

Europees constitutioneel pluralisme onder druk: recente ontwikkelingen in de horizontale werking van algemene rechtsbeginselen

Merijn CHAMON

Postdoctoraal onderzoek FWO-Vlaanderen, Universiteit Gent

Het Hof van Justitie verplicht, op voor zichzelf geheel logische wijze, nationale rechters ertoe om algemene rechtsbeginselen en bepalingen van het Handvest rechtstreeks toe te passen in horizontale geschillen. Dit doet vragen rijzen naar de bevoegdheid van de Unie en kan ook botsen met de constitutionele identiteit van EU-lidstaten. Vele nationale grondwettelijke hoven behouden zich, op voor henzelf geheel logische wijze, een bevoegdheid voor om de voorrang van het Unierecht te toetsen aan de eigen Grondwet. Het resultaat is dat de latente spanningen die inherent zijn aan het Europees constitutioneel pluralisme kunnen uitmonden in concrete conflicten tussen de hoogste nationale en Europese rechters. Het klassieke antwoord om deze conflicten te ontzenuwen, is het organiseren van een rechterlijke dialoog. Niettegenstaande de prejudiciële procedure van art. 267 VWEU hiervoor een uitstekend instrument is, loopt de dialoog vaak nog stroef en valt niet uit te sluiten dat de recente rechtspraak van het Hof van Justitie tot een open conflict leidt met het Duitse Grondwettelijk Hof.

I. Inleiding

1. In het Europees grondwettelijke pluralisme heerst een latente spanning tussen de nationale en de EU-rechtsordes en hun hoeders, de nationale grondwettelijke hoven en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Dit is het gevolg van de emancipatie en affirmatie van de Unierechtsorde door het Hof van Justitie. In het arrest Van Gend & Loos oordeelde het Hof immers dat de Unierechtsorde eigen en autonoom is.¹ Nadien oordeelde het Hof dat het Unierecht ook voorrang geniet op het nationale (grondwettelijke) recht.² Aanvankelijk leidden deze emancipatie en affirmatie niet tot concrete conflicten, maar naarmate het Hof meer invulling geeft aan het Unierecht en de vereisten voor de nationale rechter die eruit voortvloeien geconcretiseerd worden, verandert dit. In dit opzicht spreekt Govaere van een ballodynamiek: de ballon die het Unierecht en de Unierechtsorde voorstellen, is aanvankelijk leeg en kan relatief makkelijk tussen de nationale en internationale rechtsordes gegleden worden. Maar, naarmate hij opgeblazen wordt (inhoud

krijgt), ontstaan er spanningen en potentieel ook conflicten, zowel met het nationale als het internationale recht.³

2. Een treffende illustratie hiervan is te zien in de rechtspraak inzake de horizontale werking van algemene rechtsbeginselen en de recente definitieve bevestiging dat het Handvest van de Grondrechten zich leent tot horizontale directe werking.⁴ Hiermee begeeft het Hof van Justitie zich op gevoelig terrein. Enerzijds vervult het Hof zijn constitutionele taak door de daadwerkelijke toepassing van het Unierecht te vrijwaren, anderzijds riskeert het daardoor het doelwit te worden van de klassieke kritiek als zou het Hof te activistisch zijn.⁵ Indien deze perceptie ook leeft bij de hoogste rechtscolleges van de lidstaten, wordt de relatie tussen deze rechtscolleges en het Hof verder bemoeilijkt. Na de aanvaring met het Deense Hooggerechtshof in de Dansk Industri-zaak, dreigt een

¹ HvJ 5 februari 1963, nr. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Van Gend en Loos.

² HvJ 15 juli 1964, nr. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Costa t/ Enel; HvJ 17 december 1970, nr. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Internationale Handelsgesellschaft.

³ I. GOVAERE, *De Europese rechtsorde na Lissabon: hoe eigen, hoe autonoom?*, Mechelen, Kluwer, 2012, 12-13.

⁴ HvJ 6 november 2018, gevoegde zaken nrs. C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, Bauer en Broßonn; HvJ 6 november 2018, nr. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, Shimizu.

⁵ Coutron merkt evenwel op dat het Hof veel minder activistisch is dan vroeger (zie: L. COUTRON, «Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen» in L. COUTRON (ed.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, (1) 16). De grote innoverende principes heeft het Hof inderdaad reeds enkele decennia geleden geponeerd, maar de concrete vereisten die het Hof daaruit deduceert, blijven ook vandaag innoverend en in vele gevallen controversieel, zoals de rechtspraak aan de orde in deze bijdrage illustreert.



nieuwe aanvaring met het Duitse *Bundesverfassungsgericht* naar aanleiding van de Egenberger- en IR-arresten. Deze en andere recente arresten wijzen daarbij op het spanningsveld van het Europees constitutioneel pluralisme waarin de voorrang van het Unierecht botst met de voorrang van de nationale grondwet. Om dit pluralisme werkbaar te houden, is een rechterlijke dialoog onontbeerlijk, maar niet zonder meer evident. Gelet op de recente omwenteling in de rechtspraak van het Belgisch Grondwettelijk Hof, waarbij het in navolging van andere Europese grondwettelijke hoven ook een grens stelt aan de voorrang van het Unierecht, is dit vraagstuk ook van bijzonder belang geworden voor Belgische juristen.

