

EU-burgerschap en de vrees voor sociaal toerisme: de zaak *Dano*

Prof. mr. F.J.L. Pennings*

In het arrest *Dano* is de vraag aan de orde of een Duitse basiswerkloosheidsuitkering mag worden geweigerd aan een Roemeense die in Duitsland verblijft, maar niet naar werk zoekt. De uitkering betreft een bijzondere non-contributieve uitkering in de zin van de Coördinatieverordening sociale zekerheid, en is daarom geen bijstandsuitkering. Het Hof van Justitie oordeelt dat de uitkering echter toch als bijstandsuitkering in de zin van Richtlijn 2004/38/EG mag worden gezien. Gelet op de daarin opgenomen bepalingen zijn de gelijkebehandelingsbepaling van de richtlijn en de Coördinatieverordening niet van toepassing. Dat betekent dat in dat geval een uitkering geweigerd mag worden.

HvJ 11 november 2014, zaak C-333/13, Dano, ECLI:EU:C:2014:2358

Inleiding

Op 11 november 2014 heeft het Hof van Justitie het arrest *Dano*¹ gewezen, dat in de pers veel aandacht heeft gehad, meestal onder de kop 'EU-Hof: geen bijstand voor werkloze Roemenen'.² In commentaren van politici en redacteurs werd het arrest omarmd,³ waarbij steeds werd benadrukt dat het Hof van Justitie hiermee de lidstaten bescherming heeft geboden tegen mensen die een beroep willen doen op een bijstandsuitkering.

Vanuit de invalshoek van de eerdere jurisprudentie over het EU-burgerschap is de zaak echter gecompliceerder dan dat ze lijkt. Ik zal daarom eerst de feiten van het arrest kort beschrijven, vervolgens de hoofdlijnen van eerdere jurisprudentie en ten slotte de vraag wat de *Dano*-zaak hieraan toevoegt.

De casus in de *Dano*-zaak

Elisabeta Dano en haar zoon (2009, geboren in Duitsland), beiden met de Roemeense nationaliteit, hebben een verblijfsverklaring met een onbeperkte geldigheidsduur (juli 2011). Ze wonen bij de zus van Dano. Dano is nooit werkzaam geweest en heeft nooit werk gezocht. Zij vroeg in januari 2012 een uitkering aan op grond van het Duitse *Sozialgesetzbuch II*, dat basisuitkeringen voor werklozen regelt. Voor deze uitkering moet men boven de 15 jaar oud, arbeidsgeschikt, behoeftig en in Duitsland woonachtig zijn (er geldt dus geen eis aan arbeidsverleden). Uitgezonderd zijn echter, volgens deze bepaling, personen die niet in Duitsland werkzaam zijn, gedurende de eerste drie maanden van hun verblijf, en buitenlanders die slechts een verblijfsrecht hebben om werk te kunnen zoeken. Deze laatste uitzonderingsbepaling (die dus onderscheid maakt op basis van nationaliteit) werd in Dano's geval toegepast. Daarnaast vroeg zij ook een uitkering aan op grond van SGB XII, hetgeen een bijstandsuitkering is. Deze werd haar geweigerd omdat SGB XII mensen uitsluit die naar Duitsland zijn gekomen om bijstand aan te vragen of slechts een verblijfsrecht hebben om werk te zoeken.

Het nationale uitvoeringsorgaan weigerde beide uitkeringen, waarop het Sozialgericht Leipzig prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie stelde.

De eerste vraag was of de gelijkebehandelingsbepaling van de coördinatieverordening ook van toepassing is op bijzondere, niet op premie- of bijdragebetaling berustende prestaties.

Zo ja, zo luidde de tweede vraag, is het de lidstaten ingevolge die gelijkebehandelingsbepaling verboden om,

* Prof. mr. F.J.L. (Frans) Pennings is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Utrecht en tevens gasthoogleraar aan de Universiteit van Gotenburg.

1. HvJ 11 november 2014, zaak C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358. Zie ook *USZ* 2015, nr. 27, m.nt. P. Minderhoud.

2. Zie bijv. <www.nrc.nl/nieuws/2014/11/11/hof-van-justitie-duitsland-mag-roemenen-uitkering-weigeren/>, of <www.rtlnieuws.nl/economie/home/eu-geen-bijstand-voor-werkloze-roemenen/>, geraadpleegd op 15 januari 2015.

