Universiteit Utrecht

Aan de voorzitter van de vaste commissie SZW
t.a.v. mw dr Joyce Sylvester

Departement **IER**
Departement voor Europees, en Internationaal recht
Onderdeel Sociaal recht

Prof mr F.J.L. Pennings
Achter Sint Pieter 200
3512 HT Utrecht
f. pennings@uu.nl
Tel. 030 2537258

GRIFFIE EERSTE KAMER
NR. 149690.04
RUB. XU
DATUM 12 JAN 2012
KOPIE SZW
VERW. 32878

Utrecht, 7 januari 2012

Subject: adviesaanvraag Wet woonlandbeginsel
Uw kenmerk: 149690.02u

Geachte mevrouw Sylvester,

Graag voldoe ik aan uw verzoek om te antwoorden op uw adviesaanvraag van 21 december inzake het Voorstel Wet woonlandbeginsel in de sociale zekerheid (32 878), waarin u een aantal vragen stelt over de verhouding van het wetsvoorstel tot een aantal internationale normen.

Vraag 1. U vraagt allereerst of het juist dat het woonlandbeginsel niet toepasbaar is binnen de EU, maar wel bij uitkeringsgerechtigden die hun verblijf verplaatsen naar Turkije of andere landen waarmee een Associatie akkoord is gesloten.

I. Het woonlandbeginsel binnen de EU

1. Alvorens ik in zal gaan op deze vraag is het goed om eerst vast te stellen of de voorgestelde maatregel binnen het EU-recht zou zijn toegestaan.
Het voorgestelde woonlandbeginsel houdt in, aldus de Memorie van Toelichting (Kamerstukken 32 878, nr 3), dat de hoogte van een uitkering wordt afgestemd op het kostenniveau van het land waar de belanghebbende of het kind woont. Het woonlandbeginsel maakt dus onderscheid naar de plaats waar iemand woont.
In de Memorie van Antwoord aan uw Kamer (Kamerstukken 32 878, C, p. 1/2) wordt de regeling nader omschreven als *niet* zijnde een 'regeling waarbij (louter) vanwege het wonen buiten Nederland de hoogte van de uitkering wordt aangepast. De hoogte

van de uitkering wordt immers alleen op een ander niveau vastgesteld dan het niveau dat geldt bij wonen in Nederland indien het kostenniveau van het woonland lager is dan dat van Nederland. (..) Daarnaast geldt dat in het kader van het onderhavige wetsvoorstel eerst de hoogte van het recht wordt vastgesteld op basis van het kostenniveau in het woonland en het aldus vastgestelde bedrag volledig wordt geëxporteerd. Er is dus geen sprake van gedeeltelijke intrekking van een eenmaal vastgesteld recht.'
Deze redenering wordt op verschillende plaatsen in deze Memorie van Antwoord herhaald en dient er met name toe om te betogen dat art. 6 van Besluit 3/80 (en vergelijkbare exportbepalingen - hierna te bespreken) niet op de voorgestelde regeling van toepassing zouden zijn.

2. De zojuist weergegeven redenering van de regering komt er op neer dat eerst de hoogte van de uitkering wordt vastgesteld. Daarbij wordt rekening gehouden met het woonlandbeginsel. Het bedrag dat aldus wordt vastgesteld wordt volledig geëxporteerd, er is dus geen sprake van vermindering als gevolg van export.
Deze systematiek is niet terug te vinden in de tekst en de plaats van de voorgestelde bepalingen van het wetsvoorstel. De voorgestelde artikelen betreffen immers enkel de de hoogte van de uitkering.
Stel dat iemand die in Nederland woont eerst een uitkering wordt toegekend en deze persoon pas later naar een land buiten de EU/EER-ruimte verhuist. Of stel dat iemand verhuist van een land buiten de EU/EER naar een ander land buiten de EU/EER, of wederom terug naar een EU-land. De voorgestelde regeling houdt bij dergelijke veranderingen geen eindiging van het recht en opnieuw vaststellen ervan in, maar de hoogte van het voortbestaande recht wordt direct beïnvloed door verhuizing naar het nieuwe woonland.
De door de regering voorgestane omschrijving van de werking van het woonlandbeginsel wordt dus niet ondersteund door de regeling zelf.

3. Bovendien moet worden bekeken of deze voorgestelde werking van het woonlandbeginsel geoorloofd zou zijn onder EU-recht. Als er bij het vaststellen van de regeling verwezen wordt gemaakt naar het woonland, dan zou (indirect) onderscheid naar nationaliteit worden gemaakt bij de vaststelling van de uitkering. Zoals ik in punt 16 zal aangeven, is dit erg problematisch in het licht van het EU-recht.