II. De constitutionele rol van het Hof en het Europees grondwettelijk pluralisme

3. De relatief recente rechtspraak van het Hof van Justitie m.b.t. de uitsluitende directe werking van algemene rechtsbeginselen moet worden gesitueerd in de bredere context van het klassieke vraagstuk van de directe werking van richtlijnen en kan als zodanig enkel begrepen worden aan de hand van de vier fundamentele oogmerken die het Hof van Justitie hanteert in zijn interpretatie van het Unierecht.⁶ Zo is het Hof bovenal bekommerd om de (i) uniforme en (ii) effectieve afdwinging van het Unierecht, waarbij aan elke bepaling van het Unierecht (iii) een nuttig effect (*effet utile*) toekomt en (iv) de doelstellingen van het Unierecht dus ook gerealiseerd worden. Deze vier oogmerken kenmerken de soms verregaande rechtspraak van het Hof, waardoor het niet zelden beticht wordt van judicieel activisme. Hoewel dit etiket op zich weinig zegt,⁷ moet opgemerkt worden dat het Hof overeenkomstig de Gemeenschapsmethode, die deel is van het constitutionele weefsel van de Europese rechtsorde, een actieve rol moet opnemen en dit om de doelstellingen van de Verdragen te realiseren.⁸

4. De meer verregaande rechtspraak van het Hof heeft uiteraard het potentieel om tot spanningen met de hoogste rechtscolleges van de lidstaten te leiden, waardoor het Europees grondwettelijk pluralisme onder druk komt te staan. Zo heeft het Hof enerzijds in het arrest-Faccini Dori geoordeeld dat, mocht de horizontale directe werking van richtlijnbevestigingen erkend worden, «dan zou dit erop neerkomen, dat aan de [Unie] de bevoegdheid

wordt toegekend met onmiddellijke werking de particulieren verplichtingen op te leggen, terwijl zij dit alleen kan wanneer haar de bevoegdheid is toegekend om verordeningen vast te stellen.»⁹ Het lijkt echter dat het Hof deze bevoegdheidsgrens nuanceert wanneer het vervolgens besluit tot de horizontale werking van een rechtsbeginsel zoals geconcretiseerd door een richtlijnbevestiging. Eenzelfde bevoegdheidsprobleem doet zich voor wanneer het Hof bevestigt dat het Handvest zich leent tot horizontale werking, hoewel art. 51, eerste lid, van het Handvest bepaalt dat het (enkel?) gericht is tot de EU-instellingen en de lidstaten voor zover zij het Unierecht ten uitvoer brengen.¹⁰ Wanneer deze directe werking daarenboven van de nationale rechter verlangt dat een fundamentele bepaling uit de nationale grondwet opzij wordt geschoven, rijst eveneens de vraag naar de constitutionele identiteit van de lidstaat in kwestie.

5. Aangezien het bovengenoemd Europees (constitutioneel) pluralisme een *essentially contested concept* is, dient vooreerst verduidelijkt te worden dat het begrip in deze bijdrage louter als een *empirisch* gegeven gehanteerd wordt: er is een pluralisme, aangezien op één enkel grondgebied verschillende autonome rechtsordes een ultieme autoriteit claimen.¹¹ Dit verklaart meteen waarom in dit constitutioneel pluralisme een instelling als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: «EHRM») geen (of slechts een bescheiden) rol speelt: in tegenstelling tot de EU-verdragen heeft het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: «EVRM») geen autonome rechtsorde gecreëerd en het EHRM claimt ook geen absolute voorrang van het EVRM op het nationaal (grondwettelijk) recht.¹²

⁹ Zie: HvJ 14 juli 1994, nr. C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, «Faccini Dori», rechtsoverweging 24.

¹⁰ Het «ten uitvoer brengen» van Unierecht zelf werd door het Hof ook breed geïnterpreteerd in het arrest-Åkerberg Fransson (zie: HvJ 26 februari 2013, nr. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Åkerberg Fransson).

¹¹ Dit verschilt van Glas, die pluralisme louter ziet als «the multiple sources of authority that exist alongside each other in the EU». In deze definitie wordt evenwel niet expliciet erkend dat zowel de EU als de nationale rechtsordes zeer duidelijk zijn (en in tegenspraak met elkaar) m.b.t. welke norm ultiem voorrang geniet (zie: L. GLAS, *The theory, potential and practice of procedural dialogue in the European Convention on human rights system*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 79).

