

Vergaderjaar 2007–2008

29 861

Arbeidsmigratie en sociale zekerheid

Nr. 19

**BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN
KONINKRIJKSRELATIES**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 21 september 2007

Naar aanleiding van een overleg tussen uw Kamer en de toenmalige staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over arbeidsmigratie en sociale zekerheid heeft uw Kamer op 31 oktober 2006 de motie-Visser aangenomen (Kamerstukken II 2006/07, 29 861, nr. 15). De motie handelt over de doorwerking van het internationale en Europese recht in de Nederlandse rechtsorde en over de gevolgen daarvan voor de Nederlandse wetgever.

Graag zend ik u bijgaande kabinetsnotitie naar aanleiding van deze motie.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
G. ter Horst

Doorwerking internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde

Deze notitie handelt over het constitutionele kader met betrekking tot de doorwerking van Europese en internationale bepalingen in de Nederlandse rechtsorde, zoals onder meer neergelegd in de artikelen 93 en 94 Grondwet. De notitie vormt daarmee de reactie van het kabinet op de motie-Visser van 31 oktober 2006 (Kamerstukken II 2006–2007, 29 861, nr. 11).

De motie is aangenomen tijdens een debat van 26 oktober 2006 naar aanleiding van het algemeen overleg tussen de Tweede Kamer en de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 12 oktober 2006 over de problematiek rond arbeidsmigratie en sociale zekerheid. De motie verwoordt het gevoel dat de wijze waarop internationaal recht in het Nederlandse constitutionele stelsel voorrang geniet boven nationaal recht leidt tot beperking van de beleidsvrijheid van de Nederlandse wetgever.

De motie-Visser verzoekt de regering in dat licht een onafhankelijke commissie in te stellen die fundamentele en principiële vragen onderzoekt, zoals:

- hoe het internationale en het Europese recht doorwerkt in de nationale rechtsorde;
- hoe het internationale recht doorwerkt in de Europese rechtsorde, en
- wat de consequenties hiervan zijn voor de Nederlandse wetgever.

De in de motie geformuleerde vragen richten zich op het bestaande constitutionele kader met betrekking tot de doorwerking van internationaal en Europees recht. Het kabinet acht het derhalve niet aangewezen ter beantwoording van deze vragen een onafhankelijke commissie in te stellen. De vragen uit de motie worden in onderhavige notitie behandeld. De conclusies van deze notitie worden hierna als eerste weergegeven.

1. Conclusies

Op basis van de navolgende uiteenzetting kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

- i. De motie richt zich op de beleidsvrijheid van de nationale wetgever. De wetgever is hoe dan ook gebonden aan verdragsverplichtingen, ongeacht het systeem van doorwerking van het internationale en Europese recht. In zoverre is artikel 94 Grondwet voor de wetgever niet van doorslaggevend belang.
- ii. Ook de Europese Gemeenschap is gebonden aan het internationale recht. Door de Gemeenschap gesloten verdragen maken deel uit van het gemeenschapsrecht.
- iii. Door deze binding ziet de nationale wetgever – waaronder het Nederlandse parlement – logischerwijs grenzen gesteld aan zijn beleidsvrijheid. Het parlement kan wel in de fase van totstandkoming van verdragen en regelgeving invloed uitoefenen. De (grond)wet waarborgt bovendien deze betrokkenheid van het parlement bij de totstandkoming van verdragen.
- iv. Opzegging van verdragen behoort op zichzelf ook tot de mogelijkheden. In veel gevallen is opzegging echter niet mogelijk zonder zich van de internationale gemeenschap te isoleren.

2. Doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde

Bij de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde spelen drie elementen een rol: (a) de toepasbaarheid van internationale bepalingen in de Nederlandse rechtsorde, (b) de mogelijkheid om een beroep te doen op internationale bepalingen voor een Nederlandse rechter en (c) de voorrang in geval van een conflict tussen internationale bepalingen en nationale bepalingen.