3. Bijvoorbeeld 'De Europese Commissie verwelkomde de uitspraak. Vrij verkeer van EU-burgers betekent "niet het recht op vrije toegang tot de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten"', zie het RTL-nieuwsbericht, vorige noot.

teneinde te vermijden dat een onredelijk beroep wordt gedaan op bijzondere, niet op premie- of bijdragebetaling berustende uitkeringen, behoeftige burgers van de Unie volledig of gedeeltelijk uit te sluiten van het recht op dergelijke uitkeringen, die aan eigen onderdanen in dezelfde situatie wel worden toegekend?

Zo nee, aldus de derde vraag, is het de lidstaten ingevolge artikel 18 VWEU en/of artikel 20 lid 2, eerste alinea, onder a VWEU jo. artikel 20 lid 2 [tweede alinea] VWEU en artikel 24 lid 2 van Richtlijn 2004/38/EG verboden om, teneinde te vermijden dat een onredelijk beroep wordt gedaan op bijzondere, niet op premie- of bijdragebetaling berustende uitkeringen, behoeftige burgers van de Unie volledig of gedeeltelijk uit te sluiten van het recht op dergelijke uitkeringen, die aan eigen onderdanen in dezelfde situatie wel worden toegekend?

De vierde vraag ten slotte was of, als burgers mogen worden uitgesloten van deze uitkeringen, de toekenning van dergelijke uitkeringen aan burgers van de Unie behoudens acute noodsituaties beperkt mag blijven tot de beschikbaarstelling van de voor de terugkeer naar het land van herkomst vereiste middelen, of dat de artikelen 1, 20 en 51 van het Handvest verplichten tot het verstrekken van royelere uitkeringen, die een duurzaam verblijf mogelijk maken.

Om de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest goed te kunnen plaatsen zal ik eerst ingaan op eerdere jurisprudentie over onderscheid naar nationaliteit bij EU-burgers.

40

De eerdere jurisprudentie over burgerschap

Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en EU-burgers

Artikel 20 VWEU bepaalt dat de burgers van de Unie de rechten genieten en de plichten hebben die bij de Verdragen zijn bepaald. Daarmee kan volgens het Hof van Justitie door EU-burgers ook een beroep worden gedaan op artikel 18 VWEU, dat elke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt, zie het *Martínez Sala*-arrest.⁴ In die zaak werd de eis van een (verlenging van de) verblijfsvergunning voor een ouderschapsuitkering discriminatoir geacht omdat deze niet aan nationale inwoners werd gesteld.

In het *Grzelczyk*-arrest⁵ ging het om een bijstandsuitkering, die aangevraagd werd door een Franse student die ging studeren in België. De Belgische staat weigerde hem uitkering toe te kennen aangezien hij niet de Belgische nationaliteit had. Het Hof van Justitie oordeelde dat deze nationaliteitseis in strijd was met artikel 18 VWEU, zodat bijstandsuitkering niet mocht worden geweigerd.

Ten tijde van deze arresten golden voorgangers van de huidige Richtlijn over het verblijfsrecht van EU-onderdanen in een andere lidstaat; voor Grzelczyk was Richtlijn 93/96/EEG betreffende het verblijfsrecht van studenten relevant. Deze richtlijn bepaalde dat de lidstaten het verblijfsrecht toekennen aan iedere student die onderdaan is van een lidstaat, voor zover de student de betrokken nationale autoriteiten verzekert dat hij over de nodige bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat hij en zijn gezinsleden tijdens hun verblijf ten laste van de bijstandsregeling van de ontvangende lidstaat komen. Bij een beroep op de bijstand kan een lidstaat de verblijfsvergunning als student intrekken of niet verlenen.

Het Hof van Justitie overwoog dat deze consequenties niet automatisch mogen worden verbonden aan een beroep op bijstand. De considerans van de richtlijn zegt namelijk dat de verblijfsgerechtigden geen onredelijke belasting voor de openbare middelen van de gaststaat mogen vormen. Hieruit leidt het Hof van Justitie af dat als er geen sprake is van een onredelijke belasting, het verblijfsrecht niet mag worden beëindigd. Grzelczyk had dus recht op bijstand en mocht niet zonder meer worden uitgezet.