¹² Zie: A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union – A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, OUP, 2009, 36. Het EHRM kan wel schendingen vaststellen die voortvloeien uit de grondwet (zie bv. EHRM 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06, Sejdić & Finci/Bosnië en Herzegovina), maar vereist bv. niet dat partijen voorzien in rechtsmiddelen die particulieren kunnen aanwenden om een schending van het EVRM aan te vechten (zie: EHRM 21 februari 1986, nr. 8793/79, James e.a. t/ Verenigd Koninkrijk, rechtsoverweging 85). Het verschil tussen het Hof van Justitie en het EHRM wordt ook onderstreept door Mac Amlaigh, die concludeert dat er een pluraliteit aan constitutioneel pluralisme bestaat (zie: C. MAC AMLAIGH, «Pluralising Constitutional Pluralism» in N. ROUGHAN & A. HALPIN (eds), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, (64) 80-88).

⁶ Zie hierover: I. GOVAERE, «De Nationale Rechter als Europese Rechter – Prejudiciële Vraagstelling aan het Hof van Justitie van de Europese Unie» in P. TAELEMAN (ed.), *Efficient Procederen voor een Goede Rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (87) 120.

⁷ Zie: H. DE WAELE, «Rechtspleging door het Europees Hof van Justitie: activistisch, kwaliteitsvol, methodisch zuiver, problematisch?», *SEW* 2013, (462) 464.

⁸ Zie art. 13, tweede lid VWEU.

6. Het erkennen van de realiteit van rivaliserende absolute autoriteitsclaims legt de basis voor, maar hoeft niet te leiden tot het aanvaarden van het *normatieve* model van het Europees constitutioneel pluralisme zoals eerst uitgewerkt door MacCormick.¹³ Dit model poogt een antwoord te bieden op de spanningen en conflicterende autoriteitsclaims die een constitutioneel pluralisme met zich meebrengt. Het normatief model schrijft daarbij voor dat beide rechtsordes afstappen van hun hiërarchische claims en de heterarchie die hun relatie kenmerkt ook erkennen.¹⁴ Aangezien grondwettelijk pluralisme op zich een *essentially contested concept* is, is er ook geen eenduidig en enkelvoudig normatief model van constitutioneel pluralisme. Baquero Cruz ontwaart wel een aantal gemeenschappelijke kenmerken van de verschillende bestaande pluralismen: (i) deze nemen noch een nationaal, noch een Europees perspectief aan; (ii) ze aanvaarden de autoriteitsclaims van beide rechtsordes en proberen tot een compromis tussen beide te komen, (iii) dat gebaseerd is op zowel wat de rechtsordes gemeen hebben als wat ze van elkaar doet verschillen en (iv) door dit compromis wordt de vraag naar de absolute autoriteit of voorrang bewust onbeslist gelaten.¹⁵ In sociologische termen stelt het normatieve model van Europees constitutioneel pluralisme dus voorop dat de bestaande heterarchie geïnternaliseerd wordt door de relevante actoren en uiteindelijk ook door de rechtsordes zelf.

7. Enige socialisering van relevante actoren kan inderdaad reeds opgemerkt worden, aangezien de huidige voorzitters van het Europees Hof van Justitie en het Duitse *Bundesverfassungsgericht* in hun academische capaciteit hebben aangegeven dat de relatie tussen het Hof van Justitie en de nationale grondwettelijke hoven niet in hiërarchische termen geconcipieerd mag worden, maar als een «passende toewijzing en verdeling van verantwoordelijkheden in een complex meergelaagd systeem».¹⁶ Niettegenstaande deze indivi-

duële discoursen blijven de institutionele posities onveranderd en dit om evidente redenen. Voor zover een nationale grondwet (impliciet) in haar absolute voorrang voorziet, kan een grondwettelijk hof deze voorrang niet relativeren. Enkel in theorie ligt dit anders op Unieniveau, aangezien het Hof van Justitie zelf de voorrang van het Unierecht geponeerd heeft.¹⁷ Voortsnog houden beide rechtsordes dus vast aan de eigen autoriteitsclaim. Om de latente spanning die hieruit volgt zoveel als mogelijk te ontwijpen en om conflicten te vermijden, is het dan inderdaad nuttig om een discours in termen van samenwerking op te zetten en een rechterlijke dialoog¹⁸ te ontwikkelen via formele (bv. prejudiciële procedure) en informele (bv. uitwisselingsbezoeken) samenwerking.¹⁹

8. Waaraan moet zo een dialoog voldoen om het risico op conflicten zoveel als mogelijk te neutraliseren? De indicatoren van een constructieve of nuttige dialoog die Glas heeft uitgewerkt in de context van het EVRM zijn een nuttige gids en kunnen ook toegepast worden op de relatie tussen hoven met conflicterende autoriteitsclaims.²⁰ Zo moeten er volgens Glas vooreerst (i) procedurele mogelijkheden zijn voor alle relevante gesprekspartners. Hiervoor is de prejudiciële procedure uitermate geschikt, zelfs indien deze eerder op hiërarchische leest

¹⁷ De Europese Grondwet zou het voorrangsbeginsel opgenomen hebben in het primair recht, maar het Verdrag van Lissabon heeft dit niet overgenomen. Wel bepaalt Verklaring 17 bij het Verdrag: «De Conferentie memoreert dat, in overeenstemming met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, de Verdragen en het recht dat de Unie op grond van de Verdragen vaststelt, voorrang hebben boven het recht van de lidstaten, onder de voorwaarden bepaald in die rechtspraak.»