De wetenschappelijke literatuur onderscheidt twee stelsels van doorwerking van internationale bepalingen in de nationale rechtsorde: het monistische en het dualistische stelsel. In een monistisch stelsel doet het voor de gelding in de nationale rechtsorde niet ter zake of een regel een nationale dan wel internationale oorsprong heeft. Omzetting van de regel van internationale oorsprong in een nationale regel is niet nodig. In een dualistisch stelsel worden internationale bepalingen pas onderdeel van de nationale rechtsorde nadat zij door de nationale wetgever zijn omgezet in een nationale regel.

Ons land heeft – zo wordt algemeen aangenomen – een *gematigd monistisch* stelsel met betrekking tot de doorwerking van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties¹. De Nederlandse rechter dient in beginsel zowel de bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties als nationale rechtsregels toe te passen. Er is sprake van een nuancering (of matiging) van het monistische stelsel, omdat de toepasbaarheid beperkt is tot bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die (a) een ieder verbinden en (b) bekendgemaakt zijn. Dit is neergelegd in artikel 93 van de Grondwet:

Artikel 93

Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.

Waar toepassing van een ieder verbindende en bekendgemaakte bepalingen in strijd zou komen met een Nederlands wettelijk voorschrift, moet de Nederlandse rechter dat wettelijke voorschrift buiten toepassing laten. Dit komt tot uitdrukking in artikel 94 van de Grondwet:

Artikel 94

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Artikel 93 staat vooral in de sleutel van de rechtszekerheid: pas na hun bekendmaking hebben een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties verbindende kracht jegens de burger². Deze bekendmaking vindt plaats in het Tractatenblad. Uitzonderingen daarop zijn mogelijk, bijvoorbeeld via het Publikatieblad van de Europese Unie³. Artikel 94 regelt vervolgens de gevolgen van door de rechter geconstateerde strijdigheid van nationale wettelijke voorschriften met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties: de nationale wettelijke bepaling vindt geen toepassing en de bepaling van het verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie heeft dus voorrang.

Of een bepaling van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie geldt als een ieder verbindend wordt (dus) in laatste instantie

¹ De termen «dualistisch» en «monistisch» zijn voorwerp van uitvoerige wetenschappelijke debatten. Zie voor een overzicht bijvoorbeeld J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland*, diss. Groningen, Zwolle 1992, p. 8–11 en J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, diss. Nijmegen, Den Haag 2004, p. 10–22. Om die reden geven sommigen de voorkeur aan de termen «transformatiestelsel» respectievelijk «incorporatiestelsel»; zie bijvoorbeeld P.J. Boon e.a., *Regelgeving in Nederland*, Deventer 2005, p. 164–165. Hier wordt de meest gebruikelijke terminologie gehanteerd.

² Kamerstukken II 1979–1980, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 17.

³ Zie artikel 16 jo. 20 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

bepaald door de rechter. Een rechter zal dan moeten nagaan of een dergelijke bepaling kan worden tegengeworpen aan of worden ingeroepen door een justitiabele. Dit hangt af van de inhoud van de bepaling, in het bijzonder van de vraag of de bepaling (a) plichten oplegt, of rechten toekent aan justitiabelen alsmede (b) onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door een rechter te worden toegepast. Bepalingen die bij hun uitvoering beleidsvrijheid laten aan staten, zijn derhalve niet een ieder verbindend.

Op grond van ongeschreven staatsrecht dienen ook regels van (ongeschreven) internationaal gewoonterecht te worden toegepast in de Nederlandse rechtsorde. Ook hier geldt echter een matiging van het monistische stelsel. Justitiabelen kunnen deze regels wel voor de nationale rechter inroepen, maar de toetsing door de rechter op grond van artikel 94 strekt zich niet uit tot het buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften die onverenigbaar zijn met internationaal gewoonterecht¹. De nationale bepaling heeft in geval van strijdigheid dus voorrang boven de regels van (ongeschreven) internationaal recht.

