

# Motivering bij niet-verwijzen van prejudiciële vragen: heeft Luxemburg de Straatsburgse dreiging afgewend?

*Jesse Claassen*

## 1 INLEIDING

De doorwerking van het EU-Grondrechtenhandvest (hierna: Handvest of Hv) in de EU-lidstaten is onlosmakelijk verbonden met de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie van de EU (hierna: Hof van Justitie). Dit wordt helder geïllustreerd in deze bundel. Een blik op de centrale uitspraken van het Hof van Justitie in de bijdragen leert dat op één na, alle uitspraken voortvloeien uit een prejudiciële verwijzing van een nationale rechter. Vanwege de impact van de prejudiciële uitspraken van het Hof van Justitie, is het niet verwonderlijk dat er vanuit verschillende hoeken een zekere druk wordt uitgeoefend op de nationale rechters om ook daadwerkelijk vragen te stellen wanneer dat nodig is. Eén manier waarop een bepaalde mate van controle kan plaatsvinden, is door nationale rechters te verplichten het besluit om geen prejudiciële vragen te stellen, te motiveren. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) leidt een dergelijke motiveringsplicht voor nationale rechters af uit art. 6 EVRM. De vraag of ook uit art. 47 Hv motiveringseisen voortvloeien ten aanzien van het niet stellen van prejudiciële vragen, is tot dusver echter nog niet beantwoord.

Deze bijdrage onderzoekt wat de consequenties zijn van de Straatsburgse rechtspraak over motivering voor de Nederlandse rechters. Allereerst wordt de aanvankelijke ontwikkeling van de motiveringsplicht bij niet-verwijzen door het EHRM beschreven. Hoewel het EHRM al langere tijd een bepaalde motivering vereiste, is pas in 2014 na aanscherping van deze plicht de eerste schending vastgesteld (par. 2). Betoogd wordt vervolgens dat de nieuwe ontwikkelingen in de EHRM-rechtspraak vraagtekens zetten bij de Nederlandse praktijk met betrekking tot verkort motiveren (par. 3). De hoogste Nederlandse rechters verwerpen zich tegen deze ontwikkelingen (par. 4). Desalniettemin wordt de Nederlandse praktijk ter beoordeling voorgelegd aan het EHRM in de zaak *Baydar/Nederland*. Voorafgaand aan de uitspraak van het EHRM zijn er echter reeds signalen dat het Hof van Justitie zich niet geheel kan vinden in de Straatsburgse motiveringsplicht ten aanzien van 'zijn' prejudiciële procedure (par. 5). In *Baydar* lijkt het EHRM dan ook een stap terug te doen in zijn toetsing van de gegeven motivering. Daardoor lijken de twijfels omtrent de

Nederlandse praktijk voorlopig weggenomen te zijn (par. 6). Nieuwe ontwikkelingen maken echter dat de discussie nog niet ten einde is (par. 7).

## 2 DE MOTIVERINGSPLICHT VOOR NIET-VERWIJZENDE RECHTERS ONDER ART. 6 EVRM

De EU-rechtelijke prejudiciële procedure heeft als doel de uniforme uitlegging van het EU-recht te waarborgen.<sup>1</sup> Volgens het Hof van Justitie dient de procedure gezien te worden als “een dialoog van rechter tot rechter, waarvan het initiatief volledig afhankelijk is van de beoordeling door de nationale rechter van de relevantie en de noodzaak van deze verwijzing”.<sup>2</sup> Desalniettemin kan een prejudiciële verwijzing ook een belangrijke rol spelen in de rechtsbescherming in een individuele zaak.<sup>3</sup> Om die reden kan volgens langlopende rechtspraak van het EHRM de weigering tot het stellen van prejudiciële vragen een schending van art. 6 lid 1 EVRM opleveren. In de beginjaren, tot 2011, komt de toets van het EHRM neer op de vraag of het besluit om niet te verwijzen arbitrair is.<sup>4</sup> Op basis van deze lijn is echter nooit een schending van art. 6 EVRM vastgesteld. Het EHRM geeft tot dan toe niet in algemene bewoordingen aan hoe een nationale rechter zijn besluit om niet te verwijzen moet motiveren. Uit de negatieve beslissingen kan echter wel een tweevoudige toets worden afgeleid. Allereerst dient één van de partijen een verzoek om prejudiciële verwijzing te hebben gedaan, waarbij de noodzaak van verwijzing uitdrukkelijk en nauwkeurig is gemotiveerd.<sup>5</sup> Ligt er een voldoende gemotiveerd verzoek, dan moet de nationale rechter op basis van één van drie gronden aangeven waarom dat verzoek wordt gepasseerd. Deze gronden komen in feite overeen met de drie gronden die het Hof van Justitie heeft geformuleerd in het arrest *Cilfit*.<sup>6</sup> Daar werd bepaald dat afgeweken mag worden van de plicht voor rechters in laatste aanleg om prejudiciële vragen te stellen, wanneer een vraag (1)

1 HvJ EG 6 oktober 1982, zaak C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*), par. 7.

2 HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-2/06, ECLI:EU:C:2008:78 (*Kempter*), NJ 2008/278, m.nt. Mok; SEW 2008/453 m.nt. De Waele, par. 42.

3 M. Broberg, ‘Judicial Coherence and the Preliminary Reference Procedure’, *REALaw* 2015, p. 9-37.

4 Zie bijvoorbeeld EHRM 22 juni 2000, zaaknr. 32492/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0622JUD003249296 (*Coëme e.a./België*), EHRC 2000/65, par. 114.

5 Zie bijvoorbeeld EHRM 13 februari 2007, zaaknr. 15073/03, ECLI:CE:ECHR:2007:0213DEC001507303 (*John/Duitsland*).

6 Zie bijvoorbeeld EHRM 7 september 1999, zaaknr. 38399/97, ECLI:CE:ECHR:1999:0907DEC003839997 (*Dotta/Italië*): uit de motivering van de nationale rechter blijkt dat de beginselen en bepalingen van EU-recht waarop een beroep wordt gedaan niet relevant zijn; EHRM 4 oktober 2001, zaaknr. 60350/00, ECLI:CE:ECHR:2001:1004DEC006035000 (*Canela Santiago/Spanje*): de nationale rechter heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie

niet relevant is voor de uitkomst van het geschil, (2) reeds door het Hof van Justitie is beantwoord (een *acte éclairé* is), of (3) redelijkerwijze geen twijfel laat omtrent de wijze waarop deze beantwoord moet worden (een *acte clair* is).<sup>7</sup>

