

# Uitspraak van de Maand

In deze rubriek maandelijks een kort commentaar bij een actuele uitspraak

EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09, ve14000739 (Dhahbi/Italië)

## EHRM: rechter moet beslissen op verzoek prejudiciële vragen te stellen aan EU HvJ

**KEES GROENENDIJK** – PROF. MR. C.A. GROENENDIJK IS EMERITUS  
HOUGLERAAR RECHTSSOCIOLOGIE AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT  
NIJMEGEN

In dit arrest doet het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg uitspraak over vier ook voor de rechtspraktijk in Nederland relevante punten: (1) de plicht van rechters in EU-lidstaten om expliciet te beslissen op een verzoek om verwijzing naar het Hof van Justitie, (2) het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, (3) de betrekkelijke relevantie van het nationaalrechtelijke onderscheid tussen sociale verzekeringen en voorzieningen bij de toepassing van het Unierecht en het EVRM, en (4) de aanspraak op vergoeding van immateriële schade van vreemdelingen, aan wie alleen op grond van hun nationaliteit een in het EVRM gegarandeerd recht is onthouden. Dit arrest maakt verder duidelijk hoe ver de vervlechting van het EVRM en het Unierecht al is voortgeschreden zonder dat de EU partij is bij het EVRM. Van het arrest is tot nu toe alleen een Franse taalversie beschikbaar. Tot 8 juli 2014 kan nog een verzoek worden ingediend om deze zaak aan de Grote Kamer voor te leggen worden.

### Feiten en procedure

De heer Dhahbi is een Tunesische werknemer die met zijn vrouw en vier kinderen al jaren in Italië woont en daar werkt op basis van een verblijfsvergunning voor arbeid. Hij draagt sociale premies af aan het nationale socialeverzekeringsorgaan. Volgens de Italiaanse wet hebben Italiaanse burgers, andere Unieburgers en houders van de EU-verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen derdelanders, als zij meer dan drie kinderen hebben en hun inkomen beneden een bepaald bedrag ligt, aanspraak op een gezinsuitkering. Die uitkering werd Dhahbi geweigerd omdat hij niet de Italiaanse nationaliteit had. Zijn beroep op het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in artikel 65 van de Associatieovereenkomst EU-Tunesië werd in drie instanties verworpen, omdat de uitkering volgens de Italiaanse wet geen vorm van

sociale verzekering was, maar een sociale voorziening ('assistenza sociale'). Dhahbi verzocht de appelrechter en het Italiaanse Hof van Cassatie prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie over de betekenis van die bepaling in de Associatieovereenkomst voor de toepassing van de Italiaanse wet. Beide instanties gaven aan dat verzoek geen gevolg. Het Hof van Cassatie maakte in zijn uitspraak helemaal geen melding van het verzoek. Daarop diende Dhahbi, die kennelijk bijstand had van een met de Luxemburgse en de Straatsburgse rechtspraak bekende advocaat, een klacht in wegens schending van de artikelen 6 lid 1, 8 en 14 EVRM.

### *Expliciet beslissen op een verzoek om prejudiciële verwijzing*

Al eerder oordeelde het EHRM dat artikel 6 lid 1 EVRM meebrengt dat de (hoogste) nationale rechter, die volgens artikel 267 VWEU verplicht is prejudiciële vragen te stellen, uitdrukkelijk moet beslissen op een verzoek om zulke vragen te stellen, zie de arresten Ullens de Schooten/België en Vergauwen/België.<sup>1</sup> Als de nationale rechter besluit geen vragen aan het Hof van Justitie te stellen, moet hij de afwijzing van het verzoek in zijn uitspraak motiveren. Evenals in die twee eerdere arresten oordeelt het Hof in Straatsburg, in navolging van het Hof van Justitie in het arrest Cilfit,<sup>2</sup> dat er drie redenen kunnen zijn om een dergelijk verzoek af te wijzen: de vraag is irrelevant, ze is reeds door het Hof van Justitie beantwoord of er is geen redelijke twijfel over het antwoord mogelijk. In die eerdere zaken oordeelde het EHRM dat de desbetreffende hoogste nationale rechter (het Belgische Hof van Cassatie en de Belgische Raad van State) wel aan die motiveringsplicht had voldaan. Het arrest Dhahbi is, voor zover mij bekend, de eerste keer dat het EHRM vaststelt dat de nationale rechter zijn Unierechtelijke verplichting niet is nagekomen en

