekking tot de mogelijkheid tot toepassing van het nationaalrechtelijk evenredigheidsbeginsel.

273 En overigens ook die van vele andere landen. Zie ook paragraaf 1 van dit hoofdstuk.

274 Zie echter Zaak C-356/12, *Glatzel* [2014], waarin het Hof van Justitie expliciet overweegt dat het beginsel van gelijke behandeling een algemeen rechtsbeginsel van de Unie is dat in artikel 20 van het Handvest is vastgelegd.

275 Althans niet voor wat formele wetgeving betreft. Vergelijk paragraaf 2.4 van dit hoofdstuk.

In de hierna volgende paragrafen zullen we eerst stilstaan bij de relatie tussen het ongeschreven gelijkheidsbeginsel en de geschreven discriminatieverboden. Vervolgens zullen de functie en de invulling van het algemene gelijkheidsbeginsel worden besproken. Paragraaf 3.3 gaat in op de discriminatieverboden. Voor de toepassing van deze discriminatieverboden is in de rechtspraak een soort ‘stappenplan’ ontwikkeld. Wij zullen bij dit toetsingsschema slechts kort stilstaan en de hoofdlijnen daarvan bespreken.<sup>276</sup> In de laatste paragraaf, ten slotte, wordt kort bezien wat de betekenis van het Europese gelijkheidsbeginsel *casu quo* discriminatieverbod is voor het Nederlandse (bestuurs)recht.

### 3.2 Ongeschreven gelijkheidsbeginsel en geschreven discriminatieverboden

Het VWEU bevat een aantal specifieke discriminatieverboden. Volgens het Hof van Justitie zijn deze verboden een uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel dat tot de grondbeginselen van het Unierecht behoort.<sup>277</sup> Naast het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dat in een hele reeks bepalingen tot uitdrukking wordt gebracht (zie de artikelen 18, 45, lid 2, 49, 55, 57, 61, 95, lid 1 en 110 VWEU), vindt men in het Verdrag nog andere discriminatieverboden: discriminatie op grond van geslacht in artikel 157 VWEU en discriminatie tussen consumenten of producenten in artikel 40, lid 2 VWEU.<sup>278</sup> Ook in de mededingingsbepalingen (artikel 101 en 102 VWEU) zit een discriminatieverbod verscholen, namelijk voor zover deze het toepassen, ten opzichte van handelspartners, van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties verbieden. Veel van de discriminatieverboden zijn tevens nader uitgewerkt in secundair EU-recht, zoals in Verordening 492/11 (het recht van vrij verkeer van werknemers binnen de Unie), Richtlijn 2006/54 (gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep) en Richtlijn 2009/72 (interne markt voor elektriciteit).<sup>279</sup>

Artikel 18 VWEU wordt in het algemeen tot de ‘Europese grondbeginselen’ gerekend. Het werd destijds in het Verdrag opgenomen als één van de hoekstenen van de economische integratie. In die zin is het dus niet alleen een algemeen rechtsbeginsel, maar ook een fundament van de gemeenschap-pelijke markt. Artikel 18 geldt alleen voor zover geen bijzondere bepalingen met vergelijkbaar effect van toepassing zijn. Dat wil zeggen dat het artikel slechts van toepassing is in die gevallen waarin geen andere, meer specifieke bepalingen, in het bijzonder die inzake het vrije goederen-, personen-, diensten-, kapitaal- en betalingsverkeer de situatie ‘dekken’. Daarom moet in elk concreet geval eerst worden nagegaan of niet één van de andere bepalingen van toepassing is, voordat men tot toetsing aan artikel 18 VWEU overgaat. In die zin heeft het artikel een vangnetfunctie.

Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit zoals vervat in artikel 18 VWEU is alleen van toepassing in situaties die *binnen de werkingsfeer* van het Unierecht vallen.<sup>280</sup> Bij de beoordeling van de vraag of dit al dan niet het geval is, stelt het Hof zich ruimhartig op. Met name de combinatie van artikel 18 VWEU en het Unieburgerschap (artikel 21 VWEU) heeft sinds het arrest

276 Het ‘discriminatierecht’ van de EU is inmiddels een omvangrijk en complex rechtsterrein geworden. De geïnteresseerde lezer kan vele als zodanig op (diverse vormen van) discriminatie toegespitste publicaties raadplegen. Enkel bij wijze van voorbeeld noemen wij Bell 2002, Tobler 2005, Schiek & Chege 2009 en Ellis & Watson 2012.

277 Voor seksdiscriminatie, zie bijvoorbeeld Zaak C-13/94, P./S. [1996], voor discriminatie op grond van nationaliteit, bijvoorbeeld Zaak 147/79, Hochstrass [1980] of Zaak C-224/00, Commissie/Italië [2002] en voor discriminatieverboden op het gebied van landbouw, zie bijvoorbeeld Zaak C-280/93, Duitsland/Raad [1994].

278 Volgens het arrest in Zaak C-309/89, Codorniu [1994], omvat deze bepaling ook een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit.

279 Pb. 2011, L 141/1; Pb. 2006, L 204/23, respectievelijk Pb. 2003, L 176/37. In de laatstgenoemde richtlijn vindt men onder meer bepalingen die betrekking hebben op discriminatie tussen gebruikers. Uit Zaak C-101/08, Audiolux [2009] blijkt dat ook voor nadere en meer specifieke regels die uit het algemene gelijkheidsbeginsel kunnen worden afgeleid, in principe interventie door de wetgever nodig is.

280 Zoals al hiervoor in paragraaf 2.4.3.3 is opgemerkt, geldt dit voor de toepassing van alle beginselen.

*Martinez Sala*<sup>281</sup> een spectaculaire en verstrekkende ontwikkeling doorgemaakt. Iedere Unieburger die de in artikel 21 VWEU neergelegde vrijheid om op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven heeft uitgeoefend en rechtmatig verblijf heeft in de gastlidstaat kan een beroep doen op artikel 18 VWEU.<sup>282</sup>

Op grond van artikel 18 VWEU kan de Raad, voor wat discriminatie op grond van nationaliteit betreft, ‘regelingen treffen’, oftewel wetgeving maken. Het Verdrag van Amsterdam heeft daarnaast een nieuwe bepaling toegevoegd, artikel 13 EG, nu artikel 19 VWEU. Op grond van deze bepaling kan de Raad, binnen de grenzen van de door het Verdrag verleende bevoegdheden, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden. Anders dan in artikel 18 VWEU, wordt het verbod van discriminatie op deze gronden niet als zodanig in het Verdrag verankerd. Het gaat hier om een zeer algemeen geformuleerde opdracht, waarbij veel discretie aan de Raad wordt overgelaten. Als zodanig heeft de bepaling hoogstwaarschijnlijk geen rechtstreekse werking.<sup>283</sup> Echter, in de zaak *Mangold* heeft het Hof van Justitie overwogen dat het verbod op discriminatie op grond van leeftijd een algemeen beginsel van Unierecht is, en dat de nationale rechter elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht, buiten toepassing moet laten. In die zin heeft het verbod op discriminatie wel rechtstreekse werking, zelfs horizontale werking.<sup>284</sup>

Inmiddels heeft de Raad op grond van artikel 19 VWEU een reeks richtlijnen uitgevaardigd, waaronder een richtlijn ter bestrijding van rassendiscriminatie en een algemene kaderrichtlijn voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.<sup>285</sup> De kaderrichtlijn heeft betrekking op discriminatie op grond van handicap, leeftijd, seksuele geaardheid, godsdienst en (levens)overtuiging.

### 3.3 Functie en inhoud van het algemene gelijkheidsbeginsel

#### 3.3.1 Zelfstandig toetssteen en hulp bij interpretatie

Net zoals artikel 18 VWEU in verhouding tot de verdragsvrijheden een vangnetfunctie heeft, fungeert het algemene gelijkheidsbeginsel op zijn beurt ook weer als een vangnet: het is in het bijzonder in die situaties van toepassing, waarin geen andere geschreven bepaling van het Unierecht voorhanden is.<sup>286</sup>

281 Zaak C-85/96, *Martinez Sala* [1998].

282 Zie bijvoorbeeld zaak C-46/12, *L.N.* [2013], Zaak C-75/11, *Commissie/Oostenrijk* [2012], Zaak C-158/07, *Förster* [2008]; Zaak C-209/03, *Bidar* [2005], en Zaak C-184/99, *Grzelczyk* [2001]. Zie *Pennings* 2012. Van belang is dat het Hof ‘de uitoefening van de vrijheid om op het grondgebied van een lidstaat te reizen en te verblijven’ ruim interpreteert. De zaak *Trojani* laat bijvoorbeeld zien dat ook een Unieburger die legaal verblijft in de gastlidstaat op basis van nationaal recht een beroep kan doen op artikel 18 VWEU (Zaak C-456/02, *Trojani* [2004]). Verder is het niet noodzakelijk dat een burger van een andere lidstaat die legaal verblijf heeft in de gastlidstaat ooit heeft verbleven in deze andere lidstaat (Zaak C-148/02, *Garcia Avello* [2003]). In de zaak *Schempp* overweegt het Hof dat artikel 18 VWEU ook van toepassing is in situaties waarin de Unieburger weliswaar niet de vrijheid om op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven heeft uitgeoefend, maar zijn voormalige vrouw wel (Zaak C-403/03, *Schempp* [2005]).

283 Juist omdat de lidstaten rechtstreekse werking vreesden, werd het zo geformuleerd! Dit heeft echter de Rechtbank Amsterdam er niet van weerhouden om artikel 18 VWEU (toen nog artikel 13 EG) in een toetsing aan het EU-recht te betrekken. Zie *Rb. Amsterdam* 31 oktober 2008, *ECLI:NL:RBAMS:2008:BG6540*.

284 Zaak C-144/04, *Mangold* [2005]. Zie ook Zaak C-555/07, *Küçükdeveci* [2010], en Zaak C-441/14, *Rasmussen* [2016]. Zie ook paragraaf 2.5.2.

285 Richtlijn 2004/113, Pb. 2004, L 373/37, Richtlijn 2000/43, Pb. 2000, L 180/22 en Richtlijn 2000/78, Pb. 2000, L 303/16. Zie over deze richtlijnen bijvoorbeeld *Chege* 2012 en *Bell* 2002.

286 Zie over het Unierechtelijke algemene gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld *Tridimas* 2006, p. 59 e.v., *Hofmann* e.a. 2011, p. 162 e.v. en *Craig* 2012, p. 496 e.v..

Als voorbeeld van een *zelfstandige toepassing* van het gelijkheidsbeginsel kan worden genoemd het arrest in de Gevoegde zaken *Razzouk en Beydoun*.<sup>287</sup> Deze zaken hadden betrekking op een overlevingspensioen dat op grond van het Ambtenarenstatuut alleen aan weduwen van ambtenaren werd toegekend. Het Hof oordeelde dat er sprake was van schending van het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers dat, los van artikel 157 VWEU en de op dat terrein uitgevaardigde richtlijnen,<sup>288</sup> de betrekkingen tussen de EU-instellingen en hun ambtenaren beheerst.

Het algemene gelijkheidsbeginsel heeft ook in zoverre een ruimere reikwijdte dan de geschreven discriminatieverboden, dat daardoor alle marktdeelnemers worden beschermd en niet alleen, bijvoorbeeld producenten en consumenten, zoals in artikel 40, lid 2 VWEU is bepaald.<sup>289</sup>

Daarnaast kan het beginsel als maatstaf dienen bij de interpretatie van zowel de geschreven discriminatieverboden die, zoals al gezegd is, een uitdrukking zijn van dat gelijkheidsbeginsel, als het secundaire Unierecht in het algemeen. Zoals al in paragraaf 2.5.2 van dit hoofdstuk is opgemerkt, moet het secundaire Unierecht zoveel mogelijk worden uitgelegd conform de EU-verdragen én de Unierechtelijke rechtsbeginselen. Deze verplichting heeft dus ook betrekking op andere normen dan de discriminatieverboden.

Een voorbeeld van een uitlegging van een geschreven discriminatieverbod tegen de achtergrond van het gelijkheidsbeginsel biedt de zaak *Birds Eye Walls*.<sup>290</sup> De zaak had betrekking op discriminatie van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor wat betreft de betaling van een ‘brugpensioen’. Voor vrouwen tussen 60 en 65 jaar viel dit pensioen namelijk lager uit, omdat vrouwen al in aanmerking kwamen voor het wettelijke pensioen. Op het eerste gezicht was hier sprake van directe discriminatie in beloning op grond van het geslacht. Normaal gesproken zou vervolgens de vraag moeten worden beantwoord of een dergelijke discriminatie alsnog gerechtvaardigd zou kunnen worden. Het Hof koos echter een andere benadering en overwoog dat het beginsel van gelijke beloning, net zoals het algemene gelijkheidsbeginsel, veronderstelt dat de mannelijke en vrouwelijke werknemers, op wie het van toepassing is, in identieke situaties verkeren. Dat was *in casu* niet het geval. Vanwege verschillen in de pensioengerechtigde leeftijd voor mannen en vrouwen in de wettelijke stelsels (respectievelijk 65 en 60 jaar), waren hun financiële omstandigheden ook verschillend. Anders gezegd: er was sprake van ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Op deze wijze kon alsnog worden vastgesteld dat er geen sprake was van een door artikel 157 VWEU verboden discriminatie.<sup>291</sup>

De zaak *Sturgeon*<sup>292</sup> is een voorbeeld van uitlegging – beter gezegd: ‘een oprekking’ – van een verordening in het licht van het gelijkheidsbeginsel. De zaak had betrekking op Verordening 261/2004<sup>293</sup> op grond waarvan reizigers compensatie kunnen krijgen, onder meer in geval van een geannuleerde vlucht. Deze passagiers kunnen namelijk aanspraak maken op compensatie, ook wanneer zij een andere vlucht aangeboden krijgen maar deze twee (of meer) uur later op de plaats van bestemming aankomt. Het Hof meende dat reizigers die een langdurige vertraging oplopen, van minimaal drie uur, eveneens in aanmerking moeten komen voor de compensatie in kwestie. De situatie van de beide categorieën reizigers

287 Gevoegde zaken 75/82 en 117/82, *Razzouk en Beydoun* [1984]. Zie ook Zaak C-37/89, *Weiser* [1990].

288 Deze hebben immers betrekking op de situatie binnen de lidstaten.

289 Vergelijk Zaak 165/84, *Krohn* [1985] en Zaak C-280/93, *Duitsland/Raad* [1994].

290 Zaak C-132/92, *Birds Eye Walls* [1993].

291 Voor een dergelijk ‘terugvallen’ op het algemene gelijkheidsbeginsel, zie bijvoorbeeld ook Zaak C-342/93, *Gillespie* [1996] en Zaak C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* [2004]. Voor wat betreft discriminatie op grond van nationaliteit, zie bijvoorbeeld Zaak C-279/93, *Schumacker* [1995]; Zaak C-391/97, *Gschwind* [1999]; Zaak C-537/07, *Gómez* [2009].

292 Gevoegde zaken C-402/07 en C-432/07, *Sturgeon* [2009].

293 Pb. 2004, L 46/1.



verschilt volgens het Hof nauwelijks, in het bijzonder niet in termen van de geleden schade (tijdsverlies). Een objectieve rechtvaardiging voor het verschil in behandeling was niet aanwezig en bovendien strookte een dergelijke uitleg met de doelstelling van de verordening, namelijk de verbetering van de bescherming van alle luchtreizigers.

### 3.3.2 Vergelijkbare gevallen gelijk behandelen

Volgens de Europese rechtspraak vereisen zowel het gelijkheidsbeginsel als het discriminatieverbod dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties gelijk worden behandeld en dat ongelijke situaties verschillend worden behandeld.<sup>294</sup> Deze omschrijving geeft aan dat men eerst zou moeten onderzoeken of sprake is van een vergelijkbare situatie tussen twee ongelijk behandelde categorieën (en *vice versa*).<sup>295</sup> Wanneer geen sprake is van een vergelijkbare situatie, is er ook niets mis met het verschil in behandeling.

De discussie over gelijkheid en discriminatie wordt in zijn algemeenheid gekenmerkt door grote begripsmatige en methodologische verwarring. In het Unierecht is het niet anders.<sup>296</sup> Hoewel men het wel eens is over de meest elementaire uitgangspunten, wordt in de praktijk, waaronder door het Hof van Justitie, vaak voor uiteenlopende benaderingen gekozen. En dat gebeurt ook nog eens op een weinig consistente wijze.

Eén van de verwarrende aspecten is de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie. Ook in de hiervoor aangegeven omschrijving lijken het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie op hetzelfde neer te komen. Dat is uiteraard juist, voor zover het discriminatieverbod een uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel is. Er zijn echter ook gevallen waarin het Hof het enkel maken van onderscheid reeds als discriminatie bestempelt, vaak overigens zelfs vóórdát de vraag naar de rechtvaardiging aan de orde is gesteld.<sup>297</sup> De meer specifieke betekenis van discriminatie komt hierna, in paragraaf 3.4 kort aan de orde.

Bij de toepassing van het algemene gelijkheidsbeginsel mogen uiteraard alleen relevante ongelijkheden tot ongelijke behandeling leiden. De notoir moeilijke vraag die in dit verband opdoemt, is dan welke verschillen relevant zijn in een bepaald geval en welke niet. De toepassing van deze vergelijkbaarheidstoets kan in de praktijk nogal grillig verlopen. Wat een relevant onderscheid is in het ene geval, is nog niet per definitie relevant in het andere geval. Veel factoren kunnen in dit verband meespelen. Belangrijk is dat de beoordeling plaatsvindt in het licht van de doelstelling van de regeling. Anders gezegd: de beoordeling of bepaalde categorieën (onderdanen van een land en buitenlanders, mannen en vrouwen, binnenlandse en buitenlandse producten, reizigers met geannuleerde vluchten die echter worden doorgeboekt en reizigers met ernstig vertraagde vluchten etc.) vergelijkbare gevallen zijn, moet worden verricht met oog op het doel van de regeling.<sup>298</sup>

294 Zie bijvoorbeeld Zaak C-306/93, Winzersekt [1994] of Zaak C-217/91, Spanje/Commissie [1993] en meer recent Zaak C-112/16, Persidera [2017] over het gelijkheidsbeginsel; over het discriminatieverbod, zie bijvoorbeeld Zaak C-309/89, Codorniu [1994] en meer recent Zaak C-16/15, López [2016].

295 Zie bijvoorbeeld Zaak C-195/12, IBV [2013], r.o. 51.

296 Voor een meer gedetailleerde bespreking van deze problemen, zie o.a. Timmermans 1982, Lenaerts 1991, Drijber & Prechal 1997 en Tobler 2005. De discussie wordt in het Unierecht nog eens gecompliceerd door de vraag of de bepalingen, die betrekking hebben op de Unierechtelijke vrijheden, beperkt moeten worden uitgelegd, namelijk als discriminatieverboden of ruim, als belemmeringsverboden. Zie hieromtrent Martin 1998.

297 Hoewel er ook zaken zijn waarin het Hof de rechtvaardiging onderzoekt voordat het de discriminatie constateert. Zie bijvoorbeeld Zaak C-237/94, O'Flynn [1996].

298 Illustratief voor de wijze waarop de beoordeling van de gelijksoortigheid kan worden 'gemanipuleerd' is nog steeds de Franse alcohol-zaak: Zaak 168/78 Commissie/Frankrijk [1980]. Vergelijk ook Koopmans 1982.

De zaak *Arcelor*<sup>299</sup> biedt hier een goed voorbeeld. De zaak had betrekking op de handel in broeikasemissierechten zoals geregeld in richtlijn 2003/87.<sup>300</sup> Terwijl de regeling van toepassing was op de ijzer- en staalsector, werden de chemische industrie en non-ferrometalen (aluminium) uitgesloten. De vraag rees of de EU-wetgever door deze uitsluiting het algemene gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

Het Hof wijst er allereerst op dat de vergelijkbaarheid van de situatie moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de regeling die het onderscheid in kwestie invoert. *In casu* wordt als doelstelling geïdentificeerd de bescherming van het milieu en in het bijzonder het klimaatstelsel, door een vermindering van de emissie van broeikasgassen. Dit gebeurt op zijn beurt door middel van een goed werkend systeem van handel in emissierechten. Tegen deze achtergrond komt het Hof tot de slotsom dat de verschillende bronnen van broeikasemissie die van economische activiteit afkomstig is zich in beginsel in een vergelijkbare situatie bevinden, aangezien 'elke emissie kan bijdragen tot een gevaarlijke ontregeling van het klimaatstelsel en iedere economische sector die dergelijke gassen uitstoot, een bijdrage kan leveren tot de werking van de regeling voor de handel in emissierechten'.<sup>301</sup>

Indien komt vast te staan dat de situaties vergelijkbaar zijn, dan moet vervolgens worden getoetst of er inderdaad sprake is van ongelijke behandeling, waarbij één van de betrokken partijen wordt benadeeld. Doorgaans is deze toets minder problematisch dan de vergelijkbaarheidstoets, zij het dat ook hier af en toe een valkuil wil opdoemen.<sup>302</sup>

In *Arcelor* was uiteraard sprake van ongelijke behandeling. Het Hof preciseert in dat verband dat de EU-wetgever het gelijkheidsbeginsel schendt wanneer hij 'vergelijkbare situaties verschillend behandelt en daardoor bepaalde personen ten opzichte van anderen worden benadeeld'.<sup>303</sup> Daarvan was *in casu* zeker sprake. Immers, de ondernemingen die onder de richtlijn vallen moeten een vergunning hebben voor broeikasemissies, zij mogen op straffe van geldboeten, bepaalde emissieplafonds niet overschrijden en kunnen in dat verband genoodzaakt zijn aanvullende emissierechten in te kopen.

Wanneer bepaalde gelijke gevallen verschillend worden behandeld en één van deze gevallen daardoor wordt benadeeld, dan rijst de vraag of de ongelijke behandeling wellicht gerechtvaardigd is. Zo ja, dan is er sprake van een geoorloofde differentiatie. Zo nee, dan is er sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel, vaak bestempeld als een – uiteraard verboden – discriminatie. In de volgende paragraaf wordt bezien in welke gevallen differentiatie kan worden gerechtvaardigd.

### 3.3.3 Rechtvaardiging van ongelijke behandeling

Zoals hiervoor al is aangegeven, kan ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen toch wellicht nog gerechtvaardigd worden en zodoende de toets aan het gelijkheidsbeginsel alsnog doorstaan. Wel worden aan deze rechtvaardiging kwalitatieve voorwaarden verbonden: een verschil in behandeling is gerechtvaardigd wanneer het berust op een objectief en redelijk criterium.<sup>304</sup> Het verschil in behandeling moet verband houden met 'een door de betrokken wetgeving nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel' en het verschil moet ook 'passend' zijn om het doel te bereiken.<sup>305</sup> Zelfs wanneer de (Unie-)wet-

299 Zaak C-127/07, *Arcelor* [2008].

300 Pb. 2004, L 338/18.

301 Zaak C-127/07, *Arcelor* [2008], r.o. 34.

302 Vergelijk Gevoegde zaken C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 en C-78/93, Helmig [1994]. Voor kritiek op deze zaak, zie bijvoorbeeld Heerma van Voss 1995 en Steyger 1995.

303 Zaak C-127/07, *Arcelor* [2008], r.o. 39.

304 Zie bijvoorbeeld Zaak C-101/12, *Schaible* [2013], r.o. 77 en Zaak C-127/07, *Arcelor* [2008], r.o. 47.

305 Zie bijvoorbeeld Zaak C-101/12, *Schaible* [2013], r.o. 77 en Zaak C-127/07, *Arcelor* [2008], r.o. 47 en 58.

gever over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, dient de wetgever zijn keuze te baseren op objectieve criteria die in een passende verhouding staan tot het door de betrokken wetgeving nagestreefde doel, daarbij rekening houdend met alle feitelijke omstandigheden en de op het tijdstip van de vaststelling van de betrokken handeling beschikbare wetenschappelijke en technische gegevens.<sup>306</sup>

In de *Arcelor*-zaak werd het verschil in behandeling gerechtvaardigd geacht door een reeks factoren die het Hof heeft onderzocht, waaronder de geleidelijke invoering van de handel in emissies. Het feit dat er in de chemische sector maar liefst 34.000 installaties bestaan (ten opzichte van de 10.000 waarop de richtlijn van toepassing is) zou betekenen dat het van meet af aan opnemen van de chemische industrie in het systeem van de emissiehandel het beheer en administratie van die handel flink zou bemoeilijken.<sup>307</sup>

Ook de grote verschillen in directe emissies tussen aluminiumindustrie (16,2 ton CO<sub>2</sub> in 1990) en ijzer- en staalsector (174,8 miljoen ton CO<sub>2</sub>) kon de (voorlopige) uitsluiting van de eerste rechtvaardigen.<sup>308</sup>

Hoewel de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel op deze wijze kan worden ontleed in een aantal overzichtelijke stappen, verloopt ook de rechtvaardigingstoets vaak minder duidelijk. Zo komt het weleens voor dat de eerder genoemde vergelijkbaarheidstoets en rechtvaardigingstoets door elkaar gaan lopen, zelfs zo dat zij geheel of grotendeels samenvallen. Dit komt, zoals al werd opgemerkt, doordat de vergelijkbaarheid afhangt van de door de maatregel nagestreefde doeleinden terwijl ook bij de rechtvaardiging wordt gezien welk doel het onderscheid moet dienen. In de rechtspraak zien wij dat het onderzoek door het Hof soms tot de kwestie van vergelijkbaarheid beperkt blijft en blijft steken in de vaststelling dat er sprake is van ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Met andere woorden: de rechtvaardiging voor de differentiatie wordt in zulke gevallen gevonden in de onvergelijkbaarheid van de gevallen.<sup>309</sup>

### 3.3.4 Een milde toets

Ten slotte een punt waarop de toetsing aan het algemene gelijkheidsbeginsel verschilt *casu quo* zou moeten verschillen van toetsing aan discriminatieverboden.<sup>310</sup> De rechterlijke controle is in het eerste geval relatief mild en kan soms zelfs een marginaal karakter krijgen. Het een en ander hangt overigens samen met de discretionaire bevoegdheid waarover de EU-instellingen beschikken. Met name de EU-wetgever wordt een ruime beoordelingsmarge toegekend in verband met ingewikkelde beoordelingen die nodig zijn om keuzes te maken en uiteenlopende belangen tegen elkaar af te wegen.<sup>311</sup> Barents heeft er in het verleden op gewezen dat de marginale toetsing zelfs zover gaat, dat het hele stelsel van de gemeenschappelijke landbouwpolitiek en in het bijzonder de gemeenschappelijke marktordeningen, in feite aan de werkingssfeer van het gelijkheidsbeginsel is onttrokken. Hij constateerde dat alle mogelijke differentiaties worden toegelaten. Alleen wanneer er geen enkele rechtvaardiging kan worden verschaft, slaagt het beroep op het gelijkheidsbeginsel. In wezen komt

306 Zaak C-127/07, Arcelor [2008], r.o. 57 en 58.

307 Zaak C-127/07, Arcelor [2008], r.o. 65.

308 Zaak C-127/07, Arcelor [2008], r.o. 72.

309 Vergelijk voor een dergelijke benadering Zaak 58/86, CAAA [1987], Zaak C-37/89, Weiser [1990], Zaak C-189/01, Jippes [2001]; Zaak C-519/07 P, Koninklijke Friesland Campina [2009]. Een voorbeeld van een geval waar het wel 'goed' ging, is Zaak C-309/89, Codorniu [1994].

310 Zie hierover paragraaf 3.4.4.

311 Dit is bijvoorbeeld het geval op het gebied van het landbouwbeleid, het sociale beleid, het handelsbeleid en transport. Ook voor de nationale wetgever wordt doorgaans, naar gelang het gebied in kwestie, meer of minder ruimte voor afwijking gelaten. Zie bijvoorbeeld Zaak C-143/16, Abercrombie & Fitch Italia [2017], r.o. 31.

een dergelijke benadering neer op een toetsing aan willekeur.<sup>312</sup> Recentere rechtspraak wijst er echter op dat de toets ook indringender kan uitvallen.

Opnieuw kan hier de zaak *Arcelor* genoemd worden. In deze zaak onderstreepte het Hof de ruime beoordelingsvrijheid van de EU-wetgever en de mogelijkheid om een ingewikkelde regeling zo nodig in etappes op te zetten. Tegelijkertijd wijst het echter ook op een aantal aspecten dat zorgvuldig moet worden getoetst. Zo mag de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid ‘niet leiden tot resultaten die kennelijk minder geschikt zijn dan die van andere maatregelen die ook passend zijn om [de] doelstellingen te bereiken’ en moet de wetgever, bij het introduceren van een onderscheid, gebruik maken ‘van objectieve criteria gebaseerd op de op het tijdstip van de vaststelling van [de] richtlijn beschikbare wetenschappelijke en technische gegevens’.<sup>313</sup> Uit het *Arcelor*-arrest (en ook oudere rechtspraak) blijkt ten slotte dat diegene die wegens schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangesproken ook het bestaan van de objectieve criteria moet aantonen.<sup>314</sup>

## 3.4 Discriminatie

### 3.4.1 Verschil in behandeling op grond van een ‘verboden’ kenmerk

Het verbod van discriminatie kan, zoals al opgemerkt, als een uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel worden beschouwd. Hoewel het Hof soms spreekt over het algemeen beginsel van non-discriminatie,<sup>315</sup> of van ‘het algemene beginsel van het EU-recht dat elke discriminatie op grond van leeftijd verbiedt’,<sup>316</sup> gaat het in de meeste gevallen waarin discriminatie aan de orde komt om de toepassing van de geschreven discriminatieverboden, hetzij uit het Verdrag, hetzij uit secundair Unierecht. Een hoofdstuk over algemene rechtsbeginselen is uiteraard niet de aangewezen plaats om op deze Verdragsartikelen *casu quo* wetgeving en hun uitleg en toepassing in te gaan.<sup>317</sup> Echter, sinds het beginsel van non-discriminatie is neergelegd in artikel 21, eerste lid Hv, lijkt het Hof vaker naar dat beginsel te verwijzen.<sup>318</sup> Om deze reden en ook omdat het algemene gelijkheidsbeginsel en de discriminatieverboden nauw met elkaar zijn verweven, zullen wij aandacht besteden aan enkele centrale aspecten.

Een belangrijk onderscheid tussen het algemene gelijkheidsbeginsel en de discriminatieverboden is dat bij het eerstgenoemde beginsel eerst de vergelijkbaarheid van de situatie moet worden vastgesteld. Bij de discriminatieverboden is dat niet nodig. In dat kader dient te worden vastgesteld dat een onderscheid wordt gemaakt op grond van als irrelevant aangemerkte groepskenmerken.<sup>319</sup> Dit is verboden, tenzij daarvoor een rechtvaardiging bestaat. De kenmerken op grond waarvan in beginsel geen onderscheid mag worden gemaakt, zoals nationaliteit, geslacht, ras of leeftijd, zijn in zo’n geval al door de wetgever vastgesteld. Vaak zal dan ook de enkele toepassing van het verboden criterium de conclusie wettigen dat sprake is van discriminatie, zonder dat steeds hoeft te worden nagegaan

312 Barents 1994, p. 548. Zie ook Craig 2012, p. 529-531.

313 Zaak C-127/07, *Arcelor* [2008], r.o. 59 respectievelijk r.o. 63.

314 Zaak C-127/07, *Arcelor* [2008], r.o. 48.

315 Vergelijk bijvoorbeeld Zaak C-81/05, *Alonso* [2006], r.o. 41.

316 Zaak C-144/04, *Mangold* [2005]; Zaak C-555/07, *Küçükdeveci* [2010].

317 Zie daarvoor bijvoorbeeld *Ellis & Watson* 2012.

318 Zie bijvoorbeeld Zaak C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia* [2017], r.o. 17, Zaak C-356/12, *Glatzel* [2014], r.o. 43, Zaak C-176/12, *Association de médiation sociale* [2014], r.o. 47, en Gevoegde zaken C-297/10 en C-298/10, *Hennigs en Mai* [2011], r.o. 46 en 52.

319 Een uitzondering op deze algemene regel kan worden gevonden in de rechtspraak over discriminatie op grond van geslacht ten aanzien van beloning. Zie bijvoorbeeld Zaak C-427/11, *Kenny* [2013], r.o. 24. In dergelijke zaken dient vaak te worden vastgesteld of de betrokken werknemers hetzelfde werk doen of werk dat gelijk kan worden gewaardeerd. Dit heeft te maken met de specifieke voorwaarden die zijn neergelegd in artikel 157 VWEU.

of de gevallen vergelijkbaar zijn. De expliciet verboden criteria moeten immers in principe worden beschouwd als irrelevante eigenschappen voor het maken van onderscheid.

In sommige gevallen gaat het Hof echter eerst over tot een vergelijking. Een dergelijke vergelijking lijkt met name plaats te vinden in situaties waarin de presumptie dat de beide groepen waarom het gaat zich in dezelfde positie bevinden, niet blijkt op te gaan of dat er slechts ogenschijnlijk sprake is van ongelijke behandeling.<sup>320</sup> Helder is dat deze vermenging niet erg gelukkig is en een correcte toepassing van de discriminatieverboden moeilijk kan maken.<sup>321</sup> Toch wordt, dankzij wetgeving, een dergelijke ‘dubbele toetsing’ in de hand gewerkt. Richtlijn 2006/54 bijvoorbeeld, definieert directe discriminatie als een situatie waarin ‘iemand op grond van geslacht minder gunstig wordt behandeld dan een ander in *een vergelijkbare situatie* [onze cursivering] wordt, is of zou worden behandeld’.<sup>322</sup>

### 3.4.2 Soorten discriminatie

Al vroeg in zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie een onderscheid gemaakt tussen formele discriminatie en materiële discriminatie.<sup>323</sup> De eerste zou betrekking hebben op ongelijke behandeling van gelijke gevallen, de tweede op gelijke behandeling van ongelijke gevallen. Deze terminologie is als zodanig in het EU-recht niet echt ingeburgerd. Het ruime concept van discriminatie, waarin zowel de formele als de materiële discriminatie is omvat, daarentegen wel. Indirecte discriminatie is daarvan het meest belangrijke voorbeeld. Het erkennen en ontwikkelen van de indirecte discriminatietoets vond aanvankelijk enkel plaats in de jurisprudentie. Pas later is indirecte discriminatie ook gecodificeerd door de EU-wetgever.<sup>324</sup>

Het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie is wel algemeen aanvaard in het Unierecht en heeft, op zijn beurt, nogal wat invloed op het denken over discriminatie in de lidstaten.<sup>325</sup> In het geval van directe discriminatie is een verschil in behandeling terug te voeren op het (expliciete of impliciete) gebruik van een verboden criterium, bijvoorbeeld nationaliteit, leeftijd<sup>326</sup> of geslacht.<sup>327</sup> In het geval van indirecte discriminatie gaat het om regelingen of handelwijzen die niet het verboden criterium hanteren, maar waarvan de effecten op hetzelfde neerkomen.<sup>328</sup> Het Hof noemt deze de laatste vorm ook wel ‘verkapte discriminatie’.<sup>329</sup>

Zo kan een regeling een neutraal (*id est* een niet verboden) onderscheidingscriterium hanteren of neutrale voorwaarden of eisen stellen, die echter hetzelfde effect hebben als het toepassen van het verboden criterium. Aan een woonplaatsvereiste of een voorwaarde van een minimum aantal gewerkte uren per week zal een bepaalde categorie personen (bijvoorbeeld nationale onderdanen of mannelijke werknemers)

320 Zie ook Zaak C-132/92, *Birds Eye Walls* [1993].

321 Zie Prechal 2004, p. 543-535, en Costello & Davies 2006, p. 1580-1581.

322 Zie voor de consequenties die dit heeft voor de toetsing, bijvoorbeeld Zaak C-356/09, *Kleist* [2010]. Zie ook Zaak C-447/09, *Prigge e.a.* [2011], en Zaak C-147/08, *Römer* [2011], met betrekking tot Richtlijn 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (Pb. 2000 L 303/16).

323 Zaak 13/63, *Italië/Commissie* [1963].

324 Zie onder andere de Richtlijnen 2000/43, Pb. L 180/22; 2000/78, Pb. 2000, L 303/16 en 2002/73, Pb. 2002, L 269/01.

325 Zie voor een gedetailleerde studie van indirecte discriminatie en het Unierecht Tobler 2005 en Gijzen 2006. Zie over directe en indirecte discriminatie ook Ellis & Watson 2012, p. 142-155.

326 Zie over leeftijdsdiscriminatie Schiek 2011, Mok 2012 en Dewhurst 2013.

327 Of aan het geslacht onlosmakelijk verbonden aspecten, zoals zwangerschap; vergelijk Zaak C-394/96, *Mary Brown* [1998], *Ondernemingsrecht* 2000/6, m.nt. M.R. Mok.

328 Zie bijvoorbeeld Zaak C-237/94, *O’Flynn* [1996]; Zaak C-209/03, *Bidar* [2005]; Zaak C-73/08, *Bressol e.a.* [2010] voor wat indirecte discriminatie op grond van nationaliteit betreft, en bijvoorbeeld Zaak 170/84, *Bilka* [1986], Zaak C-196/02, *Nikoloudi* [2005], voor indirecte discriminatie op grond van het geslacht.

329 Zie bijvoorbeeld Zaak 152/73, *Sotgiu* [1974] en meer recent Zaak C-542/09, *Commissie/Nederland* [2012], r.o. 37.

makkelijker voldoen dan de andere categorie personen (onderdanen van andere lidstaten, vrouwelijke werknemers).

Een goed voorbeeld biedt de zaak *Bickel en Franz*.<sup>330</sup> Bickel, Oostenrijks onderdaan, werd in de regio Trentino-Alto Adige in Italië aangehouden door de *carabinieri*, die hem bekeurden ter zake van rijden onder invloed. Franz, van Duitse nationaliteit, was als toerist in dezelfde regio op bezoek en had een verboden type mes bij zich. Voor de *Pretore di Bolzano* verklaarden beide verdachten dat zij de Italiaanse taal niet machtig waren. Zij verzochten, met een beroep op de regels ter bescherming van de Duitstalige gemeenschap in de provincie Bolzano, het proces tegen hen in de Duitse taal te voeren. Op grond van artikel 100 van een decreet hebben de Duitstalige burgers van de provincie Bolzano namelijk het recht zich in hun betrekkingen met de in die provincie gevestigde of regionaal bevoegde gerechtelijke instanties en overheidsdiensten van hun eigen taal te bedienen. De *Pretore* twijfelde of deze voor de burgers van de provincie Bolzano geldende voorschriften op grond van het Europese recht moesten worden toegepast op onderdanen van andere lidstaten die de provincie bezochten.

Nadat het Hof heeft vastgesteld dat artikel 18 VWEU op beide heren van toepassing was – als Unieburgers bevonden zij zich binnen de werkingssfeer van het Verdrag – boog het zich over de vraag of er sprake was van discriminatie. Het Hof stelde in zijn arrest vast dat de Italiaanse wettelijke regeling het recht te verzoeken dat het proces in het Duits wordt gevoerd, voorbehouden is aan de Duitstalige burgers van de provincie Bolzano. Duitstalige onderdanen van andere lidstaten, met name van Duitsland en Oostenrijk, zoals Bickel en Franz, die in die provincie reizen of verblijven, kunnen dus niet verlangen dat een strafprocedure in het Duits wordt gevoerd. Onder die omstandigheden blijken Duitstalige onderdanen van andere lidstaten die in de provincie Bolzano reizen en verblijven, te worden achtergesteld bij Duitstalige Italiaanse onderdanen die in die provincie wonen. Anders gezegd: dit kwam neer op een onderscheid op grond van nationaliteit, namelijk tussen Duitstalige Italianen en Duitstalige onderdanen van andere lidstaten.

De Italiaanse regering betoogde echter ook dat de in de provincie Bolzano woonachtige Duitstalige onderdanen van andere lidstaten eveneens een beroep op de in het geding zijnde wettelijke regeling kunnen doen en dus in het Duits kunnen procederen. Zodoende zou er geen sprake zijn van discriminatie op grond van nationaliteit tussen de inwoners van de regio. Het Hof meende echter dat ook onder zulke omstandigheden Italiaanse onderdanen nog steeds bevoordeeld worden boven de onderdanen van andere lidstaten. Immers, de meeste Duitstalige Italiaanse onderdanen kunnen verlangen dat tijdens een proces in de provincie Bolzano het Duits wordt gebezigd; zij voldoen aan het woonplaatscriterium van de in het geding zijnde wettelijke regeling. De meeste Duitstalige onderdanen van andere lidstaten daarentegen voldoen niet aan dit criterium en kunnen zich dus niet op het door die regeling verleende recht beroepen. Anders gezegd: een onderscheid dat aanhaakt bij het criterium ‘woonplaats’ benadeelt nog steeds Duitstalige onderdanen van andere lidstaten en kan derhalve als indirect discriminerend worden beschouwd.

Indirecte discriminatie wordt dus in beginsel vastgesteld via een onderzoek naar de discriminerende effecten. Hierbij valt op dat het Hof zich vaak zeer ruimhartig opstelt. Meestal is het voldoende dat een maatregel een criterium hanteert dat potentieel nadelig uitwerkt voor de groep die door de betrokken bepalingen beschermd wordt, zoals migrerende burgers of vrouwen. Op deze manier vermijdt het Hof een mogelijk bewijsprobleem; het hoeft zo niet aan de hand van bijvoorbeeld statistische informatie te bepalen of een maatregel in werkelijkheid meer burgers van andere lidstaten dan de eigen burgers treft. Het is nog niet echt duidelijk of deze benadering ook geldt voor indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Het gebruik van statistische informatie is niet onomstreden, met name niet op het terrein van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In deze zaken dient

330 Zaak C-274/96, Bickel en Franz [1998].

de klager te bewijzen dat een substantieel groter aantal vrouwen dan mannen (of andersom) door een bepaalde maatregel of praktijk wordt geraakt. Hieromtrent bestaat nog niet veel jurisprudentie van het Hof. In de zaak *Seymour-Smith* geeft het Hof enkel aan dat van indirecte discriminatie ook sprake zou kunnen zijn wanneer de statistische gegevens over een lange periode een minder groot, maar aanhoudend en vrij constant verschil aantonen.<sup>331</sup> In de zaak *Waltraud Brachner* overweegt het Hof dat statistische gegevens waarover de nationale rechter beschikt in aanmerking mogen worden genomen, wanneer geen aanwijzingen bestaan dat deze gegevens niet kloppen.<sup>332</sup>

Wat betreft indirecte discriminatie op grond van nationaliteit wijst het Hof in de zaak *O'Flynn* impliciet af dat het noodzakelijk is om statistieken over te leggen om de indirecte discriminatie aan te tonen.<sup>333</sup> Voldoende is dat de desbetreffende bepaling een dergelijk effect kan hebben. Omdat de 'nieuwe' definitie van indirecte discriminatie in de Richtlijnen 2000/43, 2000/78, 2002/73 en 2006/54 overeenkomen met de definitie op grond van nationaliteit, is de verwachting dat bewijsregels zullen worden versoepeld.

Het moge duidelijk zijn dat de ruime interpretatie van het begrip 'indirecte discriminatie', zoals het Hof die in het algemeen voorstaat, in zeer belangrijke mate de reikwijdte van de relevante discriminatieverboden heeft vergroot.

Een bijzondere vorm van discriminatie die hier zeer kort de aandacht verdient, is de zogenaamde positieve discriminatie of voorkeursbehandeling. Het gaat hier om maatregelen die weliswaar onderscheid maken op grond van een verboden criterium (etnische afkomst, het vrouw zijn), maar dit doen teneinde de positie van de achtergestelde groep (etnische minderheden, vrouwen) te verbeteren. In het Unierecht bestond deze variant van *toegelaten* discriminatie aanvankelijk alleen op het gebied van seksdiscriminatie.<sup>334</sup> Vergelijkbare bepalingen treft men nu ook aan in de richtlijn inzake gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en in de algemene kaderrichtlijn gelijke behandeling.<sup>335</sup>

### 3.4.3 Objectieve rechtvaardiging

Net zoals wanneer gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, kan discriminatie (in die zin dat een andere behandeling plaatsvindt op grond van een verboden criterium) worden gerechtvaardigd. In dat verband kan men een onderscheid maken tussen geschreven en ongeschreven rechtvaardigingsgronden. Traditioneel ging men ervan uit dat gevallen van directe discriminatie, die door het EU-recht expliciet verboden is, alleen kunnen worden gerechtvaardigd op basis van de geschreven rechtvaardigingsgronden.<sup>336</sup>

In wezen gaat het hier om toetsing aan de verschillende uitzonderingsbepalingen. Als voorbeeld kan worden gegeven artikel 45, lid 4 VWEU, waaruit kan worden afgeleid dat het discriminatieverbod op grond van nationaliteit niet van toepassing is op betrekkingen in overheidsdienst. Een ander voorbeeld is artikel

331 Zaak C-167/97, *Seymour-Smith* [1999], r.o. 61. Voor andere implicaties van indirecte discriminatie op grond van geslacht wat betreft bewijs zie hoofdstuk VI, paragraaf 7.2.3.

332 Zaak C-123/10, *Brachner* [2011].

333 Zaak C-237/94, *O'Flynn* [1996].

334 Vergelijk artikel 157, lid 4 VWEU. We spreken hier van toegelaten discriminatie, omdat een voorkeursbehandeling impliceert dat een andere persoon – van een ander geslacht of ras – achtergesteld wordt. Onder strikte voorwaarden wordt een dergelijke discriminatie desalniettemin aanvaard. Wat de voorwaarden zijn en hoever men kan gaan, is in de EU echter nog niet uitgekristalliseerd.

335 Artikel 5 van Richtlijn 2000/43, Pb. 2000, L 80/20 en artikel 7 van Richtlijn 2000/78, Pb. 2000, L 303/16.

336 Vergelijk bijvoorbeeld Zaak C-484/93, *Svensson* [1995]. Zie op het terrein van discriminatie op grond van geslacht Zaak C-177/88, *Dekker* [1990] en Zaak C-356/09, *Kleist* [2010] Zie over de mogelijkheden om directe discriminatie te rechtvaardigen *Ellis & Watson* 2012, p. 171-174.

52 VWEU waar de belangen van de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid als uitzondering op het gebied van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten worden genoemd. Ook in het secundaire EU-recht bestaan talrijke geschreven uitzonderingsgronden op de verschillende discriminatieverboden. Zo bevat artikel 14, tweede lid Richtlijn 2006/54 bijvoorbeeld een uitzondering op het verbod van discriminatie op grond van het geslacht. Volgens het Hof van Justitie moeten dergelijke uitzonderingen strikt worden geïnterpreteerd.<sup>337</sup>

Het enkel invoeren van een dergelijke uitzonderingsgrond is echter niet voldoende. De litigieuze maatregelen zullen ook de evenredigheidstoets moeten doorstaan. Dat wil zeggen dat zij geschikt moeten zijn om het te beschermen legitieme belang daadwerkelijk te beschermen en voorts niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is om het door de uitzondering nagestreefde doel te bereiken, zoals de bescherming van de openbare orde.<sup>338</sup> Volgens het Hof is slechts aangetoond dat de betrokken maatregel geschikt en noodzakelijk is, wanneer deze gelet op het nagestreefde doel niet onredelijk lijkt en is gebaseerd op gegevens waarvan de nationale rechter de bewijswaarde moet beoordelen.<sup>339</sup>

Ingeval van indirecte discriminatie is het stelsel van potentiële rechtvaardigingen ‘open’. Daarmee wordt bedoeld dat de litigieuze maatregel een beschermenswaardig belang moet nastreven. Of een belang beschermenswaardig is, moet *ad hoc* worden vastgesteld (vandaar dat men spreekt van een open systeem van rechtvaardigingen, dat wil zeggen dat deze rechtvaardigingsgronden niet op voorhand zijn vastgelegd in het Unierecht).<sup>340</sup> Het Hof heeft bepaald dat de lidstaten moeten aantonen dat het beschermenswaardig belang niet samenhangt met de desbetreffende discriminatie.<sup>341</sup> Bovendien kan het beschermenswaardige belang voortvloeiend uit een ander fundamenteel recht. Dat blijkt uit de zaak *Achbita*,<sup>342</sup> waarin het Hof een hoofddoekjesverbod van een particuliere onderneming, als onderdeel van een algemeen verbod op het zichtbaar dragen van enig politiek, filosofisch of religieus teken op het werk, een in beginsel toelaatbare vorm van indirecte discriminatie achtte, omdat de wens van de werkgever om in relatie met zijn klanten blijkt te geven van neutraliteit verband houdt met de in artikel 16 Hv erkende vrijheid van ondernemerschap.

Voorts moet ook in het geval van indirecte discriminatie de maatregel geschikt en noodzakelijk zijn om dat belang te beschermen. Anders gezegd: de maatregel mag niet verder gaan dan no-

337 Zie Zaak C-546/11, Dansk Jurist [2013], r.o. 41 en Zaak C-341/08, Petersen [2010], r.o. 60.

338 Zie bijvoorbeeld Zaak C-447/09, Prigge e.a. [2011], voor een voorbeeld waarin de desbetreffende maatregel de proportionaliteitstoets niet doorstond. Zie ook Zaak C-528/13, Léger [2015], waarin het ging om de gerechtvaardigheid van de in Frankrijk bestaande permanente uitsluiting van bloeddonatie voor mannen die seksuele betrekkingen hebben gehad met andere mannen. Het Hof oordeelt dat de nationale rechter moet nagaan of deze uitsluiting, die op zich kan worden gerechtvaardigd door het belang van de volksgezondheid, zich verdraagt met het evenredigheidsbeginsel. Doorslaggevend dient hierbij te zijn of er efficiënte technieken voor de detectie van ernstige bloedoverdraagbare ziekten, of bij gebrek aan dergelijke technieken, methoden die minder belastend zijn dan een permanent verbod van bloeddonatie, een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de ontvangers kunnen waarborgen. Zie over dit arrest *Dute & Swarte 2015* en *Dunne 2015*. Zie voor een toepassing van de zaak in Nederland, College voor de Rechten van de Mens 20 maart 2017, nr. 2017-33, AB 2017/145.

339 Zie Gevoegde zaken C-159/10 en C-160/10, Fuchs en Kühler [2011]. Deze zaak ging om leeftijdsdiscriminatie. In dergelijke zaken is het Hof redelijk gemakkelijk in het aannemen dat de rechtvaardigingsgrond aan de evenredigheidstoets voldoet.

340 Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is de verbetering van de verkeersveiligheid een doelstelling van algemeen belang van de Unie. Zie bijvoorbeeld Zaak C-356/12, Glatzel [2014], r.o. 51.

341 Zie bijvoorbeeld Zaak C-173/13, Leone [2014], r.o. 40; Zaak C-123/10, Brachner [2011], r.o. 70; Zaak C-300/06, Vo [2007], r.o. 25. In deze zaken ging het om indirecte discriminatie op grond van het geslacht. Zie ook Zaak C-75/11, Commissie/Oostenrijk [2012]; deze zaak ging om discriminatie op grond van nationaliteit.

342 Zaak C-157/15, Achbita [2017]. Vormt een hoofddoekjesverbod geen onderdeel van een algemeen neutraliteitsbeleid, maar motiveert de werkgever het uitsluitend met de wens van zijn klanten om niet bediend te worden door iemand met een islamitisch hoofddoek, dan is het verbod – gelet op Zaak C-188/15, Bougnaoui [2017] – wel in strijd met het non-discriminatievereiste van artikel 4, lid 1 Richtlijn 2000/78.



dig is om het doel te bereiken. Dit komt neer op een evenredigheidstoetsing (in het kader van de discriminatietoetsing). Overigens, net zoals bij de evenredigheidstoetsing, heeft bij de toetsing aan discriminatieverboden het vereiste van coherentie zijn entree gedaan: de nationale maatregelen die gerechtvaardigd moeten worden, moeten op een coherente en systematische wijze worden toegepast.<sup>343</sup> Uitzonderingen op de bepalingen van een wet kunnen in sommige gevallen de coherentie van die wet aantasten, met name wanneer zij zo ruim zijn dat zij een met het doel van die wet strijdig resultaat opleveren.<sup>344</sup>

Ook in ons *Bickel en Franz*-feuilleton komen wij het probleem van de rechtvaardiging tegen. De Italiaanse regering voerde onder meer aan, dat de litigieuze voorschriften tot doel hebben de etnisch-culturele identiteit van de tot de beschermde minderheid behorende personen te erkennen.

Het Hof merkte over het woonplaatsvereiste op dat het alleen gerechtvaardigd zou kunnen zijn indien het gebaseerd was op objectieve overwegingen, die los staan van de nationaliteit van de betrokken personen en evenredig zijn aan de legitieme doelstellingen van het nationale recht. Daarvan was *in casu* echter geen sprake. Het hiervoor genoemde argument dat de wettelijke regeling tot doel heeft de in de betrokken provincie woonachtige etnisch-culturele minderheid te beschermen, kan het vereiste niet rechtvaardigen. De bescherming van een minderheid, zoals in dat geval beoogd wordt, kan weliswaar een legitiem doel zijn, maar uit de stukken van de zaak bleek niet, dat uitbreiding van de litigieuze regeling tot Duitstalige onderdanen van andere lidstaten die gebruik maken van hun recht van vrij verkeer, aan dat doel afbreuk zou doen. Bovendien is op de zitting gebleken, dat de betrokken rechterlijke instanties in staat zijn de processen in het Duits te voeren zonder dat dat complicaties of extra kosten zou veroorzaken.

Bescherming van een minderheid kan dus op zich een legitiem doel zijn maar de Italiaanse regeling was, in de vorm zoals zij bestond, niet nodig om die bescherming te waarborgen. Toepassing op een ruimere categorie van personen dan enkel de ingezetenen moest mogelijk zijn, temeer nu dat geen financiële of andere problemen met zich mee zou brengen.