Pas in 2011 formuleert het EHRM in *Ullens de Schooten* in algemene zin een motiveringsplicht voor nationale rechters wanneer zij geen prejudiciële vragen stellen. Het EHRM stelt expliciet dat nationale rechters die in laatste aanleg beslissen, hun besluit om niet te verwijzen moeten motiveren op basis van één van de drie *Cilfit*-gronden.<sup>8</sup> Een verzoek door één van de partijen en de kwaliteit daarvan wordt niet genoemd als een factor om mee te wegen. Ondanks deze expliciete plicht, is het EHRM aanvankelijk nog voorzichtig in de toepassing daarvan. Zo wordt in de Nederlandse zaak *Stichting Mothers of Srebrenica* een verzoek om prejudiciële verwijzing door de Hoge Raad afgedaan met een verkorte standaardmotivering waarin geen van de *Cilfit*-gronden expliciet wordt genoemd.<sup>9</sup> Het EHRM acht dit voldoende, omdat de Hoge Raad elders in zijn arrest de verzochte prejudiciële vraag inhoudelijk reeds heeft beantwoord.<sup>10</sup> Twee jaar na *Ullens de Schooten* scherpt het EHRM echter zijn motiveringseisen aan, wat leidt tot vaststelling van de eerste schending. In de zaak *Dhahbi* wordt de Italiaanse cassatierechter op de vingers getikt door het EHRM. Zoals Van Harten en Beijer terecht opmerken in hun noot, is dat op basis van de weergave van de feiten door het EHRM niet per se evident.<sup>11</sup> Het EHRM overweegt dat één van de partijen had verzocht om verwijzing van een specifieke vraag. Het wordt de Italiaanse rechter kwalijk genomen dat een verwijzing naar dit verzoek en naar de uitzonderingsgrond om niet te verwijzen, in de uitspraak ontbreekt.<sup>12</sup> Toch heeft de Italiaanse rechter zijn besluit wel degelijk onderbouwd met verwijzingen naar specifieke EU-rechtbepalingen en rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>13</sup> Het lijkt er dan ook op dat het EHRM

---

uitvoerig geanalyseerd; EHRM 8 december 2009, zaaknr. 54193/07, ECLI:CE:ECHR:2009:1208DEC005419307 (*Herma/Duitsland*): de nationale rechter heeft uitvoerig gemotiveerd waarom zijn besluit in lijn is met eerdere uitspraken van het Hof van Justitie.

7 HvJ EG 6 oktober 1982, zaak C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*), par. 10-20.

8 EHRM 20 september 2011, zaaknr. 3989/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD000398907 (*Ullens de Schooten en Rezabek/België*), AB 2012/26, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, par. 62.

9 Zie par. 3 over deze verkorte afdoening onder Nederlands recht.

10 EHRM 11 juni 2013, zaaknr. 65542/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212 (*Stichting Mothers of Srebrenica e.a./Nederland*), NJ 2014/263, m.nt. Schrijver, par. 173.

11 EHRM 8 april 2014, zaaknr. 17120/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0408JUD001712009 (*Dhahbi/Italië*), EHRC 2014/152, m.nt. Van Harten en Beijer.

12 EHRM 8 april 2014, zaaknr. 17120/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0408JUD001712009, (*Dhahbi/Italië*), par. 32-34.

13 EHRM 8 april 2014, zaaknr. 17120/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0408JUD001712009 (*Dhahbi/Italië*), par. 14-15.

in *Dhahbi* geen genoegen neemt met een impliciete motivering, maar een expliciet antwoord vereist op het verzoek om te verwijzen op basis van de voorgeschreven gronden.<sup>14</sup>

Ruim een jaar later is het weer raak voor hetzelfde Italiaanse gerechtshof. In *Schipani* wordt een verzoek gedaan om twee prejudiciële vragen te stellen. Dit keer verweert de Italiaanse regering zich met het argument dat ten aanzien van de eerste verzochte vraag, de Italiaanse rechter zich impliciet heeft gebaseerd op één van de *Cilfit*-gronden door de vraag te beantwoorden aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het EHRM overweegt echter dat in elk geval ten aanzien van de tweede vraag niet duidelijk is geworden of één van de voorgeschreven gronden is toegepast, of dat het verzoek simpelweg is genegeerd. Dat volstaat reeds voor een schending van art. 6 lid 1 EVRM.<sup>15</sup> Daarmee blijft in *Schipani* dus in het midden of een impliciete motivering om niet te verwijzen wel of niet volstaat. Verdere vaststellingen van schending van art. 6 EVRM blijven vervolgens uit.

### 3 DE DREIGING VOOR DE NEDERLANDSE PRAKTIJK

De uitspraken in *Dhahbi* en *Schipani* zetten vraagtekens bij de Nederlandse praktijk ten aanzien van het motiveren van besluiten om niet te verwijzen. Het Nederlands recht biedt namelijk verschillende mogelijkheden om klachten, waaronder verzoeken tot het stellen van prejudiciële vragen, af te doen met een beknopte motivering. Allereerst biedt de Wet op de rechterlijke organisatie (RO) de Hoge Raad de mogelijkheid om, na de conclusie van de advocaat-generaal, een beroep in cassatie niet-ontvankelijk te verklaren wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen. Dit is het geval wanneer de partij die het cassatieberoep instelt “klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het beroep” of wanneer de klachten “klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden” (art. 80a lid 1 RO). Wanneer de Hoge Raad tot dit oordeel komt, kan het bij zijn motivering volstaan met het noemen van deze gronden (art. 80a lid 4 RO), ook wanneer er een verzoek om prejudiciële verwijzing is gedaan. Overigens is het goed om te benadrukken dat een dergelijk besluit alleen kan worden genomen na kennisneming van de stukken van de partijen door drie rechters van een meervoudige kamer (art. 80a leden 2 en 3 RO). Er vindt dus wel een inhoudelijke beoordeling plaats. Het uiteindelijke oordeel wordt echter niet uitgeschreven. Op vergelijkbare wijze kan de Hoge Raad ook een afzonderlijke klacht verkort afdoen. Wanneer drie leden van een

---

14 C. Lacchi, ‘The ECtHR’s Interference in the Dialogue between National Courts and the Court of Justice of the EU: Implications for the Preliminary Reference Procedure’, *REALaw* 2015, p. 104.

15 EHRM 21 juli 2015, zaaknr. 38369/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD003836909 (*Schipani e.a./Italië*), EHRC 2015/203, m.nt. Beijer en Krommendijk, par. 70-72.