4. Eerst wil ik echter ingaan op de vraag of de voorgestelde regeling zou passen bij het geldende EU-recht en of de interpretatie door de regering hierbinnen zou passen.
In dit recht zijn vooral de bepalingen van de coördinatieverordeningen sociale zekerheid van belang. Art. 10 van Verordening 1408/71 luidt: '1. Tenzij in deze verordening anders is bepaald, kunnen de uitkeringen bij invaliditeit en ouderdom of de uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, de renten bij arbeidsongevallen of beroepsziekten en de uitkeringen bij overlijden, verkregen op grond van een wettelijke regeling van één of meer Lid-Staten, op generlei wijze worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurd verklaard op grond van het feit dat de rechthebbende op het grondgebied van een andere Lid-Staat woont dan die, op het grondgebied waarvan zich het orgaan bevindt dat deze uitkering verschuldigd is.

En artikel 7 van de huidige verordening, Verordening 883/2004, die Verordening 1408/71 inmiddels is opgevolgd, luidt: 'Tenzij in deze verordening anders bepaald, kunnen de uitkeringen verschuldigd op grond van de wetgeving van een of meer lidstaten of op grond van deze verordening, niet worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurd verklaard op grond van het feit dat de rechthebbende of de leden van zijn gezin in een andere lidstaat wonen dan die waar zich het orgaan bevindt dat deze uitkering verschuldigd is.'
Voor beantwoording van de vraag hoe het woonlandbeginsel moet worden geïnterpreteerd, en hoe de zojuist genoemde bepalingen moeten worden toegepast is op de eerste plaats het *Pinna*-arrest van het Hof van Justitie van belang.[1] Dit arrest is al van wat oudere datum, maar heeft volledig zijn betekenis behouden en het Hof verwijst hier zelf nog regelmatig naar.
In dit arrest was het toenmalige artikel 73, lid 2 van verordening 1408/71 in geding, dat bepaalde dat werknemers op wie de Franse wettelijke regeling van toepassing is, gezinsbijslagen werden toegekend voor hun gezinsleden die in een andere lidstaat wonen volgens de regeling van die lidstaat (dat wil zeggen, volgens de hoogte van de regeling van die landen, wel voor rekening van Frankrijk).
In het arrest toetste het Hof deze regeling aan het beginsel van gelijke behandeling (artikel 48 EG-verdrag, nu neergelegd in artikel 45 VWEU). In overweging 23 overwoog het Hof dat het beginsel van gelijke behandeling niet enkel openlijke discriminaties op grond van de nationaliteit verbiedt, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden.
In het arrest was het gehanteerde onderscheidingscriterium de wettelijke regeling van het woonland. Aangezien het vooral migrerende werknemers zijn die gezinsleden in het buitenland hebben wonen, trof deze regeling migrerende werknemers meer dan Franse werknemers. Hierbij komt dat aangezien de Franse bijslag hoger was dan de meeste andere, en migratie vooral van armere naar rijkere landen gaat, deze regeling vooral ongunstig was voor migrerende werknemers, zij het niet voor alle.
Het Hof oordeelde dat deze bepaling het beginsel van gelijke behandeling niet kan waarborgen en daarom niet mag worden aangewend in het kader van de toepassing van artikel 48 EG-verdrag (het huidige artikel 45 VWEU).
Artikel 10 van Verordening 1408/71 en artikel 7 van Verordening 884/2004 moeten worden geïnterpreteerd in het licht van het verdrag, en dus van het *Pinna*-arrest.

6. In pnt. 1 heb ik de redenering uit de Memorie van Antwoord weergegeven, dat de regering van oordeel is 'bij toepassing van het woonlandbeginsel evenwel geen sprake (is) van een regeling waarbij (louter) vanwege het wonen buiten Nederland de hoogte van de uitkering wordt aangepast. De hoogte van de uitkering wordt immers alleen op een ander niveau vastgesteld dan het niveau dat geldt bij wonen in Nederland indien het kostenniveau van het woonland lager is dan dat van Nederland.'
Als we deze redenering confronteren met de benadering van het Hof in het Pinna-arrest, dan zal duidelijk zijn dat deze de toets daaraan niet kan doorstaan. Toetssteen is immers het gelijkheidsbeginsel, zoals neergelegd in het EU-verdrag. Dus niet alleen de toepassing van de wetgeving van het woonland, maar ook toepassing van het

[1] Zaak 41/84, Jurispr. 1986.

kostenniveau in het woonland is een onderscheidingscriterium dat niet geoorloofd is als dit tot onderscheid leidt tussen nationale en migrerende werknemers.