De overzichtelijke tweedeling van een gesloten stelsel van rechtvaardigingen bij directe discriminatie en een open stelsel bij indirecte discriminatie lijkt echter inmiddels achterhaald. In toenemende mate komen in de rechtspraak gevallen voor, waarin het Hof een ongeschreven rechtvaardiging ook aanvaardt ingeval van directe discriminatie, althans laat doorschemeren bereid te zijn een dergelijke rechtvaardiging te accepteren.<sup>345</sup>

De toetsing aan discriminatie brengt, op een vergelijkbare wijze zoals in het geval van toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, ook een bewijslastverschuiving met zich mee. Degene die een beroep doet op een uitzonderingsgrond of op een ongeschreven rechtvaardigingsgrond draagt de bewijslast die daarmee samenhangt.<sup>346</sup> In het geval van discriminatie is de bewijsdrempel echter vaak veel hoger.<sup>347</sup>

343 Zie bijvoorbeeld Zaak C-173/13, Leone [2014], r.o. 54; Gevoegde zaken C-159/10 en C-160/10, Fuchs en Köhler [2011], r.o. 85, Gevoegde zaken C-250/09 en C-268/09, Georgiev [2010], r.o. 56; Zaak C-341/08, Petersen [2010], r.o. 53. Voor de toepassing van deze vereisen in de context van de fundamentele vrijheden en de daarbij behorende evenredigheidstoets zie bijvoorbeeld Zaak C-169/07, Hartlauer [2009], en Zaak C-137/09, Josemans [2010]. Voor een meer gedetailleerde bespreking van de evenredigheidstoetsing, zie hierna paragraaf 4 van dit hoofdstuk.

344 Zie Gevoegde zaken C-159/10 en C-160/10, Fuchs en Köhler [2011], r.o. 86, en Zaak C-341/08, Petersen [2010], r.o. 61.

345 Vergelijk Zaak 118/75, Watson [1976], Zaak C-415/93, Bosman [1995]; Zaak C-264/96, ICI [1998]; Zaak C-378/98, PreussenElektra [2001].

346 Voor bewijslast, zie ook hierna hoofdstuk VI, paragraaf 7.2.3.

347 Vergelijk bijvoorbeeld Zaak C-388/07, Age Concern Engeland [2009].

### 3.4.4 De intensiteit van de toets

Traditioneel kan men de toetsing aan discriminatieverboden, vergeleken met het algemene gelijkheidsbeginsel, karakteriseren als een indringende toets. In ieder geval valt op dat bij de toetsing aan discriminatieverboden, en zeker bij discriminaties op grond van nationaliteit, het Hof streng toetst.<sup>348</sup> Daar geldt de regel dat uitzonderingen op fundamentele bepalingen van het Verdrag strikt moeten worden uitgelegd. Dit gaat zowel op voor de reikwijdte van de gronden, bijvoorbeeld bij de vraag wanneer er sprake is van een gevaar voor de openbare orde, als voor de proportionaliteitstoets. Een factor die meeweegt, is dat aan de rechtvaardiging van onderscheid op grond van een expliciet verboden criterium, soms ook aangeduid als ‘suspect’, strengere eisen gesteld mogen worden dan aan discriminaties op niet uitdrukkelijk genoemde gronden.<sup>349</sup> Ook bij indirecte discriminaties op grond van nationaliteit of geslacht kan de toets in het algemeen als redelijk streng worden beschouwd. Daar is natuurlijk ook iets voor te zeggen. Een soepele of marginale toets zou het concept van indirecte discriminatie behoorlijk kunnen uithollen.

Er zijn echter bepaalde terreinen waarop het Hof zich wat terughoudender opstelt, ook al betreft het gevallen van discriminatie op grond van nationaliteit, respectievelijk geslacht. Daartoe behoren de beleidsterreinen rechtstreekse belastingen en, in het bijzonder wat seksdiscriminatie betreft, sociale zekerheid. In dit soort zaken wordt bij de toetsing van de rechtvaardigingsgronden de lidstaten een ruime marge gelaten.<sup>350</sup> Een milde toets wordt ook aangelegd op terreinen waarop de Unierechtelijke instellingen over ruime discretionaire bevoegdheden beschikken.<sup>351</sup> In dat geval blijft de toets beperkt tot de vraag of er bij de uitoefening van deze bevoegdheid geen sprake is geweest van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid, dan wel of de wetgever de grenzen van zijn beoordelingsbevoegdheid niet klaarblijkelijk heeft overschreden.<sup>352</sup> Dat neemt echter niet weg dat de wetgever van de Unie bij een dergelijke beoordelingsbevoegdheid zijn keuze op objectieve criteria moet baseren en de grondrechten moeten worden geëerbiedigd.<sup>353</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat de toetsing aan het discriminatieverbod wordt beïnvloed naar gelang de materie waarop het van toepassing is. Al met al is het niet gemakkelijk om over de intensiteit van de toetsing algemene uitspraken te doen, omdat de rechtspraak erg casuïstisch is.

348 Ook de toetsing in geval van seksdiscriminatie is relatief streng, zij het dat de indruk bestaat dat, vermoedelijk vanwege de andere context, het Hof wel eens de teugels wil laten vieren.

349 Een dergelijke benadering treft men aan in de rechtspraak in de VS. Een onderscheid dat op grond van een ‘suspect’-criterium wordt gemaakt, zoals ras, stelt, onder meer, zware eisen aan rechtvaardiging en vereist een sterke motivering. Vergelijk Loenen 2016, p. 286. Dat de Unierechtspraak zich, tot op zekere hoogte, heeft laten inspireren door de concepten zoals deze in de VS zijn ontwikkeld, blijkt bijvoorbeeld uit Zaak 96/80, Jenkins [1981]. Zie in het bijzonder de conclusie van AG Warner.

350 Vergelijk Zaak C-9/91, EOC [1992], Zaak C-444/93, Megner [1995], en meer recent Zaak C-123/10, Brachner [2011]. Vergelijk ook de zeer milde toets in bepaalde gevallen van leeftijdsdiscriminatie: Zaak C-45/09, Rosenblatt [2010], en Zaak C-499/08, Andersen [2010]. Ondanks deze zeer milde toets was het Hof in het arrest Hennigs en Mai (Gevoegde zaken C-297/10 en C-298/10, Hennigs en Mai [2011]) van mening dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd zich verzet tegen een maatregel in een cao op grond waarvan binnen elke salarisgroep de basissalaris van een arbeidscontractant in de overheidssector bij zijn aanstelling wordt bepaald op basis van zijn leeftijd. Volgens het Hof doet dit geen afbreuk aan het in artikel 28 Hv opgenomen recht om collectief te onderhandelen en cao’s te sluiten.

351 Zie bijvoorbeeld Zaak C-356/12, Glatzel [2014], r.o. 52. Een waar dieptepunt vormt in dit opzicht Zaak C-25/02, Rinke [2003], waarin indirecte seksdiscriminatie door EU-instellingen (!) in een marginale toetsing alsnog werd ‘goedgepraat’ door het Hof.

352 Zie bijvoorbeeld Zaak C-356/12, Glatzel [2014], r.o. 52, en Zaak C-15/10, Etimine [2011], r.o. 60.

353 Zaak C-356/12, Glatzel [2014], r.o. 53.

### 3.5 Consequenties van een schending van het gelijkheidsbeginsel

In het arrest *FNV* oordeelde het Hof van Justitie dat zolang Richtlijn 79/7 (inzake gelijke behandeling op het gebied van sociale zekerheid) niet goed zou zijn geïmplementeerd in het nationale recht, dezelfde regels moesten worden toegepast op zowel mannen als vrouwen.<sup>354</sup> Deze regel werd al snel ook toegepast op zaken waarin het ging om indirecte discriminatie: op leden van een benadeelde groep (bijvoorbeeld parttimers) dienden dezelfde regels te worden toegepast als de regels die golden voor de bevoordeelde groep.<sup>355</sup> Latere rechtspraak maakte duidelijk dat de reikwijdte van voormelde regel niet was beperkt tot zaken op het terrein van de sociale zekerheid; de regel is ook van toepassing wanneer het gaat over andere inbreuken op het Unierecht<sup>356</sup> en ook wanneer andere vormen van discriminatie aan de orde zijn dan discriminatie op grond van geslacht, zoals nationaliteit.<sup>357</sup>

Voormelde benadering is derhalve algemeen toepasbaar in gevallen waarin op het gelijkheidsbeginsel dan wel op het beginsel van non-discriminatie een inbreuk is gemaakt. Het resultaat is dat discriminatie en ongelijke behandeling als het ware worden ‘bestraft’: de ‘betere standaard’ dient te worden toegepast, in ieder geval tijdelijk, tot de schending is gerepareerd.<sup>358</sup> Wat er daarna verder gebeurt, is een ander verhaal: het Unierecht verzet zich niet tegen reparatiemaatregelen die uiteindelijk tot gevolg hebben dat een regeling getroffen wordt, die op een minder gunstig niveau komt te liggen.<sup>359</sup> Zolang bij de reparatiemaatregelen het beginsel van gelijkheid is gewaarborgd, is er niets aan de hand.<sup>360</sup>

In de zaak *Hennigs en Mai*, waarin het ging om leeftijdsdiscriminatie, oordeelde het Hof dat Richtlijn 2000/78 er niet aan in de weg staat dat met het oog op het vaststellen van nieuwe regelgeving, bepaalde discriminerende gevolgen gedurende een beperkte overgangperiode blijven gehandhaafd.<sup>361</sup> Deze zaak laat zien dat afwijking van het beginsel van non-discriminatie is toegestaan onder de voorwaarde dat dit slechts een tijdelijk karakter heeft en daarvoor ook een goede reden bestaat.

De benadering van het Hof is zeer belangrijk in situaties waarin een lacune is ontstaan ten gevolge van het feit dat aan het Unierecht is getoetst, omdat deze toetsing bijvoorbeeld tot gevolg heeft dat de nationale discriminerende bepaling buiten beschouwing moet worden gelaten.<sup>362</sup> Het is aan de nationale rechter om deze lacune op te vullen; deze verplichting geldt ongeacht of er in het nationale

354 Zaak 71/85, *FNV* [1986]. Zie ook de recente Zaak C-406/15, *Milkova* [2017] waarin het ging om de ongelijke behandeling van werknemers met een bepaalde handicap en ambtenaren met dezelfde handicaps.

355 Zie bijvoorbeeld Zaak C-33/89, *Kowalska* [1990] waarin het Hof duidelijk maakte dat de meer voordelige regels moesten worden toegepast in verhouding tot de werktijd van de betrokken medewerkers die parttime werken.

356 Zie Zaak C-7/93, *Beune* [1994] met betrekking tot artikel 157 VWEU.

357 Zaak C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou* [1998]. Vergelijk ook C-399/09, *Landtová* [2011] en Zaak C-18/95, *Terhoeve* [1999]. Voor andere vormen van discriminatie zie Gevoegde zaken C-501/12 tot C-506/12, C-540/12, en C-514/12, *Specht e.a.* [2014] (leeftijdsdiscriminatie) en Zaak C-442/00, *Caballero* [2002].

358 Zie bijvoorbeeld Zaak C-399/09, *Landtová* [2011], r.o. 51.

359 Zaak C-399/09, *Landtová* [2011], r.o. 53. Dit ligt anders wanneer hieraan een bepaling in de weg staat.

360 Zie bijvoorbeeld Zaak C-343/92, *Roks* [1994].

361 Zie Gevoegde zaken C-297/10 en C-298/10, *Hennigs en Mai* [2011].

362 Zie bijvoorbeeld Zaak C-406/15, *Milkova* [2017], r.o. 67.

recht bepalingen bestaan die hem hiertoe de bevoegdheid verlenen.<sup>363</sup> Het moge duidelijk zijn dat deze rechtspraak verstreckende gevolgen heeft die diep ingrijpen in de relatie tussen de nationale wetgever en nationale rechter.

### 3.6 De betekenis van het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel voor het Nederlandse (bestuurs)recht

Zoals al in paragraaf 3.1 van dit hoofdstuk is aangegeven, bestaan er belangrijke overeenkomsten tussen de omschrijving van het gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse en die in het Unierecht. In zoverre sluiten de beginselen, althans op het conceptuele niveau, goed op elkaar aan. Opvallend is voorts dat in het Nederlandse recht vergelijkbare problemen opdoemen als die wij al in het Unierecht hebben gesignaleerd. Terwijl in de oudere Nederlandse rechtspraak de rechter zich met name beperkte tot een toetsing van de vergelijkbaarheid van de gevallen,<sup>364</sup> is hierin in de jaren tachtig in zoverre verandering gekomen dat veelvuldig aan artikel 26 IVBPR en eventueel aan artikel 1 Gw wordt getoetst.<sup>365</sup> Hiermee werd dan ook een enigszins andere benadering geïntroduceerd. Naast een onderzoek naar de al dan niet vergelijkbaarheid van de ongelijk behandelde gevallen werd, in navolging van het Mensenrechtencomité, een rechtvaardigingstoets geïntroduceerd: onderscheid dat op ‘redelijke en objectieve gronden’ berust of waarvoor toereikende rechtvaardiging bestaat,<sup>366</sup> is toegestaan. Deze benadering van de Nederlandse rechter bracht met zich mee dat de rechtvaardigingstoetsing, en in dat kader ook wel eens een evenredigheidstoetsing, die voorheen veel minder aanwezig waren, inmiddels in Nederland opgeld doen. Daarmee is ook een frappant verschil met het Unierecht naar de achtergrond verdwenen.<sup>367</sup>

Uit het voorgaande blijkt al dat bij de beïnvloeding van het gelijkheidsbeginsel *casu quo* de discriminatieverboden, zoals ingevuld en toegepast in Nederland, ook andere factoren een rol spelen dan het EU-recht alleen. Voorts dient bedacht te worden dat de rechter in sommige gevallen gewoon geroepen is om de geschreven discriminatieverboden van het Unierecht toe te passen, in andere het ongeschreven gelijkheidsbeginsel. Weer in andere gevallen is hij daartoe weliswaar niet verplicht maar zal de nationale rechter zich toch door de Europese benadering laten inspireren, zonder dat dit wordt geëxpliciteerd.

Eén van de meest in het oog springende voorbeelden van de uitwerking die het Unierecht kan hebben is nog steeds de manier waarop de Centrale Raad van Beroep heeft besloten dat artikel 26 IVBPR rechtstreekse werking heeft, ook op het gebied van de sociale zekerheid. Na dit eerst te hebben ontkend, ging de Raad overstag. Het feit dat inmiddels gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid was voorgeschreven door Richtlijn 79/7, vormde voor deze beslissing een doorslaggevend argument.

363 Zie bijvoorbeeld Zaak C-406/15, Milkova [2017], r.o. 67 en Zaak C-81/05, Alonso [2006], r.o. 46. Zie ook Zaak C-184/89, Nimz [1991] en Zaak C-15/96, Schönig-Kougebetopoulou [1998] waarin het Hof oordeelt dat de nationale rechter ook verplicht is om de meest voordelige maatregel toe te passen wanneer de grondwet daaraan in de weg staat. Zie echter ook de zaak Specht e.a. (Gevoegde zaken C-501/12 tot C-506/12, C-540/12 en C-541/12 [2014]), waarin het Hof een uitzondering maakt op deze rechtspraak, omdat er geen bruikbaar referentiekader bestaat. In deze uitzonderlijke zaak diende de nationale rechter te beoordelen of de lidstaat aansprakelijk was voor schade ten gevolge van schendingen van Unierecht.

364 Al dan niet in combinatie met de vraag of het gemaakte onderscheid niet willekeurig is. Vergelijk Prechal & Heukels 1986, p. 304-305.

365 De toetsing aan artikel 1 Gw lijkt sterk door de toetsing aan artikel 26 IVBPR te worden bepaald.

366 Vergelijk bijvoorbeeld CRvB 26 juni 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AB2323, waarin bij de rechtvaardiging de doelstelling van de wet en de vraag naar de geschiktheid en noodzakelijkheid van het gehanteerde middel worden betrokken.

367 Vergelijk Prechal & Heukels 1986, p. 304-305.

In de uitspraak van 14 mei 1987<sup>368</sup> ging de Centrale Raad van Beroep zelfs zover dat hij de datum van de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR liet samenvallen met de implementatiedeadline van de richtlijn, namelijk 23 december 1984. In zijn latere rechtspraak heeft de Centrale Raad meer nuanceringen aangebracht voor wat betreft de data waarop artikel 26 IVBPR rechtstreekse werking heeft op het gebied van de sociale zekerheid.<sup>369</sup> Dat neemt echter niet weg dat het Unierecht in dit opzicht een belangrijke rol heeft gespeeld. In andere uitspraken heeft de Centrale Raad gesteld dat Richtlijn 79/7 en artikel 26 IVBPR geen onderling afhankelijk werking hebben, maar dat een synchronisatie van de toepassing van deze bepalingen desalniettemin wenselijk is.<sup>370</sup>

Het zou in het kader van dit boek te ver voeren om op de complexe en vaak indirecte wijze waarop de beïnvloeding verloopt in te gaan. Wij beperken ons dan ook tot een drietal hoofdpunten.

Voor wat de intensiteit van de toetsing betreft, daar waar de nationale rechter zich in het algemeen terughoudend placht op te stellen, zal hij zijn benadering moeten veranderen.<sup>371</sup> Dat geldt met name voor gevallen waarin het Hof tot een strengere toets overgaat, zoals ingeval van discriminatie op grond van nationaliteit of op grond van geslacht.

In Nederland lijkt bijvoorbeeld de Hoge Raad wat makkelijker doelmatigheidsargumenten als rechtvaardiging te accepteren, zoals doelmatige werkwijze van de belastinginspectie. Daarbij wordt de proportionaliteit vaak marginaal beoordeeld, in ieder geval indien formele wetgeving op het spel staat. In zulke gevallen wordt wel eens aansluiting gezocht bij de vraag of de wetgever in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat voor de ongelijke behandeling een objectieve en redelijke grond bestaat.<sup>372</sup> Het Hof van Justitie stelt zich in deze veel strenger op, althans voor wat de verdragsvrijheden betreft.<sup>373</sup> Dit noopt, op zijn beurt, tot een strengere toetsing door de nationale rechter. Een dergelijke ontwikkeling wordt bijvoorbeeld ook gesignaleerd in het Verenigd Koninkrijk waar de nationale rechter, onder de invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie tot een strengere toetsing van de rechtvaardiging in geval van indirecte seksdiscriminatie is overgegaan.

Een tweede belangrijke ontwikkeling was de introductie van het concept van indirecte discriminatie. Dit concept was in Nederland, en overigens ook in vele andere lidstaten van de EU, nagenoeg onbekend.<sup>374</sup> Het was juist onder de invloed van het EU-recht dat indirecte discriminatie in de wetgeving werd verankerd. De wijze waarop in het bijzonder sociale-zekerheidsrechters in Nederland dit concept gingen vormgeven, duidt op sterke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid.

Een opmerkelijk verschijnsel is dat terwijl het concept aanvankelijk in het nationale recht werd gelooft als een verbod van indirecte discriminatie op grond van, bijvoorbeeld, het geslacht, het vervolgens in die

368 CRvB 14 mei 1987, ECLI:NL:CRVB:1987:AK7528.

369 Voor een bespreking, zie bijvoorbeeld Heringa 1994 of Piso 1998, p. 271-276.

370 CRvB 7 december 1988, ECLI:NL:CRVB:1988:AN0183.

371 Een goed voorbeeld van een intensief toetsende Nederlandse bestuursrechter biedt CRvB 18 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2614. In deze zaak toetst de CRvB intensief of de door de minister aangedragen rechtvaardigingsgrond voor de leeftijdsdiscriminatie door het Wachtgeldbesluit burgerlijke ambtenaren defensie (een algemene maatregel van bestuur) evenredig is.

372 Zie bijvoorbeeld HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1931. In vergelijkbare zin HR 29 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1833 en meer recent HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1206.

373 Zie bijvoorbeeld Zaak C-18/95, Terhoeve [1999]. Vergelijk ook Wattel 1997, p. 426 en 433.

374 Met als uitzondering het Verenigd Koninkrijk. Over de invloed van EU-recht op de invulling van het gelijkheidsbeginsel casu quo non-discriminatie met rechtsvergelijkende doorkijkjes, zie McCrudden & Prechal 2009.

nationale rechtsorde ook werd gebruikt in gevallen van andere discriminaties – ras, vakbondslidmaatschap – die als zodanig niet onder het Unierecht vielen.<sup>375</sup>

Toetsen aan indirecte discriminatie bleef in Nederland overigens niet beperkt tot toepassing van het EU-recht maar deed bijvoorbeeld ook opgang bij de toepassing van artikel 26 IVBPR.<sup>376</sup> Voorts kan gezegd worden op de oordelen van de Commissie gelijke behandeling, thans het College voor de Rechten van de Mens. Dit is weliswaar geen rechterlijk college, maar zij heeft wel een belangrijke rechtsvormende functie. De Commissie heeft op een consistente wijze de ‘testen’ van het Hof van Justitie toegepast, ook buiten de terreinen die destijds door het gemeenschapsrecht werden gedekt.<sup>377</sup>

Ten slotte moet gewezen worden op verschillen in opvatting die bestaan over de rechterlijke beslissingsbevoegdheid in geval van geconstateerde discriminatie *casu quo* de schending van het gelijkheidsbeginsel. Volgens inmiddels vaste rechtspraak verlangt het Hof van Justitie dat in zo’n geval de ‘betere standaard’ wordt toegepast op de benadeelde groep. In ieder geval moet dit gebeuren totdat er een nieuwe regeling wordt getroffen.<sup>378</sup> De benadering van de Nederlandse rechter is in deze aanzienlijk voorzichtiger: de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter komen in Nederland veel sneller in zicht.

In een arrest betreffende de ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in de Wet op het Nederlanderschap heeft de Hoge Raad de strijd met artikel 26 IVBPR in het midden gelaten, omdat gelijkheid op verschillende manieren kon worden bereikt. Het zou, volgens de Hoge Raad, de *rechtsvormende taak van de rechter* te buiten gaan om bij een eventuele constatering van een schending van artikel 26 IVBPR een voorziening te geven.<sup>379</sup> Iets minder terughoudend was de Hoge Raad in enkele belastingzaken. Daarbij werd echter wel als uitgangspunt genomen dat de wetgever zich zou kunnen vinden in de legislatieve voorziening die de Hoge Raad gaf, omdat zoveel mogelijk aansluiting werd gezocht bij de bestaande wetgeving.<sup>380</sup> De Centrale Raad van Beroep heeft daarentegen veel minder moeite gehad om – ook in de context van artikel 26 IVBPR zaken – de betrokkene rechtsherstel te bieden, analoog aan de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>381</sup> In het nationaal ‘vervolg’ in de zaak *Eman en Sevinger*<sup>382</sup> knoopte de Raad van State wel weer aan bij de Nederlandse opvattingen over de plaats van de rechter, wetgever en bestuur: het onderscheid in de Kieswet ten aanzien van de verkiezingen voor het EP tussen Nederlanders die in een derde land wonen en de Nederlanders die op Aruba of de Nederlandse Antillen wonen was strijdig met het algemene gelijkheidsbeginsel en moest buiten toepassing blijven. Echter de vaststelling van de manier waarop de ongelijke behandeling dient te worden weggenomen vergt een politieke keuze, een keuze die het bestuur of de rechter niet kan maken.<sup>383</sup>

375 Zie Prechal 2004, p. 535-537.

376 CRvB 23 juni 1992, ECLI:NL:CRVB:1992:AN2627. Meer uitgebreid hierover Piso 1998, in het bijzonder hoofdstuk 9.

377 Vergelijk CGB 10 september 1998, oordeel 98-100; CGB 15 december 1998, oordeel 98-137 en CGB 15 december 1998, oordeel 98-139.

378 Zie hieromtrent paragraaf 3.5 van dit hoofdstuk.

379 HR 12 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4874. Vergelijk ook HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0437, over naamrecht.

380 HR 30 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5110, en HR 17 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5505. Zie ook HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2287. Voor een bespreking van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in belastingzaken, zie in het bijzonder Happé 1999.

381 Vergelijk Heringa 1994, p. 859. Voor een meer uitgebreide bespreking, zie Vonk 1999.

382 Zaak C-300/04, *Eman en Sevinger* [2006].

383 ABRvS 21 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ3202. De Afdeling kon het een en ander in het midden laten, omdat de verkiezingen die inzet waren van de procedure, inmiddels hadden plaatsgevonden.

## 4 Evenredigheid

### 4.1 Algemene opmerkingen

Het evenredigheidsbeginsel is een fascinerend verschijnsel in zowel het nationale recht, als in het recht van de Europese Unie. Het heeft op het eerste gezicht de charme van de eenvoud en de aantrekkelijkheid van ultieme redelijkheid: want zeg nu zelf, wat kan erop tegen zijn om van maatregelen te verlangen dat ze evenredig zijn en niet disproportioneel? Desalniettemin betreft het een uiterst gecompliceerd beginsel. Lord Hoffmann omschreef het probleem eens zo:

‘The real problem about applying the principle of proportionality, or for that matter any other test of rationality, in hard cases is not whether the principle should be observed but who should decide whether it has been observed or not.’<sup>384</sup>

Onder de oppervlakte van het evenredigheidsbeginsel speelt, zo blijkt ook uit dit citaat, een machtscheidingsvraag. Is de rechter wel de meest geschikte instantie in ons staatsbestel om te bepalen of een door de wetgever of de uitvoerende overheid uitgevoerde belangenafweging wel een evenredige is, met name wanneer deze moet geschieden in een complexe sociale, economische en politieke context? Gaat dat niet de rechterlijke taak te buiten? Dit speelt temeer omdat het evenredigheidsbeginsel als zodanig geen eigen intrinsieke normatieve waarde heeft, zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van willekeur. Evenredigheid zegt iets over de verhouding tussen verschillende belangen, doelstellingen en instrumenten, maar is geen absolute maatstaf om de rechtmatigheid van maatregelen als zodanig te beoordelen. Die hangt af van de gevolgen die deze maatregelen hebben voor de mate waarin deze de realisering van doelstellingen van andere maatregelen verhinderen of beperken.

Het evenredigheidsbeginsel wordt gewoonlijk omschreven als een beginsel dat betrekking heeft op de beperking van de uitoefening van overheidsbevoegdheden: slechts die verplichtingen mogen aan de burger worden opgelegd, die strikt noodzakelijk zijn in het algemeen belang, teneinde een legitiem doel van overheidshandelen te bereiken. Daarbij bestaan relaties met verschillende andere beginselen, zoals het in het Engelse recht bekende beginsel van de *reasonableness*.<sup>385</sup>

Evenredigheidstoetsing kan – afhankelijk van de context – neerkomen op een doel-middeltoetsing, toetsing van belangenafweging, of een beoordeling van de vraag of de zwaarte van een straf in overeenstemming is met de ernst van het gepleegde feit. Doel-middeltoetsing komt in het Unierecht voor bij het vrij verkeer; is overheidsoptreden dat een beperking van het vrij verkeer vormt, gerechtvaardigd in het licht van door het Unierecht toegestane doelstellingen?<sup>386</sup> In de Algemene wet bestuursrecht ligt de nadruk op de redelijkheid van de belangenafweging zelf die bestuursorganen moeten maken.<sup>387</sup> Het verschil tussen beide vormen is overigens subtiel.

Verder is het van belang goed voor ogen te houden dat de verschillende elementen van het evenredigheidsbeginsel onder verschillende benamingen, in literatuur en rechtspraak, kunnen figureren. Met andere woorden: niet elke schrijver en niet elke rechterlijke instantie gebruikt de begrippen noodzakelijkheid en evenredigheid op eenzelfde wijze.

384 Hoffmann 1999, p. 109.

385 De Búrca 1997.

386 Vergelijk Eijssbouts e.a. 2015, p. 115-118.

387 Zie artikel 3:4, tweede lid Awb.

In de volgende paragrafen wordt het evenredigheidsbeginsel diepgaander besproken. Paragraaf 4.2 gaat in het op het evenredigheidsbeginsel in het Unierecht. In paragraaf 4.3 bespreken wij de doorwerking van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht. In dat kader wordt ook aandacht besteed aan het Nederlandse evenredigheidsbeginsel.

## 4.2 Het evenredigheidsbeginsel in het Unierecht

### 4.2.1 De wettelijke basis van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel

Het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel is door het Hof van Justitie al in de jaren zeventig van de vorige eeuw erkend als algemeen Unierechtelijk rechtsbeginsel.<sup>388</sup> Inmiddels is het evenredigheidsbeginsel in het Unierecht niet ‘zomaar’ een beginsel; het heeft een verdragsrechtelijke status.<sup>389</sup> Artikel 5, lid 4 VEU bepaalt dat:

‘[K]rachtens het evenredigheidsbeginsel de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder [gaan] dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken.’

De betekenis van deze bepaling is verder uitgewerkt in een aantal richtlijnen die zijn neergelegd in Protocol no. 2, behorend bij het Verdrag van de Europese Unie.<sup>390</sup>

Volgens artikel 5 van dit protocol dient er bij de ontwerpen van wetgevingshandelingen rekening mee te worden gehouden dat alle, financiële of administratieve lasten voor de Unie, de nationale regeringen, de regionale of lokale overheden, het bedrijfsleven en de burgers tot een minimum moeten worden beperkt en in verhouding moeten staan tot het te bereiken doel.

Uit de tekst van artikel 5, vierde lid VEU blijkt dat de bepaling voornamelijk ziet op de bescherming van het belang van de lidstaten en niet zozeer op het belang van de burger.<sup>391</sup> Daarbij komt dat het evenredigheidsbeginsel nauw samenhangt met het subsidiariteitsbeginsel dat is neergelegd in artikel 5, derde lid VEU.<sup>392</sup> Dit beginsel ziet ook op de verhouding tussen de EU en de lidstaten: ‘op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, [treedt de Unie] slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt.’ Het voorgaande neemt niet weg dat het subsidiariteitsbeginsel een grotere rol speelt in de relatie tussen de EU en de lidstaten dan het evenredigheidsbeginsel. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie komt het evenredigheidsbeginsel met name terug in de relatie tussen de EU en haar economische rechtssubjecten.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat het evenredigheidsbeginsel, door het opnemen ervan in artikel 52 Handvest, ook een andere betekenis heeft gekregen.<sup>393</sup> Artikel 52, lid 1 Hv bepaalt:

‘Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn

388 Zaak 11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970].

389 Zie Tridimas 2006, p. 138. Zie over artikel 5, vierde lid VEU ook Trstenjak & Beysen 2012.

390 Zie over dit Protocol Van Ooik 2013, p. 171-172.

391 Tridimas 2006, p. 138.

392 Zie over deze relatie ook Van Ooik 2013, p. 166 e.v.

393 Zie ook Von Danwitz 2012, p. 369. Zie reeds paragraaf 2.4.3.2.



en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’

Hier staat meer nog dan bij artikel 5, lid 4 VEU de burger centraal.

Verder treffen we het evenredigheidsbeginsel ook nog aan in artikel 49, lid 3 Handvest waarin wordt bepaald dat de zwaarte van de straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit.

Ook in de rechtshandelingen van de Unie-instellingen kunnen verwijzingen naar het evenredigheidsbeginsel worden aangetroffen. In het kader van bijvoorbeeld het toepassen van financiële correcties volgend op onregelmatigheden met EU-subsidies, zijn de lidstaten verplicht om rekening te houden met de aard en de ernst van de onregelmatigheden en met het financiële verlies voor de EU-fondsen; zij dienen een evenredige correctie toe te passen.<sup>394</sup>

Ten slotte komen we het evenredigheidsbeginsel, naast voormelde expliciete verwijzingen, ook in meer bedekte termen tegen. Het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk overwogen dat de evenredigheidstoets die wordt verricht in het kader van het vrij verkeer van goederen zijn basis vindt in artikel 36, tweede lid VWEU. In het mededingingsrecht wordt in de term “onmisbaar” uit artikel 101, derde lid VWEU een proportionaliteitstoets ingelezen. Op het terrein van het gemeenschappelijk landbouw- en visserijbeleid wordt het evenredigheidsbeginsel tot uitdrukking gebracht in artikel 40, tweede lid VWEU.<sup>395</sup>

#### 4.2.2 De verschillende toepassingsgebieden

Het Unierecht kent verschillende toepassingsgebieden van het evenredigheidsbeginsel. Vele malen is het beginsel in de rechtspraak van het Hof ter sprake gekomen. De belangrijkste toepassingsgebieden, waarbij doorwerking op het nationale (bestuurs)recht aan de orde kan zijn, zijn de beoordeling van het handelen van lidstaten in relatie tot de interne markt (paragraaf 4.2.5) en de beoordeling van sancties, dat laatste vooral in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid (paragraaf 4.2.6). Daarnaast speelt evenredigheidstoetsing op Unierechtelijk niveau een rol bij de beoordeling van het beleid en de wetgeving van de Raad en de Commissie (paragraaf 4.2.4). Het evenredigheidsbeginsel bepaalt de grenzen aan het ingrijpen van de Unie. Omdat de beoordeling van het beleid van Raad en Commissie als zodanig in elk geval zijdelings doorwerkt in het nationale bestuursrecht, wordt ook aan dit aspect van de evenredigheidstoetsing aandacht besteed. Voordat deze toepassingsgebieden zullen worden besproken, zal eerst worden ingegaan op de inhoud van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.

#### 4.2.3 De inhoud van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel

Thans wordt vrij algemeen aanvaard dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie drie elementen van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel kunnen worden onderscheiden, zij het dat deze drie niet

<sup>394</sup> Zie artikel 143, tweede lid van de Verordening nr. 1303/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 houdende gemeenschappelijke bepalingen inzake het EFRO, het ESE, het Cohesiefonds, het ELFPO en het EFMZV en algemene bepalingen inzake het EFRO, het ESE, het Cohesiefonds en het EFMZV. Zie ook artikel 3 van de Verordening 617/2010 inzake mededeling aan de Commissie van investeringsprojecten met betrekking tot energie-infrastructuur binnen de Europese Unie, Pb. 2010, L 180/7.

<sup>395</sup> Zaak C-535/03, *Unitymark Ltd, North Sea Fishermen's Organisation/ Department for Environment, Food and Rural Affairs* [2006], r.o. 53.

altijd als zodanig worden toegepast.<sup>396</sup> Soms wordt zelfs helemaal vergeten eraan te toetsen.<sup>397</sup> Deze driedeling is als volgt.<sup>398</sup> In de eerste plaats moet de nationale maatregel ‘geschikt’ (*suitable*) zijn om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen. Er moet als het ware een zekere causale relatie bestaan tussen de maatregel en het doel. Daarbij komt dat het doel, het te beschermen belang, een *legitiem* belang moet zijn. In die zin moet de rechter die wordt gevraagd een evenredigheids-toetsing uit te voeren, in feite eerst een voorvraag beantwoorden. Welke belangen en doelstellingen komen in een bepaalde rechtsorde überhaupt voor bescherming in aanmerking?<sup>399</sup> Dat de horde van de geschiktheid niet al te vaak problemen oplevert, is niet zo verwonderlijk. Want, waarom zou men met het oog op de bescherming van een bepaald belang een niet-effectieve maatregel willen nemen?

In de tweede plaats impliceert het evenredigheidsbeginsel dat de maatregel *noodzakelijk* is. Dit houdt onder andere in dat er geen even doelmatige maar minder belastende alternatieven voorhanden zijn die leiden tot de verwezenlijking van het te bereiken doel. Kortom, het criterium van het ‘minst belemmerende alternatief’. Twee of meer mogelijke beleidsinstrumenten worden eerst beoordeeld op de vraag: beschermen deze het belang even effectief of niet? Is het antwoord ja, dan moet vervolgens worden bekeken, welke van *deze* instrumenten de minst belastende effecten voor de burger met zich meebrengt.

Het derde element van het evenredigheidsbeginsel wordt over het algemeen in de literatuur aangeduid als het evenredigheidsbeginsel *sensu stricto*.<sup>400</sup> Daaronder wordt verstaan dat een maatregel onevenredig is wanneer de erdoor teweeggebrachte belasting niet in proportie staat tot het nagestreefde doel of het ermee bereikte resultaat. Men zou ook kunnen zeggen: hier gaat het om het evenredigheidsbeginsel ‘in echte zin’ of ook wel de *Angemessenheit* van de maatregel. Dit derde element maakt echter niet altijd deel uit van de evenredigheidstoets die door het Hof wordt verricht.<sup>401</sup>

Samenvattend gaat het bij het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel dus over de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid van de maatregel.

De geschiedenis van het evenredigheidsbeginsel (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) in het Duitse recht is van belang geweest voor de ontwikkeling van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.<sup>402</sup> De ‘drie-stappen-toets’ die we zojuist zijn tegengekomen in het Unierecht, vinden we ook terug in het Duitse constitutionele recht. Wellicht vindt het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel daar zelfs zijn oorsprong. In het Duitse recht wordt gesproken van de *Geeignetheit*, de *Erforderlichkeit* en de

396 Vergelijk De Búrca 1993, p. 146, Van Gerven 1999, p. 37, Jacobs 1999, p. 1, Schwarze 2006, p. 854 e.v., Tridimas 2006, p. 139, Groussot 2006, p. 146, Koch 2003, p. 198 e.v., Gerards 2007, p. 77 en Von Danwitz 2012, p. 372-273. Het Hof van Justitie gebruikt nogal eens de overweging dat dwingende eisen van algemeen belang nationale maatregelen kunnen rechtvaardigen die de intracommunautaire handel kunnen belemmeren, mits zij geschikt zijn om de verwezenlijking van dit doel te verzekeren en niet verder gaan dan voor het bereiken daarvan noodzakelijk is. Zie ook Gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, Libert [2013], waar het Hof de evenredigheidstoets zelfs nog korter formuleert. Nagegaan moet worden of de nationale voorwaarde “een maatregel vormt die noodzakelijk en geschikt is” voor de verwezenlijking van het beoogde doel. In arresten waarin het gaat om de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het kader van de beoordeling van rechtmatigheid van Uniewetgeving wordt vaker een overweging gebruikt die recht doet aan alle drie de elementen van het evenredigheidsbeginsel. Zie bijvoorbeeld Zaak C-331/88, Fedesa [1990], r.o. 13 en meer recent Zaak C-343/09, Afton Chemical [2010], r.o. 45 en Zaak C-365/08, Agrana Zucker [2010] r.o. 29.

397 Zie bijvoorbeeld Zaak C-2/90 Waalse Afvalstoffen [1992] en Zaak C-379/98, PreussenElektra [2001]. Overigens is dit in de nationale rechtspraak ter zake van het evenredigheidsbeginsel niet veel anders, zie hierna paragraaf 4.3.

398 Zie ook Craig 2012, p. 591, Von Danwitz 2012, p. 371-372.

399 Vergelijk ook de hierna te bespreken Zaak C-331/88, Fedesa [1990], waarin het Hof van Justitie het heeft over legitieme doelstellingen.

400 Vergelijk Gevoegde zaken T-125/96 en T-152/96, Boehringer [1999], r.o. 102.

401 Craig 2012, p. 591, Van Gerven 1999, p. 37-38. Volgens Tridimas maakt het Hof van Justitie in de praktijk in zijn analyse geen onderscheid tussen het tweede en derde element. Vandaar dat naar zijn mening de evenredigheidstoets slechts uit twee elementen bestaat: geschiktheid en noodzakelijkheid. Tridimas 2006, p. 139. Zo ook Van Ooik 2013, p. 169.

402 Craig 2012, p. 591, Von Danwitz 2012, p. 367, Groussot 2006, p. 20 e.v. Zie omtrent het Duits evenredigheidsbeginsel Hins 2005, p. 66 e.v..

*Zumutbaarheid* van de maatregel. Het vereiste van *Geeignetheit* brengt met zich mee dat de maatregel geschikt moet zijn om een bepaald doel te bereiken; de *Erforderlijkheid* verlangt dat indien mogelijk met een minder zwaar middel wordt volstaan en de *Zumutbaarheid* verhindert dat op de door de maatregel getroffen burgers onredelijke lasten drukken.<sup>403</sup>

#### 4.2.4 Evenredigheid bij de toetsing van EU-wetgeving

*Leading case* voor de wijze waarop het Hof van Justitie EU rechtshandelingen toetst aan het evenredigheidsbeginsel is nog steeds de zaak *Fedesa*.<sup>404</sup>

De zaak betrof de geldigheid van een richtlijn die de lidstaten verplichtte tot het invoeren van een verbod op het gebruik van bepaalde hormonale stoffen in de veehouderij. Zo zou het verbod, aldus *Fedesa*, ongeschikt zijn ter verwezenlijking van de gestelde doeleinden, aangezien de verboden hormonen niet door keuring van het vlees zouden kunnen worden opgespoord en het verbod tevens zou leiden tot een aanzienlijke 'zwarte markt' in verboden hormonen. Het verbod zou verder niet nodig zijn, omdat met minder vergaande maatregelen zou kunnen worden volstaan. Actieve informatieverstrekking zou de ongerustheid bij de consument over de aanwezigheid van hormonen in het vlees kunnen wegnemen en zou daarom volstaan. Ten slotte zouden de aan het verbod klevende nadelen veel groter zijn (financiële verliezen voor handelaren) dan de voordelen. In deze argumenten kunnen natuurlijk meteen de drie verschillende aspecten van het evenredigheidsbeginsel worden herkend: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid. Het in *Fedesa* door het Hof gehanteerde toetsingscriterium luidt als volgt: 'Volgens dit beginsel zijn maatregelen waarbij economische activiteiten worden verboden, slechts wettig wanneer zij geschikt en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande, dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel.' Ook hierin herkennen we onmiddellijk de drie aspecten: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid.

Over de mate waarin deze criteria voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn, merkt het Hof in *Fedesa* op, dat voor ogen moet worden gehouden dat *in casu* de Unie op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid over een discretionaire bevoegdheid beschikt.<sup>405</sup> Die bevoegdheid heeft te maken met de politieke verantwoordelijkheid die de Raad voor de totstandkoming van het gemeenschappelijk landbouwbeleid door de verdragen is toegekend. 'Derhalve', aldus het Hof van Justitie, 'kan aan de wettigheid van op dit gebied vastgestelde maatregelen slechts afbreuk worden gedaan, wanneer de maatregelen *kennelijk ongeschikt* zijn ter bereiking van het door de bevoegde instelling nagestreefde doel.'<sup>406</sup> Het gaat er dus niet om, of de door de wetgever vastgestelde maatregel de enig mogelijke of best mogelijke maatregel is, doch of hij kennelijk ongeschikt is.<sup>407</sup>

Van een volledige en indringende toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is duidelijk geen sprake. Het Hof is zich bewust van zijn constitutionele positie in het algemeen en op het complexe terrein van het gemeenschappelijk landbouwbeleid (artikel 39 VWEU) in het bijzonder.<sup>408</sup> Het met

403 Zie Schwarze 2006, p. 685-687. Deze drie elementen van het evenredigheidsbeginsel zijn ook terug te vinden in het Zweedse bestuursrecht. Zie Groussot 2006, p. 394 e.v..

404 Zaak C-331/88, *Fedesa* [1990].

405 Zie ook Zaak C-180/96, *Verenigd Koninkrijk/Commissie* [1998].

406 *Cursivering* toegevoegd.

407 Vergelijk Zaak C-189/01, *Jippes* [2001], r.o. 83; Zaak C-58/08, *Vodafone* [2010] en Zaak C-150/10, *Beneo-Orafti* [2011], r.o. 77.

408 Vergelijk ook Zaak C-535/03, *Unitymark Ltd, North Sea Fishermen's Organisation/Department for Environment, Food and Rural Affairs* [2006], r.o. 57.

elkaar proberen te verenigen van vaak verschillende tegengestelde doelstellingen is een bij uitstek politieke beslissing. Daarbij past rechterlijke terughoudendheid.

Als we vervolgens gaan kijken hoe het Hof in *Fedesa in concreto* toetst aan de drie aspecten van het evenredigheidsbeginsel, dan kan niet anders dan de conclusie worden getrokken dat het Hof hier een beoordeling op afstand uitvoert.

Op het punt van de geschiktheid overweegt het Hof dat wanneer keuringen niet voldoen, andere controlemethodes moeten worden toegepast.<sup>409</sup> Daarbij zou ook bij een minder absoluut verbod een zwarte markt kunnen ontstaan en zouden andere kostbare controlemaatregelen de doeltreffendheid ook niet kunnen garanderen. Onder deze omstandigheden achtte het Hof de door Raad genomen maatregel niet kennelijk ongeschikt. Met betrekking tot de noodzakelijkheid merkt het Hof slechts op dat de maatregel niet alleen de bedoeling heeft om de consument te beschermen, maar ook noodzakelijk is ter opheffing van handelsbelemmeringen en concurrentiedistorsies.<sup>410</sup> Dit alles kan niet bereikt worden met minder belastende maatregelen, zoals informatieverschaffing aan de consument. Ten slotte overweegt het Hof, met betrekking tot de evenwichtigheid van de maatregel, in een enkele zin, dat het belang van de nagestreefde doeleinden van dien aard is, dat het negatieve economische consequenties voor bepaalde handelaren kan rechtvaardigen.<sup>411</sup>

Deze *Fedesa*-doctrine is, zoals gezegd, nog steeds leidende op dit punt.<sup>412</sup> De gekozen benadering in *Fedesa* is niet beperkt tot zaken op het terrein van het gemeenschappelijk landbouwbeleid,<sup>413</sup> maar is ook terug te vinden op sociaal-economische beleidsterreinen waar de Unie-wetgever ook een ruime discretionaire bevoegdheid heeft.<sup>414</sup> De juridische minimalistische benadering van het Hof is onder meer terug te vinden in zaken betreffende het arbeidsrecht,<sup>415</sup> tabaksreclame,<sup>416</sup> anti-dumping,<sup>417</sup> milieu,<sup>418</sup> sociale politiek,<sup>419</sup> transport,<sup>420</sup> gezondheid,<sup>421</sup> consumentenbescherming,<sup>422</sup> internationale anti-terrorisme maatregelen<sup>423</sup> en visserij.<sup>424</sup> Op al deze beleidsterreinen concludeert het Hof dat de Unie-instellingen een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben wat betreft het vaststellen van Unierechtelijke regels, gelet op de complexe afwegingen die zij moeten maken.<sup>425</sup> Wanneer het Hof

409 Zaak C-331/88, *Fedesa* [1990], r.o. 15.

410 Zaak C-331/88, *Fedesa* [1990], r.o. 16.

411 Zaak C-331/88, *Fedesa* [1990], r.o. 17.

412 Zie Zaak C-180/96, Verenigd Koninkrijk/Commission [1998], Zaak T-125/96, Boehringer [1999], Zaak C-189/01, Jippes [2001], Zaak C-174/05, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie [2006], en Gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, Natural Health [2005]. Meer recente zaken zijn Zaak C-101/12, Herbert Schaible [2013], Gevoegde zaken C-187/12 en C-189/12, SFIR and Others [2013] en Zaak C-150/10, Beneo-Orafti [2011].

413 Zie op het terrein van het gemeenschappelijk landbouwbeleid ook Zaak C-59/11 Association Kokopelli [2012].

414 Zie Von Danwitz 2012, p. 375-377 en Harbo 2010, p. 177.

415 Zaak C-84/94, Verenigd Koninkrijk/Raad [1996].

416 Zaak C-491/01, British American Tobacco e.a. [2002].

417 Zaak 255/84, Nachi Fujikoshi Corporation/Raad [1987].

418 Zaak C-122/00, Omega Air e.a. [2002].

419 Zaak C-84/94, Verenigd Koninkrijk/Raad [1996].

420 Zaak C-27/00, Omega Air e.a. [2002].

421 Zaak C-376/98, Duitsland/Parlement en Raad [2000]; Zaak C-377/98, Nederland/Parlement & Raad [2001]; Zaak C-491/01, British American Tobacco e.a. [2002].

422 Zaak C-233/94, Duitsland/Parlement en Raad [1997].

423 Zaak T-315/01, Yassin Abdullah Kadi/Raad [2005], bevestigd in Gevoegde zaken C-402/05 en C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi en Al Brakaat International Foundation/Raad [2008].

424 Zaak C-221/09, AJD Tuna [2011]; Gevoegde zaken C-20/00 en 64/00, Booker Aquaculture en Hydro Seafood [2003].

425 In sommige gevallen verwijst het Hof in dat verband naar de omstandigheid dat het desbetreffende gemeenschappelijke beleid meebrengt dat de Raad een ingewikkelde economische situatie heeft te beoordelen. Zie voorts Zaak C-62/14, Gauweiler e.a. [2015], r.o. 68, waarin het Hof oordeelt dat het Europees Stelsel van Centrale Banken technische keuzes, prognoses en complexe afwegingen moet maken.

de uitoefening van deze bevoegdheid controleert dan kan het niet zijn eigen beoordeling in de plaats stellen van dat van de Uniewetgever. Het Hof dient zich te beperken tot het nagaan of de Unie-instelling de grenzen van zijn beoordelingsbevoegdheid niet kennelijk heeft overschreden.<sup>426</sup> Het voorgaande betekent dat het Hof erg terughoudend is om Uniewetgeving aan een volledige proportionaliteitstoets te onderwerpen.<sup>427</sup> Slechts in een aantal arresten komt het Hof tot het oordeel dat de desbetreffende EU-wetgeving niet door de beugel kan omdat zij niet evenredig is.<sup>428</sup>

Een aantal arresten van het Hof van Justitie laat zien dat niet alleen een afstandelijke proportionaliteitstoets plaatsvindt, maar ook steeds meer een procedurele in plaats van materiële proportionaliteitstoets.<sup>429</sup> Het Hof overweegt in dat kader dat het toezicht op de inachtneming van bepaalde procedurele waarborgen van fundamenteel belang is.<sup>430</sup> Dit betekent dat het Hof in toenemende mate toetst of de EU-instellingen voldoende hebben gemotiveerd of Uniewetgeving geschikt en noodzakelijk is en niet langer een inhoudelijke beoordeling uitvoert.<sup>431</sup> Volgens het Hof dient de Uniewetgever zijn keuze voor een bepaalde maatregel op objectieve criteria te baseren en bovendien in het kader van de beoordeling van de lasten die verschillende mogelijke maatregelen meebrengen, te onderzoeken of de gekozen maatregel, gelet op de nagestreefde doelstellingen, – zelfs aanzienlijke – negatieve economische gevolgen voor bepaalde marktdeelnemers, rechtvaardigt.<sup>432</sup> Voor het Hof van Justitie is daarbij van belang of een *impact assessment*<sup>433</sup> is uitgevoerd waarin verschillende mogelijke Unierechtelijke maatregelen en hun gevolgen zijn onderzocht.<sup>434</sup> Op deze manier wordt de proportionaliteitstoets steeds meer tot een toetsing aan het motiveringsbeginsel, dan wel het formele zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>435</sup>

Zoals uit de volgende paragraaf zal blijken staat het voorgaande in schril contrast tot de zaken waarin het Hof de evenredigheid beoordeelt van nationale maatregelen die raken aan de Unierechtelijke rechten van vrij verkeer. Deze zaken laten een veel indringender toetsing aan het evenredigheidsbeginsel zien.<sup>436</sup> Dit leidt ertoe dat de indruk bestaat dat het Hof het evenredigheidsbeginsel – in ieder geval ten aanzien van de geschiktheid en noodzakelijkheid – strikter toepast bij de beoordeling

426 Zie Zaak C-101/12, Herbert Schaible [2013], r.o. 48, Zaak C-221/09, AJD Tuna [2011], r.o. 80, Zaak T-180/00, Astepesca/Commissie [2002], r.o. 79, Zaak C-122/00, Omega Air e.a. [2002], r.o. 64. Gevoegde zaken C-248/94 en C-249/95, SAM Schifffahrt en Stapf/Duitsland [1996], r.o. 24.

427 Zie Portuese 2013, p. 634. Een uitzondering vormt C-283/11, Sky Österreich/Österreichischer Rundfunk [2013]. In dit arrest waarin het gaat om het aanbieden van audiovisuele diensten, verricht het Hof van Justitie een zorgvuldige belangenafweging tussen verschillende rechten en fundamentele vrijheden die binnen het Unierecht worden beschermd. Het Hof besteedt daarbij geen aandacht aan de vraag of de Uniewetgever een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt op dit beleidsterrein.

428 Zie bijvoorbeeld Zaak C-310/04, Spanje/Raad [2006], Zaak T-85/09, Kadi/Commissie [2010], Gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, ABNA e.a. [2005], Zaak C-376/98, Duitsland/Parlement & Raad [2000], de melkpoederzaken (Zaak 114/76, Bela-Muhle/Grows-Farm [1977], Zaak 116/76, Granaria [1977]); Gevoegde zaken 119/76 en 120/76, Oelmuehle en Becher [1977]).

429 Zaak C-310/04, Spanje/Raad [2006], Zaak C-58/08, Vodafone [2010], Zaak C-176/09, Luxemburg/Parlement & Raad [2011]. Zaak T-526/10, Inuit e.a./Europese Commissie [2013], r.o. 90-103 en Zaak C-62/14, Gauweiler e.a. [2015], r.o. 67 e.v.. Zie hieromtrent Harvey 2017, Lenaerts 2012B, p. 7 e.v. en Brenncke 2010, p. 1809.

430 Zaak C-62/14, Gauweiler e.a. [2015], r.o. 69.

431 Zaak C-62/14, Gauweiler e.a. [2015], r.o. 71 e.v..

432 Zaak C-176/09, Luxemburg/Parlement en Raad [2011]. r.o. 65.

433 Bij een impact assessment gaat het om een uitgebreide ex ante beoordeling van EU-wetgeving. Zie hieromtrent Meuwese 2008.

434 Zaak C-58/08, Vodafone [2010], r.o. 55, Zaak C-176/09, Luxemburg/Parlement en Raad [2011]. r.o. 65 en Zaak C-358/14, Polen/Parlement en de Raad [2016], r.o. 101. Zie hieromtrent Lenaerts 2012, p. 7; Brenncke 2010, p. 1809.

