

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/141808>

Please be advised that this information was generated on 2019-11-22 and may be subject to change.

Waarom rechters niet naar Luxemburg gaan: politieke structuur of rechtscultuur?

Kees Groenendijk

1. INLEIDING: MIJN FASCINATIE

Midden jaren zestig volgde ik colleges gemeenschapsrecht bij Jos Kapteijn, toen net benoemd als hoogleraar recht van de internationale organisaties, later rechter in het Hof van Justitie. Zijn bespreking van de figuur van de prejudiciële vraag maakte mij zo nieuwsgierig dat ik besloot er een doctoraalscriptie over te schrijven. Maar ook na afronding daarvan bleef ik moeite houden me voor te stellen hoe dat kon: een Nederlandse rechter legt centrale vragen in een rechtszaak voor aan het Hof van Justitie in Luxemburg en laat vervolgens zijn beslissing in die zaak bepalen door de antwoorden van die Europese rechter. Destijds was mijn juridische wereld buiten het Nederlandse recht vooral gevuld met volkenrecht dat praktisch uitsluitend staten als actoren erkende. Internationale rechters beslisten geschillen tussen staten. Nationale rechters en individuen speelden daar een ondergeschikte rol. Nationaal recht en internationaal recht waren gescheiden werelden.¹ Het Hof van Justitie had in 1962 en 1963 zijn eerste twee arresten in prejudiciële zaken gewezen, allebei in antwoord op vragen van Nederlandse rechters. Het andere Europese Hof in Straatsburg zou pas tien jaar later het eerste arrest wijzen waarin geconcludeerd werd dat Nederland het EVRM had geschonden. Die uitspraak leidde er toe dat dat verdrag daarna ook in juridisch Nederland serieus werd genomen.²

Dat nationale rechters in een geschil tussen mensen of organisaties instructies aan een internationale rechter zouden vragen en die instructies gingen opvolgen, kon ik me destijds moeilijk voorstellen. Eind jaren zeventig merkte ik dat het verre van eenvoudig was om een advocaat en nationale rechters te overtuigen van de noodzaak om prejudiciële vragen te stellen. Dat was in de zaak die eindigde met het arrest *Levin*. Door die uitspraak ging het vrij verkeer ook voor parttime werknemers, dus ook voor veel vrouwen gelden.³ Vier decennia en tientallen Nederlandse prejudiciële zaken verder is die ervaring nog steeds actueel.

1 Voor een overzicht van de recente ontwikkelingen zie Nollkaemper 2012.

2 EHRM 8 juni 1976, *Engel and Others v. Netherlands*, appl. No. 5100/71.

3 HvJEU 23 maart 1982, zaak 53/81, RV 1982/110, ECLI:C:EU:C:1982:105, de noot onder JV 1979/58 en Van Bennekom 2008, p. 295.

2. MIJN VRAGEN

Die aanvankelijke nieuwsgierigheid is over de jaren gebleven. Ze werd versterkt door de wetenschap dat het systeem van prejudiciële vragen tot een centraal element in de geleidelijke versterking van de interne structuur van de EU is geworden:

'This mechanism is unequivocally the most successful tool of the Court of Justice and has played an important role in shaping the constitutional evolution of the EU.'⁴

Dat onmiskenbaar politieke aspect van deze procedure waarbij rechters uit twee verschillende rechtsordes zijn betrokken, voedde mijn belangstelling.

Het aandeel van de prejudiciële procedures in de werkzaamheden van het Hof van Justitie en daarmee hun functie in de Unie en in de lidstaten is geleidelijk veranderd. Na een korte schets van die veranderingen bespreek ik de vraag waarom nationale rechters prejudiciële vragen stellen en wat het onderzoek naar de verschillen in aantallen prejudiciële vragen tussen lidstaten heeft opgeleverd. Dat is de context voor de hoofdvraag: Hoe kan worden verklaard waarom rechters zo weinig prejudiciële vragen stellen? De EU telt ruim 500 miljoen inwoners. In die staten werken tienduizenden nationale rechters. Zij beslissen jaarlijks in honderdduizenden geschillen waarin nationale regels ter uitvoering van het Unierecht een rol spelen. In 2013 werden in 450 zaken door nationale rechters prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voorgelegd. Dat is minder dan één zaak per miljoen inwoners. Waarom stellen rechters zo spaarzaam zulke vragen?

Veel van de voorbeelden in deze bijdrage betreffen het EU migratierecht. De ontwikkelingen binnen de EU op dat terrein heb ik de afgelopen jaren gevolgd en soms ook heb proberen te beïnvloeden. Mijn waarneming is dus beïnvloed door de specifieke kenmerken van dat terrein. Het kan zijn dat sommige relaties op andere gebieden heel anders liggen.⁵

3. DE PREJUDICIËLE PROCEDURE IN DE ROL VAN HET HOF

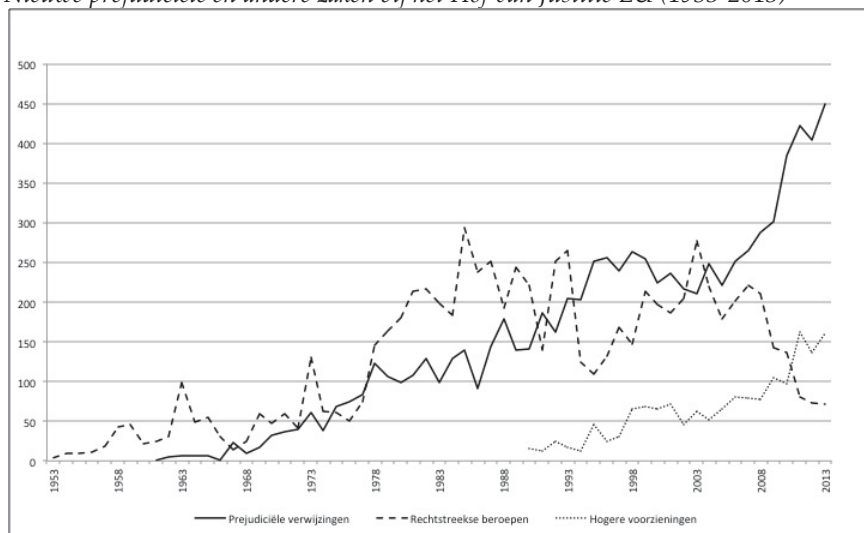
Uit onderstaande grafiek blijkt dat het aantal prejudiciële zaken over de afgelopen vijftig jaar geleidelijk is toegenomen. De eerste prejudiciële vragen

4 Broberg & Fenger 2013, p. 488.

5 Golub waarschuwt voor algemene conclusies op grond van waarnemingen die geen rekening houden met verschillen tussen rechtsgebieden (1996, p. 381), maar bespreekt dan op twee gebieden telkens één casus. De bijdrage van M. Hertogh in dit boek betreft een heel ander rechtsgebied.

werden gesteld in 1961, ruim drie jaar nadat het EEG-Verdrag in werking was getreden. Nederlandse rechters speelden vanaf het begin een relatief grote rol: van de 26 prejudiciële zaken in de jaren 1961-1966 waren er 17 afkomstig uit Nederland. Het aantal nieuwe zaken stijgt geleidelijk tot 130 per jaar in de eerste helft van de jaren tachtig, naar 250 per jaar midden jaren negentig. Het absolute aantal blijft op dat niveau tot 2007. In de jaren daarna is er een sterke stijging van 300 in 2009 naar 450 nieuwe zaken in 2013. Die stijging houdt ongetwijfeld verband met de uitbreiding van het aantal lidstaten sinds 2004 en de uitbreiding van het aantal gebieden waarop de EU bindende regels kan stellen sinds het Verdrag van Amsterdam dat in 1999 in werking trad.

Nieuwe prejudiciële en andere zaken bij het Hof van Justitie EU (1953-2013)



Het belang van prejudiciële procedures binnen de totale werkzaamheden van het Hof en dus voor de functies van het Hof is zichtbaar in de grafiek. Tot 1995 overtreft het aantal rechtstreekse beroepen (meestal afkomstig van de Commissie, het Parlement, de Raad of andere EU instellingen) het aantal prejudiciële zaken. Na 2003 is het aantal rechtstreekse beroepen gestadig afgenomen; in 2012 zelfs tot duidelijk onder het niveau van 1977. In die teruggang komt een rolwisseling tussen instellingen van de Unie tot uitdrukking. Het Europese Parlement is sinds de Verdragen van Amsterdam en Lisabon op veel gebieden medewetgever geworden. Het Parlement heeft op al die terreinen het beroep op het Hof niet langer nodig als hefboom om invloed op wetgeving te kunnen uitoefenen. Daarnaast brengt de Commissie de laatste jaren in veel minder zaken inbreukprocedures tegen lidstaten aan bij het Hof. Dat kan betekenen dat de Commissie er beter in slaagt lidstaten in

de eerdere fasen van de inbreukprocedure over te halen om het Unierecht na te leven, maar ook dat de Commissie het toezicht op de naleving van het Unierecht meer aan de nationale rechters overlaat. Vanuit het perspectief van de Commissie heeft een prejudiciële procedure veel voordelen boven de inbreukprocedure. Het kost minder administratieve inspanning maar levert ook veel minder politieke kosten en risico's op voor de Commissie. Niet de Commissie maar de nationale rechter legt een voor de lidstaat politiek netelige kwestie bij het Hof op tafel. In veel prejudiciële zaken is expliciet of impliciet de vraag aan de orde of de betrokken lidstaat het Unierecht goed of onjuist uitvoert. Golub en andere auteurs constateren terecht:

'preliminary references effectively confer power of judicial review on national courts'.⁶

Door de uitbreiding van het aantal lidstaten kregen deze arresten in veel meer landen betekenis. De uitleg die het Hof van Justitie aan de betreffende bepalingen van Unierecht geeft is immers bindend voor alle lidstaten waarvoor die bepalingen van kracht zijn. De zes oorspronkelijke lidstaten zagen bij het ontwerpen van het EEG Verdrag het Hof van Justitie vooral als een bescherming van de lidstaten tegen overschrijding van haar bevoegdheden door de Europese Commissie. Dat het Hof zich tot een quasi-constitutionele rechter heeft ontwikkeld die ook waakt over de rechten van individuele burgers en die burgers en hun organisaties beschermt tegen inbreuken op hun rechten door de overheid van de lidstaten, is mede te danken aan de vragen die nationale rechters aan het Hof hebben voorgelegd.⁷

4. MEER DAN EEN DIALOOG TUSSEN RECHTERS

In de juridische literatuur wordt de prejudiciële procedure vaak getypeerd als een 'dialoog' of een 'samenwerking' tussen rechters. Die schijnbaar neutrale typering laat buiten beschouwing dat het hier gaat om een gestructureerde relatie tussen nationale en EU instellingen. Met deze procedure wordt bevoegdheid van het nationale naar het Europese niveau overgedragen. Dat beperkt de soevereiniteit van de lidstaat. De prejudiciële procedure is getypeerd als een drievoudige overdracht van macht: van lidstaten naar de Unie, van wetgever en executieve naar rechters, en van de hoogste nationale rech-

6 Golub 1996, p. 379; zo ook Mattli en Slaughter 1996 en 1998, Alter 2009 en Wind 2009, p. 273.

7 Voor een beschrijving van een soortgelijke functieverandering bij de Franse Conseil Constitutionnel zie Schnapper 2010, p. 49-107.