7. Dat de in het wetsvoorstel voorgestelde regeling kan leiden tot onderscheid tussen Nederlanders en migrerende personen (en in de meeste gevallen ook daadwerkelijk zal leiden) staat vast.
De door de regering beschreven techniek van eerst vaststellen van de uitkering aan de hand van het woonlandbeginsel zou het Hof een verkapte vorm van discriminatie noemen en niet geoorloofd achten, aangezien het leidt tot ongelijke behandeling. Het Hof neemt hierbij als referentiegroep de personen in het land dat uitkering verschuldigd is, en maakt dus geen vergelijking van de situatie van betrokkenen. Dat migrerende personen als gevolg van coördinatiebepalingen beter af (zouden) kunnen zijn is al talloze malen aangevoerd, maar is nooit een argument geweest voor het Hof om anders te oordelen.
Binnen de EU (EER/Zwitserland) zou de voorgestelde regeling derhalve niet toegestaan zijn.

8. Op pag. 4 van MvA gaat de regering zelf in op de betekenis van het Pinna-arrest. Zij stelt dat de redenering van de Franse regering niet gebaseerd was op de kosten van levensonderhoud in het woonland, maar op de stelling dat de oorzaak van het verschil in behandeling gelegen zou zijn in de dispariteiten tussen de in de verschillende lidstaten geldende kinderbijslagregelingen. Dat is een wezenlijk andere situatie dan dat de hoogte van de uitkering voor betrokkenen buiten de EU/EER en Zwitserland wordt gebaseerd op het kostenniveau in het land waarin betrokkene woont, aldus de regering.
Deze redenering is niet geheel helder, aangezien ze elementen van verschillende niveaus vermengt. Niveau 1 betreft de argumenten voor de betreffende regeling. In het Nederlandse voorstel betreft dit de verschillen in kosten met het woonland. In het arrest worden geen argumenten van Frankrijk of de Raad genoemd of besproken waarom ze de in geding zijnde regeling zo hebben ingericht. Niveau 2 betreft de vraag of er sprake is van discriminatie. Frankrijk stelde dat er geen sprake was van discriminatie omdat dit niet volgde uit art. 73, maar uit het feit dat de regelingen van de lidstaten verschillen. Het Hof wees vervolgens dit argument af; de regeling maakt nu juist gebruik van die verschillen.
Het argument dat de regelingen van de lidstaten verschillen is natuurlijk niet de reden voor Frankrijk om de aparte regeling in de verordening te willen, want uitvoeringstechnisch maakte het land het zich niet eenvoudiger. De reden was, en we zijn nu weer op niveau 1, dat Frankrijk met hogere gezinsbijslagen het aantal geboorten van kinderen in Frankrijk wilde bevorderen en daarvoor een hogere kinderbijslag wilde betalen. Die hogere bijslag in het buitenland betalen zou niet bijdragen aan dit doel. Dit stond ook in de 12e overweging (Preambule) van de toenmalige verordening. Dit argument werd echter niet meer door Frankrijk aangevoerd, aangezien het Hof al eerder had geoordeeld dat bevolkingspolitiek geen rechtvaardigingsgrond was voor onderscheid in het kader van de coördinatie van sociale zekerheid,[2] zie ook onderdeel 7 van de conclusie van de A.G. bij het Pinna-

[2] Caisse Lille tegen Palermo, Jur. 1979, 2645.

arrest.
Het rekening houden met het kostenniveau in het woonland is een discussie die, zeker voor de kinderbijslag, al gevoerd wordt zolang als de betreffende bepalingen bestaan, en evenmin ooit reden geweest om de Verordening aan te passen. Het Hof zou dit ook zeker niet als rechtvaardigingsgrond hanteren, aangezien het als uitgangspunt neemt de gelijke behandeling met personen in het werkland. Daarbij wordt niet onderzocht of de nationale en migrerende werknemers van elkaar verschillen, maar of de regeling onderscheid maakt.

II Besluit 3/80 en het Akdas-arrest

9. In bovenstaande ben ik uitvoerig ingegaan op het EU-recht, aangezien dit op sommige punten doorwerking heeft op regelingen die van toepassing zijn op mensen die buiten de EU/EER (gaan) wonen. Dat geldt op de eerste plaats voor Besluit 3/80 van de Associatieraad EEG-Turkije.