meervoudige kamer tot het oordeel komen dat een aangevoerde klacht “niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling”, kan ter motivering in de uitspraak met dit oordeel worden volstaan (art. 81 lid 1 RO), ook weer ongeacht of er in die klacht verzocht wordt om prejudiciële verwijzing. Een vergelijkbare mogelijkheid als de Hoge Raad heeft met art. 81 lid 1 RO, heeft ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in het vreemdelingenrecht. Wanneer de Afdeling op dit terrein oordeelt dat een aangevoerde grief niet tot vernietiging kan leiden, kan zij zich bij de vermelding van de gronden van haar uitspraak beperken tot dit oordeel op basis van art. 91 lid 2 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw). Hoewel art. 91 lid 2 Vw niet als tweede voorwaarde noemt dat de grief ook niet beantwoord hoeft te worden in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling zoals art. 81 lid 1 RO dat doet, geldt deze voorwaarde volgens de parlementaire geschiedenis wel degelijk ook hier.<sup>16</sup> Het doel van deze bepalingen is bij te dragen aan een efficiënte verwerking van zaken. ‘Kansloze’ beroepen kunnen snel worden afgedaan, zodat deze hoogste rechters zich kunnen concentreren op hun kerntaken, namelijk het waarborgen van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en de rechtsbescherming.<sup>17</sup> Van deze mogelijkheden wordt veelvuldig gebruik gemaakt. Om een kleine indruk te geven: in 2018 deed de civiele kamer van de Hoge Raad 39% van zijn 409 uitspraken af met art. 81 RO en 0,5% met art. 80a RO; de strafkamer gebruikte in zijn 2603 uitspraken met middelen in 15% art. 81 RO en in 57% art. 80a; en de belastingkamer kwam tot 724 uitspraken waarvan 44% met art. 81 RO en 18% met art. 80a werd afgedaan.<sup>18</sup> De Afdeling publiceert geen exacte cijfers over het aantal zaken dat wordt afgedaan met art. 91 lid 2 Vw, maar geschat wordt dat het gaat om 85-90% van de jaarlijkse 5000-7500 zaken.<sup>19</sup>

Voor partijen zijn de uitspraken op basis van een standaardoverweging echter regelmatig onbevredigend.<sup>20</sup> Op grond van de nieuwe lijn van het EHRM worden er dan ook vraagtekens geplaatst bij de houdbaarheid van de Nederlandse praktijk waarbij verzoeken om prejudiciële verwijzing met een algemene standaardoverweging worden afgedaan. Weliswaar geven alle drie de bepalingen impliciet aan dat in elk geval één van de *Cilfit*-gronden van toepassing is. Een afdoening met art. 80a RO impliceert dat de verzochte vraag

---

16 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26732, 7, p. 223.

17 *Kamerstukken II 2010/11*, 32576, 3, p. 5-6; *Kamerstukken II 1998/99*, 26732, 3, p. 85.

18 *Jaarverslag 2018 Hoge Raad der Nederlanden*, 2018.jaarverslaghogeraad.nl.

19 K. Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht. Een juridisch onderzoek naar de intensiteit van de rechterlijke toets in de Nederlandse asielprocedure van 2001-2015*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, p. 226-227.

20 Zie bijvoorbeeld E.T.P. Scheers, ‘Over ongemotiveerde uitspraken in het vreemdelingenrecht. Afdeling: speel open kaart en motiveer!’, *A&MR* 2018, p. 172-179.

niet relevant is voor de uitkomst van het geschil. Het beroep kan immers klaarblijkelijk niet tot cassatie leiden. Daarnaast kan uit art. 81 RO en art. 91 lid 2 Vw ook nog worden afgeleid dat de verzochte vraag een *acte clair* of een *acte éclairé* is. De vraag is immers ook niet van belang voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Maar een impliciete motivering, en in feite zelfs een uitgebreidere en inhoudelijke, wordt in *Dhahbi* niet voldoende geacht. Het heeft er alle schijn van dat daar een expliciet antwoord op een verzoek om verwijzing wordt verwacht waarbij uitdrukkelijk de relevante grond genoemd wordt. In de Nederlandse praktijk is daar geen sprake van.

#### 4 HET VERWEER VAN DE AFDELING EN DE HOGE RAAD

De Afdeling wordt als eerste geconfronteerd met een beroep op *Dhahbi*. Zij concludeert echter dat de afdoening met art. 91 lid 2 Vw geen problemen oplevert. Volgens de Afdeling is de motiveringsplicht bij het niet-verwijzen van prejudiciële vragen onderdeel van de algemene plicht om rechterlijke uitspraken te onderbouwen. Zij verwijst vervolgens naar de uitspraak van het EHRM in *Hansen*, die echter niet gaat over de weigering van het stellen van prejudiciële vragen, maar over het verlofstelsel in hoger beroep in Noorwegen. In het Noorse systeem kan een verzoek om verlof in hoger beroep worden afgewezen met een beknopte motivering als dat verzoek geen kans van slagen heeft. Het EHRM stelt in *Hansen* dat een gerecht in hoger beroep kan volstaan met een beknopte motivering op basis van een specifieke wettelijke bepaling wanneer het beroep geen kans van slagen heeft.<sup>21</sup> Die redenering wordt door de Afdeling doorgetrokken naar de Nederlandse praktijk van art. 91 lid 2 Vw.<sup>22</sup>

Vlak daarna oordeelt ook de Hoge Raad dat er geen problemen zijn met de toepassing van art. 80a en 81 RO wanneer besloten wordt geen prejudiciële vragen te stellen. Met slechts een verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling en zonder enige rechtspraak van het EHRM te noemen, wordt gesteld dat de twee gronden voor een beknopte motivering reeds impliceren dat één van de uitzonderingsgronden van toepassing is.<sup>23</sup> In een volgende zaak betoogt advocaat-generaal Wattel echter dat de Hoge Raad te gemakkelijk de redenering van de Afdeling heeft overgenomen. Allereerst is volgens hem de zaak *Hansen* helemaal niet relevant in deze context, omdat die uitspraak niet gaat over een

---

21 EHRM 2 oktober 2014, zaaknr. 15319/09, ECLI:CE:ECHR:2014:1002JUD001531909 (*Hansen*), AB 2015/54, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, par. 80.

22 ABRvS 5 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:785, JV 2015/139, m.nt. Groenendijk, FED 2015/51, m.nt. Pechler, par. 1.6.

23 HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1332, NJ 2015/337, m.nt. Borgers, AB 2015/418, m.nt. Ortlep, par. 2.1.

verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen. De specifieke rechtspraak vereist dat een uitspraak laat zien dat een verzoek om verwijzing is beoordeeld en dat bij afwijzing duidelijk wordt waarom één van de uitzonderingsgronden van toepassing is. Een enkele verwijzing naar art. 91 lid 2 Vw of art. 80a of 81 RO voldoet daar niet aan, aldus Wattel.<sup>24</sup> Wel leidt hij af uit het EHRM-arrest *Çelik*, niet betreffende een verzoek om verwijzing, dat wel met deze standaard-motiveringen kan worden volstaan wanneer de advocaat-generaal reeds heeft uitgelegd waarom verwijzing niet zinvol is in zijn conclusie en de verzoekende partij de kans heeft gehad om daarop te reageren.<sup>25</sup> Uiteindelijk adviseert Wattel de Hoge Raad om drie vragen omtrent de motiveringsplicht voor te leggen aan het Hof van Justitie.<sup>26</sup> De Hoge Raad gaat daar echter niet in mee en doet de zaak af op basis van art. 81 lid 1 RO.<sup>27</sup>