In het *Trojani*-arrest⁶ werd deze benadering voortgezet. Het Hof van Justitie overwoog dat de in geding zijnde Belgische regeling een door artikel 18 VWEU verboden discriminatie op grond van nationaliteit bevat, aangezien zij de bijstandsuitkering niet toekent aan burgers van de Unie die geen onderdaan zijn van de lidstaat waarin zij wettig verblijven, hoewel zij voldoen aan de andere uitkeringsvoorwaarden. In een dergelijk geval kan het gastland, binnen de door het Unierecht gestelde grenzen, wel een verwijderingsmaatregel nemen. Een dergelijke maatregel mag evenwel geenszins automatisch worden verbonden aan het feit dat een burger van de Unie een beroep doet op de bijstandsregeling.

Richtlijn 2004/38/EG

Deze jurisprudentie werd neergelegd in Richtlijn 2004/38/EG,⁷ de huidige Verbljfsrichtlijn.

Artikel 7 bepaalt dat iedere burger van de Unie het recht heeft gedurende meer dan drie maanden op het grondgebied van een andere lidstaat te verblijven indien hij voor zichzelf en zijn familieleden over voldoende bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste komen van het bijstandstelsel van het gastland, en over een verzekering beschikt die de ziektekosten in het gastland volledig dekt.

De richtlijn kent ook een gelijkebehandelingsbepaling (art. 24): onverminderd specifieke, in het Verdrag en het afgeleide recht uitdrukkelijk opgenomen bepalingen, geniet iedere burger van de Unie die op basis van deze richtlijn op het grondgebied van een gastland verblijft, binnen het toepassingsgebied van het Verdrag dezelfde behandeling als de onderdanen van dat gastland. Lid 2 bepaalt echter dat het gastland niet verplicht is een recht

4. HvJ 12 mei 1998, zaak 85/96, *Martínez Sala*, ECLI:EU:C:1998:217.

5. HvJ 20 september 2001, zaak C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458.

6. HvJ 7 september 2004, C-456/02, *Trojani*, ECLI:EU:C:2004:488.

7. *PbEU* 2004, L 158/77.

op sociale bijstand toe te kennen gedurende de eerste drie maanden van verblijf.

Na die drie maanden geldt de uitsluiting niet. Mag een lidstaat dan – volgens de *Grzelzyk*-jurisprudentie – geen onderscheid maken op basis van nationaliteit (art. 18 VWEU), met als enige beperking dat betrokkene kan worden uitgezet als hij een onredelijke belasting vormt? Dit was een van de vragen die in de *Dano*-zaak speelden.

De redenering van het Hof van Justitie in de *Dano*-zaak⁸

Is op de Duitse basisuitkering voor werklozen de gelijkebehandelingsbepaling van de coördinatieverordening van toepassing?

Belangrijke vraag ten tijde dat de prejudiciële vragen gesteld werden was of, omdat de basisuitkering voor werklozen geen bijstandsuitkering voor de coördinatieverordening voor de sociale zekerheid, Verordening (EG) nr. 883/2004 is, de bepalingen van de Richtlijn 2004/38/EG hierop wel konden worden toegepast.

De verordening kent namelijk bijzondere non-contributieve uitkeringen, en dit zijn geen bijstandsuitkeringen (en dat is belangrijk, want bijstandsuitkeringen zijn uitgesloten van de verordening). Bijzondere non-contributieve uitkeringen zijn uitkeringen die bedoeld zijn ter dekking van de socialezekerheidsrisico's genoemd in de verordening (waaronder werkloosheid, arbeidsongeschiktheid, ouderdom) om de betrokken personen een minimum voor levensonderhoud te garanderen. De betreffende uitkeringen staan in bijlage X van de verordening.

Deze uitkeringen hoeven volgens artikel 70 van Verordening (EG) nr. 883/2004 niet geëxporteerd te worden, hetgeen betekent dat een land de uitkeringen niet hoeft te betalen als de uitkeringsgerechtigde naar een ander land verhuist. Algemeen principe van de verordening is dat in het algemeen export van uitkeringen wel verlangd wordt (bijvoorbeeld van AOW-uitkeringen), en hier wordt dus voor de bijzondere non-contributieve uitkeringen een uitzondering op gemaakt. Bij bijzondere non-contributieve uitkeringen staat tegenover de non-export ervan dat deze uitkeringen opengesteld worden voor mensen die in het land gaan wonen dat deze uitkeringen kent. Daartoe moeten voor deze uitkeringen ook de feiten die liggen in een andere lidstaat in beschouwing worden genomen.