De motie-Visser staat in het teken van de beleidsvrijheid van de Nederlandse wetgever. In dat verband zij er met nadruk op gewezen dat artikel 94 Grondwet zich primair tot de *rechter* richt: wat zijn de gevolgen indien de *rechter* vaststelt dat nationale regels onverenigbaar zijn met een ieder verbindende verdragsbepalingen? De wetgever staat daar in zoverre buiten, dat hij de door de Nederlandse staat aangegane verdragsverplichtingen hoe dan ook heeft na te komen². Op dat punt nu verschilt ons gematigd monistische stelsel niet wezenlijk van een dualistisch stelsel: in beide stelsels is de wetgever gebonden aan de aangegane volkenrechtelijke verplichtingen. Wel behoeft aandacht dat er een zekere verschuiving van beslissingsmacht over de gelding van algemene verdragsnormen heeft plaatsgevonden van de wetgever naar de rechter.

3. Doorwerking van Europees recht in de nationale rechtsorde

Het stelsel van de artikelen 93 en 94 Grondwet kan worden onderscheiden van de doorwerking van het recht van de Europese Gemeenschappen in de nationale rechtsorde. Opgemerkt wordt dat Nederland, door toe te treden tot de Europese Gemeenschappen, deel is gaan uitmaken van een bijzondere rechtsorde. Hieruit vloeit voort dat Nederland de in dat kader vastgestelde rechtsregels dient na te leven. Strikt genomen is er dan ook geen sprake van «doorwerking» maar van «werking» van het Europese recht. Al in arresten uit de eerste helft van de jaren zestig van de vorige eeuw heeft het Europese Hof van Justitie geoordeeld dat de communautaire rechtsorde geldt als een eigen rechtsorde in het volkenrecht. Bepalingen van die eigen rechtsorde die zich daartoe lenen werken rechtstreeks door in de nationale rechtsorde van de lidstaten³. Burgers van lidstaten kunnen zich bij de nationale rechter op dergelijke bepalingen beroepen. Of van zulke rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht sprake is, wordt uiteindelijk bepaald door het Europese Hof van Justitie. Het Hof heeft ook overigens het laatste woord over de interpretatie van bepalingen van gemeenschapsrecht. Dit alles geldt ongeacht de keuze van een lidstaat voor hetzij een monistisch hetzij een dualistisch stelsel.

De vraag of die doorwerking van het Europese recht afhankelijk is van het stelsel van de artikelen 93 en 94 Grondwet kan ontkennend worden beantwoord. In de wetenschap heerst vrijwel zonder uitzondering deze opvatting, juist gelet op die door het Europese Hof vastgestelde eigen aard van de rechtsorde van de Europese Gemeenschappen⁴. In zijn arrest van 2 november 2004 lijkt de Hoge Raad deze visie te bevestigen⁵. In het

¹ HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2 en Kamerstukken II 1977–1978, 15 049 (R 1100), nr. 3, p. 12–13.

² Zie ook Brouwer 1992, p. 271 en Fleuren 2004, p. 369.

³ HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, Jur. 1963, 1 (Van Gend & Loos) en HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, Jur. 1964, 1199 (Costa/ENEL).

⁴ Zie voor een overzicht van het debat E.A. Alkema in zijn noot onder HR 2 november 2004, NJ 2005, 80.

⁵ HR 2 november 2004, NJ 2005, 80.

verleden heeft de grondwetgever zich op een tegengesteld standpunt gesteld¹. Vast staat dat het Europese recht vanwege het bijzondere karakter van de Europese rechtsorde doorwerkt en voorrang heeft in de nationale rechtsorde en in zoverre de beleidsvrijheid van de nationale wetgever beperkt. Daarenboven wordt deze beleidsvrijheid beperkt door het communautaire recht dat zich rechtstreeks tot de wetgevers van de lidstaten richt, zoals de verplichtingen die voortvloeien uit richtlijnen die door de wetgever moeten worden omgezet in nationaal recht.