10. Van belang hierbij is op de eerste plaats de exportbepaling, artikel 6 van Besluit 3/80, dat luidt dat "tenzij in dit besluit anders is bepaald, kunnen de uitkeringen bij invaliditeit, ouderdom of de uitkeringen aan nagelaten betrekkingen alsmede de renten bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, verkregen op grond van een wettelijke regeling van een of meer lidstaten, op generlei wijze worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurdverklaard op grond van het feit dat de rechthebbende in Turkije woont of op het grondgebied van een andere lidstaat dan die, op het grondgebied waarvan zich het orgaan bevindt dat deze uitkering verschuldigd is."
Dit artikel is qua bewoording gelijk of vrijwel gelijk aan respectievelijk art. 10 van Verordening 1408/71 en art. 7 Verordening 883/2004 (weergegeven in pnt. 4).

11. In het *Akdas*-arrest van het Hof van Justitie is de betekenis van art. 6 van Besluit 3/80 recentelijk aan de orde geweest.[3] In dit arrest oordeelde het Hof dat op grond van dit artikel de exportbeperking van de Toeslagenwet niet geoorloofd was. Op pag. 1 van de MvA citeert de regering het antwoord van het Hof in dit arrest op vraag 2 van de CRvB: 'Artikel 6, lid 1, eerste alinea, van besluit nr. 3/80 moet aldus worden uitgelegd dat het zich in omstandigheden zoals die van het hoofdgeding verzet tegen een regeling van een lidstaat als artikel 4a van de Toeslagenwet van 6 november 1986, die een op grond van de nationale wettelijke regeling toegekende prestatie, zoals de toeslag op het invaliditeitspensioen, intrekt voor voormalige migrerende Turkse werknemers die naar Turkije zijn teruggekeerd nadat zij het recht om in de ontvangende lidstaat te verblijven hadden verloren omdat zij er arbeidsongeschikt waren geworden.'
De regering parafraseert dit als: 'Artikel 6 van besluit nr. 3/80 van de Associatieraad behelst dus een verbod om een uitkering bij invaliditeit, ouderdom of de uitkeringen aan nagelaten betrekkingen waarvan is vastgesteld dat iemand daarop op grond van de nationale wetgeving recht heeft, onder omstandigheden in te trekken louter vanwege het feit dat betrokkene niet in Nederland maar in Turkije woont.'

[3] Zaak C-485/07, nog niet gepubliceerd.

Vervolgens borduurt het betoog voort op het woord 'louter' uit de parafrase. De regering betoogt dat de korting niet alleen vanwege het wonen is, maar vanwege de lagere woonkosten. In het antwoord van het Hof komt het woord 'louter' of een synoniem ervan echter helemaal niet voor. Ook is voor deze interpretatie nergens in het arrest steun te vinden. Bovendien werd de export van de TW toch niet alleen beperkt door louter het feit dat iemand in het buitenland woont. Er lagen hier uitvoerig beredeneerde beleidsoverwegingen aan ten grondslag.
Het komt ook niet voor dat een land een lagere uitkering zou betalen louter omdat iemand in een ander land woont. Er zijn altijd bijkomende redenen, al is het maar dat het land kosten wil besparen, zijn uitgaven wil beperken tot 'de eigen mensen' of de inkomens van betrokkenen alleen aan de eigen economie ten goede wil laten komen. De interpretatie van de regering zou aan de exportbepaling van art. 6 Besluit 3/80 (of art. 7 Verordening 883/2004) derhalve elke betekenis ontnemen.
Het Hof geeft bovendien in het geciteerde antwoord slechts antwoord op een aan hem gestelde vraag. Als we het arrest in zijn geheel bekijken dan zien we dat het Hof in overweging 76 neerlegt dat art. 6 het *beginsel* vastlegt dat voor de in dit artikel bedoelde socialezekerheidsuitkeringen, waaronder de uitkeringen bij invaliditeit, geen bepalingen inzake woonplaats mogen worden vastgelegd. (mijn cursivering). Met beginsel wordt bedoeld dat er ook niet via een omweg tot beperking van de export mag worden gekomen. Hieruit kunnen we afleiden dat art. 6 ruim moet worden uitgelegd, in plaats van beperkt.
Ook de op pag. 10 van de MvA gegeven interpretatie van art. 6 dat bepalingen inzake woonplaats mogen worden vastgesteld, als het maar niet is vanwege het wonen buiten Nederland, maar vanwege lagere kosten in de woonplaats, is niet te verenigen met het arrest. Deze interpretatie komt immers niet in het arrest voor. Het arrest is er in de genoemde overweging 76 wél stellig over dat geen woonplaatsbepalingen mogen worden vastgesteld.
Het ontbreken van bereidheid bij het Hof om artikel 6 beperkt uit te leggen of naar een bepaald doel te interpreteren blijkt overigens op bijzondere wijze uit het *Akdas*-arrest. Het Hof gaat immers helemaal niet in op de argumenten om de export van de TW te beperken. Sterker nog, de curieuze situatie dat binnen de EU de TW niet meer geëxporteerd kan worden en dat bijvoorbeeld een Nederlander zijn TW niet naar Turkije zou kunnen exporteren en een Turk wel, zou, als het Hof een interpretatieruimte in artikel 6 had gezien, een zeer hard argument zijn geweest om in dit geval geen export meer te verlangen. Het Hof zag hier echter kennelijk geen mogelijkheden toe. Hieruit volgt dat het Hof ook geen ruimte zal zien voor de interpretatie van de regering van art. 6.