435 Zie Sauter 2013, p. 14; Harvey 2017, p. 104. Zie ook Zaak C-62/14, Gauweiler e.a. [2015], r.o. 70.

436 Zie Portuese 2013, p. 630, Van Ooik 2013, p. 181, Tridimas 2006, p. 138. Harbo bekritiseert deze visie. Hij is het niet eens met het door Tridimas gemaakte onderscheid tussen de proportionaliteitstoets die het Hof toepast bij de beoordeling van Unierechtelijke maatregelen enerzijds en nationale maatregelen anderzijds en doet een andere poging om de verschillende benadering van het Hof te duiden. Zie Harbo 2010.

van nationale maatregelen dan bij de beoordeling van Uniewetgeving.<sup>437</sup> De verschillende benaderingswijze zou kunnen worden verklaard door het feit dat de desbetreffende nationale maatregelen vaak de integratie van de interne markt belemmeren, terwijl Uniewetgeving veelal wordt verondersteld bij te dragen aan de totstandkoming van de Unierechtelijke interne markt.<sup>438</sup>

Ten slotte is van belang op te merken dat het Hof EU-wetgeving niet aan een proportionaliteits-toets onderwerpt wanneer de desbetreffende wetgeving beoordelingsruimte laat aan de lidstaten wat betreft de implementatie in het nationale recht. In dat geval dienen de lidstaten bij de vaststelling van een nationale norm in het kader van een aan hen toegekende beoordelingsmarge het evenredigheidsbeginsel in acht nemen.<sup>439</sup>

In de zaak *Standley* speelde bijvoorbeeld de vraag of de Nitraatrichtlijn geldig was in het licht van het evenredigheidsbeginsel.<sup>440</sup> Het Hof overweegt dat 'de bepalingen van de richtlijn soepel genoeg zijn om de lidstaten in staat te stellen bij de toepassing van de door hen getroffen maatregelen het evenredigheidsbeginsel te eerbiedigen. Het staat aan de nationale rechterlijke instanties om de eerbiediging van dat beginsel te verzekeren.'<sup>441</sup> Deze conclusie zal van toepassing zijn op bijna al het Unierecht dat de lidstaten beoordelingsruimte laat en is bedoeld om te worden geïmplementeerd/geoperationaliseerd door nationale wetgeving.<sup>442</sup>

De logische vervolgvraag is: hoe staat het met de wijze waarop het Hof van Justitie andere dan *wetgevende* maatregelen toetst aan het evenredigheidsbeginsel? Zoals hiervoor in *Fedesa* is duidelijk geworden, vormt de politieke verantwoordelijkheid van de Uniewetgever voor een bepaald beleidsterrein de basis voor 's Hof's afstandelijke wijze van toetsing. Bij executieve beslissingen speelt niet het bijzondere probleem van de verhouding rechter – wetgever. Bij het beoordelen van besluiten gaat het, zo zou men kunnen zeggen, gewoon om bestuursrechtspraak. In het algemeen kan men uit de rechtspraak van het Hof van Justitie afleiden dat wanneer van de Unie-instellingen wordt verlangd dat zij politieke, economische en sociale keuzes moeten maken waarin ingewikkelde beoordelingen plaatsvinden, het Hof een zekere distantie in acht neemt bij het toetsen van hun rechtshandelingen.<sup>443</sup>

#### 4.2.5 Evenredigheid en vrij verkeer

In de rechtspraak van het Hof speelt het evenredigheidsbeginsel een belangrijke rol bij de beoordeling van nationale belemmeringen van het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal.<sup>444</sup> Wat is nu het probleem met de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij de beoordeling van die nationale maatregelen? Men zou kunnen zeggen dat de hiervoor vermelde drie elementen van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel – geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *strictu sensu* – een opklimmende reeks vormen qua intensiteit waarmee het Hof van Justitie nationale maatregelen kan beoordelen.

437 Craig 2012, p. 629.

438 Zie Portuese 2013, p. 631, Craig 2012, p. 629 en Tridimas 2006, p. 193.

439 Zaak C-316/10, Danske Svineproducenter [2011], r.o. 52.

440 Zaak C-293/97, *Standley e.a.* [1999].

441 Zaak C-293/97, *Standley e.a.* [1999], r.o. 50.

442 Zie Zaak C-375/08, Luigi Pontini [2010], r.o. 86-89 waar het Hof soortgelijke overwegingen hanteert inzake de in een Unierechtelijke verordening neergelegde beoordelingsmarge.

443 Zie bijvoorbeeld Gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, *Natural Health* [2005] en, op het terrein van het mededingingsrecht, Zaak C-12/03 P, *Commissie/Tetra Laval* [2005]. Zie over dit laatste onderwerp Essens e.a. (eds.) 2009. Zie ook hoofdstuk VI, paragraaf 7.1.

444 Zie over deze vrijheden Eijssbouts e.a. 2015, p. 77 e.v.

Het toetsen van de ‘geschiktheid’ van de maatregel is een activiteit die als een normale rechterlijke bezigheid kan worden beschouwd. Bekijken of er een causale relatie bestaat tussen instrument en het doel daarvan is, voor een rechter, nauwelijks iets bijzonders. Het vervolgens beoordelen – in het kader van de ‘noodzakelijkheid’ van de maatregel – of er een ‘minder belemmerend alternatief’ beschikbaar is, is al meer complex. Dit vereist een, soms diepgaand, inzicht in de mate van effectiviteit van nationale wetgeving in een vaak complexe nationale context. Het derde element – evenredigheid *strictu sensu* – is het meest problematisch. Dit element vereist namelijk een ‘echte’ belangenafweging. Het belang van de goede werking van de interne markt moet bijvoorbeeld worden afgewogen tegen dat van bijvoorbeeld de openbare veiligheid, de consumentenbescherming of de volksgezondheid. Daarbij speelt niet alleen het traditionele probleem van ‘een rechter moet het niet beter willen weten dan de wetgever’.<sup>445</sup> Dit zou nog met behulp van de bekende formules van marginale toetsing en respectering van beleidsvrijheid kunnen worden ‘opgelost’. In de Unierechtelijke context van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel speelt echter ook nog een andere vraag van ‘machtenverdeling’, namelijk die tussen de EU als zodanig en haar lidstaten. Immers, een beroep door een lidstaat op een rechtvaardigingsgrond – artikel 36 VWEU en ‘the rule of reason’<sup>446</sup> – komt *per definitie*<sup>447</sup> alleen ter sprake in een situatie waarin de Uniewetgever nog niet is opgetreden. Een belangenafweging in het kader van het evenredigheidsbeginsel impliceert derhalve dat de rechter een uitspraak doet over de mate van bescherming van publieke belangen in de Unie en deze vervolgens afweegt tegen het belang van marktintegratie. Dit alles in een situatie waarin de Uniewetgever (nog) niet in staat is gebleken hierover wetgeving uit te vaardigen en soms over slechts zeer beperkte bevoegdheden beschikt om dergelijke Unierechtelijke normen vast te stellen.<sup>448</sup> Naar de mening van de auteurs zou het Hof dus terughoudendheid moeten betrachten bij de toetsing van de evenredigheid van beperkingen van de fundamentele verkeersvrijheden.

Toepassing van het evenredigheidsbeginsel in een Europeesrechtelijke setting heeft dus een dubbele constitutionele gelaagdheid: zij betreft de verhouding rechterlijke macht versus wetgever en zij betreft de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en haar lidstaten. Hoe indringender het Hof van Justitie nationale belemmeringen toetst aan het evenredigheidsbeginsel, des te groter de bevoegdheidsverschuiving is van nationale wetgever naar de Unierechtelijke rechter.

Volgens vaste jurisprudentie is het aan de nationale autoriteiten om aan te tonen dat een nationale regeling die één van de vier vrijheden beperkt, voldoet aan de criteria van geschiktheid en noodzakelijkheid.<sup>449</sup> Voorts dienen de rechtvaardigingsgronden die door een lidstaat worden aangevoerd gepaard te gaan met een onderzoek van de geschiktheid en de evenredigheid van de door die lidstaat genomen beperkende maatregel, alsmede met specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog.<sup>450</sup>

445 Dit is expliciet tot uitdrukking gebracht in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht aangaande de toetsing van EU-wetgeving op evenredigheid. In de BSE-zaak, Zaak C-180/96, Verenigd Koninkrijk/Commissie [1998], r.o. 97, legt het Hof bijvoorbeeld de nadruk op de discretionaire bevoegdheid waarover de gemeenschapswetgever op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid beschikt. Het Hof overweegt vervolgens dat aan de wettigheid van een op dit gebied vastgestelde maatregel slechts afbreuk kan worden gedaan, wanneer de maatregel kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instelling nagestreefde doel. Zie hieromtrent ook paragraaf 4.2.3.

446 Zie hieromtrent Eijsbouts e.a. 2015, p. 106-109.

447 Vergelijk Zaak C-1/96, Compassion in World Farming [1998].

448 Zaak C-112/00, Schmidberger [2005], biedt hiervan een voorbeeld. Het Hof past een dubbele evenredigheidstoets toe: één in het kader van de beperking van het vrij verkeer en één in het kader van de beperking van fundamentele rechten.

449 Zaak C-147/03, Commissie/Oostenrijk [2005], r.o. 63, Zaak C-73/08, Bressol e.a. [2010], r.o. 71; Zaak C-542/09, Commissie/Nederland [2012]; Zaak C-150/11, Commissie/België [2012], r.o. 54. In sommige van deze arresten spreekt het Hof van “noodzakelijk en evenredig”.

450 Zaak C-147/03, Commissie/Oostenrijk [2005], r.o. 63, Zaak C-42/02, Lindman [2003], r.o. 25 en Zaak C-8/02, Leichtle [2004], r.o. 45.

In het vervolg van deze paragraaf bekijken we hoe de verschillende elementen van de Unierechtelijke evenredigheidstoets worden toegepast in de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het Hof toetst of een nationale maatregel die de vrijheden beperkt voldoet aan het evenredigheidsbeginsel.

#### 4.2.5.1 *De geschiktheid*

Het geschiktheidsvereiste verlangt dat de nationale maatregel geschikt is om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen en veronderstelt een zekere causale relatie tussen maatregel en het daarmee beoogde doel. Toch is niet helemaal duidelijk hoe geschikt een nationale maatregel moet zijn. Het begrip ‘geschikt’ lijkt een minder strikt causaal verband te veronderstellen dan ‘onmisbaar’, maar is aan de andere kant toch weer strenger dan ‘nuttig’. Ook is niet meteen duidelijk of het bepalen van de geschiktheid van een nationale maatregel een objectieve aangelegenheid is, dan wel dat de lidstaten bij het bepalen van de geschiktheid om een bepaald doel te bereiken over enige, subjectieve, beoordelingsruimte beschikken.

Een interessant voorbeeld betreffende de geschiktheid van een nationale maatregel biedt de uitspraak van het Hof in Zaak *C-317/92*.<sup>451</sup> Medicijnen in Duitsland mochten maar twee ‘uiterste gebruik’ – data hebben: 30 juni of 31 december. Doel ervan was gezondheidsbescherming door voorkoming van het gebruik van te oude medicijnen. Volgens het Hof werkt dit niet en is het geen maatregel waarmee de volksgezondheid kan worden beschermd. Het alleen naar voren halen van een datum is niet voldoende, nu ten aanzien daarvan geen controle bestond op farmaceutische ondernemingen.

In zaken op beleidsterreinen waar de lidstaten een zekere beoordelingsmarge hebben, heeft het Hof in 2007 een nieuw vereiste geïntroduceerd bij de beoordeling of een nationale maatregel die de fundamentele vrijheden beperkt geschikt is.<sup>452</sup> Het betreft de eis dat een nationale maatregel slechts geschikt is om de verwezenlijking van het aangevoerde doel te waarborgen, wanneer de verwezenlijking van dat doel ‘waarlijk coherent en systematisch’ wordt nagestreefd.<sup>453</sup> Deze eis is geïntroduceerd om meer richting te geven aan de evenredigheidstoets wat betreft het element ‘geschiktheid’. Het vereiste lijkt geen intensivering van de evenredigheidstoets in te houden.<sup>454</sup> Voorts heeft het Hof in 2016 uitgemaakt dat de nationale rechter in het kader van een beperkende nationale maatregel op het terrein van de kansspelen bij de evenredigheidstoets moet kiezen voor een dynamische aanpak en niet voor een statische.<sup>455</sup> Dit betekent dat niet alleen rekening moet worden gehouden met het doel van de regeling op het moment van vaststellen, maar ook met de gevolgen van die regeling na die vaststelling.

Zoals gezegd: het element ‘geschiktheid’ is nauwelijks problematisch. Het Hof is net als elke andere rechterlijke autoriteit heel goed in staat om zelf de causale verbanden tussen maatregelen en doelstellingen te beoordelen. In dat verband is het opmerkelijk dat in sommige arresten van het Hof de toets of een nationale maatregel ‘geschikt’ is, ontbreekt.

<sup>451</sup> Zaak C-317/92, Commissie/Duitsland [1994].

<sup>452</sup> Von Danwitz 2012, p. 380-382.

<sup>453</sup> Zie Gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, Placanica e.a. [2007], r.o. 53 en 58, Zaak C-500/06, Corporación Dermoestética [2008], r.o. 39 en 40, Zaak C-169/07, Hartlauer [2009], r.o. 55; Gevoegde zaken C-171/07 en C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. [2009], r.o. 42; Zaak C-390/12, Pflieger e.a. [2014], r.o. 49; Zaak C-49/16, Unibet [2017], r.o. 40.

<sup>454</sup> Von Danwitz 2012, p. 380-381.

<sup>455</sup> Zie Zaak C-464/15, Admiral Casinos & Entertainment AG [2016].



De zaak *Las*<sup>456</sup> betreft de vraag in hoeverre Vlaamse wetgeving, die vereiste dat arbeidsovereenkomsten gesloten tussen werknemers en werkgevers die hun zetel in Vlaanderen hebben uitsluitend in het Nederlands worden opgesteld, het vrij verkeer van werknemers beperkte. Wanneer de arbeidsovereenkomst niet in het Nederlands was opgesteld, dan diende deze overeenkomst door de Belgische rechter ambtshalve nietig te worden verklaard. Volgens het Hof van Justitie vormt een dergelijke nationale maatregel een beperking van het vrij verkeer van werknemers. In r.o. 23 overweegt het Hof dat wat de rechtvaardiging van een dergelijke beperking betreft, het vaste rechtspraak is dat nationale maatregelen die de fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, slechts toelaatbaar kunnen zijn, mits zij een doel van algemeen belang nastreven, geschikt zijn om de verwezenlijking daarvan te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. De Belgische regering had drie doelstellingen naar voren gebracht op basis waarvan de nationale maatregel in het leven was geroepen. Het Hof oordeelt dat deze doelstellingen op zichzelf de beperking van het vrij verkeer van werknemers kunnen rechtvaardigen. Bij de beoordeling of de nationale maatregel ook evenredig is, besteedt het Hof – anders dan de advocaat-generaal – geen aandacht aan de geschiktheid van de maatregel. Het Hof beoordeelt louter of de nationale maatregel verder gaat dan strikt noodzakelijk is voor het bereiken van de door de Belgische regering naar voren gebrachte doelstellingen. Waarschijnlijk heeft dit te maken met het feit dat het Hof van oordeel is dat niet aan het noodzakelijkheids criterium is voldaan. Dit is reeds voldoende om tot het oordeel te komen dat de nationale maatregel in strijd komt met het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. Toetsing aan de andere twee elementen is in dat geval niet noodzakelijk.

#### 4.2.5.2 De noodzakelijkheid

Een maatregel is niet noodzakelijk wanneer met minder ingrijpende middelen kan worden volstaan, ofwel wanneer er een minst belemmerend alternatief bestaat. Of zoals Lord Diplock het meer beeldend uitdrukte: '[y]ou must not use a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do'.<sup>457</sup>

Bij de beoordeling van nationale maatregelen die de fundamentele vrijheden beperken leidt het element 'noodzakelijkheid' veel vaker tot het oordeel dat de maatregel niet evenredig is, dan de andere twee elementen.<sup>458</sup> Bij de toepassing van het criterium van het minst belemmerende alternatief is het van belang dat, bij de vergelijking van de nationale maatregel met een potentieel minder belemmerende maatregel, het uitgangspunt is dat beide maatregelen het betrokken belang evengoed beschermen. Dit impliceert in de eerste plaats dat de aanwezigheid van alternatieven die niet geschikt zijn om het betrokken belang te beschermen, natuurlijk niet relevant is.<sup>459</sup> De tweede consequentie hiervan is dat de enkele aanwezigheid van minder belemmerende maatregelen in andere lidstaten niet noodzakelijkerwijs tot de conclusie moet leiden dat de verdergaande maatregel in een lidstaat per definitie onevenredig is.<sup>460</sup> Blijkbaar, zo is de redenering, is de mate van bescherming in die lidstaat lager. Het Unierecht kent daarbij niet de verplichting om voor het laagste beschermingsniveau te kiezen in de Unie.

Deze visie wordt ondersteund door het arrest *Alpine Investments*.<sup>461</sup> In deze zaak betoogde de Nederlandse regering dat een verbod om particulieren zonder hun voorafgaande schriftelijke toestemming telefonisch

456 Zie Zaak C-202/11, Las [2013].

457 House of Lords, Regina/Goldstein [1983] 1 All ER 434, p. 436.

458 Zie bijvoorbeeld Zaak 202/11, Las [2013], Zaak C-367/11, Prete [2012]; Zaak C-28/09, Commissie/Oostenrijk [2011]; Zaak C-443/10, Bonnarde [2011], Zaak C-205/07, Lodewijk Gysbrechts en Santurel Inter BVBA [2008].

459 Vergelijk bijvoorbeeld Zaak C-389/96, Aher-Waggon [1998].

460 Zie Tridimas 2006, p. 214. Uiteraard ligt dit anders wanneer de wetgeving van de desbetreffende lidstaat ook minder belemmerende maatregelen bevat die blijkbaar even effectief zijn. Zie Zaak C-131/93, Commissie/Duitsland [1994].

461 Zie Zaak C-384/93, Alpine Investment [1995]. Zie ook Zaak C-46/08, Carmen Media Group [2010].

te benaderen om verschillende financiële diensten aan te bieden ('cold calling') ten doel had de reputatie van de Nederlandse financiële markten en het beleggend publiek te beschermen. Alpine voerde onder meer aan dat in het Verenigd Koninkrijk minder strikte regels gelden. Het Hof is van dit argument niet onder de indruk. Volgens het Hof betekent het feit dat in de ene lidstaat minder strikte bepalingen gelden dan in de andere, niet dat deze laatste onevenredig zijn en derhalve onverenigbaar met het Unierecht.<sup>462</sup>

Zoals hiervoor aangegeven, is het aan de lidstaat om aan te tonen dat de nationale maatregel geschikt is om het daarmee beoogde doel te bereiken.<sup>463</sup> Het gevolg hiervan is dat lidstaten ook moeten aantonen dat de nationale maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk om het doel te bereiken.<sup>464</sup> Bij de rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren moet een onderzoek zijn gevoegd naar de geschiktheid en de evenredigheid van de door die lidstaat genomen maatregel, alsmede specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog.<sup>465</sup> In dat verband is het niet voldoende dat een lidstaat verwijst naar meer belemmerende maatregelen die ook mogelijk zouden zijn geweest.<sup>466</sup> Een lidstaat dient grondig te onderzoeken of maatregelen kunnen worden getroffen die het vrije verkeer minder zouden beperken en mogen die maatregelen slechts van de hand wijzen indien duidelijk vaststaat dat zij niet geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken.<sup>467</sup> De op de lidstaten rustende bewijslast kan echter niet zo zwaar zijn dat zij positief moeten aantonen dat met geen enkele andere voorstelbare maatregel het bereiken van de nagestreefde doelstelling onder dezelfde omstandigheden kan worden verzekerd.<sup>468</sup> Het Hof vraagt dus ook niet het onmogelijke. Maar de lidstaat dient wel op zijn minst aan te kunnen tonen waarom het voor een bepaalde nationale maatregel heeft gekozen.<sup>469</sup>

#### 4.2.5.3 *Evenredigheid Stricto Sensu*

De vraag 'wie het beschermingsniveau van een bepaald belang beslist' is er één die doordringt tot de kern van het evenredigheidsbeginsel. Wanneer het antwoord luidt dat het aan de lidstaten is om te bepalen wat noodzakelijk is om een bepaald belang te beschermen, dan moge het duidelijk zijn dat geen ruimte bestaat voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel in strikte zin. De vraag of lidstaten de bevoegdheid hebben om het beschermingsniveau te bepalen zodat geen ruimte bestaat voor een verdere belangenafweging, was aan de orde in de zaak *Lääri*.<sup>470</sup>

In deze zaak ging het om Finse wetgeving op grond waarvan de exploitatie van speelautomaten exclusief was voorbehouden aan een openbaar lichaam. Volgens het Hof vormde deze wetgeving een belemmering van de vrijheid van dienstverrichting. Echter, de Finse wetgeving was onder meer bedoeld om de goklust van de mens aan banden te leggen en de aan die activiteiten verbonden risico's van bedrog en andere criminele activiteiten te vermijden.<sup>471</sup> Het Hof is van oordeel dat het hierbij gaat om dwingende redenen van algemeen belang. Vervolgens voert het Hof een evenredigheidstoets uit. Nationale maatregelen die voormelde belangen beogen te beschermen moeten geschikt zijn om de ermee beoogde doelen te bereiken en mogen niet verder gaan dan wat daartoe noodzakelijk is. In andere woorden, de eerste twee

462 Zaak C-384/93, *Alpine Investment* [1995], r.o. 51. Zie hierover ook Jacobs 1999, p. 12.

463 Zaak C-147/03, *Commissie/Oostenrijk* [2005], r.o. 63, Zaak C-73/08, *Bressol e.a.* [2010], r.o. 71; Zaak C-542/09, *Commissie/Nederland* [2012], r.o. 81; Zaak C-515/14, *Commissie/Cyprus* [2016], r.o. 54.

464 Zaak C-542/09, *Commissie/Nederland* [2012], r.o. 81; Zaak C-515/14, *Commissie/Cyprus* [2016], r.o. 54.

465 Zaak C-542/09, *Commissie/Nederland* [2012], r.o. 81.

466 Zaak C-542/09, *Commissie/Nederland* [2012], r.o. 84.

467 Zaak C-28/09, *Commissie/Oostenrijk* [2011], r.o. 140.

468 Zaak C-542/09, *Commissie/Nederland* [2012], r.o. 81; Zaak C-110/05, *Commissie/Italië* [2009], r.o. 66.

469 Zaak C-542/09, *Commissie/Nederland* [2012], r.o. 86.

470 Zaak C-124/97, *Lääri e.a.* [1999].

471 Zaak C-124/97, *Lääri e.a.* [1999], r.o. 32.

elementen van het evenredigheidsbeginsel worden door het Hof getoetst. Vervolgens overweegt het Hof dat het bepalen van de omvang van de bescherming die een lidstaat op het gebied van loterijen en andere kansspelen beoogt te bieden, onder de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten valt.<sup>472</sup>

De omstandigheid dat de lidstaat beoordelingsvrijheid heeft bij het bepalen van de omvang van de bescherming, heeft tot gevolg dat een toetsing aan de evenredigheid in strikte zin niet aan de orde is. Immers, een dergelijke toetsing veronderstelt een afweging van de verschillende belangen die aan de orde zijn. Een toetsing aan evenredigheid *strictu sensu* zou kunnen resulteren in een “vaststaand” beschermingsniveau. Zoals het Hof overweegt in het arrest *Lääriä* kan de enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, niet van invloed zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen.<sup>473</sup> Wanneer de lidstaten beoordelingsvrijheid wordt geboden ten aanzien van het gekozen beschermingsniveau, ligt het voor de hand dat verschillende beschermingsniveaus binnen de EU worden geaccepteerd.

Hoewel hiermee het ontbreken van een evenredigheidstoets *strictu sensu* kan worden verklaard, overtuigt het voorgaande niet helemaal. Het Hof zou immers ook kunnen kiezen voor een uiterst marginale toets aan de evenredigheid in strikte zin.<sup>474</sup> In dat kader zou het Hof kunnen beoordelen of de lidstaten in redelijkheid bij afweging van alle belangen voor het desbetreffende beschermingsniveau hadden kunnen kiezen en daarbij niet de aan hen toegekende beoordelingsvrijheid hebben overschreden. Een dergelijk toets is vergelijkbaar met de toets die het Hof aanlegt bij de beoordeling of EU-wetgeving in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel is vastgesteld.<sup>475</sup>

Hoe dan ook, voorbeelden in de rechtspraak waar het Hof in zaken waarin het gaat om nationale maatregelen die de fundamentele vrijheden belemmeren expliciet het evenredigheidsbeginsel formuleert als verplichting tot belangenafweging, zijn dun gezaaid. Het bekendste voorbeeld is de zaak *Stoke-on-Trent*, waarin het Hof maar liefst tweemaal werd gevraagd een oordeel te geven over de proportionaliteit van de Engelse zondagsluitingswetgeving.<sup>476</sup> Een tweede keer was nodig, omdat de Engelse rechters de eerste uitspraak van het Hof, met name op het punt van de evenredigheidstoetsing, verschillend toepasten. Dit was voor het Hof niet aanvaardbaar en het ging daarom vervolgens zelf de evenredigheidstoets uitvoeren. In deze zaak omschrijft het Hof het evenredigheidsbeginsel als volgt:

‘De beoordeling van de evenredigheid van een nationale regeling die een naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigd doel nastreeft, impliceert een afweging van het nationale belang bij het bereiken van dat doel enerzijds en het communautaire belang bij de verzekering van het vrije verkeer van goederen anderzijds.’

Vervolgens weegt het Hof het belang van de bescherming van werknemers af tegen het belang van een vrij verkeer van goederen en komt tot de conclusie dat de beperkende gevolgen ‘niet buitensporig lijken in verhouding tot het nagestreefde doel’.

Sinds deze uitspraak zijn we in de rechtspraak van het Hof een dergelijke expliciete toepassing van het evenwichtigheidsvereiste nauwelijks meer tegengekomen. Blijkbaar is het Hof heel voorzich-

472 Zaak C-124/97, *Lääriä* e.a. [1999], r.o. 35.

473 Zaak C-124/97, *Lääriä* e.a. [1999], r.o. 36.

474 Vergelijkbaar met hoe in Nederland aan artikel 3:4, tweede lid van de Awb wordt getoetst. Zie hieromtrent De Waard 2016.

475 Zie paragraaf 4.2.3.

476 Zaak C-169/91, *Stoke-on-Trent* [1992]. Een belangwekkend voorbeeld van een ‘evenwichtigheidstoets’ buiten de fundamentele vrijheden biedt ook Zaak C-29/95, *Pastors* [1997]. Zie ook Zaak C-193/94, *Skanavi* [1996].

tig om op deze wijze het evenredigheidsbeginsel toe te passen en moeten bijzondere omstandigheden dat rechtvaardigen.

Dergelijke bijzondere omstandigheden waren waarschijnlijk aan de orde in de zaak *Schmidberger*. In deze zaak moest het Hof een afweging maken tussen enerzijds de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vergadering en anderzijds het vrij verkeer van goederen. Volgens het Hof moeten onder die omstandigheden de betrokken belangen tegen elkaar worden afgewogen en moet aan de hand van alle omstandigheden van elk afzonderlijk geval worden nagegaan of een juist evenwicht tussen die belangen is geëerbiedigd.<sup>477</sup>

Onze conclusie is dan ook, dat het Hof niet bij voorbaat een echte belangenafweging in het kader van de evenredigheidstoetsing uitsluit, maar deze in de regel niet zal maken.

#### 4.2.5.4 *De relatie met het zorgvuldigheidsbeginsel*

Ten slotte moet hier worden gewezen op de relatie van het evenredigheidsbeginsel met het zorgvuldigheidsbeginsel. In de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn voorbeelden te vinden waar het Hof niet zozeer direct toetst aan hetzij de geschiktheid, de noodzakelijkheid of de evenwichtigheid van de maatregel. In plaats daarvan vraagt het Hof zich af of de lidstaat bij het nemen van de litigieuze maatregel wel een grondig onderzoek naar bijvoorbeeld de geschiktheid en/of de noodzakelijkheid heeft uitgevoerd.

Wellicht het meest duidelijke voorbeeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie betreft een zaak betreffende verkeersbepalende maatregelen voor vrachtauto's op de Oostenrijkse Inntalautobahn.<sup>478</sup> Dat het Oostenrijkse rijverbod als een belemmering van het vrije verkeer van goederen moet worden opgevat stond niet ter discussie. Evenmin dat 'milieubescherming' in beginsel als een rechtvaardigingsgrond voor belemmeringen voor het goederenverkeer kan worden aangevoerd. Beslissend derhalve was of het Oostenrijkse verbod de toets aan het evenredigheidsbeginsel kon doorstaan. Ter zake overweegt het Hof van Justitie allereerst dat de Oostenrijkse maatregelen alleen dan genomen mogen worden als vaststaat dat eventuele minder vergaande maatregelen niet geschikt zijn om de milieudoelstellingen te realiseren. Vervolgens verwijt het Hof de Oostenrijkse regering te hebben nagelaten een grondig onderzoek naar mogelijke alternatieven te hebben uitgevoerd. En het ontbreken van zorgvuldig onderzoek naar die alternatieven, maakt dat het rijverbod reeds daarom in strijd met de regels van het vrije verkeer van goederen komt. Het Hof leidt dus uit het materieelrechtelijke proportionaliteitsbeginsel een formeelrechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel af.

Met andere woorden: niet de daadwerkelijke aanwezigheid van minder belastende alternatieven veroorzaakt strijd met het vrij verkeer van goederen, maar het nalaten hier *ex ante* zorgvuldig onderzoek naar te doen.<sup>479</sup> Deze benadering vertoont parallellen met de in de vorige paragraaf besproken procedurele proportionaliteitstoets die het Hof steeds vaker hanteert bij de beoordeling van de evenredigheid van EU-wetgeving.

<sup>477</sup> Zaak C-112/00, *Schmidberger* [2003], r.o. 81. Zie ook hoofdstuk V, paragraaf 3.3.2. Vergelijk ook Zaak C-413/99, *Baumbast* [2002].

<sup>478</sup> Zaak C-320/03, *Commissie/Oostenrijk* [2005].

<sup>479</sup> Inmiddels is deze benadering in meer arresten terug te vinden. Zie bijvoorbeeld Zaak C-515/14, *Commissie/Cyprus* [2016], r.o. 54 en Zaak C-542/09, *Commissie/Nederland* [2012], r.o. 81.

#### 4.2.6 Evenredigheid en sancties

Zowel de EU-instellingen als nationale bestuursorganen moeten in overeenstemming handelen met het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel wanneer zij de naleving van het EU-recht controleren en naar aanleiding daarvan sancties opleggen.<sup>480</sup> In de eerste plaats dient de Europese Commissie het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen als zij boetes oplegt aan ondernemingen omdat zij in strijd hebben gehandeld met de Unierechtelijke mededingingsregels.<sup>481</sup> Het is vaste rechtspraak dat het bedrag van de geldboete moet worden vastgesteld met inachtneming van de omstandigheden van de schending en de zwaarte van de inbreuk.<sup>482</sup> De waardering van deze zwaarte dient te geschieden met inachtneming van in het bijzonder de daaruit voortvloeiende beperkingen van de mededinging.<sup>483</sup> In overeenstemming met artikel 261 VWEU heeft het Hof van Justitie volledige rechtsmacht ten aanzien van beroepen tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete of een dwangsom wordt vastgesteld.<sup>484</sup> Het kan de opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen. Dit betekent dat het Hof de in het kader van het mededingingsrecht opgelegde boetes vol toetst.<sup>485</sup>

In de tweede plaats hebben de lidstaten op het terrein van het gemeenschappelijk landbouwbeleid belangrijke taken wat betreft de controle en sanctionering. In dat verband heeft zich vele malen de vraag voorgedaan of controlemaatregelen en de uitvoering daarvan voldeden aan de eis van evenredigheid. Met name als het gaat om maatregelen die leiden tot het uitsluiten van het toekennen van een landbouwsubsidie of een uitvoerrestitutie, omdat niet voldaan is aan bepaalde administratieve voorwaarden of tijdslimieten tot het doen van aanvragen of het overleggen van bewijsstukken, hanteert het Hof de maatstaf dat de gekozen middelen binnen de grenzen moeten blijven van wat geschikt en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken.<sup>486</sup> Meer in het bijzonder moet worden nagegaan of de middelen waarmee de bepaling het gestelde doel acht te bereiken in een redelijke verhouding staan tot het belang van dit doel en of zij noodzakelijk zijn om het te bereiken.<sup>487</sup>

Zo oordeelde het Hof bijvoorbeeld in de *Pressler*-zaak dat het strikt in acht nemen van een bepaalde termijn niet 'onmisbaar' was om de Commissie de juiste informatie over de Europese wijnvoorraad te doen verkrijgen. Echter, het arrest *Luigi Pontini* laat zien dat het Hof wanneer het een nationale administratieve voorwaarde beoordeelt op het terrein van de Europese landbouwsubsidies in het licht van het evenredigheidsbeginsel, gewicht toekent aan het feit dat deze voorwaarde is bedoeld om de financiële belangen van de EU te beschermen.<sup>488</sup> Het lijkt erop dat in de visie van het Hof een nationale administratieve voorwaarde om voor een EU-subsidie in aanmerking te komen eerder aan het evenredigheidsbeginsel voldoet wanneer deze is vastgesteld met het oog op voormelde belangen.

Unierechtelijke verordeningen die zijn vastgesteld ter uitvoering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid bevatten doorgaans zeer gedetailleerde administratieve maatregelen en sancties die dwingend moeten worden toegepast door nationale autoriteiten wanneer de regels om voor een EU-subsidi-

480 Zie bijvoorbeeld Gevoegde zaken C-37/06 en C-58/06, *Viamex Agrar Handeland ZVK* [2008], r.o. 33.

481 Zie de artikelen 101 en 102 VWEU en artikel 23, tweede lid van de Verordening nr. 1/2003. Zie in dat verband Steenberg 2008.

482 Zie ook artikel 23, derde lid van de Verordening 1/2003: Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt zowel met de ernst, als met de duur van de inbreuk rekening gehouden.

483 Zie bijvoorbeeld Zaak T-77/92, *Parker Pen* [1994].

484 Zie artikel 31 van de Verordening 1/2003.

485 Zie Zaak C-272/09 P, *KME* [2011], r.o. 103, en Zaak T-216/13, *Telefónica* [2016], r.o. 244 waarin respectievelijk het Hof en het Gerecht overwegen dat de rechter op basis van zijn volledige rechtsmacht bevoegd is om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie. Zie ook hoofdstuk VI, paragraaf 7.1.

486 Zie bijvoorbeeld Zaak C-118/89, *Lingenfeller* [1990] en Zaak C-319/90, *Otto Pressler* [1992].

487 Zaak C-319/90, *Otto Pressler* [1992], r.o. 12 en Zaak C-118/89, *Lingenfeller* [1990].

488 Zaak C-375/08, *Luigi Pontini e.a.* [2010], r.o. 88.

die in aanmerking te komen niet worden nageleefd. Ingevolge artikel 2, derde lid van de Verordening nr. 2988/95<sup>489</sup> bepaalt het Unierecht de aard en de draagwijdte van de administratieve maatregelen en sancties die voor een juiste toepassing van de betrokken regeling nodig zijn, rekening houdend met de aard en de ernst van de onregelmatigheid, het toegekende of ontvangen voordeel evenals de mate van schuld. Met betrekking tot de vraag of dergelijke maatregelen en sancties daadwerkelijk evenredig zijn, overweegt het Hof ook ten aanzien van sancties dat de EU-wetgever op het gebied van het Europese landbouwbeleid over een discretionaire bevoegdheid beschikt.<sup>490</sup> Dit betekent dat de wettigheid van op dit gebied vastgestelde maatregelen slechts ter discussie kan worden gesteld, wanneer de maatregel kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instelling nastreefde doel.<sup>491</sup> In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat wanneer het Unierecht geen vaste sanctie vaststelt, maar een sanctie die is gerelateerd aan de omvang en de ernst van de begane onregelmatigheid, deze als verenigbaar met het evenredigheidsbeginsel wordt beschouwd.<sup>492</sup> In dat verband is het van belang om in het achterhoofd te houden dat het Hof deze sancties beoordeelt in het licht van hun doelstelling: te verzekeren dat het EU-recht wordt nageleefd en de financiële belangen van de EU worden beschermd.<sup>493</sup> Het bestrijden van onregelmatigheden en fraude staat sinds jaar en dag hoog op de Unierechtelijke agenda.<sup>494</sup> Dit betekent dat strenge sancties al snel als evenredig worden beschouwd.<sup>495</sup>

Wanneer in een Unierechtelijke verordening een gedifferentieerd sanctiesysteem ontbreekt, heeft het Hof herhaaldelijk overwogen dat schending van een zogenoemde hoofdverplichting – waarvan de nakoming van fundamenteel belang is voor het goed functioneren van het desbetreffende Unierecht – kan worden gesanctioneerd met het volledig verlies van het recht op een EU-subsidie, zonder dat dit tot een schending van het evenredigheidsbeginsel leidt.<sup>496</sup> Een schending van zogenoemde nevenverplichtingen mag niet dezelfde sanctie tot gevolg hebben als een schending van een hoofdverplichting, aldus het Hof.<sup>497</sup> Soortgelijke overwegingen zijn terug te vinden in de rechtspraak die gaat over EU-subsidies die worden gefinancierd door de Europese Structuur- en Investeringsfondsen en worden toegekend door de Europese Commissie<sup>498</sup> ofwel de nationale autoriteiten.<sup>499</sup>

Ook buiten het terrein inzake de EU-(landbouw)subsidies speelt de eis van evenredigheid tussen sanctie en overtreding een rol. In dat kader zijn de in de Richtlijn 2003/87 voorgeschreven imperatieve boetes per ton uitgestoten kooldioxide-equivalent waarvoor de exploitant geen emissierechten heeft ingeleverd interessant. Het Hof heeft in een aantal arresten geoordeeld dat deze boete niet in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel.<sup>500</sup> Ook hier stelt het Hof voorop dat de Uniewetgever over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt op gebieden waarop van hem politieke, economi-

489 Deze verordening bevat algemene bepalingen inzake de bescherming van de financiële belangen van de EU. Zie over deze verordening uitgebreid hoofdstuk V, paragraaf 5.3.

490 Zie bijvoorbeeld Zaak C-94/05, *Emsland-Stärke* [2006], r.o. 54, Zaak C-171/03, *Toeters en Verberk* [2004]; Zaak C-63/00, *Schilling* [2002].

491 Zaak C-94/05, *Emsland-Stärke* [2006], r.o. 54. Zie hieromtrent ook Hofmann e.a. 2011, p. 132-133, Harbo 2010, p. 177 e.v., *Tridimas* 2006, p. 142 e.v., *Jacobs* 1999, p. 3-4.

492 Zaak C-94/05, *Emsland-Stärke* [2006], r.o. 56, Zaak C-63/00, *Schilling* [2002], r.o. 39 en Zaak C-354/95, *National Farmers' Union* e.a. [1997], r.o. 53-55. Zie hieromtrent ook *Van den Brink* 2012, p. 466 e.v..

493 Zie ook *De Moor-van Vugt* 2012a, p. 36.

494 Zie hieromtrent ook *Van den Brink* 2012, p. 399 e.v. Zie verder ook hoofdstuk V.

495 Zie ook *De Moor-van Vugt* 2012A, p. 36.

496 Zaak C-534/06, *Industria Lavorazione Carni Ovine* [2008], r.o. 26. Zie hieromtrent *Van den Brink* 2012, p. 464 e.v.

497 Zaak C-534/06, *Industria Lavorazione Carni Ovine* [2008], r.o. 26.

498 Zaak C-240/03 P, *Comunita montana della Valnerina/Commissie* [2006], r.o. 143.

499 Zaak C-465/10, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* [2011], r.o. 38.

500 Zaak C-580/14, *Sandra Bitter* [2015]; Zaak C-203/12, *Billerud Karlsborg* en *Billerud Skärblack* [2013], In laatstgenoemd arrest overweegt het Hof expliciet dat de nationale rechter het bedrag van de forfaitaire boete niet kan wijzigen op grond van het evenredigheidsbeginsel.

sche en sociale keuzes worden verlangd en waarop hij complexe afwegingen moet maken. Daarom kan het Hof de normatieve keuze van de Uniewetgever slechts afkeuren indien deze kennelijk onjuist is of indien de voordelen van die keuze niet in verhouding staan tot de nadelen die zij voor bepaalde marktdeelnemers meebrengt. Daarbij komt dat bij deze toetsing moet worden uitgegaan van de gegevens waarover de wetgever bij de vaststelling van de Unierechtelijke regeling beschikte (*ex tunc*-toetsing). Dat de prijzen van emissierechten sterk zijn gedaald kan er niet toe leiden dat de boete onevenredig is.<sup>501</sup>

Daarnaast zijn er situaties waarin de lidstaten schendingen van het EU-recht moeten sanctioneren, zonder dat het EU-recht op dat gebied dwingende bepalingen heeft vastgesteld. In de desbetreffende Unierechtelijke verordening of richtlijn wordt dan volstaan met een algemene opdracht aan de lidstaten om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de desbetreffende verordening of richtlijn uit te voeren, waaronder het vaststellen van sancties die doeltreffende, afschrikwekkend en evenredig zijn.<sup>502</sup> De op grond van dergelijke bepalingen vastgestelde nationale sancties dienen dus ook te voldoen aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.<sup>503</sup> Opvallend is dat het Hof in die zaken indringender aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel toetst, met name waarin het om gefixeerde boetes gaat.<sup>504</sup> Deze jurisprudentie staat in schrill contrast met arresten *Sandra Bitter* en *Karllsborg* waarin het ging om imperatief voorgeschreven boetes in het Unierecht.

Een interessante zaak waarin nationale sancties worden getoetst aan het Europese evenredigheidsbeginsel is de zaak *Pastoors*.<sup>505</sup> In deze zaak was het Hof kritisch op Belgische wetgeving waarin overtredingen van Unierechtelijke regels op het terrein van het wegvervoer werden gesanctioneerd. De Belgische wetgeving schreef voor dat bij overtreding van een aantal Unierechtelijke verordeningen aan de overtreder de keuze kan worden gelaten tussen onmiddellijke betaling van een heffing dan wel strafvervolgning. Wanneer de bekeurde overtreder echter geen woonplaats of vaste verblijfplaats in België had diende een aanzienlijk hogere waarborgsom te worden betaald op straffe van inhouding van zijn voertuig. Volgens het Hof is een dergelijke nationale regeling kennelijk onevenredig.

Een tweede voorbeeld biedt de zaak *Urbán*.<sup>506</sup> Deze zaak gaat over een vrachtwagenchauffeur aan wie door de Hongaarse douaneautoriteiten een administratieve geldboete was opgelegd van ongeveer € 332,00 wegens inbreuk op de EU-voorschriften inzake het gebruik van de registratiebladen. Op één van de vijftien door Urbán voorgelegde registratieschijven was de kilometerstand bij aankomst namelijk niet vermeld. De relevante verordeningen bepaalden dat de lidstaten overtreding ervan moesten sanctioneren met sancties die doeltreffend, evenredig en niet-discriminerend zijn en een afschrikkende werking te hebben. Het Hof beoordeelt in de eerste plaats of het Hongaarse sanctiestelsel, met name wat betreft het voorzien in het opleggen van gefixeerde geldboetes voor elke inbreuk op de voorschriften inzake het gebruik van de registratiebladen zonder daarbij rekening te houden met de ernst van de inbreuk, evenredig is. In dit verband stelt het voorop dat de sancties in overeenstemming moeten zijn met de algemene beginselen van Unierecht, waaronder het evenredigheidsbeginsel.<sup>507</sup> Dit betekent dat zij niet buiten de grenzen mogen treden van wat geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die

501 Zaak C-580/14, *Sandra Bitter* [2015].

502 Zie hieromtrent verder hoofdstuk V, paragraaf 3.3.3.7.

503 Zaak C-29/95, *Pastoors* [1997], r.o. 24, Zaak C-210/10, *Urbán* [2012]; Zaak 501/14, EL-EM-2001 [2016], r.o. 37 en Gevoegde zaken C-497/15 en C-498/15, *Euroteam Kft e.a.* [2017], r.o. 39.

504 Zaak C-210/10, *Urbán* [2012].

505 Zaak C-29/95, *Pastoors* [1997].

506 Zaak C-210/10, *Urbán* [2012].

507 Zaak C-210/10, *Urbán* [2012], r.o. 23.

met deze nationale sancties worden nagestreefd.<sup>508</sup> Wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, moet die maatregel worden gekozen die de minste belasting met zich brengt; voorts mogen de veroorzaakte nadelen niet onevenredig zijn aan de nagestreefde doelen. Volgens het Hof treedt een sanctiestelsel dat geen onderscheid maakt tussen de aard en de ernst van de verschillende inbreuken buiten de grenzen van wat noodzakelijk is. Het Hof onderbouwt dit standpunt door te overwegen dat het onderhavige verzuim een kleine inbreuk is; dergelijke inbreuken kunnen niet in dezelfde categorie worden ondergebracht als inbreuken die bijvoorbeeld de naleving van de verkeersveiligheid onmogelijk kunnen maken. Volgens het Hof is het Hongaarse sanctiestelsel dan ook onevenredig. Wat betreft de evenredigheid van de sanctie *in concreto*, komt het Hof tot het oordeel dat een boete van ongeveer € 332 euro onevenredig is aan de begane inbreuk. Daarbij is van belang dat het bedrag van de boete bijna even groot is als het gemiddelde netto maandsalaris van een werknemer in Hongarije.

Een vergelijkbare indringende toetsing door het Hof van de door een lidstaat toegepaste sancties bij overtredingen van een EU-verordening, ziet men in de zaak *EL-EM-2001*.<sup>509</sup> Deze zaak betrof opnieuw de Hongaarse handhaving van een verordening op het terrein van het wegvervoer. Conform de Hongaarse regeling waren de vrachtwagens van een vervoersonderneming (EL-EM-2001), stilgelegd om betaling te garanderen van een geldboete die was opgelegd aan de bestuurder van dat voertuig, die in dienst was van die onderneming. Deze conservatoire maatregel is naar het oordeel van het Hof weliswaar in beginsel geschikt en doeltreffend, maar gaat, aangezien een voertuig wordt stilgelegd van een onderneming die niet aansprakelijk is gesteld in een administratieve procedure, verder dan noodzakelijk is om de doelstellingen van de verordening te verwezenlijken. Bovendien bestaan er maatregelen die even doeltreffend maar minder beperkend en minder buitensporig zijn ten aanzien van het eigendomsrecht, waaronder met name het rijbewijs van de bestuurder intrekken, schorsen of beperken tot de geldboete is betaald.

De zaken laten zien dat het Hof van Justitie zelf indringend toetst of nationale sancties die zijn vastgesteld op basis van het Unierecht in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. In de jurisprudentie van het Hof zijn echter ook voorbeelden te vinden waar het Hof de uiteindelijke beoordeling van de evenredigheid van nationale sanctiestelsels uitdrukkelijk aan de nationale rechter laat.<sup>510</sup> Het verschil in benadering kan worden verklaard door het feit dat in de zaken *Urbán*, *EL-EM-2001* en *Euro-Team* er geen twijfel over bestond dat de daarin aan de orde zijnde nationale sancties niet in overeenstemming waren met het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel.

In de derde plaats worden sancties die worden opgelegd ten gevolge van een inbreuk op nationale bepalingen die de fundamentele vrijheden beperken, aan een indringende evenredigheidstoets onderworpen.<sup>511</sup>

In de zaak *Salah Oulane* beoordeelt het Hof of een Nederlandse maatregel tot inbewaringstelling met het oog op uitzetting, opgelegd wegens het niet beschikken over een identiteitsbewijs een beperking van het vrij verkeer van diensten betekent, nu er geen gevaar voor de openbare orde bestaat.<sup>512</sup> Het Hof overweegt dat de lidstaten bevoegd blijven de niet-naleving van de verplichting een identiteitskaart of een paspoort

508 Zaak C-210/10, *Urbán* [2012], r.o. 24.

509 Zaak 501/14, *EL-EM-2001* [2016]. Gevoegde zaken C-497/15 en C-498/15, *Euroteam Kft e.a.* [2017], laten eenzelfde indringende toetsing zien.

510 Zie bijvoorbeeld Zaak C-69/15, *Nutrivet D.O.O.E.L.* [2016] en Zaak C-443/13, *Ute Reindl* [2014].

511 *Tridimas* (2006), p. 234. Zie ook Zaak C-262/99, *Louloudakis* [2001]; Zaak C-193/94, *Skanavi* [1996]; Zaak 8/77, *Sagulo* [1977]; Zaak C-265/88, *Messner* [1989]; Zaak 321/87, *Commissie/België* [1989].

512 Zaak C-215/03, *Oulane* [2005].



over te leggen te bestraffen, mits de straffen evenredig zijn.<sup>513</sup> Volgens het Hof maken maatregelen van bewaring of van uitzetting die uitsluitend worden getroffen op de grond dat de betrokkene de wettelijke formaliteiten op het gebied van het vreemdelingentoezicht niet heeft vervuld, inbreuk op het wezen zelf van het rechtstreeks door het Unierecht verleende verblijfsrecht.<sup>514</sup> Daarom zijn deze maatregelen kennelijk onevenredig aan de ernst van de inbreuk en vormen zij een ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer van diensten.

### 4.3 Doorwerking van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht

#### 4.3.1 Het evenredigheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht

Het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel heeft ook indirect betekenis gehad voor het Nederlandse bestuursrecht. De ontwikkeling van het evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en de aanvaarding daarvan in literatuur en rechtspraak, is niet denkbaar zonder het Unierechtelijke equivalent. Het is een voorbeeld van het proces dat Koopmans voor ogen had toen hij beschreef hoe beginselen door het Hof van Justitie aan nationale rechtsstelsels kunnen worden ontleend en in getransformeerde gedaante kunnen worden teruggegeven aan andere nationale stelsels (en ook aan het stelsel waaraan het oorspronkelijk werd ontleend).<sup>515</sup>

Lange tijd heeft het evenredigheidsbeginsel in het Unierecht overigens een bestaan geleid, dat in het Nederlandse bestuursrecht onopgemerkt is gebleven. Het beginsel speelde in Nederland uitsluitend een rol bij de beoordeling van sancties. Inmiddels is hierin verandering gekomen. Deze verandering is overigens niet alleen te danken aan het Unierecht, maar ook aan een andere Europese invloed, namelijk die van het EVRM. In het kader van de beoordeling van beperkingen van grondrechten is in het kader van het EVRM in de loop der jaren een grondrechtelijke evenredigheidstoets ontwikkeld; is een beperking van een grondrecht noodzakelijk in een democratische samenleving ter bereiking van de legitieme doeleinden die een overheid volgens het EVRM mag nastreven? Pas nadat bij de Nederlandse rechter een zekere vertrouwdheid met de hantering van de noodzakelijkheidstoets van het EVRM was ontstaan, kreeg de evenredigheidsmaatstaf ook op andere terreinen voet aan de grond. Deze ontwikkeling werd versterkt doordat ook in het EU-kader de nationale rechter zich steeds vaker zag geconfronteerd met de vraag of een bepaalde maatregel die een beperking van het vrij verkeer vormde, desalniettemin te rechtvaardigen viel. Het verbaast dan ook niet dat in de toelichting op het huidige artikel 3:4, lid 2 in de Awb, uitdrukkelijk werd verwezen naar het EU-recht.<sup>516</sup>

Uit de eis van een redelijke verhouding tussen doel en middel vloeit voort, dat de gevolgen van een bepaald overheidshandelen niet onevenredig belastend mogen zijn voor belanghebbenden. In deze vorm komt de eis voor in artikel 3:4, lid 2 Awb: de nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn 'in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen'. Het evenredigheidsbeginsel is in artikel 3:4, lid 2 Awb gepositieerd als een beginsel van behoorlijke belangenafweging. Het verplicht het bestuursorgaan na te gaan of een besluit geen gevolgen heeft, die voor betrokkenen onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Vertaald naar de 'driestappen-toets' in het Unierecht is het evenredigheidsbeginsel in de Awb dus vooral geformuleerd als een 'evenredigheid in strikte zin'.

513 Zaak C-215/03, Oulane [2005] r.o. 38.

514 Zaak C-215/03, Oulane [2005] r.o. 40.

515 Koopmans 1991a.

516 PG Awb I, p. 211.

De toepassing die de nationale bestuursrechters tot nu toe aan deze bepaling hebben gegeven, kan in algemene zin als terughoudend worden aangemerkt. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in de klassieke uitspraak *Maxis/Praxis* moet de rechter zich bij de beoordeling van artikel 3:4, lid 2 Awb beperken tot een willekeuroetsing; is er sprake van een zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen, dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot het gewraakte besluit heeft kunnen komen.<sup>517</sup> Deze terughoudende toetsing aan artikel 3:4 Awb staat overigens wel ter discussie en in recente uitspraken toetsen de bestuursrechters ook meer indringend aan die bepaling.<sup>518</sup> Sowieso worden bestraffende sancties, meer in het bijzonder de bestuurlijke boete, door de rechters aan een volle(re) toetsing onderworpen.<sup>519</sup>

De gelijkenschakeling van het evenredigheidsbeginsel met het verbod van willekeur in *Maxis/Praxis* herbergt het gevaar dat de bijzondere aspecten van het evenredigheidsbeginsel zoals we dat in het Unierecht tegenkomen onder tafel verdwijnen. Uit de rechtspraak van met name het Hof van Justitie blijkt hoeveel verschillende schakeringen het evenredigheidsbeginsel bevat en dat de rechter velerlei aanknopingspunten heeft om tot een al dan niet indringende toetsing over te gaan. Deze schakeringen en nuances gaan verloren wanneer het evenredigheidsbeginsel met het verbod van willekeur zou worden gelijkgeschakeld. Het is daarom interessant om na te gaan hoe de Nederlandse bestuursrechter in een door het Unierecht gedomineerde casuspositie het evenredigheidsbeginsel toepast.