Wattel is niet de enige die kritiek heeft op de redenering van de twee hoogste rechters. Een belangrijk punt van kritiek is de eenvoudige wijze waarop overwegingen die betrekking hebben op de algemene plicht om rechterlijke uitspraken te motiveren, worden doorgetrokken naar de motiveringsplicht bij de weigering tot het stellen van prejudiciële vragen. Verwarrend is dat de algemene motiveringsplicht ook gebaseerd is op art. 6 lid 1 EVRM. Deze plicht is aanmerkelijk soepeler dan wat het EHRM voorschrijft in de lijn van *Dhahbi*.<sup>28</sup> De vraag die daardoor rijst en waar Wattel ook op wijst, is of de motiveringsplicht in de context van de prejudiciële procedure een onderdeel is van de algemene motiveringsplicht, of dat deze moet worden gezien als een *lex specialis*. Met andere woorden: kunnen de doorgaans soepele overwegingen over motivering buiten de context van de prejudiciële procedure ook worden toegepast binnen die context? De Afdeling en de Hoge Raad gaan er duidelijk van uit dat dit wel mogelijk is. Toch valt daar wel het één en ander tegen in te brengen. Zo blijkt uit de eerdere rechtspraak van het EHRM waarin nog niet wordt gesproken van een motiveringsplicht, dat de weigering om prejudiciële vragen te stellen wordt gezien vanuit het recht op toegang tot een gerecht.<sup>29</sup> Dat impliceert dat het gaat om een andere lijn van rechtspraak, waarbij motivering

24 HR 18 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:996 (concl. P.J. Wattel), *NTFR* 2015/2633, m.nt. Djebali, par. 6.18.

25 EHRM 27 augustus 2013, zaaknr. 12810/13, ECLI:CE:ECHR:2013:0827DEC001281013 (*Çelik/Nederland*), par. 39; HR 18 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:996 (concl. A-G Wattel), *NTFR* 2015/2633, m.nt. Djebali, par. 7.7.

26 HR 18 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:996 (concl. A-G. Wattel), *NTFR* 2015/2633, m.nt. Djebali, par. 9.

27 HR 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2796, *AB* 2015/417, m.nt. Ortlep.

28 EHRM 22 februari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0222JUD000150902 (*López Ribalda e.a./Spanje*), *AB* 2007/324, m.nt. Barkhuysen en Schuurmans, par. 58.

29 EHRM 22 juni 2000, zaaknr. 32492/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0622JUD003249296 (*Coëme e.a./België*), *EHRC* 2000/65, par. 114; EHRM 5 november 2002, zaaknr. 32576/96, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD003257696 (*Wymen e.a./België*), *EHRC* 2002/108, par. 41.; EHRM 15

slechts een doel is om een ander middel te bereiken, namelijk een oordeel van de juiste rechter. Het *lex specialis*-karakter blijkt eveneens uit de *concurring opinion* van rechter Wojtyczek in *Schipani*. Wojtyczek geeft daarin aan dat hij zich niet kan vinden in de strengere motiveringseisen die worden gehanteerd voor prejudiciële verzoeken ten opzichte van andere rechterlijke besluiten.<sup>30</sup> Daaruit kan dus worden afgeleid dat er sprake is van twee afzonderlijke lijnen in de rechtspraak.<sup>31</sup> Ten slotte onderscheidt het EHRM in zijn oordelen vanaf *Dhahbi* de twee verschillende lijnen netjes van elkaar. In *Dhahbi* en *Schipani* wordt in de relevante overwegingen nergens verwezen naar uitspraken buiten de context van de prejudiciële procedure, en vice versa.<sup>32</sup> Hoewel de Afdeling en de Hoge Raad dus geen consequenties verbinden aan de *Dhahbi*-lijn van het EHRM, valt er op hun redenering wel het nodige aan te merken. Tevergeefs zijn pogingen gedaan om de conformiteit van het Nederlandse systeem via een prejudiciële verwijzing aan het Hof van Justitie voor te leggen.<sup>33</sup> Daarnaast is er een klacht ingediend bij de Europese Commissie.<sup>34</sup> De Commissie besluit echter geen inbreukprocedure te starten.<sup>35</sup> Uitsluitel wordt uiteindelijk pas geboden wanneer de Nederlandse zaak *Baydar* bij het EHRM terecht komt.

## 5 DE INTERVENTIE VAN HET HOF VAN JUSTITIE

Alvorens de uitspraak in *Baydar* te bespreken, is het zinvol eerst nog een klein uitstapje te maken voor een vollediger achtergrondbeeld. Tot dusver ontbreekt in dit verhaal immers nog een belangrijke actor in de vorm van het Hof van

---

juli 2003, zaaknr. 33400/96, ECLI:CE:ECHR:2003:0715JUD003340096 (*Ernst e.a./België*), par. 73.

30 EHRM 21 juli 2015, zaaknr. 38369/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD003836909 (*Schipani e.a./Italië*), EHRC 2015/203, m.nt. Beijer en Krommendijk.

31 A.M. Reneman, 'Ongemotiveerde afwijzing van verzoeken om prejudiciële vragen', *JNVR* 2015, p. 32-33; P.F. de Miranda Barros e.a., 'In the Light of the Unity and Development of Law and Legal Protection', *Migration Law Clinic*, juli 2016, migrationlawclinic.files.wordpress.com/2016/07/final-version-expert-opinion-preliminary-questions-july2016.pdf.

32 Zie de noot van Pechler onder randnr. 3 bij ABRvS 5 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:785, *FED* 2015/51.

33 *Advocatenblad* 4 juli 2016, 'Gezocht: ongemotiveerde afwijzing van verzoek om prejudiciële vraag', [advocatenblad.nl/?p=87977](http://advocatenblad.nl/?p=87977).

34 Het klachtenformulier is beschikbaar via [scheersadvocatuur.nl/wp-content/uploads/2017/03/klacht-EC-motivering-prejud.pdf](http://scheersadvocatuur.nl/wp-content/uploads/2017/03/klacht-EC-motivering-prejud.pdf).

35 E. Scheers, 'Europese Commissie: geen inbreukprocedure m.b.t. het door de hoogste Nederlandse rechters ongemotiveerd afdoen van verzoeken om uitleg EU-recht', 29 oktober 2018, [linkedin.com/pulse/europese-commissie-geen-inbreukprocedure-mbt-het-door-erik-scheers](https://www.linkedin.com/pulse/europese-commissie-geen-inbreukprocedure-mbt-het-door-erik-scheers).