ters naar rechters in andere instanties.⁸ Vanuit het perspectief van de Unie is deze procedure een van de manieren om de naleving van EU regels door lidstaten en hun organen af te dwingen. Vanuit het perspectief van nationale rechters is de prejudiciële procedure een manier om bepaalde rechtsvragen niet zelf te beantwoorden, maar ook een alternatieve vorm van 'constitutionele' toetsing, een mogelijkheid om nationale regels of praktijken te laten toetsen aan Europese normen die juridisch voorrang hebben op de nationale regels. Het is daarmee een instrument waarmee rechters kunnen stimuleren dat de nationale wetgever, uitvoerende instanties en ook andere nationale rechters zich aan EU wetgeving houden. Voor rechters in andere dan de hoogste colleges is het een manier om de nationale rechterlijke hiërarchie te doorbreken. Een rechter die het niet eens is met een uitleg van de hoogste rechter in het nationale systeem, kan prejudiciële vragen stellen met het doel de uitleg van die rechter ter discussie te stellen of te veranderen. Zo stelde de Vreemdelingenkamer Zwolle in 2011 prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van het inburgeringsexamen in het buitenland met de EU Gezinsherenigingsrichtlijn, nadat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: de Afdeling) eerder positief over die verenigbaarheid had geoordeeld.⁹ Kort nadat de Europese Commissie in die procedure haar oordeel over die vraag had gegeven, verleende de Minister van Justitie alsnog een verblijfsvergunning aan de betrokken echtgenote en voorkwam zo dat het Hof een voor de Nederlandse regering ongunstig arrest kon wijzen. Het stellen van prejudiciële vragen is dus een uitbreiding van de gereedschapskist van de nationale rechter met een instrument dat potentieel verreichende gevolgen kan hebben. Die gevolgen kunnen zich vroeger of later ook in andere lidstaten voordoen. Waarom maken rechters wel of juist geen gebruik van dit instrument?

5. WAAROM PREJUDICIËLE VRAGEN AAN HET HOF STELLEN?

In een artikel uit 1996 laat Golub zien dat nationale rechters de prejudiciële procedure als zwaard of als schild kunnen gebruiken. Als zwaard ter handhaving van het Unierecht tegenover schending of niet-naleving op nationaal niveau en als schild door juist geen prejudiciële vragen te stellen en de nationale wetgeving of praktijk te behoeden voor een mogelijk ongewenste uitspraak van het Hof van Justitie. Hij noemde verschillende soorten factoren die rechters doen besluiten om prejudiciële vragen te stellen: formeel-juridi-

⁸ Tridimas & Tridimas 2004, p. 128.

⁹ VK Zwolle 31 maart 2011, *JV* 2011/224, LjN: BQ0453, die leidde tot de zaak *Imran*, C-155/11 in Luxemburg en een beschikking van het Hof van Justitie van 10 juni 2011, ECLI:EU:C:2011:387.

sche redenen (het moet van EU Verdrag of de kwaliteit van de arresten van het Hof), politieke factoren (bijdragen aan de naleving en tegengaan van negeren van Unierecht door nationale autoriteiten), psychologische (de kick van zelf aan ontwikkeling en naleving van EU recht meedoen) en ten slotte een institutioneel argument (het passeren of corrigeren van de hoogste nationale rechter, 'leapfrog the national hierarchy').¹⁰

Aanleiding voor het stellen van vragen kan ook zijn dat een maatschappelijk of politiek probleem in meerdere lidstaten speelt en rechters verschillende interpretaties van het Unierecht binnen lidstaat of tussen lidstaten hebben gegeven. In die situatie is voldaan aan de formele eis dat er een relevante rechtsvraag is over uitleg van de betreffende bepaling van Unierecht. Het stellen van de vraag dient dan de uniforme toepassing van het Unierecht in de lidstaten. In veel gevallen zullen rechters echter niet op de hoogte zijn van de situatie of de rechtspraak in andere lidstaten.

Soms kan de rechter vermoeden dat een nationale regel strijdig is met Unierecht. Bijvoorbeeld als de Europese Commissie in de toelichting op een voorstel voor nieuwe Uniewetgeving, in een openbaar rapport, een brief of op een andere manier een duidelijke interpretatie van een bepaalde regel heeft gegeven. De nationale rechter kan dan, als hij door een van de partijen op die interpretatie is gewezen, testen of het Hof van Justitie het eens is met die interpretatie, juist ook als de rechter het niet eens met het standpunt van de Commissie. Er is dan immers onmiskenbaar een rechtsvraag. Een voorbeeld van een zaak waarbij dit waarschijnlijk speelde zijn de prejudiciële vragen van de Afdeling in de zaak *Chakroun* over de verenigbaarheid van Nederlandse inkomenseis van 120% van het minimumloon met de EU Gezinsherenigingsrichtlijn. De Afdeling stelde die vragen in 2008 enkele maanden nadat de Europese Commissie haar rapport over de naleving van die richtlijn in lidstaten had gepubliceerd. In dat rapport werd de Nederlandse eis expliciet als 'aanleiding tot grote bezorgheid aangeduid, een diplomatiek eufemisme voor onverenigbaar'.¹¹

6. VERSCHILLEN IN GEBRUIK VAN DE PREJUDICIËLE PROCEDURE TUSSEN LIDSTATEN

De statistiek van het Hof laat duidelijke verschillen in gebruik van dit instrument tussen de lidstaten zien. Van de bijna 8.300 prejudiciële zaken in de jaren 1961-2013 werd 10% aanhangig gemaakt door Belgische rechters, 11%

¹⁰ Golub 1996, p. 363.

¹¹ Het rapport van de Europese Commissie is van 8 oktober 2008 (COM(2008)610), de vragen van de Afdeling van 23 december 2008, *JV* 2009/55, LJN: BG9480; het arrest is Hof van Justitie van 4 maart 2010, *JV* 2010/177, ECLI:EU:C:2010:117.

door rechters uit Nederland, eveneens 11% door rechters uit Frankrijk en 24% door Duitse rechters.¹² In alle vier landen stond deze mogelijkheid sinds 1958 open. In verhouding tot de omvang van de bevolking en het aantal nationale rechters in die landen hebben Belgische en Nederlandse rechters veel vaker prejudiciële vragen gesteld dan hun Duitse en Franse collega's. Mogelijk zijn rechters in kleine lidstaten meer geneigd tot het stellen van prejudiciële vragen.

Veel politicologen en juristen hebben onderzoek verricht naar factoren die verschillen in aantallen prejudiciële vragen tussen lidstaten kunnen verklaren. In het politicologische onderzoek is vooral aandacht voor structurele factoren, zoals verschillen in bevolkingsomvang, *economische factoren* (BNP, BNP per hoofd van de bevolking of de omvang handel tussen de lidstaten), *binnenlandse politieke factoren*, zoals steun voor de EU onder de bevolking of mate van naleving van het Unierecht door de lidstaat, of *structurele juridische factoren*, zoals wel of geen rechterlijke toetsing van wetgeving, de wijze van doorwerking van EU recht, civil of common law en de geneigdheid tot procederen uitgedrukt in het aantal nationale procedures per hoofd bevolking. De rechtscultuur en de interne verhoudingen binnen de rechterlijke macht krijgen weinig aandacht in dit soort onderzoek.

Na een uitgebreide bespreking van de uitkomsten van dit type onderzoek komen Broberg en Fenger tot de conclusie dat de onderzochte structurele factoren een aanmerkelijk deel van de verschillen tussen de lidstaten kunnen verklaren, maar dat verschillen in geneigdheid tussen rechters van de lidstaten om prejudiciële te stellen er niet volledig door worden verklaard.¹³ Wind e.a. 2009 zoeken naar een verklaring voor verschillen in aantallen prejudiciële vragen in de rol van de rechter in het nationale politieke systeem. Zij gebruiken daarbij het onderscheid van Dworkin tussen landen met een 'majoritarian democracy' (waar de parlementaire meerderheid beslist en de rechter zich terughoudend opstelt ten opzichte van wetgeving en dus ook minder snel prejudiciële vragen stelt) en landen met een 'constitutional democracy' waar rechterlijke controle op grondwettigheid van wetgeving is aanvaard en rechters zich ook in politieke kwesties actiever opstellen. Zij onderzoeken echter alleen twee landen met een 'majoritarian democracy' (Denemarken en het VK). Voor het antwoord op de vraag waarom Deense en Britse rechters zo weinig vragen aan het Hof voorleggen, zoeken zij een verband met het politieke systeem in die landen. Uit de statistiek van het Hof van Justitie blijkt echter dat het gemiddelde aantal vragen per jaar in de periode 2001-2010 gecorrigeerd voor de omvang van de bevolking tussen beide

12 Hof van Justitie EU, *Jaarverslag 2013*, p. 108, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001nlc.pdf>.

13 Broberg & Fenger 2013, p. 501. Andere overzichtsartikelen van de uitkomsten van dit type onderzoek zijn Vink & Claes 2008 en Wind e.a. 2014.

landen duidelijk verschilt. Deense rechters stelden in verhouding tot de bevolkingsomvang van dat land in de recente periode van tien jaar relatief drie keer zoveel vragen als hun Britse collega's.¹⁴ De andere lidstaten met evenals het VK een relatief laag aantal vragen (Ierland, Frankrijk, Spanje en Portugal) behoren tot de groep waarvan Wind e.a. het politieke systeem juist niet als meerderheidsdemocratie zien. Exit van de vorm van de democratie als belangrijke verklarende factor voor de verschillen in rechterlijk gedrag bij het stellen van vragen aan het Hof in Luxemburg.

7. FACTOREN DIE MAKEN DAT RECHTERS GEEN PREJUDICIËLE VRAGEN STELLEN

De laatste tien jaar heb ik samen met anderen zo'n zes keer per jaar een SSR-cursus EU-migratierecht gegeven, waarbij het onderwerp prejudiciële vragen aan de orde kwam. De deelnemende rechters en ondersteunende juristen noemden verschillende factoren die maken dat ze geen prejudiciële vragen stellen, ongeacht of hen duidelijk is wat het Unierecht in een concrete zaak precies betekent. Ook veel auteurs noemen dergelijke factoren. Wattel, advocaat-generaal bij de HR, schreef onlangs in een redactioneel in het *NJB*:

'Sommige nationale rechters houden het simpel: zij stellen gewoon geen vragen. Dat kan allerlei redenen hebben, zoals geen zin in pottenkijkers, duurt te lang, zelf beter weten; niet vertrouwd met of argwanend tegenover EU-recht; niet voor joker willen staan; etc. En in sommige landen wellicht ook: niet je baan of je promotie op het spel willen zetten. (...) In sommige andere lidstaten gebruiken rechters, omgekeerd, de prejudiciële procedure wel eens om hun eigen hoogste rechter te passeren, hetgeen het HvJEU ook graag gehandhaafd ziet, want veel vernieuwing komt van de werkvloer, en hoogste rechters, hoewel als enigen verwijzingsplichtig, hebben wel eens de neiging het beter te weten.'¹⁵

In deze bijdrage volsta ik met het ordenen van die factoren en van wat er op basis van onderzoek of andere beschikbare gegevens over de rol van die factoren valt te zeggen, onder meer op basis van empirisch onderzoek naar opvattingen van rechters in vijf verschillende lidstaten: Denemarken, Zweden, Duitsland, Nederland en Polen.¹⁶ Ik spreek over factoren in plaats van over argumenten of motieven. Beide laatste termen suggereren dat er steeds sprake is van een bewuste keuze. Ook factoren waarvan de betrokkenen zich niet bewust zijn kunnen hun gedrag beïnvloeden. Hieronder onderscheid ik drie

14 Broberg & Froger 2013, p. 491.

15 Wattel 2014, p. 893.

16 Wind 2009, Nowak e.a. 2011, Nowak 2012, Jaremba 2012 en 2013.

typen factoren: de praktische of organisatorische, de beroepsmatige en de politieke factoren.