### 4.3.2 Toepassing van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel door de nationale bestuursrechter

#### 4.3.2.1 Algemeen

Wanneer de nationale bestuursrechter wordt geconfronteerd met nationale maatregelen die een belemmering vormen van de fundamentele vrijheden, fungeert hij als EU-beoordelingsinstantie en moet hij, evenals het Hof van Justitie, nationale maatregelen zonder meer beoordelen aan de hand van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. Hetzelfde geldt wanneer de nationale rechter om een oordeel wordt gevraagd over de evenredigheid van nationale sancties die zijn vastgesteld met het oog op de uitvoering van het EU-recht.

In die gevallen rijst natuurlijk wel vraag naar de verhouding tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie. Onze opvatting is dat deze vraag zijn beantwoording moet vinden tegen de algemene achtergrond van de bevoegdheidsverdeling tussen het Hof en nationale rechter. Die verhouding komt er in het kort op neer dat de nationale rechter het Hof alle benodigde feitelijke gegevens dient te verstrekken en inzicht dient te verschaffen in het nationaal juridische kader van het geschil. Het Hof dient de nationale rechter voor te lichten over het Unierecht en vervolgens past deze een en ander toe op het aan hem voorgelegde geschil en verbindt daaraan de nodige rechtsgevolgen naar nationaal recht. Voor de toepassing van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel leidt dit tot de volgende conclusies.

Onze stelling is dat bij de beoordeling van de geschiktheid en de noodzakelijkheid het uitgangspunt is dat het Hof de nationale rechter de criteria en voorwaarden aanreikt, maar dat de daadwerkelijke toepassing aan de nationale rechter wordt overgelaten.<sup>520</sup> Voor het beoordelen van de

517 ABRvS 9 mei 1996, *Maxis/Praxis*, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153. Zie over deze uitspraak De Waard 2016.

518 Zie bijvoorbeeld CBB 12 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:214; ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (alcohol-slot).

519 Zie hieromtrent Van Emmerik & Saris 2014 en Van Emmerik & Saris 2015. Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5613; ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772.

520 Zaak C-169/91, *Stoke-on-Trent* [1992], r.o. 12: de vraag of de werking van een regeling daadwerkelijk binnen het kader van de evenredigheid valt, is een feitelijke vraag die ter beoordeling van de nationale rechter staat.

geschiktheid van de maatregel zal vaak een nauwkeurig onderzoek moeten plaatsvinden naar de precieze doelstellingen van de nationale maatregel en voor het beoordelen van de noodzakelijkheid is inzicht vereist in de mate van effectiviteit van nationale wetgeving in een vaak complexe nationale context. De nationale rechter lijkt ons hiervoor meer geschikt, omdat ook de prejudiciële procedure – op deze wijze komen de meeste van dit type zaken bij het Hof – niet echt is toegerust voor een uitgebreid dispuut over feiten en gevolgen. De rechtspraak van het Hof lijkt in overeenstemming met het hiervoor gestelde.

Met betrekking tot het derde aspect van het evenredigheidsbeginsel (de evenwichtigheid van de belangenafweging) zouden wij toch een ander uitgangspunt willen betrachten. In de eerste plaats bepleiten wij uiterste terughoudendheid om dit aspect überhaupt bij het evenredigheidsbeginsel te betrekken. Maar als er dan toch reden is om tot een echte, al dan niet marginale, belangenafweging over te gaan, dan zouden wij deze aan het Hof willen overlaten.<sup>521</sup> Immers, een dergelijke belangenafweging impliceert dat een uitspraak noodzakelijk is over de vraag welke mate van bescherming noodzakelijk is in de Europese Unie. Die uitspraak kan beter niet aan een willekeurige nationale rechter worden overgelaten.

Uitzondering op de regel van daadwerkelijke toepassing van het evenredigheidsbeginsel door de nationale rechter, is mogelijk indien het Hof van oordeel is over alle gegevens te beschikken om zich over de evenredigheid uit te spreken en dat derhalve geen nader feitenonderzoek noodzakelijk is. Het gaat hier dus om gevallen waarbij er geen twijfel bestaat hoe de evenredigheidstoetsing zou moeten uitvallen.<sup>522</sup>

#### 4.3.2.2 *Evenredigheidstoetsing bij beperkingen van de fundamentele verkeersvrijheden*

De Nederlandse bestuursrechtspraak kent tal van voorbeelden waarin tot een toepassing van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel is overgegaan. Zij het dat ook hier, net zoals hiervoor is geconstateerd bij rechtspraak van het Hof van Justitie, de Nederlandse bestuursrechter niet altijd ‘netjes’ alle drie de aspecten van het evenredigheidsbeginsel langsgaat. Soms ontbreekt elke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel,<sup>523</sup> soms zijn de verschillende fases van de toetsing nauwelijks zichtbaar,<sup>524</sup> in veel gevallen toetst de Nederlandse bestuursrechter slechts aan de elementen geschiktheid en noodzakelijkheid,<sup>525</sup> maar soms is de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wel er één ‘uit het boekje’.<sup>526</sup>

Met betrekking tot de *geschiktheid* kan op de volgende bestuursrechtspraak worden gewezen.

Een heel mooi voorbeeld van toetsing aan de geschiktheid biedt een uitspraak van de rechtbank Amsterdam over het woonplaatsvereiste in artikel 2, lid 1, sub a van de Tijdelijke regeling eenmalige tegemoetkoming pensioenverevening.<sup>527</sup> Deze wetgeving had ten doel om een eind te maken aan een schrijnend geval van discriminatie in de Nederlandse pensioenwetgeving. In de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw was het nog heel gewoon dat vrouwen minder gingen werken of zelfs stopten als ze trouwden. Meestal hadden de vrouwen zelf bijna geen pensioen opgebouwd. Er werd van uitgegaan dat het opge-

521 Zie Zaak C-169/91, Stoke-on-Trent [1992].

522 Voorbeelden hiervan zijn Zaak C-210/10, Urbán [2012], Zaak 501/14, EL-EM-2001 [2016] en Gevoegde zaken C-497/15 en C-498/15, Euroteam Kft e.a. [2017].

523 Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 9 januari 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC2577.

524 Rb. Haarlem, 21 februari 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AV2197.

525 Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:168, en ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3818.

526 Aldus annotator Jans in de zaak van het Mosselzaad uitzaaiverbod, ABRvS 26 februari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5012, in M en R 2003/9, nr. 92.

527 Rb. Amsterdam 12 januari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH0889.

bouwde pensioen voor man en vrouw samen was. Omdat pensioenen niet gedeeld werden, bleven de vrouwen na een scheiding vaak zonder pensioenrechten achter. Met name vrouwen die voor 1981 waren gescheiden visten achter het net. Op grond van de Tijdelijke regeling eenmalige tegemoetkoming pensioenverevning kon men verzoeken, aan de Sociale Verzekeringsbank, om in aanmerking te komen voor een eenmalige uitkering op grond van die regeling. Voorwaarde om voor de uitkering in aanmerking te komen is het zijn van ‘ingezetene’ op de peildatum 1 juli 2007. Toen aan enkele verzoeksters woonachtig in Engeland een uitkering werd geweigerd, moest de rechtbank Amsterdam een oordeel vellen over de evenredigheid van deze belemmering van het aan iedere EU-burger toekomende reis- en verblijfsrecht op grond van artikel 21 VWEU. Volgens de Sociale Verzekeringsbank is het woonplaatsvereiste noodzakelijk om op eenvoudige wijze controle te kunnen uitvoeren ten aanzien van de inkomenseis. De rechtbank was hiervan niet onder de indruk: ‘dit vereiste [kan] naar het oordeel van de rechtbank niet worden gezien als een geschikt middel om dat doel te bereiken. Er zijn immers verschillende situaties denkbaar van personen die wel voldoen aan het woonplaatsvereiste op 1 juli 2007, maar die het gehele jaar 2005 niet in Nederland hebben gewoond en in het buitenland inkomen hebben genoten. In die gevallen zal het verzamelinkomen moeten worden afgeleid uit het buitenlandse inkomen. De rechtbank acht het woonplaatsvereiste als verwoord in artikel 2, eerste lid, onder b van de Regeling dan ook niet evenredig met het door dit woonplaatsvereiste nagestreefde doel, te weten een eenvoudige en controleerbare uitvoering van de Regeling.’

Een tweede voorbeeld biedt de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in de zaak *Schindler*.<sup>528</sup> Deze zaak draait onder meer om de vraag of de weigering van een vergunning voor een zelfstandige loterij een ongeoorloofde beperking oplevert van het vrije verkeer van diensten. Volgens Schindler zou het toelaten van een nieuwe loterij niet tot meer gokverslaving leiden en is van een samenhangend en stelselmatig restrictief beleid geen sprake, zodat de daarop gebaseerde weigering niet in overeenstemming is met de jurisprudentie van het Hof. De Afdeling past, bij de toetsing of de weigering van de vergunning in strijd komt met het Unierecht, het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel toe. De Afdeling concludeert dat de minister niet aannemelijk heeft gemaakt dat het door hem gevoerde kansspelenbeleid een geschikt en proportioneel middel is om de uit de weigering van de gevraagde vergunning voortvloeiende beperking van vrij verkeer van diensten te rechtvaardigen. Volgens de Afdeling is de beslissing op bezwaar dan ook onvoldoende gemotiveerd.

Een derde voorbeeld biedt de recente uitspraak van de Afdeling van 22 februari 2017 waarin de vraag aan de orde is of artikel 1, aanhef en onder a van de Wet op de Kansspelen onverbindend is omdat deze bepaling in strijd is met het vrij verkeer van diensten door uitsluitend online kansspelen toe te staan voor ondernemingen die beschikken over een vergunning.<sup>529</sup> De Afdeling oordeelt dat het verbod om zonder vergunning online kansspelen aan te bieden een beperking vormt van het vrij verkeer van diensten, maar dat een dergelijke beperking kan zijn gerechtvaardigd vanwege doelstellingen van dwingende redenen van algemeen belang. Vervolgens overweegt de Afdeling dat deze beperking wel evenredig dient te zijn; in dat kader moet worden bezien of een nationale wettelijke regeling geschikt is om de verwezenlijking van de doelen van algemeen belang te waarborgen en of zij niet verder gaat dan ter bereiking daarvan noodzakelijk is. Een nationale regeling is slechts geschikt om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen wanneer de verwezenlijking ervan op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd. Vervolgens beoordeelt de Afdeling of het verbod om zonder vergunning online kansspelen aan te bieden op coherente en systematische wijze wordt toegepast en daarom al dan niet voldaan is aan het evenredig-

528 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831.

529 ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:484.

heidsbeginsel. De Afdeling concludeert dat in wat appellante heeft aangevoerd geen grond is gelegen voor het oordeel dat het beleid van de kansspelautoriteit niet coherent en systematisch is. De beperking van het vrije dienstenverkeer is dan ook niet onevenredig.

In de tweede plaats moet, zoals gezegd, de maatregel *noodzakelijk* zijn. Maatregelen die verder gaan dan strikt noodzakelijk ter bescherming van het desbetreffende belang acht het Hof onevenredig. In de praktijk komt dit erop neer dat wanneer een lidstaat de keuze heeft tussen verschillende instrumenten die elk het te beschermen belang even adequaat kunnen behartigen, hij voor *het minst belemmerende alternatief* moet kiezen.

Een fraai voorbeeld op nationaal niveau van toetsing aan het noodzakelijkheidsvereiste biedt de uitspraak van het CBB over de weigering tot verlenging van de toelating van enkele ‘huishoudelijke’ bestrijdingsmiddelen (muggenstekkers, elektrische verdampers).<sup>530</sup> Het College kwam tot het oordeel dat het wettelijk stelsel ervan uitgaat dat het door de wet beoogde doel, te weten het voorkomen van schadelijke uitwerkingen van bestrijdingsmiddelen op de gezondheid van de mens, onder omstandigheden ook bereikt kan worden door het verbinden van een voorschrift aan een te verlenen toelating in plaats van door weigering van de verlenging van de toelating. Nu de gebruikte argumenten van de overheid hiermee niet in overeenstemming waren, werd het besluit vervolgens vernietigd.

Een goed voorbeeld biedt ook uitspraak van de CRvB in de zaak van de in Schotland verblijvende verslaafde.<sup>531</sup> De zaak betrof de intrekking van een bijstandsuitkering omdat betrokkene, op verwijzing van zijn artsen en met toestemming van zijn zorgverzekeraar ter behandeling van zijn alcoholverslaving opgenomen werd in een kliniek in Schotland. Volgens vaste rechtspraak ligt in artikel 11, lid 1 Wet werk en bijstand besloten dat Nederlanders in het buitenland die zich in het buitenland hebben gevestigd geen recht op bijstand hebben. Echter, volgens de Centrale Raad van Beroep heeft de betrokkene gebruik gemaakt van het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU) door zich naar Schotland te begeven om aldaar op verwijzing van het behandelingsteam en met toestemming van zijn zorgverzekeraar in een psychiatrisch ziekenhuis een behandeling te ondergaan. De beëindiging van de bijstandsuitkering moet dan ook als een belemmering van het vrij verkeer van diensten worden beschouwd. De in de wet gestelde eisen inzake woon- en verblijfplaats zijn in de wet opgenomen om de inschakeling van betrokkenen in het arbeidsproces niet te frustreren en om controle op de rechtmatigheid van het verlenen van de bijstand mogelijk te maken. Dit zijn, volgens de CRvB, ‘legitieme doelstellingen en zijn de hiervoor bedoelde eisen [inzake woon- en verblijfplaats; auteurs] in beginsel geschikte middelen om deze doelstellingen te verwezenlijken’. Echter, aldus de CRvB, ‘de specifieke omstandigheden in het onderhavige geding leiden de Raad tot het oordeel dat de in artikel 11, lid 1 en 13, lid 1, onder d, en lid 4 van de Wwb gestelde eisen inzake woon- en verblijfplaats in het geval van appellant verder gaan dan ter bereiking van voornoemde doelstellingen noodzakelijk is en derhalve als disproportioneel moeten worden gekwalificeerd. De Raad neemt daarbij in aanmerking dat appellant slechts tijdelijk in het buitenland verbleef en in Nederland woonplaats heeft behouden. Voorts acht de Raad van belang dat appellant zich naar het buitenland heeft begeven om aldaar op verwijzing van het behandelingsteam in Nederland en met toestemming van zijn zorgverzekeraar in een psychiatrisch ziekenhuis een behandeling te ondergaan. Aangezien het hier ging om een intramurale behandeling van appellant op een bij het College bekend adres in het buitenland was controle op de rechtmatigheid van het verlenen van bijstand niet onmogelijk. Evenmin frustreerde appellant door in het buitenland een medische behandeling te ondergaan zijn inschakeling in het arbeids-

<sup>530</sup> CBB 18 juli 2000, ECLI:NL:CBB:2001:AB1385.

<sup>531</sup> CRvB 30 juli 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD8765. Deze uitspraak is ook in hoofdstuk III, paragraaf 2.3 aan de orde gekomen.

proces. De Raad merkt in dit verband op dat de gemachtigde van het College ter zitting van de rechtbank heeft verklaard dat appellant als feitelijk onbemiddelbaar zou zijn aangemerkt indien hij in Nederland een vergelijkbare behandeling had ondergaan.’

Ten slotte is ook de uitspraak van de Afdeling van 13 april 2016 interessant.<sup>532</sup> In deze zaak is de vraag aan de orde of de ongeldigverklaring van een rijbewijs in strijd komt met het vrij verkeer van personen omdat appellant wordt belemmerd in zijn mobiliteit. Volgens de Afdeling is de inmenging in het vrije verkeer van personen gerechtvaardigd omdat het besluit tot ongeldigverklaring zowel geschikt als noodzakelijk is. Ten aanzien van de noodzakelijkheid overweegt de Afdeling dat de ongeldigverklaring van het rijbewijs niet met zich brengt dat appellant zich in het geheel niet naar een andere lidstaat kan verplaatsen, omdat hij gebruik kan maken van alternatieve vervoersmiddelen. Voorts kan appellant, indien de vereiste recidiefvrije periode is verstreken, een nieuw rijbewijs aanvragen.

Met betrekking tot de *evenwichtigheid* van de maatregel hebben we hiervoor gezien dat het Hof van Justitie nogal terughoudend is. ‘Echte’ belangenafweging hoort elders plaats te vinden. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de Nederlandse bestuursrechtspraak slechts spaarzaam voorbeelden van een dergelijke toetsing kunnen worden aangetroffen.

In een nogal ‘exotische’ zaak – het betrof de weigering van een vergunning voor het houden van een uit Duitsland ingevoerde slechtvalk met een zogenoemde ‘open pootring’ – overwoog de Afdeling dat ‘de wijze waarop de Staatssecretaris de regels van het vrije goederenverkeer heeft afgewogen tegenover het belang van het behoud van de wilde vogelstand, niet gerechtvaardigd [is]’.<sup>533</sup>

Met betrekking tot de rol die het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel spelen bij zaken met een Unierechtelijke dimensie zijn in hoofdstuk III, paragraaf 7.2 reeds enkele opmerkingen gemaakt. Een goed voorbeeld ter illustratie van de interactie tussen het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel biedt een uitspraak van de Afdeling over een uitzaaiverbod van mosselzaad.<sup>534</sup>

In deze zaak acht de Afdeling het niet onaannemelijk dat ‘het voorkomen van de insleep van ongewenste organismen en de aantasting van het ecosysteem in de Oosterschelde’ kunnen dienen als mogelijke rechtvaardigingsgronden voor maatregelen die als zodanig een belemmering voor het vrije verkeer moeten worden beschouwd. Vervolgens toetst de Afdeling aan het noodzakelijkheidsvereiste, (het criterium van het minst belemmerende alternatief) en vertaalt dat in een verplichting om te onderzoeken of de ingeroepen belangen niet reeds door de bestaande Europese voorschriften worden beschermd:

‘De Afdeling is van oordeel dat de Staatssecretaris met het beroep op de zeer algemeen geformuleerde belangen die met het verbod zouden worden gediend, en met het eveneens zeer algemeen geformuleerde beroep op het voorzorgbeginsel onvoldoende rekening heeft gehouden met voornoemde voorwaarden waaronder een dergelijke rechtvaardigingsgrond aanvaard zou kunnen worden. De Staatssecretaris heeft ter zake geen resultaten kunnen overleggen, anders dan de conclusies van de eerder genoemde workshop. Nader onderzoek, hoewel geïndiceerd, is niet verricht. Ook heeft de Staatssecretaris zich niet verstaan met de Ierse bevoegde autoriteiten over eventuele risico’s bij de invoer van mosselen uit de Ierse Zee. Ook tijdens de zitting heeft de Staatssecretaris geen nadere onderbouwing gegeven. De gegeven zeer algemene onderbouwing kan naar het oordeel van de Afdeling mede gezien ook de vergelijking die appellante heeft

<sup>532</sup> ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:973.

<sup>533</sup> ABRvS 8 februari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AP5212.

<sup>534</sup> ABRvS 26 februari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5001. Zie ook de uitspraak van het Hof van Justitie in Zaak C-249/07, Commissie/Nederland [2008]. Vergelijk ook Jans 2005a.

getrokken met de risico's van de stortingen van tarra dat mede afkomstig is van buiten-boreaal gebied en het ongezuiverd lozen van proceswater in de Oosterschelde, dan ook niet dienen als rechtvaardiging voor de door het verbod gehandhaafde belemmering van het vrije verkeer van goederen. Gelet hierop heeft de rechtbank ten onrechte nagelaten het besluit van de Staatssecretaris van 21 juni 2001 te vernietigen wegens strijd met het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.<sup>7</sup>

Hier zien we dus dat het materieel getinte evenredigheidsbeginsel wordt vertaald in een formeel zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>535</sup>

#### 4.3.2.3 Evenredigheidstoetsing bij sancties

Uitspraken van de Nederlandse bestuursrechter waarin wordt getoetst of sancties die worden opgelegd op grond van Unierechtelijke verordeningen in overeenstemming zijn met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel zijn dun gezaaid. De meeste uitspraken zijn afkomstig van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en gaan over de toepassing van sancties op het gebied van Unierechtelijke landbouwsubsidies die expliciet zijn voorgeschreven in Unierechtelijke verordeningen. Wanneer een beroep wordt gedaan op het evenredigheidsbeginsel dan toetst het CBB in de meeste gevallen aan artikel 3:4, tweede lid Awb. Dit is opmerkelijk, nu het geschil evident binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. In dat geval lijkt een toetsing aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel meer voor de hand te liggen.<sup>536</sup> Wanneer het CBB een beroep op het evenredigheidsbeginsel opvat als een beroep op artikel 3:4 Awb dan overweegt het College doorgaans dat het bestuursorgaan op grond van artikel 3:4 Awb de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af dient te wegen, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift een beperking voortvloeit. Het CBB overweegt vervolgens dat een dergelijke beperking uit een Unierechtelijke verordening voortvloeit.<sup>537</sup> Voor een belangenafweging is dan ook geen plaats. In sommige gevallen toetst het CBB (daarnaast) ook aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. Het CBB overweegt in die gevallen dat de minister is gebonden aan het sanctiestelsel zoals neergelegd in de Europese verordeningen en niet bevoegd is om hiervan af te wijken.<sup>538</sup>

## 5 Het vertrouwensbeginsel

### 5.1 Inleiding

Het vertrouwensbeginsel eist dat de overheid de door haar bij een burger gewekte gerechtvaardigde verwachtingen zo veel mogelijk honoreert. Het beginsel – dat in de rechtspraak van het Hof ook wordt aangeduid als beginsel van gewettigd vertrouwen – is door het Hof voor het eerst met zoveel woorden toegepast in de zaak *Commissie tegen Raad* uit 1973, een zaak die betrekking had op de aanpassing van salarissen en pensioenen van Europese ambtenaren.<sup>539</sup> In de zaak *Töpfer* uit 1978

<sup>535</sup> Ook de hiervoor besproken uitspraak van de Afdeling in de zaak Schindler wijst al in die richting. Zie ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831.

<sup>536</sup> Zie Van den Brink 2012, p. 815-818.

<sup>537</sup> Zie bijvoorbeeld CBB 22 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:179, r.o. 4.7 en CBB 20 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:108. Zie reeds hoofdstuk I, paragraaf 6.

<sup>538</sup> Zie bijvoorbeeld CBB 16 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:94 en CBB 29 september 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO1049, r.o. 2.6.

<sup>539</sup> Zaak 81/72, Commissie/Raad [1973]. Overigens werd het beginsel materieel al veel eerder toegepast, bijvoorbeeld in Gevoegde zaken 7/56 en 3/57-7/57, Algera [1957] en Gevoegde zaken 42 en 49/59, Snuapat [1962], zij het dat het Hof het toen aanduidde als het rechtszekerheidsbeginsel.

bepaalde het Hof dat het beginsel deel uitmaakt van de Europese rechtsorde en dat elke schending ervan moet worden beschouwd als een schending van het Verdrag.<sup>540</sup> Instellingen van de Unie moeten het beginsel dus in acht nemen, evenals de nationale autoriteiten wanneer zij Unierecht ten uitvoer leggen. Een schending van het beginsel kan leiden tot vernietiging van een bestreden besluit, maar kan ook reden zijn voor het toekennen van schadevergoeding op grond van artikel 340 VWEU.

Het vertrouwensbeginsel is nauw verbonden met het rechtszekerheidsbeginsel en valt met dit beginsel deels samen.<sup>541</sup> Op beide beginselen – die door het Hof vaak in één adem worden genoemd ('vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel') – kan de eis worden gebaseerd dat burgers moeten kunnen vertrouwen op de bestendigheid van het recht en de rechtsbetrekkingen. Deze betekenis staat in het vervolg van deze paragraaf centraal. Het rechtszekerheidsbeginsel heeft in de rechtspraak van het Hof echter een ruimere strekking.<sup>542</sup> Onder dit beginsel vallen bijvoorbeeld ook de eis dat besluiten duidelijk en precies moeten zijn zodat particulieren hun rechten en verplichtingen kunnen kennen (kenbaarheidsvereiste of formele rechtszekerheidsbeginsel)<sup>543</sup> en de eis van onaantastbaarheid van definitief geworden besluiten en rechterlijke uitspraken. In de laatstgenoemde betekenis biedt het rechtszekerheidsbeginsel de rechtvaardiging voor de hantering van fatale beroepstermijnen, van het beginsel van eerbiediging van het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken en van de regel dat besluiten die definitief zijn geworden na het verstrijken van beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen in beginsel niet hoeven te worden heroverwogen (formele rechtskracht).<sup>544</sup> Deze aspecten van het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel komen elders in dit boek aan bod.<sup>545</sup>

Burgers kunnen in beginsel gerechtvaardigde verwachtingen ontleen aan regelgeving en beschikkingen, beleidsregels of andere vormen van *soft law*, toezeggingen, inlichtingen en zelfs aan langdurig stilzitten. Tussen deze verwachtingen kunnen spanningen bestaan.<sup>546</sup> Zo wordt in diverse lidstaten, maar ook op Europees niveau geworsteld met de gedachte dat het bestuur gebonden zou kunnen zijn door onbevoegd door hem gedane toezeggingen waarop door de burger was vertrouwd. Dat zou immers kunnen betekenen dat het bestuur zijn bevoegdheid zomaar zou kunnen uitbreiden, wat op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel.<sup>547</sup> Algemeen verbindende voorschriften waarin aan bestuursorganen bevoegdheden zijn toegekend, laten bij de burger de verwachting postvatten dat overeenkomstig de grenzen van die bevoegdheden zal worden bestuurd. Daarnaast kan een burger door beleid, toezeggingen of inlichtingen verwachtingen krijgen die in strijd kunnen zijn met datgene wat hij op grond van de algemeen verbindende voorschriften had kunnen – en wellicht moeten – verwachten. In Unierechtelijke context krijgt dit vraagstuk van de mogelijke *contra legem* werking van het vertrouwensbeginsel een extra dimensie,<sup>548</sup> omdat in de gedeelde of samengestelde Europese

540 Zaak 112/77, Töpfer [1978]. Deze stelling is sindsdien vele malen herhaald, bijvoorbeeld in Gevoegde zaken 205 tot en met 215/82, Deutsche Milchkontor [1983]; C-568/11, Agroform AS [2013] en Zaak C-427/14, Veloserviss SIA [2015].

541 In Nederland is dat niet anders. Zie over de onderscheidingen die in de Nederlandse literatuur worden gemaakt tussen het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bijvoorbeeld Addink 1999, p. 119-124 en 136-137 en Schlössels & Zijlstra 2016, p. 388.

542 Zie over deze aspecten Tridimas 2006, p. 242-251.

543 Vergelijk bijvoorbeeld Zaak C-201/08, Plantanol GmbH & Co. KG [2009]; Zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten [2007]; Zaak C-248/04, Cosun [2006].

544 Zie onder meer Zaak 33/76, Rewe [1976] (rechtszekerheid als basis voor de hantering van fatale beroepstermijnen); Zaak C-126/97, Eco swiss [1999] (rechtszekerheid als basis voor de eerbiediging van het gezag van gewijsde), en Zaak C-453/00, Kühne & Heitz [2004] en Byankov [2012] (rechtszekerheid als basis voor het niet heroverwegen van definitief geworden besluiten).

545 In hoofdstuk VI, paragraaf 6 wordt op deze toepassingen van het rechtszekerheidsbeginsel uitvoerig ingegaan.

546 Konijnenbelt 1975, p. 61; Ten Berge & Widdershoven 1998.

547 Schönberg 2000, p. 7-30.

548 Hofmann e.a. 2011, p. 176.



rechtsorde algemeen verbindende voorschriften veelal worden vastgesteld door de Unierechtelijke instellingen, terwijl de daarvan afwijkende inlichtingen, uitvoeringsregels en besluiten afkomstig kunnen zijn van nationale uitvoeringsorganen. In paragraaf 5.2 wordt op dit thema nader ingegaan.

Behalve deze kwestie roept de toepassing van het vertrouwensbeginsel andere vragen op. Welke gedragingen kunnen een gerechtvaardigd vertrouwen wekken? Welk orgaan kan gerechtvaardigd vertrouwen wekken? Wanneer is vertrouwen eigenlijk gerechtvaardigd? Deze en andere vragen worden ook in paragraaf 5.2 besproken, waarbij op onderdelen een vergelijking wordt gemaakt tussen het Europese en het Nederlandse vertrouwensbeginsel.

De 'ontdekking' en verdere ontwikkeling van het vertrouwensbeginsel door het Hof is waarschijnlijk vooral geïnspireerd door het Duitse recht.<sup>549</sup> In Duitsland staat het beginsel bekend onder de naam *Vertrauensschutz* en wordt het beschouwd als een grondrecht dat kan worden afgeleid uit het Duitse *Grundgesetz*. Ook in het Nederlands bestuursrecht is het vertrouwensbeginsel een belangrijk algemeen rechtsbeginsel,<sup>550</sup> dat overigens alleen voor subsidiebesluiten is gecodificeerd in de Awb.<sup>551</sup> In België wordt het vertrouwensbeginsel in principe wel erkend, maar wordt het in de rechtspraak maar sporadisch toegepast.<sup>552</sup> In andere EU-landen is het vertrouwensbeginsel echter minder bekend. Over Frankrijk kan worden opgemerkt dat het vertrouwensbeginsel verwant is aan en overlap vertoont met het Franse concept van de *Droit Acquis*, maar dat het als zodanig niet wordt erkend.<sup>553</sup> In het Engels recht bestaat van oudsher wel een procedureel vertrouwensbeginsel. Op grond daarvan hebben beleidspraktijken en toezeggingen van het bestuur een zekere juridische betekenis, maar kan het bestuur daarvan afwijken als het de afwijking voldoende motiveert en betrokkene tevoren hoort.<sup>554</sup> Met de gedachte dat beleid of toezeggingen inhoudelijke gerechtvaardigde verwachtingen kunnen creëren, heeft men in Engeland echter meer moeite.

Als gevolg van deze nationale verschillen ziet men in de rechtspraak van het Hof over het Europese vertrouwensbeginsel geen verwijzing naar de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten. Een dergelijke traditie bestaat ten aanzien van het beginsel (nog) niet.<sup>555</sup> Bovendien kunnen deze verschillen waarschijnlijk een verklaring bieden voor het feit dat de beschermende werking van het Europese beginsel in de rechtspraak van het Hof minder ver gaat dan bijvoorbeeld in het Duitse en Nederlandse bestuursrecht. De Nederlandse rechtspraak en de debatten in de literatuur hebben dan ook bijna altijd betrekking op de beperking van de beschermende werking van het nationale vertrouwensbeginsel door het Unierecht. In paragraaf 5.3 wordt de doorwerking van het beginsel in Nederland nader uitgewerkt. Daarbij wordt bijzondere aandacht besteed aan situaties waarin de EU door middel van verordeningen de toepassing van het vertrouwensbeginsel in de lidstaten heeft geregeld (o.a. op het gebied van landbouw en douane) en situaties waarin het toepasselijke Unierecht geen specifieke bepalingen over gerechtvaardigd vertrouwen bevat, maar desalniettemin vaak een

549 Groussot 2006, p. 23-26.

550 Damen 2016; Verheij 1997, p. 43-90; Nicolai 1990, p. 360 e.v.

551 Elementen van het vertrouwensbeginsel zijn voor het subsidieproces gecodificeerd in artikel 4:46 en 4:48-4:50 Awb, doordat deze bepalingen limitatieve gronden bevatten voor de vaststelling van een subsidie en voor de intrekking of wijziging van een verlenings- en vaststellingsbesluit betreffende een subsidie. Ook artikel 4:51 Awb, waarin is geregeld dat langdurige subsidiërelaties niet mogen worden stopgezet zonder inachtneming van een redelijke termijn, is gebaseerd op elementen van het vertrouwensbeginsel. Zie daarover verder: Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011.

552 De Vos 2011, p. 451-552.

553 Schönberg 2000, hoofdstuk 3 en 4; Groussot 2006, p. 26; De Vos 2011, p. 335-450.

554 Schönberg 2000, hoofdstuk 2; Groussot 2006, p. 335-341.

555 Wel groeien de nationale vertrouwensbeginselen onder invloed van de rechtspraak van het Hof naar elkaar toe. Zie de analyse van De Vos 2011, p. 601-604.

beroep wordt gedaan op het vertrouwensbeginsel (o.a. bij terugvordering van Europese subsidies en onrechtmatige staatssteun). Dan zal blijken dat er voor honorering van een beroep op het vertrouwensbeginsel in een Unierechtelijke casus vaak veel minder ruimte bestaat dan in een louter Nederlandse casus. Daarom wordt tot slot bekeken of een burger die volgens het Nederlandse recht wel, maar volgens het Unierecht geen beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel, op andere wijze enige genoegdoening kan krijgen.

## 5.2 Het Europese vertrouwensbeginsel en zijn Nederlandse equivalent

Sinds de ontdekking door het Hof van het vertrouwensbeginsel in de jaren zeventig van de vorige eeuw, zijn er heel veel uitspraken geweest waarin het beroep van een particulier beroep op het beginsel aan de orde komt. Tot honorering komt het beduidend minder vaak. Zoals dat gebruikelijk is in de literatuur over het Nederlandse vertrouwensbeginsel wordt de rechtspraak hierna beschreven aan de hand van de volgende vragen:<sup>556</sup>

- a. Welke overheidshandelingen kunnen in beginsel gerechtvaardigd vertrouwen wekken? (paragraaf 5.2.1)
- b. Welke bestuurlijke autoriteit kan gerechtvaardigd vertrouwen wekken? (paragraaf 5.2.2)
- c. Welke factoren spelen een rol bij de vraag of een bepaald vertrouwen al dan niet *gerechtvaardigd* is? (paragraaf 5.2.3)
- d. Onder welke omstandigheden is honorering van een beroep op het beginsel uitgesloten? (paragraaf 5.2.4)

Daarbij wordt op onderdelen een vergelijking gemaakt met het Nederlands vertrouwensbeginsel, vooral wanneer het Nederlandse beginsel meer bescherming biedt dan het Europese.<sup>557</sup>

### 5.2.1 Vertrouwenwekkende handelingen

Zowel voor het Europese als Nederlandse vertrouwensbeginsel geldt dat gerechtvaardigd (of gewettigd) vertrouwen kan worden gewekt door diverse overheidshandelingen. In de eerste plaats kunnen *regelgeving* en *beschikkingen* in beginsel het vertrouwen wekken op de continuïteit en bestendigheid ervan. In dit verband stelt het beginsel grenzen aan de invoering van wetgeving met terugwerkende kracht of onmiddellijke werking,<sup>558</sup> alsook aan de intrekking van begunstigende beschikkingen.<sup>559</sup> Anders dan bij rechtmatige beschikkingen is intrekking van een onrechtmatige begunstigende beschikking volgens het Hof in de regel overigens wel toelaatbaar, maar moet het bestuursorgaan een redelijke termijn in acht nemen en rekening houden met het feit dat belanghebbende van de wettigheid van het besluit is uitgegaan.<sup>560</sup>

<sup>556</sup> Zie bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2014, p. 315 e.v..

<sup>557</sup> Zie daarover ook Van den Brink & Den Ouden 2014; De Vos 2011, p. 233-334; Van den Brink 2010, p. 79-90; Gorissen 2008.

<sup>558</sup> Zie voor de Europese rechtspraak Tridimas 2006, p. 252-258 en p. 266-268; Craig 2012, p. 550-552; De Vos 2011, p. 127-142. Zie voor het Nederlands recht, De Vos 2011, p. 277-282; Verheij 1997, p. 48-59.

<sup>559</sup> Daarover Craig 2012, p. 556-567; Ortlep 2011; De Vos 2011, p. 142-157; Schönberg 2000, hoofdstuk 3; Tridimas 2006, p. 284-285. Zie voor het Nederlandse recht Ortlep 2011 en De Vos 2011, p. 282-292.

<sup>560</sup> Bijvoorbeeld Gevoegde zaken 7/56 en 3/57-7/57, Algera [1957]; Zaak 14/81, Alpha Steel [1982]; Zaak C-508/03, Commissie/Verenigd Koninkrijk [2006], r.o. 68, zie ook Zaak T-297/05, IPK International [2011], r.o. 118.

In de tweede plaats kan gerechtvaardigd vertrouwen worden gewekt door *beleidsregels* en andere vormen van *soft law*.<sup>561</sup> In deze regels geeft de bevoegde bestuurlijke autoriteit – in Europa doorgaans de Commissie – aan hoe zij een bepaalde bevoegdheid zal uitoefenen. Op grond van het vertrouwensbeginsel (en het gelijkheidsbeginsel) kan de autoriteit aan deze regels rechtens gebonden zijn. Een derde bron van gerechtvaardigd vertrouwen zijn *toezeggingen* van de bevoegde autoriteit.<sup>562</sup> Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat honorering van een beroep hierop – alsook geldt naar Nederlands recht – alleen mogelijk is als de autoriteit de betrokken particulier specifieke en precieze toezeggingen heeft gedaan.<sup>563</sup> Ten slotte kan een *langdurig niet-uitoefenen* van een voor een particulier bezwarende bevoegdheid door de Commissie in bijzondere omstandigheden een gerechtvaardigd vertrouwen wekken dat deze bevoegdheid niet meer zal worden uitgeoefend.<sup>564</sup>

### 5.2.2 Vertrouwenwekkende autoriteit

Zowel voor het Europese als het Nederlandse vertrouwensbeginsel geldt dat alleen de autoriteit die op grond van de relevante wettelijke voorschriften bevoegd is om een besluit of andere maatregelen te nemen, gerechtvaardigd vertrouwen kan wekken dat een besluit of maatregel met een bepaalde inhoud zal worden genomen.<sup>565</sup> In de gedeelde Europese rechtsorde betekent dit vooral dat een *nationale* autoriteit geen gerechtvaardigde verwachtingen kan wekken over de toepassing van bevoegdheden door *Europese* instellingen. Toepassing van deze regel ziet men veelvuldig in zaken met betrekking tot de terugvordering van onrechtmatige staatssteun. In deze zaken wordt de beschikking van de Commissie, waarin deze heeft vastgesteld dat de door een lidstaat aan een particulier verstrekte steun in strijd is met artikel 107 VWEU en derhalve moet worden teruggevorderd, door de lidstaat en/of de getroffen particulier vaak bestreden met het argument dat de nationale autoriteiten in een officiële publicatie of door een toezegging het vertrouwen hebben gewekt dat de steun toelaatbaar was. Deze stelling wordt door het Hof altijd zonder meer verworpen met als argument dat verwachtingen die de nationale autoriteiten ten onrechte zouden hebben gewekt in geen geval de rechtmatigheid van de bestreden beschikking van de Commissie kan aantasten.<sup>566</sup> Volgens de zaak *Fleuren Compost* geldt dit bijvoorbeeld ook als het vertrouwen is gewekt door een mededeling in de Nederlandse Staatscourant.<sup>567</sup> De Commissie is immers exclusief bevoegd om te oordelen over de toelaatbaarheid van staatssteun in het licht van artikel 107 VWEU en alleen de Commissie kan daarom ter zake hiervan gerechtvaardigde verwachtingen wekken. Wel kan de betrokken particulier in de nationale procedure, tegen de beschikking tot terugvordering van de onrechtmatige steun waarmee de nationale autoriteiten de beschikking van de Commissie uitvoeren, in beginsel beroep doen op het *nationale* vertrouwensbeginsel. Zoals in paragraaf 5.3.3.1 verder wordt besproken, is honorering van dit beroep echter alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden mogelijk.

561 Craig 2012, p. 578-584 en De Vos 2011, p. 163-176. Zie bijvoorbeeld Zaak 81/72, Commissie tegen Raad [1973]; Zaak 148/73, Louwage [1974]; Zaak T-374/04, Duitsland/Commissie [2007]. Zie over de juridische betekenis van soft law, hoofdstuk I, paragraaf 4

562 Craig 2012, p. 567-573 en De Vos 2011, p. 292-298. Zie bijvoorbeeld Zaak 19, 20, 25 en 30/69, Richez-Parise [1970]; Zaak 129/87, Decker-Fingruth [1988] en Zaak T-283/02, EnBW/Commissie [2005].

563 Zaak T-129/96, Preussag Stahl [1998]; Zaak T-346/99 tot en met 348/99, Territorio Histórico de Álava/Commissie [2002]; Zaak C-537/08 P, Kahla Thüringen Porzellan GmbH [2010].

564 Zaak 223/85, RSV [1987]; Gevoegde zaken C-74/00 P en 7C-5/00 P, Falck [2002]. Overigens blijkt uit bijvoorbeeld Zaak C-298/00 P, Italië/Commissie [2004] en Zaak C-408/04 P, EGKS en staatssteun [2008] dat het Hof een beroep op bestuurlijk 'stilzitten' niet snel honoreert. In laatstgenoemde zaak acht het Hof daartoe een kennelijke nalatigheid van de Commissie en een duidelijke schending van haar zorgvuldigheidsplicht noodzakelijk.

565 Zie bijvoorbeeld Zaak C-221/09, AJD Tuna [2011], r.o. 72.

566 Onder meer Zaak C-5/89, BUG-Alutechnik [1990]; Zaak C-169/95, Spanje/Commissie [1997].

567 Zaak T-109/01, Fleuren Compost [2004].

Ook buiten het terrein van de staatssteun ziet men zaken waaruit blijkt dat alleen de Europese instellingen gerechtvaardigde verwachtingen kunnen wekken over de uitoefening van hun bevoegdheden en niet de nationale autoriteiten. Een beroep op het Europese vertrouwensbeginsel wordt in die zaken steeds afgewezen met de overweging dat een nationale bestuurlijke praktijk bij een particulier niet de gerechtvaardigde verwachting kan wekken dat hij door een Europese instelling conform die praktijk zal worden behandeld.<sup>568</sup>

### 5.2.3 Relevante factoren voor gerechtvaardigd vertrouwen

Het beroep door een particulier op het door een bevoegde autoriteit gewekte vertrouwen komt alleen voor honorering in aanmerking als het gerechtvaardigd is. Bij de vraag of sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen zijn diverse factoren van belang. De eerste factor is de *voorzienbaarheid*,<sup>569</sup> die vooral een rol speelt bij de verandering van Europese regelgeving met terugwerkende kracht. Op zichzelf kunnen particulieren zich daartegen verzetten met beroep op het gerechtvaardigd vertrouwen dat is gewekt door de oude regelgeving. Dit beroep wordt echter afgewezen als een professionele en behoedzame particulier de vaststelling van de nieuwe Europese maatregel had moeten voorzien.<sup>570</sup>

In de rechtspraak van het Hof is regelmatig de vraag aan de orde of gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ontleend aan mededelingen of besluiten van de bevoegde nationale of Europese autoriteit die, gelet op de relevante Europese regelgeving, incorrect zijn. Hoewel dit in beginsel niet is uitgesloten, wordt een beroep op het gerechtvaardigd vertrouwen in elk geval afgewezen als de betrokken particulier de *onjuistheid* van de informatie of het besluit *redelijkerwijs had moeten ontdekken*. Daarbij stelt het Hof hoge eisen aan de deskundigheid van de particulier. De overweging dat een marktdeelnemer, gelet op diens geobjectiveerde deskundigheid, niet had mogen afgaan op onwettige mededelingen of besluiten van een Europees of nationaal orgaan, treft men in veel uitspraken van het Hof aan.<sup>571</sup> De maatman bij het Europese vertrouwensbeginsel is de *behoedzame ondernemer* of *professionele marktdeelnemer*, waarvan snel wordt aangenomen dat hij fouten van het bestuur had moeten onderkennen.

Zo wordt bijvoorbeeld in de zaak *Binder* van de betrokken onderneming verwacht dat zij zelf kennisneemt van het Publicatieblad van de EG om op de hoogte te blijven van de toepasselijke douanetarieven; zij mag niet afgaan op op dit punt incorrecte informatie van het bevoegde, nationale uitvoeringsorgaan.<sup>572</sup> Het Hof haalt eerst het adagium aan dat ‘eenieder geacht wordt de wet te kennen’, en voegt daaraan toe dat het ‘niet onredelijk’ is te verlangen dat de betrokken marktdeelnemer zich vergewist van de toepasselijke tarieven.

Op dit punt is het Unierecht strenger dan het Nederlandse recht, ook al lijken de verschillen tussen beide kleiner te worden.<sup>573</sup> In Nederland geldt overigens ook dat een beroep op het vertrouwensbeginsel wordt afgewezen als de betrokken burger de onjuistheid van een besluit of toezegging wist of behoorde te weten. Het gaat dan echter om de vraag of er sprake is van een zogenaamde ‘kennelijke

568 Bijvoorbeeld Zaak C-164/01 P, Van den Berg [2004].

569 Tridimas 2006, p. 265-266.

570 Zaak 265/85, Van den Bergh en Jurgens en Van Dijk Food Productions [1987]; Zaak C-22/94, Irish Farmers Association [1997]; Gevoegde zaken C-37/02 en C-38/02, Di Leonardo Adriano [2004]; Zaak T-310/06, Hongarije/Commissie [2007] en Zaak C-221/09, AJD Tuna [2011], r.o. 73.

571 Daarover Craig 2012, p. 570-572. Zie bijvoorbeeld Zaak C-5/89, BUG Alutechnik [1990]; Zaak C-365/89, Cargill [1991]; Zaak C-24/95, Alcan [1997]; Zaak T-348/03, Friesland Foods [2007]; Zaak C-684/13, Demmer [2015]; Zaak C-427/14, Veloserviss SIA [2015].

572 Zaak 161/88, Binder [1989], r.o. 19 e.v. Zie ook Zaak C-365/89, Cargill [1991].

573 Van den Brink 2010, p. 129-130.

fout' van de zijde van het bestuursorgaan. Een kennelijke fout in een beschikking, die de ontvanger had moeten herkennen, wordt door de Nederlandse bestuursrechter niet snel aangenomen.<sup>574</sup>

In het verleden speelde in Nederland de geobjectiveerde deskundigheid van de betrokkene bij de toepassing van dit criterium in louter nationale zaken niet of nauwelijks een rol. In meer recente rechtspraak ziet men in nationale zaken echter uitspraken, waarin de deskundigheid van de betrokken particulier wel wordt meegewogen bij de vraag of hij had mogen afgaan op incorrecte informatie van de kant van het bestuursorgaan en waarin in dit verband zelfs de Unierechtelijke term 'professionele marktpartij' wordt gebruikt.<sup>575</sup>

Een derde factor die van belang is voor de beantwoording van de vraag of sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen is de *goede trouw* van de betrokken particulier. Deze factor speelt vooral een rol in zaken waarin een nationaal uitvoeringsorgaan een Europese subsidie, die (mede) op basis van de door een particulier verstrekte gegevens is toegekend, intrekt en terugvordert omdat de toekenning ervan in strijd met het Unierecht blijkt te zijn. Een beroep op het vertrouwen dat door de aanvankelijke toekenning zou zijn gewekt, kan dan alleen voor honorering in aanmerking komen als de betrokkene te goeder trouw heeft gehandeld. Of zoals het Hof het stelt in zaak *Huber*: 'de toepassing van het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen vereist dat de goede trouw van de begunstigde van de betrokken steun is aangetoond'.<sup>576</sup> Dat betekent dat hij er oprecht van overtuigd diende te zijn dat hij voor steun in aanmerking kwam.<sup>577</sup> Een betrokkene is – volgens de rechtspraak van het Hof – in beginsel niet te goeder trouw als hij incorrecte gegevens heeft verstrekt, de voorwaarden voor het toekennen van de Europese subsidie niet heeft nageleefd of zich schuldig heeft gemaakt aan een kennelijke schending van de Europese regels.<sup>578</sup> Op dit punt is het Europese vertrouwensbeginsel beduidend strenger dan zijn Nederlandse equivalent, althans dan de in de Awb voor subsidiebesluiten gecodificeerde versie van het beginsel.

In dit verband kan worden gewezen op de ESF-affaire.<sup>579</sup> Deze affaire betrof de intrekking en terugvordering van subsidies die de Nederlandse autoriteiten in het kader van het Europees Sociaal Fonds hadden verleend, nadat was vastgesteld dat ofwel de subsidie was toegekend in strijd met de doelstellingen van het ESF (in de zaak van de *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*), ofwel de subsidieontvanger de Europese subsidievoorwaarden niet had nageleefd (in de zaak van de *Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant*). Problematisch was echter dat deze fouten in belangrijke mate waren te wijten aan de Nederlandse autoriteit die in de eerste zaak de aanvrager ertoe had aangezet om diens aanvraag te herschrijven naar een andere ESF-doelstelling terwijl hij wist dat deze daaraan niet kon voldoen, en die in de tweede zaak de subsidie had vastgesteld zonder de naleving van de voorwaarden te controleren. In de uitspraken van 30 augustus 2006, maakte de ABRvS uit dat onder deze omstandigheden naar uitsluitend Nederlands subsidierecht de betreffende subsidies niet meer konden worden ingetrokken, omdat dat in strijd zou zijn met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel zoals dat is gecodificeerd in

574 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK7970 en CRvB 21 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1289.

575 Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3088; ABRvS 2 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6647; CBB 9 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:310 en ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3006.

576 Zaak C-336/00, *Huber* [2002]. Zie ook Zaak C-366/95, *Steff-Houlberg* [1998]; Zaak C-298/96, *Oelmühle Hamburg* [1998]; Zaak C-158/06, *Stichting ROM-projecten* [2007].

577 Vergelijk Zaak C-684/13, *Demmer* [2015], r.o. 92.

578 Zaak 67/84, *Sideradria/Commissie* [1985]; Zaak T-142/97, *Branco/Commissie* [1998]; Zaak T-182/96, *Partex/Commissie* [1999]; Zaak T-126/97, *Sonasa* [1999].

579 Vergelijk Van den Brink 2012; Ortlep 2009; Den Ouden 2008; Jacobs, Den Ouden & Verheij 2008.

artikel 4:46 Awb juncto artikel 4:57 Awb (in de eerste zaak) en artikel 4:49 Awb (in de tweede zaak).<sup>580</sup> Prejudicieel wierp de Afdeling echter de vraag op of het Unierecht niet in de weg stond aan de toepassing van het nationale beginsel.

Uit het antwoord van het Hof blijkt dat naar Unierecht een beroep op het vertrouwensbeginsel niet mogelijk is als de Europese subsidievoorwaarden niet zijn nageleefd of de subsidieontvanger de Europese regels kennelijk heeft geschonden.<sup>581</sup> Bij de nationale afdoening toetst de ABRvS de beroepen vervolgens aan het Europese vertrouwensbeginsel en past daartoe het Nederlandse Awb-subsidierecht verordeningsconform toe. De beroepen, die naar Nederlands subsidierecht hadden moeten worden gehonoreerd, worden vervolgens verworpen vanwege kennelijke schending van de Europese regels of niet-naleving van de Europese subsidieverplichtingen.<sup>582</sup> Het Unierecht biedt aldus beduidend minder bescherming dan het in de Awb gecodificeerde Nederlandse vertrouwensbeginsel.

Een vierde beoordelingsfactor voor de gerechtvaardigheid van gewekt vertrouwen is het zogenoemde *dispositievereiste*.<sup>583</sup> Op grond hiervan moet de mate waarin de burger op het vertrouwen in een toezegging of de bestendigheid van een besluit is afgegaan, door het bestuursorgaan worden meegewogen wanneer het dit vertrouwen wil schenden. Heeft een particulier zich gedisponeerd – en heeft hij derhalve afgaand op het gewekte vertrouwen handelingen verricht waardoor hij in een nadeliger positie terecht zal komen wanneer dat vertrouwen niet wordt gehonoreerd – dan is het beroep op het beginsel eerder succesvol.

#### 5.2.4 De grenzen van gerechtvaardigd vertrouwen

Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een belangrijke grens voor de honorering van gerechtvaardigd vertrouwen dat zij niet *contra legem* mag geschieden. Met het Unierecht strijdige toezeggingen van een nationale of Europese autoriteit of een met het Unierecht strijdige praktijk van een lidstaat kunnen daarom geen gerechtvaardigd vertrouwen op een met het Unierecht strijdige handeling doen ontstaan. Dit standpunt blijkt duidelijk uit de zaken *Maizena*, *Krücken* en *Agroferm*.<sup>584</sup>

In de *Maizena*-zaak was het Hof van oordeel dat de berekeningsmethode van een restitutie gehandhaafd mocht blijven, ook al kwam zij neer op een wijziging van het beleid dat de lidstaat tot dan toe had gevoerd. Het argument van de Fa. *Maizena*, dat de Bondsrepubliek Duitsland vertrouwen had gewekt door een andere berekeningsmethode te hanteren, en de Commissie Duitsland niet op de vingers had getikt, werd door het Hof afgewezen: 'Een praktijk in een lidstaat die niet in overeenstemming is met gemeenschapsrecht, kan 'nooit' tot het ontstaan van een door het gemeenschapsrecht beschermde rechtspositie leiden, ook niet wanneer de Commissie heeft nagelaten de noodzakelijke stappen te nemen om de lidstaat tot een correcte toepassing van de gemeenschapsregeling te bewegen.'

In de zaak *Krücken* oordeelde het Hof dat 'het vertrouwensbeginsel weliswaar een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is dat ook in acht moet worden genomen door alle nationale organen die met

580 ABRvS 30 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY7176; ABRvS 30 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY7176.

581 Gevoegde zaken C-383/06, C-384/06, C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening [2008].

582 ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8284; ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8290.

583 Zie bijvoorbeeld Zaak 90/77, Hellmut Stimming [1978]; Zaak 14/81, Alpha Steel [1982]; Zaak C-508/03, Commissie/Verenigd Koninkrijk [2006].

584 Respectievelijk Zaak 5/82, *Maizena* [1982]; Zaak 316/86, *Krücken* [1988], Zaak C-568/11, *Agroferm AS* [2013]. Zie ook Zaak 188/82, *Thyssen* [1983], waarin de *contra legem* werking van onwettige toezeggingen van Europese organen wordt afgewezen.

de uitvoering van het gemeenschapsrecht zijn belast, maar dat gedrag van zulk een orgaan dat in strijd is met een uitdrukkelijk voorschrift van EG-recht geen gerechtvaardigde verwachtingen vermag te wekken.’

In de zaak *Agroferm* benadrukte het Hof nog eens dat ‘dat het vertrouwensbeginsel niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling kan worden aangevoerd, en dat een daarmee strijdige gedraging van een met de toepassing van het Unierecht belaste nationale autoriteit bij een marktdeelnemer geen gewettigd vertrouwen op een met het Unierecht strijdige behandeling kan wekken.’