Justitie, oftewel de gesprekspartner van de nationale rechter in de prejudiciële dialoog. Het Hof van Justitie heeft zich nooit uitdrukkelijk uitgesproken over een mogelijke motiveringsplicht bij het niet-verwijzen van prejudiciële vragen. Op het eerste gezicht ligt een motiveringsplicht vanuit het perspectief van het Hof van Justitie niet erg voor de hand. Zoals al eerder benoemd beschouwt het Hof de prejudiciële procedure immers als een dialoog tussen twee rechters, waarbij geen rol is weggelegd voor de partijen. Toch zou een motiveringsplicht voort kunnen vloeien uit het EU-rechtelijke equivalent van art. 6 lid 1 EVRM: art. 47 Hv. Het valt ook te betogen dat dat het geval zou moeten zijn.<sup>36</sup> Allereerst omdat de rechtspraak van het EHRM in die richting wijst. Strikt genomen is het Hof van Justitie niet gebonden aan de rechtspraak van het EHRM.<sup>37</sup> Art. 52 lid 3 en 53 Hv vereisen echter wel, kort gezegd, dat de rechten in het Handvest die corresponderen met rechten uit het EVRM minimaal hetzelfde beschermingsniveau bieden. Bovendien geldt dat minimale beschermingsniveau niet alleen voor het EVRM, maar ook voor de constitutionele tradities van de lidstaten (art. 52 lid 4 en 53 Hv). Betoogd kan worden dat het Hof van Justitie inspiratie zou moeten halen uit de trend onder de lidstaten waarbij in toenemende mate een zeker recht op prejudiciële verwijzing wordt afgeleid uit de nationale constitutie. In ieder geval in Duitsland, Oostenrijk, Spanje, Slowakije, Tsjechië, Slovenië en Hongarije is een dergelijk recht te vinden.<sup>38</sup>

Aanvankelijk komen er enkele signalen vanuit het Hof van Justitie die iets weg hebben van een aanloop naar een motiveringsplicht op basis van art. 47 Hv. Advocaat-generaal Bot stelt in één van zijn conclusies dat er voor rechters die in laatste instantie rechtspreken “een verzwaard motiveringsvereiste” geldt wanneer zij afzien van prejudiciële verwijzing.<sup>39</sup> Vervolgens overweegt het Hof van Justitie zelf in de zaak *AFNE* dat een nationale rechter “uitvoerig moet aantonen” dat hij is vrijgesteld van zijn verwijzingsplicht.<sup>40</sup> Concreter

---

36 Zie uitgebreider J.T. Claassen, ‘De prejudiciële procedure en het recht op effectieve rechtsbescherming: naar een Europese motiveringsplicht voor niet-verwijzende rechters?’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2017, p. 127-145.

37 HvJ EU Advies 2/13, 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, *EHRC* 2015/65, m.nt. Krommendijk en Beijer, par. 179.

38 C. Lacchi, ‘Multilevel judicial protection in the EU and preliminary references’, *Common Market Law Review* 2016 (3), p. 694; R. Valutyte, ‘Legal Consequences For The Infringement Of The Obligation To Make A Reference For A Preliminary Ruling Under Constitutional Law’, *Jurisprudence* 2012, p. 1178.

39 HvJ EU 11 juni 2015, zaak C-160/14, ECLI:EU:C:2015:390 (*Ferreira da Silva*), par. 90, (concl. A-G Bot), *JB* 2015/168, m.nt. Beijer en Krommendijk.

40 HvJ EU 28 juli 2016, zaak C-379/15, ECLI:EU:C:2016:603 (*AFNE*), par. 52, *JB* 2016/18, m.nt. De Waele en Krommendijk. Deze overweging speelt echter wel binnen de bijzondere context van de buitengewone bevoegdheid van de nationale rechter om de gevolgen van een verklaring dat nationaal recht in strijd is met EU-recht, in de tijd te beperken,

dan deze korte overwegingen wordt het echter niet. Een uitgelezen mogelijkheid om opheldering te geven dient zich aan in de zaak *Aquino*. In deze Belgische zaak stelt de rechter als derde vraag of art. 267 lid 3 VWEU, gelezen in het licht van art. 47 en 52 lid 3 Hv, wordt geschonden wanneer een verzoek om prejudiciële verwijzing wordt afgedaan met een standaardmotivering gebaseerd op Belgisch recht.<sup>41</sup> Het Hof van Justitie herformuleert deze vraag echter en beantwoordt de vraag of een nationale rechter in laatste instantie verplicht is om te verwijzen als het cassatieberoep niet-ontvankelijk is op nationale procedurele gronden.<sup>42</sup> Daarmee lijkt het Hof van Justitie de vraag omtrent de motiveringsplicht te willen omzeilen. Het Hof bevindt zich hier dan ook in een niet te benijden situatie. Het erkennen van een motiveringsplicht zou moeilijk verenigbaar zijn met de eigen opvattingen over de prejudiciële procedure. Bovendien ligt het van bovenaf opleggen van een motiveringsplicht gevoelig in het licht van de verhoudingen met de nationale rechters.<sup>43</sup> Minstens zo gevoelig ligt daarentegen het publiekelijk verwerpen van de rechtspraak van het EHRM. Tegen die achtergrond is het begrijpelijk dat het Hof van Justitie niet openlijk stelling heeft genomen in *Aquino*. In plaats daarvan heeft het zijn standpunt via de diplomatieke weg kenbaar gemaakt. In een persbericht maakt het Hof van Justitie bekend dat op 7 maart 2016 een delegatie van het EHRM op bezoek is geweest. Tijdens dat bezoek is een drietal onderwerpen besproken, waaronder “de prejudiciële procedure en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”.<sup>44</sup> EHRM-rechter Pinto de Albuquerque is één van de aanwezigen bij die bijeenkomst. Tijdens een latere presentatie geeft hij desgevraagd aan dat er bij die bijeenkomst vanuit het Hof van Justitie is aangegeven dat men zich niet kan vinden in de Straatsburgse motiveringsplicht, omdat het EHRM zich daarmee zou bemoeien met de werklust van het Hof.

---

zie HR 19 januari 2018, ECLI:NL: PHR:2018:54 (concl. A-G Wissink), *JAR* 2019/35, m.nt. Bruyninckx, par. 6.11.

41 De motivering luidt dat de vraag niet wordt verwezen “aangezien de middelen niet ontvankelijk zijn wegens een aan de rechtspleging voor het Hof eigen reden.”; HvJ EU 15 maart 2017, zaak C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209 (*Aquino*), *SEW* 2017/12, m.nt. Timmermans, par. 29.

42 HvJ EU 15 maart 2017, zaak C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209 (*Aquino*), *SEW* 2017/12, m.nt. Timmermans, par. 41-56.

43 Vergelijk C.W.A. Timmermans, ‘De Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EU als partners in de prejudiciële procedure’, *TCR* 2015, p. 114; M.A. Loth, ‘De hoogste nationale rechter en de Europese hoven – Naar een systeem van checks-and-balances tussen gerechten?’, *TCR* 2015, p. 130.

44 Perscommuniqué van het Hof van Justitie, nr. 25/2016, 7 maart 2016, [curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-03/cp160025en.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-03/cp160025en.pdf).

Het EHRM zou dat standpunt hebben geaccepteerd.<sup>45</sup> Een belangrijke ontwikkeling bij het EHRM lijkt daarmee grotendeels achter de schermen te hebben plaatsgevonden.