¹⁸ Aangezien de relevante hoven zich evenwel niet op een gelijk (horizontaal) niveau bevinden, schuiven auteurs als Ahdieh en Glas het begrip van «dialectische toetsing» naar voren als alternatief voor «dialoog» (zie: R. ABDIEH, «Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts», *New York University Law Review* 2004, (2029) 2086 e.v.; L. GLAS, o.c. (zie voetnoot 11), 85-86. «Dialectische toetsing» vat inderdaad op treffende wijze de interactie samen tussen het Hof van Justitie en bv. het Deense Hooggerechtshof in *Dansk Industri* of het Italiaans Grondwettelijk Hof in *Taricco II* (cf. *infra*) die gekarakteriseerd wordt door «a combination of «convincing dialogue» and the «threat of review»» (zie: L. GLAS, o.c. (zie voetnoot 11), 86).

¹⁹ R. BARENTS, «De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme», *SEW* 2009, (44) 47. Zie in die zin ook Tuominen, die opmerkt dat de Gauweiler-saga aantoont hoe de interactie tussen het Hof en het *Bundesverfassungsgericht* in een context van (empirisch) constitutioneel pluralisme niet overeenkomt met MacCormicks normatieve model van constitutioneel pluralisme (T. TUOMINEN, «Aspects of constitutional pluralism in light of the Gauweiler saga», *European Law Review* 2018, (186) 204).

²⁰ Zie: L. GLAS, o.c. (voetnoot 11), 154-167. Deze indicatoren overlappen inhoudelijk grotendeels met de voorwaarden voor rechterlijke dialoog geïdentificeerd door Torres Pérez, die veronderstelde dat er een situatie is waarin er (i) verschillende perspectieven op het recht zijn, waarbij (ii) er wel een gemeenschappelijke consensus mogelijk is die bereikt kan worden indien er (iii) geen ultieme voorrang van één actor boven de andere(n) is en (iv) alle actoren zich als een deel van een groter geheel beschouwen waarbij elke actor (v) de mogelijkheid heeft deel te nemen aan (vi) de dialoog (zie: A. TORRES PÉREZ, o.c. (voetnoot 12), 118 e.v.).

¹³ N. MACCORMICK, «Beyond the Sovereign State», *The Modern Law Review* 1993, (1) 1-18.

¹⁴ K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, OUP, 2014, 5.

¹⁵ Zie: J. BAQUERO CRUZ, «An Area of Darkness: Three Conceptions of the Relationship Between European Union Law and State Constitutional Law» in N. WALKER, J. SHAW & S. TIERNEY (eds.), *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford, Hart Publishing 2011, (49) 63.

¹⁶ Zie: A. VOSSKUHLE, «Verfassungsgerichtsbarkeit und europäische Integration» (rede uitgesproken op 1 oktober 2012): zie: [https://www.vfgh.gv.at/downloads/verfassungsgerichtsbarkeit_und_europaeische_integration_\(hup.pdf\)](https://www.vfgh.gv.at/downloads/verfassungsgerichtsbarkeit_und_europaeische_integration_(hup.pdf)); K. LENAERTS, «Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten», *Europarecht* 2015, (1) 3.

geschoeid is²¹ en slechts een één-op-ééndialoog toelaat.²² Verdere indicatoren zijn (ii) het delen van de verantwoordelijkheid bij het spreken van het recht en (iii) wederzijds begrip. Dit laatste veronderstelt een zekere empathie, maar vereist niet dat het Hof van Justitie en een Grondwettelijk Hof formeel moeten afstappen van hun eigen autoriteitsclaim. Indien de dialoog inderdaad aan deze derde indicator beantwoordt, dan wordt de vereiste empathie ook gereflecteerd in (iv) een gebalanceerde besluitvorming waarbij de relevante actoren niet insisteren op het eigen grote gelijk. Daarbij is het belangrijk dat elke actor ook (v) afdoende motiveert hoe rekening werd gehouden met de visie en juridische bezorgdheden van andere actoren. Deze indicator zit ook in zekere zin in het DNA van het Hof van Justitie, aangezien de motivering van zijn arresten, anders dan voor de hoogste nationale rechtscolleges, de enige manier is om een correcte naleving ervan te garanderen.²³ Tot slot veronderstelt dialoog ook (vi) een mogelijkheid tot wederwoord die er in de prejudiciële procedure inderdaad altijd is voor een nationaal Hof (zoals het arrest-Taricco II illustreert, *cf. infra*) en moet (vii) conflictpreventie het resultaat zijn van de aangegane dialoog. Wat dit laatste betreft, zal deze bijdrage verder aantonen dat het Hof en de hoogste natio-

nale rechtscolleges er niet altijd in slagen om conflicten daadwerkelijk te vermijden.