Dat het Hof de mogelijkheid van *contra legem* werking van het vertrouwensbeginsel afwijst is niet onbegrijpelijk. Zou het deze mogelijkheid wel erkennen dan zou men de deur openzetten voor nationaal beleid dat welbewust afwijkt van het Unierecht. Bovendien zou dan de uniforme toepassing van het Unierecht door de lidstaten ernstig in gevaar komen. De andere kant van de medaille moet echter ook worden genoemd: nationale uitvoerende instanties kunnen bij de uitvoering het (vaak complexe) Unierecht grote steken laten vallen; als die moeten worden hersteld kunnen de nadelen daarvan zonder problemen worden afgewenteld op de marktdeelnemers, die het beter hadden kunnen en moeten weten dan de uitvoerende instanties.

De benadering van het Hof wijkt af van het Nederlands recht. In de klassieke *Doorbraak*-arresten uit 1978 erkent de Hoge Raad de mogelijkheid dat in bijzondere omstandigheden strikte toepassing van de wet moet wijken voor gerechtvaardigd vertrouwen dat door de bevoegde autoriteiten is gewekt.<sup>585</sup>

Volgens de Hoge Raad is het onder bijzondere omstandigheden mogelijk dat ‘strikte toepassing van de wet in die mate in strijd komt met het beginsel dat de administratie verwachtingen honoreert welke zij bij een belanghebbende ten aanzien van een door haar te volgen gedragslijn heeft gewekt en waarop deze zich in redelijkheid tegenover haar mag beroepen, dat die toepassing achterwege dient te blijven’. Daarbij geldt wel het voorbehoud dat de gewekte verwachtingen niet zo duidelijk in strijd zijn met een juiste wetstoepassing dat de betrokken burger op honorering ervan in redelijkheid niet had mogen rekenen en bovendien dat de door de burger verstrekte gegevens juist zijn.

Sinds de *Doorbraak*-arresten heeft de belastingkamer van de Hoge Raad in een groot aantal zaken het vertrouwensbeginsel (en soms ook het gelijkheidsbeginsel) zwaarder laten wegen dan de plicht van bestuursorganen om wettelijke voorschriften toe te passen. Gerechtvaardigd vertrouwen kan door de belastingplichtige bijvoorbeeld worden ontleend aan (tegen-wettelijke) begunstigende ministeriële resoluties (fiscaal beleid), toezeggingen aan een belastingplichtige en aan een eerder jegens een belastingplichtige gevolgde gedragslijn.<sup>586</sup> Echter, wanneer begunstigend (tegen-wettelijk) fiscaal beleid in strijd komt met het Unierecht dient dit te worden ingetrokken.<sup>587</sup>

*Contra legem* toepassing van het vertrouwensbeginsel komt men ook tegen in de rechtspraak van de CRvB.<sup>588</sup> In deze rechtspraak worden gerechtvaardigde verwachtingen veelal gewekt door zogenoemde tegen-wettelijke begunstigende beleidsregels of een buitenwettelijke begunstigende uitvoeringspraktijk. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad en de CRvB blijken ook twee beperkingen van de *contra legem* werking van rechtsbeginselen. In de eerste plaats moet de toepassing niet direct

585 HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2432; zie ook HR 26 september 1979, ECLI:NL:HR:1979:AM4918.

586 Zie voor een overzicht daarvan Van Kreveld 2016, p. 61-69.

587 Zie onder meer HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9444.

588 Bijvoorbeeld CRvB 3 december 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AK7410; CRvB 5 april 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AW5380 en CRvB 23 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4416. Zie voor een overzicht van de CRvB-jurisprudentie Van Kreveld 2016, p. 69-72.

of indirect gevolgen hebben voor derden. In de tweede plaats moet zij voor de burger gunstiger zijn dan het wettelijk voorschrift waarvan wordt afgeweken.

Een tweede grens voor de honorering van gerechtvaardigd vertrouwen die het Hof van Justitie van de EU heeft getrokken ziet men in zaken tussen de Commissie en de lidstaten bij de afrekening van de structuurfondsen. In deze zaken komt het soms voor dat de Commissie vaststelt dat bij de uitvoering van een structuurfonds in de lidstaat in een bepaald jaar onregelmatigheden hebben plaatsgevonden, maar dat zij om billijkheidsredenen de verstrekte gelden niet (volledig) terugvordert. Volgens vaste rechtspraak van het Hof geeft dit de lidstaten niet het recht om op grond van het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel te verlangen dat de Commissie hetzelfde doet ten aanzien van onregelmatigheden in het volgend begrotingsjaar.<sup>589</sup> Het feit dat de Commissie in het ene jaar een bepaalde onregelmatigheid niet ‘bestraft’, betekent derhalve niet dat zij in de daarop volgende jaren even clement moet zijn.

Ten slotte kan een *dwingend algemeen belang* aan de honorering van een beroep op het vertrouwensbeginsel in de weg staan.<sup>590</sup> In Nederland is dit niet anders en moet het particuliere belang bij honorering van vertrouwensbeginsel ook altijd worden afgewogen tegen het algemeen belang.

### 5.3 Doorwerking in het nationaal bestuursrecht

#### 5.3.1 Inleiding

In het voorgaande is vastgesteld dat het Europese vertrouwensbeginsel op een aantal punten minder bescherming biedt dan het Nederlandse beginsel (hogere eisen met betrekking tot de geobjectiveerde deskundigheid en goede trouw van particulieren, geen *contra legem* werking). Daarom is het van belang om vast te stellen *welke versie* van het beginsel in welke situatie moet worden toegepast. In een louter nationale casus is deze vraag eenvoudig te beantwoorden: in dat geval geldt het nationale beginsel. In zuiver Europese verhoudingen, waarin een Europese instelling besluiten neemt ten opzichte van een particulier, ligt het antwoord eveneens voor de hand: dan geldt het Europese vertrouwensbeginsel. De kwestie ligt echter complex bij gedeeld bestuur, als het Unierecht in de lidstaat ten uitvoer wordt gelegd door organen van die lidstaat. In dat geval, waarop we ons hierna zullen concentreren, wordt als *hulpmiddel* om de rechtspraak van het Hof te begrijpen (en te voorspellen) in de Nederlandse literatuur,<sup>591</sup> in navolging van de Duitse doctrine,<sup>592</sup> vaak onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte toepassing van het Unierecht door een nationaal uitvoeringsorgaan.

Van *directe toepassing* van Unierecht is sprake wanneer en voor zover de bevoegdheden die een nationaal uitvoeringsorgaan volgens een Unierechtelijke regeling moet toepassen, geheel zijn geëuropeaniseerd, dat wil zeggen door het Unierecht worden genormeerd. In de regeling – in de praktijk altijd een verordening – wordt dan exact omschreven onder welke voorwaarden het nationale orgaan Europese steun (subsidie, restitutie) moet verlenen of een heffing moet opleggen, onder welke voorwaarden deze besluiten moeten worden ingetrokken en in hoeverre daarbij rekening kan worden gehouden met het bij de burger gewekte vertrouwen. De uitvoering van de Europese regeling door

589 Zaak C-55/91, Italië/Commissie [1993]; Zaak C-373/99, Griekenland/Commissie [2001]; Zaak C-199/03, Ierland/Commissie [2005].

590 Craig 2012, p. 577-578. Zie Zaak C-182/03 en C-217/03, Forum 187 [2006]; Zaak C-519/07 P, Koninklijke Friesland Campina NV [2009].

591 Vergelijk Widdershoven 1994, p. 4-5; Gerrits-Janssens 2001, p. 91-92; De Vos 2011, p. 71-74; Ortlep 2011, p. 79-82; Van den Brink 2012, p. 439-452.

592 Vergelijk Streinz 1990, p. 155-156; Rengeling e.a. 2003. Overigens spreekt men in de Duitse doctrine in dit verband van onmiddellbare (directe) en middelbare (indirecte) toepassing. Vergelijk Widdershoven 1994, p. 4-5, alsmede Ortlep in aantekening 2 van zijn annotatie onder CBB 20 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB4249, AB 2007/361.



het nationale orgaan kan worden getypeerd als ‘gebonden medebewind’. In deze situatie geldt in principe het Europese vertrouwensbeginsel. Voor zover het in de Europese regeling is gecodificeerd, moet het nationale orgaan deze codificatie in beginsel zonder meer toepassen en is er geen ruimte voor daarvan afwijkende nationale regels of beginselen. Bovendien geldt op grond van het ongeschreven Europese beginsel het verbod van *contra legem* toepassing. In paragraaf 5.3.2 wordt op de directe toepassing nader ingegaan.

Bij de *indirecte toepassing* van Unierecht voert een nationaal orgaan het Unierecht uit met behulp van zijn nationale recht. Deze situatie is aan de orde wanneer en voor zover de bevoegdheden die het nationale orgaan moet toepassen in verband met de uitvoering van een Europese regeling niet volledig of in het geheel niet zijn geëuropeaniseerd. Deze situatie doet zich (vrijwel) steeds voor bij de toepassing van richtlijnen: voor zover deze al iets bepalen over de intrekking van begunstigende onwettige besluiten, bevatten zij in de praktijk nooit dwingende regels over de toepassing van het vertrouwensbeginsel. Ook bij de uitvoering van verordeningen kan wat betreft de intrekking van begunstigende onwettige besluiten – en/of de terugvordering van ten onrechte toegekende gelden – sprake zijn van indirecte toepassing. In de verordening valt dan een bepaling te lezen als ‘de lidstaten treffen, overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, de nodige maatregelen om de ingevolge onregelmatigheden en nalatigheden verloren gegane terug te vorderen’.<sup>593</sup> Soms wordt over de intrekking en terugvordering helemaal niets bepaald. In beide situaties moeten de organen van de lidstaat bij de uitvoering van intrekking- en/of terugvorderingsbevoegdheden gebruik maken van hun nationale recht, waartoe in Nederland het vertrouwensbeginsel behoort. Het is vaste jurisprudentie dat het vertrouwensbeginsel in die gevallen kan worden toegepast omdat het – ook – deel uitmaakt van de Unierechtelijke rechtsorde.<sup>594</sup> Wel moet deze toepassing – zoals dat steeds het geval is bij de toepassing van nationaal procesrecht in een Unierechtelijke casus (zie hoofdstuk II, paragraaf 2.3) – voldoen aan de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid (effectiviteit), waarbij het laatstgenoemde vereiste de beschermende werking van het vertrouwensbeginsel aanzienlijk kan beperken, of geheel teniet kan doen. Op deze situatie wordt in paragraaf 5.3.3 nader ingegaan.

De grens tussen directe en indirecte toepassing van Unierecht is geen statische.<sup>595</sup> Op Europees niveau bestaat de neiging om nationale bevoegdheden in verordeningen steeds verder te europeaniseren en aldus de indirecte toepassing van Unierecht (met behulp van het nationale recht) te vervangen door directe toepassing van het Unierecht. Ook de toepassing van het vertrouwensbeginsel kan daarbij worden geëuropeaniseerd.<sup>596</sup> De reden van dit proces is dat Europa meer grip wil krijgen op de nationale uitvoeringspraktijk en een meer uniforme toepassing van de betreffende bevoegdheden in de lidstaten wil bewerkstelligen.

Ten slotte moet worden benadrukt dat het onderscheid tussen directe en indirecte toepassing van Unierecht als hulpmiddel om te bepalen of bij de nationale uitvoering van Unierecht in beginsel nog ruimte bestaat voor de toepassing van een nationaal vertrouwensbeginsel, is bedacht door de litera-

593 Vergelijk artikel 8, lid 1 Verordening (EEG) nr. 729/70, betreffende de financiering van het landbouwbeleid, Pb. 1970, L 94/13. Zie voor andere voorbeelden artikel 23, lid 1 Verordening (EEG) nr. 2082/93, Pb. 1993, L 193, en Verordening (EG) nr. 1260/1999, Pb. 1999, L 161, beide met betrekking tot de Structuurfondsen.

594 Zie bijvoorbeeld de Gevoegde zaken 205/82 tot 215/82, Deutsche Milchkontor [1983], r.o. 30; Zaak C-24/95, Alcan [1997], r.o. 13, Gevoegde zaken C-383/06 tot C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a. [2008], r.o. 52 en Zaak C-568/11, Agroferm AS [2013], r.o. 47.

595 Gerrits-Janssens 2001, p. 93.

596 Zo is het hiervoor vermelde artikel 8, lid 1 Verordening (EEG) nr. 729/70 – dat nog uitging van indirecte toepassing – eerst vervangen door artikel 73 Verordening (EG) 796/2004 en daarna door Verordening (EU) Nr. 809/2014. In beide verordeningen is de toepassing van het vertrouwensbeginsel volledig geëuropeaniseerd. Zie paragraaf 5.3.2.

tuur. In de rechtspraak van het Hof komt men de termen directe en indirecte toepassing niet tegen, ook al biedt de indeling in deze categorieën wel een goede verklaring voor veel van diens rechtspraak.

Tegelijkertijd is het Hof natuurlijk niet gebonden aan deze indeling en ziet men de laatste jaren diverse uitspraken, waarin het onderscheid tussen directe en indirecte toepassing van Unierecht vervaagt.<sup>597</sup> In deze uitspraken, waarin het gaat om de indirecte toepassing van Unierecht en waarin het nationale vertrouwensbeginsel volgens de theorie toegepast zou mogen worden, beperkt het Hof de beschermende werking van het beginsel tot die situaties die ook beschermd zouden worden door het Europese beginsel en is er geen ruimte voor extra bescherming door het nationale beginsel.<sup>598</sup> In paragraaf 5.3.3.1 wordt op deze rechtspraak van het Hof nader ingegaan. Daarmee is het praktische belang van het onderscheid tussen indirecte en directe toepassing afgenomen, omdat in beide situaties het vertrouwensbeginsel steeds vaker moet worden toegepast 'in de Unierechtelijke opvatting'.<sup>599</sup> Vanuit het perspectief van het Unierecht is deze convergerende ontwikkeling begrijpelijk, omdat aldus de toepassing van het beginsel in de lidstaten in Europese zaken wordt geüniformeerd. Voor burgers van landen met een nationaal vertrouwensbeginsel dat meer bescherming biedt dan het Europese, zoals Nederland en Duitsland, is zij minder aantrekkelijk.<sup>600</sup>

### 5.3.2 Het vertrouwensbeginsel bij directe toepassing van Unierecht

In een aantal verordeningen is sprake van een uitputtende Europese codificatie van het vertrouwensbeginsel die door de bevoegde organen van de lidstaat direct moet worden toegepast. In deze codificaties herkent men de diverse elementen van het (ongeschreven) Europese vertrouwensbeginsel, die in paragraaf 5.2 zijn genoemd. Een belangrijk voorbeeld was te vinden in artikel 220 van het Communautaire Douanewetboek en is thans opgenomen in artikel 119 van het Douanewetboek van de Unie.<sup>601</sup> Volgens deze bepalingen – die wat betreft de codificatie van het vertrouwensbeginsel vrijwel gelijkkluidend zijn – moet de navordering van een als gevolg van een vergissing van de bevoegde autoriteiten ten onrechte niet geheven douanerecht achterwege blijven (artikel 220 CDW), *casu quo* moet dat bedrag worden kwijtgescholden (artikel 119 Douanewetboek), als de schuldenaar de vergissing redelijkerwijs niet had kunnen ontdekken en deze te goeder trouw heeft behandeld.

Sinds 1979 kende het douanerecht al Verordening 1679/79,<sup>602</sup> inzake de navordering van in- en uitvoerrechten, waarin in artikel 5 een regeling van het vertrouwensbeginsel was opgenomen. Deze regeling is sinds 1994 – zonder wezenlijke wijzigingen – overgenomen in het CDW. De rechtspraak op grond van verordening 1679/79 is derhalve ook van belang voor de uitleg van artikel 220 CDW en van artikel 119 van het Douanewetboek van de Unie.

Over de toepassing van het gecodificeerde Europese vertrouwensbeginsel in douanezaken heeft het Hof al de nodige uitspraken gedaan. Daarbij valt op dat het Hof de regeling strikt toepast<sup>603</sup> en succesvolle beroepen hierop uitzondering zijn. Bovendien beschouwt het Hof de voorwaarden die artikel 220, lid 2, onder b CDW (en voorheen artikel 5 Verordening 1679/79), noemt om van navordering af te zien, als uitputtend. Voor artikel 119 van het Douanewetboek van de Unie zal dat

597 Zie ook De Moor-van Vugt 2007; Den Ouden 2008; Ortlep 2009 en Van den Brink 2012.

598 Bijvoorbeeld in de Gevoegde zaken C-383/06, C-384/06, C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a. [2008] en Zaak C-568/11, Agroferm AS [2013].

599 Zaak C-599/13, Somvao [2014], r.o. 54.

600 Van den Brink & Den Ouden 2014.

601 Verordening (EU) Nr. 952/2013 tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie, Pb. 2013, L 269/1.

602 Pb. 1979, L 197/1.

603 Zie voor een recent voorbeeld Zaak C-427/14, Valsts ieņēmumu dienests [2015].

niet anders zijn. De pogingen van particulieren om met een beroep op diverse Europese of nationale rechtsbeginselen het Hof te bewegen om ook buiten deze voorwaarden navordering achterwege te laten, hebben tot nu toe geen resultaat gehad. Zo wees het Hof in de zaak *Pascoal* het beroep van de betrokken particulier op het Europese vertrouwensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel af.<sup>604</sup> In de zaak *Faroe Seafood* was het beroep op het eigendomsrecht en het evenredigheidsbeginsel hetzelfde lot beschoren.<sup>605</sup>

Een voorbeeld van een gecodificeerd Europees vertrouwensbeginsel is ook te vinden op het terrein van de landbouwsubsidies en wel in artikel 7 van Verordening (EU) Nr. 809/2014, betreffende het geïntegreerde beheers- en controlesysteem.<sup>606</sup> Op grond van het eerste lid van deze bepaling, betaalt, in het geval de subsidie onverschuldigd is betaald, de landbouwer het betreffende bedrag, verhoogd met de rente, terug. Het vertrouwensbeginsel is te vinden in artikel 7, lid 3 van de verordening waarin is bepaald dat de terugbetalingsverplichting niet geldt indien de betaling is verricht als gevolg van een fout van de bevoegde autoriteit of van een andere autoriteit en die fout redelijkerwijs niet door de landbouwer kon worden ontdekt. De beschermende werking van deze bepaling wordt in dezelfde bepaling overigens wel gerelativeerd, omdat zij slechts geldt als het terugvorderingsbesluit niet binnen 12 maanden na de betaling is medegegeerd.

In de zaak *Demmer*<sup>607</sup> gaat het Hof voor het eerst in landbouwzaken in op een voorganger van artikel 7 van Verordening (EU) Nr. 809/2014, te weten artikel 73 van Verordening nr. 796/2004, dat op een vergelijkbare wijze was geformuleerd.

Ook daarin was bepaald dat geen terugbetalingsverplichting gold indien een betaling was verricht als gevolg van een fout van de bevoegde autoriteit of van een andere autoriteit en indien de fout redelijkerwijs niet door de landbouwer kon worden ontdekt (artikel 73 lid 4). Het was deze bepaling waarover het *Vestre Landsret* (gerechtshof voor West-Denemarken) in een prejudiciële verwijzing uitleg vroeg naar aanleiding van het beroep van de Deense landbouwer Demmer. Demmer had in de jaren 2005-2009 een aantal percelen gepacht van de luchthaven Aalborg en de luchtmachtbasis Skrydstrup. Hij mocht deze percelen tegen betaling onder bepaalde restricties maaien en gebruiken. Demmer verkrijgt gedurende een aantal jaren een Europese landbouwsubsidie (op grond van de zogenoemde bedrijfstoelageregeling) voor de percelen. In 2008 wordt hem echter door de verantwoordelijke Deense autoriteiten – het Deense levensmiddelenagentschap – meegedeeld dat een deel van de percelen niet subsidiabel is, omdat het om veiligheidszones rond landingsbanen, taxibanen en noodstopbanen op vliegvelden gaat. In 2011 worden daarom de toeslagrechten van Demmer verlaagd en de eerder onverschuldigd ontvangen EU-subsidies teruggevorderd. Bovendien wordt voor een lopende aanvraag van Demmer het subsidiabele oppervlak sterk verkleind.

Uit het *Demmer*-arrest blijkt dat het Hof landbouwgronden gelegen op vliegvelden niet categorisch uitsluit van het ontvangen van EU-subsidies,<sup>608</sup> maar of de gronden van Demmer subsidiabel zijn

604 Zaak C-97/95, *Pascoal* [1997].

605 Gevoegde zaken C-153/94 en C-204/94, *Faroe Seafood* [1996].

606 Uitvoeringsverordening (EU) Nr. 809/2014 van 17 juli 2014, Pb. 2014, L 227/69.

607 Zaak C-684/13, *Demmer* [2015].

608 Het Hof bevestigde daarmee de lijn van het CBB (die over deze kwestie overigens geen prejudiciële vragen stelde); zie de uitspraken van CBB 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:282 en CBB 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:283.

Voor een voorbeeld van expliciete toepassing van de *Demmer* jurisprudentie op dit vlak zie CBB 12 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:131.

is iets wat de nationale rechter moet vaststellen. Daarmee wordt de vraag van het gerechtshof of, in geval hij tot de conclusie komt dat de percelen op de vliegvelden niet subsidiabel zijn, Demmer met succes een beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel, zoals verwoord in artikel 73 lid 4 van de verordening relevant. Het Hof stelt in dat verband voorop dat landbouwers professionele marktdeelnemers zijn: van hen kan worden verwacht dat zij bij steunaanvragen bijzondere zorgvuldigheid betrachten en op de hoogte zijn van de voorwaarden die daaraan verbonden zijn. Verder dient de uitzondering op de verplichting tot terugbetaling volgens het Hof strikt te worden uitgelegd, te meer omdat deze verplichting strekt tot bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie. Gelet op het belang van de bescherming van de financiële belangen en ondanks het feit dat het wellicht lastig was om het toepasselijke EU-recht te begrijpen, kan volgens het Hof van een landbouwer in de situatie van Demmer in beginsel worden verwacht dat hij kon ontdekken dat de oppervlakten niet subsidiabel waren, indien de nationale rechter tot de conclusie zou komen dat deze percelen niet voldeden aan de EU-vereisten. Bij deze beoordeling dient de nationale rechter volgens het Hof wel rekening te houden met alle omstandigheden van het hoofdgeding en met name met de vraag of in Denemarken een administratieve praktijk gold waarbij percelen rond vliegvelden ‘systematisch’ als subsidiabel werden erkend. Dan kan volgens het Hof van Demmer namelijk niet worden verwacht dat hij de fout had kunnen ontdekken.

Deze redenering is bepaald opvallend, omdat zij soepeler lijkt dan de hiervoor besproken jurisprudentie waarin het Hof steevast overweegt dat het vertrouwensbeginsel niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling kan worden aangevoerd, en dat een daarmee strijdige gedraging van een met de toepassing van het Unierecht belaste nationale autoriteit bij een marktdeelnemer geen gewettigd vertrouwen op een met het Unierecht strijdige behandeling kan wekken (*Agroferm*); hetzelfde geldt voor een met het EU-recht strijdige praktijk (*Maizena*). Of het hier werkelijk een koerswijziging betreft zal verdere jurisprudentie moeten uitwijzen.

De hiervoor vermelde door Europa gecodificeerde versies van het vertrouwensbeginsel moeten in beginsel zonder meer door uitvoeringsorganen van de lidstaten worden toegepast. Wel is het denkbaar dat een nationale rechter de Europese regeling van het vertrouwensbeginsel niet in overeenstemming acht met het (ongeschreven) Europese vertrouwensbeginsel. In dat geval kan hij echter niet zelf de verordening op dit punt buiten toepassing laten, maar moet hij hierover prejudicieel een geldigheidsvraag aan het Hof voorleggen.<sup>609</sup>

Doet hij dit niet dan moet de nationale rechter de Europese regeling van het beginsel toepassen en is er geen plaats meer voor een al dan niet gecodificeerd nationaal vertrouwensbeginsel dat meer bescherming biedt, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof,<sup>610</sup> die door de Nederlandse rechters ook wordt toegepast.

Een illustratie biedt de al wat oudere uitspraak van het CBB in de zaak *Mauritz* van 1 december 1989.<sup>611</sup> In deze zaak stelde appellant Mauritz dat de Minister van Landbouw, Natuurbeheer & Voedselkwaliteit door tot navordering van aanvankelijk niet opgelegde heffingen over te gaan, het nationale vertrouwensbeginsel had geschonden. De navordering viel binnen de reikwijdte van Verordening 1697/79. Het College oordeelde dat de Raad met deze verordening ‘een specifieke gemeenschapsregeling voor navor-

609 Zie voor een voorbeeld, Zaak C-97/95, Pascoal [1997].

610 Zie daarvoor het Padovani-arrest, Zaak 210/87 [1988]. Vergelijk Zaak 2010/00, Käserei Champignon Hofmeister [2002], r.o. 84.

611 CBB 1 december 1989, UCB 1989, 79. Zie ook CBB 28 oktober 1998, UTC 1999, 8 en CBB 28 december 1994, UTC 1995, 9.

dering heeft willen invoeren en in die verordening in de artikelen 2 en 5 uitdrukkelijk heeft aangegeven in hoeverre de verplichting tot navordering, door de werking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur *casu quo* algemene rechtsbeginselen wordt geneutraliseerd.’ Voor de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel was daarom geen ruimte meer. Vervolgens paste het College de voorwaarden uit de verordening toe op het geschil. Omdat de situatie van Mauritz daaraan niet voldeed, werd diens beroep verworpen.

Een recenter voorbeeld biedt een uitspraak van het CBB van 19 oktober 2005,<sup>612</sup> inzake de terugvordering van akkerbouwsteun. Deze terugvordering werd gereguleerd door artikel 14 van Verordening (EG), nr. 2316/1999. Voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel bevatte deze verordening een regeling die vergelijkbaar is met die van artikel 7 van Verordening (EU) Nr. 809/2014, betreffende het geïntegreerde beheers- en controlesysteem. Op grond van deze regeling kon de terugvordering *in casu* niet achterwege blijven. Ter zake van het beroep dat appellanten vervolgens deden op het nationale en het (ongeschreven) Europese vertrouwensbeginsel oordeelde het CBB als volgt: ‘Het gaat hier om een verplichting tot terugvordering, die rechtstreeks voortvloeit uit het Europese recht en daardoor geheel wordt gereguleerd. Nationale administratiefrechtelijke regelgeving, zoals het door appellanten ingeroepen artikel 4:49 Algemene wet bestuursrecht, kan, gelet op de voorrang van het Europese recht, de omvang van een dergelijke verplichting niet beperken. Dat [...] het Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat het vertrouwensbeginsel deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde neemt niet weg dat het Hof in constante jurisprudentie tevens heeft bepaald dat een beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan leiden tot aanspraken op financiële voordelen in strijd met geldende Europese regelgeving. Dat de zogenoemde contra-*legem* werking van dit beginsel naar Europees recht niet aanvaardbaar is, is onder meer terug te vinden in de uitspraken in Zaak 5/82, *Jur.* 1982, p. 4601 (*Maizena*) en 316/86, *Jur.* 1988, p. 2213 (*Krücken*) van het Hof.’

Verder kan worden gewezen op een arrest van de Hoge Raad van 10 augustus 2007,<sup>613</sup> waarin de toepassing van het volledig gecodificeerde vertrouwensbeginsel van artikel 220 lid 2 CDW (zie hiervoor) aan de orde was. In het arrest sauveert de Hoge Raad het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam, dat het beroep van belanghebbende tegen een naheffing op grond van artikel 220 CDW had afgewezen, omdat de belanghebbende de vergissing van de Nederlandse douaneautoriteiten om voor bepaalde goederen aanvankelijk een te lage douaneheffing op te leggen, ‘redelijkerwijs had kunnen ontdekken’. Bij dit oordeel speelt het feit dat de belanghebbende douane-expediteur, ‘een professioneel marktdeelnemer’ is, een belangrijke rol. De stelling van belanghebbende dat het ‘tot het nationale recht behorende vertrouwensbeginsel en de redelijkheid en billijkheid’ aan de naheffing in de weg had moeten staan, wordt door het gerechtshof – met instemming van de Hoge Raad – afgewezen omdat de voorwaarden voor het afzien van een naheffing ‘limitatief zijn opgesomd in artikel 220, lid 2, letter b van het CDW’. Ten slotte geeft een arrest van de Hoge Raad van 8 juni 2012<sup>614</sup> een goed voorbeeld, waar de HR kort en krachtig het volgende overweegt: ‘Naast het bepaalde in artikel 220, lid 2, letter b van het CDW is geen plaats voor het achterwege laten van een navordering van douanerechten wegens schending van door de douane jegens de douaneschuldenaar gewekt vertrouwen.’

Deze uitspraken laten goed zien dat de Nederlandse rechters de Europese codificatie van het vertrouwensbeginsel als uitputtend beschouwen en geen ruimte meer zien voor een al dan niet gecodificeerd

612 CBB 19 oktober 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU4925; zie voor een vergelijkbare opvatting bijvoorbeeld CBB 20 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB4249 en voor een recent voorbeeld CBB 30 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:489.

613 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AW2191. Zie ook HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9815.

614 HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7710.

nationaal vertrouwensbeginsel. Uit de tweede uitspraak van het CBB – en uit vele andere<sup>615</sup> – blijkt bovendien dat de naar Nederlands recht bestaande mogelijkheid van *contra legem* werking van het vertrouwensbeginsel conform de rechtspraak van het Hof (zie paragraaf 5.2.4) in Europese zaken niet wordt toegepast.

### 5.3.3 Het vertrouwensbeginsel bij indirecte toepassing van Unierecht

#### 5.3.3.1 De rechtspraak van het Hof

In het geval van indirecte toepassing van Unierecht is de nationale uitvoering van een Europese regeling en de werking van het vertrouwensbeginsel niet geëuropeiseerd en kunnen de lidstaten in beginsel hun nationale (proces)recht, inclusief een nationaal vertrouwensbeginsel, toepassen. De toepassing van dat beginsel moet wel voldoen aan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid (effectiviteit), waarbij het laatstgenoemde vereiste de werking ervan behoorlijk kan beperken. Hoever deze beperking gaat, is afhankelijk van de vraag of het vertrouwensbeginsel wordt ingeroepen als verweer bij de terugvordering van de door een nationaal orgaan in strijd met het Unierecht verstrekte *Europese steun* (subsidie, restitutie),<sup>616</sup> dan wel bij de terugvordering van in strijd met artikel 107 VWEU verleende *nationale staatssteun*.<sup>617</sup> Buiten deze terreinen is er geen rechtspraak van het Hof waarin de vraag of er nog ruimte is voor een nationaal vertrouwensbeginsel, expliciet aan de orde komt.

#### *Europese steun*

Gaat het om de terugvordering door een nationaal orgaan van in strijd met een Europese steunregeling verstrekte gelden, dan is er in beginsel wel ruimte voor de toepassing van een nationaal vertrouwensbeginsel, maar het vereiste van doeltreffendheid beperkt deze ruimte wel. Deze gedachtegang werd door het Hof voor het eerst vastgelegd in de standaardarresten *Ferwerda* en *Deutsche Milchkontor*.<sup>618</sup>

In de zaak *Ferwerda* had het Nederlandse Productschap voor Vee en Vlees in strijd met Verordeningen 548/76 en 2492/76 een exportrestitutie verstrekt. *Ferwerda*, die gehandeld had in vertrouwen op mededelingen van het Productschap, zag zich geconfronteerd met een terugvordering toen bleek dat hij geen recht had op de restitutie. In antwoord op prejudiciële vragen van het CBB oordeelde het Hof dat bij afwezigheid van specifieke Europese bepalingen over de terugvordering van onverschuldigd betaalde restituties, nationaal procesrecht kon worden toegepast mits de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht werden genomen. *In concreto* betekende dit dat het Unierecht niet in de weg stond aan de toepassing van een aan het nationaal recht ontleend beginsel, ‘ingevolge waarvan bij vergissing door de overheid toegekende financiële voordelen niet kunnen worden teruggevorderd indien de vergissing niet te wijten is aan door de begunstigde verstrekte onjuiste gegevens, of indien, ondanks onjuiste, zij het te goeder trouw verstrekte gegevens, de vergissing gemakkelijk kon worden voorkomen’. Naar aanleiding van dit antwoord vernietigde het College de beslissing tot terugvordering.<sup>619</sup>

615 Zie bijvoorbeeld ook CBB 15 juli 1988, *Frico*, UCB 1988, 52; CBB 5 juli 1991, *Rometra*, UCB 1991, 48; CBB 17 maart 1989, UCB 1989, 16; CBB 25 september 1992, UCB 1992, 60; CBB 5 januari 1995, ECLI:NL:CBB:1995:ZG1433; CBB 8 mei 1996, ECLI:NL:CBB:1996AN5162; CBB 23 april 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA5401 en CBB 28 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:32.

616 Daarover Weisbrot 2015 en Van den Brink 2012.

617 Zie ook Ortlep 2011.

618 Respectievelijk Zaak 265/78, *Ferwerda* [1980] en Gevoegde zaken 205 tot en met 215/82, *Deutsche Milchkontor* [1983].

619 CBB 6 oktober 1981, SEW 1984.

In *Deutsche Milchkontor* hadden Duitse melkfabrikanten Europese steun ontvangen voor de productie van magere melkpoeder. Naderhand werd ontdekt dat zij daarbij – in strijd met een verordening – geen verse melk hadden gebruikt, maar een door Auetal vervaardigd poeder. Daarop werd de steun teruggevorderd. De melkfabrikanten beriepen zich onder andere op het in paragraaf 48 *Verwaltungsverfahrensgesetz* gecodificeerde Duitse vertrouwensbeginsel. Volgens de Commissie zou de toepassing van deze bepaling in dit geval afbreuk zou doen aan de draagwijdte en doeltreffendheid van het EG-recht.

Het Hof stelt voorop dat de ‘beginselen van de bescherming van het gewettigd vertrouwen en van de rechtszekerheid deel uitmaken van de communautaire rechtsorde’ (punt 30). Het toepassen van dezelfde regels als in vergelijkbare nationale gevallen, was in beginsel daarom niet in strijd met het EG-recht. Wel moet op grond van het doeltreffendheidsvereiste ten volle rekening gehouden worden met het belang van de Gemeenschap. Dit betekent in de eerste plaats, dat de lidstaten niet beschikken over een discretionaire bevoegdheid bij beantwoording van de vraag of een terugvordering van onregelmatig toegekende Europese gelden doelmatig is; een dergelijk besluit zal gebaseerd moeten zijn op overwegingen van rechtmatigheid, bijvoorbeeld op het gerechtvaardigd vertrouwen van de betrokkenen. In de tweede plaats moeten nationale autoriteiten altijd in het concrete geval een afweging verrichten tussen het individuele belang bij het niet terugvorderen en het Europese belang. Een nationale bepaling, die bijvoorbeeld terugvordering na een bepaalde periode verbiedt, mag niet zonder meer worden toegepast op Europese vorderingen. Voor de concrete zaak concludeerde het Hof vervolgens dat het gemeenschapsrecht er niet aan in de weg staat, dat ‘de betrokken wettelijke regeling ter uitsluiting van de terugvordering van onverschuldigd betaalde steun, criteria hanteert zoals de bescherming van het gewettigd vertrouwen, het tenietgaan van ongerechtvaardigde verrijking, het verstrijken van een termijn of de omstandigheid dat de administratie wist of door grove schuld niet wist dat zij de betrokkene steun ten onrechte toekende, op voorwaarde evenwel dat wordt voldaan aan het gelijkwaardigheidsvereiste en dat met het belang van de gemeenschap ten volle rekening wordt gehouden.’

In de zaak *Steff-Houlberg* uit 1998 tussen het Deense ministerie van Landbouw en enkele Deense vleesexporteurs gaat het Hof opnieuw in op de betekenis van het nationale vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese steun.<sup>620</sup> In deze zaak achtte het Hof het niet in strijd met het vereiste van doeltreffendheid, wanneer de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel ertoe leidt dat ten onrechte uitbetaalde exportrestituties niet kunnen worden teruggevorderd, mits is voldaan aan drie voorwaarden: de goede trouw van de ontvanger is aangetoond; er is sprake van onzorgvuldig handelen (meer in het bijzonder een gebrekkige controle) van de kant van de nationale autoriteiten; er is een aanzienlijke periode verstreken sedert de uitbetaling van de restituties. In de zaak *Huber* uit 2002 bepaalde het Hof – in lijn met de zaken *Ferwerda* en *Steff-Houlberg* – uitdrukkelijk dat de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel ‘vereist dat de goede trouw van de begunstigde van de betrokken steun is aangetoond’.<sup>621</sup> Van goede trouw is in beginsel geen sprake als de begunstigde de aan de Europese steun verbonden verplichtingen niet heeft nageleefd. Daarbij moet de betrokkene de zorgvuldigheid betrachten die van een normale zorgvuldige particulier mag worden verwacht om zich van deze verplichtingen op de hoogte te stellen. Deze vergewisplicht mag de begunstigde echter geen ‘buitensporige last’ opleggen.<sup>622</sup>

In de hiervoor genoemde uitspraken wordt de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel wel beperkt door het doeltreffendheidsvereiste, maar verwijst het Hof ter onderbouwing van deze beperking nog niet naar zijn rechtspraak over het Europese vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel.

620 Zaak C-366/95, *Steff-Houlberg* [1998].

621 Zaak C-336/00, *Huber* [2002].

622 Zaak C-336/00, *Huber* [2002].

sel. Zoals al aangegeven in paragraaf 5.3.1 gebeurt dit in recente rechtspraak wel, onder meer in de zaak *Stichting ROM-projecten*,<sup>623</sup> die voor de betrokkene overigens wel goed afloopt,<sup>624</sup> en in de zaken *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening (ESF), Agroferm en Somvao*.<sup>625</sup>

In de zaak *Stichting ROM-projecten* trok de staatssecretaris van Economische Zaken een in het kader van het Europese Fonds voor regionale Ontwikkeling (EFRO) verstrekte subsidie in, omdat de begunstigde een bepaalde Europese verplichting niet was nagekomen. Deze verplichting was echter niet gepubliceerd en evenmin anderszins door de staatssecretaris aan de begunstigde bekend gemaakt. Naar aanleiding van de prejudiciële vraag van het CBB of de verplichting onder deze omstandigheden wel aan de begunstigde kon worden tegengeworpen, volgt het Hof de voor indirecte toepassing gebruikelijke weg van onder meer de zaak *Deutsche Milchkontor* en stelt het dat het niet in strijd is met het EG-recht als het nationale recht rekening houdt met het rechtszekerheidsbeginsel. Voor de inhoud van dat beginsel verwijst het Hof vervolgens naar zijn rechtspraak over het Europese beginsel, zoals de zaak *Verenigd Koninkrijk tegen Commissie*, en de zaak *Cosun*.<sup>626</sup> Blijkens deze zaken vereist het Europese beginsel dat een Europese regeling de belanghebbenden in staat moet stellen de omvang van hun verplichtingen nauwkeurig en ondubbelzinnig te kennen, zodat zij dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen. De rechtszekerheid is in het bijzonder een dwingend vereiste bij regelingen die financiële consequenties kunnen hebben. In de concrete zaak is aan deze eisen niet voldaan en verzet het Unierecht zich – volgens het Hof – derhalve niet tegen de toepassing van het (nationale) rechtszekerheidsbeginsel.

De zaak *ESF* betreft – zoals al aangegeven in paragraaf 5.2.3 – de intrekking en terugvordering van in het kader van het ESF verstrekte subsidies, omdat deze in strijd met de Europese regels waren verleend of vastgesteld. Naar aanleiding van de prejudiciële vraag van de ABRvS of het in de Awb voor subsidies gecodificeerde vertrouwensbeginsel aan de terugvordering van de subsidies in de weg zou kunnen staan, volgt het Hof eerst de voor indirecte toepassing gebruikelijke weg van onder meer de zaak *Deutsche Milchkontor*. Vervolgens ontleent het Hof de grenzen die het vereiste van doeltreffendheid aan de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel stelt, aan zijn (strengere) rechtspraak over het Europese vertrouwensbeginsel in onder meer de zaken *Branco tegen Commissie* en *Partex tegen Commissie*.<sup>627</sup> In deze uitspraken is onder meer uitgemaakt dat een particulier geen beroep kan doen op het Europese beginsel als hij de voorwaarden voor het toekennen van de Europese subsidie niet heeft nageleefd of zich schuldig heeft gemaakt aan een kennelijke schending van de Europese regels. De nationale rechter moet – volgens het Hof – aan de hand van het gedrag van partijen bepalen of de ‘beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen, naar gemeenschapsrecht verstaan’ (punt 57) tegen de terugvordering kunnen worden ingeroepen. In het dictum verdwijnt het nationale beginsel geheel uit zicht en stelt het Hof dat ‘de nationale rechter de gemeenschapsrechtelijke beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen [kan] toepassen’ (punt 58).

623 Zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten [2007].

624 Zie CBB 18 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2468.

625 Gevoegde zaken C-383/06 tot C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a. [2008]; Zaak C-568/11, Agroferm AS [2013]; Zaak C-599/13, Somvao [2014].

626 Zaak C-209/96, Verenigd Koninkrijk/Commissie [1998]; Zaak C-248/04, Cosun [2006].

627 Zaak T-142/97, Branco/Commissie [1998]; Zaak T-182/96, Partex/Commissie [1999].



Na dit arrest was er nog wel wat twijfel over de vraag of er echt geen ruimte meer was voor toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel bij terugvordering van Europese subsidies.<sup>628</sup> Die twijfel werd weggenomen in het daarop volgende arrest *Agroferm* uit 2013.<sup>629</sup> Dat arrest heeft betrekking op een geschil dat was ontstaan tussen de Deense minister van Voedselvoorziening, Landbouw en Visserij en de Deense onderneming *Agroferm* over de terugbetaling van een landbouwsubsidie voor de productie van een lysinesulfaatproduct. Lysinesulfaat is een suikerproduct dat onder meer wordt toegevoegd aan veevoeder, hetgeen tot gevolg heeft dat een kip sneller groeit en de kwaliteit van het kippenvlees wordt vergroot. De Deense autoriteiten hadden per besluit het lysinesulfaatproduct van *Agroferm* onder een verkeerd douanetarief gebracht. Na controles bleek echter dat *Agroferm* geen zuivere lysinesulfaat produceerde. Het ging om een product dat bestond uit ongeveer 65% lysinesulfaat en 35% celmassa. Die celmassa werd doelbewust behouden, omdat het product daardoor beter geschikt was voor de voederproductie. Nadat de Europese Commissie was geraadpleegd, kwamen de Deense autoriteiten tot het oordeel dat zij het product van *Agroferm* verkeerd hadden ingedeeld en dat het niet in aanmerking had mogen komen voor de landbouwsubsidie. Daarom werd er een terugvorderingsbesluit genomen: *Agroferm* dient een bedrag van 86,6 miljoen DKK (ruim 11 miljoen euro) aan ontvangen subsidies, vermeerderd met rente terug te betalen. *Agroferm* komt op tegen deze terugvordering voor de Deense *Vestre Landsret*. Deze rechter besluit vervolgens aan het Hof van Justitie onder meer de vraag voor te leggen of het Unierecht eraan in de weg staat dat de nationale autoriteiten met inachtneming van het nationale rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in een zaak als deze de door de producent te goeder trouw ontvangen landbouwsubsidie terugvorderen.

AG Kokott schrijft in haar conclusie bij deze zaak dat het Hof reeds in het arrest *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening* uit 2008 heeft uitgemaakt dat bij dit soort terugvorderingsgeschillen het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel van toepassing is. Kokott benoemt ook de voordelen van die benadering: het vertrouwensbeginsel wordt daardoor in alle lidstaten op dezelfde wijze toegepast, zodat verstoring van de mededinging wordt voorkomen. Bovendien geldt er eenzelfde vertrouwensbeginsel, ongeacht of het EU-recht ten uitvoer wordt gelegd door een Unie-instelling of door een nationale autoriteit en dat is wel zo overzichtelijk. Het Hof overweegt in het *Agroferm* arrest vervolgens: 'In deze context moet aan het vertrouwensbeginsel toepassing worden gegeven overeenkomstig de voorschriften van het recht van de Unie' (r.o. 51). Dat betekent dat geen gerechtvaardigd vertrouwen kan ontstaan in situaties die in strijd komen met een duidelijke bepaling van Unierecht.'

Hoewel het Hof nergens met zoveel woorden principieel afstand heeft genomen van zijn langjarige rechtspraak op grond waarvan het nationale vertrouwensbeginsel bij de indirecte toepassing van Unierecht toepasselijk is binnen grenzen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, laat deze jurisprudentie zien dat er van de zogenaamde *Milchkontor*-lijn afscheid is genomen. Kennelijk worden de gevaren van verschillende toepassingen van het vertrouwensbeginsel in de verschillende lidstaten, met bijbehorend risico van verstoring van de eerlijke mededinging als te groot ervaren. Ongetwijfeld speelt ook een rol dat het Hof de bescherming van de financiële belangen van de EU hoog op de agenda heeft staan.<sup>630</sup> Wat daar ook van zij, duidelijk is geworden dat in geschillen over de terugvor-

628 Ortlep 2009; Den Ouden 2008; Van den Brink 2010, p. 107-111; Ortlep 2011, p. 367-377 en Van den Brink 2012, p. 457-460. Bij de verdere afdoening van de uitspraak van het Hof is de ABRvS er overigens wel direct vanuit gegaan dat in de ESF-zaken alleen nog beroep kon worden gedaan op het Europese vertrouwensbeginsel. Vergelijk ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8284; ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8290.

629 Zaak C-568/11, *Agroferm AS* [2013].

630 Zie bijvoorbeeld Zaak C-525/13, Van den Broeck [2014], r.o. 32 en 33 en Zaak C-684/13, Demmer [2015], r.o. 85.

dering van Europese subsidies het vertrouwensbeginsel steeds in de Unierechtelijke opvatting dient te worden toegepast.

Wel kan men zich naar aanleiding van het arrest *SOMVAO*<sup>631</sup> inmiddels afvragen wat dat precies betekent. Deze zaak draaide om de terugvordering van een Europese subsidie naar aanleiding van een steekproef van de Europese Commissie. Daaruit bleek dat de subsidieontvanger, de Stichting SOMVAO, geen deugdelijke projectadministratie had gevoerd, wat leidde tot een terugvorderingsbesluit. In de prejudiciële vragen die de ABRvS in deze zaak stelt stond eigenlijk de vraag naar de rechtsgrondslag van dit besluit centraal. In het arrest dat daarop volgt besteedt het Hof echter ook aandacht aan het vertrouwensbeginsel dat door SOMVAO is ingeroepen om zich tegen het gewraakte besluit te verzetten. In de overwegingen ten aanzien van het vertrouwensbeginsel noemt het Hof het arrest *Agroferm* niet, terwijl de Afdeling in haar verwijzingsuitspraak naar die zaak had verwezen.<sup>632</sup> Het Hof verwijst in plaats daarvan naar het oudere *ESF*-arrest met de overweging dat een subsidieontvanger zich niet op de bescherming van het vertrouwensbeginsel kan beroepen indien hij niet heeft voldaan aan een van de voorwaarden die waren gesteld voor subsidieverlening (zie r.o. 52). Vervolgens wordt het aan de nationale rechter gelaten om te oordelen of, rekening houdend met het gedrag van zowel de subsidieontvanger als de nationale overheid, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, in hun Unierechtelijke opvatting, zijn geëerbiedigd ten aanzien van de verzoeken om terugbetaling (r.o. 54). Deze overwegingen leiden tot de vraag of het arrest *Agroferm* enerzijds en de arresten inzake *ESF* en *SOMVAO* anderzijds van elkaar te onderscheiden jurisprudentielijnen zijn, en zo ja, hoe deze zich tot elkaar verhouden. Het Hof lijkt onderscheid te maken tussen gevallen waarin een onregelmatigheid bestaat uit een schending van een duidelijke bepaling in een Unierechtelijke verordening (*Agroferm*-gevallen) en onregelmatigheden die bestaan uit het niet voldoen aan een van de nationale voorwaarden inzake subsidieverlening (*ESF/SOMVAO*-gevallen). In dat laatste geval zou het gedrag van de nationale uitvoerende nationale autoriteiten wellicht toch tot een succesvol beroep op gerechtvaardigd vertrouwen kunnen leiden.<sup>633</sup> Of de *SOMVAO*-uitspraak inderdaad zo is bedoeld zal moet blijken uit verdere jurisprudentie.

### *Nationale staatssteun*

Bij de terugvordering van – met artikel 107 VWEU strijdige – nationale staatssteun geldt als uitgangspunt hetzelfde als bij de terugvordering van Europese steun. De terugvordering vindt in beginsel plaats met behulp van het nationale recht, inclusief het daarin erkende vertrouwensbeginsel.<sup>634</sup> Op grond van het vereiste van doeltreffendheid mag het nationale recht de door het Unierecht vereiste terugvordering echter niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken. Dit vereiste beperkt de werking van het nationale vertrouwensbeginsel zodanig sterk, dat van het beginsel in de praktijk vrijwel niets overblijft.<sup>635</sup>

Kort en goed komt de rechtspraak van het Hof erop neer, dat particulieren alleen aan de terugvordering van onrechtmatig verstrekte staatssteun kunnen ontkomen, wanneer de steun met inachtneming van de notificatieprocedure van artikel 108 VWEU is toegekend. De staatssteun moet derhalve door de lidstaat zijn aangemeld en moet na onderzoek door de Commissie met de interne

631 Zaak C-599/13, Somvao [2014].

632 ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2064, r.o. 10.

633 Dat was blijkens de einduitspraak (ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3882) in het geval van Somvao overigens niet aan de orde; die had van de geschonden administratievoorschriften moeten weten, aldus de Afdeling.

634 Zie ook artikel 16, lid 3 van de Verordening van de Raad (EU) 2015/1588, Pb. 2015, L 248/1, waarin onder meer is bepaald dat de terugvordering van staatssteun 'in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat' moet geschieden.

635 Zie daarover Metselaar 2016a, p. 90 e.v.

markt verenigbaar zijn verklaard. Is deze procedure door de lidstaat niet in acht genomen – de betrokken onderneming zal zich hiervan zelf moeten vergewissen – dan moet het beroep op het beginsel in principe worden afgewezen. Alleen in ‘uitzonderlijke omstandigheden’ laat het Hof een zeer beperkte ruimte voor honorering van een beroep op het vertrouwensbeginsel. In de rechtspraak van het Hof heeft zich overigens nog nooit een zaak voorgedaan waarin van dergelijke omstandigheden sprake was.<sup>636</sup>

Het strenge standpunt van het Hof blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *BUG Alutechnik*.<sup>637</sup> De firma BUG Alutechnik had steun ontvangen van de deelstaat Baden-Württemberg, hetgeen voor de Commissie aanleiding was een procedure te beginnen tegen de Bondsrepubliek Duitsland wegens schending van artikel 93, lid 3 EG (thans: artikel 107, lid 3 VWEU). Het Hof was van oordeel dat er op zich sprake kon zijn van een beroep op *gewettigd* vertrouwen. ‘Gelet op het dwingende karakter van het door de Commissie krachtens artikel 93 EEG-Verdrag (thans artikel 108 VWEU) uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, kunnen ondernemingen die steun genieten in beginsel evenwel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend. Een behoevende ondernemer zal normaliter in staat zijn, zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd.’<sup>638</sup> Daaraan voegt het Hof toe dat ‘een ontvanger van onwettig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen’. Deze bijzondere omstandigheden moeten worden vastgesteld door de nationale rechter, die, indien noodzakelijk, ter zake een prejudiciële vraag aan het Hof kan stellen (punt 16).

Een zelfde strengheid blijkt uit zaak *Alcan*, die leidde tot het arrest van het Hof van Justitie van 20 maart 1997.<sup>639</sup> De Duitse deelstaat Rheinland-Pfalz had een overbruggingssteun verleend aan de firma Alcan, om verlies aan werkgelegenheid te voorkomen. Deze steun was niet conform artikel 88 EG bij de Commissie ter goedkeuring aangemeld. Later bleek dat de Commissie bezwaar had tegen de steunverlening; aan de lidstaat werd opgedragen de steun van Alcan terug te vorderen. Toen dit geschiedde, legde Alcan de zaak aan de bestuursrechter voor, zich beroepend op (onder andere) gewekt vertrouwen. Het Hof van Justitie, prejudicieel benaderd door het Bundesverwaltungsgericht, herhaalde de zojuist geciteerde overweging uit *BUG Alutechnik*. Omdat de procedure van artikel 88 EG (thans artikel 108 VWEU) niet in acht was genomen, bestond er krachtens gemeenschapsrecht de verplichting om de betreffende steun terug te vorderen. Zelfs het feit dat ‘de bevoegde autoriteit in zodanige mate voor de onwettigheid van de steun verantwoordelijk is, dat de intrekking ten opzichte van de begunstigde een schending van de goede trouw vormt’, maakte dit niet anders.