- 1 Zie bijv. EHRM 20 september 2011, no. 3989/07 (*Ullens de Schooten / België*), par. 57-62 en EHRM 10 april 2012 no. 4832/04 (*Vergauwen / België*), par. 89-90.
- 2 Hof van Justitie 1982, 283/81 (*Cilfit*), Jurispr. 1982, p. 3415, ve06001411.

daarmee in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM handelde. Dat kon ook moeilijk anders: het Hof van Cassatie in Rome had in zijn arrest noch het verzoek om prejudiciële verwijzing noch de redenen voor de afwijzing daarvan vermeld (paragraaf 33 van het arrest Dhahbi). De verplichting van de hoogste rechter op grond van artikel 267 VWEU betekent dat een weigering om zulks te doen alleen op de drie door beide Europese Hoven genoemde gronden kan worden gebaseerd en dat een dergelijke weigering expliciet in de uitspraak moet worden gemotiveerd. Het EHRM functioneert hier, naast het EU Hof van Justitie en de Europese Commissie, als aanvullende controleur op de naleving van het Unierecht door de lidstaten.

Dit arrest betekent dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zaken waarin een van de partijen om een prejudiciële verwijzing naar Luxemburg heeft verzocht, niet langer kan afdoen op grond van artikel 91, lid 2 Vw. De enkele vermelding dat de aangevoerde grieven niet tot vernietiging kunnen leiden, voldoet niet aan de motiveringsplicht die het EHRM heeft geformuleerd. Afdoening op grond van artikel 91, lid 2 Vw is in die gevallen, evenals de verzwijging door het Italiaanse Hof van Cassatie in de zaak Dhahbi, strijdig met artikel 6 lid 1 EVRM. Dat geldt ook in vreemdelingenzaken. De Straatsburgse rechtspraak over artikel 6 lid 1 EVRM is immers sinds het Verdrag van Lissabon via artikel 47 EU Grondrechtenhandvest van toepassing in alle zaken waarin Unierecht wordt toegepast, dus ook in alle zaken over onder meer het vrij verkeer van Unieburgers en hun familieleden, het associatierecht met Turkije en de nieuwe asiel- en migratie-instrumenten. De uitsluiting van artikel 6 lid 1 EVRM in vreemdelingenzaken door het EHRM in het arrest Maaouia / Frankrijk<sup>3</sup> is sindsdien niet langer van toepassing daar waar de nationale instanties van EU-lidstaten impliciet of expliciet Unierecht toepassen. De waarborg van effectieve rechtsbescherming van artikel 47 Handvest is inhoudelijk tenminste gelijk aan die van artikel 6 lid 1 EVRM, maar strekt zich ook uit tot het vreemdelingenrecht.

In uitspraken waarin de Afdeling wel expliciet ingaat op een verzoek om prejudiciële verwijzing, wordt nogal eens de zinsnede gebruikt dat 'geen tot het stellen van prejudiciële vragen nopende twijfel bestaat'.<sup>4</sup> Deze formulering is mijns inziens duidelijk ruimer en vager dan de zeer strikte formulering van het Hof van Justitie in het genoemde arrest Cilfit: 'de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht [is] zo evident, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost'.<sup>5</sup> Volgens de Luxemburgse en de Straatsburgse rechtspraak moet de Afdeling dus motiveren waarom haar uitleg van het Unierecht zo evident is dat er redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over het antwoord op de vraag. De mededeling dat er onvoldoende twijfel is, volstaat niet. De uitspraak moet duidelijk maken dat aan het door de beide Europese Hoven geformu-

leerde criterium is getoetst.

Het voorgaande is ook van toepassing als de rechtbank in hoogste instantie oordeelt in zaken waarin de toepassing van het Unierecht aan de orde is, bijvoorbeeld in beroepen tegen weigering van een Schengenvisum. Een gemotiveerd verzoek om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen over de uitleg van bepalingen in de Schengengrenscodes kan een Vreemdelingenkamer alleen afwijzen op een van de drie hierboven genoemde gronden.