9. In het normatieve model van grondwettelijk pluralisme zorgt een dialoog die gekenmerkt wordt door de bovenstaande indicatoren voor het compromis dat in dit model centraal staat.²⁴ Het spreekt echter voor zich dat men het normatieve model niet hoeft aan te hangen om te erkennen dat zo een dialoog ook nuttig en zelfs noodzakelijk is om spanningen tussen het Hof van Justitie en de nationale grondwettelijke hoven te ontzenuwen. Anders gesteld: door een dialoog aan te gaan hoeven rechters werkzaam in een nationaal grondwettelijk hof of in het Hof van Justitie de eigen absolute autoriteitsclaim niet op te geven, maar kan men toch aan conflictpreventie doen.

III. De uitsluitende directe werking van algemene rechtsbeginselen

10. Zoals reeds opgemerkt, valt de rechtspraak van het Hof inzake de uitsluitende directe werking van algemene rechtsbeginselen te situeren in de bredere context van het vraagstuk naar de (horizontale) directe werking van richtlijnen.

11. De evolutie in en de krachtlijnen van deze materie zijn welbekend.²⁵ Uit de definitie van de verordening en de richtlijn in het huidige art. 288 VWEU kon aanvankelijk (*a contrario*) vermoed worden dat enkel de verordening, maar niet de richtlijn, zich leende tot directe werking. Op basis van een louter tekstuele interpretatie van art. 288 VWEU is dit inderdaad de meest logische conclusie, aangezien dit artikel bepaalt dat een «richtlijn [...] verbindend [is] ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.» Hieruit volgt dat richtlijnen enkel gericht zijn tot lidstaten en dat richtlijnen altijd omgezet moeten worden in nationaal recht. Maar, het ontkennen van elke mogelijkheid tot directe werking van richtlijnen botst frontaal met de vier oogmerken die het Hof in zijn rechtspraak nastreeft: wanneer aan een bepaling van een niet-omgezette richtlijn directe werking wordt ontzegd, blijft het EU-recht vervat in deze richtlijn dode letter. Een bijkomend pervers effect is dan dat het lidstaten zou toelaten zich te onttrekken aan de dwingende werking van een richtlijn door simpelweg na te laten deze richtlijn om te zetten. Aan zulke scenario's is het Hof van Justitie bijzonder allergisch. In het arrest-Ratti erkende het bijgevolg de mogelijke verticale directe werking van richtlijnen.²⁶ De horizontale directe werking

²¹ Zoals reeds vermeld (zie voetnoot 18), veronderstelt het concept dialoog een mate van gelijkheid, wat niet verzoenbaar is met hiërarchie. Verwijzend naar Dehousse, merkt Torres Pérez op dat de prejudiciële procedure zowel een coöperatieve als een hiërarchische dimensie heeft, maar dat deze laatste de bovenhand heeft, aangezien het Hof ook afhangt van de bereidwilligheid onder nationale rechters om vragen te verwijzen naar het Hof (zie: A. TORRES PÉREZ, *o.c.* (voetnoot 12), 139-140). Hoewel geheel correct, doet dit niets af aan het gegeven dat het Hof de prejudiciële dialoog enkel aangaat op voorwaarde dat de nationale rechter zijn antwoord als bindend beschouwt en toepast en dat op grond van art. 267 VWEU er in bepaalde gevallen een verplichting bestaat om vragen te verwijzen naar het Hof. Baquero Cruz merkt op dat deze verplichting zelden wordt afgedwongen (zie: J. BAQUERO CRUZ, *o.c.*, in N. WALKER, J. SHAW en S. TIERNEY (eds.), *Europe's Constitutional Mosaic* (voetnoot 15), 51). Ook hier is er echter een continue ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof. Zo heeft het recentelijk voor de eerste maal een niet-nakoming van een lidstaat vastgesteld (n.a.v. een procedure op grond van art. 258 VWEU) wegens een schending van de verwijzingsplicht op grond van art. 267 VWEU (zie: HvJ 4 oktober 2018, nr. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811).

²² A. TORRES PÉREZ, *o.c.* (voetnoot 12), 111.