12. Uit het *Akdas*-arrest mogen we dan concluderen dat voor personen die onder de werkingssfeer van het Besluit vallen en de uitkeringen die daaronder vallen, het voorgestelde woonlandbeginsel stuit op artikel 6 van Besluit 3/80.

13. Ook gelet op de verhouding tussen Besluit 3/80 en het EU-recht komen we tot dit resultaat. Als de interpretatie van artikel 6 van Besluit 3/80 van de regering mogelijk was, zou immers ook binnen EU-verband het voorgestelde woonlandbeginsel ingevoerd mogen worden. De regering leest dit immers zo dat als eerst de uitkering

met het oog op het woonland wordt vastgesteld en dan volledig geëxporteerd wordt, er geen probleem is met art. 6. Aangezien art. 10 van verordening 1408/71 en art. 7 van Verordening 883/2004 dezelfde formulering hebben, zou deze constructie dus ook binnen EU-verband mogen.
Het belang van het *Pinna*-arrest is dat duidelijk is geworden dat de betreffende bepalingen (art 10 van Vo 140871 en art. 7 van Vo. 883/2004) niet zo geïnterpreteerd mogen worden dat ze niet van toepassing zouden zijn op een regeling als voorgesteld. Of anders gezegd: de vermindering van de uitkeringen die uit het voorstel voortvloeien zou niet zijn toegestaan.
Nu is Besluit 3/80 een andere regeling dan het EU-verdrag, maar volgens vaste jurisprudentie van het Hof moeten de artikelen van Besluit 3/80 die dezelfde tekst hebben als Verordening 1408/71 op dezelfde wijze worden uitgelegd (zie bijvoorbeeld het *Sürül*-arrest[4]).
Op deze wijze werkt het *Pinna*-arrest, dat immers de interpretatie van art. 10 van Verordening 1408/71 beïnvloedt, ook door op artikel 6 van Besluit 3/80.

III. Associatieverdragen

14. In de Euromediterrane overeenkomsten van de EG met Marokko en Tunesië en met Algerije komen ook non-discriminatiebepalingen voor. Art. 65 van de overeenkomst met Marokko luidt bijvoorbeeld dat: 1. Behoudens het bepaalde in de onderstaande leden vallen de werknemers van Marokkaanse nationaliteit en de bij hen woonachtige gezinsleden op het gebied van de sociale zekerheid onder een regeling die wordt gekenmerkt door het ontbreken van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen deze werknemers en de eigen onderdanen van de Lid-Staten waar zij werkzaam zijn.'
Deze bepaling wordt ook getoetst door het Hof van Justitie en zou derhalve ook indirecte discriminatie in verband met het woonlandbeginsel verbieden, zoals is gebleken in het *Pinna*-arrest.