In dit arrest spreekt het EHRM alleen over de positie van de hoogste nationale rechter. Rechter die niet in laatste instantie oordelen, hebben op grond van artikel 267 VWEU geen verplichting, maar wel de bevoegdheid om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Toch doen ook die rechters er goed aan een gemotiveerd verzoek om een prejudiciële vragen te stellen, te toetsen aan de drie genoemde gronden. Deze rechters kunnen bij de afwijzing van een dergelijk verzoek ook andere criteria aanleggen. Die dienen zij dan wel expliciet te maken in hun uitspraak.

#### *Discriminatie op grond van nationaliteit*

Het EHRM bevestigt in dit arrest de lijn die in 1996 in het arrest Gaygusuz/Oostenrijk werd ingezet en daarna in minstens zeven arresten werd voortgezet.<sup>6</sup> Een verschil in behandeling uitsluitend op grond van de nationaliteit van de betrokkene kan alleen door 'very weighty reasons' ('des considérations très fortes') worden gerechtvaardigd (paragraaf 46). De Italiaanse regering betoogde dat de uitsluiting van niet-Italianen van de betreffende gezinsuitkering uitsluitend op grond van budgetaire overwegingen en dus niet op discriminatoire gronden was gebaseerd (paragraaf 44). Dat is weliswaar een legitiem doel, maar het middel tot dat doel (uitsluiting van rechtmatig verblijvende vreemdelingen alleen op grond van hun nationaliteit) acht het Hof niet de proportioneel. Er is dus niet voldaan aan de hoge eisen die het Hof aan deze vorm van onderscheid stelt (paragraaf 53). Daarbij acht het Hof ook relevant dat de betrokkene rechtmatig verbleef op basis van een verblijfsvergunning en een arbeidsvergunning, verzekerd was en premies afdroeg. Het Hof zegt expliciet dat zijn redenering niet geldt voor vreemdelingen die slecht kort op het grondgebied zijn of er in strijd met de vreemdelingwetgeving verblijven. Die categorieën hebben in het algemeen niet bijgedragen aan de financiering van openbare diensten. Staten kunnen dus goede reden hebben om hun toegang tot sociale verzekering, publieke voorzieningen en verzorging ('programmes d'assurances sociales, d'allocation publiques et de soins') te beperken (paragraaf 52). Voor iemand als Dhahbi gold dat echter niet. Dit onderdeel van het arrest is in Nederland relevant gezien het al jaren durende streven van achtereenvolgende regeringen om de export van uitkeringen waarvoor premie is betaald te beperken en om de toegang tot sociale voorzieningen te beperken. Als in die gevallen niet direct op grond van nationaliteit maar (mede) op grond van woonplaats of van taalkennis onderscheid wordt gemaakt en

3 EHRM 5 oktober 2000, 39652/98 (*Maaouia / Frankrijk*), JV 2000/264, ve03000755.

4 Bijvoorbeeld ABRvS 12 april 2012, JV 2012/249, ve12000930 en ABRvS 5 juni 2013, JV 2013/269, ve13001144.

5 Zie paragraaf 16 van het arrest Cilfit, ve06001411.

6 Voor de vindplaatsen zie par. 52 van het arrest EHRM 21 juni 2011, no. 5335/05 (*Ponomaryovi / Bulgarije*), ve11002919.

de toets dus iets minder streng is, zal dit onderscheid de toets op het verbod van (indirecte) discriminatie wel moeten kunnen doorstaan.

#### *Vergoeding van materiële en immateriële schade*

Het EHRM veroordeelde Italië tot betaling aan Dhahbi van ruim 9.400 euro schadevergoeding, het bedrag van de ten onrechte geweigerde gezinsuitkeringen en van de daardoor gederfde rente. Daarnaast oordeelde het Hof dat Dhahbi door het gewraakte onderscheid op grond van nationaliteit ook immateriële schade had geleden ('le requérant a subi un tort moral certain') en aanspraak had op 10.000 euro als vergoeding van die schade, zie paragraaf 59-60 van het arrest.