Nu het Unierecht bij de terugvordering van Europese steun aanvankelijk iets meer ruimte liet voor de werking van het nationale vertrouwensbeginsel dan bij de terugvordering van nationale steun, werden beide vormen van steun in de jurisprudentie onderscheiden. In de zaak *Oelmühle Hamburg*,<sup>640</sup> een zaak betreffende Europese steun, beriep de Commissie zich op de uitspraak van het Hof in de zaak *Alcan*, teneinde Oelmühle – in weerwil van het door het Duitse uitvoeringsorgaan gewekte vertrouwen – te kunnen dwingen tot terugbetaling van de in strijd met de geldende verordening verstrekte steun. Het Hof was van mening dat de in de zaak *Alcan* in het kader van artikel 107 VWEU gegeven

636 Dat ligt anders bij een beroep op het vertrouwensbeginsel voor de Europese Commissie, zie daarover Giraud 2008.

637 Zaak C-5/89, BUG Alutechnik [1990], r.o. 47.

638 Zie voor een recent voorbeeld Gevoegde zaken C-630/11 P tot en met C-633/11 P, HGA srl e.a. [2013], r.o. 134-137.

639 Zaak C-24/95, Alcan [1997].

640 Zaak C-298/96, Oelmühle Hamburg [1998].

beoordeling niet zomaar kon worden ‘getransponeerd naar de terugvordering van onverschuldigd betaalde communautaire steun’, omdat beide situaties niet met elkaar kunnen worden vergeleken. Als belangrijkste reden wijst het Hof erop dat bij Europese steun ‘het aan de nationale ondernemingen verschafte concurrentievoordeel, dat kenmerkend is voor staatssteun’, ontbreekt. Het is de vraag in hoeverre deze jurisprudentie nog relevant is. Kokott heeft in haar conclusie bij de *Agroferm* zaak immers benadrukt dat ook het niet terugvorderen van ten onrecht uitbetaalde Europese subsidies kan leiden tot marktverstoring. In het *Agroferm* arrest en in het *Somvao* arrest stelde het Hof vervolgens dat het vertrouwensbeginsel bij terugvordering van Europese subsidies in de Unierechtelijke opvatting dient te worden toegepast. Verdere jurisprudentie zal hierover duidelijkheid moeten bieden.

### 5.3.3.2 Nederlandse rechtspraak

De Nederlandse rechtspraak over de werking van het vertrouwensbeginsel bij de indirecte toepassing van Unierecht heeft vrijwel steeds betrekking op de terugvordering van ten onrechte verleende Europese of nationale steun.<sup>641</sup> In deze rechtspraak ziet men de europeanisering van dit beginsel duidelijk terug.<sup>642</sup> Buiten het terrein van terugvordering van Europese of nationale steun, komt de vraag naar de europeanisering van het vertrouwensbeginsel slechts zelden aan de orde is, maar als dat wel zo is, is dat een garantie voor interessante jurisprudentie.

#### *Terugvordering van Europese steun*

In wat oudere Nederlandse rechtspraak betreffende de terugvordering van Europese steun werd aanvankelijk het nationale vertrouwensbeginsel toegepast, binnen de grenzen van het doelmatigheidsvereiste, waarbij werd verwezen naar zaken als *Ferwerda*, *Deutsche Milchkontor* en *Steff-Houlberg*. Dan was niet uitgesloten dat de rechter tot het oordeel kwam dat het vertrouwensbeginsel zich tegen de terugvordering verzette.

Een illustratie biedt een uitspraak van het CBB uit 1995,<sup>643</sup> waarin deze rechter onder verwijzing naar de zaak *Ferwerda* overweegt, dat ‘het gemeenschapsrecht evenwel niet in de weg staat aan toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, op grond waarvan bij vergissing door de overheid toegekende financiële voordelen niet kunnen worden teruggevorderd, indien de vergissing niet te wijten is aan door de begunstigde verstrekte onjuiste gegevens, of indien, ondanks onjuiste, zij het te goeder trouw verstrekte gegevens, de vergissing gemakkelijk kon worden voorkomen’. Omdat aan deze eisen was voldaan, werd het beroep gehonoreerd.

Een volgend voorbeeld biedt een uitspraak van 25 november 1999 van de president van het CBB.<sup>644</sup> In deze zaak had het Productschap Zuivel naar aanleiding van een Beschikking van de Commissie, waarin werd gesteld dat de door het Productschap aan Campina uitgekeerde steun niet voor vergoeding uit de Europese gelden in aanmerking kwam, de steun van Campina ingetrokken en teruggevorderd zonder zelfs maar te toetsen aan de nationale beginselen van behoorlijk bestuur. De President oordeelt, onder verwijzing naar *Deutsche Milchkontor* en *Steff-Houlberg*, dat verweerder zich, gelet op het Unierecht, ten onrechte de bevoegdheid had ontzegd om te toetsen aan het vertrouwensbeginsel. Omdat het Product-

641 Ortlep 2011, p. 337-395.

642 Zie van den Brink 2012. Vergelijk ook De Waard e.a. 2005, waarin de juridische situatie in Nederland, Duitsland, België, Frankrijk, Zweden en Malta wordt beschreven. Spanningen met het nationale vertrouwensbeginsel doen zich alleen voor in Nederland en Duitsland.

643 CBB 15 november 1995, ECLI:NL:CBB:1995:ZG0674. Zie ook, bijvoorbeeld, CBB 25 september 1992, UCB 1992, 60.

644 Vz. CBB 25 november 1999, RAwb 2000, 76.

schap in zijn correspondentie met de Commissie steeds had gesteld dat de steunverlening aan Campina wel in overeenstemming met de Europese regeling was, was er volgens de president sprake van ‘aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid’ dat het bestreden besluit in de hoofdzaak zou worden vernietigd. Het bestreden besluit werd daarom geschorst.

In de hoofdzaak volgde het CBB zijn voorzitter overigens niet.<sup>645</sup> Daarbij is van belang dat de terugvordering volgens het College is gebaseerd op een andere verordening dan waarvan de president uitging, waarin de toepassing van vertrouwensbeginsel volledig was geëuropeaniseerd. De situatie van Campina wordt naar het oordeel van het CBB door deze Europese codificatie niet beschermd.

In recente rechtspraak ziet men nauwelijks nog uitspraken, waarin een nationale rechter het beroep op het nationale vertrouwensbeginsel bij Europese subsidies honoreert. De eerste reden daarvoor is dat de Europese wetgever de toepassing van het vertrouwensbeginsel steeds vaker, onder meer bij alle landbouwsubsidies, heeft geëuropeaniseerd. In dat geval is er sprake van directe toepassing van Unierecht en geldt het (gecodificeerde) Europese vertrouwensbeginsel. Voor het nationale vertrouwensbeginsel bestaat geen ruimte meer (zie paragraaf 5.3.2). Verder hebben wij hiervoor gezien dat het Hof ook in gevallen van indirecte toepassing van Unierecht heeft aangegeven dat het vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies in de Unierechtelijke opvatting dient te worden toegepast (zie paragraaf 5.3.3.1).

De Nederlandse rechters volgen deze jurisprudentielijnen trouw, zo zagen wij al in paragraaf 5.3.2. Als het vertrouwensbeginsel in Unierechtelijke subsidiebepalingen is gecodificeerd zien zij geen ruimte voor nationale aanvullingen. Dat geldt inmiddels ook voor gevallen van indirecte toepassing van Unierecht in terugvorderingsgeschillen.

In dit verband kan worden gewezen op het nationale vervolg van de uitspraak van het Hof in de ESF-affaire (zie paragraaf 5.3.3.1). In de einduitspraken<sup>646</sup> overweegt de Afdeling dat uit het oordeel van het Hof volgt dat ‘de nationale rechter aan het vertrouwensbeginsel toepassing moet geven overeenkomstig de regels van het gemeenschapsrecht’ dat er ‘geen ruimte bestaat’ om het bestreden besluit ‘aan het nationale vertrouwensbeginsel te toetsen’. Ten slotte beoordeelt de Afdeling de beroepen tegen de intrekking en terugvordering van de ESF-subsidies in het licht van het Europese vertrouwensbeginsel en worden zij afgewezen, omdat op het Europese beginsel geen beroep kan worden gedaan als de begunstigde zich schuldig heeft gemaakt aan een kennelijke schending van het Unierecht of als hij niet heeft voldaan aan de subsidievoorwaarden. Sinds de *Agroferm* uitspraak verwijzen Nederlandse rechters regelmatig naar dat arrest om te motiveren waarom een beroep op het vertrouwensbeginsel de ontvanger van Europese steun die wordt teruggevorderd niet kan baten (zonder nog aandacht te besteden aan de vraag of het gaat om directe of indirecte toepassing van Unierechtelijke bepalingen).<sup>647</sup>

Overigens is het niet zo dat een beroep op het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel van ontvangers van Europese subsidies nooit succes heeft bij de Nederlandse rechter.

Een (schaars) voorbeeld van een zaak waarin het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel aan terugvordering in de weg stond biedt een uitspraak van het CBB uit 2014 waarin het met terugwerkende kracht verlagen

<sup>645</sup> CBB 17 mei 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AX7770.

<sup>646</sup> ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8284; ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8290.

<sup>647</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4566; ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1490; CBB 16 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:90; CBB 22 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:417.

van forfaitaire standaardtarieven op grond van nader onderzoek, wat aanleiding gaf tot een terugvorderingsbesluit omdat er bij nader inzien te veel subsidie zou zijn uitgekeerd, onverenigbaar werd geoordeeld met het Unierechtelijke rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De uitvoerende autoriteiten waren namelijk op grond van het Unierecht bevoegd tot het vaststellen van forfaitaire tarieven en het eerste tarief was niet evident te hoog geweest, noch in strijd met een duidelijke bepaling van Unierecht. Onder deze omstandigheden mochten de subsidieontvangers als voorzichtige en oplettende marktdeelnemers erop vertrouwen dat de vastgestelde forfaits juist waren.<sup>648</sup>

#### *Nationale staatssteun*

In de rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter komt men weinig zaken tegen waarin de betekenis van het nationale vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van met het Unierecht strijdige nationale staatssteun aan de orde is.<sup>649</sup> Een voorbeeld, waaruit de beperkende werking van het vereiste van doeltreffendheid goed blijkt, biedt de uitspraak van de ABRvS van 11 januari 2006.<sup>650</sup> Deze zaak betreft de intrekking en terugvordering van de onrechtmatig aan het bedrijf Fleuren Compost verstrekte steun en is het nationale vervolg op de – in paragraaf 5.2.2 vermelde – uitspraak van het Gerecht, waarin het beroep van het bedrijf tegen de Commissie-beschikking waarin de terugvordering van de steun was bevolen, werd afgewezen. Het beroep dat het bedrijf had gedaan op het Europese vertrouwensbeginsel werd in dat kader verworpen omdat de foutieve informatie van de nationale autoriteiten over de toelaatbaarheid van de steun in geen geval de rechtmatigheid van de bestreden beschikking van de Commissie kan aantasten.<sup>651</sup> Dat de foutieve informatie had gestaan in de Nederlandse Staatscourant maakte dat volgens het Gerecht niet anders. In de nationale zaak volgt de ABRvS de strenge lijn van de Europese rechter bij de terugvordering van nationale staatssteun en ziet zij geen ruimte voor het nationale vertrouwensbeginsel.

In deze zaak stelt de ABRvS voorop dat naar Nederlands ongeschreven bestuursrecht een nationaal orgaan in beginsel bevoegd is tot intrekking van een reeds vastgesteld subsidie met terugwerkende kracht, maar dat deze bevoegdheid wel wordt beperkt door het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel. Onder verwijzing naar de uitspraak van het Hof in *BUG Alutechnik*, stelt de Afdeling vervolgens vast dat het nationale recht van toepassing is op de terugvordering van onrechtmatige steun, maar dat wel het vereiste van doeltreffendheid in acht wordt genomen. Vanwege dit vereiste en 'het in artikel 10 EG (thans artikel 4, lid 3 EU) verankerde beginsel van gemeenschapstrouw' is de Afdeling van oordeel dat de minister bevoegd en gehouden is om de subsidievestiging met terugwerkende kracht in te trekken. Omdat de subsidie daardoor onverschuldigd is verstrekt kan deze in beginsel worden teruggevorderd.

In het kader van de terugvordering doet het bedrijf nog beroep op de door het Hof erkende mogelijkheid om in zeer bijzondere omstandigheden daarvan af te zien. De foutieve informatie in de Nederlandse Staatscourant zou een dergelijke omstandigheid zijn. Dit betoog wordt door de Afdeling afgewezen omdat deze omstandigheid voor het bedrijf geen belemmering vormde om eventueel direct bij de Commissie te informeren of de Commissie op de juiste wijze in de steunverlening was gekend. In dit verband wordt

648 CBB 30 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:489. Zie voor een tweede voorbeeld CBB 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:282.

649 Zie wel ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234, waarin een besluit tot subsidieverlening wordt vernietigd, omdat niet was uitgesloten dat de verlening invloed zou hebben op het handelsverkeer tussen Nederland en Duitsland en het bestuursorgaan zich niet afdoende ervan had vergewist of de aanmeldingsverplichting van artikel 88, lid 3 EG (thans artikel 108 VWEU) van toepassing was.

650 ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416.

651 Zaak T-109/01, Fleuren Compost [2004].

verwezen naar de door het Hof in *BUG Alutechnik* en *Alcan* door het Hof geproclameerde ‘vergewisplicht’.

Vooral de laatste overweging zal men in een vergelijkbare nationale zaak niet snel tegenkomen. Naar uitsluitend Nederlands recht is het voor een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel niet noodzakelijk dat een burger zich vergewist van de juistheid van mededelingen uit de Staatscourant. Overigens liep de zaak voor *Fleuren Compost* niet helemaal slecht af, omdat de Afdeling wel overging tot vernietiging van de aan de terugvordering gekoppelde rentevordering. De reden hiervoor was dat naar nationaal recht voor een rentevordering een specifieke publiekrechtelijke grondslag is vereist,<sup>652</sup> die ten tijde van de uitspraak ontbrak.<sup>653</sup> Volgens de Afdeling kon een grondslag voor de vordering niet worden gevonden in artikel 14, lid 2 Verordening nr. 659/1999, waarin is bepaald dat de terug te vorderen steun de rente omvat, en evenmin in artikel 87, lid 1 EG (thans artikel 107 VWEU) en de Beschikking van de Commissie waarin de terugvordering was gelast. Dit oordeel leidde tot een infractieprocedure tegen de lidstaat Nederland; de Commissie was van mening dat de Nederlandse wetgeving, zoals uitgelegd in de rechtspraak van de Nederlandse Raad van State, tenuitvoerlegging van het Unierechtelijke staatssteunrecht onnodig gecompliceerd en tijdrovend maakt.<sup>654</sup>

Een recent voorbeeld waaruit blijkt dat deze jurisprudentielijn onverkort wordt voortgezet is de zaak *Zorg & Zekerheid*.<sup>655</sup> Daarin staat de terugvordering van een verkeerd berekende vereveningsbijdrage, die de zorgverzekeraar had ontvangen om zo financieel te worden gecompenseerd voor verzekerden met een ongunstig risicoprofiel, centraal. De rekenfout was onbetwist te wijten aan de steunverlener, het Zorginstituut Nederland. Deze vorderde ruim 4 miljoen euro terug omdat dit teveel aan uitgekeerde vereveningsbijdrage onrechtmatige staatssteun zou inhouden. De ABRvS oordeelde dat de bijdrage regeling weliswaar was goedgekeurd door de Europese Commissie, maar in het geval van Z&Z niet goed berekend en dus niet met inachtneming van artikel 108 van het VWEU uitgekeerd. Daarom kon Z&Z zich niet met succes op een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de te veel uitgekeerde steun beroepen. De Afdeling voegde daaraan toe dat dit slechts anders is indien sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, waarvan niet was gebleken.

Uit het voorgaande blijkt dat het Nederlandse recht voor rentevorderingen vanuit de Europese optiek te kort schiet. Ook op andere vlakken schuurt het tussen de Awb-codificatie van het vertrouwensbeginsel bij het subsidieproces en het Europese staatssteunrecht.<sup>656</sup> Als een subsidie onrechtmatige staatssteun blijkt in te houden, ligt het naar nationaal recht het meest voor de hand om een subsidie lager of op nul vast te stellen (artikel 4:46, lid 2, onder d Awb) of om een vaststellingbeschikking in te trekken (artikel 4:49, lid 1, onder b Awb) omdat de subsidieverlening of subsidievaststelling ‘onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten’. Deze ‘kennelijke fouten’ hebben volgens de Awb-wetgever echter betrekking op fouten die door de subsidieontvanger eenvoudig hadden kunnen worden achterhaald.<sup>657</sup> Het is daarom zeer de vraag of daarvan in de regel sprake is in het geval een nationaal orgaan in strijd met het artikel 107 en 108 VWEU steun heeft verstrekt. Het gaat immers nogal ver om van een particulier te verwachten dat hij de onrechtmatigheid van aan hem verstrekte steun als kennelijke fout ontdekt, terwijl de nationale overheid daartoe niet in staat

652 ABRvS 10 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5070. Zie reeds hoofdstuk I, paragraaf 7.

653 Overigens kan de staat de rentevordering, blijkens Rb. Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270, wel baseren op het privaatrecht.

654 Zie Zaak C-401/07, Commissie/Nederland [2008].

655 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152.

656 Zie daarover bijvoorbeeld *Adriaanse & Den Ouden* 2008, *Adriaanse & Van Angeren* 2010 en *Metselaar* 2016a.

657 Kamerstukken II 1993-1994, 23700, nr. 3, p. 78.

was. Verder zijn de intrekings- en terugvorderingstermijnen van de Awb (bijvoorbeeld artikel 4:57 Awb) soms te kort als onrechtmatige staatssteun moet worden teruggevorderd.

Naar aanleiding van de infractieprocedure die werd gestart als gevolg van de *Fleuren Compost*-uitspraak van de ABRvS en om verdere botsingen tussen de Awb en het Unierecht te voorkomen, heeft de regering begin 2008 het wetsvoorstel ‘Terugvordering staatssteun’ ingediend.<sup>658</sup> Het wetsvoorstel bevatte diverse wijzigingen van onder meer de Awb, die deze wet in overeenstemming moest brengen met het Europese staatssteunrecht. Het wetsvoorstel leidde echter een slapend bestaan, er is jarenlang niets mee gebeurd. In 2017 werd dit wetsvoorstel, dat inmiddels was verouderd, ingetrokken en is er een nieuwe poging gedaan het Nederlandse recht meer ‘staatssteunrecht-vriendelijk’ te maken. Het wetsvoorstel ‘Regels voor de terugvordering van staatssteun’ (Wet terugvordering staatssteun)<sup>659</sup> introduceert een systeem waarin steun die volgens de Commissie teruggevorderd moet worden, door Nederlandse autoriteiten in beginsel wordt teruggevorderd op basis van de zelfstandige grondslag neergelegd in deze bijzondere wet (en dus niet in de Awb). Ook voorziet het wetsvoorstel in een zelfstandige grondslag voor de over het onrechtmatig verkregen voordeel terug te vorderen rentevoordeel. Tegen beschikkingen tot terugbetaling van staatssteun zal bezwaar open staan bij het bestuursorgaan dat de beschikking nam. Tegen beslissingen op bezwaar zal beroep kunnen worden ingesteld bij het CBB. Als dit wetsvoorstel wel tot wet wordt verheven zullen enkele lastige spanningen tussen het Unierechtelijke staatssteunrecht en het Nederlandse bestuursrecht worden weggenomen.

#### *Andere gevallen van indirecte toepassing van Unierecht*

Hiervoor kwam al aan de orde dat men buiten het terrein van terugvordering van Europese steun of nationale staatssteun in de Nederlandse rechtspraak slechts zelden uitspraken tegenkomt, waarin de vraag aan de orde komt in hoeverre er ruimte is voor het nationale vertrouwensbeginsel. Een opmerkelijk voorbeeld waarin die vraag wel speelt betreft een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een geschil over een handhavingsbesluit tot het in bewaring nemen van 25.200 planten omdat op het moment van binnenbrengen van de planten de daartoe volgens het Unierecht vereiste invoervergunningen niet aanwezig waren.<sup>660</sup> Zij overweegt daarin dat ‘voor zover [wederpartij] met het betoog dat de staatssecretaris eerder heeft afgezien van handhavend optreden, een beroep op het vertrouwensbeginsel heeft gedaan, in die zin dat zij uit die omstandigheid een in rechte te honoreren vertrouwen kon ontlenen dat ook ten tijde van belang niet handhavend zou worden opgetreden, dat betoog faalt. Zo uit die omstandigheid al een in rechte te honoreren vertrouwen valt te ontlenen, kan het vertrouwensbeginsel niet tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling worden aangevoerd.’ De Afdeling verwijst voor die stelling naar het *Agroferm*-arrest. Op basis van deze uitspraak zou men kunnen vermoeden dat de ABRvS de strekking van het *Agroferm*-arrest breed ziet. Het hoeft niet te gaan om terugvordering van Europese subsidies of nationale staatssteun: voldoende is dat er op grond van het Unierecht een verplichting tot handhaving bestaat voor een Nederlandse uitvoerende autoriteit. In die gevallen zou dan steeds het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel moeten worden toegepast.

Onzes inziens gaat de Afdeling al te gemakkelijk uit van een ruim toepassingsbereik van het *Agroferm*-arrest; het is geenszins een *acte clair* dat het vertrouwensbeginsel automatisch ook op andere beleidsterreinen dan die van de ‘Unierechtelijk geregelde geldbedragen’<sup>661</sup> Unierechtelijk moet

658 Kamerstukken II 2007-2008, 31418, nr. 1-3. Zie daarover Adriaanse & Den Ouden 2008. Mede op grond van dit wetsvoorstel werd de infractieprocedure stopgezet.

659 Kamerstukken II 1996-1997, 23753. Daarover Metselaar 2016b.

660 ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1930, zie daarover ook hoofdstuk I, paragraaf 1.7.

661 Term van Kokott in haar conclusie bij de zaak *Agroferm*.



worden uitgelegd. Daar speelt immers veel minder dat de financiële belangen van de EU moeten worden beschermd en ook de eerlijke mededinging wordt niet automatisch bedreigd. Als *Agroferm* desalniettemin wel zo breed wordt uitgelegd, kunnen allerlei onjuiste beschikkingen gegeven door nationale bestuursorganen ter uitvoering van EU-recht steeds zonder meer worden ingetrokken en gewijzigd indien een duidelijke regel van EU-recht is geschonden en kunnen allerlei andere ingrijpende handhavingsmaatregelen worden genomen, zonder dat voor een verdere afweging van belangen nog plaats is. Dat de strenge lijn inzake het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel van het arrest *Agroferm* ook geldt buiten het rechtsterrein van de Unierechtelijk geregelde geldbedragen zou het Hof dus eerst met zoveel woorden moeten vaststellen.<sup>662</sup>

Het CBB ging daar in zijn uitspraak in de zaak *De Groene Vlieg*<sup>663</sup> (die voor het arrest *Agroferm* is geweest) in ieder geval nog niet vanuit.

In de zaak had de minister van Landbouw, Natuurbeheer & Voedselkwaliteit de aanwijzing van de Groene Vlieg als officiële instantie die verklaringen in verband met aardappelmoehheid kon afgeven, ingetrokken, omdat de aanwijzing – naar het oordeel van de Commissie – in strijd was met een richtlijn. De aanvankelijke aanwijzing van appellant was het gevolg van een foutieve uitlegging door de minister van de richtlijn.

Het CBB acht de intrekking in strijd met het nationale vertrouwensbeginsel. Daartoe acht het College van belang dat aan de intrekking van de aanwijzing een ‘aan verweerder toe te rekenen en voor de onderneming niet voorzienbare fout ten grondslag ligt’, dat de onderneming ‘te goeder trouw is geweest’ en dat zij ‘als gevolg van de foutieve aanwijzing investeringen in personeel en apparatuur heeft gedaan en langlopende verplichtingen is aangegaan, waartoe het zonder die fout niet zou zijn overgegaan’ (dispositie). De intrekking wordt vervolgens vernietigd. Met het oog op het opnieuw voorzien geeft het CBB concrete aanwijzingen voor de afweging tussen het ‘beginsel op gemeenschapstrouw’ (op grond waarvan de met het Unierecht strijdige situatie niet te lang kan voortduren) en het belang van het bedrijf bij een redelijke termijn waarbinnen appellant zich aan de nieuwe situatie kan aanpassen. De minister zal de onderneming een langere overgangstermijn moeten gunnen en moet het bedrijf, mede met het oog op de continuïteit van de onderneming, een financiële schadeloosstelling aanbieden.

Over de uitspraak kan verschillend worden gedacht.<sup>664</sup> Vanuit de optiek van het nationale recht en de beschermende werking van het nationale vertrouwensbeginsel verdient zij lof. Vanuit Unierechtelijke optiek kan men echter kritiek hebben, omdat het College de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel in deze situatie van indirecte toepassing van Unierecht niet expliciet beoordeeld in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel. Van de andere kant speelt het Unierecht in de vorm van het ‘beginsel van gemeenschapstrouw’ wel een rol bij het formuleren van de aanwijzingen voor het opnieuw voorzien en wordt de met het Unierecht strijdige situatie alleen tijdelijk gecontinueerd.

Verdere jurisprudentie over toepassing van het (nationale) vertrouwensbeginsel in gevallen waarin de nationale autoriteiten Unierecht ten uitvoer leggen zal moeten worden afgewacht.

662 Vergelijk Van den Brink & Den Ouden 2014.

663 CBB 27 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5867, AB 2008/282. Zie ook hoofdstuk V, paragraaf 3.2.5.

664 Zo ook Ortlep in zijn noot in AB 2008/282, alsmede Van den Brink 2010, p. 126-128.

### 5.3.4 Het vertrouwensbeginsel en nationale aansprakelijkheid

Uit het voorafgaande blijkt dat er voor honorering van een beroep op het vertrouwensbeginsel in een Unierechtelijke casus veelal minder ruimte bestaat dan in een louter Nederlandse casus. Dat doet de vraag rijzen of een burger die volgens het Nederlandse recht wel, maar volgens het Unierecht geen beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel, op andere wijze enige genoegdoening kan krijgen.

Op grond van het Unierecht lijkt dat niet zonder meer uitgesloten. Dit kan worden afgeleid uit de zaak *Belovo*,<sup>665</sup> waarbij wel enige voorzichtigheid past omdat het Hof dit standpunt later nooit meer heeft herhaald. In *Belovo* bepaalde het Hof dat twee artikelen van een verordening, op grond waarvan een nationale instantie invoercertificaten mocht rectificeren, niet in de weg staan 'aan een eventuele aansprakelijkheidsactie die door de houder van invoercertificaten waarvan vaststaat dat zij niet hadden mogen worden afgegeven, krachtens nationaal recht wordt ingesteld tegen de instantie van afgifte en in het kader waarvan in het bijzonder rekening gehouden wordt met het gewettigd vertrouwen van de handelaar in die certificaten'. Aldus lijken in strijd met het Unierecht door een nationaal uitvoeringsorgaan gewekte verwachtingen in beginsel aanleiding te kunnen zijn voor een schadevergoedingsactie *naar nationaal recht*. Bovendien levert schadevergoeding wegens onrechtmatige of rechtmatige daad geen verboden staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU op, mits de toekenning ervan een *rechtsplicht* voor de overheid is.<sup>666</sup> Deze rechtsplicht kan voortvloeien uit een wettelijk voorschrift – bijvoorbeeld artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM – maar ook uit een algemeen rechtsbeginsel.

Een toepassing van het voorgaande *avant la lettre* ziet men in twee al wat oudere uitspraken van het CBB in de zaken *Frico* en *Rometra*, die dateren van voor de invoering van de Awb en zijn geweest onder de vigeur van het toen geldende artikel 60 Wet Arbo.<sup>667</sup>

In beide zaken had het bevoegde nationale orgaan in strijd met zijn eerdere toezeggingen, maar overeenkomstig de geldende Europese verordeningen, uiteindelijk een voor beide bedrijven ongunstig besluit genomen, namelijk een afwijzing van monetaire steun (*Frico*) en een verbeurdverklaring van een zekerheid (*Rometra*). Volgens het College kon een beroep op het vertrouwensbeginsel door de bedrijven niet leiden tot een voor hen gunstige beslissing, omdat zulks de erkenning zou betekenen van een aanspraak op financiële voordelen in strijd met de geldende Europese voorschriften. Onder verwijzing naar het oordeel van het Hof in de zaken *Maizena* en *Krücken* (paragraaf 5.2.4) oordeelde het College dat een dergelijke *contra legem* toepassing van het beginsel naar EG-recht niet aanvaardbaar was. In beide zaken stelt het College vervolgens echter vast dat er naar nationaal recht sprake was van gerechtvaardigd vertrouwen en dat voorts aan het dispositievereiste was voldaan. Vervolgens overwoog het College dat hierdoor 'een zekere mate van binding' van verweerders aan de bedrijven bestond, waarvan verweerders zich bij de afwijzende besluiten rekenschap hadden moeten geven. Zij hadden – volgens het College – in overleg moeten treden teneinde te bezien of de bedrijven, indien bij hen geen verwachtingen zouden zijn gewekt, maatregelen hadden kunnen nemen om een voor hen gunstige beslissing te bewerkstelligen en, indien zulks het geval zou zijn, welke schade de bedrijven ten gevolge van de onjuiste informatie hebben geleden en dientengevolge vergoed zouden behoren te krijgen. Omdat van overleg geen sprake was geweest, hadden verweerders in beide zaken het nationale vertrouwensbeginsel en in *Rometra* ook nog het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden. De bestreden besluiten werden vernietigd en verweerders werden verplicht om in overleg te treden met beide bedrijven over de hoogte van de schadevergoeding.

<sup>665</sup> Zaak C-187/91, *Belovo* [1992]. In die zin ook AG Mancini in zijn conclusie onder de in paragraaf 5.2.4 vermelde Zaak 316/86, *Krücken* [1988], alsmede de Commissie in de in paragraaf 5.3.3.1 vermelde Zaak 265/78, *Ferwerda* [1980].

<sup>666</sup> Vergelijk Gevoegde zaken 106/87 tot 120/87, *Asteris II* [1988], p. 5515. Zie uitvoerig Den Ouden & Tjepkema 2007, alsmede hoofdstuk VII, paragraaf 2.2.

<sup>667</sup> CBB 15 juli 1988, *Frico*, UCB 1988, 52; CBB 5 juli 1991, *Rometra*, UCB 1991, 48.

In beide uitspraken acht het CBB de nationale organen aansprakelijk voor schade in het geval er naar nationaal recht sprake is van schending van het vertrouwensbeginsel, maar deze schending, vanwege de beperkingen die het Unierecht aan de beschermende werking van het beginsel stelt, niet kan leiden tot een voor de betrokken bedrijven gunstig besluit. De te vergoeden schade betreft overigens uitsluitend de zogenoemde dispositieschade, namelijk de schade die de bedrijven hebben geleden doordat zij in vertrouwen op de – met het Unierecht strijdige – gewekte verwachtingen bepaalde handelingen hebben verricht of nagelaten. Het is derhalve niet zo dat de bedrijven via de weg van schadevergoeding alsnog het bedrag aan steun krijgen uitgekeerd, dat zij misliepen, omdat het Unierecht in de weg stond aan honorering van hun beroep op het vertrouwensbeginsel.

Inmiddels is het de vraag in hoeverre deze rechtspraak van het CBB nog overeind staat. Nieuwe toepassingen van de *Frico*- en *Rometra*-rechtspraak hebben zich, voor zover ons bekend, niet voorgedaan. Wel heeft het College in een uitspraak van 24 september 2008, in de zaak *Cosun*,<sup>668</sup> een beroep op de zaak *Rometra* afgewezen.

In de zaak stond vast dat *Cosun* een bepaalde heffing moest betalen, omdat het bedrijf niet had voldaan aan de bij een verordening voorgeschreven Europese verplichtingen, maar eiste het bedrijf – met beroep op de zaak *Rometra* – schadevergoeding omdat het productschap hem niet op de gebruikelijke wijze zou hebben voorgelicht over deze verplichtingen. Volgens het bedrijf was het heffingsbesluit onrechtmatig omdat het in strijd met artikel 3:4, lid 2 Awb niet voorzag in nadeelcompensatie.

Voor een goed begrip van de uitspraak van het CBB moet voorop worden gesteld dat de mogelijkheid om op basis van artikel 3:4, lid 2 Awb nadeelcompensatie toe te kennen alleen bestaat als het bestuursorgaan ruimte heeft om belangen af te wegen als bedoeld in artikel 3:4, lid 1 Awb. Op grond van het eerste lid kan een beperking van deze ruimte voortvloeien uit een ‘wettelijk voorschrift’ of uit de ‘aard van de bevoegdheid’. Volgens het College staan beide beperkingen in de weg aan honorering van het verzoek van *Cosun* om nadeelcompensatie. Het toepasselijke ‘wettelijke voorschrift’, is de verordening, omdat deze de heffing dwingend voorschrijft en geen ruimte laat voor belangenafweging. Voor wat betreft de ‘aard van de bevoegdheid’ overweegt het College dat ‘de bevoegdheid strekt tot uitvoering van evengenoemde verordening en uit dien hoofde zodanig dient te worden aangewend dat nakoming van de verplichtingen uit die verordening worden verzekerd’. Dit klemt volgens het College te meer omdat naar vaste rechtspraak van het Hof ‘de lidstaten zich dienen te onthouden van elke maatregel die afwijkt van of inbreuk maakt op een gemeenschappelijke marktordening. [...] Het financieel compenseren van een nadeel dat het gevolg is van, althans samenhangt met, de oplegging van een marktordenende heffing als in geding, ontnemt aan die heffing het effect dat met de gemeenschappelijke marktordening is beoogd. Zodanige nadeelcompensatie zou hier [...] een verboden maatregel vormen die inbreuk maakt op de gemeenschappelijke marktordening [...]. De conclusie is derhalve dat het gemeenschapsrecht in de weg staat aan de [...] bepleitte nadeelcompensatie.’

Uit deze uitspraak kan niet zonder meer de conclusie worden getrokken, dat de toepassing van de *Frico*- en *Rometra*-lijn ook in andere zaken is uitgesloten. Anders dan in deze zaken gaat het in de zaak *Cosun* immers niet om schadevergoeding wegens schending van het nationale vertrouwensbeginsel, maar wegens schending van artikel 3:4, lid 2 Awb. Een op deze bepaling gebaseerde nadeelcompensatie vooronderstelt inderdaad bestuurlijke afwegingsruimte, die in de zaak *Cosun* ontbrak. Tegelijkertijd is de conclusie van het College dat nadeelcompensatie ‘een verboden maatregel’ vormt die ‘inbreuk maakt op de gemeenschappelijke marktordening’ zodanig absoluut geformuleerd dat zij

668 CBB 24 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8933.

ook zou kunnen gelden voor schadevergoeding wegens schending van het nationale vertrouwensbeginsel. Is dat inderdaad de bedoeling, dan is de *Frico- en Rometra*-lijn van het CBB verleden tijd.<sup>669</sup>

Of dat de bedoeling is kan echter weer worden betwijfeld, gelet op de in de vorige paragraaf vermelde uitspraak van het CBB in de zaak *De Groene Vlieg*,<sup>670</sup> nu het College in die zaak een door het Unierecht voorgeschreven intrekking niet alleen vernietigt wegens strijd met het nationale vertrouwensbeginsel, maar ook bepaalt dat de uiteindelijke – gegeven het Unierecht onvermijdelijke – intrekking gepaard zal moeten gaan met een schadeloosstelling.<sup>671</sup>

Gelet op het voorgaande bestaat over de vraag of het Unierecht ruimte laat voor de toekenning van schadevergoeding op grond van het nationale recht in het geval het nationale vertrouwensbeginsel is geschonden, maar het Unierecht eraan in de weg staat dat deze schending leidt tot een voor betrokkene gunstig besluit, thans zo veel onduidelijkheid dat deze vraag prejudicieel zou moeten worden verwezen. De in het begin van deze paragraaf vermelde zaak *Belovo* biedt, mede gelet op het feit dat het Hof zijn daarin verwoorde standpunt nooit meer heeft herhaald, onvoldoende houvast voor een (positieve) beantwoording van de vraag.

#### 5.4 Slot

Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw maakt het vertrouwensbeginsel deel uit van de Europese rechtsorde en wordt elke schending ervan door het Hof beschouwd als een schending van het Verdrag. Het Europese beginsel biedt echter minder bescherming dan het Nederlandse vertrouwensbeginsel, omdat honorering van het Europese beginsel *contra legem* door het Hof van Justitie principieel wordt afgewezen en omdat het Europese beginsel hogere eisen stelt aan de deskundigheid en goede trouw van particulieren die zich op het beginsel beroepen.

Vanwege deze verschillen is het van belang om te bepalen welke versie van het beginsel bij de uitvoering van Unierecht door Nederlandse bestuursorganen moet worden toegepast. Daartoe wordt in de literatuur onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte toepassing van het Unierecht. Bij directe toepassing is het beginsel door een Europese verordening uitputtend geëuropeaniseerd. In dat geval moet een Nederlands bestuursorgaan deze Europese codificatie toepassen en blijft het nationale vertrouwensbeginsel buiten toepassing. Bij indirecte toepassing van Unierecht is het beginsel niet door een Europese regeling geëuropeaniseerd en kunnen lidstaten in beginsel hun nationale beginsel toepassen, mits de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht worden genomen. Daarbij betekent de toetsing aan het vereiste van doeltreffendheid voor Nederland echter een aanzienlijke beperking van de beschermende werking van het Nederlandse beginsel. Het Hof is geneigd om ook in gevallen van indirecte toepassing de bescherming van het nationale beginsel te beperken tot situaties die ook onder het Europese beginsel zouden worden beschermd.

Deze convergerende tendens is gunstig voor een uniforme toepassing van het Unierecht, maar betekent voor burgers van een land als Nederland een achteruitgang van de rechtsbescherming.

669 Daarmee komt het CBB materieel op één lijn met de ABRvS, die in haar uitspraak van 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8290 – een van de vervolguitspraken op Gevoegde zaken C-383/06, C-384/06, C-385/06, ESF [2008] – een verzoek om schadevergoeding reeds afwijst, omdat het Hof in deze zaak geen enkele ruimte zou laten voor het nationale vertrouwensbeginsel (paragraaf 5.3.3.2). Deze afwijzing lijkt ons wat kort door de bocht, omdat de uitspraak van het Hof geen betrekking heeft op de mogelijke betekenis van het nationale vertrouwensbeginsel voor schadevergoeding, maar alleen op betekenis van het beginsel bij de intrekking en terugvordering van de subsidie.

670 CBB 27 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5867.

671 Zie ook CBB 14 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ1933, waarin het College het beroep van De Groene Vlieg tegen de door de minister van LNV vastgestelde schadevergoeding verwerpt.

## 6 Rechten van verdediging

### 6.1 Inleiding

De ‘ontdekking’ van het Unierechtelijke beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging (hierna ook: rechten van verdediging of het verdedigingsbeginsel) dateert uit 1974. Toen aanvaardde het Hof in de zaak *Transocean Maritime Paint Association (TMP)* de algemene regel ‘dat de adresaten van overheidsbeslissingen, die aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen, in staat worden gesteld hun standpunt genoegzaam kenbaar te maken’.<sup>672</sup> Het aldus verwoorde recht om gehoord te worden is in daarop volgende rechtspraak door het Hof verder uitgebouwd tot wat tegenwoordig meestal het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging wordt genoemd. Dit beginsel heeft een fundamenteel karakter en maakt deel uit van de algemene rechtsbeginselen, waarvan het Hof van Justitie eerbiediging verzekert.<sup>673</sup> In de zaak *Dokter* wordt het beginsel zelfs aangemerkt als een grondrecht.<sup>674</sup> Het moet door de Europese instellingen en de nationale autoriteiten steeds worden geëerbiedigd, ook wanneer de Europese wetgeving (of het nationale recht) de naleving ervan niet uitdrukkelijk voorschrijft.<sup>675</sup> In de zaak *Kamino* heeft het Hof geëxpliciteerd dat belanghebbenden zich voor de nationale rechter rechtstreeks op het verdedigingsbeginsel moeten kunnen beroepen.<sup>676</sup> Wanneer er geen specifiek EU-recht is dat regelt hoe aan het verdedigingsbeginsel vorm moet worden gegeven – bijvoorbeeld: wat is de termijn voor de uitoefening van de rechten van de verdediging – en wat de gevolgen van een schending van dat beginsel moeten zijn, dan geldt het bekende beginsel van procedurele autonomie.<sup>677</sup> Dat zijn dan kwesties van nationaal recht, zij het dat natuurlijk wel moet worden voldaan aan de eveneens bekende beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

Het verdedigingsbeginsel vertoont gelijkenis met het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM en artikel 47, lid 2 HV. Wel heeft het beginsel een ruimer toepassingsgebied, omdat het niet alleen geldt voor rechterlijke procedures. Reeds in de zaak *Hoffmann-La Roche* in 1979 bepaalde het Hof dat het beginsel ook moet worden gerespecteerd in ‘administratieve procedures, waarin sancties, in het bijzonder boetes en dwangsommen, kunnen worden opgelegd’.<sup>678</sup> Vervolgens heeft het Hof de reikwijdte van het beginsel verder uitgebreid, zodat het thans moet worden geëerbiedigd ‘in iedere administratieve procedure tegen iemand die tot een bezwarend besluit kan leiden’,<sup>679</sup> *casu quo* steeds ‘wanneer de administratie voornemens is een bezwarend besluit ten opzichte van een bepaald persoon vast te stellen’.<sup>680</sup> Eerbiediging van de rechten van de verdediging, met name met betrekking tot het recht om te worden gehoord, is noodzakelijk om ervoor te zorgen dat de geadresseerde van een bezwarend besluit, zoals een boete, een terugvorderingsbesluit of de intrekking van een begunstigend besluit, in staat wordt gesteld zijn opmerkingen te geven voordat dat besluit wordt genomen. Zij dienen in de gelegenheid te worden gesteld om bijvoorbeeld een vergissing te corrigeren of omstandigheden aan te voeren die in hun voordeel pleiten.<sup>681</sup> Zo kan de bevoegde autoriteit rekening houden met alle relevante informatie. Het beginsel kan ook al betekenis hebben voor de aan een bezwarend

672 Zaak 17/74, *Transocean Maritime Paint Association (TMP)* [1974].

673 Zaak C-49/88, *Al-Jubail* [1991].

674 Zaak C-28/05, *Dokter* [2006].

675 Zaak C-349/07, *Sopropé* [2008], Gevoegde Zaken C-129/13 en C-130/13, *Kamino* [2014], r.o. 39 en Zaak C-560/14, *M* [2017], r.o. 25.

676 Zaak C-129/13, *Kamino* [2014], r.o. 34.

677 Zaak C-349/07, *Sopropé* [2008], r.o. 38 en Zaak C-383/13, *M.G. & N.R.* [2013], r.o. 35.

678 Zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche* [1979].

679 Zaak C-32/95 P, *Lisretal* [1996].

680 Zaak C-349/07, *Sopropé* [2008], r.o. 36 en Gevoegde Zaken C-129/13 en C-130/13, *Kamino* [2014], r.o. 30.

681 Zaak C-349/07, *Sopropé* [2008], r.o. 49 en Gevoegde Zaken C-129/13 en C-130/13, *Kamino* [2014], r.o. 38.

besluit voorafgaande onderzoeksfase. Aldus wordt voorkomen dat rechten van verdediging in die fase al onherstelbare schade lijden, omdat deze beslissend kunnen zijn voor de totstandkoming van het bewijs van een gestelde onregelmatigheid.<sup>682</sup>

Aspecten van rechten van verdediging zijn inmiddels opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de EU. Artikel 41 HV, inzake het recht op behoorlijk bestuur, bevat in het tweede lid het recht van eenieder om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelig besluit wordt genomen en het geclausuleerde recht van eenieder om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier.<sup>683</sup> Artikel 41 HV is uitdrukkelijk gericht tot EU-instellingen en kan niet worden toegepast in zaken betreffende de handelingen van de nationale autoriteiten.<sup>684</sup> De praktische gevolgen hiervan zijn echter beperkt, gezien het feit dat rechters altijd kunnen terugvallen op de algemene Unierechtelijke rechtsbeginselen die, zoals gezegd ook de rechten van de verdediging waarborgen.<sup>685</sup>

Overigens moet hier worden opgemerkt dat artikel 41 HV meer inhoudt dan een codificatie van het beginsel van de rechten van verdediging, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof. Het daarin neergelegde recht op behoorlijk bestuur<sup>686</sup> omvat diverse andere sub-beginselen *casu quo* rechten. Zo garandeert dit recht ook de behandeling van zaken door EU-bestuur op een onpartijdige en billijke wijze en binnen een redelijke termijn (lid 1). Verder moet het EU-bestuur beslissingen ‘met redenen omkleden’ (lid 2). Uit de zaak *H.N.*<sup>687</sup> wordt duidelijk dat ook deze onderdelen van het recht op behoorlijk bestuur voor de nationale autoriteiten in acht moeten worden genomen. Het Hof herinnert er in dat verband aan dat het in artikel 41 van het Handvest neergelegde recht op behoorlijk bestuur een afspiegeling vormt van een algemeen beginsel van het Unierecht. Verder wordt uit deze zaak duidelijk dat de nationale rechter de naleving van deze rechten moet controleren.<sup>688</sup>

De zaak *H.N.* had specifiek betrekking op het recht van eenieder op een onpartijdige behandeling van zijn zaak door het bestuur. Onder andere uit het arrest *Ziegler*<sup>689</sup> was al duidelijk geworden dat het vereiste van onpartijdigheid, zoals genoemd in artikel 41 lid 1 HV, volgens het Hof zowel subjectieve onpartijdigheid als objectieve onpartijdigheid verlangt. Subjectieve onpartijdigheid houdt in dat geen lid van de betrokken Unierechtelijke instelling die belast is met de zaak, blijk mag geven van partijdigheid of persoonlijke vooringenomenheid. De eis van objectieve onpartijdigheid betekent dat de betreffende instelling voldoende waarborgen moet bieden om elke gerechtvaardigde twijfel dienaangaande uit te sluiten.<sup>690</sup> Vooral op het punt van de objectieve onpartijdigheid – het vermijden van de schijn van partijdigheid – legt het Hof de lat dus hoog.

Verder garandeert artikel 47, lid 2 HV het recht van eenieder op een eerlijk proces en bevat artikel 48 HV een specifieke garantie voor de eerbiediging van de rechten van verdediging aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld.<sup>691</sup>

682 Onder meer Zaak 85/76, Hoffmann LaRoche [1979]; Gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hoechst [1989].

683 Zie daarover Rabinovici 2012.

684 Zaak C-482/10, Cicala [2011], r.o. 28 en Zaak C-166/13, Mukarubega [2014], r.o. 44.

685 Zie Zaak C-166/13, Mukarubega [2014], r.o. 45. Zie paragraaf 2.4.2, van dit hoofdstuk.

686 Zie daarover verder Schlössels 2016 en Timmermans & Schlössels 2015.

687 Zaak C-604/12, H.N [2014].

688 Zaak C-604/12, H.N [2014], r.o. 56.

689 Zaak C-439/11 P, Ziegler [2013], r.o. 152.

690 Zaak C-604/12, H.N [2014], r.o. 52.

691 Zie over het verband tussen deze in het Handvest gecodificeerde verdedigingsrechten, Prechal 2016.

Het Hof heeft de rechten van verdediging vooral ontwikkeld in zaken waarin het optreden van de Europese instellingen zelf ter beoordeling stond, meestal dat van de Commissie in Europese mededingingszaken. Het beginsel geldt echter ook voor de administratieve overheden van de lidstaten, wanneer zij besluiten nemen die ‘binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen’.<sup>692</sup> Daarvan is onder meer sprake bij de nationale bestuurlijke toepassing van een richtlijn (of van de nationale omzettingswetgeving) of van een verordening. Een voorbeeld van het eerste biedt de zaak *Dokter*, waarin het ging om de toepassing door de minister van Landbouw, Natuurbeheer & Voedselkwaliteit van de in Richtlijn 85/511/EEG voorziene maatregelen ter bestrijding van mond- en klauwzeer (mkz).<sup>693</sup> In de zaak *M.G. & N.R.* moesten de nationale autoriteiten de rechten van verdediging in acht nemen bij de beslissing over de verlenging van detentie van zogenaamde derdelanders in het kader van een verwijderingsprocedure, zoals geregeld in Richtlijn 2008/115 (de Terugkeerrichtlijn).<sup>694</sup> De zaak *Sopropé* ten slotte, biedt een voorbeeld van een zaak waarin de rechten van verdediging golden bij de nationale toepassing van een verordening, meer in het bijzonder van Verordening (EEG) nr. 2913/92, tot vaststelling van het communautair douanewetboek.<sup>695</sup>

## 6.2 Reikwijdte en inhoud

Zoals hiervoor al aan de orde kwam zijn de rechten van verdediging door het Hof aanvankelijk vooral uitgewerkt in de rechtspraak betreffende het Europese mededingingsrecht. Dit ligt voor de hand aangezien de Commissie juist op dit terrein de bevoegdheid heeft om bestraffende sancties, meer in het bijzonder bestuurlijke boetes, op te leggen. De werking van het beginsel is echter zeker niet beperkt tot dit terrein. Dit blijkt duidelijk uit de zaak *Lisrestal*,<sup>696</sup> waarin een beschikking van de Commissie tot vermindering van financiële bijstand uit het Europees Sociaal Fonds ter beoordeling stond. Het Hof overwoog in zijn arrest dat ‘de eerbiediging van het recht om te worden gehoord in iedere procedure die tot een bezwarende handeling kan leiden, [is] te beschouwen als een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht, dat zelfs bij gebreke van enig specifiek voorschrift in acht moet worden gehouden’. Toepassing van de rechten van verdediging op bezwarende besluiten buiten de sfeer van het mededingingsrecht ziet men bijvoorbeeld ook in de zaak *Al Jubail*,<sup>697</sup> waarin het ging om de onderzoeksprocedure die vooraf gaat aan de vaststelling van een antidumpingverordening, en in de zaak *Fiskano*,<sup>698</sup> waarin de uitsluiting van een visser uit een derde land om te vissen in de Europese viszones ter discussie stond. In de veelbesproken zaak *Kadi* paste het Hof het verdedigingsbeginsel en in het bijzonder het recht om te worden gehoord toe in de context van beperkende maatregelen genomen door instellingen van de EU jegens personen en organisaties die in verband werden gebracht met Osama bin Laden, zoals de plaatsing van Kadi op de terrorismelijst (met onder meer als gevolg dat diens tegoeden en economische middelen werden bevroren).<sup>699</sup> Uit de hiervoor genoemde zaken *Sopropé* en *M.G. & N.R.* wordt duidelijk dat het beginsel inmiddels ook wordt toegepast op andere terreinen, binnen de werkingssfeer van het Unierecht, zoals het douanerecht en het asielrecht.

692 Zie paragraaf 2.4.3.3 van dit hoofdstuk over de binding van de lidstaten aan de beginselen van Unierecht in algemene zin.

693 Zaak C-28/05, *Dokter* [2006].

694 Zaak C-383/13, *M.G. & N.R.* [2013].

695 Zaak C-349/07, *Sopropé* [2008].

696 Zaak C-32/95 P, *Lisrestal* [1996], punt 21. Zie bijvoorbeeld ook Zaak C-462/98 P, *Mediocurso/Commissie* [2000]; Zaak C-287/02, *Spanje/Commissie* [2005] en Zaak C-28/05, *Dokter* [2006], r.o. 74.

697 Zaak C-49/88, *Al Jubail* [1991].

698 Zaak C-135/92, *Fiskano* [1994].

699 Gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi e.a.* [2008]. Vergelijk *Kunoy & Dawes* 2009.

Verder wordt het beginsel regelmatig toegepast in infractieprocedures op grond van artikel 258 VWEU, in procedures betreffende het beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 263 VWEU of in staatssteunzaken.<sup>700</sup> Ook in een prejudiciële procedure kunnen rechten van de verdediging aan de orde komen.<sup>701</sup> Veel rechtspraak waarin het verdedigingsbeginsel een rol speelt is verder te vinden op het terrein van het Europese ambtenarenrecht.<sup>702</sup>

Ook indien een procedure niet leidt tot een besluit, kunnen de rechten van verdediging betekenis hebben. Zo werd in de zaak *New Europe Consulting (NEC)* de Commissie tot schadevergoeding veroordeeld, omdat zij in een fax aan de coördinatoren van het PHARE-programma in Polen, Tsjechië, Hongarije en Roemenië, had verklaard dat NEC ‘niet de minimale financiële garanties bood die van een betrouwbare partner mogen worden verwacht’, zonder dat het adviesbureau in de gelegenheid was gesteld om eerst zijn standpunt ter zake van deze verklaring kenbaar te maken.<sup>703</sup> De fax, die formeel geen tegen NEC gericht beschikking was, had als gevolg dat NEC niet meer werd uitgekozen voor PHARE-projecten en was daarom wel degelijk ‘bezwaard’.

In de schadevergoedingszaak *Ismeri* had de Europese Rekenkamer de rechten van verdediging geschonden doordat zij een verslag had uitgebracht waarin het handelen van verzoeker aan de kaak werd gesteld, zonder dat deze vooraf in de gelegenheid was gesteld om zijn standpunt uiteen te zetten.<sup>704</sup> Het verzoek om schadevergoeding werd overigens afgewezen, omdat deze onwettigheid geen invloed kon hebben op de inhoud van het verslag, zodat er geen causaal verband bestond tussen het verzuim van de rekenkamer en de door Ismeri geleden schade.

### 6.2.1 Het recht te worden gehoord

De kern van de rechten van verdediging wordt gevormd door *het recht om te worden gehoord*. Dit recht, dat door het Hof wordt aangemerkt als een grondrecht, vereist dat ‘wanneer besluiten de belangen van geadresseerden aanmerkelijk beïnvloeden, deze laatsten in staat moeten worden gesteld naar behoren hun standpunt kenbaar te maken over hetgeen als grond voor het litigieuze besluit tegen hen wordt ingebracht’.<sup>705</sup> Het recht om gehoord te worden dient zowel de administratieve autoriteit, als de betrokken particulier of onderneming.<sup>706</sup> Voor de autoriteit heeft het recht als doel deze ‘in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante belangen’. Voor particulieren beoogt het beginsel, ter verzekering van een effectieve bescherming, ‘deze in staat te stellen om een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten’ dat een besluit met een andere inhoud wordt genomen.

Zoals bij alle grondrechten heeft ook het recht om gehoord te worden geen absolute gelding, maar kan het worden beperkt. Deze beperkingen moeten wel ‘werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast’.<sup>707</sup> De bescherming van de volksgezondheid is – gelet op de zaak *Dokter* – een doel dat een rechtvaardiging kan vormen voor

700 Zie bijvoorbeeld Zaak C-96/89, Commissie/Nederland [1991]; Zaak C-346/89, Italië/Commissie [1991]; Zaak C-294/90, British Aerospace [1992] en Zaak 234/84, België/Commissie [1986].