Praktische en organisatorische factoren

Veel auteurs noemen onvoldoende kennis van Unierecht onder advocaten en rechters als een belangrijke verklaring waarom geen vragen worden gesteld. Geen van de procesdeelnemers onderkent dat het Unierecht voor het geschil relevante of beslissende regels kent. Bij een onderzoek onder Duitse en Nederlands civiele rechters zegt 20% goed geïnformeerd te zijn over ontwikkelingen in het EU-recht tegenover 92% over ontwikkelingen van het nationale recht.¹⁷ Onder hun Poolse collega's bleek dit nauwelijks anders te liggen.¹⁸ EU-recht wordt veelal gezien als 'vreemd' recht waarvan een rechter zonder zich te schamen kan zeggen het niet goed te kennen. Dat is een extra reden om een geschil uitsluitend op basis van het nationale recht af te doen, dat men wel voldoende kent.

Vaak passen rechters het EU-recht niet ambtshalve toe, maar alleen als er expliciet een beroep op wordt gedaan. Bij onderzoek onder Zweedse rechters in 2004/2005 bleek *'You always do what you can to find a Swedish solution to a problem'* een veel voorkomende opstelling.¹⁹ In 2006 zei 60% van de Deense rechters niet uit eigen beweging maar alleen als de partijen er om vragen na te gaan of er sprake is van een mogelijk conflict tussen het nationale recht en het Unierecht.²⁰ Die lijdelijke opstelling vergroot de rol van advocaten. Als zij niet gemotiveerd vragen om Unierecht toe te passen of om vragen aan het Hof van Justitie te stellen, is de kans klein dat de rechter zulks uit eigen beweging zal doen. In het EU-migratierecht fungeerde een heel beperkt aantal advocaten in enkele lidstaten als initiatoren van een aanmerkelijk deel van de prejudiciële procedures.²¹ Bij een afdoening alleen op basis van het nationale recht vermijdt de rechter dat hij een reeks van extra vragen moeten stellen en beantwoorden.²² Als de zaak op basis van nationaal recht wordt afgedaan, komt het stellen van prejudiciële vragen helemaal niet meer aan de orde.

Prejudiciële vragen maken kost tijd. Drie kwart van de onderzochte Duitse en Nederlandse rechters meent dat het hun veel tijd gaat kosten.²³ Ruim

17 Nowak e.a. 2011, p. 46, Nowak 2012, p. 271

18 Jaremba 2012, p. 300 en 2013, p. 199.

19 Wind 2010, p. 1053.

20 Wind 2009, p. 283.

21 Groenendijk 2013, p. 426.

22 Nowak e.a. 2011 noemen acht verschillende extra vragen die voor een rechter (kunnen) rijzen als hij EU-recht wil toepassen.

23 Nowak 2012, p. 271.

een derde van de rechters in een Deens onderzoek noemde dat argument.²⁴ Het stellen van vragen is slecht voor de productienormen. *'Mijn teamvoorzitter zal er niet blij mee zijn'* hoorde ik bij herhaling tijdens SSR-cursussen. Weinig directe collega's hebben er ervaring mee. In het onderzoek van Nowak e.a. onder 175 Duitse en 134 Nederlandse civiele rechters in 2009 zei 16% van de Duitse rechters en 32% van de Nederlandse rechters dat ze wisten hoe ze een prejudiciële vraag moesten stellen.²⁵ Bij onderzoek onder 300 civiele rechters in Polen was – afgezien van 'het EU recht is helder' en 'EU recht speelde geen rol' – het meestgenoemd antwoord op de vraag waarom heeft u nog geen prejudiciële vragen gesteld: de grote werklast laat niet toe je in het EU recht te verdiepen (97x). Andere antwoorden werden veel minder vaak genoemd: de procedure is onduidelijk (35x), formuleren van vragen kost te veel tijd (30x), wachten op uitspraak van het Hof duurt te lang (27x) en alleen de hoogste rechter behoort vragen te stellen (12x).²⁶ Dit onderzoek werd gehouden in 2009/2010. Poolse rechters hadden toen sinds de toetreding van Polen tot de EU in 2004 in nog geen 30 zaken prejudiciële vragen aan het Hof gesteld, de overgrote meerderheid in belastingzaken.

In vreemdelingenzaken is een veel gebruikt argument tegen het stellen van vragen dat de beslissing in veel analoge zaken in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie moet worden aangehouden. Die zaken blijven dan 'op de plank liggen'. Dat leidt tot achterstanden, tot langere onzekerheid voor de partijen en het is slecht voor de 'doorlooptijden' van het college.²⁷ Terlouw constateerde in haar onderzoek naar de Rechtseenheidskamer die van 1994 tot 2001 functioneerde en waaraan rechters uit de Vreemdelingenkamers van de rechtbanken vragen konden voorleggen:

'De vertragende gevolgen van verwijzing naar de Rechtseenheidskamer voor zaken waarin dezelfde rechtsvraag speelde, was bijna alle geïnterviewde rechters een doorn in het oog.'²⁸

Een van die rechters wees er op dat dit effect eigen is aan proefprocedures ook op andere rechtsgebieden.

In het onderzoek onder Poolse rechters bleek dat naast de werkdruk (*'not meeting the daily operational context which clearly shows that output numbers is one of the paramount priorities for the Polish civil judges'*) rechters nog andere

24 Wind 2009, p. 283.

25 Nowak e.a. 2011, p. 54. Zie over dat onderzoek ook de bijdrage van M. Hertogh in dit boek.

26 Jaremba 2012, p. 229.

27 Zo ook de gezaghebbende Britse vreemdelingenrechter Hugo Storey op 8 april 2014 op een conferentie over EU-asielrecht in Brussel.

28 Terlouw 2003, p. 130-133.

risico's zien die aan het stellen van vragen verbonden zijn: Is de formulering van de vraag wel goed? Is die vraag niet al eerder gesteld of al aanhangig? Kan het stellen van de vraag of de uitspraak van het Hof tot negatieve reacties van collega's leiden, mijn reputatie schaden of mijn promotiekansen verminderen.²⁹ Wattel noemde de wens om niet voor joker te staan. Met het stellen van prejudiciële vragen speelt de rechter zich in de kijker bij zijn beroepsgenoten en bij een bredere groep belangstellenden. Dat kan onvoorzienbare effecten voor de rechter hebben, positieve maar ook negatieve effecten.

Een laatste organisatorische factor is de afwezigheid van effectieve externe controle en sancties op het niet stellen van prejudiciële vragen. Rechter hebben een grote vrijheid op dit punt. Partijen kunnen proberen in hoger beroep een hogere rechter alsnog te overtuigen. Kritische bespreking van uitspraken is de enige, in veel gevallen theoretische sanctie. Voor buitenstaanders zal immers meestal verborgen blijven dat de rechter geen prejudiciële vragen heeft gesteld, tenzij de rechter dat in zijn uitspraak vermeld. Alleen de hoogste nationale rechters zijn volgens het Unierecht (art. 267 VWEU) verplicht prejudiciële vragen te stellen als die noodzakelijk zijn voor hun uitspraak. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde in 2014 dat de hoogste rechters ook verplicht zijn om in hun uitspraak te motiveren waarom ze geen vragen stellen als een partij daar gemotiveerd om heeft verzocht.³⁰ Maar ook hier hebben de betrokkenen geen effectieve sanctie op het niet naleven van die verplichting door de rechter.

Beroepsmatige factoren

Hier gaat het om factoren die samenhangen met beroepsopvattingen van rechters en met de hiërarchische structuur van de rechterlijke macht.

Een centraal element van de beroepsrol van de rechter is dat hij zelf beslissingen in geschillen neemt. Het is zijn *professionele habitus* en dagelijkse routine om zelf te beslissen. De rechter merkt vervolgens wel of partijen zich bij zijn uitspraak neerleggen of in hoger beroep gaan. De rechter is verplicht om uitspraak te doen. Het stellen van een prejudiciële vraag kan voelen als een vorm van rechtswegering. Het voorleggen van de centrale rechtsvraag aan een andere rechter vereist ook dat de rechter aandacht en tijd besteedt aan andere vragen, vragen die normaal buiten zijn gezichtsveld blijven, zoals: Wat beoogde de Uniewetgever met deze regel? Heeft het Hof deze vraag al beantwoord? Hoe zijn rechters in andere lidstaten met die regel omgegaan?

²⁹ Jaremba 2012, p. 229-230.

³⁰ EHRM 8 april 2014, 17120/09, *Dhahbi v. Italië*, ve14000739 en Groenendijk 2014.

De *hiërarchische structuur van de rechterlijke macht* speelt op verschillende manier een rol bij het al dan niet stellen van prejudiciële vragen. De hoogste rechter kan duidelijk maken dat die taak eigenlijk aan hem is voorbehouden en hij kan expliciete instructies geven op dat punt. Verder zal het eigen gedrag van die rechter een voorbeeldwerking op andere rechters hebben. Vaak is zorg voor rechtseenheid en rechtsvorming een al dan niet expliciet vastgelegde taak van de hoogste nationale rechters. Dat doet er niet aan af dat ook rechters lager in de hiërarchie in feite een belangrijke bijdrage aan de rechtsvorming en de eenvormige toepassing leveren. In survey onderzoek in 2006 waaraan twee derde van alle 380 Deense rechters meewerkten, zei ruim een derde van de rechters in andere instanties dat alleen de Deense Hoge Raad vragen aan het Hof van Justitie zou moeten voorleggen.³¹ Een meerderheid dacht daar dus anders over. Het nationale systeem van rechtsvorming door de hoogste rechters staat lijnrecht tegenover het systeem van de prejudiciële vragen in het Verdrag. Dat beoogt immers juist alle rechters aan de rechtsvorming door het Hof van Justitie te laten bijdragen. In het onderzoek van Nowak e.a. verklaarde een duidelijke meerderheid van de Duitse en Nederlandse rechters zich als nationale rechter onderdeel van de Europese rechtsorde te voelen. Als het om toepassing van Unierecht gaat, blijven veel nationale rechters zich in feite toch primair zien en gedragen als rechter van de eigen lidstaat en niet als decentrale Unierechter, die ze in het systeem van de EU zijn.

Tijdens SSR-cursussen zeiden deelnemers soms: *'De Afdeling ziet liever niet dat wij prejudiciële vragen stellen, geloof ik.'* Ook werd er gesproken over een *'gentlemen's agreement'* tussen de Vreemdelingenkamers en de Afdeling dat die laatste in principe de prejudiciële vragen stelt. Het Hof van Justitie waakt er in zijn rechtspraak zorgvuldig over dat nationale rechters lager in de hiërarchie niet door wetgeving of hun hoogste rechters beperkt worden in hun bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen. Maar tegen informele druk van de hoogste rechters op de rechters in andere instanties kan het Hof weinig uitrichten.