In Nederland staan de Wajong- en de Toeslagenwet op bijlage X bij de verordening als speciale non-contributieve uitkeringen. Voor de Wajong-uitkering betekent dit dat als iemand recht op deze uitkering heeft en naar een andere EU-lidstaat verhuist, de uitkering niet meer betaald hoeft te worden. Voor personen die naar Neder-

land komen, betekent de toepassing van de verordening dat aan de voorwaarde voor de Wajong, dat men voor het 18^e levensjaar al arbeidsongeschikt moet zijn wil men in aanmerking komen voor deze uitkering, ook is voldaan als men in een andere lidstaat voor het 18^e jaar arbeidsongeschikt was. De bedoeling van de regeling was om de uitkering open te stellen als tegenhanger van de beëindiging van de export. Als men eerst in Nederland een Wajong-uitkering had, en daarna naar België gaat, zou men zonder problemen een Belgische Wajong-uitkering moeten krijgen, zodat men niet gedupeerd wordt door de beëindiging van de export van de Wajong.

Probleem hierbij is wel dat landen heel verschillende stelsels kunnen hebben, en dat lang niet alle landen vergelijkbare minimumregelingen hebben. Zo heeft bijvoorbeeld België geen Wajong-achtige uitkering.

De uitkering in de *Dano*-zaak was een basisuitkering voor werklozen. Niet in geschil in deze zaak is dat het géén bijstandsuitkering in de zin van Verordening (EG) nr. 883/2004 betreft, maar een bijzondere non-contributieve uitkering. Nu Duitsland *Dano* de uitkering weigerde op grond van een bepaling die onderscheid maakte naarnationaliteit, was de vraag of artikel 4 van deze verordening, dat gelijke behandeling verlangt, hierop van toepassing is. Het Hof van Justitie antwoordde dat de uitkering inderdaad een bijzondere non-contributieve uitkering is, en dat artikel 4 van Verordening (EG) nr. 883/2004 hierop van toepassing is. Op zich niet verrassend, maar de consequenties ervan zouden zijn dat de uitkering wel moest worden toegekend. De eerste slag was dus voor *Dano*, zou men kunnen zeggen. En als ze recht heeft op deze uitkering, dan zou ze ook kunnen zeggen over voldoende bestaansmiddelen te beschikken. Vandaar dat de beoordeling van dit type uitkeringen zo van belang is. Maar dan komen vervolgens de vragen over de toepassing van de richtlijn aan de orde.

Bijzondere non-contributieve uitkeringen en Richtlijn 2004/38/EG

De vraag is namelijk of, ook al is een uitkering een non-contributieve uitkering, dit toch een bijstandsuitkering kan zijn voor Richtlijn 2004/38/EG. Men zou zeggen van niet, aangezien de non-contributieve uitkering uitdrukkelijk geen bijstandsuitkering is voor de coördinatieverordening. De vraag was echter niet zo moeilijk meer, nu deze in een eerder arrest aan de orde was geweest, dat echter pas geweest was nadat de Duitse rechter de vragen in de *Dano*-zaak had gesteld. Het betrof de *Brey*-zaak,⁹ over twee Duitsers die in Oostenrijk gingen wonen na pensionering van de man, waar ze een compenserende toeslag aanvroegen op hun Duitse invaliditeitspensioen en een verzorgingstoelage. De betreffende Oostenrijkse uitkering is een speciale non-contributieve uitkering, die als zodanig in bijlage X van de verordening staat. De uitkering werd geweigerd op grond dat ze niet voldeden aan de voorwaarden om aanspraak te maken op een recht om meer dan drie maan-

8. Een aparte kwestie vormen de overwegingen van het Hof van Justitie over het Handvest. Gelet op de beschikbare ruimte en omdat het een heel ander onderwerp is, ga ik hier niet nader op in. Er is echter alle reden om daar ook een bijdrage aan te wijden.