²³ Zie: L. COUTRON, *o.c.* (voetnoot 5), 4-8. De tekortkomingen in de naleving van het Unierecht zijn voor Baquero Cruz voornamelijk het gevolg van verschillen in juridische cultuur tussen de lidstaten en de aanleiding om te spreken van een «imperfect rechtssysteem» (zie: J. BAQUERO CRUZ, *o.c.*, in N. WALKER, J. SHAW en S. TIERNEY (eds.), *Europe's Constitutional Mosaic* (voetnoot 15), 60-61). De werkelijke reden lijkt evenwel prozaïscher: als imperfect rechtssysteem ontbreekt het de EU (net als andere internationale rechtssystemen) aan legitiem geweld als *ultimum remedium* om de naleving van rechterlijke uitspraken te doen naleven (zie: A. TORRES PÉREZ, *o.c.* (voetnoot 12), 100-101). Wanneer bv. het Amerikaans Hooggerechtshof in de zaak-Brown v. Board of Education een einde beval aan de segregatie in scholen in de zuidelijke staten moest (en kon) de naleving van dit arrest afgedwongen worden door (federaal) militair geweld (zie: M. BONELLI, «A Federal Turn? The European Union's Response to Constitutional Crises in the Member States», *Perspectives on Federalism*, 2018, (41) 54).

²⁴ Zie bv. A. TORRES PÉREZ, *o.c.* (voetnoot 12), 109-130.

²⁵ Zie meer uitgebreid: S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, OUP, 2005, 180-270.

²⁶ HvJ 5 april 1979, nr. 148/78, ECLI:EU:C:1979:110I Ratti.

werd evenwel verworpen in zaken als die van de arresten-Marshall en -Faccini Dori²⁷: hoewel de oogmerken van een uniforme en effectieve afdwinging van het Unierecht evenzeer voor een horizontale werking pleiten, zou hiermee de letterlijke bepaling van art. 288 VWEU, dat voorschrijft dat richtlijnen (enkel) verbindend zijn voor de lidstaten, geweld worden aangedaan.

12. Dit neemt niet weg dat het Hof, geleid door de eerder vermelde oogmerken, wel naarstig op zoek is gegaan naar alternatieven voor de horizontale directe werking van richtlijnen, teneinde justiabellen zoveel als mogelijk een effectief genot van hun Unierechten toe te kennen. De verplichting om een nationale omzettingsmaatregel te interpreteren en toe te passen in het licht van de Europese richtlijn die werd omgezet (arrest-Von Colson & -Kamann),²⁸ werd in het arrest-Marleasing veralgemeend tot een verplichting om *alle* nationale recht richtlijnconform te interpreteren en toe te passen.²⁹ De mogelijkheid om horizontale relaties te verticaliseren en zo de directe werking mogelijk te maken, werd reeds in zaken als van de arresten-Marshall en -Foster³⁰ naar voren geschoven.³¹ In het arrest-Francovich ontdekte het Hof,³² op grond van het beginsel van loyale samenwerking, de doctrine van staatsaansprakelijkheid voor de niet-omzetting van richtlijnen. Ten slotte heeft het Hof aanvaard dat een richtlijn kan worden ingeroepen in horizontale geschillen om specifieke bepalingen van nationaal recht die strijdig zijn met voldoende duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepalingen van de richtlijn uit te sluiten en dit voor zover die richtlijnbeepaling geen rechten of plichten aan particulieren creëert. Deze laatste configuratie wordt ook de uitsluitende (i.p.v. klassiek horizontale) directe werking genoemd.³³

IV. De Mangold- en Küçükdeveci-arresten

13. Met het Mangold-arrest werd in 2005 een nieuwe lijn van jurisprudentie aan dit complexe en soms verwar-

²⁷ HvJ 26 februari 1986, nr. 152/84, ECLI:EU:C:1986:84, Marshall; HvJ 14 juli 1994, nr. C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, Faccini Dori.

²⁸ HvJ 10 april 1984, nr. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, Von Colson en Kamann.

²⁹ HvJ 13 november 1990, nr. C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, Marleasing. Het Hof van Cassatie heeft de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie lokaal erkend (zie: Cass. 28 september 2001, AR C.00.0066.F, *Arr.Cass.* 2001, nr. 507).

³⁰ HvJ 26 februari 1986, nr. 152/84, ECLI:EU:C:1986:84, Marshall; HvJ 12 juli 1990, nr. C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313, Foster.

³¹ Deze rechtspraak blijft uiteraard relevant. Zie recentelijk nog: HvJ 24 januari 2012, nr. C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33, Dominguez.

³² HvJ 19 november 1991, nrs. C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Francovich.