IV. Bilaterale verdragen

15. Er zijn ook andere verdragen, waaronder bilaterale verdragen, die een exportbepaling kennen, die overeenkomt met die van art. 7 Verordening 883/2004 en artikel 6 van Besluit 3/80.
Een voorbeeld vormt art. 5, eerste lid van het bilateraal verdrag met Marokko, dat luidt als volgt: '1. De uitkeringen bij invaliditeit (...), verkregen op grond van de wettelijke regelingen van een der Verdragsluitende Partijen, kunnen op generlei wijze worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurd verklaard op grond van het feit dat de rechthebbende woont op het grondgebied van een andere Verdragsluitende Partij dan die op het grondgebied waarvan het orgaan dat de uitkering verschuldigd is, zich bevindt.'
In de MvT wordt de in pnt. 1 hierboven weergegeven redenering aangehangen, dat deze bepaling niet van toepassing is omdat eerst de uitkering wordt vastgesteld en dan

[4] Zaak C-262/96, Jur. 1999, I-2685.

pas geëxporteerd. Zoals aangegeven in pnt. 2 is deze werking van het woonlandbeginsel niet af te leiden uit de systematiek van de wet.
Ook valt niet uit de tekst van het bilateraal verdrag af te leiden dat deze redenering toegestaan is.
Het ligt voorts voor de hand dat bepalingen met dezelfde tekst (zoals art. 5 Marokko-verdrag, art. 6 Besluit 3/80, art. 10 Verordening 1408/71) op dezelfde wijze geïnterpreteerd worden. Dat is ook de gebruikelijke werkwijze van de rechter. Natuurlijk kan er aanleiding zijn om, gelet op de context van de regeling, toch een verschillende interpretatie te geven, maar daar moeten wel erg goede redenen voor zijn. Aangezien de bilaterale verdragen, evenals de coördinatieverordening en Besluit 3/80, tot dusver steeds de doelstelling hadden en ook zo uitgevoerd worden dat personen in het betreffende land dezelfde uitkering krijgen is er geen basis om nu te betogen dat gelijkluidende bepalingen vanaf nu anders geïnterpreteerd moeten worden. Voor zo'n verschillende interpretatie is er te minder aanleiding nu de door de regering voorgestane interpretatie van de werking van het woonlandbeginsel – zoals gezegd - niet terug te vinden in het voorstel.
Dat betekent dat de door de regering voorgestane niet-toepasselijkheid van de exportbepalingen niet gebaseerd is op de tekst van de wet. Het is daarom des te moeilijker voorstelbaar dat een rechter zou oordelen dat gelijkluidende verdragsbepalingen van bijv. Besluit 3/80 en art. 5 Marokkoverdrag tot verschillende uitkomsten zouden leiden Er bestaat derhalve een groot risico dat ook de bilaterale exportbepalingen het woonlandbeginsel doorkruisen.

Vraag 2. Is er bij toepassing van het woonlandbeginsel sprake van al dan niet directe discriminatie, naar nationaliteit of eventueel naar ras?

IV. Discriminatie

16. Het woonlandbeginsel maakt een onderscheid dat migrerende personen meer treft dan Nederlanders en er ontstaat dan ook het vermoeden van indirecte discriminatie. In geval van een dergelijk vermoeden van indirecte discriminatie kan een objectieve rechtvaardigingsgrond worden aangevoerd. Binnen EU-verband zijn er verschillende voorbeelden te noemen van woonplaatseisen die in strijd met indirecte discriminatiebepalingen niet geoorloofd zijn, zoals in het al genoemde *Pinna*-arrest, het *Meeusen*-arrest,[5] en het *Meints*-arrest[6]. Binnen het EU-recht zal een woonplaatseis niet snel de toets aan discriminatiebepalingen doorstaan. In verband met de woonplaatsregeling die tijdens de *Pinna*-zaak bestond was de reden van bevolkingspolitiek al afgewezen. Ook redenen van extra kosten, handhavingsproblemen en administratieve problemen zijn afgewezen.
Wel heeft het Hof van Justitie woonplaatseisen geaccepteerd in regelingen die een bijzondere solidariteit op minimumniveau regelen en die niet op premiebetaling berusten (zoals de Wajong) en ook bij werkloosheidsregelingen voor volledig werkloze grensarbeiders, aangezien zij geacht worden beter kansen te hebben op de

[5] Zaak 337/97, Jur. 1999, I-3289.
[6] Zaak 57/96, Jur. 1997, I-6708.

arbeidsmarkt.[7]
Het Hof vindt bij de beoordeling van rechtvaardigingsgronden niet van belang dat personen als gevolg van het wonen in een andere lidstaat kostenvoordelen kunnen hebben (terwijl die zich wel kunnen voordoen).