Nederlandse rechters in andere dan de hoogste instanties stellen zich op dit punt duidelijk terughoudender op dan hun collega's in de meeste andere lidstaten. Van alle 879 Nederlandse prejudiciële vragen in 1961-2013 werd 65% gesteld door de hoogste rechtscolleges en 35% door rechters in andere instanties. In verreweg de meeste lidstaten is de verhouding precies omgekeerd: 60-80% van de vragen is afkomstig van rechters in andere dan de hoogste instanties. Dat geldt o.a. voor België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Italië, Spanje, Zweden en het VK. Alleen in Cyprus, Finland, Ierland, Letland en Lithouwen is het aandeel van andere dan de hoogste rechters ongeveer zo laag als in Nederland. Zijn Nederlandse rechters meer

31 Wind 2009, p. 283.

gezagsgetrouw³² of minder vrijmoedig dan hun collega's in andere lidstaten of is de sociale controle in de rechterlijke macht hier sterker of het risico van afwijkend gedrag groter dan elders in de EU?

In het Poolse onderzoek noemden rechters dat het stellen van vragen slecht is voor de promotiekansen van rechters die met hun prejudiciële vragen de hogere instanties omzeilen. Wattel lijkt in de geciteerde passage te suggereren dat deze factor zich in Nederland niet voordoet (*'in sommige lidstaten wellicht'*). Ik ben daar minder zeker van. De Duitse rechter die in 1977 prejudiciële vragen stelde over de toepassing van de regels inzake het vrij verkeer van EEG-werknemers in Duitsland, kreeg nog jaren later van collega's het verwijt dat het stellen van die vragen van oncollegiaal en onpatriotisch gedrag getuigde.³³ Zou die informele druk in Nederland minder groot zijn of zouden rechters in andere lidstaten zich daar gemakkelijker aan kunnen onttrekken?

De hoogste rechters kunnen het stellen van vragen ook afremmen door expliciete instructies of door hun eigen praktijk. In 1974 niet lang na de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EEG instrueerde Lord Denning, destijds een gezaghebbende Law Lord, de Britse rechters om vragen van EEG-recht primair zelf op te lossen en niet aan het Hof voor te leggen. Hij noemde daarbij als argumenten: de duur van de procedure in Luxemburg, het Hof moest niet overladen worden met zaken, alleen belangrijke en moeilijke vragen moeten voorgelegd worden, maar ook op de wensen van de partijen moet gelet worden, mede gezien de extra kosten voor de procespartijen. Een kleine tien jaar later gaf een andere Law Lord, Lord Bingham, de rechters het advies om wel te verwijzen omdat het Hof van Justitie beter bekend is met het EU recht dan de nationale rechters.³⁴ Dat laatste advies leidde wel tot een toename van het absolute aantal prejudiciële vragen van Britse rechters maar, zoals we zagen, per hoofd van de bevolking is het aantal vragen uit het VK nog steeds veel lager dan in de meeste andere 'oude' lidstaten.

Vaak wordt het ook door Lord Denning gebruikte argument het voorkomen van overbelasting van Hof van Justitie gebruikt. Dit nogal paternalistisch argument wordt vooral door nationale rechters en zelden door het Hof zelf genoemd.³⁵ Het Hof heeft tot nu toe de geleidelijke toename van de prejudiciële zaken kunnen opvangen. Elke uitbreiding van de EU met nieuwe lidstaten leidde automatisch tot evenveel extra rechters in het Hof. Verder heeft het Hof de eigen organisatie en de procedureregels aangepast om de

32 Groenendijk 2007, p. 126.

33 Zo K. Barwig in Hohenheim 25 januari 2015. Het betrof vragen van een rechter in het Amtsgericht Reutlingen die leidden tot het arrest van 14 juli 1977 in de zaak *Sagulo* (8/77).

34 Wind e.a. 2014 p. 85, nt. 60, die verwijzen naar Craig 1998, p. 205.

35 Voor een uitzondering, zie K. Lenaerts, rechter in het Hof, in: Lenaerts 2006.

hogere aantallen zaken tijdig te kunnen afdoen, o.a. door gebruik van eenvoudiger procedures met minder procesdeelnemers en beperkte vertaling van processtukken. Tussen 2003 en 2013 verdubbelde het aantal nieuwe prejudiciële zaken van 210 naar 450. Toch is de gemiddelde duur van de prejudiciële procedure in die tien jaar aanmerkelijk verkort: van 25,5 maanden in 2003 naar 16,3 maanden in 2013. De nationale rechter kan het Hof verzoeken de vragen in een spoedprocedure te beantwoorden. Als dat verzoek wordt toegewezen, beantwoordt het Hof de vragen als regel binnen drie maanden. Het achterhaalde beeld van de lange duur van de procedure in Luxemburg bleef echter hangen onder onder rechters. Het wordt vaak genoemd, mogelijk ook als ondersteuning van andere onuitgesproken argumenten om geen vragen te stellen. De Afdeling neemt regelmatig meer tijd voor het stellen van prejudiciële vragen dan het Hof gemiddeld voor de beantwoording van vragen nodig heeft.³⁶

Politieke factoren

Golub besloot zijn uitvoerige bespreking van de *'disincentives'*, de redenen voor nationale rechters om geen prejudiciële vragen te stellen met de opmerking *'in fact political factors create strong disincentives which a revised model should consider'*.³⁷ Weerstand tegen de inhoud of de strekking van de Unierechtelijke regel, tegen de manier waarop die tot stand komt of tegen de rechtspraak van het Hof van Justitie, wordt in meerdere onderzoeken door rechters genoemd als reden om EU recht niet toe te passen of geen prejudiciële vragen te stellen.³⁸ De *'argwaan tegenover EU-recht'* waarover Wattel sprak kan voortkomen uit onbekendheid met dat recht, maar ook uit een nationaal chauvinisme of uit een politiek oordeel over het Unierecht: *'In Nederland heeft de politiek toch een andere keuze gemaakt'*, of *'Wij weten beter wat goed is dan de Uniewetgever of het Hof van Justitie.'* In abstracto zeggen de meeste Duitse en Nederlandse civiele rechters vertrouwen te hebben in de EU, het EU-recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie. Duitse rechters lieten duidelijk vaker dan hun Nederlandse collega's blijken terughoudend te zijn met het toepassen van Unierecht. Zij noemde dan als argument hun eigen onafhankelijk-

36 De Afdeling stelde in 2012-2014 tien keer prejudiciële vragen over uitleg van regels van EU migratierecht. Twee keer ging het snel in een spoedprocedure: de vragen stonden binnen twee maanden op papier en het arrest van het Hof binnen drie maanden. In de andere acht zaken deed de Afdeling 14 tot 24 maanden over het stellen van de prejudiciële vragen.

37 Golub 1996, p. 381.

38 Wind (2010:1053) constateert bij interviews met Zweedse rechters in 2004/5 een duidelijke weerstand tegen de *'dynamische interpretatie'* van het Unierecht door het Hof van Justitie.

heid en het democratisch tekort van de EU.³⁹ De binnenlandse politieke situatie, zoals een Eurosceptisch klimaat, kan ook steun bieden voor die opstelling.

Verder wordt de (nationale) traditie van rechterlijke terughoudendheid vaak als verklaring voor het geringe aantal prejudiciële vragen genoemd. De onmiskenbaar politieke aspecten van veel prejudiciële vragen, die immers direct of indirect de verenigbaarheid van nationaal recht met het Unierecht aan de orde stellen of vergaande effecten voor grote groepen mensen kunnen hebben, zouden rechters weerhouden vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Het stellen van zulke vragen zou strijdig zijn met nationale traditie dat rechters niet ingaan tegen besluiten van parlement of uitvoerende overheid of met ideeën over machtscheiding. Rechters behoren ver van de politiek te blijven is de gedachte. Over wat een passende mate van afstand tot de politiek is, wordt in de praktijk echter heel verschillend gedacht.

Golub wees er op dat rechters soms geen vragen stellen om het nationale recht of beleid verdedigen tegen een mogelijk contraire uitspraak Hof van Justitie. De rechter fungeert dan bewust of onbewust als schild tegen politiek ongewenste invloed van het Hof.⁴⁰ In Denemarken was deze schild-functie jarenlang geïnstitutionaliseerd. Een speciale commissie ('Juridisk Specialudvalg') bestaande uit hoge ambtenaren van de betrokken ministeries onder voorzitterschap van het Ministerie van Justitie speelde vanaf 1973, kort na de toetreding van Denemarken tot de EEG, een centrale rol in de selectie en de formulering van prejudiciële vragen. De adviezen van deze commissie hadden in de praktijk veel invloed, mede gezien de nauwe relatie tussen veel rechters en het Ministerie van Justitie. Een groot deel van de Deense rechters heeft eerder als ambtenaar op dat ministerie gewerkt. Dit betrof vooral procedures waarbij de Deense staat partij was en de Deense landsadvocaat deze adviezen bij de rechter inbracht. De grote meerderheid van deze adviezen had de strekking om geen prejudiciële vragen te stellen vanwege de betrokken economische, constitutionele of politieke belangen van Denemarken. Ook op grond van de veronderstelde grote kennis van EU recht onder de ambtelijke leden van die commissie werden deze adviezen door de rechters bijna altijd opgevolgd. Alleen in enkele gevallen waarin de strijdigheid van het Deense recht met het Unierecht evident was, adviseerde die commissie om vragen aan het Hof te stellen. In enkele zaken waar de Europese Commissie al een inbreukprocedure tegen Denemarken was begonnen, liet de adviescommissie het oordeel aan de rechter over.⁴¹ In 2006 noemde bijna 70%

39 Nowak 2012, p. 272.

40 Golub 1996, p. 375-379.

41 Tussen 1986 en 2003 bracht de speciale commissie 35 adviezen uit; 27 keer was het advies geen vragen aan het Hof van Justitie te stellen; drie keer was het advies positief in zaken waar het Deense recht kennelijk strijdig met Unierecht was; in drie gevallen

van de Deense rechters het negatieve advies dat de landsadvocaat ('Kammeradvokaten') had overgelegd de voornaamse reden om geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen.⁴² Nadat deze praktijk bekend was geworden, besloot de Deense Hoge Raad de adviezen van deze commissie niet langer aan te nemen en is de praktijk in onbruik geraakt. De terughoudende opstelling van rechters bij politiek getinte zaken had in Denemarken gedurende lange tijd dus kennelijk een nogal eenzijdig karakter. Ze betekende in feite dat rechters duidelijk gestimuleerd werden geen mogelijk voor de Deense overheid ongewenste uitspraken van het Hof in Luxemburg uit te lokken.

Ook in andere lidstaten hebben overheidsinstanties mogelijkheden om te voorkomen dat nationale rechters in bepaalde zaken prejudiciële vragen stellen of om te voorkomen dat het Hof van Justitie uitspraak doet over een al gestelde prejudiciële vraag over een politiek gevoelig punt. Veel overheidsinstanties zijn repeat players, ook bij het Hof van Justitie.⁴³ Ze zijn partij in veel rechterlijke procedures en kunnen daarom kiezen welke procedures ze voor de uitspraak willen beëindigen door alsnog een positieve beslissing in het individuele geval te nemen. De rechter kan dan geen vragen meer stellen of zal een al gestelde vraag intrekken omdat de betrokkene er geen belang meer bij heeft. Sommige rechters gaan met deze praktijk rekening houden bij het stellen van de vragen. De Afdeling stelt de laatste jaren nogal eens in twee zaken tegelijk vragen over hetzelfde onderwerp. Daardoor legt de rechter niet alleen diverse feitelijke constellaties aan het Hof van Justitie voor, maar vermindert ook de kans op het voortijdig beëindigen van de prejudiciële procedure door de betrokken overheidsinstantie. Deze strategie heeft wel tot gevolg dat veel tijd verloopt voordat de vragen daadwerkelijk aan Luxemburg worden gesteld.