701 Zie Zaak 83/78, Pigs Marketing Board [1978].

702 Zie hierover Papadopoulou 1996, p. 174-180; Tridimas 2006, p. 405-406.

703 Zaak T-231/97, New Europe Consulting [1999].

704 Zaak C-315/99 P, Ismeri [2001].

705 Zie bijvoorbeeld Zaak C-32/95 P, Lisrestal [1996], punt 21, en Zaak C-28/05, Dokter [2006], punt 74.

706 Zaak C-349/07, Sopropé [2008], punt 49.

707 Zaak C-28/05, Dokter [2006], punt 75 en Zaak C-166/13, Mukarubega [2014], punt 53.



een beperking van het recht te worden gehoord.<sup>708</sup> Blijkens de zaak *Kadi* kan een rechtvaardiging voor een beperking ook worden gevonden in de doeltreffendheid van maatregelen genomen ter bestrijding van terrorisme en ter bescherming van de nationale veiligheid.<sup>709</sup>

In de zaak *Dokter*, waarin het ging om nationale maatregelen ter bestrijding van mond- en klauwzeer (mkz), was de noodzaak om in het belang van de bescherming van de volksgezondheid effectief en snel op te kunnen treden tegen deze ziekte voor het Hof reden om het recht om te worden gehoord aanzienlijk te beperken. Volgens het Hof vormt de bescherming van de volksgezondheid er in beginsel een rechtvaardiging voor dat een autoriteit maatregelen ter bestrijding van mkz vaststelt zonder de belanghebbenden vooraf naar hun standpunt te vragen over de gegevens waarop die maatregelen zijn gebaseerd. Een dergelijke beperking is slechts te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep waardoor de rechten van verdediging in hun kern worden aangetast, indien de belanghebbenden niet nadien in een procedure tegen die maatregelen zouden kunnen opkomen, en in het kader daarvan naar behoren hun standpunt kenbaar kunnen maken. Belangrijk is de vaststelling dat het beginsel niet vereist dat de uitvoering van die maatregelen wordt opgeschort totdat die procedure is afgerond.

In de zaak *Kadi* stelt het Hof dat van de Europese instanties niet kan worden verlangd dat zij vóór de initiële plaatsing van een persoon of entiteit op de terroristenlijst de gronden voor plaatsing meedelen en deze persoon daaromtrent horen. Dit zou namelijk 'afbreuk doen aan de doeltreffendheid' van de daaruit volgende maatregelen tot bevrozing van tegoeden en economische middelen, omdat dergelijke maatregelen 'naar hun aard een verrassingseffect' moeten hebben.<sup>710</sup> Wel zullen de rechten van verdediging in het vervolg van de procedure op een of andere wijze moeten worden gegarandeerd.

Lang niet bij alle 'bezwarende' besluiten zal overigens een algemeen belang bestaan op grond waarvan een beperking van de rechten van verdediging kan worden gerechtvaardigd. In dat geval ontkomen nationale en Europese instanties er dus in beginsel niet aan om betrokkenen te horen voordat zij een dergelijk besluit vaststellen. Een argument van praktische aard volstaat op zich niet om de schending te rechtvaardigen van de rechten van verdediging.<sup>711</sup> Of sprake is van schending van de rechten van de verdediging moet worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van elk geval,<sup>712</sup> inclusief de aard van de betrokken handeling, de context van de vaststelling ervan en de rechtsregels die de betrokken materie beheersen.<sup>713</sup>

Het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging omvat diverse andere deelaspecten of sub-beginselen. Sommige dienen ter verwezenlijking van het recht om te worden gehoord; andere hebben een meer zelfstandig karakter. Deze deelaspecten, waarvan sommige inmiddels nagenoeg aparte leerstukken zijn geworden, kunnen als volgt kort worden samengevat: het recht om inlichtingen te ontvangen, een toereikende termijn om de verdediging voor te bereiden, het verbod van zelfincriminatie, *legal professional privilege* en het recht op rechtsbijstand.<sup>714</sup>

708 Zaak C-28/05, *Dokter* [2006], punt 75.

709 Gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi* e.a. [2008].

710 Gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi* e.a. [2008], r.o. 338-341.

711 Zaak C-32/95 P, *Lisrestal* [1996], punt 37.

712 Zaak C-110/10 P, *Solvays SA* [2011], r.o. 63.

713 Zaak C-383/13, *M.G. en N.R.* [2013], r.o. 34.

714 Voor een uitgebreide bespreking zie: *Lenaerts & Vanhamme* 1997; *Groussot* 2006, p. 228-234; *Tridimas* 2006, p. 370-417; *Jansen & Langbroek* 2007, p. 27-38.

### 6.2.2 Het recht om inlichtingen te ontvangen

Tot het recht om inlichtingen te ontvangen wordt, onder meer, gerekend het recht op toegang tot het dossier, in beginsel tot alle belastende en ontlastende stukken. Procespartijen hebben het recht kennis te nemen van alle documenten of opmerkingen die aan de rechter zijn voorgelegd om standpunten uit te kunnen wisselen en invloed te kunnen uitoefenen op de beslissing van de rechter.<sup>715</sup>

Het recht om te worden geïnformeerd omvat ook het recht om op de hoogte te worden gesteld van het feit dat een instelling bezig is om een voor de betrokkene nadelig besluit voor te bereiden. In mededingingszaken zal de Commissie in beginsel de betrokken onderneming moeten informeren over het feit dat zij een onderzoek heeft ingesteld. De verweten gedragingen worden vervolgens neergelegd in de zogenaamde punten van bezwaar waarop de onderneming moet kunnen reageren. De mededeling van de punten van bezwaar moet de voornaamste tegen de onderneming in aanmerking genomen elementen bevatten, zoals ‘de verweten feiten, de kwalificatie daarvan en de bewijsmiddelen waarop de Commissie zich baseert, zodat de onderneming in de gelegenheid is om op zinvolle wijze haar argumenten aan te voeren’.<sup>716</sup> Bovendien moet de mededeling ‘op ondubbelzinnige wijze de rechtspersoon vermelden waaraan eventueel een geldboete zal worden opgelegd’. Aan het uiteindelijke sanctiebesluit mag de Commissie geen andere beschuldigingen ten grondslag leggen dan al in de punten van bezwaar zijn genoemd.

Op het recht op toegang tot het dossier wordt uitzondering gemaakt voor zakengeheimen en andere vertrouwelijke informatie van ondernemingen en voor interne documenten van de Commissie.<sup>717</sup> Deze uitzondering is in het bijzonder relevant in het mededingingsrecht, waarin het belangrijk kan zijn dat informatie over concurrenten vertrouwelijk blijft. Dat leidt er in de praktijk toe dat bepaalde vertrouwelijke gegevens in het dossier worden ‘weggelakt’, voordat het dossier kan worden ingezien. In dit verband moet de uitspraak van het Hof in de zaak *Varec*<sup>718</sup> worden genoemd. Daarin moest het Hof in een aanbestedingszaak oordelen over de spanning tussen de rechten van verdediging in een rechterlijke procedure *casu quo* het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM – op grond waarvan procespartijen in beginsel het recht hebben om kennis te nemen van alle bewijzen en opmerkingen die aan de rechter zijn voorgelegd en daarover hun standpunt kenbaar te maken – en het recht op de bescherming van vertrouwelijke gegevens en zakengeheimen – op grond waarvan bepaalde gegevens waarover de rechter beschikt juist niet aan alle partijen kenbaar kunnen worden gemaakt.

Volgens het Hof is het recht op een eerlijk proces niet absoluut, maar kan het noodzakelijk zijn dat bepaalde gegevens niet aan partijen worden meegedeeld ten einde het fundamentele recht op de bescherming van vertrouwelijke gegevens en zakengeheimen van derden te vrijwaren of een belangrijk algemeen belang (zoals *in casu* het behoud van een eerlijke mededinging in het kader van een aanbestedingsprocedure) veilig te stellen. Of en in welke mate het recht op de bescherming van zakengeheimen *in een concrete zaak* prevaleert boven het recht op een eerlijk proces moet door de nationale rechter worden vastgesteld. Daartoe moet hij ‘noodzakelijkerwijs kunnen beschikken over de informatie, daaronder begrepen de vertrouwelijke informatie en de zakengeheimen, die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak

715 Zie bijvoorbeeld Zaak C-300/11, ZZ [2013], r.o. 55-56 en Zaak C-437/13, Unitrading Ltd [2014], r.o. 21.

716 Vergelijk Gevoegde zaken C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler [2009].

717 Vergelijk Zaak C-110/10 P, Solvays SA [2011], r.o. 49.

718 Zaak C-450/06, Varec [2008], zie daarover ook hoofdstuk VI, paragraaf 7.2.4.

te kunnen doen.<sup>719</sup> Wel moet de nationale rechter partijen in de gelegenheid stellen om zich erop te beroepen dat hun informatie een vertrouwelijk karakter heeft of een zakengeheim bevat.

In de zaak ZZ<sup>720</sup> had de Engelse staatssecretaris om redenen van publieke veiligheid geweigerd om ZZ, die de Franse en Algerijnse nationaliteit bezit, de gronden en het bewijs voor zijn beslissing om ZZ toegang tot Engeland te weigeren mee te delen. Net als in de *Varec*-zaak stelt het Hof het recht op hoor en wederhoor van artikel 47 Handvest voorop, een recht dat echter op grond van artikel 52, eerste lid Handvest kan worden beperkt om redenen van publieke veiligheid. De nationale rechter moet beide rechten met elkaar verzoenen, waarbij het Hof wel duidelijke aanwijzingen geeft. Eerst en vooral moet de rechter zelf kennis kunnen nemen van de betreffende gronden en het bewijs, zodat hij kan vaststellen of de publieke veiligheid inderdaad in de weg staat aan de openbaarmaking ervan.<sup>721</sup>

### 6.2.3 Toereikende termijn om de verdediging voor te bereiden

Om de verdediging serieus te kunnen voorbereiden, moeten betrokkenen – volgens het Hof in de zaak *Sopropé* – beschikken over een ‘toereikende termijn’.<sup>722</sup> Welke lengte precies toereikend is, wordt, zolang in de Europese regelgeving geen specifieke termijn is vastgesteld, bepaald door het nationale recht, waarbij dit recht wel moet voldoen aan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Het Hof acht het met het oog op het gelijkheidsbeginsel ‘gepast’ dat in de nationale wettelijke regelingen voor de diverse administratieve procedures algemene termijnen worden vastgesteld. Deze moeten in verhouding staan tot ‘het belang van de te nemen besluiten voor de belanghebbenden, de complexiteit van de toe te passen procedures en wetgeving, het aantal personen dat door het besluit kan worden geraakt en de overige in aanmerking te nemen publieke of particuliere belangen’.<sup>723</sup>

In de zaak *Sopropé* acht het Hof een voorbereidingstermijn van acht tot vijftien dagen bij de navordering van douanerechten bij invoer niet in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel, omdat de navorderingsbesluiten betrekking hebben op professionele ondernemingen die geregeld importen verrichten, deze ondernemingen de regelmatigheid van hun transacties moeten bewijzen en vanwege het algemene Europese belang bij een snelle inning van douanerechten en dus bij onverwijld en doeltreffende controles. De termijn voor het nemen van een besluit nadat de autoriteit kennis heeft genomen van de opmerkingen van de particulier, moet volgens het Hof zodanig lang zijn dat de autoriteiten ‘met de nodige aandacht kennis kunnen nemen van de opmerkingen van de onderneming’. Of aan dit criterium is voldaan, moet de nationale rechter bepalen. Ook in de zaak *Boudjlida*<sup>724</sup> overweegt het Hof dat het recht om te worden gehoord impliceert dat de overheid met de nodige aandacht kennis neemt van de opmerkingen van de betrokkene en het besluit vervolgens ‘omstandig’ te motiveren. De verplichting om een besluit ‘op voldoende specifieke en concrete wijze te motiveren’ zodat de betrokkene kan begrijpen waarom zijn verzoek is geweigerd wordt door het Hof een uitvloeisel van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging genoemd.

719 Zie ook Zaak C-300/11, ZZ [2013], r.o. 59 en Zaak C-682/15, Berlioz [2017]. Het verdedigingsbeginsel gaat echter niet zo ver dat het kennisname van partijen van alle achterliggende data van een deskundigenrapport verlangt: vergelijk Zaak C-437/13, Unitrading [2014]. Zie de over de verhouding tussen geheime procesvoering en het recht op een eerlijk proces ook De Bree 2013, alsmede hoofdstuk VI, paragraaf 7.2.4.

720 Zaak C-300/11, ZZ [2013].

721 Zie over de zaken *Varec* en *ZZ* verder paragraaf 7.2.4.

722 Zaak C-349/07, *Sopropé* [2008], punt 37.

723 Zaak C-349/07, *Sopropé* [2008], punt 41.

724 Zaak C-249/13, *Boudjlida* [2014].

#### 6.2.4 Het verbod van zelfincriminatie

Volgens het Hof in de zaak *Orkem* brengt het verbod van zelfincriminatie – dat ook wel wordt aangeduid als het beginsel van *nemo tenetur* – al in de verificatiefase met zich mee, dat ‘de Commissie een onderneming niet mag verplichten om antwoord te geven, waardoor deze het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels zou moeten erkennen, die de Commissie juist moet bewijzen’.<sup>725</sup> Er is overigens geen bezwaar tegen het vragen van inlichtingen over feitelijke gegevens of tegen verzoeken om bestaande documenten te overleggen. Vragen die een onderneming echter dwingen toe te geven dat zij de mededingingsregels heeft overtreden of beoogde te overtreden, zijn niet toegestaan.

Of een vraag *in concreto* al dan niet is toegestaan, vergt een subtiële afweging. Een voorbeeld biedt de uitspraak van het Gerecht in de zaak *Mannesmannröhren-Werke*.<sup>726</sup> In deze zaak achtte het Gerecht een aantal vragen wel wettig, omdat zij ‘enkel het verzoek om informatie van feitelijke aard en om mededeling van bestaande documenten’ betroffen. Een deelvraag waarin de Commissie vroeg om ‘een beschrijving van met name het onderwerp van vergaderingen waaraan verzoekster zou hebben deelgenomen en van de tijdens die vergadering genomen besluiten, terwijl duidelijk is, dat de instelling vermoedt dat op die vergaderingen de sluiting aan de orde was van met het mededingingsrecht strijdige overeenkomsten, was echter onwettig, omdat de verzoekster werd verplicht haar deelneming te erkennen aan een onwettige overeenkomst.

Het verbod van zelfincriminatie geldt overigens niet in de nationale civiele procedure.<sup>727</sup> Deze procedure resulteert immers niet in het opleggen van een sanctie door een bestuursorgaan.<sup>728</sup>

#### 6.2.5 Legal professional privilege en recht op rechtsbijstand

Het – door het Hof in de zaak *AM&S* erkende – beginsel van *legal professional privilege* garandeert de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen de cliënt en zijn advocaat, waaronder de bescherming van de correspondentie tussen die twee.<sup>729</sup> Om onder de bescherming van het beginsel te vallen, moet aan twee voorwaarden zijn voldaan. In de eerste plaats moet de communicatie hebben plaatsgevonden met een *onafhankelijke* advocaat, dat wil zeggen een advocaat die structureel, hiërarchisch en functioneel buiten de onderneming die de rechtsbijstand krijgt staat en die dus niet door een arbeidsverhouding aan die onderneming is gebonden. Interne of in-house advocaten, die werkzaam zijn in dienst van de onderneming, vallen daarom buiten de bescherming van het beginsel, ook wanneer zij in een lidstaat als advocaat zijn toegelaten tot de orde van advocaten en daardoor gebonden zijn aan bepaalde gedragsregels. Deze beperking berust op de opvatting van de rol van advocaat ‘als medewerker bij de rechtspleging, die geheel onafhankelijk en in het overwegend belang van deze rechtspleging de door zijn cliënt benodigde rechtskundige bijstand moet verlenen’.<sup>730</sup> Zij is overigens niet onomstreden, maar is in de zaak *Akzo en Akcros* door het Gerecht van Eerste Aanleg en in hoger beroep door het Hof bevestigd.<sup>731</sup> Volgens beide gerechtten is een interne advocaat vanwege zowel zijn economische afhankelijkheid als de nauwe banden met zijn werkgever, beroepsmatig niet even

<sup>725</sup> Zaak 374/87, *Orkem* [1989].

<sup>726</sup> Zaak T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke* [2001].

<sup>727</sup> Zaak C-60/92, *Otto* [1992].

<sup>728</sup> Zie voor de vraag of het Unierechtelijk verbod van zelfincriminatie zal (blijven) gelden voor alle bezwaren besluiten, dan wel dat het Hof het – conform de benadering van het EHRM – zal beperken tot bestuurlijke sancties van strafrechtelijke aard, hoofdstuk V paragraaf 3.3.3.4.

<sup>729</sup> Zaak 155/79, *AM&S* [1982].

<sup>730</sup> Zaak 155/79, *AM&S* [1982], punt 166.

<sup>731</sup> Gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo en Akcros* [2007]; Zaak C-550/07 P, *Akzo en Akcros* [2010].

onafhankelijk als een externe advocaat. Voor wat betreft het *legal professional privilege* kan hij daarom niet gelijk worden gesteld met een externe advocaat.

In de tweede plaats geldt het *legal professional privilege* alleen als de briefwisseling heeft plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt. Deze bescherming betreft – volgens het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak *Hilti* – ook de briefwisseling ingeval deze zich bevindt bij de cliënt-onderneming en evenzeer bedrijfsinterne documenten die een verslaglegging of een samenvatting van het advies van de advocaat bevatten.<sup>732</sup> Bovendien kunnen voorbereidende documenten die zijn opgesteld bij de onderneming, zelfs indien zij niet met een advocaat zijn uitgewisseld of niet zijn opgesteld om als zodanig in die vorm aan een advocaat te worden gezonden, onder de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten vallen, maar alleen als ‘zij zijn opgesteld met het uitsluitende doel om het kader van de uitoefening van de rechten van verdediging juridisch advies aan een advocaat te vragen’.<sup>733</sup> Het enkele feit dat met een advocaat over een document is gesproken, volstaat niet om daaraan bescherming te verlenen.

Om de naleving van het *legal professional privilege* te garanderen, mag de Commissie in Europese mededingingszaken pas kennisnemen van de inhoud van een document dat volgens de onderneming door het beginsel wordt beschermd, nadat zij de betrokken onderneming de mogelijkheid heeft gegeven om beroep in te stellen bij het Gerecht.<sup>734</sup> Daartoe moet de Commissie een beschikking tot afwijzing van het verzoek van de onderneming vaststellen en moet zij met kennisneming wachten totdat de termijn voor het instellen van beroep is verstreken. Dit beroep heeft – zoals in hoofdstuk VI, paragraaf 2.4.1 wordt aangegeven – in het Europese stelsel van rechtsbescherming geen opschortende werking, zodat de onderneming in kort geding zal moeten verzoeken om opschorting van de uitvoering van de beschikking. In de tussentijd mag de Commissie de documenten overigens wel in beslag nemen, maar moet zij deze plaatsen in een verzegelde envelop.

Ten slotte kan voor de reikwijdte van het *legal professional privilege* nog worden gewezen op de zaak *Orde van Franstalige en Duitstalige balies*.<sup>735</sup>

In deze zaak acht het Hof de in Richtlijn 91/308 voorgeschreven informatie- en samenwerkingsplicht voor advocaten – op grond waarvan zij vermoedens van witwaspraktijken door hun cliënten moeten melden bij de overheid – niet in strijd met artikel 6 EVRM, mits deze plicht niet geldt in het kader van een rechtsgeding of de voorbereiding daarvan. Zou dat laatste wel het geval zijn, dan zou de advocaat niet in staat zijn taken van advisering, verdediging en vertegenwoordiging naar behoren te verrichten en zou de cliënt niet de hem bij artikel 6 EVRM verleende rechten genieten. De meldplicht voor advocaten geldt echter wel als zij een cliënt bijstaan bij de voorbereiding van bepaalde transacties van financiële aard, op het gebied van onroerend goed of wanneer de advocaat in naam en voor rekening van zijn cliënt optreedt in het kader van financiële of onroerendgoedtransacties. Deze activiteiten houden geen verband met een rechtsgeding en vallen volgens het Hof dus buiten de werkingsfeer van een recht op een eerlijk proces.

### *Rechtsbijstand*

Het recht om zich te laten bijstaan door een advocaat naar keuze geldt al in de voorfase van een procedure die kan leiden tot het opleggen van een bezwarend besluit.<sup>736</sup> Daarom moet bij een verificatie door de Commissie in het kader van een Europees mededingingsonderzoek de komst van

<sup>732</sup> Zaak T-30/89, *Hilti* [1990].

<sup>733</sup> Gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo en Akros* [2007], punt 123.

<sup>734</sup> Gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo en Akros* [2007], punt 83.

<sup>735</sup> Zaak C-305/05, *Orde van Franstalige en Duitstalige balies* [2007].

<sup>736</sup> Gevoegde zaken 46/87 en 227/88, *Hoechst* [1989]. Zie voor het recht op rechtsbijstand in de rechterlijke fase, hoofdstuk VI, paragraaf 4.2.

een onafhankelijke advocaat in beginsel worden afgewacht, tenzij de onderneming een eigen jurist of juridische dienst heeft. De wachttijd dient overigens wel tot het volstrekt noodzakelijke te worden beperkt. Het recht om zich al in de administratieve fase die kan leiden tot een bezwarend besluit te laten bijstaan door een raadsman geldt ook buiten het mededingingsrecht, zo blijkt uit de vreemdelingenrechtelijke zaak *Boudjlida*,<sup>737</sup> maar de nationale autoriteiten zijn niet verplicht om een gratis advocaat te verstrekken.

Boudjlida werd geconfronteerd met een terugkeerbesluit (de administratieve of rechterlijke beslissing of handeling waarbij wordt vastgesteld dat het verblijf van een onderdaan van een derde land illegaal is of dit illegaal wordt verklaard en een terugkeerverplichting wordt opgelegd of vastgesteld) van de Franse autoriteiten. In de procedure tegen dat besluit stelde hij dat het EU-recht om te worden gehoord alleen effectief kan worden uitgeoefend als iemand de mogelijkheid heeft zich in de administratieve fase te laten bijstaan door een advocaat. Het Hof oordeelde dat een vreemdeling altijd op eigen kosten een advocaat kan inschakelen, ondanks dat de Terugkeerrichtlijn daarin niet voorziet, mits dit het goede verloop van de terugkeerprocedure niet ondermijnt en de doeltreffende tenuitvoerlegging van de Terugkeerrichtlijn niet in gevaar brengt.

### 6.2.6 De gevolgen van schending van het beginsel

Zoals gezegd moet de vraag of er sprake is van een inbreuk op de rechten van de verdediging worden beantwoord aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval. Als een schending van de rechten van verdediging wordt vastgesteld kan dat leiden tot nietigverklaring van het bestreden besluit, maar ook – als de kwestie speelt in een schadevergoedingszaak op grond van artikel 268 jo. artikel 340, lid 2 VWEU – tot schadevergoeding.<sup>738</sup> Een punt waarover de rechtspraak van het Hof minder duidelijk was, is de vraag of de enkele schending van de rechten van verdediging zonder meer moet leiden tot een nietigverklaring van het besluit.<sup>739</sup> Uit de rechtspraak kwamen tot voor kort twee benaderingen naar voren. In sommige gevallen beantwoordde het Hof de hiervoor gestelde vraag bevestigend: de schending van het hoorrecht leidt direct tot nietigverklaring van het besluit en is zelfs reden om andere grieven hiertegen verder niet te bespreken.<sup>740</sup> In andere uitspraken leidde een dergelijke schending echter niet automatisch tot vernietiging van het besluit, maar achtte het Hof van doorslaggevend belang of de procedure zonder deze onregelmatigheid tot een ander resultaat had kunnen leiden.<sup>741</sup> Vervolgens stelde het Hof vast dat het besluit materieel rechtmatig was en werd de schending van de rechten van verdediging gepasseerd.

In de zaak *M.G. & N.R.*<sup>742</sup> gaf het Hof antwoord op prejudiciële vragen van de ABRvS over deze verschillende benaderingen in de jurisprudentie in het kader van een schending door het bestuursorgaan van het verdedigingsbeginsel bij het nemen van een besluit tot verlenging van bewaring, als bedoeld in artikel 15 Terugkeerrichtlijn 2008/115/EG. Advocaat-generaal Wathelet bepleitte de strenge benadering in zijn conclusie bij deze zaak, waarin besloten was de detentieduur van vreemdelingen te verlengen zonder dat eerst een hoorzitting werd gehouden. Volgens Wathelet zou de enige juiste

<sup>737</sup> Zaak C-249/13, Boudjlida [2014].

<sup>738</sup> Zaak C-315/99 P, Ismeri [2001].

<sup>739</sup> Daarover Duijkersloot 2014.

<sup>740</sup> Bijvoorbeeld Zaak C-135/92, Fiskano [1994]; Zaak C-32/95 P, Lisrestal [1996], punt 45; Zaak C462/98 P, Mediocurso/Commissie [2000].

<sup>741</sup> Bijvoorbeeld Zaak 30/78, Distillers Company [1980]; Zaak C-142/87, België/Commissie [1990]; Zaak C-141/08 P, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Commissie [2009] en Zaak C-96/11 P, Storck/OHIM [2012].

<sup>742</sup> Zaak C-383/13, M.G. & N.R. [2013].

consequentie van deze schending van het hoorrecht de nietigverklaring van de besteden beslissing zijn (met als gevolg dat de detentie zou worden opgeheven). Het Hof heeft echter anders besloten. Het overwoog dat niet elke onregelmatigheid bij de uitoefening van de rechten van de verdediging tijdens een administratieve procedure voor detentieverlenging in een verwijderingsprocedure, direct een schending van die rechten oplevert. Ook is niet elk verzuim van met name het hoorrecht van dien aard dat dit stelselmatig tot de onrechtmatigheid van het genomen besluit leidt. Niet elke schending van het hoorrecht in verwijderingsprocedures zal er dus automatisch toe dwingen de betrokken onderdaan in vrijheid te stellen. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of er sprake is van een onrechtmatigheid. Als dat het geval is, dient hij aan de hand van de specifieke, feitelijke en juridische omstandigheden van het geval na te gaan of de administratieve procedure in kwestie een andere afloop had kunnen hebben wanneer het horen wel had plaatsgevonden, bijvoorbeeld omdat betrokkenen argumenten voor de beëindiging van hun bewaring hadden kunnen aanvoeren. Het Hof benadrukt dat wanneer elke schending van het recht om te worden gehoord automatisch zou leiden tot de nietigverklaring van bewaringsbesluiten dit de effectiviteit van het terugkeerbeleid (de doelstelling van Terugkeerrichtlijn) zou kunnen ondermijnen.

Ook in de zaak *Kamino & Datema*,<sup>743</sup> betreffende de terugvordering van een douaneschuld, stelt het Hof met zoveel woorden dat 'een schending van de rechten van de verdediging, in het bijzonder het recht om te worden gehoord, naar Unierecht pas tot nietigverklaring van het na afloop van de betrokken administratieve procedure genomen besluit [leidt], wanneer deze procedure zonder deze onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben.'<sup>744</sup> Het is de vraag of het Hof met deze uitspraken afstand heeft gedaan van de strikte lijn waarin besluiten bij schending van het verdedigingsbeginsel werden vernietigd. Het Hof verwijst in deze uitspraken in het geheel niet naar arresten waarin de strikte lijn, waar meer nadruk ligt op de bescherming van individuen, werd gevolgd. Het lijkt echter nog te vroeg om te stellen dat deze lijn definitief en op alle terreinen is beëindigd.<sup>745</sup> Verdere jurisprudentiële ontwikkeling moet worden afgewacht.

### 6.3 Het verdedigingsbeginsel en de lidstaten

Interessant voor de ontwikkeling van (deaspecten van) de rechten van verdediging door het Hof van Justitie is dat de nationale concepten van dit beginsel daarbij aantoonbaar een belangrijke rol hebben gespeeld.<sup>746</sup> Zo is erkenning van het recht om gehoord te worden in de zaak *TMP* in 1974 in belangrijke mate ingegeven door een rechtsvergelijkend onderzoek naar het bestaan van het beginsel *audi alterem partem* in het bestuursrecht van de lidstaten, dat in opdracht van advocaat-generaal Warner werd verricht door de Documentatie- en Onderzoeksdienst van het Hof.<sup>747</sup> Uit dit onderzoek kwam naar voren dat dit beginsel zonder meer bestond in het recht van Engeland, Denemarken, Duitsland, Ierland en Schotland. In Frankrijk, België en Luxemburg werd het beginsel in het bestuursrecht erkend als onderdeel van het algemene rechtsbeginsel van het *droit de la défense*. In Italië en Nederland bestond het beginsel in administratieve procedures echter niet. Hoewel het beginsel derhalve niet in alle lidstaten werd erkend, was dit overzicht voor het Hof voldoende reden om het beginsel om gehoord te worden als algemeen Europees rechtsbeginsel te erkennen.

<sup>743</sup> Gevoegde Zaken C-129/13 en C-130/13, *Kamino & Datema* [2014].

<sup>744</sup> Zie ook Zaak C-154/14 P, *SKW/Commissie* [2016].

<sup>745</sup> Vergelijk Duijkersloot 2014, p. 94.

<sup>746</sup> Groussot 2006, p. 26-29; Tridimas 2006.

<sup>747</sup> Conclusie van AG Warner in Zaak 17/74, *TMP* [1974], p. 1063. Zie ook Usher 1998, p. 74.

Een vergelijkbaar onderzoek, maar dan in opdracht van advocaat-generaal Slynn, vond plaats in de zaak *AM&S*, en was aanleiding voor het Hof om het *legal professional privilege* als deelbeginsel van de rechten van verdediging te erkennen.<sup>748</sup> Uit het onderzoek bleek dat het beginsel door de lidstaten *grosso modo* op twee manieren werd benaderd.<sup>749</sup> In de *common law* rechtstelsels werd het beginsel vrij ruim erkend als onderdeel van de *rule of law*. In de continentale rechtstelsels was de erkenning van het beginsel verbonden met de eerbiediging van de rechten van verdediging en ging de bescherming ervan minder ver dan in de *common law* benadering. In zaak *AM&S* komt het Hof tot een synthese tussen beide benaderingen, waarbij het de nadruk legt op de gemeenschappelijke criteria waaronder de lidstaten de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt beschermen. Het komt vervolgens tot de erkenning van het *legal professional privilege* als onderdeel van het Europese beginsel van de rechten van verdediging, waarbij de bescherming van het beginsel wordt beperkt tot een briefwisseling tussen een onafhankelijk advocaat en zijn cliënt die heeft plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt. De wijze waarop het Europese *legal professional privilege* tot stand is gekomen, biedt aldus een goede illustratie van de wijze waarop Europese rechtsbeginselen worden ‘gevonden’ in de rechtstelsels van de lidstaten en vervolgens worden aangepast aan de behoeften van Europa.<sup>750</sup>

Wat betreft de doorwerking van het Unierechtelijke beginsel van de rechten van verdediging in de rechtstelsels van de lidstaten biedt een rechtsvergelijkende studie naar de erkenning van het beginsel in zes lidstaten (en Zwitserland) uit 2006 interessante informatie.<sup>751</sup> Uit deze studie blijkt eerst en vooral dat veel aspecten van het beginsel in het bestuursrecht van die lidstaten op een of andere wijze worden toegepast, maar dat deze toepassing maar zelden expliciet valt terug te voeren op het Europese beginsel.<sup>752</sup> Dat het Unierechtelijke beginsel zelden als inspiratiebron wordt genoemd, heeft waarschijnlijk twee redenen. In de eerste plaats is van belang dat – zoals hiervoor is aangegeven – het Hof van Justitie zich bij het ontwikkelen van het beginsel in belangrijk mate heeft laten inspireren door de inhoud van dit beginsel in de lidstaten. Daardoor zijn er geen grote verschillen tussen het Europese concept en de concepten van de meeste lidstaten. In de tweede plaats speelt een rol dat het Hof bij belangrijke aspecten van de rechten van verdediging als het ware moet concurreren met de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 6 EVRM. Zo is de erkenning in Duitsland van het *legal professional privilege* vooral ingegeven door artikel 6, lid 2 EVRM (juncto artikel 20, lid 3 Grundgesetz, de eis dat een verdachte gerechtigd is tot een effectieve verdediging) en is de erkenning en nadere invulling van het verbod van zelfincriminatie in Engeland & Wales en in Nederland in belangrijke mate terug te voeren op het arrest van het EHRM in de zaak *Saunders* uit 1996.<sup>753</sup> In dit arrest bepaalde het EHRM dat ‘the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognized international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under article 6 ECHR’, althans in zaken waarin de vaststelling van een *criminal charge* aan de orde is.

748 Zaak 155/79, *AM&S* [1982].

749 Zaak 155/79, *AM&S* [1982], punt 18-22.

750 Koopmans 1991a; Groussot 2006, p. 26-29.

751 Jansen & Langbroek 2006, part B, National Reports. De studie heeft betrekking op Engeland & Wales, Duitsland, Italië, Nederland, Roemenië, Zweden (en het niet-EU land Zwitserland).

752 Ook de studie van Groussot 2006, die onder meer betrekking heeft op de doorwerking van het beginsel van de rechten van verdediging in het recht van de lidstaten Engeland, Frankrijk en Zweden, biedt van de doorwerking ervan het slechts een enkel voorbeeld.

753 EHRM 17 december 1996, *Saunders/United Kingdom*, nr. 19187/91. Vergelijk voor Nederland, Kamerstukken II 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 82-83.



De erkenning van dit recht door het Hof van Justitie in de zaak *Orkem* had, ook al vond zij al plaats in 1989, in deze stelsels kennelijk minder aandacht getrokken.<sup>754</sup>

#### 6.4 Het verdedigingsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht

In Nederland ziet men de doorwerking van het Unierechtelijke beginsel van de rechten van verdediging bijvoorbeeld in de Mededingingswet (Mw) uit 1997. Bij de totstandkoming van deze wet heeft de wetgever ervoor gekozen om het nationale mededingingsrecht zowel materieel als procedureel zo veel mogelijk te laten aansluiten op het Europese mededingingsrecht. Uitgangspunt is dat de Mw niet strenger en niet soepeler zal zijn dan de Europese mededingingsregels. Het verdedigingsbeginsel, zoals dat vorm heeft gekregen in de rechtspraak van het Hof, is daarom een belangrijke leidraad geweest bij de inrichting van de procedures van de Mw. Dit geldt niet alleen voor zover (toentertijd) de raad van bestuur van de NMa (inmiddels de ACM) het Europese mededingingsrecht (artikel 101 en 102 VWEU) toepast en handhaaft, maar ook als de ACM louter nationaal mededingingsrecht toepast. In zoverre is er sprake van vrijwillige adoptie van het Unierechtelijke beginsel.

In de rechtspraak van de Nederlandse mededingingsrechters, de rechtbank Rotterdam en in hoger beroep het CBB, wordt zo nu en dan verwezen naar het Unierechtelijke beginsel van de rechten van verdediging en/of vergelijkbare garanties op grond van artikel 6 EVRM.<sup>755</sup> Interessante voorbeelden bieden de uitspraken van het CBB in de *Duitse garnalen-zaak*,<sup>756</sup> en in de *bouwfraude-zaak*.<sup>757</sup>

De *Duitse garnalen-zaak* betrof onder meer de vraag of en in hoeverre Duitse producentenorganisaties voor de garnalenvisserij aan wie de NMa een boete had opgelegd, recht hadden op de vertaling van de stukken. Het CBB leidt uit het EVRM, dat 'ook ingevolge het gemeenschapsrecht geldt', af dat zij dit recht hebben ten einde in staat te zijn om 'een effectieve verdediging te voeren'. Dat recht geldt al voor de bestuurlijke procedure die leidt tot de oplegging van een bestraffende boete. Daarbij heeft de beklagde overigens geen onbeperkte aanspraak op een schriftelijke vertaling van alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Wel moet hij in de gelegenheid zijn om vast te stellen welke stukken noodzakelijk zijn voor zijn verdediging, waarna de NMa in voorkomende gevallen kan beslissen om deze stukken (alsnog) te vertalen.

In de *bouwfraude-zaak* oordeelt het CBB dat de voorwaarden van de door de NMa toegepaste versnelde procedure in de bouwfraudezaken – in het kader waarvan ondernemingen vrijwillig afstand doen van de rechten van verdediging (er vindt slechts een beperkte dossierinzage plaats en de in het rapport neergelegde feiten en juridische beoordelingen kunnen niet worden betwist) in ruil voor een boetematiging van 15 procent – in beginsel ook gelden voor de rechterlijke procedure. Volgens het College is dit niet in strijd met artikel 6 EVRM en de rechtspraak van de Europese gerechten betreffende de rechten van verdediging.

754 In het nationale mededingingsrecht van diverse landen wordt de erkenning van het verbod van zelfincriminatie wel gebaseerd op de zaak *Orkem*, Zaak 374/87, *Orkem* [1989]. Zie voor Frankrijk, Court d'Appel de Paris 21 mei 1990, BOCCRF van 1 juni 1990. Zie voor vergelijkbare erkenningen in Luxemburg en Griekenland, Groussot 2006, p. 231-232.

755 Zie voor een overzicht van de Nederlandse rechtspraak, Gerbrandy 2009, p. 297-309.

756 CBB 19 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH0436. Zie voor de verdere afwikkeling CBB 12 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM1689.

757 CBB 7 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0540.

Het verdedigingsbeginsel is niet als zodanig gecodificeerd in de Awb. Wel bevat de Awb regelingen voor deelaspecten van het beginsel. Zo garandeert artikel 2:1 Awb het recht op rechtsbijstand in al het verkeer tussen burgers en bestuursorganen, en bevat artikel 5:10a Awb een regeling van het verbod van zelfincriminatie voor bestraffende sancties. Voor het recht op zakengeheimen en andere vertrouwelijke informatie van ondernemingen is artikel 8:29 Awb relevant.

In artikel 8:29 Awb is bepaald dat een partij die verplicht is stukken te overleggen aan de bestuursrechter, indien daarvoor gewichtige redenen bestaan (zoals de bescherming van zakengeheimen), het overleggen hiervan kan weigeren of de rechter kan meedelen dat uitsluitend deze kennis mag nemen van de stukken. Het gaat daarbij doorgaans om verwerende bestuursorganen die op grond van artikel 8:42 Awb verplicht zijn om alle op de zaak betrekking hebbende stukken – waaronder mogelijk vertrouwelijke stukken van ondernemingen – aan de rechter te zenden. Wordt een beroep gedaan op artikel 8:29, eerste lid Awb, dan is het aan de rechter om te bepalen of de weigering of de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is, zo blijkt uit het derde lid. Beslist de rechter dat de beperking van de kennisneming inderdaad gerechtvaardigd is, dan kan deze slechts *met toestemming* van de andere partijen mede op grondslag van de desbetreffende stukken uitspraak doen. Indien deze toestemming wordt geweigerd, wordt de zaak verwezen naar een andere kamer, zo regelt artikel 8:29 Awb. Zo kan worden voorkomen dat de gewraakte stukken toch invloed hebben op de uitspraak, maar de verwijzing heeft ook als consequentie dat de kamer die uiteindelijk over de zaak beslist mogelijk niet alle informatie heeft die – zoals het Hof formuleert in de hiervoor genoemde zaak *Varec* – vereist is om met volledig kennis van zaken uitspraak te kunnen doen'. Het Hof stelt in de jurisprudentie over deze kwestie juist voorop dat de beslissende rechter noodzakelijkerwijs over al deze informatie (inclusief vertrouwelijke informatie en zakengeheimen) moet beschikken. De *Varec*-zaak had zoals vermeld betrekking op een aanbestedingsgeschil. Voor zover dergelijke geschillen in Nederland door de bestuursrechter worden beslecht moet artikel 8:29 Awb daarbij buiten toepassing worden gelaten, volgens annotator Widdershoven,<sup>758</sup> althans voor zover deze bepaling ertoe leidt dat de bestuursrechter van delen van het procesdossier geen kennis kan nemen, terwijl deze kennisneming noodzakelijk is 'om met volledig kennis van zaken uitspraak te kunnen doen'. Inmiddels zijn dergelijke formuleringen door het Hof ook in geschillen buiten het aanbestedingsrecht gehanteerd, bijvoorbeeld in de zaak *ZZ* (inzake unieburgerschap) en in de zaak *Berlioz* (inzake fiscale inlichtingenverzoeken) door het Hof. Het is dus de vraag of ook op andere – binnen de werkingsfeer van het Unierecht vallende – terreinen waarop zich spanningen voordoen tussen het recht op een eerlijk proces *casu quo* de rechten van de verdediging en het recht op de bescherming van zakengeheimen, artikel 8:29 Awb onverkort kan worden toegepast.

Ook met betrekking tot het hoorrecht – het kernrecht van het verdedigingsbeginsel – bevat de Awb bepalingen waarvan men zich kan afvragen of deze steeds kunnen worden toegepast in de rechtspraak. Weliswaar bevat afdeling 4.1.2 Awb verschillende bepalingen over het horen van belanghebbenden in de voorbereiding van een besluit, maar al meermalen is opgemerkt dat deze regeling onvoldoende recht doet aan de rechten van verdediging bij het nemen van besluiten *in primo*.<sup>759</sup> Vergelijkt men de regeling van het horen van afdeling 4.1.2 Awb met de eisen die op grond van het Europese beginsel worden gesteld, dan wijkt de Awb op drie punten af.<sup>760</sup> In de eerste plaats geschiedt het horen op grond van de Awb niet met het oog op de rechten van verdediging van betrokkenen maar staat het in dienst van de zorgvuldige feitenvergaring door het bestuur. Mede

<sup>758</sup> Zaak C-450/06, *Varec SA* [2008], AB 2008/341. Zie ook Widdershoven 2016b.

<sup>759</sup> Zie bijvoorbeeld Widdershoven e.a. 2007a, Widdershoven 2014a, en Van den Brink & Den Ouden 2014.

<sup>760</sup> Widdershoven e.a. 2007a, p. 81-82; Gerbrandy 2009, p. 107.

daarom ontbreken – in de tweede plaats – de door het Hof geëiste procedurele waarborgen voor het horen, zoals het recht om informatie te ontvangen, het recht op toegang tot het dossier en het recht op voldoende tijd voor de voorbereiding van de verdediging. In de derde plaats bevat afdeling 4.1.2 Awb diverse uitzonderingen op de hoorplicht *in primo*, onder meer bij alle financiële beschikkingen (artikel 4:12 Awb), zonder dat deze beperkingen zijn beargumenteerd door een rechtvaardiging op grond van een algemeen belang.

Dat deze spanningen ook in de praktijk tot problemen kunnen leiden bleek al uit de afwikkeling binnen Nederland van de hiervoor behandelde zaak *Dokter*.

In de zaak *Dokter* achtte het Hof – zoals, hiervoor in paragraaf 6.2, aangegeven – de bescherming van de volksgezondheid een algemeen belang dat rechtvaardigt dat een autoriteit maatregelen ter bestrijding van mkz vaststelt zonder belanghebbenden vooraf te horen, maar moeten zij wel nadien in de procedure tegen die maatregelen kunnen opkomen en moeten de rechten van verdediging in dat kader worden gewaarborgd.<sup>761</sup> Uit de afwikkeling van de zaak door het CBB blijkt dat minister van LNV in de bezwarenfase niet aan het laatstgenoemde vereiste heeft voldaan, omdat belanghebbenden (ook) in die fase geen toegang hebben gekregen tot de laboratoriumgegevens waarop het besluit was gebaseerd.<sup>762</sup> Omdat aldus in bezwaar was gehandeld in strijd met het recht op toegang tot het dossier, vernietigde het CBB het bestreden besluit. Veel heeft dat uiteindelijk overigens niet opgeleverd voor de betrokken landbouwers. Na vele jaren zijn de relevante dossiers uiteindelijk toch aan de betrokken veehouders verstrekt en werd opnieuw een beslissing op bezwaar genomen waarin de oorspronkelijke ruimingsbesluiten opnieuw correct werden geacht. Het CBB oordeelt daarover uiteindelijk dat ‘verveerder op goede gronden heeft geconcludeerd dat de betwiste vaststelling van het laboratorium juist was.’<sup>763</sup>

Ook uit de hiervoor genoemde zaak *Kamino & Datema*<sup>764</sup> komt naar voren dat de (uitzonderingen op de) hoorplicht bij het nemen van primaire besluiten, zoals geregeld in artikel 4:12 Awb, spanningen oplevert met het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel. In deze zaak vroeg de Hoge Raad via een prejudiciële procedure of het verdedigingsbeginsel ook is geschonden (omdat een betrokkene niet was gehoord voorafgaand aan het nemen van een bezwarend fiscaal besluit op grond van de uitzonderingen genoemd in artikel 4:12 Awb) indien hij zijn standpunten alsnog kenbaar kan maken in de (bestuurlijke) bezwaarfase, waarin het bestuursorgaan belanghebbenden moet horen op grond van artikel 7:2 Awb. Het Hof acht het niet vooraf horen van een betrokkene bij een bezwarend besluit een beperking van het hoorrecht die echter gerechtvaardigd kan zijn, namelijk voor zover de beperking werkelijk beantwoordt aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast. Of dat in dit geval zo is laat het Hof van Justitie voornamelijk ter beoordeling aan de HR. Daarbij maakt het wel duidelijk dat het feit dat bezwaar niet automatisch een schorsende werking heeft, de inbreuk op de rechten van de verdediging zwaarder doet wegen. Dat hoeft niet noodzakelijkerwijs een probleem te zijn, maar verzekerd moet zijn dat betrokkenen, die bij een bezwarende beslissing die niet vooraf worden gehoord, daadwerkelijk desgevraagd de opschorting van de uitvoering kunnen verkrijgen. De aldus geformuleerde eisen voor een gerechtvaardigde beperking van het hoorrecht vergen dus een afweging per beleidsterrein *casu quo* belastend besluit en laten zich heel

761 Zaak C-28/05, *Dokter* e.a. [2006].

762 CBB 9 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF0067.

763 CBB 30 juni 2015, ECLI:NL:CBB:2015:188.

764 Gevoegde Zaken C-129/13 en C-130/13, *Kamino & Datema* [2014].

lastig verenigen met de algemene uitzonderingen op de hoorplicht bij primaire besluiten zoals neergelegd in hoofdstuk 4 van de Awb.

Ook de jurisprudentie van het Hof over de gevolgen van de schending van het hoorrecht heeft in Nederland de nodige consequenties met zich meegebracht. Zo bezag de ABRvS bij beoordeling van bewaringsbesluiten die waren genomen zonder de betrokkene vooraf te horen of de met de bewaring of de verlenging van de bewaring gediende belangen in redelijke verhouding stonden tot de ernst van de schending van de hoorplicht en de daardoor geschonden belangen. Slechts als dat niet het geval was, leidde schending van de hoorplicht tot vernietiging van het bewaringsbesluit en opheffing van de bewaring. Uit de hiervoor behandelde zaak *M.G. & N.R.* werd duidelijk dat die maatstaf niet langer kon worden toegepast: daarin stelde het Hof immers dat aan de hand van de specifieke, feitelijke en juridische omstandigheden van het geval moet worden nagegaan of deze schending aan de betrokkene daadwerkelijk de mogelijkheid heeft ontnomen om zich zodanig te verweren dat de administratieve procedure een andere afloop had kunnen hebben. In haar einduitspraak heeft de Afdeling dit beoordelingskader vervolgens ook toegepast en op die basis geoordeeld dat er geen reden was om aan te nemen dat horen in dit geval tot andere besluitvorming had kunnen leiden: de aangevochten verlengingsbesluiten konden dus in stand blijven.<sup>765</sup> Deze lijn is ook in latere jurisprudentie gevolgd.<sup>766</sup> Ook het CBB lijkt inmiddels gebruik te maken van dit beoordelingskader.<sup>767</sup>

Ook de Hoge Raad heeft zich inmiddels veelvuldig uitgelaten over de gevolgen van de schending van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel, onder andere in het douanerecht. Ook de HR stelt dat schending van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel pas tot nietigverklaring van het na afloop van de bezwaarprocedure genomen (bezwarend) besluit hoeft te leiden, wanneer deze procedure zonder deze schending een andere afloop zou kunnen hebben gehad.<sup>768</sup> Meer precies heeft de Hoge Raad de volgende beoordelingsmaatstaf gegeven: 'Voor het oordeel dat het besluitvormingsproces van de douaneautoriteiten zonder deze schending een andere afloop zou kunnen hebben gehad, is niet vereist dat de douaneautoriteiten zonder deze schending zouden hebben afgezien van het vaststellen van één of meer van de desbetreffende uitnodigingen tot betaling of dat zij deze op een lager bedrag zouden hebben gesteld. Voldoende is te bewijzen dat wanneer de schending niet had plaatsgevonden degene tot wie de uitnodiging tot betaling is gericht, een inbreng had kunnen leveren die voor het vaststellen van de uitnodiging tot betaling van belang was en waarvan niet kan worden uitgesloten dat deze tot een besluitvormingsproces met een andere afloop had kunnen leiden. De rechter dient een en ander te beoordelen aan de hand van de specifieke, feitelijke en juridische omstandigheden van het geval.'<sup>769</sup>

Voldoende is dus dat de belanghebbende bewijst dat hij zich zonder schending van het verdedigingsbeginsel beter had kunnen verdedigen. Deze beoordelingsmaatstaf is als gezegd inmiddels vaste rechtspraak<sup>770</sup> en leidt ook regelmatig tot vernietiging door de HR van uitspraken waarin deze niet wordt toegepast.

De hiervoor beschreven ontwikkelingen in de jurisprudentie maken duidelijk dat het Nederlandse bestuursrecht worstelt met de rechten van verdediging en dat zich in de praktijk steeds vaker pro-

765 ABRvS 4 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2013:1481.

766 Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2418 en ABRvS 29 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3508. Zie voor een toepassing van dit criterium door de ABRvS in het kader van een Wav-boete: ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:989.

767 Vergelijk CBB 5 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:318.

768 Zie HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1667 (einduitspraak Kamino & Datema).

769 Zie HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1667 (einduitspraak Kamino & Datema), r.o. 2.2.3.

770 Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2989; HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:40; HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:255 en HR 16 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2077.

blemen voordoen. In de literatuur wordt er daarom voor gepleit om (delen van) het verdedigingsbeginsel te codificeren in de Awb,<sup>771</sup> waarbij dan overigens zorgvuldig dient te worden gezien in hoeverre de thans verplichte bezwaarprocedure over de hele linie van het bestuursrecht moet worden gehandhaafd. Zeker in gevallen van massale besluiten, zoals de douanebesluiten, zoals ter discussie stonden in de zaak *Kamino & Datema*, lijkt twee keer horen (voorafgaand aan het besluit en in de bezwaarfase) wat (te) veel van het goede.<sup>772</sup> Een goede doordenking van het hoorrecht in het licht van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel door de Awb wetgever verdient aanbeveling, nu het gaat om een grondbeginsel van Unierecht dat bij veel bezwarende besluiten door het bestuur in acht moet worden genomen. Bovendien loopt Nederland thans nogal uit de Europese pas, waarbij ons land zich – blijkens het rechtsvergelijkende onderzoek van advocaat-generaal Warner in de zaak *TMP* – alleen in het gezelschap bevindt van Italië.<sup>773</sup> Vooralsnog is dit pleidooi door de Awb-wetgever echter niet gehonoreerd.<sup>774</sup> Kennelijk moet het beginsel nog vaker worden geschonden om Den Haag tot activiteit te bewegen.

## 7 Transparantie

### 7.1 Inleiding

Transparantie is een breed begrip met veel betekenissen. Vaak wordt transparantie door juristen besproken als een belangrijke waarborg voor de democratische rechtsstaat en als een voorwaarde voor legitimiteit van beleid en de kritische evaluatie van overheidshandelen.<sup>775</sup> Om de wetgever en het bestuur te kunnen controleren en aan te kunnen spreken op hun handelen is de beschikbaarheid van voldoende informatie over dat handelen noodzakelijk. Transparantie kan zo bijdragen aan de kwaliteit van wetgeving en besluitvorming en het draagvlak daarvoor. Om een publiek debat te kunnen voeren is de toegang tot overheidsinformatie vaak een voorwaarde. Bovendien hebben burgers het recht om te weten welke informatie over hen bij overheidsinstanties berust en wat daarmee gebeurt. Dit brede transparantieconcept is verbonden met veel concrete juridische rechten en plichten, zoals het recht om vergaderingen te organiseren en bij te wonen, de plicht voor het bestuur om informatie te verstrekken en transparante besluitvormingsprocedures te gebruiken en het recht van burgers op toegang tot overheidsinformatie.

Het VEU bevat verschillende bepalingen waarin de wenselijkheid van transparantie doorklinkt. In artikel 1 VEU is bijvoorbeeld opgenomen dat besluiten binnen de EU ‘in zo groot mogelijke openheid en zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen.’<sup>776</sup> Transparantie van het wetgevingsproces wordt bevorderd door artikel 16, lid 8 VEU, waarin de Raad wordt verplicht in een openbare zitting te beraadslagen en te stemmen over een ontwerp van een wetgevingshandeling. Deze verplichting geldt ook voor het Europese Parlement (artikel 15, lid 2 VWEU). Verder bevat artikel 297 VWEU de verplichting om wetgevingshandelingen en besluiten bekend te maken in het Publicatieblad van de

771 Onder andere *Widdershoven e.a.* 2007a, p. 82-84, *De Moor – van Vugt* 2012b, *Van den Brink & Den Ouden* 2014, *Buijze* 2014 en *Widdershoven* 2017.

772 *Widdershoven* 2017.

773 Conclusie van AG Warner in Zaak 17/74, *TMP* [1974].

774 Zie voor de afwijzing van het pleidooi, *Commissie Evaluatie Awb III* 2007, p. 52-55. Zie voor een reactie op deze afwijzing, *Widdershoven e.a.* 2007b.