9. HvJ 19 september 2013, zaak C-140/12, *Brey*, ECLI:EU:C:2013:565.

den legaal op het grondgebied van eerstbedoelde lidstaat te verblijven, aangezien een dergelijk verblijfsrecht afhankelijk is van de voorwaarde dat die staatsburger over voldoende bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat hij die uitkering moet aanvragen. De weigeringsgrond in deze zaak is dus wel anders dan die in *Dano*: in *Brey* werd geweigerd (in de eerste drie maanden) aangezien de aanvragers geen verblijfsrecht zou krijgen aangezien zij geen voldoende middelen van bestaan hadden. In *Dano* werd geweigerd (na de eerste drie maanden van verblijf) op grond van een nationaliteitsbepaling.

Het Hof van Justitie overwoog in *Brey* dat de compenserende toeslag binnen de werkingssfeer van Verordening (EG) nr. 883/2004 valt. Dit is echter niet bepalend voor de uitlegging van Richtlijn 2004/38/EG, want de verordening streeft andere doelstellingen na dan de richtlijn. De verordening tracht immers de doelstelling van artikel 48 VWEU te bereiken door het voorkomen van mogelijk negatieve effecten die de uitoefening van het vrije verkeer kan hebben op het ontvangen van socialezekerheidsuitkeringen. Richtlijn 2004/38/EG heeft niet alleen tot doel de uitoefening van het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten te vergemakkelijken, maar regelt ook de voorwaarden voor de uitoefening van dit recht. Bij een verblijf van meer dan drie maanden geldt de voorwaarde van artikel 7 lid 1 onder b van die richtlijn, volgens welke de burgers van de Unie die niet langer de status van werknemer hebben over voldoende bestaansmiddelen moeten beschikken. Een dergelijke voorwaarde gaat uit van het idee dat de uitoefening van het verblijfsrecht van burgers van de Unie ondergeschikt kan worden gemaakt aan de legitieme belangen van de lidstaten, in casu de bescherming van hun algemene middelen. Om deze reden kan, aldus het Hof van Justitie, artikel 7 lid 1 onder b van Richtlijn 2004/38/EG niet worden beperkt tot bijstandsuitkeringen die buiten de werkingssfeer van de verordening vallen. Of een uitkering een bijstandsuitkering is, moet daarom op basis van de door de regeling nagestreefde doelstelling worden vastgesteld. Volgens het Hof van Justitie ziet het begrip bijstandsuitkering op alle van overheidswege ingevoerde bijstandstelsels waarop een beroep wordt gedaan door een persoon die niet beschikt over inkomsten die volstaan om in zijn eigen onderhoud en dat van zijn gezin te voorzien. *Brey* vroeg de uitkering aan om meteen al vanaf de tweede maand van zijn verblijf de Oostenrijkse uitkering te krijgen. Omdat de aangevraagde uitkering een bijstandsuitkering blijkt te zijn, kon dit betekenen dat na de eerste drie maanden geen verblijfsrecht bestond. Hij voldeed immers niet aan de voorwaarde dat hij over voldoende bestaansmiddelen beschikte.

Wel voegde het Hof van Justitie eraan toe, dat beroep op een bijstandsuitkering niet automatisch betekent dat betrokkene niet over voldoende bestaansmiddelen beschikt om te voorkomen dat hij een onredelijke belasting voor het bijstandstelsel van die staat vormt. Een lidstaat moet om te bepalen of daarvan sprake is, de persoonlijke omstandigheden van betrokkene in acht nemen

en dan beoordelen of toekenning van de uitkering het nationale stelsel in zijn geheel bedreigt. Ook mag een beroep op een bijstandsuitkering niet automatisch tot een verwijderingsmaatregel leiden.

Om te kunnen bepalen of de begunstigde van een socialebijstandsuitkering een onredelijke belasting voor het socialebijstandstelsel van het gastland vormt, moet dit gastland nagaan of de problemen van betrokkene van tijdelijke aard zijn, en dient het rekening te houden met de duur van het verblijf, de persoonlijke omstandigheden en het bedrag van de al uitgekeerde steun. Hieruit volgt dus dat het genieten van een socialebijstandsuitkering op zich niet volstaat om aan te tonen dat betrokkene een onredelijke belasting voor het socialebijstandstelsel vormt. Dit moet de verwijzende rechter beoordelen. Daarom was de Duitse regeling niet geoorloofd, aangezien deze een automatische uitsluiting inhield.

Het *Brey*-arrest heeft wel tot kritiek geleid.¹⁰ Al lijkt het op het eerste gezicht voor de hand liggend dat een dam wordt opgeworpen tegen sociaal toerisme, bij deze uitkeringen was het juist de bedoeling dat ze openstaan voor mensen die in het land van herkomst vergelijkbare uitkeringen hadden of hadden kunnen hebben, die ze verliezen als gevolg van het gebruikmaken van het vrij verkeer.