³³ Zie: H. DE WAELE, «De doorwerking van Europese interne marktregels in de nationale rechtsorde» in I. GOVAERE (ed.), *Europees recht: moderne interne markt voor de praktijkjurist*, Mechelen, Kluwer, 2012, (245) 260-261.

rende³⁴ vraagstuk toegevoegd. De heer Mangold was een oudere werknemer die een arbeidsovereenkomst van bepaalde duur had aangegaan met zijn werkgever. Ingevolge de flexibilisering van de Duitse arbeidsmarkt door de Hartz-hervormingen, eiste het Duitse arbeidsrecht geen objectieve reden meer voor het sluiten van arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur bij oudere werknemers. Het *Arbeitsgericht* München vroeg hierover aan het Hof van Justitie of Richtlijn 2000/78,³⁵ die een discriminatieverbod op grond van leeftijd bevat, door Mangold tegen zijn werkgever kon worden ingeroepen.

14. Beschouwd in het licht van de toenmalige jurisprudentie van het Hof kon deze prejudiciële vraag bezwaarlijk positief beantwoord worden. Vooreerst was op het moment van de feiten de omzettingstermijn van de richtlijn nog niet verstreken. Daarnaast is het geschil tussen een werknemer en werkgever (voor zover de werkgever geen «organisatie of lichaam is onder het gezag of toezicht van de staat of die over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden») ook een horizontaal geschil. Een richtlijnconforme interpretatie was verder ook niet mogelijk, aangezien de relevante bepaling van nationaal recht hiervoor *contra legem* zou moeten worden geïnterpreteerd of toegepast.

15. In zijn antwoord ging het Hof evenwel direct over naar een toepassing van de bepalingen van de richtlijn. Zo merkte het op dat art. 6, eerste lid, van de richtlijn verschillen in behandeling wel toelaat indien deze objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel.³⁶ De inschakeling van oudere werkzoekenden in de arbeidsmarkt is uiteraard zo een doel, maar de maatregel zelf was volgens het Hof nog steeds disproportioneel.³⁷ Na deze inhoudelijke toets countert het Hof het punt dat de omzettingstermijn van de richtlijn nog niet verstreken was, met zijn vaste rechtspraak. Sinds het Inter-environment Wallonie³⁸-arrest zijn lidstaten op grond van het beginsel van loyale samenwerking ook tijdens de omzettingsperiode reeds gebonden aan de bepalingen van de richtlijn in die zin dat zij zich dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen.³⁹

³⁴ Zie hierover de vraagstelling van de Ierse rechter in het recente Smith-arrest. Het Hof zet in rechtsoverwegingen 36 tot 49 op pedagogische wijze zijn rechtspraak uiteen (zie: HvJ 7 augustus 2018, nr. C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631, Smith).

³⁵ Richtlijn 2000/78 van de Raad van de Europese Unie tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.* 2000 L 303/16.

³⁶ HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Mangold, rechtsoverweging 58.

³⁷ *Ibid.*, rechtsoverwegingen 64-65.

³⁸ HvJ 18 december 1997, nr. C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628, Inter-Environnement Wallonie.

³⁹ HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Mangold, rechtsoverweging 67.

16. Deze overwegingen lijken evenwel hun relevantie te verliezen wanneer het Hof verder opmerkt dat «bovenal [...] het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep niet in richtlijn 2000/78 zelf [is] verankerd.»⁴⁰ maar dat het «zijn oorsprong vindt in diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten».⁴¹ Om de volle werking van het Unierecht, *in casu* het algemene rechtsbeginsel van non-discriminatie, te garanderen, is het dan aan de nationale rechter om elke strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten.⁴² *In se* lijkt het Hof hier dus iets soortgelijks te doen als in het Defrenne II-arrest.⁴³ In die zaak echter was het algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van geslacht expliciet terug te vinden in het Verdrag en aangezien het beginsel op zich voldoende duidelijk en nauwkeurig is in gevallen van open discriminatie, leende het zich in die zaak tot directe werking. In het arrest-Mangold is het algemeen rechtsbeginsel niet terug te voeren tot een expliciete bepaling in het Verdrag en wordt het pas voldoende duidelijk en nauwkeurig indien het geïnterpreteerd wordt met behulp van de richtlijn. Formeel rijst de vraag naar de horizontale directe werking van een richtlijn (die nog niet omgezet hoefde te worden) evenwel niet, aangezien het algemeen rechtsbeginsel (en niet een bepaling van een richtlijn) rechtstreeks wordt toegepast om een strijdige bepaling van nationaal recht uit het geding te sluiten. Eenzelfde redenering kenmerkte het Küçükdeveci-arrest, waarin de richtlijn werd ingeroepen om een bepaling van Duits arbeidsrecht, die bepaalde dat de opzegtermijn enkel berekend werd op basis van tijdvakken vanaf het 25^{ste} levensjaar, buiten toepassing te laten.⁴⁴