4. Doorwerking internationaal recht in de Europese rechtsorde

De Europese Gemeenschap is rechtssubject in volkenrechtelijke zin en dus op dezelfde wijze als staten gebonden aan het internationale recht. Dit geldt in de eerste plaats voor het zogenoemde *ius cogens*². Daarmee wordt bedoeld het stelsel van rechtsnormen die van zo fundamenteel belang zijn voor de bescherming van de belangen van de internationale gemeenschap als geheel dat ieder rechtssubject daaraan van rechtswege gebonden is en waarvan nimmer mag worden afgeweken³. De Gemeenschap is dan ook gebonden aan de regels van internationaal gewoonterecht en aan door haar gesloten verdragen⁴.

In het licht van het onderwerp van de motie-Visser is met name dat laatste van belang: de gebondenheid van de Europese Gemeenschap aan verdragen. Als rechtssubject in volkenrechtelijke zin is de Gemeenschap ook in staat verdragen te sluiten met derde landen of met andere internationale organisaties. Op grond van artikel 300 van het EG-Verdrag zijn de door de Gemeenschap gesloten verdragen ook bindend voor de lidstaten. Die verdragen werken dan ook op dezelfde wijze in de nationale rechtsorde door als het gemeenschapsrecht zelf.

Met betrekking tot het Handvest van de Verenigde Naties neemt de Europese Gemeenschap een bijzondere positie in. De EG is geen lid van de Verenigde Naties. Toch is de EG verplicht de uit het VN-Handvest voortvloeiende verplichtingen na te leven. Dit vloeit voort uit het EG-Verdrag zelf – aldus het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen⁵. De Europese Gemeenschap is dus ook gebonden aan besluiten gebaseerd op het VN-Handvest, zoals resoluties van de Veiligheidsraad. De EG-maatregelen ter uitvoering van Veiligheidsraad-resoluties werken langs de hierboven onder 3 geschetste lijnen door in de Nederlandse rechtsorde.

5. Consequenties voor de Nederlandse wetgever

Waar staten met elkaar bepaalde afspraken maken en jegens elkaar verplichtingen aangaan wordt hun nationale beleidsvrijheid beperkt. Internationale samenwerking leidt per definitie tot wederzijdse afhankelijkheid. Van oudsher waardeert ons land dat in beginsel positief. Niet voor niets draagt artikel 90 van de Grondwet de regering op de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen. Voor de beleidsvrijheid van de nationale wetgever maakt het intussen geen wezenlijk verschil op basis waarvan de doorwerking van internationaal recht geschiedt. Op grond van artikel 26 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht heeft een verdrag bindende werking en moet het te goeder trouw ten uitvoer worden gelegd. De nationale wetgever dient de bij of krachtens verdrag aangegane of opgelegde verplichtingen dus hoe dan ook te respecteren in de nationale rechtsorde.

Dit betekent niet dat de Nederlandse wetgever – regering en parlement – geen invloed heeft. Integendeel. Die invloed bestaat met name in de fase van het totstandkomen of wijzigen van verdragen of internationale regel-

¹ Zie voor een bespreking van de parlementaire geschiedenis L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen 2002, p. 30–33.

² J. Vanhamme, *Volkenrechtelijke beginselen in het Europees recht*, Groningen 2001, p. 119–126.

³ Te denken valt bijvoorbeeld aan het verbod van agressie, genocide, foltering, rassen-discriminatie, slavernij en kolonialisme.

⁴ HvJ EG 16 juni 1998, zaak C-162/96 (Racke).

⁵ GvEA 21 september 2005, zaak T-306/01 (Yusuf) en zaak T-315/01 (Kadi). Over die arresten onder meer R.H. van Ooik en R.A. Wessel, *De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief*, SEW 2006, p. 231–242.