Sinds het Verdrag van Lissabon kunnen alle nationale rechters dus in Nederland ook de rechtbanken prejudiciële vragen over het EU-migratierecht aan het Hof van Justitie voorleggen. Vanaf 2010 hebben rechtbanken dat in vier vreemdelingenzaken gedaan. In twee van die gevallen besloot het ministerie daarna alsnog een voor de vreemdeling gunstige beslissing te

waar de Europese Commissie al een inbreukprocedure tegen Denemarken was begonnen liet de commissie het oordeel aan rechter over; zie Rytter 2012, p. 243-145, Rytter & Wind 2011, p. 491 en Wind 2010, p. 1050-1052.

42 Wind 2009 p. 283.

43 Voor het gebruik van een andere manier voor regeringen van lidstaten om de rechtspraak van het Hof te beïnvloeden door in prejudiciële zaken schriftelijk en mondeling hun standpunt kenbaar te maken, zie Granger 2006, p. 27-49 en Rytter & Wind 2011, p. 492 e.v. Voor de rol van bedrijven, beroepsorganisaties als procespartijen bij het Hof in Luxemburg, zie Harlow 1992, Mattli & Slaughter 1998, Harding & Gibbs 2005, Cichowski 2007 en Alter 2009.

nemen waarop de rechter de vragen bij het Hof introk.⁴⁴ In de andere twee gevallen stelde de Afdeling kort nadat de rechtbank vragen had gesteld zelf ook prejudiciële vragen over hetzelfde onderwerp. In het ene geval trok de rechtbank haar eigen vragen in nadat het Hof die vragen van de Afdeling op diens verzoek in een spoedprocedure had beantwoord. In het andere geval beantwoordde het Hof de vragen van de rechtbank en van de Afdeling in één arrest.⁴⁵ Ik kan me voorstellen dat deze praktijk rechters in rechtbanken niet stimuleert om zelf prejudiciële te stellen. Een van de twee intrekkingen betrof de in par. 4 genoemde zaak over de verenigbaarheid van de Nederlandse inburgeringstest in het buitenland met de betreffende EU-gezinsherenigingsrichtlijn. De stellingname van de Europese Commissie in die voortijdig gestaakte procedure heeft intussen wel geleid tot een wijziging van de rechtspraak van de hoogste Duitse bestuursrechter en tot prejudiciële vragen van een Duitse rechtbank over de rechtmatigheid van de Duitse taaltest. In die zaak heeft het Hof in 2014 een uitspraak gedaan. Kort voor dat arrest heeft de Afdeling alsnog prejudiciële vragen gesteld over de Nederlandse test.⁴⁶ Deze casus illustreert de effecten die prejudiciële procedures ook in andere lidstaten kunnen hebben. De investering van een rechter in het maken en stellen van prejudiciële vragen kan zo op onverwachte wijze toch tot het beoogde doel – het antwoord op de rechtsvraag – leiden.

8. CONCLUSIE

De prejudiciële procedure vervult een bijzondere rol in het systeem van de Unie en in de relatie tussen de Unie en de lidstaten. Een met overheidsgezag bekleed orgaan van een lidstaat verzoekt aan een orgaan van de Unie (Hof van Justitie) om een uitspraak te doen over de betekenis van bepalingen van Unierecht, die in feite alle lidstaten bindt. Als de vragen betrekking hebben op de naleving van het Unierecht door organen van de lidstaat, wordt op verzoek van de nationale rechter (*bottom-up*) de al dan niet naleving van het Unierecht door die lidstaat vastgesteld. Daarin verschilt deze procedure van

44 VK Zwolle 31 maart 2011, *JV* 2011/224, LJN: BQ0453 en de doorhaling door het Hof van Justitie van 10 juni 2011, ECLI:EU:C:2011:387, zaak C-155/11 (*Imran*) en VK Zwolle 22 maart 2013, *JV* 2013/191, LJN: BZ5462 en de doorhaling door het Hof van Justitie 25 juni 2013, zaak C-158/13 (*Rajaby*).

45 Rb. Roermond 7 februari 2012, *JV* 2012/134, LJN: BV6172 en de doorhaling door het Hof van 14 september 2012, ECLI:EU:C:2012:573 in de zaak C-88/12 (*Jaoo*) en Rb. Middelburg 15 maart 2012, in de zaak C-141/12, die door het Hof werd gevoegd met de verwijzing van de ABRvS van 1 augustus 2012 die leidde tot het arrest HvJEU 17 juli 2014, zaak C-372/12 (*Y.S. en M & S*), *JV* 2014/265, ECLI: C:2014:2081.

46 ABRvS 1 april 2014, *JV* 2014/163, bij het Hof van Justitie, zaak C-153/14 (*K&A*).

de inbreukprocedure, waarin de Europese Commissie, al dan niet naar aanleiding van een klacht vanuit de lidstaat, (*top-down*) de naleving van het Unierecht probeert af te dwingen. Net als de Europese Commissie hebben de nationale rechters een vrijwel onbeperkte vrijheid bij het beslissen om een uitspraak van het Hof van Justitie over een vraag of geschil uit te lokken. De rechters zijn de deurwachters bij de poorten van het Hof.⁴⁷ Wat bepaald hun gedrag? Het beschikbare materiaal laat niet toe de relatieve betekenis van de besproken factoren voor de praktijk precies aan te geven. Wel wordt een begin van een rangorde zichtbaar.

Enkele veelgenoemde argumenten, zoals de lange duur van de procedure in Luxemburg, voorkomen van overbelasting van het Hof en het is de taak van de hoogste nationale rechter, lijken vaak te worden gebruikt om andere, minder algemeen geaccepteerde motieven te verhullen. Ze ontberen echter in veel gevallen een empirische of juridische basis.

In de meeste rechtszaken waarin Unierecht van toepassing is, komt het stellen van prejudiciële vragen helemaal niet aan de orde omdat geen van de procesdeelnemers dit ter sprake brengt en de rechter zijn gewone routine van afdoening op basis van het nationale recht hanteert. Uit het empirische onderzoek ontstaat het beeld dat, als rechters, al dan niet op initiatief van de partijen of hun advocaten, zich bewust afvragen of ze prejudiciële zullen stellen, gebrek aan kennis van het EU recht, de extra tijd voor het voorbereiden en formuleren van de vragen, negatieve reacties van naaste collega's en moeilijk in te schatten risico van negatieve effecten voor de betrokken rechter(s) redenen zijn om geen vragen aan het Hof van Justitie te stellen. De grote nadruk op 'output' en 'productie' zou wel eens tot overschatting van het extra tijdsbeslag voor verwerving van de noodzakelijk kennis voor het maken van de vragen kunnen leiden. Ook eventuele nadelen of kosten van onvermijdelijk uitstel voor de procespartijen en anderen zijn soms moeilijk in te schatten. Deze concrete 'kosten' en onoverzichtelijke risico's zullen vaak niet opwegen tegen de meer abstracte 'baten', zoals bijdragen aan de naleving of ontwikkeling van het Unierecht, het verdiepen in een boeiend of belangrijk juridisch probleem of de mogelijkheid om rechtspraak van een hogere instantie waarmee men het niet eens is ter discussie te stellen. De rechter bevindt zich in een spanningsveld tussen solidariteit met en onafhankelijkheid van zijn collega's.

Aan de beslissing om geen vragen te stellen zijn veel minder zichtbare kosten voor de rechter verbonden. Die beslissing is in overeenstemming met zijn rol om geschillen zelf te beslissen, vermijdt mogelijke interne spanningen met collega's binnen het college of met ander rechters. De rechter die besluit geen vragen te stellen heeft geen interne of externe informele sancties te duchten. Dat door het stellen van prejudiciële vragen vaak ook de politieke

47 Tridimas & Tridimas 2014, p. 134.

aspecten van een individueel geschil voor meer mensen zichtbaar worden, kan de rechter juist als een centraal element van zijn taak in een democratie zien, maar ook als een additioneel risico. De rechterlijke terughoudendheid of de gedachte dat prejudiciële vragen vooral iets voor de hoogste nationale rechter is, vormen dan een legitimatie om zijn of haar vingers niet aan deze politieke aspecten te branden.

Een dergelijke afweging van kosten en baten zal bij de hoogste rechters anders verlopen dan bij rechters in andere instanties, alleen al omdat bij de hoogste instantie altijd meerdere rechters bij de beslissing betrokken zijn en bepaalde factoren die bij andere rechters wel spelen, zoals kennis, productiedruk en risico's voor de eigen loopbaan of eigen positie, niet of minder betekenis zullen hebben. De geschetste praktijk in Denemarken kan een aanwijzing zijn dat de politieke aspecten bij de hoogste rechters juist meer dan bij andere rechters een rol bij de besluitvorming spelen.

De grote verschillen tussen de lidstaten wat betreft het absolute en relatieve aantal prejudiciële vragen en het sterk uiteenlopende aandeel van de hoogste en andere rechters in die vragen houden mijns inziens niet zozeer verband met verschillen in politieke ideologie of structuur tussen die landen. Ze worden eerder verklaard door verschillen in verhoudingen binnen de rechterlijke macht en de opstelling van de hoogste rechters in die landen. Het voorbeeld en de formele of informele signalen die de hoogste rechters' geven, zouden ook wel eens van grote invloed kunnen zijn op de bereidheid van rechters in andere instanties. Het blijft opmerkelijk dat de eerste prejudiciële vragen overwegend uit Nederland kwamen en dat Nederland ook hoog scoort wat betreft het aantal vragen per hoofd van de bevolking, maar dat het aandeel van Nederlandse rechters in andere instanties dan de hoogste in vergelijking met andere lidstaten zeer laag is.

Als er belang wordt gehecht dat Nederlandse rechters in andere dan de hoogste instanties zich vrij voelen om prejudiciële vragen te stellen, zou er binnen de colleges tijd voor dit soort zaken gereserveerd kunnen worden, zou er duidelijkheid over de (in)formele afspraken met de hoogste instanties moeten zijn en zouden die instanties openlijk moeten uitspreken dat het stellen van prejudiciële vragen een recht van elke rechter is.

In deze bijdrage stonden de remmende factoren voorop. Dat leidde tot de conclusie dat voor veel rechters in bijna alle gevallen de nadelen van het stellen van vragen duidelijk overwegen boven de voordelen. Dat maakt het interessant om te onderzoeken wat de rechters die wel vragen aan het Hof van Justitie hebben gesteld, deed besluiten om dat wel te doen. Heeft dat te maken met hun beroepsopvatting, hun loopbaan, het onderwerp van het geschil of met hun visie op de Unie? Waarom besloten zij om, ondanks alle kosten en mogelijke risico's, deze stap toch te zetten? In Nederland zou dat onderzoek dan vooral gericht moeten zijn op rechters in andere dan de hoogste instanties.