17. De in pnt. 16 beschreven benadering van het Hof van Justitie heeft ook invloed op regelingen die van toepassing zijn buiten de EU/EER. Dat geldt ten eerste voor artikel 3, lid 1 van Besluit 3/80. Artikel 3 verbiedt discriminatie op grond van nationaliteit en is voor ons onderwerp van belang omdat art. 6 van het besluit de invoering van het woonlandbeginsel in de AKW niet verbiedt, omdat de AKW niet onder de materiële werkingssfeer van dat artikel valt. Het kan echter wel getoetst worden aan artikel 3, lid 1 van Besluit 3/80, omdat er sprake is van een vorm van indirecte discriminatie. Het Hof zal bij een rechtsvraag over strijd van het woonlandbeginsel in de AKW met artikel 3, lid 1 van Besluit 3/80 het Gemeenschapsrecht toepassen en gezien het Pinna-arrest korting van de kinderbijslag niet kunnen rechtvaardigen, aangezien de toepassing leidt tot lagere bedragen dan voor personen die in Nederland wonen.
Dat zal ook gelden voor discriminatiebepalingen in de Euro-Mediterrane overeenkomsten, hierboven al behandeld.

18. Aangezien de toets van het Hof van Justitie niet op alle situaties waar het woonlandbeginsel betrekking heeft van toepassing zal zijn, is ook van belang of niet-EU-instrumenten met een non-discriminatiebepaling aan het woonlandbeginsel in de weg kunnen staan (bv. de toets door de Nederlandse bestuursrechter aan art. 26 IVBP). In dat geval kan het zijn dat de rechter een andere toets aan de objectieve rechtvaardigingsgrond aanlegt dan het Hof van Justitie. Daarin kunnen verschillen bestaan, maar het is veilig om als criterium te nemen: de regeling moet een legitiem doel dienen, ze moet noodzakelijk en geschikt zijn om het doel te bereiken en er moet een evenredigheid bestaan tussen doel en middelen. De rechter zal derhalve kijken naar de aangevoerde redenen voor de voorgestelde woonplaatsregeling.

19. In de voorgestelde regeling is de rechtvaardigingsgrond niet erg scherp geformuleerd. In de MvT (32 878, nr. 3) staat dat 'voorkomen moet worden dat Nederlandse uitkeringen die buiten Nederland worden verstrekt, naar lokale maatstaven bezien, uit de pas gaan lopen'. Er moet volgens de regering geen verdergaande financiële ondersteuning worden geboden dan – de plaatselijke omstandigheden in aanmerking genomen – noodzakelijk en gerechtvaardigd is. Zo zal een te hoge uitkering in relatie tot het kostenniveau van het woonland bijvoorbeeld de prikkel ondermijnen om weer aan het werk te gaan, aldus de regering.
In deze toelichting lopen verschillende redenen door elkaar heen, die het moeilijk maken om overtuigend een objectieve rechtvaardigingsgrond aan te nemen. De reden dat er 'geen verdergaande financiële ondersteuning moet worden gegeven dan - de plaatselijke omstandigheden in aanmerking genomen – noodzakelijk en gerechtvaardigd is' is immers op zichzelf inhoudsloos, want er wordt geen inhoudelijk doel geformuleerd. Voor wie of wat is de regeling immers niet noodzakelijk of gerechtvaardigd? Deze rechtvaardigingsgrond zou binnen EU-verband niet worden

[7] Zie bv mijn *Europees socialezekerheidsrecht*, Deventer, 2010, zesde druk, hoofdstukken 8, 93en 10.

geaccepteerd.

20. De reden dat een te hoge uitkering in relatie tot het kostenniveau van het woonland de prikkel zou ondermijnen om weer aan het werk te gaan zou wel een kandidaat voor een rechtvaardigingsgrond kunnen zijn.
Het is echter een slechts bij wijze van voorbeeld genoemde reden en niet uitgewerkt. Zo geldt deze reden niet bij alle uitkeringen die in geding zijn (kinderbijslag), worden slechts een paar typen uitkeringen opgenomen in de wet en niet alle Nederlandse uitkeringen, en wordt niet onderbouwd dat er enige reden is om aan te nemen dat de huidige hoogte van de uitkeringen disincentives zijn om aan het werk te gaan, en dat de PPP in dit verband de juiste maatstaf is om het doel te bereiken. Vandaar dat de toets aan noodzakelijkheid, geschiktheid voor het doel en evenredigheid niet kan worden doorstaan.
Het is wel denkbaar dat de arbeidsmarktrelatie een rechtvaardigingsgrond kan zijn, maar dat zou veel beter onderbouwd moeten worden en de opzet van de regeling zou ook op dit doel moeten worden afgestemd. Het mag immers geen gelegenheidsargument zijn.