## 6 DE TERUGTRED VAN HET EHRM

De vraag is vervolgens op welke wijze het EHRM de Nederlandse motiveringspraktijk zal beoordelen in *Baydar*. Noemenswaardig is dat de Europese Commissie in *Baydar* nog door het EHRM is uitgenodigd als interveniënt. De Commissie heeft daar echter geen gebruik van gemaakt.<sup>46</sup> *Baydar* draait om een uitspraak van de strafkamer van de Hoge Raad over mensensmokkel. De verdachte is in beroep onder andere veroordeeld voor het “verschaffen van verblijf” in Nederland, Duitsland en Denemarken in de zin van art. 197a lid 2 van het Wetboek van Strafrecht (Sr). In cassatie stelt de verdachte dat niet is bewezen dat hij Iraakse migranten verblijf heeft verschaft. Hij zou migranten slechts doorgang hebben geprobeerd te verschaffen naar Denemarken via Nederland en Duitsland. In de praktijk ‘verbleven’ de migranten slechts kort en tijdelijk in Nederland en Duitsland, en hebben zij Denemarken nooit bereikt. Daardoor zou van “verblijf” in de zin van art. 197a lid 2 Sr nooit sprake zijn geweest. Advocaat-generaal Vegter concludeert dat dit middel verworpen dient te worden. Hij stelt dat de Hoge Raad altijd al een ruime interpretatie heeft gegeven aan de term “verblijf” en dat daar met de implementatie van Richtlijn 2002/90<sup>47</sup> en Kaderbesluit 2002/946/JBZ<sup>48</sup> geen verandering is gekomen. Ook de kortstondige verblijven in casu vallen dus binnen dit begrip.<sup>49</sup> De conclusie van de advocaat-generaal heeft de verdediging blijkbaar wakker geschud, want in de Borgers brief, waarin gereageerd mag worden op de conclusie, wordt voor het eerst een voorwaardelijk verzoek gedaan om prejudiciële vragen te stellen over de uitleg van het begrip “verblijf” in de zin van de genoemde richtlijn,

---

45 ‘Lecture Judge Paulo Pinto de Albuquerque: *Brexit and Human Rights – What does the Future Hold for the UK and Europe?*, 20 december 2018, Radboud Universiteit Nijmegen, ru.nl/law/@1182918/lecture-judge-paulo-pinto-de-albuquerque-brexit.

46 EHRM 24 april 2018, zaaknr. 55385/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD005538514 (*Baydar/Nederland*), EHRC 2018/42, m.nt. Claassen en Krommendijk, par. 6.

47 Richtlijn 2002/90/EG van de Raad van 28 november 2002 tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, *Pb. EG* 2002 L 328, p. 17.

48 Kaderbesluit 2002/946/JBZ van de Raad van 28 november 2002 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, *Pb. EG* 2002 L 328, p. 17.

49 HR 10 december 2013, ECLI:NL:PHR:2013:2461 (concl. A-G Vegter), par. 25-32.

mocht de Hoge Raad meegaan met de advocaat-generaal.<sup>50</sup> De Hoge Raad verwerpt het middel echter op basis van art. 81 lid 1 RO zonder dit verzoek in zijn uitspraak te noemen.<sup>51</sup>

Vanuit het perspectief van *Dhahbi* lijkt dit onmiskenbaar een schending van art. 6 EVRM: het verzoek wordt niet eens genoemd, dus het is niet duidelijk voor de verdachte of en hoe zijn verzoek beoordeeld is. Toch oordeelt het EHRM anders. De *Dhahbi*-toets lijkt plaats gemaakt te hebben voor een aanmerkelijk mildere variant.<sup>52</sup> Er is geen sprake van een *lex specialis* meer. Voor de eerste keer gebruikt het EHRM overwegingen uit rechtspraak betreffende de soepelere, algemene motiveringsplicht in een zaak betreffende een verzoek om prejudiciële verwijzing. De standaardoverwegingen uit die algemene motiveringsplicht worden opgesomd: deze plicht betekent niet dat er een uitvoerig antwoord gegeven hoeft te worden op ieder argument. De vereiste motivering is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>53</sup> In wat lijkt op een poging om zijn wending te camoufleren, verwijst het EHRM vervolgens naar een aantal uitspraken van vóór *Dhahbi* waarin geen schending van art. 6 EVRM wordt vastgesteld vanwege de gebrekkige kwaliteit van het verzoek om verwijzing.<sup>54</sup> Daarna worden *Ullens de Schooten*, *Dhahbi* en *Schipani*, en de plicht om één van de drie *Cilfit*-gronden te noemen toch nog aangehaald.<sup>55</sup>

Bij de toepassing van dit kader op de voorliggende zaak stelt het EHRM allereerst dat het doel van de Nederlandse wetgever met art. 80a en 81 RO acceptabel is. Eveneens accepteert het de uitleg van de Hoge Raad in zijn latere arrest dat er een impliciete motivering voortvloeit uit deze bepalingen. Het EHRM ziet dus geen problemen in dit systeem, zolang uit de omstandigheden van de zaak niet blijkt dat het besluit arbitrair of kennelijk onredelijk is.<sup>56</sup> In casu is van zulke omstandigheden volgens het EHRM geen sprake. Het cassatieberoep is beoordeeld door drie rechters na kennisneming van de conclusie van de advocaat-generaal en de reactie van verdachte daarop. Daarmee is het EHRM ervan overtuigd dat de Hoge Raad de middelen van de verdachte naar

---

50 EHRM 24 april 2018, zaaknr. 55385/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD005538514 (*Baydar/Nederland*), par. 13.

51 HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:479, *RvdW* 2014/441, par. 4.

52 Ook de Estse EHRM-rechter Laffranque, die niet in deze kamer zat, erkent in een artikel geschreven op persoonlijke titel dat *Baydar* 'niet helemaal in lijn is' met de voorwaarden uit *Dhahbi*: J. Laffranque, '(Just) give me a reason...', *Juridica International* 2018, p. 23.

53 EHRM 24 april 2018, zaaknr. 55385/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD005538514 (*Baydar/Nederland*), par. 40.

54 EHRM 24 april 2018, zaaknr. 55385/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD005538514 (*Baydar/Nederland*), par. 41-43.

55 EHRM 24 april 2018, zaaknr. 55385/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD005538514 (*Baydar/Nederland*), par. 44.

56 EHRM 24 april 2018, zaaknr. 55385/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD005538514 (*Baydar/Nederland*), par. 47-50.

behoren heeft beoordeeld.<sup>57</sup> Kort gezegd lijkt het EHRM zich dus te baseren op een tweevoudige toets. Allereerst, heeft de wettelijke grondslag voor een beknopte motivering in het algemeen een legitiem doel en kunnen de *Cilfit*-gronden eruit afgeleid worden? En vervolgens, zijn er in casu omstandigheden die erop duiden dat het verzoek om verwijzing op arbitraire wijze is gepasseerd? De eerste vraag lijkt met *Baydar* voor Nederland in zijn algemeenheid positief te zijn beantwoord. De tweede stap lijkt op het eerste gezicht enkel bedoeld voor de zeer extreme gevallen, zeker met de achtergrond dat op basis van de *arbitrariness*-toets van vóór de motiveringsplicht nooit een schending van art. 6 EVRM is vastgesteld.