LITERATUUR

- Alter, K. (2009) *The European Court's Political Power*, Oxford: Oxford University Press.
- Bennekom, W. van (2008) 'Toen, nu en straks', in: A. Böcker e.a. (red.), *Migratierecht en rechtssociologie, gebundeld in Kees' studies*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 295-301.
- Broberg, M. & N. Fenger (2013) 'Variations in Member States' Preliminary References to the Court of Justice – Are Structural Factors (Part of) the Explanation?', *European Law Journal*, p. 488-501.
- Cichowski, R.A. (2007) *The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Craig, P.B. (1998) 'Report on United Kingdom', in: A.M. Slaughter, A. Stone Sweet & J.H.H. Weiler (eds), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing.
- Golub, J. (1996) 'The Politics of Judicial Discretion: Rethinking the Interaction between National Courts and the European Court of Justice', *West European Politics*, p. 360-385.
- Granger, M.P. (2006) 'States as successful litigants before the European Court of Justice: Lessons from the 'Repeat Players' of European Litigation', *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, p. 27-49.
- Groenendijk, K. (2007) 'De Nederlandse Raad van State en het EG-migratierecht', in: G. Lodder (red.), *De Mens in het Migratierecht, Liber Amicorum ter gelegenheid van het emeritaat van Pieter Boeles*, Den Haag: Sdu, p. 131-126.
- Groenendijk, K. (2013) 'The Court of Justice and the Development of EEC-Turkey Association Law', in: G. Jochum, W. Fritzemeyer & M. Kau (Hrsg.), *Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers, Festschrift für Kay Hailbronner*, Heidelberg: C.F. Müller, p. 413-428.
- Groenendijk, K. (2014) 'EHRM in Dhahbi: rechter moet beslissen op verzoek prejudiciële vragen te stellen aan EU Hof van Justitie', *Asiel- en Migrantenrecht*, p. 228-230.
- Harding, C. & A. Gibbs (2005) 'Why go to court in Europe? An analysis of cartel appeals 1995-2004', *European Law Review*, p. 349-369.
- Jaremba, U. (2013) *Polish Civil Judges as European Union Law Judges: Knowledge, Experiences and Attitudes*, diss. Rotterdam 2012, later als *National Judges As EU Judges: The Polish Civil Law System*, Leiden: Brill/Nijhoff.
- Jaremba, U. (2013) 'At the Crossroads of National and European Law. Experiences of National Judges in a Multi-level Legal Order', *European Law Review*, p. 191-203.
- Lenaerts, K. (2006) 'The Unity of European Law and the Overload of the ECJ – The System of Preliminary Rulings Revisited', in: I. Pernice, J. Kokott & C. Saunders (eds), *The Future of the European Judicial System in Comparative Perspective*, Baden-Baden: Nomos, p. 211-239.

- Mattli, W. & A.M. Slaughter (1998) 'Revisiting the European Court of Justice', *International Organisations*, p. 177-209.
- Nollkaemper, A. (2012) 'The Role of National Courts in Inducing Compliance with International and European Law – A Comparison', in: M. Cremona, *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 157-194.
- Nowak, T. e.a. (2011) *National Judges as European Union Judges*, Den Haag: Eleven International Publishing.
- Nowak, T. (2012) 'Nationale rechters als EU-rechters, Bevindingen uit een onderzoeksproject', *Trema*, p. 270-273.
- Prechal, S. (2012) 'Europese' rechtspraak van de CRvB en de samenwerking met het Hof van Justitie van de EU', *Trema*, p. 156-159.
- Rytter, J.E. (2012) 'Danish Court and European courts, Dialogue or Reluctance?', *European Review of Public Law*, p. 237-258.
- Rytter, J.E. & M. Wind (2011) 'In need juristocracy? The silence of Denmark in the development of European legal norms', *I.CON*, p. 470-504.
- Schnapper, D. (2010) *Une sociologie au Conseil Constitutionnel*, Parijs: Gallimard.
- Terlouw, A. (2003) *Uitspraak en afspraak, Samenwerking tussen vreemdelingenrechters bij ontbreken van hoger beroep*, diss. Nijmegen, Den Haag: Boom.
- Tridimas, G. & T. Tridimas (2004) 'National courts and the European Court of Justice: a public choice analysis of the preliminary reference procedure', *International Review of Law and Economics*, p. 1215-145.
- Vink, M. & M. Claes (2008) *Beyond Pathology: Explaining the Use of Preliminary References by Domestic Courts in EU Member States*, paper presented at ECPR Joint Sessions of Workshops, 11-16 April 2008 in Rennes.
- Wattel, P. (2014) 'Nog vragen?', *Nederlands Juristenblad*, p. 893.
- Wind, M. (2009) 'When Parliament Comes First – The Danish Concept of Democracy Meets the European Union', *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, p. 272-288.
- Wind, M. (2010) 'The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review', *Journal of Common Market Studies*, p. 1039-1063.
- Wind, M., D. Sindbjerg Marinsen & G. Pons Rotger (2014) 'Legal Push for Europe. Questioning Variation when National Courts go to Europe', *European Union Politics*, p. 63-88.

De rechter en het woonlandbeginsel

Paul Minderhoud

Deze bijdrage laat zien hoe de rechter als hoeder c.q. bewaker van het internationale recht de politieke dwalingen naar aanleiding van de invoering van het zogeheten woonlandbeginsel ten aanzien van een aantal sociale zekerheidsuitkeringen corrigeert. Op grond van dit woonlandbeginsel is de hoogte van een aantal uitkeringen aangepast aan de kosten van levensonderhoud van het land waar de verzekerde of diens kinderen wonen.

Tijdens de parlementaire behandeling van het betreffende wetsontwerp hadden verschillende juristen gewaarschuwd dat dit woonlandbeginsel in het licht van een aantal sociale zekerheidsverdragen geen stand zou houden. Het politiek klimaat was (en is) echter van dien aard dat harde juridische argumenten moesten wijken voor coalitiedwang en anti-migranten sentimenten. De rechter blijkt echter een rots in de branding die laat zien internationale bepalingen serieus te nemen. De opstelling van de regering wordt achtereenvolgens gekenmerkt door een ontkenning van de betekenis van de betreffende internationale regels, een zeer minimalistische uitleg van corrigerende rechterlijke uitspraken, een strategie om van de rechter de boodschapper van het slechte nieuws te maken tot een uiteindelijk in gang zetten van verdragsopzegging.

1. INLEIDING

Op 27 maart 2012 stemde de Eerste Kamer in met de Wet woonlandbeginsel in de sociale zekerheid (Wwsz).¹ In het kader van deze wet is voor een uitkering op grond van de Algemene Kinderbijslagwet (AKW), de kindgebonden budget regeling, de Algemene Nabestaandenwet (ANW) en voor de WIA-ervoluitkering op grond van de Regeling werkhervatting gedeeltelijk arbeidsongeschikten (WGA) per 1 juli 2012 (voor nieuwe gevallen) of 1 januari 2013 (voor bestaande gevallen) het zogeheten woonlandbeginsel ingevoerd. Dit beginsel houdt in dat de hoogte van de uitkering wordt aangepast aan de kosten van levensonderhoud van het land waar het betreffende kind (AKW, kindgebonden budget) of de verzekerde zelf (ANW, vervolg WGA) woont. Dit beginsel geldt niet voor de landen van de EU/EER en Zwitserland, onder

¹ *Kamerstukken II* 2010-2011, 32878, nrs. 1-14 en *Kamerstukken I* 2011-2012, 32878, nrs. A-F. Zie *Stb.* 8 mei 2012, nr. 198.

andere omdat de exportbepaling van artikel 7 Verordening 883/2004 dit verbiedt.² Het geldt wel voor alle Caribische gebiedsdelen.

Voor landen als Marokko en Turkije betekent dit concreet dat rechthebbenden daar nog maar 60% van de hoogte van hun AKW-, kindgebonden budget-, ANW- of vervolg WIA-uitkering uitbetaald krijgen.

De invoering van dit woonlandbeginsel is sinds 1982 al verschillende malen op de politieke agenda verschenen. Eerdere pogingen tot invoering van dit woonlandbeginsel hebben het echter nooit tot een concreet wetsvoorstel gebracht. Dit had vooral te maken met het feit dat deze wijzigingen in strijd zijn met verschillende algemene en bilaterale sociale zekerheidsverdragen die Nederland in het verleden heeft gesloten. Het kabinet Rutte I durfde het wel aan, maar de problematiek van de strijd met internationale verdragen was er daarom niet minder om geworden. In tegenstelling tot de Tweede Kamer had de Eerste Kamer zeker oog voor deze problematiek waardoor zelfs een advies aan F. Pennings, hoogleraar sociaal recht te Utrecht, werd gevraagd hoe het wetsvoorstel zich tot een aantal internationale normen verhield. De conclusie van dit advies luidde klip en klaar: 'Het voorstel zal derhalve voor sommige personen en uitkeringen zeker en in andere gevallen zeer waarschijnlijk op internationale normen stuiten'.³ Toch was dit niet voldoende om een meerderheid van de Eerste Kamer te overtuigen.

2. INTERNATIONALE SOCIALE ZEKERHEIDSVERDRAGEN

Nederland heeft met een groot aantal landen bilaterale sociale zekerheidsverdragen afgesloten.⁴ Deze verdragen kennen veelal een bepaling die de beperking van de export van bepaalde uitkeringen verbiedt. Een goed voorbeeld is artikel 5 van het Algemeen Verdrag inzake sociale zekerheid tussen Nederland en Marokko (NMV), waarvan het eerste lid als volgt luidt:

'De uitkeringen bij arbeidsongeschiktheid, bij ouderdom of aan nabestaanden, de uitkeringen bij overlijden en de kinderbijslagen verkregen op grond

2 Verordening 883/2004 coördineert de sociale zekerheid binnen de Europese Unie. Artikel 7 verbiedt onder andere de vermindering van de hoogte van uitkeringen bij export naar een ander land binnen de EU.

3 Bijlage bij *Kamerstukken I*, 32878, nr. D, http://www.eerstekamer.nl/behandeling/2012/0107/advies_wet_woonlandbeginsel/document3/f=viw8jlrby9c.pdf.

4 Zie voor een overzicht van deze landen: <http://www.uwv.nl/particulieren/internationaal/met-uitkering-naar-buitenland/detail/internationale-afspraken-over-sociale-zekerheid> en www.svb.nl/int/nl/kinderbijslag/wonen_werken_buiten_nederland/beu/ (beide geraadpleegd 29 oktober 2014).

In deze bijdrage beperk ik me tot de gevolgen voor de twee belangrijkste landen in dit verband, namelijk Marokko en Turkije.

van de wettelijke regelingen van een van de Verdragssluitende Partijen kunnen op generlei wijze worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurd verklaard op grond van het feit dat de rechthebbende of het kind woont op het grondgebied van een andere Verdragssluitende Partij dan die op het grondgebied waarvan het orgaan dat de uitkering verschuldigd is, zich bevindt.⁵

Volgens de regering vormen deze bepalingen geen belemmering voor de invoering van het woonlandbeginsel, want ze zouden niet verbieden dat de nationale wetgeving zogeheten 'gedifferentieerde rechten' mag bevatten. Er is namelijk als gevolg van toepassing van het woonlandbeginsel sprake van differentiatie van de hoogte van de uitkeringen en niet van vermindering, aldus de regering. Deze redenering is vrij onbegrijpelijk, want wat er in feite gebeurt blijft een vermindering van de hoogte van de uitkering. Dat er geen sprake is van echte differentiatie mag ook blijken uit het feit dat de uitkering nooit meer dan 100% kan worden, ook niet als de kosten van levensonderhoud in het betreffende land hoger zouden liggen dan in Nederland.

Ook de daarnaast gehanteerde redenering van de regering dat eerst in de nationale regelgeving per land de hoogte van de uitkering (gedifferentieerd dus) wordt vastgesteld om deze vervolgens *volledig en zonder korting* te exporteren, waardoor internationale normen niet geschonden worden, overtuigt niet. De uitkering wordt verminderd doordat de rechthebbende of het kind in een ander land gaat wonen en dat is nu juist verboden.