De toets aan Richtlijn 2004/38/EG

Het Hof van Justitie herhaalde in *Dano* zijn uitspraak in *Brey*, dat de bijzondere non-contributieve uitkeringen ‘zonder meer’ onder het begrip ‘sociale bijstand’ van artikel 24 lid 2 van de richtlijn vallen. Het gaat om een regeling voor personen die niet beschikken over inkomsten die volstaan om in hun eigen onderhoud en dat van hun gezin te voorzien en die daardoor tijdens hun verblijf ten laste van de overheidsfinanciën van de gastlidstaat dreigen te komen (overweging 63).

Vervolgens stelde het Hof van Justitie vast dat artikel 24 lid 2 van de richtlijn, dat bepaalt dat de lidstaten niet verplicht zijn om een uitkering gedurende de eerste drie maanden toe te kennen, niet van toepassing is, aangezien *Dano* al meer dan drie maanden in Duitsland verbleef. Vervolgens was de vraag aan de orde of artikel 24 lid 1 hier kan worden toegepast (en hoe de relatie is ten opzichte van art. 4 Verordening (EG) nr. 883/2004 en art. 18 VWEU). Deze artikelen verlangen gelijke behandeling op grond van nationaliteit.

Het Hof van Justitie overwoog dat artikel 18 lid 1 VWEU binnen de werkingssfeer van de verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen daarin gesteld, discriminatie verbiedt. Een van die bepalingen betreft artikel 24 van Richtlijn 2004/38/EG en artikel 4 van de coördinatieverordening.

Het Hof van Justitie overwoog dat bij een verblijf van meer dan drie maanden de verkrijging van het verblijfsrecht verbonden is aan de in artikel 7 lid 1 van Richtlijn 2004/38/EG gestelde voorwaarden, en dat volgens artikel 14 lid 2 de burgers van de Unie en hun familieleden

10. H. Verschuere, ‘Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of *Brey*’, *European Journal of Migration and Law* 2014, p. 147-179.

dit recht slechts behouden zolang zij aan de voorwaarden voldoen, waaronder dat zij voldoende middelen van bestaan hebben. Die voorwaarden beogen met name te voorkomen dat deze personen een onredelijke belasting voor het socialebijstandstelsel van het gastland vormen. Om te beoordelen of economisch niet-actieve burgers die langer dan drie maanden maar korter dan vijf jaar in het gastland hebben verbleven, gelijk moeten worden behandeld als de onderdanen van de gaststaat, moet onderzocht worden of het verblijf van die burgers voldoet aan de voorwaarden van artikel 7 lid 1 onder b van Richtlijn 2004/38/EG, waaronder dat ze over voldoende middelen van bestaan beschikken. Als men anders zou oordelen, zou de in de considerans vermelde doelstelling van de richtlijn doorkruist worden, namelijk dat burgers geen onredelijke belasting voor het bijstandstelsel van het gastland vormen.

We zien hier dus dat de grondslag voor de redenering van het Hof van Justitie gebaseerd is op de doelstelling van de richtlijn en niet op een concrete bepaling.

Een lidstaat moet, aldus het Hof van Justitie, de mogelijkheid hebben om onder toepassing van dat artikel 7 te weigeren sociale uitkeringen toe te kennen aan economisch niet-actieve burgers van de Unie die hun recht van vrij verkeer uitoefenen met als enig doel sociale bijstand van een andere lidstaat te genieten hoewel zij niet over voldoende bestaansmiddelen beschikken om in aanmerking te komen voor een verblijfsrecht. Anders zou toegang tot de non-contributieve uitkering betekenen dat men daarmee voldoet aan de eis van voldoende middelen van bestaan, en dan hebben de lidstaten geen gelegenheid meer om hun stelsel te beschermen.

Dano beschikt volgens het onderzoek van de verwijzende rechter niet over voldoende bestaansmiddelen en kan dus geen aanspraak maken op een verblijfsrecht in het gastland krachtens Richtlijn 2004/38/EG. Zij kan zich bijgevolg niet beroepen op het beginsel van non-discriminatie van artikel 24 lid 1 van die richtlijn.