geving. Voor de Europese context zij in dit verband gewezen op het advies van de Raad van State van 15 september 2005 over de gevolgen van de Europese arrangementen voor de nationale staatsinstellingen en op de kabinetsreactie daarop van 23 mei 2006¹. Wat het parlement betreft: via «fiches» wordt het geïnformeerd over voorstellen van Europese regelgeving en in zijn rol van controleur kan het invloed uitoefenen op de Nederlandse standpuntbepaling ten aanzien van die voorstellen. Bovendien heeft het parlement op grond van artikel 3 van de Goedkeuringswet voor het Verdrag van Nice een instemmingsrecht ten aanzien van besluitvorming in de derde pijler. Mede ter uitvoering van het vorig jaar uitgebrachte kabinetsstandpunt «Nederland in Europa – Europa in Nederland» heeft het kabinet bovendien een aantal concrete maatregelen genomen gericht op het faciliteren van vroegtijdige parlementaire betrokkenheid. Zo is de wijze waarop nieuwe Commissievoorstellen aan het parlement worden gepresenteerd gestroomlijnd en wordt het parlement over zogenoemde grote voorstellen sneller geïnformeerd. Deze aanpassingen moeten een tijdiger signalering van en debat over voor Nederland belangrijke kwesties mogelijk maken. Voorts legt het kabinet sinds 2005 aan de beide kamers der Staten Generaal een kabinetsreactie voor op het jaarlijkse Werk- en Wetgevingsprogramma van de Europese Commissie. Daarnaast worden het parlement ook kabinetsreacties op Groen- en Witboeken van de Commissie toegezonden alvorens het kabinet tot een positiebepaling in Brussel komt. Tot slot wordt hier vermeld de jaarlijkse toezending van de Staat van de Europese Unie.

Voorts is van belang dat de (Grond)wet een uitdrukkelijke waarborg kent voor betrokkenheid van het parlement bij de totstandkoming van verdragen. Zo ontvangt het parlement op grond van artikel 1 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen elk kwartaal een opgave van verdragen waarover onderhandelingen plaatsvinden. Daarmee wordt het parlement de mogelijkheid geboden de regering te bevragen over onderwerp en beleid ter zake. Verder bepaalt artikel 91 Grondwet dat het Koninkrijk in beginsel niet aan verdragen wordt gebonden zonder voorafgaande goedkeuring door de Staten-Generaal. Die goedkeuring moet zo nodig – namelijk indien het verdrag noopt tot afwijking van de Grondwet – met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen worden verleend (lid 3)². Diezelfde eis geldt ook in geval van opdracht van bevoegdheden tot wetgeving, bestuur of rechtspraak aan een volkenrechtelijke organisatie die noopt tot afwijking van de Grondwet (artikel 92 Grondwet)³.

Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid tot opzegging van bestaande verdragen, mits het verdrag zelf zich daartegen niet verzet⁴. Voor opzegging kan aanleiding bestaan indien verdere binding aan het desbetreffende verdrag niet langer nodig of wenselijk wordt geoordeeld. Afgezien van de formele kant is soms om politieke redenen de mogelijkheid van opzegging vooral theoretisch van aard, bijvoorbeeld waar het gaat om de verdragen betreffende de Europese Unie, het lidmaatschap van de Verenigde Naties en de Raad van Europa en de daaraan verbonden verdragen op het terrein van de mensenrechten. Opzegging is in dergelijke gevallen niet mogelijk zonder zich van de internationale gemeenschap te isoleren.

Het voorgaande biedt een schets van de systematiek met betrekking tot de doorwerking van internationaal en Europees recht in de nationale en Europese rechtsorde. De nationale wetgever is gebonden aan Europese en internationaalrechtelijke normen. Regering en parlement kunnen echter hun invloed doen gelden in zowel de onderhandelingsfase als bij gelegenheid van goedkeuring van verdragen en ook het Europese besluitvormingsproces onttrekt zich niet aan invloed van regering en parlement.

¹ Kamerstukken II 2005–2006, 29 993, nrs. 22 en 27.

² Over het derde lid uitvoerig Kamerstukken I 2003–2004, 27 484 (R 1669), A.

³ Daarover ook de behandeling in de Eerste Kamer van het voorstel voor een Wet Speciaal Hof Sierra Leone, Handelingen I 2005–2006, p. 35–1881 e.v. Zie in dit verband ook P.J.G. Kapteyn in NJB 2007, p. 1001 en 1002.

⁴ Bij bijvoorbeeld de meeste verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) doet de mogelijkheid tot opzegging zich eens in de tien jaar voor. De Kamer wordt hier over geïnformeerd; zie ook Kamerstukken 1994–1995, 23 900 XV, nr. 44.