Is daarmee de discussie over het verkort afdoen van een verzoek om verwijzing in Nederland ten einde? Vanuit het EU-recht hoeft duidelijk weinig verwacht te worden. En ook het EHRM lijkt aanvankelijk de terugtred door te zetten. *Baydar* wordt gevolgd door de Hongaarse zaak *Somorjai*. Daar wordt een nog formelere benadering gekozen, waarbij een wettelijke grondslag om niet te hoeven motiveren volstaat. Het EHRM overweegt dat onder Hongaars procesrecht een partij zijn gronden in beroep compleet en onderbouwd moet presenteren, zonder te verwijzen naar eerdere processtukken. Nu de partij in kwestie geen verzoek om verwijzing heeft gedaan in deze laatste instantie, lijkt de gebrekkige motivering van de Hongaarse rechter in lijn te zijn met het nationale procesrecht, aldus het EHRM.<sup>58</sup> Van willekeur is geen sprake, omdat de Hongaarse rechter heeft geoordeeld dat de relevante bepaling van nationaal recht conform de Europese verordening in kwestie is.<sup>59</sup> Ook in *Harisch* volgt een soortgelijke benadering. De Duitse tweedelijns- en cassatierechter mogen verlop in cassatie weigeren met een beknopte motivering, ook wanneer er een verzoek om verwijzing is gedaan, omdat uit de nationale wettelijke grondslag afgeleid kan worden dat een prejudiciële verwijzing niet nodig is in een dergelijk geval.<sup>60</sup> In zijn eigen uitspraak heeft de tweedelijnsrechter reeds voldoende motivering gegeven door kenbaar te maken dat hij de rechtspraak van het Hof van Justitie duidelijk vindt.<sup>61</sup> Een impliciete motivering in de uitspraak zelf volstaat dus ook en hoeft niet noodzakelijk voort te vloeien uit een wettelijke grondslag.

---

57 EHRM 24 april 2018, zaaknr. 55385/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD005538514 (*Baydar/Nederland*), par. 51-52.

58 EHRM 28 augustus 2018, zaaknr. 60934/13, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD006093413 (*Somorjai/Hongarije*), EHRC 2018/207, m.nt. Krommendijk, par. 59-60.

59 EHRM 28 augustus 2018, zaaknr. 60934/13, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD006093413 (*Somorjai/Hongarije*), par. 61-62.

60 EHRM 11 april 2019, zaaknr. 50053/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0411JUD005005316 (*Harisch/Duitsland*), par. 39-40.

61 EHRM 11 april 2019, zaaknr. 50053/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0411JUD005005316 (*Harisch/Duitsland*), par. 38.

## 7 EIND GOED, AL GOED?

Toch doet deze rechtspraak niet af aan de ontevredenheid die nog altijd heerst onder partijen over de Nederlandse praktijk. Niet alleen ten aanzien van besluiten om niet te verwijzen, maar ook in bredere zin, blijft de praktijk met name kritisch op de verkorte afdoeningen op basis van art. 91 lid 2 Vw door de Afdeling. Deze aanhoudende discussie is voor de Afdeling recent nog reden geweest om een overzichtsuitspraak te doen over de toepassing van deze grondslag.<sup>62</sup> In deze uitspraak zet zij uitgebreid haar besluitvormingsproces bij een verkorte afdoening uiteen, waarbij ook specifiek wordt ingegaan op het geval dat er een verzoek om verwijzing is gedaan.<sup>63</sup> Kort daarna organiseert de Afdeling ook een bijeenkomst met vertegenwoordigers uit onder meer de advocatuur, rechterlijke macht en IND, om te spreken over het motiveren van uitspraken door de Afdeling in het vreemdelingenrecht.<sup>64</sup> Met de signalen vanuit Luxemburg en de gehoorzaamheid vanuit Straatsburg zal het echter lastig zijn om de Nederlandse rechters ervan te overtuigen meer tijd te investeren in het motiveren van hun besluiten om niet te verwijzen.

Die gehoorzaamheid van het EHRM aan Luxemburg is echter geen gegeven. In *Somorjai* geven rechter Sajó en Pinto de Albuquerque een *joint separate opinion* waarin zij beargumenteren dat het gebrek aan motivering van de Hongaarse rechter een schending van art. 6 EVRM is. De focus van de meerderheid op de afwezigheid van een verzoek om verwijzing, terwijl er wel vragen over de interpretatie van EU-recht worden aangevoerd, vinden beide rechters te formalistisch. Deze interpretatievragen zouden reeds aanleiding moeten geven tot enkele overwegingen omtrent de *Cilfit*-gronden. Interessant is met name dat wat betreft de *acte clair*-doctrine wordt gepleit voor een verdergaande motiveringsplicht dan slechts het benoemen, al dan niet impliciet, van deze grond. In casu overwegen de twee rechters dat de relevante EU-rechtbepaling de crux van de procedure is en dat over die bepaling nog nooit prejudiciële vragen zijn gesteld. Met andere woorden, de vraag is relevant en geen *acte éclairé*. De enige mogelijke uitzondering is de *acte clair*-doctrine. Voor een beroep op die doctrine zou de Hongaarse rechter in elk geval enige motivering omtrent zijn interpretatie van deze EU-rechtbepaling moeten geven volgens

---

62 'Overzichtsuitspraak verkorte motivering in het vreemdelingenrecht', 3 april 2019, raadvanstate.nl/@114707/overzichtsuitspraak.

63 ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1061, *JV* 2019/115, m.nt. Scheers, met name par. 30.

64 *Advocatenblad* 14 mei 2019, 'Raad van State spreekt met advocaten over ongemotiveerde uitspraken', [advocatenblad.nl/2019/05/14/raad-van-state-sprekt-met-advocaten-over-ongemotiveerde-uitspraken/](http://advocatenblad.nl/2019/05/14/raad-van-state-sprekt-met-advocaten-over-ongemotiveerde-uitspraken/).

Sajó en Pinto de Albuquerque.<sup>65</sup> Dit expliciete vereiste om niet alleen te motiveren dát, maar ook waaróm de vraag een *acte clair* is, gaat verder dan het EHRM ooit heeft geoordeeld en zou problematisch zijn voor de Nederlandse praktijk. Staat de interpretatie van een EU-rechtbepaling centraal waar nog geen rechtspraak van het Hof van Justitie over is, dan zou immers niet meer met de impliciete motivering uit de standaardoverweging kunnen worden volstaan, maar moet concrete EU-rechtspraak of -regelgeving worden genoemd.