21. De vraag of het woonlandbeginsel ook leidt tot indirecte discriminatie naar ras kan ik niet beantwoorden. Op zichzelf is wel een dergelijke redenering op te zetten, maar tot dusver is, voor zover mij bekend, deze nog nooit geaccepteerd door een rechter. Het lijkt me het veiligste om de discussie te beperken tot discriminatie op grond van nationaliteit.

22. Uit voorgaande kan worden geconcludeerd dat er een vermoeden is van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Bij regelingen die onder toetsing van het Hof van Justitie vallen zal een objectieve rechtvaardigingsgrond niet of zeer moeilijk te vinden zijn (Pinna-arrest), en in ieder geval voldoen de tot dusver aangevoerde redenen hiervoor niet.
Bij de nog resterende situaties is dat onzekerder. Het hangt ervan af of de rechter de rechtvaardigingsgrond zou accepteren. Aangezien de rechtvaardigingsgrond amper inhoudelijk uitgewerkt is in de parlementaire stukken, bestaat er een aanzienlijk risico dat deze ook buiten EU-recht niet de toets kan doorstaan.

Vraag 3. Is er onderscheid tussen differentiatie en vermindering van de uitkering?

23. Zoals besproken is bij het Pinna-arrest is van belang dat gelijk behandeld wordt en dat welke methode dan ook die leidt tot ongelijke behandeling binnen de EU/EER-context niet geoorloofd is. Er is dan ook geen verschil tussen vermindering en differentiatie in verband met woonplaats binnen de EU-context en Besluit 3/80.
Het is verder twijfelachtig of ook los van EU-context of interpretatie door het Hof van justitie dit onderscheid al zou mogen. In pnt. 2 is immers al besproken dat de wet helemaal niet de door de regering gestelde systematiek kent. Bovendien komt de differentiatie materieel neer op een vermindering.

Vraag 4. De toepassing van het Carson-arrest

24. Ik kan aan het Carson-arrest geen conclusies ten aanzien van de onderhavige regeling ontlenen. Het Hof van de rechten van de Mens toetst situaties van vermeende discriminatie aan art. 14 EVRM door na te gaan of er vergelijkbare gevallen zijn die ongelijk worden behandeld. Het Hof is terughoudend om vergelijkbare gevallen aan te nemen, zoals blijkt uit dit arrest. Ook al verschilt de zaak van Carson c.s. met die van de personen die met de voorgestelde regeling te maken hebben, daaruit valt niet af te leiden dat het Hof schending van art. 14 EVRM bij de onderhavige regeling al of niet zou aannemen. Waarschijnlijk zou het Hof de situatie van personen die wonen in Nederland en in een land buiten de EU/EER onvergelijkbaar vinden.

IV. Conclusie

20. Ik kom tot een aantal conclusies.

(1) Zoals in voorgaande beargumenteerd stuit de regeling voor bepaalde personen en uitkeringen op strijd met art. 6 Besluit 3/80. Het Hof is hierover in het *Akdas*-arrest zo duidelijk dat een Nederlandse rechter dit al zonder prejudiciële vraag te stellen zou kunnen vaststellen.
(2) Dat zou ook kunnen gelden bij bepalingen in bilaterale verdragen die een tekst hebben die overeenkomt met art. 6 Besluit 3/80 of art. 10 Verordening 1408/71.
(3). Of het discriminatiebeginsel het woonlandbeginsel opzij zou zetten is onzekerder, aangezien hierbij de vraag aan de orde is of de aangevoerde rechtvaardigingsgrond toereikend is. Als het Hof van Justitie hierover te oordelen krijgt (zoals bij Besluit 3/80 en Associatieverdragen) dan zal de ongelijke behandeling met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet geoorloofd zijn. Het Hof vergelijkt immers niet de situaties waarin personen verkeren, maar of ze gelijke behandeld worden. Daarbij kan een rechtvaardigingsgrond bij indirecte discriminatie worden aangevoerd, maar verschillen in kostenniveau zijn tot dusver niet geaccepteerd.
Ook bij andere rechters bestaat een zeer groot risico dat deze oordeelt dat er geen objectieve rechtvaardigingsgrond is, aangezien de grond weinig inhoudelijk uitgewerkt is in het voorstel.

Het voorstel zal derhalve voor sommige personen en uitkeringen zeker en in andere gevallen zeer waarschijnlijk op internationale normen stuiten.

Ik hoop u hiermede van voldoende informatie te hebben voorzien.

Met de meeste hoogachting
Prof mr Frans Pennings,
Hoogleraar sociaal recht Universiteit Utrecht