775 *Prechal & De Leeuw* 2007, 51, *Craig* 2012, p. 356 – 366, *Hofmann, Rowe & Turk* 2011, p. 170-172, *Buijze* 2013a, *Buijze* 2016; *Zaak C-41/00 P, Interporc Im- und Export GmbH* [2003], r.o. 39.

776 Zie ook artikel 10, derde lid en artikel 11, tweede lid VEU. Zie voor dit beginsel van ‘openheid’ verder *Alemanno* 2014.

Europese Unie. Het begrip transparantie wordt ook vaak gebruikt in relatie tot de rechtszekerheid.<sup>777</sup> Volgens vaste Luxemburgse jurisprudentie moet de wetgeving van de Unie helder en duidelijk zijn en de toepassing ervan moet door particulieren kunnen worden voorzien. Deze voorzienbaarheid kan worden verbeterd door te bepalen op welke wijze administratieve autoriteiten hun discretionaire bevoegdheden uitoefenen; dit maakt hun handelingen voorspelbaarder, duidelijker en begrijpelijker en dus transparanter.<sup>778</sup> Zeer belangrijk is ten slotte het verband tussen transparantie en het recht op toegang tot documenten voor burgers van de Europese Unie en natuurlijke of rechtspersonen die in een lidstaat verblijven, zoals neergelegd in artikel 15, lid 3 VWEU.

De term transparantie wordt dus gebruikt om te verwijzen naar een minimale mate van openheid van besluitvormingsprocessen, publicatie van wetgeving en besluiten en toegang tot gegevens over personen die bij de overheid berusten en andersoortige overheidsinformatie. Het karakter van het principe kan daarom ook worden beschreven als voorwaarde voor of een beginsel van goed bestuur binnen de Europese Unie.<sup>779</sup>

Ten slotte wordt het belang van transparantie vaak benadrukt in relatie tot de economische wetgeving: wetgeving inzake marktregulering, staatssteun en in dit verband vooral het aanbestedingsrecht. Transparantie is nodig voor een efficiënte interne markt, een belangrijke beleidsdoelstelling van de Europese Unie (artikel 3, lid 3 VEU en artikel 26 VWEU). Een goed werkende, interne markt vereist dat overheidsinstanties informatie geven over hun activiteiten op de markt, als marktactoren of als marktautoriteiten.<sup>780</sup> In deze context is het transparantiebeginsel, vaak ook transparantieverplichting genoemd,<sup>781</sup> van bijzonder belang wanneer overheidsinstanties schaarse economische rechten of middelen, ook wel schaarse publieke rechten genoemd,<sup>782</sup> toewijzen. Denk daarbij aan de toewijzing van overheidsopdrachten, concessies, vergunningen of subsidies. Doorgaans zullen er in die gevallen meer geïnteresseerde partijen zijn dan er publieke rechten beschikbaar zijn; de rechten moeten dus door het bestuur worden verdeeld. Vereist is in dat geval dat er mogelijkheden tot mededinging worden gecreëerd voor potentieel in die rechten geïnteresseerde partijen en dat een 'level playing field' voor marktdeelnemers wordt gewaarborgd. In de volgende paragraaf zullen wij bijzondere aandacht besteden aan deze laatste vorm van transparantie,<sup>783</sup> omdat transparantievereisten in deze zin de meest verreikende gevolgen hebben gehad voor de lidstaten en hun (algemene) bestuursrecht.<sup>784</sup>

## 7.2 De genese van het transparantiebeginsel

Het Hof van Justitie erkende transparantie pas redelijk recent expliciet als algemeen rechtsbeginsel van het Unierecht, namelijk in 2007.<sup>785</sup> Dit beginsel is toen uiteraard niet zomaar uit de lucht

<sup>777</sup> Prechal & De Leeuw 2007, p. 53-57.

<sup>778</sup> Zie daarover verder in paragraaf 7.3 van dit hoofdstuk.

<sup>779</sup> Prechal & De Leeuw 2007, p. 52, Hofmann, Rowe & Turk 2011, p. 170. Zie bijvoorbeeld de Gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, *Natural Health* [2005], r.o. 82. Zie ook No 7 januari 2014, zaaknr. 2015/004, AB 2015/150.

<sup>780</sup> Stevens 2011, Buijze 2013b, p. 17.

<sup>781</sup> Erg consistent is het Hof niet op dit vlak, zo blijkt bijvoorbeeld uit de Gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10, *Costa & Cifone* [2012], waarin beide begrippen door elkaar lopen.

<sup>782</sup> Zie bijvoorbeeld Van Ommere, den Ouden & Wolswinkel 2011, de dissertatie van C.J. Wolswinkel getiteld 'De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten' (Wolswinkel 2013), de dissertatie van J.M.J. van Rijn van Alkemade getiteld 'Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten' (Van Rijn van Alkemade 2016) en Adriaanse, van Ommere, den Ouden & Wolswinkel 2016.

<sup>783</sup> Zie over deze vorm van transparantie zeer uitgebreid Drahmman 2015.

<sup>784</sup> Widdershoven 2012b, p. 203.

<sup>785</sup> Zaak C-260/04, *Commissie/Italië* [2007].

komen vallen. De ontwikkeling van het transparantiebeginsel vond aanvankelijk vooral plaats in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, met name op het gebied van het aanbestedingsrecht en concessieverleningsprocedures. Tegenwoordig zijn veel elementen van het transparantiebeginsel ook te vinden in de EU-secundaire wetgeving.<sup>786</sup>

Het transparantiebeginsel – soms ook het beginsel van doorzichtigheid genoemd – werd, volgens de literatuur, door het Hof van Justitie voor het eerste geïdentificeerd in de *Waalse Bussen-zaak*.<sup>787</sup> In deze zaak werd transparantie in één adem genoemd met het gelijkheidsbeginsel. Het transparantiebeginsel speelt sindsdien een belangrijke rol in het aanbestedingsrecht, maar heeft een breder bereik. Het is eveneens een belangrijk beginsel geworden voor andere beslissingen van het bestuur over de toekenning van (schaarse) economische rechten. Het Hof van Justitie en het Gerecht hebben het beginsel namelijk ook toegepast op overheidsopdrachten, die als zodanig buiten het toepassingsgebied van het Europese aanbestedingsrecht vallen, zoals aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden,<sup>788</sup> concessieverleningen op grond het primaire EU-recht,<sup>789</sup> de verlening van vergunningen voor het verrichten van diensten<sup>790</sup> en de toewijzing van Europese subsidies door de Europese Commissie.<sup>791</sup>

Met name uit de *Coname-zaak*<sup>792</sup> blijkt dat het niet betrachten van transparantie kan leiden tot indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, die onder meer wordt verboden in de artikelen 49 en 56 VWEU inzake de vrijheid van vestiging respectievelijk het vrij verkeer van diensten. Ook is in de rechtspraak vastgesteld dat de gunning van een openbare dienstconcessie zonder oproep tot mededinging onder meer in strijd kan komen met het transparantiebeginsel en als zodanig kan leiden tot een schending van artikel 106, lid 1 VWEU (openbare bedrijven en ondernemingen waaraan de lidstaten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen).<sup>793</sup> Uit het arrest *Costa & Cifone* wordt duidelijk dat uit het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting eisen voor de verdeelprocedure voor concessies voortvloeien die vergelijkbaar zijn met die van het aanbestedingsrecht.<sup>794</sup>

In de *Betfair-zaak*, inzake een kansspelvergunning, heeft het Hof vervolgens geoordeeld dat het feit dat de afgifte van slechts één vergunning weliswaar niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, maar dat desalniettemin bij de verlening van zo'n vergunning de uit artikel 49 EG (nu artikel 56 VWEU) voortvloeiende vereisten van gelijke behandeling en de transparantieplichting in acht moeten worden genomen. 'Zoals de advocaat-generaal in de punten 154 en 155 van zijn conclusie heeft opgemerkt is de transparantieplichting immers een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Een dergelijke verplichting dient ook toepassing te vinden in een systeem waarin de autoriteiten van een lidstaat in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden aan één enkele ondernemer vergunning verlenen, aangezien de gevolgen van een

786 Zie bijvoorbeeld artikel 3 en artikel 7 van Richtlijn 2014/23/EU (betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten), artikel 18 en 42 van Richtlijn 2014/24 (Richtlijn betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten) en artikel 10 van Richtlijn 2006/123 (Dienstenrichtlijn). Vergelijk verder artikel 11 van Richtlijn 2002/21/EG (inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten), artikel 9bis Richtlijn 2009/29/EG (inzake de handel in broeikasemissierechten) en artikel 109 Verordening 1605/2002 (het Financieel Reglement).

787 Zaak C-87/94, Commissie/België [1996].

788 Zie bijvoorbeeld Zaak C-376/08, Serrantoni [2009] en Zaak C-220/06, Correos [2007].

789 Zie bijvoorbeeld Zaak C-91/08, Wall AG [2010].

790 Zaak C-203/08, Betfair [2010].

791 Zaak T-297/05, IPK International [2011].

792 Zaak C-231/03, Coname [2005].

793 Zie ook Zaak C-410/04, ANAV [2006] en Zaak C-458/03, Parking Brixen [2005].

794 Gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10, Costa & Cifone [2012], r.o. 54 t/m 57 en 72 t/m 74.

dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten.<sup>795</sup> Onder andere op grond van het arrest *Garkalns*,<sup>796</sup> waarin het Hof het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting van toepassing acht op de verlening van diverse niet-schaarse<sup>797</sup> kansspelvergunningen, wordt aangenomen dat deze beginselen ook gelden voor schaarse vergunningsstelsels waarvan het plafond hoger is dan één. Wanneer sprake is van een grensoverschrijdend belang bij schaarse vergunningen, is de transparantieplichting dus van toepassing en wordt het ontbreken van transparantie opgevat als een ongelijke behandeling ten nadele van buitenlandse ondernemingen, die slechts onder omstandigheden kan worden gerechtvaardigd.

In de *IPK International*-zaak heeft het Gerecht verklaard dat in het licht van de fundamentele aard van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, deze beginselen ook moeten gelden voor de procedure voor toekenning van subsidies uit de EU-begroting door de Europese Commissie, ook al noemde het op deze zaak toepasselijke Financieel Reglement deze principes (nog)<sup>798</sup> niet uitdrukkelijk. Het Gerecht overwoog daarbij dat op begrotingsgebied de verplichting tot doorzichtigheid, als het logische uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling, in essentie tot doel heeft te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de begrotingsautoriteit wordt uitgebannen. 'Derhalve vormt elke inbreuk op de gelijkheid van kansen en op het beginsel van doorzichtigheid een onregelmatigheid die de toekenningsprocedure aantast', aldus het Gerecht.<sup>799</sup> In de literatuur wordt het onder andere op basis van deze uitspraak waarschijnlijk geacht dat deze beginselen ook gelden voor de verdeling van schaarse Europese subsidies door nationale uitvoeringsorganen.<sup>800</sup>

Volgens deze jurisprudentie moeten bestuursorganen bij het nemen van beslissingen over de toekenning van de genoemde schaarse publieke rechten een transparante procedure gebruiken. Verder wordt daaruit duidelijk dat de eisen van gelijke behandeling en transparantie niet (alleen) voortvloeien uit de richtlijnen over overheidsopdrachten als zodanig, maar rechtstreeks uit het VWEU en waarschijnlijk zelfs uit het algemene gelijkheidsbeginsel. Daarom is de potentiële reikwijdte van het transparantiebeginsel zeer breed. Het kan immers van toepassing zijn in alle situaties waarin gelijke behandeling *casu quo* de verdragsvrijheden in het geding zijn.<sup>801</sup> In dit verband hebben verschillende auteurs beweerd dat het transparantiebeginsel van toepassing is op elke procedure die door overheidsinstanties wordt gebruikt om schaarse middelen of economische rechten te verlenen, ook als de toepasselijke regelgeving daarover niets specifiek bepaalt. Steeds moet immers het 'level playing field' worden beschermd en de mogelijkheid tot mededinging worden gewaarborgd.<sup>802</sup> Het zal nog wel even duren voordat duidelijk is wat de reikwijdte van het Unierechtelijke transparantiebeginsel is en welke vereisten daar precies uit voortvloeien voor de toekenning van verschillende schaarse middelen en economische rechten.

795 Zaak C-203/08, *Befair* [2010], r.o. 46-47. Zie ook Zaak C-458/14, *Promoimpresa* [2016], r.o. 63 e.v.

796 Zaak C-470/11, *Garkalns* [2012], zie r.o. 42.

797 In die zin dat er geen plafond is vastgesteld voor het aantal te verlenen vergunningen.

798 In het huidige financiële reglement is het transparantievereiste wel opgenomen, zie artikel 109 Verordening 1605/2002 (het Financieel Reglement).

799 Zaak T-297/05, *IPK International* [2011], r.o. 123-125.

800 Vergelijk Van den Brink 2012, p. 174 en AG Widdershoven in zijn conclusie bij de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen*, ECLI:NLRVS:2016:1421. Zie over de eisen die gelden bij de allocatie van Europese subsidies Van den Brink 2016.

801 Vergelijk in dit verband de reeds oude Zaak 109/88, *Danfoss* [1989] over het recht op gelijke toegang tot werkgelegenheid en gelijke beloning voor vrouwelijke werknemers en het feit dat in sommige gevallen transparantie in verband wordt gebracht met de 'fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen, waartoe in het bijzonder ook het discriminatieverbod behoort.' (Zaak C-324/98, *Telaustria* [2000]).

802 Zie bijvoorbeeld Buijze 2013b, p. 22, *Drahmann* 2015.



*Een onafhankelijk principe?*

Zoals hiervoor aan de orde kwam, wordt het transparantiebeginsel vaak geassocieerd met andere algemene rechtsbeginselen, waarbij het gelijkheidsbeginsel een prominente rol speelt. In veel gevallen lijken (elementen van) het transparantiebeginsel andere algemene rechtsbeginselen te concretiseren of te steunen en geen duidelijke zelfstandige betekenis te hebben. Bijgevolg komt de vraag op of het transparantiebeginsel kan worden beschouwd als een onafhankelijk algemeen rechtsbeginsel en dus als een norm waaraan het handelen van overheidsinstanties moet voldoen en waaraan de rechter kan toetsen.<sup>803</sup> Of is het transparantiebeginsel ‘slechts’ een onderdeel van een of meer al bestaande algemene rechtsbeginselen?

Er zijn nog geen eenduidige antwoorden op deze vragen. Soms lijkt het transparantiebeginsel een meer autonoom bestaan te leiden, wat erop zou kunnen duiden dat het inderdaad om een zelfstandig rechtsbeginsel gaat.<sup>804</sup> In andere gevallen blijft het transparantiebeginsel echter ondergeschikt aan een ander rechtsbeginsel.<sup>805</sup> In de belangrijke zaak *Succhi di Frutta* noemt het Hof van Justitie het beginsel van doorzichtigheid bijvoorbeeld ‘het corollarium’ van het beginsel van gelijke behandeling.<sup>806</sup> Op zich is dit niets ongewoons: in een eerdere paragraaf zagen wij immers dat het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging ook bestaat uit verschillende elementen, waaronder het recht om het eigen standpunt kenbaar te maken (*fair hearing*) of het recht op rechtsbijstand en ‘legal professional privilege’.<sup>807</sup>

Een andere benadering is echter ook mogelijk, waarbij de vraag centraal staat of er een nieuw overkoepelend transparantiebeginsel bestaat of zou moeten bestaan dat juist aspecten van andere beginselen in zich draagt. Wat kunnen de voordelen daarvan zijn? Transparantie lijkt in sommige opzichten meer (en concretere) eisen te stellen aan besluitvormingsprocedures en zo meer duidelijkheid en waarborgen te bieden voor justitiabelen dan andere rechtsbeginselen. Dit kan een pluspunt zijn. Daarnaast kunnen de verschillende elementen van bestaande beginselen met elkaar in een nieuwe samenhang worden geplaatst.<sup>808</sup> De samenvoeging daarvan kan leiden tot een nieuw geïntegreerd perspectief op het transparantiebeginsel, waarin alle verschillende verplichtingen die daaruit worden afgeleid goed op elkaar zijn afgestemd. Zo kan het transparantiebeginsel zijn eigen dynamiek ontwikkelen<sup>809</sup> en kan duidelijk worden dat het een beginsel betreft waarvan de concrete inhoud wordt bepaald door de mate waarin transparantie bijdraagt aan het realiseren van allerlei doelstellingen.<sup>810</sup>

### 7.3 Inhoud en functie

Transparantie is een open begrip dat, afhankelijk van de specifieke context waarin het wordt gebruikt, een nadere invulling krijgt. De concrete verplichtingen die kunnen voortvloeien uit dit beginsel variëren sterk. Dit neemt niet weg dat transparantie een aantal kernelementen omvat, namelijk duidelijkheid, kenbaarheid en voorzienbaarheid van het recht en de toepassing daarvan, toegang tot overheidsinformatie en helderheid van procedures (vaak om een gelijke behandeling te verzekeren).

803 Communier 2006, Prechal & De Leeuw 2007.

804 Zaak C-470/99, *Universale Bau* [2002]. In bijvoorbeeld Zaak C-458/03, *Parking Brixen* [2005], r.o. 50, en Zaak C-91/08, *Wall AG* [2010], r.o. 37, worden de beginselen gelijkgeschakeld.

805 Zie bijvoorbeeld Zaak C-231/03, *Coname* [2005] en Zaak C-470/11, *Garkalns* [2012].

806 Zaak C-496/99P, *Succhi di Frutta* [2004], r.o. 111.

807 Zie paragraaf 6.2, hiervoor.

808 Buijze 2013b, p. 8-9.

809 Zie Prechal & De Leeuw 2007.

810 Vergelijk Buijze 2016.

Met betrekking tot *de duidelijkheid van het recht* heeft advocaat-generaal Colomer kernachtig aangegeven waar het om gaat: ‘Met doorzichtigheid wordt bedoeld op een inhoud die helder en duidelijk is, die zonder twijfel of dubbelzinnigheid kan worden begrepen.’<sup>811</sup> De eisen van helderheid en duidelijkheid van het recht komen regelmatig naar voren in de jurisprudentie. Het recht moet nauwkeurig, duidelijk en voorzienbaar zijn.<sup>812</sup> Justitiabelen moeten immers ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen om daar hun handelen op te kunnen baseren.<sup>813</sup> Deze eisen zijn van toepassing op zowel EU-regels, als op nationale implementatiemaatregelen. Transparantie correspondeert in deze context met de vereisten van duidelijkheid en kenbaarheid en wordt soms door de partijen en de advocaten-eneraal als een zelfstandig element ten tonele gevoerd.<sup>814</sup> Het Hof lijkt er de voorkeur aan te geven om deze aspecten als onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel te beschouwen. In jurisprudentie met betrekking tot de correcte omzetting van richtlijnen wordt hier en daar wel aan ‘doorzichtigheid’ gerefereerd.<sup>815</sup>

*Voorspelbaarheid van het recht* en de toepassing daarvan vereisen consistentie in het handelen van de betrokken autoriteiten. Om het gebruik van discretionaire bevoegdheden voorzienbaar te maken kan het nodig zijn die bevoegdheden verder in te kaderen en te structureren. In die context gebruikt de Europese Commissie op allerlei beleidsterreinen richtsnoeren en mededelingen om aan te geven hoe het gebruik maakt of zal maken van beoordelings- en beleidsruimte. Volgens het Hof kunnen dergelijke *soft law*-instrumenten de doorzichtigheid, voorspelbaarheid en rechtszekerheid van het optreden van de Commissie bevorderen.<sup>816</sup>

Zoals gezegd wordt transparantie ook vaak geassocieerd met het *recht op toegang tot informatie en documenten*. Artikel 15 lid 3 VWEU, dat het beginsel van openbare toegang tot documenten bevat, speelt hierbij een dominante rol. Verder is het recht van eenieder om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier, dat kan worden beschouwd als een specifiek aspect van het recht op toegang tot documenten in het algemeen, expliciet erkend in artikel 41 lid 2 HV als onderdeel van het recht op behoorlijk bestuur. Deze verdragsbepalingen zijn uitgewerkt in Verordening 1049/2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten. Het is belangrijk om te benadrukken dat Verordening 1049/2001 alleen van toepassing is op EU-instellingen, maar er kan sprake zijn van een wisselwerking tussen Unierechtelijke en nationale openbaarheidswetgeving wanneer uit Europa afkomstige stukken zich bij nationale bestuursorganen bevinden, of wanneer de Europese instellingen documenten afkomstig uit de lidstaten onder zich hebben.<sup>817</sup> Deze materie, die in Nederland doorgaans wordt behandeld onder het thema ‘openbaarheid van bestuur’, wordt hier verder niet behandeld.<sup>818</sup>

Voor de inhoud van de verplichting om een *transparante procedure* te gebruiken, keren we terug naar het aanbestedingsrecht. Bij de aanbesteding van overheidsopdrachten is een doorzichtige procedure van cruciale betekenis voor het creëren van mededinging en gelijke kansen voor geïnteresseerde partijen. Een transparante procedure is ook essentieel om de naleving van het beginsel van gelijke

811 Conclusie in Zaak C-110/03, Commissie/België [2004], punt 44.

812 Zie Zaak C-406/08, Uniplex [2010], r.o. 39.

813 Zie bijvoorbeeld Zaak C-161/06, Skoma-Lux [2007] en Zaak C-158/06, Stichting ROM projecten [2007], r.o. 25.

814 Vergelijk Zaak C-108/01, Consorzio del Prosciutto di Parma [2003] en de conclusie in Zaak C-110/03, Commissie/België [2005].

815 Zie Zaak C-417/99, Commissie/Spanje [2001] en Zaak C-177/04, Commissie/Frankrijk [2006].

816 Zaak C-310/99, Italy/Commissie [2002]; Zaak C-177/04, Commission/France [2006] en Zaak C-70/06, Commissie/Portugal [2008]. Zie over *soft law* ook hoofdstuk I, paragraaf 5.

817 Zie daarover Buijze & Widdershoven 2010, p. 590 e.v..

818 Zie over de Unierechtelijke beïnvloeding van het Nederlandse recht op dat punt Daalder 2014.

behandeling van belanghebbende partijen en het hanteren van een onpartijdige procedure door het bestuur te kunnen controleren. Het is nog niet uitgekristalliseerd in welke gevallen en in hoeverre alle gedetailleerde procedurele regels die zijn ontwikkeld binnen het aanbestedingsrecht, kunnen of moeten worden toegepast op procedures die overheden gebruiken om andere schaarse publieke rechten toe te kennen. Wel is het zeer waarschijnlijk dat soortgelijke eisen (tot op zekere hoogte) van toepassing zijn.<sup>819</sup> Daarom worden de belangrijkste transparantievereisten van het aanbestedingsrecht, ontwikkeld in de jurisprudentie maar inmiddels veelal vastgelegd in de aanbestedingswetgeving, hierna kort besproken.

In de eerste plaats wordt in de jurisprudentie benadrukt dat een *bekendmaking* vereist is van het feit dat een overheidsopdracht (of een concessie of een vergunning) kan worden toegekend. Elke potentieel geïnteresseerde partij moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd om zo de betrokken markt voor mededinging te openen, aldus het Hof in de zaak *Telaustria*.<sup>820</sup> Uit de daaropvolgende *Coname*-zaak kan worden afgeleid dat ‘passende openbaarheid’ betekent dat toegang moet worden gegeven tot alle relevante informatie betreffende een concessie vóór de toewijzing daarvan, zodat geïnteresseerde ondernemingen hun interesse voor deze concessie kunnen tonen.<sup>821</sup> In het arrest *ANAV* stelde het Hof dat de toekenning van een openbare dienstconcessie zonder enige oproep tot mededinging in strijd is met de vereisten van de artikelen 49 en 56 VWEU en de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie.<sup>822</sup>

Ten tweede vraagt de *inhoud van de bekendmaking* zorgvuldige aandacht. Daaruit moet duidelijk worden welke procedure zal worden gevolgd en wat de voorwaarden zijn voor inschrijving *casu quo* deelname daaraan. De selectie- en gunningscriteria moeten zodanig zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal ijverige inschrijvers deze op dezelfde manier kunnen interpreteren. Volgens het arrest *Succhi di Frutta* impliceert het transparantiebeginsel dat ‘alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.’<sup>823</sup>

Ten derde moet de aanbestedende dienst, om de consistentie te waarborgen, de selectie- en gunningscriteria ten derde gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze interpreteren en deze objectief en uniform op alle inschrijvers toepassen.<sup>824</sup> De technische informatie die nodig is voor een goed begrip van de opdracht die in de bekendmaking wordt aangekondigd dient zo snel mogelijk ter beschikking te worden gesteld.<sup>825</sup> Verder dient de uiterste datum voor inschrijving in de bekendmaking te worden opgenomen.<sup>826</sup>

819 Zie bijvoorbeeld Buijze 2011, p. 246 en Drahmman 2015.

820 Zaak C-324/98, *Telaustria* [2000]. Zie ook Zaak C-470/99, *Universale Bau* [2002] en meer recent de Zaak C-91/08, *Wall AG* [2010], r.o.36.

821 Zaak C-231/03, *Coname* [2005].

822 Zaak C-410/04, *ANAV* [2006], met verwijzing naar Zaak C-458/03, *Parking Brixen* [2005].

823 Zaak C-496/99P, *Succhi di Frutta* [2004], r.o. 111.

824 Zaak C-496/99P, *Succhi di Frutta* [2004], r.o. 115-121.

825 Zaak T-345/03, *Evropaiki Dynamiki* [2008], r.o. 145.

826 Zaak C-87/94, *Commissie/België* [1996], r.o. 55.

Tot slot geldt dat, zelfs na de voltooiing van de gunningsprocedure, transparantieplichtingen blijven voortduren. Het resultaat van de procedure moet openbaar worden gemaakt.<sup>827</sup> Als de toewijzingsprocedure wordt geannuleerd, moet dit ook worden meegedeeld. Wanneer de opdracht aan een inschrijver wordt toegekend, mogen de voorwaarden van het contract in een later stadium niet zonder meer worden gewijzigd.<sup>828</sup> Indien de voorwaarden eerder anders waren geformuleerd, zouden de niet-succesvolle inschrijvers hun voorstel immers wellicht anders hebben ingericht.

Uit de jurisprudentie (en inmiddels ook uit de wetgeving) met betrekking tot overheidsaanbestedingen volgen dus allerlei verschillende transparantieplichtingen om de doorzichtigheid van een toewijzingsproces te waarborgen en de uitkomst daarvan controleerbaar te maken. Moet nu uit deze jurisprudentie worden geconcludeerd dat in *alle* (grensoverschrijdende) gevallen waarin een schaars publiek recht wordt toegekend en het gelijkheidsbeginsel in beeld komt, alle eisen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel zoals vastgelegd in het aanbestedingsrecht ook van toepassing zijn? Dat achten wij niet waarschijnlijk.<sup>829</sup> Het lijkt erop dat het Hof van Justitie per geval onderzoekt welke specifieke verplichtingen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel daadwerkelijk moeten worden opgelegd teneinde de daarmee samenhangende doelstellingen te waarborgen. Anderzijds kan wel worden gesteld dat dat er inmiddels vergaande eisen gelden voor verdeelprocedures voor schaarse publieke rechten op basis van het transparantiebeginsel, ook buiten het terrein van het aanbestedingsrecht en dat dit beginsel in de jurisprudentie van het Hof nog steeds volop in ontwikkeling is.

#### 7.4 Transparantie in het Nederlands bestuursrecht

Het transparantiebeginsel heeft het Nederlands bestuursrecht niet onberoerd gelaten. In Nederland werkt transparantie in de eerste plaats door bij de omzetting van Europese *wetgeving* waarin transparantievereisten inmiddels op veel plaatsen zijn verankerd. Een belangrijk voorbeeld hiervan biedt de Aanbestedingswet 2012.<sup>830</sup>

Voor het algemene Nederlandse bestuursrecht is de transparantieplichting van de Dienstenrichtlijn<sup>831</sup> belangrijker. Deze richtlijn stelt immers eisen aan de verlening van alle vergunningen op het gebied van diensten, dat wil zeggen vergunningen voor de toelating tot en uitoefening van diensten. Op grond van artikel 9 is een vergunningstelsel – als beperking van de vrijheid van vestiging – voor diensten niet toegestaan, tenzij is voldaan aan het beginsel van non-discriminatie en het vergunningstelsel gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang en evenredig is. Ook als dat het geval is moeten de criteria op grond waarvan de vergunning kan worden verleend aan diverse eisen voldoen om ‘te beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsvrijheid op willekeurige wijze uitoefenen’ (artikel 10, lid 1). Zij mogen onder andere niet discriminatoir zijn, moeten duidelijk en ondubbelzinnig zijn geformuleerd, vooraf openbaar zijn gemaakt en transparant en toegankelijk zijn. Verder moeten vergunningverleningsprocedures duidelijk zijn, vooraf kenbaar worden gemaakt en de aanvragers de garantie bieden dat hun aanvraag objectief en onpartijdig wordt behandeld (artikel

827 Zie zaak C-92/00, HI [2002], r.o. 41 en 42.

828 Zie Zaak C-91/08, Wall AG [2010], r.o. 37-39 en Zaak C-496/99P, Succhi di Frutta [2004].

829 Zo ook Wolswinkel in zijn annotatie onder Zaak C-458/14, Promoimpresa [2016], AB 2016/320. Zie verder bijvoorbeeld de Zaak C-203/08, Betfair [2010] en Zaak C-64/08, Engelmann [2010] waaruit blijkt dat niet voor de verdeling van alle schaarse publieke rechten een officiële aanbesteding hoeft te worden uitgeschreven. Ook de gevallen waarin een uitzondering kan bestaan op bepaalde transparantieplichtingen kan verschillen per soort te verdelen schaars publiek recht.

830 Zie bijvoorbeeld artikel 1.10b Aanbestedingswet 2012, Stb. 2013/542.

831 Richtlijn 2006/123 (Dienstenrichtlijn).

13). Artikel 12 bevat enkele bepalingen voor gevallen waarin ‘het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden’. Lidstaten dienen in dat geval een selectie maken uit de gegadigden volgens ‘een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.’ Uit dit artikel volgt ook dat in die gevallen de vergunning voor een passende, beperkte duur wordt verleend en niet automatisch wordt verlengd. Inmiddels volgt uit de jurisprudentie dat *alle* schaarse vergunningen die vallen onder de Dienstenrichtlijn, dus ook die vergunningen die door beleidsmaatregelen schaars zijn gemaakt, (in beginsel) voor bepaalde tijd moeten worden verleend.<sup>832</sup> Wel blijft voor ‘kunstmatig’ schaarse vergunningen gelden dat de verlenende nationale autoriteiten de fundamentele verkeersvrijheden van het VWEU en de daaruit voortvloeiende transparantievereisten in acht moeten nemen en dat daarbij – anders dan bij natuurlijk schaarse vergunningen – nog wel ruimte bestaat voor een uitzondering op grond van dwingende redenen van algemeen belang, zoals de noodzaak om het rechtszekerheidsbeginsel in acht nemen.<sup>833</sup>

De Dienstenrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd via de Dienstenwet,<sup>834</sup> waarin de transparantieverplichting van de Dienstenrichtlijn opvallend genoeg niet is overgenomen. De wetgever meende dat de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveeringsbeginsel en het verbod van vooringenomenheid, corresponderen met deze verplichting. In de literatuur wordt betwijfeld of die aanpak verstandig was en is gepleit voor rechtstreekse omzetting.<sup>835</sup> Inmiddels blijkt uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat artikel 10, lid 1 en 2 van de Dienstenrichtlijn, waarin eisen zijn neergelegd ten aanzien van de objectiviteit en transparantie van criteria die worden gebruikt in vergunningstelsels, zodanig onvoorwaardelijk en precies zijn geformuleerd dat zij als zodanig in rechte toepasbaar zijn. Nu deze bepalingen niet in Nederlandse wetgeving zijn omgezet kunnen burgers een rechtstreeks beroep doen op deze bepalingen voor de nationale rechter, aldus de Afdeling.<sup>836</sup>

In de Nederlandse *rechtspraak* heeft het transparantiebeginsel ook zijn intrede gedaan op, aanvanke-lijk – net zoals in het Unierecht –, met name via het gebied van het aanbestedingsrecht en concessieverlening. In het aanbestedingsrecht wordt het door de rechter toegepast, zowel in gevallen waarin de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn, als in gevallen waarin vrijwillig voor aanbesteding gekozen wordt.<sup>837</sup>

Onder verwijzing naar het arrest *Succhi di Frutta*<sup>838</sup> heeft de Hoge Raad het volgende overwogen: ‘Het transparantiebeginsel strekt [...] ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke,

832 Gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, Tuijber en Harmsen [2015] r.o. 62 en 63 en Zaak C-458/14, Promoiimpresa [2016], r.o. 70.

833 Zaak C-458/14, Promoiimpresa [2016], r.o. 71.

834 Wet van 12 november 2009 tot implementatie van Europese regelgeving betreffende het verkeer van diensten op de interne markt (Dienstenwet), Stb. 2009, 503. Zie over de Dienstenrichtlijn in Nederland Botman 2015.

835 Zie Botman 2015, p. 395.

836 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495 (raamprostitutie) en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488 (rondvaarboden).

837 Vergelijk onder meer HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806; HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 en Vz. CBB 17 oktober 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU4408.

838 Zaak C-496/99 P, *Succhi di Frutta* [2004].

precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaats heeft, zoals de selectiecriteria.’ De Hoge Raad meent ook dat ‘het transparantiebeginsel, naast en in samenhang met het gelijkheidsbeginsel, de uit de hiervoor weergegeven rechtspraak van het HvJEG blijkende zelfstandige betekenis heeft.’<sup>839</sup> Ook in latere arresten is nog regelmatig naar voren gekomen dat de HR op het terrein van het publieke aanbestedingsrecht het gelijkheids- en transparantiebeginsel erkent.<sup>840</sup>

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat het gelijkheids- en het transparantiebeginsel ook van toepassing kunnen zijn als private partijen (vrijwillig) een aanbestedingsprocedure organiseren voor de gunning van een opdracht. Deze beginselen worden dan gebruikt om de in de precontractuele fase geldende norm van redelijkheid en billijkheid te concretiseren.

Zo overweegt de HR in de zaak *RZG/ComforMed*<sup>841</sup> dat de ‘omstandigheid dat RZG, hoewel de Richtlijn haar daartoe [...] niet verplichtte, toch heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, [...] meebracht dat zij gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen. Het oordeel van het Hof dat het gelijkheidsbeginsel in dit geval voor RZG gold, is dan ook juist.’

Voor het toepassen van transparantievereisten in de jurisprudentie zijn verder de vergunning voor de kansspelen en de ontheffing waarmee supermarkten en winkels op zon- en feestdagen geopend kunnen zijn zeer vruchtbaar gebied gebleken. Vaak geldt voor deze vergunningen een plafond en moet daarom een verdelingsprocedure (veiling, loting, vergelijkende toets, volgorde van binnenkomst, *et cetera*) worden gehanteerd door het bestuur. Deze verdeelprocedures en de uitkomsten daarvan worden vaak voor de bestuursrechter ter discussie gesteld. Die komt regelmatig tot het oordeel dat er op grond van rechtsbeginselen eisen gelden voor die verdeelprocedures en daaruit voortvloeiende besluiten. Deze uitspraken lijken geïnspireerd door het Unierechtelijke transparantiebeginsel.

Al in de zaak tussen Lanaut en de burgemeester van Culemborg bijvoorbeeld, stelde het CBB dat wanneer er vooraf criteria in beleidsregels zijn vastgelegd, de ruimte om hiervan af te wijken beperkt is. De zaak betrof de verlening van een enkele beschikbare vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal, waarvoor verschillende aanvragen waren ingediend. De gemeente heeft al eerder ‘Beleidsregels speelautomatenhal’ vastgesteld waarin onder meer vastgelegd was wanneer er sprake is van een ontoelaatbare nadelige beïnvloeding van de leef- en woonsituatie. Het CBB wees erop dat de vergunning verleend werd op basis van een vergelijking tussen verschillende aanvragen, de zogenaamde vergelijkende toets. Volgens het CBB dienen ‘[V]anuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid [...] bij het toepassen van een vergelijkende toets de criteria waaraan de aanvragen worden getoetst, tevoren

839 HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806.

840 Zie o.a. HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806, HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW921 en HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078.

841 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365. Zie ook HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

te worden vastgelegd en kunnen deze criteria gedurende de besluitvormingsfase niet worden gewijzigd; hooguit verduidelijkt.<sup>842</sup> Deze referentie naar de vereisten van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid en de daaruit voortvloeiende gevolgen sloot nauw aan bij de Europese rechtspraak.

Klassiek in dit verband is de uitspraak van het CBB van 3 juni 2009 in de zaak *Swiss Leisure Group*, ook wel de *Hommerson* zaak genoemd, waarin het College bij de verdeling van schaarse kansspelvergunningen een verplichting tot het bieden van mededingingsmogelijkheden vaststelt op grond van het (naar Nederlands recht bij het nemen van besluiten geldende) zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>843</sup>

In de zaak *Swiss Leisure Group* werd in de Haagse Verordening op de Kansspelen het aantal te verlenen vergunningen voor speelautomatenhallen tot acht gemaximeerd. Alle beschikbare vergunningen waren vergeven. Toen de burgemeester een vergunning voor een nieuwe locatie in het centrum van Den Haag verleende aan Hommerson, nadat de laatste zijn vergunning voor een locatie in Scheveningen had opgegeven, kwam de concurrent, Swiss Leisure Group, tegen het besluit tot vergunningverlening in beroep in bij het CBB. Het College is in zijn uitspraak van oordeel dat de verlening aan Hommerson op gespannen voet staat met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten met de vereiste zorgvuldigheid worden voorbereid en genomen. Het zorgvuldigheidsbeginsel vergt volgens het College in dit soort gevallen, waarin er geen ruimte bestaat voor het verstrekken van een vergunning zolang niet een reeds verleende vergunning komt te vervallen dan wel wordt ingetrokken, dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden mee te dingen naar deze schaarse vergunning. Hoe deze verplichting tot het bieden van mededingingsmogelijkheden concreet moet worden uitgewerkt, vermeldt het CBB in deze uitspraak niet.

De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte naar Nederlands recht wordt in latere jurisprudentie van het CBB verder uitgewerkt en verbreed. Zo blijkt uit de zaak *Pierik & Meson*<sup>844</sup> dat ook een systeem van (schaarse) kansspelvergunningverlening op volgorde van binnenkomst in beginsel voldoet aan het vereiste van mededingingsruimte voor andere gegadigden. Dit uitgangspunt wordt herhaald in de zaak *EM-TÉ*, waarin het draaide om de aan Super de Boer en Plus verleende ontheffing voor zondagopenstelling.<sup>845</sup> Wel geldt daarbij als voorwaarde dat het voor 'potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is'. Nu het verdelende bestuursorgaan echter aanvankelijk had gekozen voor een vergelijkende toets als procedure voor de verdeling van een schaarse speelautomatenhalvergunning, mocht het niet tijdens de procedure overstappen naar een verdeelsysteem op volgorde van binnenkomst.<sup>846</sup> Dat is in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.

Vanaf 2010 komt in de jurisprudentie van het CBB inzake de verlening van schaarse vergunningen vaak de formulering voor dat daaraan 'onder meer vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld'.<sup>847</sup> Onder die vlag wordt duidelijk dat – naast de hiervoor geformuleerde eisen voor een verdeelprocedure voor schaarse vergunningen – ook geldt dat deze rechten niet

842 CBB 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460.

843 CBB 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466. Zie daarover Van Ommeren 2016.

844 CBB 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375.

845 Zie ook CBB 21 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3751.

846 Dit 'switch-verbod', zoals AG Widdershoven het noemt, komt ook aan de orde in de zaak CBB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73.

847 Zie bijvoorbeeld CBB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, CBB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630 en CBB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540.

voor onbepaalde tijd mogen worden verleend.<sup>848</sup> Deze jurisprudentie voor de verlening van schaarse vergunningen lijkt duidelijk geïnspireerd op de Unierechtelijke jurisprudentie inzake het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel binnen het aanbestedingsrecht en bij de verdeling van andere schaarse publieke rechten. Ook in het kader van het subsidierecht verwijst het CBB soms naar transparantie als grondslag voor procedurele eisen die gelden voor de verdeling van schaarse subsidies.<sup>849</sup>

Ook de ABRvS is in haar jurisprudentie met het transparantiebeginsel aan de slag gegaan. Aanvankelijk deed zij dat binnen een Unierechtelijke context.

In de *Schindler*-zaak<sup>850</sup> uit 2007 kwam reeds aan de orde dat het bestuur bij de verdeling van schaarse kansspelvergunningen potentiële gegadigden reële mededingingsruimte moet bieden. De zaak ging over de afwijzing door de Minister van Justitie van een aanvraag om een vergunning voor het organiseren van een goede doelenloterij van het Duitse bedrijf Schindler. De afwijzing volgde uit het kansspelbeleid dat de minister voerde en dat inhield dat aan drie loterijen (postcodeloterij, bankgiroloterij en de sponsorloterij) steeds voor een periode van vijf jaar een vergunning werd verleend en dat er geen ruimte was voor nieuwe loterijen. Er werd, met andere woorden, geen mededingingsruimte geboden bij de verlening van deze vergunningen. Schindler stelde dat het afwijzingsbesluit in strijd was met het Unierecht. In haar uitspraak overweegt dat Afdeling dat het feit dat ‘geen enige vorm van aanbesteding’ plaatsvond in het licht van de in de jurisprudentie van het Hof inzake het vrij verkeer van diensten niet kan worden gerechtvaardigd door de beleidsdoelstelling van het ‘in de greep houden’ van de kansspelmarkt. Dat laatste kan immers ook door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, ‘waarbij elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen.’ Het weigeringsbesluit werd als onvoldoende gemotiveerd bestempeld.

Enige tijd later zag de Afdeling zich, in de hiervoor al besproken zaak *Betfair*, genoodzaakt om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.<sup>851</sup> Eén van de vragen had betrekking op de toepassing van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in het kader van een éénvergunningstelsel voor kansspelen. In die zaak ging de vergunning naar de Lotto, opnieuw zonder dat er een voorafgaande oproep tot mededinging was gedaan. Was hier de ‘transparantierechtspraak’ die met name in verband met dienstenconcessies is ontwikkeld ook van toepassing? Zoals hiervoor al werd vermeld stelde het Hof in de beantwoording van deze vraag vast dat ook in het geval van een éénvergunningstelsel de uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende transparantieverplichting geldt, omdat de gevolgen voor in andere lidstaten gevestigde ondernemers die eventueel geïnteresseerd zouden zijn, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten. In haar einduitspraak komt de ABRvS tot het oordeel dat de procedure waarin aan Lotto en SGR vergunningen werden verleend zonder enige oproep tot mededinging in strijd is met het in artikel 49 EG-Verdrag neergelegde vrij verrichten van diensten en dat voor de inbreuk op dat recht geen rechtvaardiging bestond.<sup>852</sup>

848 Zie bijvoorbeeld CBB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630 en CBB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540. Schaarse ontheffingen die voor onbepaalde tijd zijn verleend, moeten op termijn worden omgezet in ontheffingen voor bepaalde tijd, zo blijkt uit CBB 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:55.

849 Zie bijvoorbeeld CBB 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729 en CBB 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:299.

850 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831.

851 Zaak C-203/08, *Betfair* [2010]. Zie ook een vergelijkbare en parallelle civiele zaak Zaak C-258/08, *Ladbroke* [2010]. Zie over deze zaken ook Van der Beek 2010.

852 ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768.



Ook buiten de Unierechtelijke context komt in de jurisprudentie van de ABRvS inmiddels naar voren dat er op grond van Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur specifieke eisen gelden voor de procedure die wordt gebruikt om schaarse publieke rechten te verdelen en de besluiten die binnen die procedures worden genomen.

In de zaak *Albert Cuyp*<sup>853</sup> stond de schaarse vergunning voor het plaatsen en verhuren van kramen op de Albert Cuyp markt en de vraag welk verdeelsysteem daarvoor moest worden gehanteerd centraal. De ABRvS sluit zich in die uitspraak aan bij de CBB uitspraak inzake Albert Heijn en oordeelt dat in dit soort gevallen ‘waarbij de beoordeling van aanvragen om schaarse vergunningen via een zogenoemd tendersysteem verloopt, als uitgangspunt geldt dat het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, en een bestuursorgaan dat beleid niet hangende de besluitvormingsprocedure ten nadele van een of meer aanvragers kan wijzigen.’ In dit kader kan ook de *JVH*-uitspraak worden genoemd,<sup>854</sup> inzake een Rotterdams vergunningstelsel voor een speelautomatenhal. De ABRvS acht in die zaak de verdeling van schaarse vergunningen op basis van volgorde van binnenkomst toelaatbaar want niet in strijd met het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel.

In 2016 besluit de voorzitter van de ABRvS om de staatsraad advocaat-generaal te verzoeken om een conclusie te nemen onder andere over ‘de vraag of er naar nationaal recht een rechtsnorm is, ertoe strekkende dat bij de verlening van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze reële ruimte wordt geboden voor (potentiële) gegadigden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.’ In de inleiding tot dit verzoek stelt de voorzitter dat uit de rechtspraak van de Afdeling kan worden afgeleid dat er een rechtsnorm is die eist dat bij de verdeling van een schaars publiek recht, waar meer aanvragers dan rechten zijn, een vorm van mededinging dan wel transparantie moet worden betracht, waarbij hij er op wijst dat ook uit rechtspraak van het CBB zo’n rechtsnorm blijkt. In zijn conclusie<sup>855</sup> geeft advocaat-generaal Widdershoven een uitgebreid overzicht van de voor de beantwoording van deze vraag relevante Unierechtelijke wetgeving en jurisprudentie en Nederlandse wetgeving, jurisprudentie en literatuur. Op deze basis komt hij tot de conclusie dat er inderdaad een Nederlandse rechtsnorm bestaat ‘die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.’

Deze rechtsnorm is volgens de AG gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke kansen. Volgens de AG sluit deze rechtsnorm in beginsel geen enkele verdelingsprocedure uit. Wel moet het bestuur om gelijke kansen te realiseren steeds een ‘passende mate van openbaarheid’ garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Om als ‘passend’ te kwalificeren moet deze informatie tijdig wordt verstrekt (voor het begin van de aanvraagperiode), moet zij adequaat bekend worden gemaakt en moeten de verdeelregels duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd. De eis van passende openbaarheid zou volgens de advocaat-generaal bij voorkeur moeten worden gebaseerd op een ‘contextueel te erkennen’ (voor de verdeling van schaarse publieke rechten) nationaal beginsel van transparantie, maar kan volgens hem ook worden gebaseerd op de uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende transparantieverplichting.

853 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592.

854 ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:661.

855 Conclusie AG Widdershoven in de zaak Speelautomatenhal Vlaardingen van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

De Afdeling volgt de AG in haar uitspraak in de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen*,<sup>856</sup> waarin zij vaststelt dat op grond van het gelijkheidsbeginsel – in deze context strekkend tot het bieden van gelijke kansen – bij de verdeling van schaarse vergunningen inderdaad een rechtsnorm geldt dat reële mededingingsruimte moet worden geboden aan (potentiële) gegadigden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.

Uit deze rechtsnorm vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel slechts tijdelijk kunnen worden verleend, om vergunninghouders niet onevenredig te bevoordelen en nieuwkomers niet de mogelijkheid te ontnemen om nog toe te treden tot de markt. De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Om de gewenste gelijke kansen te realiseren dient een passende mate van openbaarheid te worden verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. De eis van passende openbaarheid is gebaseerd op de transparantieplichting.

En zo is komen vast te staan dat in ieder geval in geval van schaarse vergunningverlening – ook in gevallen waarin het Unierecht geen rol speelt (bijvoorbeeld omdat sprake is van een zuiver interne situatie of geen sprake is van een economische activiteit) – het Nederlandse recht een met het Unierecht vergelijkbare verplichting tot gelijke behandeling van potentiële gegadigden en transparantie voor het verdelende bestuursorgaan bevat.<sup>857</sup> Hoe ver deze verplichtingen strekken en in welke gevallen daarop een uitzondering geldt zal moeten worden afgewacht. De eerste tekenen wijzen erop dat deze verplichting niet alleen geldt voor schaarse vergunningen, maar ook voor andere schaarse publieke rechten.

Nog in 2010 had de ABRvS blijkens haar jurisprudentie er geen moeite mee als iedere vorm van mededinging naar een schaarse subsidie in beleidsdocumenten werd uitgesloten.<sup>858</sup> Maar de laatste jaren lijkt er meer aandacht voor gelijke behandeling- en transparantievereisten in het subsidierecht in de uitspraken van de ABRvS. In de jurisprudentie van de ABRvS inzake schaarse subsidies werd al voor de *Speelautomatenhal Vlaardingen*-zaak soms gewezen op procedurele eisen die voort kunnen vloeien uit het transparantiebeginsel. Zo wordt in de *VSO*-uitspraak van 2013<sup>859</sup> inzake schaarse subsidies voor ontwikkelingssamenwerking ingegaan op de vraag of de beoordelingscriteria binnen de tenderprocedure die was gevolgd voldoende transparant waren, nu beoordelingscriteria weliswaar voor de aanvang van het aanvraagtijdstip waren gepubliceerd in beleidsregels en van een toelichting waren voorzien, maar het beoordelingsstramien, waarin de indicatoren waren vermeld op grond waarvan aan de beoordelingscriteria kon worden getoetst, niet vooraf bekend was gemaakt. Ook uit andere jurisprudentie blijkt dat de ABRvS steeds vaker eist dat schaarse subsidies worden verdeeld via een doorzichtige, onpartijdige procedure,

856 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

857 Zie bijvoorbeeld ook ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994.

858 Zie ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191.

859 ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429.

waarin gegadigden gelijke kansen krijgen en waarvan de uitkomsten kunnen worden gecontroleerd,<sup>860</sup> veelal zonder deze eisen duidelijk te koppelen aan het daarin ontwikkelde leerstuk van de schaarse publieke rechten en het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

Veel explicieter is de ABRvS in een uitspraak van 18 januari 2017. Daarin overweegt zij dat de Nederlandse rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel en strekt tot het bieden van gelijke kansen en dat deze norm ook van toepassing is op de bekostiging van onderwijs op grond van de Wet op het Voortgezet Onderwijs, omdat deze wet voorziet in een stelsel van gereuleerde concurrentie tussen schoolbesturen.<sup>861</sup> Zo lijkt de mededingingsrechtsnorm ook van toepassing te zijn in het subsidierecht.<sup>862</sup>

Al met al kan worden vastgesteld dat ook in het nationale recht, met name op het gebied van het aanbestedingsrecht en de verdeling van schaarse publieke rechten, de beginselen van gelijkheid en transparantie in meer of mindere mate worden erkend. Hoewel zij regelmatig worden ‘verpakt’ in of gebaseerd op andere in het Nederlands recht al erkende beginselen van behoorlijk bestuur, zijn de overeenkomsten met de Unierechtelijke beginselen zo duidelijk dat men van vrijwillige adoptie kan spreken. In beide gevallen worden er, op grond van rechtsbeginselen, eisen gesteld aan de vormgeving en uitvoering van toekenningsprocedures en besluiten. Net als in het Unierecht, kan worden vastgesteld dat de vraag welke eisen precies gelden op grond van de nationale beginselen niet in het algemeen kan worden beantwoord: dat is afhankelijk van het te verdelen schaarse publieke recht en de daarvoor gekozen verdeelprocedure. Verder zullen de uitzonderingen die gelden op de nationale verplichting tot het creëren van mededingingsruimte zich verder moeten uitkristalliseren. Geconcludeerd kan worden dat het nationale verdelingsrecht in de context van schaarse publieke rechten volop in ontwikkeling is, gestimuleerd en geïnspireerd door het Unierecht; van een volwassen verdelingsrecht kan echter nog niet worden gesproken.<sup>863</sup>

#### *Een transparantiebeginsel in de Awb?*

Ten slotte een paar opmerkingen over het transparantiebeginsel en de Awb. Een reeks aspecten van het beginsel, zoals deze op Europees niveau gestalte hebben gekregen, wordt, zoals wij hebben gezien – geheel of ten dele – bestreken door bestaande al dan niet in de Awb opgenomen Nederlandse rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van objectiviteit van het bestuur (artikel 2:4, lid 1 Awb), het formele zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb), het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van *fair play*.<sup>864</sup> Daarnaast is inmiddels een ‘ruimte tot mededinging’ als rechtsnorm erkent bij de verdeling van schaarse publieke rechten, evenals een transparantieverplichting. Dat roept de vraag op of, in ieder geval op den duur, het transparantiebeginsel thuis hoort in de Awb.

860 Belangrijke voorbeelden zijn ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723 (Theatercompagnie), ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1799 (Densi Tech), ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1114 en ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (Holland Opera).

861 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86. Vergelijk Rb. Noord-Holland 10 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:1833 en Rb. Oost-Brabant 16 juni 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:3279.

862 Vergelijk artikel 4:21 Awb waaruit volgt dat bekostiging een vorm van subsidie is.

863 Vergelijk Wolswinkel 2017.

864 Zie Van Ommeren 2004, p. 44-52.

Deze vraag werd al opgeworpen in een Awb-evaluatie van 2007<sup>865</sup> en daarna is daarover een levendig debat ontstaan.<sup>866</sup> Als voordelen van codificatie worden onder andere genoemd dat dit de duidelijkheid rond de toepassing van het transparantiebeginsel ten goede zou komen en de samenhang tussen de diverse aspecten van het beginsel beter zouden worden gearticuleerd. Anderen menen dat transparantie (nog) geen zelfstandig rechtsbeginsel is in het Nederlandse recht, zodat codificatie niet aan de orde is. Nadere ontwikkelingen worden afgewacht.

865 Widdershoven e.a. 2007a, p. 91-92. Zie ook Buijze & Widdershoven 2010, p. 606-607.

866 Zie over deze discussie Drahmman 2015, p. 356, met veel literatuurverwijzingen. Zie verder Botman 2015, p. 395-397 en Buijze 2016.