De Nederlandse rechtspraak over vergoeding van schade die vreemdelingen ondervinden door handelingen van de overheid waarbij hun rechten worden geschonden, is tot nu toe uiterst terughoudend. In 2007 oordeelde de Hoge Raad met hantering van het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste dat een vluchteling aan wie pas vijf jaar na zijn aanvraag de vluchtelingenstatus werd toegekend, ondanks de in het Vluchtelingenverdrag gegarandeerde gelijke toegang tot arbeid, geen aanspraak had op vergoeding van de schade die hij had geleden door het jarenlang onthouden van de mogelijkheid om legaal te werken.<sup>7</sup> Die uitspraak is in de literatuur sterk bekritiseerd.<sup>8</sup> De Afdeling had zich echter al binnen twee maanden wat betreft de bestuursrechtelijke schadevergoeding bij de lijn van de Hoge Raad aangesloten.<sup>9</sup> Onlangs heeft de Vreemdelingenkamer Haarlem deze nationaalrechtelijke benadering ook toegepast op een derdelander echtgenoot van een gemigreerde Unieburger, aan wie in strijd met de regels over het vrij verkeer het recht om te werken was onthouden.<sup>10</sup> De rechtbank oordeelde dat de verblijfsvergunning niet strekt tot bescherming van enig vermogensrechtelijk belang. Zoals De Steyger in zijn noot onder die uitspraak laat zien ging de rechtbank daarbij geheel voorbij aan de Unierechtelijke benadering van de aansprakelijkheid van lidstaten tot vergoeding van schade als gevolg van niet-naleving van het Unierecht in de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, sinds het arrest *Francovich*.<sup>11</sup>

Het arrest Dhahbi gaat weliswaar over de onwettige weigering van een gezinsuitkering en niet over de weigering van een verblijfsvergunning in strijd met het internationale recht of het Unierecht, maar de angst, spanning, onzekerheid, het ongemak en soms ook de gevoelens van vernedering als gevolg van een onwettige weigering van een verblijfsvergunning

zullen meestal aanmerkelijk groter zijn dan die als gevolg van een ten onrechte geweigerde uitkering. Bij onwettige ontzegging van een verblijfsvergunning zal dus eerder van immateriële schade sprake zijn. Die situatie gaat zich vaker voordoen nu het Unierecht niet langer alleen in het kader van het vrij verkeer aan EU-burgers en hun familieleden maar ook in verschillende EU migratierichtlijnen aan grote groepen burgers van derde landen een subjectief recht op verblijf toekent.<sup>12</sup> In geval van niet naleving van het Unierecht en van het EVRM kan de rechter niet langer volstaan met een uitsluitend op het Nederlandse privaatrecht gebaseerde benadering van de aanspraak op vergoeding van materiële en immateriële schade van vreemdelingen. Bij niet-naleving van het Unierecht is de rechtspraak van het Hof van Justitie over aansprakelijkheid van de lidstaten van toepassing. Bij niet-naleving van het EVRM kan de nationale rechter toch moeilijk minder bescherming bieden dan het EHRM. Ook uit het oogpunt van het bevorderen van de naleving van het Unierecht en het EVRM door de nationale autoriteiten is er veel voor te zeggen om in dit soort gevallen de rechtspraak van het EHRM te volgen en ook de immateriële schade te erkennen en te vergoeden. Straatsburg houdt ons in dit arrest opnieuw een spiegel voor. De vraag is of we in die spiegel durven kijken.

7 HR 13 april 2007, JV 2007/322, ve07000735 (anders advocaat-generaal Spier in zijn conclusie in deze zaak).

8 Zie noten van Battjes in JV 2007/322, ve07000735 en van G.E. van Maanen in JB 2007/100, alsmede C.N.J. Kortmann, De relativiteit van de vrijheid van arbeidskeuze, *Migrantenrecht* 2007, p. 247-248, C. Drion, Op de grenzen van het recht, *NJB* 2007, p. 1395, L. di Bella, De relativiteit van het recht op arbeidskeuze van vluchtelingen, *NJB* 2009, p. 1523-1524, M.A. G. Reurs, Overheidsaansprakelijkheid in het vreemdelingenrecht O&A 2007, 2 en C. te Ronde, Relativiteitsvereiste als rem op aansprakelijkheid: de 'nieuwe betekenis' van art. 6:163 BW, *PIV-Bulletin* oktober 2007, p. 12-15.

9 ABRvS 20 juni 2007, JV 2007/348, ve07001229.

10 Rb Den Haag zp Haarlem 22 november 2013, JV 2014/167, ve14000279 met kritische noot van Steyger.

11 HvJEU 19 november 1991, C-6/90 (*Francovich*), *Jurispr.* I-5403.

12 Zie bijv. HvJEU 4 maart 2010, C-578/08 (*Chakroun*), ve10000350, par. 41 en HvJEU 26 april 2012, C-508/10 *Commissie/Nederland*, ve12001031 par. 68.