Dat het na *Baydar* nog daadwerkelijk tot een dergelijke motiveringsplicht komt lijkt misschien niet heel waarschijnlijk, maar is ook niet ondenkbaar. In de opvolgende Litouwse zaak *Baltic Master* gaat het EHRM in een comité bestaande uit drie rechters unaniem mee met deze benadering van de *acte clair*-doctrine en komt het na *Dhahbi* en *Schipani* voor de derde keer tot een schending van art. 6 EVRM. Pinto de Albuquerque is voorzitter in deze zaak. Opvallend genoeg gaan de twee rechters andere rechters, Kūris en Motoc, mee met zijn progressieve benadering, terwijl zij in *Somorjai* nog de formalistische insteek van de meerderheid onderschreven. Het EHRM overweegt in *Baltic Master* dat één van de partijen een zeer specifiek verzoek heeft gedaan om prejudicieel te verwijzen, waarin zes prejudiciële vragen worden geformuleerd. Er is dus geen sprake van een te algemeen verzoek. Vervolgens stelt het EHRM dat de Litouwse hoogste bestuursrechter geen beknopte motivering heeft gegeven. Daarmee wordt vermoedelijk een beknopte motivering *op basis van een wettelijke grondslag* bedoeld. Het EHRM maakt namelijk een tegenstelling ("*compare and contrast*") met *Baydar* waar wel zo'n wettelijke grondslag was. De Litouwse rechter heeft bovendien wel degelijk gesteld dat er geen noodzaak is om te verwijzen, omdat de correcte toepassing van het EU-recht helder is in casu.<sup>66</sup> Nu er geen wettelijke grondslag is voor een beknopte motivering vereist het EHRM "uitgebreide verwijzingen" naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, maar deze ontbreken eveneens. De Litouwse regering heeft in de procedure bij het EHRM nog nationale en Europese rechtspraak ingebracht om aan te tonen dat de relevante rechtspraak al ver gevorderd en dus *clair* is. Omdat geen van deze uitspraken echter is genoemd door de Litouwse rechter, kunnen zij niet de basis zijn voor de weigering om prejudiciële vragen te stellen.<sup>67</sup> Het gaat het EHRM hier dus enkel om de motivering van het besluit om niet te verwijzen en niet om de EU-rechtelijke juistheid.

---

65 EHRM 28 augustus 2018, zaaknr. 60934/13, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD006093413 (*Somorjai/Hongarije*).

66 EHRM 16 april 2019, zaaknr. 55092/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD005509216 (*Baltic Master/Litouwen*), par. 16.

67 EHRM 16 april 2019, zaaknr. 55092/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD005509216 (*Baltic Master/Litouwen*), par. 41-43.

Zeer opvallend is dat *Baltic Master*, ondanks de vergaande motiveringsplicht van het beroep op de *acte clair*-doctrine, een *importance level* 3 heeft gekregen. Deze laagste categorie geeft aan dat de uitspraak een simpele toepassing van bestaande rechtspraak is. Bovendien zorgt het ervoor dat de uitspraak lastiger te vinden en minder zichtbaar is, onder andere omdat deze uitspraken geen deel uitmaken van de persberichten.<sup>68</sup> De vreemde behandeling van deze zaak duidt er op het eerste gezicht mogelijk op dat de gekozen benadering niet op brede steun kan rekenen binnen het EHRM. Als twee weken na *Baltic Master* een uitspraak volgt met zes 'nieuwe' rechters, en rechter Kūris die bij zowel *Somorjai* als *Baltic Master* betrokken was, lijkt die steun inderdaad te ontbreken. In *Szövetkezet* ligt er net als in *Baltic Master* een verzoek tot het stellen van vier geformuleerde prejudiciële vragen. De Hongaarse rechter motiveert niet beknopt op basis van een wettelijke grondslag, dus zouden er volgens *Baltic Master* ook weer "uitgebreide verwijzingen" naar de rechtspraak van het Hof van Justitie vereist zijn. Dat is echter absoluut niet het geval. De derde voorgestelde vraag komt er volgens het EHRM bijvoorbeeld op neer of staatsaansprakelijkheid is uitgesloten wanneer de verzoekende partij zich niet expliciet op die grondslag heeft gebaseerd in de procedure. Die vraag had de Hongaarse rechter explicieter kunnen beantwoorden volgens het EHRM. De gegeven impliciete motivering die dezelfde Hongaarse rechter al in de eerdere procedure aan deze partij heeft gegeven, is echter nog steeds voldoende.<sup>69</sup> Van de expliciete verwijzingen die in *Baltic Master* worden gevraagd is dus niets terug te zien. Daarmee lijken er verschillende lijnen door het EHRM te worden gehanteerd, die deels te verklaren zijn op basis van de samenstelling van de betreffende formaties.

## 8 CONCLUSIE

De Nederlandse praktijk ten aanzien van het verwerpen van verzoeken om prejudiciële verwijzing met een beknopte motivering leidt voor partijen regelmatig tot onbevredigende uitkomsten. Het Handvest zal partijen daar echter geen steun in bieden. Op basis van art. 6 EVRM, ontwikkelde de motiveringsplicht van het EHRM zich in *Dhahbi* tot een plicht waar de Nederlandse bepalingen niet aan voldoen. Hoewel het Handvest met art. 47 een corresponderend recht kent, is het Hof van Justitie bij de interpretatie van deze bepaling niet meegegaan in het beschermingsniveau van het EHRM. Daarmee bleef er voor Nederland ruimte om zich nog niet over te geven aan Straatsburg. Bovendien werd een helder signaal afgegeven aan het EHRM, dat vervolgens

---

68 Het *importance level* van een zaak is te vinden onder het tabblad 'Case Details' in Hudoc. Zie voor de toelichting [echr.coe.int/Documents/HUDOC\\_FAQ\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/HUDOC_FAQ_ENG.pdf).

69 EHRM 20 april 2019, zaaknr. 70750/14, ECLI:CE:ECHR:2019:0430JUD007075014 (*Szövetkezet/Hongarije*), par. 58.



vanuit het perspectief van de Nederlandse rechters precies op tijd een stap terug deed. Toch blijft de motiveringsplicht voor niet-verwijzing een punt dat de verhoudingen tussen het EVRM en het Handvest op scherp zet. Waar het standpunt van het Hof van Justitie helder lijkt, blijkt eveneens dat niet alle rechters van het EHRM zich daarin kunnen vinden. Vanwege de interne verdeeldheid in Straatsburg zou het goed zijn als deze kwestie wordt voorgelegd aan een Grote Kamer. Mocht het EHRM daadwerkelijk weer teruggaan naar een strengere motiveringsplicht, dan wordt het interessant om te zien hoe het Hof van Justitie daarmee omgaat. Als het Hof van Justitie zich afzijdig houdt, zal dat vermoedelijk betekenen dat meerdere lidstaten, waaronder Nederland, hun motiveringspraktijk significant zullen moeten herzien, met alle praktische gevolgen van dien. Het alternatief voor het Hof van Justitie is om zelf aan te geven wat voor minimale verplichting er voortvloeit uit art. 47 Hv. De meest voor de hand liggende wijze waarop het Hof van Justitie zich daarover zou kunnen uitspreken, is nota bene via een prejudiciële verwijzing van een nationale rechter. Ervan uitgaande dat het Hof van Justitie niet mee zal gaan met het EHRM, hebben de nationale rechters in dat opzicht nog altijd een troef achter de hand: een prejudiciële vraag over art. 47 Hv zou wel eens dé uitweg kunnen zijn wanneer de Straatsburgse rechtspraak wederom dreigend wordt.