Het Hof van Justitie pakt dan door naar artikel 4 van Verordening (EG) nr. 883/2004. De bijzondere non-contributieve uitkeringen worden toegekend krachtens de wetgeving van de lidstaat waarin betrokkene woont. Lidstaten mogen daarom, zoals in *Brey* is uitgemaakt, de toekenning van deze uitkeringen afhankelijk stellen van de voorwaarde dat burgers een recht op verblijf hebben krachtens Richtlijn 2004/38/EG.

Is de benadering van het Hof van Justitie consistent?

Er zijn een aantal verschillen te zien tussen deze uitspraak en eerdere uitspraken. Zo werd in *Grzelczyk* en *Trojani* geen rechtvaardiging van de uitsluiting van betrokkenen van bijstandsuitkeringen aanwezig geacht. Ook hier ging het om bijstandsuitkeringen, die uit de algemene middelen werden betaald. Het feit dat een beroep op deze uitkeringen kon betekenen dat men kon

worden uitgezet was geen reden de uitkering te weigeren. Dus eerst werd de discriminatie beoordeeld, daarna kwam pas het verblijfsrecht aan de orde, en dat verblijfsrecht mocht men niet automatisch verliezen. Sindsdien is Richtlijn 2004/38/EG van toepassing, maar die heeft in beginsel deze jurisprudentie gecodificeerd; de benadering van het Hof van Justitie in *Dano* kan niet teruggevonden worden in de tekst van de richtlijn. Het Hof van Justitie moest immers verwijzen naar de doelstelling van de richtlijn, het voorkomen van een onredelijke belasting. Maar juist over dit begrip was de eerdere jurisprudentie heel genuanceerd.

In *Brey* werd overwogen dat dat toekenning van de non-contributieve uitkering afhankelijk mag zijn van een voorwaarde aan legaal verblijf. Wel moest de voorwaarde van voldoende bestaansmiddelen aan het Unierecht voldoen. De lidstaten mochten dat echter niet automatisch aannemen als iemand een toeslag aanvraagt. Ze moeten op basis van de persoonlijke omstandigheden van de situatie van betrokkene een globale beoordeling maken van de belasting die toekenning van die uitkering concreet zou kunnen vormen voor het nationale socialezekerheidsstelsel in zijn geheel (overweging 64). De nationale rechter moet daarom vaststellen of er een onredelijke last is voor het stelsel. Op grond daarvan was weigering van de uitkering zoals gebeurd in de *Brey*-zaak niet in overeenstemming met het Unierecht.

In die zin is *Brey* niet zo bijzonder dat toepassing van de Uniebepalingen, waaronder de coördinatieverordening, afhankelijk is van legaal verblijf. Omdat gezegd werd dat *Brey* niet voldeed aan de bepalingen van de richtlijn, is dit het criterium om toepassing van de verordeningsbepalingen te ontzeggen.

Dano gaat een stap verder. Het betreft iemand in de periode na de eerste drie maanden, die al een verblijfsrecht heeft. Ze voldoet echter volgens het Hof van Justitie niet aan de voorwaarden voor verblijfsrecht omdat ze onvoldoende middelen van bestaan heeft, en daarom kan ze geen beroep doen op gelijke behandeling. Hier wordt kennelijk niet gekeken naar de feitelijke situatie (heeft ze verblijfsrecht?), zoals in *Trojani*, maar naar de theoretische situatie: voldoet ze aan de voorwaarden voor verblijfsrecht volgens de richtlijn? Vervolgens wordt haar het beroep op gelijke behandeling ontzegd.

De volgorde van de toets is omgedraaid als men deze vergelijkt met *Grzelczyk*. Daarin werd gelijke behandeling toegestaan, maar dan kon het verblijfsrecht wel in gevaar komen.