De opstelling van de regering kan hier gekenmerkt worden als een ontkenning van de betekenis van de duidelijke bewoordingen van de relevante verdragsbepalingen. Er is geen sprake van een letterlijke ontkenning van de betreffende teksten, maar van een interpretatieve ontkenning, waarbij aan de betekenis van de regels een volstrekt andere interpretatie wordt gegeven dan juridisch logisch is.⁶

Hetzelfde mechanisme van interpretatieve ontkenning vindt plaats ten aanzien van de vraag naar de juridische toelaatbaarheid van het woonlandbeginsel in het kader van Besluit 3/80 van de Associatieraad EEG-Turkije.⁷

Dit besluit is bedoeld om de sociale zekerheid tussen de Lid Staten van de (inmiddels) EU en Turkije te coördineren. Het Hof van Justitie van de EU kende in 2011 in het *Akdas* arrest rechtstreekse werking toe aan artikel 6 van dit besluit.⁸ In dit arrest besliste het HvJ EU dat op grond van dit artikel de

5 *Trb.* 2003, 143.

6 Dit verschil tussen letterlijke en interpretatieve ontkenning ontleen ik aan Cohen 2001. Met dank aan Tetty Havinga die mij hierop attendeerde.

7 *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 25 april 1983, Nr. C 110/60-66.

8 HvJ EU 26 mei 2011, nr. C-485/07, *JV* 2011/276.

Artikel 6 Besluit 3/80 luidt voor zover hier van belang: 'Tenzij in dit besluit anders is bepaald, kunnen de uitkeringen bij invaliditeit, ouderdom of de uitkeringen aan nage-
→

toeslag ingevolge de Toeslagenwet voor Turkse onderdanen naar Turkije geëxporteerd moet worden.⁹ Artikel 6 Besluit 3/80 bevat een exportbepaling die qua bewoordingen gelijk is aan (het oude) artikel 10 Verordening 1408/71 en vrijwel gelijk aan artikel 7 Verordening 883/2004.¹⁰ Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie, onder andere in het *Sürül*-arrest moeten de artikelen van Besluit 3/80 die dezelfde tekst hebben als Verordening 1408/71 (inmiddels Verordening 883/2004) op dezelfde wijze worden uitgelegd.¹¹ Zoals hierboven aangegeven was voor EU onderdanen de invoering van het woonlandbeginsel op grond van deze bepaling(en) verboden. Dit wordt door de regering ook niet betwist, maar de regering stelde zich op het standpunt dat het niet zeker is dat het Hof van Justitie (en de nationale rechter) artikel 6 Besluit 3/80 op een zelfde manier zal uitleggen als artikel 10 Verordening 1408/71 (nu art. 7 Verordening 883/2004), omdat die toetsing niet in het kader van de hogere norm van het vrij verkeer van werknemers zal plaatsvinden. Dit terwijl de tekst van de relevante arresten van het Hof van Justitie inzake gelijke uitleg van de betreffende bepalingen glashelder is. Ook hier vindt een poging plaats de betekenis van een verdragsbepaling op een interpretatieve manier te ontkennen.

3. HET OORDEEL VAN DE RECHTER

Zoals door in de materie ingevoerde juristen was voorspeld, maakte de Rechtbank Amsterdam op 22 augustus 2013 in een rechtszaak, die was aangespannen door elf Turkse en Marokkaanse weduwen, korte metten met de verlaging van hun nabestaandenuitkering en met de onderliggende argumentatie van de regering.¹² Volgens de rechter wil het enkele feit dat de wet niet in de vorm van een betalingsbeperking is gegoten maar in de vorm van een lagere vaststelling van het recht op uitkering niet zeggen dat de wet materieel geen betrekking heeft op export van uitkering. Met een verwijzing

laten betrekkingen alsmede de renten bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, verkregen op grond van een wettelijke regeling van een of meer Lid-Staten, op generlei wijze worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurd verklaard op grond van het feit dat de rechthebbende in Turkije woont of op het grondgebied van een andere Lid-Staat dan die, op het grondgebied waarvan zich het orgaan bevindt dat deze uitkering verschuldigd is.' (*Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 25 april 1983, Nr. C 110/60-66).

9 Zie Van der Mei 2011.

10 Zie voetnoot 2. Verordening 1408/71 is de voorloper van de op dit moment geldende Verordening 883/2004.

11 HvJ EU 4 mei 1999, nr. C-262/96, RV 1999, nr. 77.

12 Rechtbank Amsterdam 22 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5315. Zie uitgebreider: Minderhoud 2013.

naar diverse overwegingen uit het al genoemde *Akdas* arrest oordeelt de rechter dat de verlaging voor Turken niet alleen in strijd is met de letterlijke tekst van artikel 6 Besluit 3/80, maar ook met het doel dat de communautaire wetgever met laatstgenoemd artikel heeft beoogd. Ten aanzien van een schending van artikel 6 Besluit 3/80 kunnen volgens de rechtbank geen rechtvaardigingsgronden worden aangevoerd.

Vermeldenswaard is dat de rechtbank als een overweging ten overvloede opmerkt dat ze niet ziet hoe de omstandigheid dat er een ander kosten- c.q. koopkrachtniveau in Turkije is, het gemaakte onderscheid kan rechtvaardigen, in aanmerking nemend dat ook ten tijde van de vaststelling van Besluit 3/80 in Turkije een ander kostenniveau bestond en dat de verdragssluitende partijen desondanks artikel 6 Besluit 3/80 in die bewoordingen hebben vastgesteld. De rechtbank laat ook geen enkele onduidelijkheid bestaan over het feit dat artikel 6 Besluit 3/80 op een zelfde manier moet worden uitgelegd als artikel 10 Verordening 1408/71 en artikel 7 Verordening 883/2004.

Met betrekking tot de Marokkaanse weduwen oordeelt de rechtbank dat artikel 5 van het bilaterale socialezekerheidsverdrag tussen Nederland en Marokko tekstueel gezien eenzelfde uitleg verdient als artikel 6 Besluit 3/80. De context is wel anders, aldus de rechtbank, omdat er geen sprake is van een besluit gebaseerd op Associatierecht, maar van een bilateraal verdrag, maar dit doet niets af aan de verbindendheid van dit artikel 5. Overigens constateert de rechtbank dat in 2010 tussen de EU en Marokko een associatie tot stand is gebracht, waarbinnen een besluit betreffende de coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels is vastgesteld, waarin eveneens een bescherming van weduwen bij de export van nabestaandenpensioen is geregeld die aansluit bij artikel 7 Verordening 883/2004.¹³ Fraai is vervolgens de constatering van de rechtbank dat dit nieuwe besluit weliswaar nog niet in werking is getreden en er derhalve nog niet rechtstreeks aan getoetst kan worden, maar dat het besluit een indicator vormt voor de te verwachten unierechtelijke rechtsontwikkeling. Met ander woorden, dit soort internationale besluiten moet serieus genomen worden.

In maart 2014 bevestigde de Centrale Raad van Beroep dat de Nederlandse nabestaandenuitkering van in Turkije wonende Turkse weduwen inderdaad niet verlaagd mag worden gezien artikel 6 Besluit 3/80.¹⁴ De CRvB merkt bovendien op dat artikel 11 Europees Verdrag inzake Sociale Zekerheid (EVSZ), een verdrag waarbij zowel Nederland als Turkije partij zijn, vrijwel gelijklopend is aan artikel 6 Besluit 3/80 en derhalve deze verlaging ook verbiedt. Ook in dit artikel is, aldus de CRvB, kort gezegd, opgenomen dat (specifieke) verkregen uitkeringen niet mogen worden verminderd, ge-

13 Raadsbesluit 2010/697/EU. Zie Pb. L 306 van 23 November 2010, p. 1. Vergelijkbare besluiten zijn op die datum afgesloten met Algerije, Kroatië, FYROM, Israël en Tunesië.

14 Centrale Raad van Beroep 21 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:845.

wijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurdverklaard op grond van het feit dat iemand niet woont in het land dat de uitkering verstrekt.

Op 9 mei 2014 bevestigde de Centrale Raad vervolgens dat de aanpassing van de hoogte van de nabestaandenuitkering van de Marokkaanse weduwen aan het woonland strijdig is met het bilaterale socialezekerheidsverdrag tussen Nederland en Marokko.¹⁵

4. HOE ZIT HET MET DE VERLAGING VAN DE KINDERBIJSLAG?

Over de toelaatbaarheid van de verlaging van de kinderbijslaguitkering (AKW) is door de Rechtbank Amsterdam in januari 2014 een uitspraak gedaan.¹⁶ De rechtbank kwam daar met een vrij verrassend onderscheid tussen verzekerden die in Nederland wonen en verzekerden die in het buitenland (bij hun kinderen) wonen. Voor verzekerden die in Nederland wonen, maar een kind in een verdragsland hebben mag deze verlaging niet omdat deze verzekerden wel een volledige onderhoudsbijdrage voor die kinderen aantoonbaar moeten betalen, maar slechts een gereduceerde uitkering krijgen. Dit is volgens de rechtbank in strijd met het in artikel 1 Protocol 1 EVRM neergelegde recht op eigendom. Wanneer de ouders bij de kinderen in het buitenland wonen en verzekerd zijn, hoeven ze geen onderhoudsbijdrage aan te tonen, maar dit heeft tot gevolg dat de verlaging van de uitkering weer *niet* in strijd met artikel 1 Protocol 1 EVRM is.

Voor Marokkanen die in Marokko bij hun kinderen wonen (en dus niet op artikel 1 Protocol 1 EVRM een beroep kunnen doen) blijkt evenwel het bovengenoemde artikel 5 van het bilaterale sociale zekerheidsverdrag met Nederland hetzelfde obstakel te vormen als bij de nabestaandenuitkering. Verlaging van de uitkering is derhalve niet toegestaan, aldus de rechtbank. Anders ligt het voor Turken, die in Turkije bij hun kinderen wonen. Hun situatie valt niet onder de werkingssfeer van zowel artikel 3 als artikel 6 Besluit 3/80, waardoor dit Besluit niet van toepassing is. De verlaging mag in die situaties.¹⁷ De door de Sociale Verzekeringsbank (SVB) ingestelde hoger

15 Centrale Raad van Beroep 9 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1466.

16 Rechtbank Amsterdam 10 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:50.

17 Ook artikel 9 van de Associatieovereenkomst, dat een algemeen non-discriminatieverbod behelst, is volgens de rechtbank niet autonoom van toepassing indien de Associatieraad een specifiek discriminatieverbod heeft vastgesteld, zoals dat van artikel 3, lid 1 Besluit 3/80 op het bijzondere gebied van de sociale zekerheid. Deze overweging van de rechtbank lijkt echter betwistbaar. Nu er wel export van kinderbijslag in gereduceerde vorm plaatsvindt, is er sprake van discriminatie op grond van nationaliteit, waar artikel 9 Associatieovereenkomst naar mijn mening op van toepassing is; zie Minderhoud 2014.

beroepsprocedure bij de Centrale Raad van Beroep liep bij afronding van deze bijdrage nog.