Ook stelt het Hof van Justitie geen eisen aan het vaststellen of er sprake is van voldoende bestaansmiddelen. Dit maakt wel uit: Verschueren vermeldt dat de Oostenrijkse rechter die de vraag had gesteld in de *Brey*-zaak na het Hof van Justitie-arrest besloot dat *Brey* toch recht had op een uitkering zolang hij rechtmatig in Oostenrijk verbleef, ook al kon de weigering van de uitke-

ring uiteindelijk leiden tot het verlies van zijn verblijfsrecht.¹¹

Een ander verschil tussen *Brey* en *Dano* is dat het Hof van Justitie constateerde dat de nationale rechter al had vastgesteld dat *Dano* onvoldoende middelen van bestaan had en daarom niet in aanmerking kwam voor een verblijfsrecht uit hoofde van artikel 7 lid 1b. Opmerkelijk is dat het Hof van Justitie deze vaststelling niet nader toetst aan zijn in *Brey* ontwikkelde criteria. Is het inkomen van de zus niet relevant? Bovendien had *Dano* al een verblijfsvergunning, en nog wel met een onbeperkte geldigheidsduur (overweging 36). Ze zou de vergunning dus hooguit kunnen verliezen, en intrekking mocht geen automatisme zijn. Hoe kan het Hof van Justitie dan zeggen dat ze geen recht op verblijf heeft en dus ook niet op gelijke behandeling? Het Hof van Justitie is dus niet erg consistent in zijn benadering.

In *Dano* was door de Duitse autoriteiten overigens niet het ontbreken van verblijfsrecht aangevoerd als reden om te weigeren, maar de bepaling die personen uitsluit die slechts een verblijfsrecht hebben om werk te kunnen zoeken (§ 7(2) van SGB II). Ook dat is opmerkelijk, aangezien *Dano* nu juist een onbeperkte verblijfstitel had.

Het probleem lijkt te zijn dat Duitsland zijn regelgeving niet goed op orde had, maar Duitsland wordt daar niet voor gestraft. Een voor de hand liggende weigeringsgrond in dit geval zou immers zijn geweest dat de werkloosheidsuitkering niet openstaat voor mensen die geen werk zoeken. Deze grond is overtuigender dan de door het Hof van Justitie aangevoerde redenering. Het zou ook een grond kunnen zijn om in *Brey* toch een uitkering toe te kennen en in *Dano* niet.

Met betrekking tot de bijstandsuitkering (SGB XII) stelden Duitsland en het Hof van Justitie overigens dat *Dano* alleen voor een bijstandsuitkering naar Duitsland was gekomen. Is dat echter wel goed uitgezocht? Andere feiten zijn ten minste dat haar zus er woonde en dat haar zoon er geboren was. Of dat voldoende is, is een tweede, maar de uitspraak is nu wel wat kort door de bocht.

Tot slot

Het zal duidelijk zijn: bij de huidige discussies, onder andere in het Verenigd Koninkrijk over het vrij verkeer, had deze zaak moeilijk een andere uitkomst kunnen hebben, want dan was Europa te klein geweest. Die politieke kant is duidelijk terug te vinden in de argumentatie: deze is gebaseerd op verwijzing naar de considerans van Richtlijn 2004/38/EG dat beroep op bijstandsuitkeringen geen onredelijke belasting mag vormen. Terwijl het Hof van Justitie in *Grzelczyk* deze consideransbepaling nog las als een *beperking* van de mogelijkheid om mensen die een beroep op bijstand doen uit te zetten, is het nu een voldoende bepaling om hun het recht op gelijke behandeling te ontfemen.

De uitkomst in deze zaak dat iemand die geen werk zoekt geen werkloosheidsuitkering krijgt, is alleszins bevredigend. Duitsland en het Hof van Justitie hebben echter een ingewikkelde weg afgelegd, waardoor de voorspelbaarheid van de jurisprudentie over de toepassing van artikel 18 WVEU in combinatie met artikel 24 van de Verbljfsrichtlijn nog moeilijker wordt. En al vindt men de uitkomst in *Dano* juist, dat kan anders liggen in andere zaken, zoals *Brey*.

Wat zijn de consequenties voor Nederland? Nederland sluit, anders dan de Duitse regeling in *Dano*, niet-Nederlanders niet uit van de Wajong-uitkering. Voor deze uitkering kan wel het *Brey*-arrest van belang zijn: als mensen naar Nederland komen, hier niet werken¹² en een Wajong-uitkering aanvragen, dan kunnen ze worden uitgezet als ze een onredelijke belasting voor de staat vormen.

11. H. Verschuere, 'Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of *Brey*', *European Journal of Migration and Law* 2014, p. 147-179.

12. Als ze wel werken, of gewerkt hebben en vervolgens werkzoekende zijn, dan ligt de kwestie anders, zie HvJ 4 juni 2009, zaak C-22/08, *Vatsouras*, ECLI:EU:C:2009:344.