5. ONDERSCHIED TUSSEN 'OUDE' EN 'NIEUWE' GEVALLEN?

Na de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 22 maart 2014 en 9 mei 2014 weigerde minister Asscher van SZW namens de regering de handdoek in de ring te gooien en was van mening dat er een onderscheid gemaakt kon worden tussen de in die uitspraken aan de orde zijnde zogeheten 'oude gevallen' (situaties waarbij betrokkenen al de betreffende uitkering hadden toen het woonlandbeginsel werd ingevoerd) en 'nieuwe gevallen' (situaties waarin het recht op uitkering past is ontstaan na datum invoering woonlandbeginsel). Deze opstelling kan gekenschetst worden als een zeer minimalistische uitleg van de corrigerende uitspraken van de hoogste Nederlandse rechter in sociale zekerheidsrecht zaken. In feite is ook hier sprake van een vorm van interpretatieve ontkenning. Dat de uitspraak er is, wordt niet ontkend, maar is niet van toepassing op deze zogenaamde nieuwe gevallen

Op 5 augustus 2014 deed de Rechtbank Amsterdam in een dergelijk 'nieuw geval' een uitspraak die aan duidelijkheid niets te wensen overliet.¹⁸ De toepassing van het woonlandbeginsel op een vervolguitkering WIA aan rechthebbenden in Turkije en Marokko, ingegaan na 1 juli 2012, is ook in strijd met artikel 6 Besluit 3/80 en artikel 5 van het sociale zekerheidsverdrag tussen Nederland en Marokko (NMV).

De rechtbank oordeelt onder andere dat er geen steun te vinden is voor het standpunt dat bij de toepassing van het woonlandbeginsel verschil kan worden gemaakt tussen uitkeringen die al waren toegekend vóór de inwerkingtreding van de Wwsz en uitkeringen die daarna zijn toegekend. Dat de toekenningsdatum voor toepassing van de Wwsz een relevant verschil zou maken, is ook uit de hierboven genoemde uitspraken van de Centrale Raad geenszins op te maken. Veeleer ziet de rechtbank in deze uitspraken een aanwijzing voor een tegengestelde visie, nu de Raad ten aanzien van artikel 17 van de Anw heeft overwogen dat op grond van het eerste lid van dat artikel de bruto nabestaandenuitkering op een bepaald bedrag wordt vastgesteld en dat op grond van het derde lid van dat artikel slechts een percentage van dat bedrag wordt uitgekeerd. Naar het oordeel van de Raad kan dat niet anders dan als een vermindering van het toegekende bedrag worden gezien. Daarbij wordt het element tijdsverloop tussen toekenning en vermindering niet genoemd. Dat is ook niet nodig, indien de toepassing van het derde lid niet anders dan als een vermindering van het toegekende bedrag kan worden gezien. De rechtbank overweegt verder dat de tekst van artikel 62 van de Wet

¹⁸ Rechtbank Amsterdam 5 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4861.

WIA op rechtens relevante onderdelen overeenkomt met die van artikel 17 van de Anw. Naar het oordeel van de rechtbank is de lagere vaststelling van de vervolgitkering in het licht van voormelde jurisprudentie van de Raad ook niet anders te begrijpen dan als een vermindering.

En of dit niet al genoeg is gaat de rechtbank verder en overweegt dat hij ook anderszins van oordeel is dat gelet op de geest, inhoud en bewoordingen van artikel 6 van Besluit 3/80 en artikel 5 van het NMV het door verweerder gemaakte onderscheid tussen 'nieuwe' en 'oude' uitkeringen niet relevant is. In de kern gaat het in die bepalingen immers om een verbod op het aanbrengen van een beperking van de exportbeperkingen. Het vaststellen van de invaliditeitsuitkering op een bepaald (lager) percentage van de in Nederland geldende uitkering vormt een zodanige beperking. Indien het standpunt van verweerder zou worden gevolgd, zou dat betekenen dat ten aanzien van na 1 juli 2012 toegekende uitkeringen het nuttig effect van de artikelen 6 van Besluit 3/80 en 5 van het NMV zou worden ondermijnd. Het gebruik van de zinsnede 'op generlei wijze' in beide bepalingen had dan gevoeglijk achterwege kunnen blijven.

Minister Asscher heeft inmiddels laten weten in hoger beroep te gaan tegen deze uitspraak.¹⁹ Op het eerste gezicht lijkt dit vreemd want de uitspraak van de rechter is glashelder en laat geen enkele ruimte voor een ander oordeel. Het heeft er alle schijn van dat de rechter hier gebruikt wordt om het 'slechte' nieuws te verkondigen dat de invoering van het woonlandbeginsel voor wat betreft de ANW en de WIA vervolgitkering echt niet mogelijk is. De politiek wil wel, maar de rechter houdt het tegen, luidt dan de boodschap.

6. GEVOLGEN VAN DE UITSPRAKEN VAN DE RECHTER

Op 3 juni 2014 stuurde minister Asscher een brief aan de Tweede Kamer, waarin hij onder andere aangaf dat de SVB de Turkse en Marokkaanse Anw-uitkeringen zal corrigeren met inachtneming van de bovengenoemde uitspraken van de CRvB van 21 maart en 9 mei jongstleden.²⁰ Hij vervolgt:

'De belanghebbenden die bezwaar en beroep hebben aangetekend zullen met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2013 een hogere uitkering ontvangen. De aanpassing van de uitkering aan het woonlandbeginsel heeft voor oude gevallen immers plaatsgevonden met ingang van 1 januari 2013. De uitkering van degenen die geen bezwaar of beroep hebben aangetekend zal ingaande

¹⁹ 'Asscher in beroep tegen uitspraak rechter over export uitkeringen', NRC 20 Augustus 2014.

²⁰ Bijlage bij *Kamerstukken I 2013-2014*, 33162 nr. K.

1 maart 2014 (de eerste van de maand waarin de uitspraak in de Turkse zaken is gedaan) worden verhoogd. Deze reparatie wordt momenteel voorbereid. De SVB beziet nog op welke wijze zij Turkse en Marokkaanse Anw-uitkeringen herziet in het geval dat geen bezwaar of beroep is ingesteld.'

Hoewel die laatste zin niet duidelijk is, lijkt het erop dat er een onderscheid gemaakt zal worden tussen diegenen die in bezwaar en beroep zijn gegaan en diegenen die dat niet hebben gedaan. Deze manier van reparatie is niet ongebruikelijk in het sociale zekerheidsrecht, maar in de onderhavige situatie toch erg discutabel. Toen in de jaren '90 van de vorige eeuw nationale en Europese rechters in verschillende uitspraken invulling gaven aan de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid en een aantal rechten werd toegekend die de betrokkenen eerder niet hadden, ontstonden deze rechten pas vanaf het moment van de uitspraak van de rechter voor diegenen die niet hadden geprocedeerd. Alleen degenen die daadwerkelijk zelf een juridische procedure waren gestart, kregen hun uitkeringen met terugwerkende kracht betaald.²¹ Het toekennen van die rechten had echter te maken met nieuw ingevoerde Europese regelgeving (en misschien ook wel met veranderde maatschappelijke opvattingen over gelijke behandeling van mannen en vrouwen). In die zin is dit slecht te vergelijken met de onderhavige situatie waarin van te voren zo duidelijk was aangegeven dat de beoogde wetwijzigingen geen stand zouden houden bij de rechter. Het onthouden van reparatie met terugwerkende kracht is als het ware een premie op slechte wetgeving die nooit tot stand had mogen komen.

7. TOT SLOT

Na het doorlopen hebben van fasen van interpretatieve ontkenning, minimalistische uitleg en 'scapegoating' van de rechter is de regering in oktober 2014 in een laatste fase aangeland, waarin is besloten om het bilaterale sociale zekerheidsverdrag met Marokko in zijn geheel op te zeggen. De regering kiest hiermee voor een escalatie van het probleem op politiek niveau, wat onder andere blijkt uit de sterke afkeuring die de Marokkaanse autoriteiten al hebben uitgesproken.²² Met deze opzegging ontstaat een volledige stop op de export van alle sociale zekerheidsuitkeringen, de AOW-uitkering uitgezonderd naar Marokko. De stopzetting geldt alleen voor nieuwe gevallen, dat wil zeggen voor aanspraken die zijn ontstaan nadat het verdrag daadwerkelijk is opgezegd. Deze opzegging moet per wet worden geregeld en zal naar

21 Zie Pennings 2010, p. 297-303 en Piso 1998.

22 'Marokko haalt fel uit naar Nederland', *De Volkskrant* 11 november 2014.

verwachting op 1 januari 2016 ingaan.²³ De rechter wordt door deze opzegging buiten spel gezet, maar dat zal waarschijnlijk niet lang duren. Zoals hierboven al aangegeven heeft de Europese Unie namelijk in 2010 met een aantal landen, waaronder Marokko een (nieuw) sociale zekerheidsverdrag gesloten. Dit verdrag kent voor langlopende uitkeringen zoals arbeidsongeschiktheidsuitkeringen en nabestaandenuitkeringen een op artikel 5 NMV gelijkend artikel dat de belemmering van export van die uitkeringen verbiedt. De export van kinderbijslaguitkeringen valt buiten de werkingssfeer van dit verdrag. Dit nieuwe verdrag tussen de EU en Marokko treedt waarschijnlijk ook rond 1 januari 2016 in werking.

Dan zal de rechter ongetwijfeld weer gevraagd worden om een oordeel te vellen over de houdbaarheid van het niet langer of slechts gedeeltelijk exporteren van onder andere de ANW en WIA uitkeringen naar Marokko. Dit *liber amicorum* voor Leny is een mooie plaats om te voorspellen dat de rechter dan ongetwijfeld weer de rol van hoeder van het internationale recht op zich zal nemen. Voor de relatie met Turkije staat een dergelijke optie van eenzijdige verdragsopzegging niet open. Besluit 3/80 is een in EU-verband gesloten verdrag en kan alleen worden opgezegd als de EU en Turkije daarin toestemmen.

Zoals uit deze bijdrage blijkt, neemt de Nederlandse rechter de betreffende socialezekerheidsverdragen serieus en gaat ervan uit dat de Nederlandse regering (al dan niet in EU-verband) deze verdragen met haar volle verstand heeft gesloten en derhalve ook de consequenties daarvan moet aangaan. Dat de rechter daarbij het risico loopt als zondebok te worden aangemerkt, moet hij voor lief nemen.

LITERATUUR

- Cohen, S. (2001) *States of Denial: Knowing about Atrocities and Suffering of Others*, Malden: Blackwell Publishers.
- Mei, A.P. van der (2011) 'Export van uitkeringen – omgekeerde discriminatie van EU-burgers ten opzichte van Turkse staatsburgers', *Tijdschrift voor Recht en Arbeid*, afl. 10, p. 32-35.

23 Het betreffende wetsontwerp is op 16 oktober 2014 ingediend. Zie *Kamerstukken II* 2014-2015, 34052: Goedkeuring van het voornemen tot opzegging van het op 14 februari 1971 te Rabat tot stand gekomen Algemeen Verdrag inzake sociale zekerheid tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk Marokko (*Trb.* 1972, 34), en het op 3 november 1972 te Rabat tot stand gekomen Administratief Akkoord betreffende de wijze van toepassing van het Algemeen Verdrag inzake sociale zekerheid tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk Marokko (*Trb.* 1973, 130).

- Minderhoud, P. (2013) 'Verlaging nabestaandenuitkering Turkse en Marokkaanse weduwen in strijd met internationale verdragen (Uitspraak van de maand)', *Asiel&Migrantenrecht*, nr. 9, p. 477-480.
- Minderhoud, P. (2014) 'Besluit 3/80: ontwikkelingen in Nederland en op EU-niveau', *Asiel&Migrantenrecht*, nr. 5/6, p. 286-292.
- Pennings, F. (2010) *European Social Security Law*, Antwerpen: Intersentia.
- Piso, I.Y. (1998) *De rechter klem tussen discriminatie en rechtvaardiging*, Den Haag: Sdu Uitgevers.