17. Hoewel de uitkomst van deze zaken voldoende duidelijk is en deze zaken perfecte illustraties zijn van hoe het Hof gestuurd is door de hierboven genoemde vier oogmerken,⁴⁵ blijft de doctrinaire grondslag van de arresten-Mangold en -Küçükdeveci een open vraag: hoe ligt nu juist de verhouding tussen de richtlijn en het algemeen rechtsbeginsel in wat Denys een «osmotische»

directe werking noemt,⁴⁶ en maakt het Hof in deze zaken toepassing van de horizontale directe werking of gaat het (louter) om de uitsluitende directe werking in horizontale situaties?⁴⁷

18. Zoals bekend, leidde het Mangold-arrest tot publieke kritiek van een voormalige president van de Duitse Bondsrepubliek en voorzitter van het Duits Grondwettelijk Hof.⁴⁸ Juridisch gezien was de vraag evenwel of het *Bundesverfassungsgericht* het Mangold-arrest als een «*ausbrechende Rechtsakts*» zou kwalificeren. In zijn *Maastricht Urteil* had het Grondwettelijk Hof immers geoordeeld dat het Unierecht enkel voorrang en gelding geniet in Duitsland indien het in overeenstemming is met de Duitse toestemmingswet. Wanneer handelingen van de Unie niet meer afgedekt zijn door deze toestemming, verliezen zij bijgevolg hun legitimiteit binnen de Duitse rechtsorde. Daartoe behield het Grondwettelijk Hof zich een bevoegdheid voor om na te gaan of de EU-instelling in kwestie haar bevoegdheden op grond van het VEU en VWEU, en dus de grenzen gesteld door de Duitse toestemmingswet, heeft gerespecteerd.⁴⁹ In zijn Lissabon Urteil-arrest van 2009 verfiende het Grondwettelijk Hof dit tot de huidige Ultra Vires-doctrine en verduidelijkte het dat het enkel manifeste bevoegdheidsoverschrijdingen zou toetsen en dit in een geest van *Europarechtsfreundlichkeit*, waardoor het eerst het Europees Hof van Justitie de mogelijkheid zou geven om over de geldigheid van EU-handelingen te oordelen.⁵⁰ Niettegenstaande deze EU-vriendelijke component van de doctrine getuigde het Lissabon Urteil-arrest volgens Baquero Cruz van weinig empathie (*cf.* de derde indicator van Glas), aangezien het de wereld enkel beschouwt vanuit het specifieke (parochiale?) Duitse perspectief.⁵¹

19. Toen in de Honeywell-zaak vervolgens de vraag werd gesteld of het Hof van Justitie *ultra vires* had gehandeld in zijn Mangold-arrest, ontmiende het Duitse Grondwettelijk Hof zelf het probleem: hoewel de redenering van het Hof in het arrest-Mangold ontoereikend

⁴⁰ *Ibid.*, rechtsoverweging 74.

⁴¹ *Ibid.* Hoewel het Hof deze «internationale instrumenten» niet benoemde en de grondwetten van slechts twee lidstaten (Portugal en Finland) een expliciete bepaling in die zin bevatten (zie: M. PAYANDEH, «Constitutional Review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice», *Common Market Law Review* 2011, (9) 20).

⁴² HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Mangold, rechtsoverweging 77.

⁴³ HvJ 8 april 1976, nr. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56, Defrenne II.

⁴⁴ HvJ 19 januari 2010, nr. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, Küçükdeveci.

⁴⁵ Mazák en Moser wijzen in hun bespreking van de arresten-Mangold en -Küçükdeveci op de «*result-driven*»-jurisprudentie van het Hof (zie: J. MAZÁK en M. MOSER, «Adjudication by Reference to General Principles of EU Law: A Second Look at the Mangold Case Law» in M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN en G. STRAETMANS (eds.), *Judging Europe's Judges*, Oxford, Hart, 2013, (61) 84).

⁴⁶ S. DENYS, «Directive» in *Répertoire de droit européen*, Parijs, Dalloz, januari 2018, § 110.

⁴⁷ Zie ook: Holdgaard, Elkan en Krohn Schaldemose die verwijzen naar de verschillende interpretaties in de rechtsleer (R. HOLDGAARD, D. ELKAN en G. KROHN SCHALDEMOSE, «From Cooperation to Collision: the ECJ's Ajos ruling and the Danish Supreme Court's Refusal to Comply», *Common Market Law Review* 2018, (17) 21).

⁴⁸ R. HERZOG en L. GERKEN, «Stoppt den Europäischen Gerichtshof», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 september 2008.

⁴⁹ BVerfG, *Maastricht Urteil*, BVerfGE 89, (155) 187, rechtsoverweging 106. Dit is uiteraard in tegenspraak met de rechtspraak van het Hof van Justitie, volgens welke enkel het Hof kan oordelen over de geldigheid van het Unierecht.

⁵⁰ BVerfG, *Lissabon Urteil*, BVerfGE 123 (267) 353, rechtsoverweging 240.

⁵¹ J. BAQUERO CRUZ, *o.c.*, in N. WALKER, J. SHAW en S. TIERNEY (eds.), *Europe's Constitutional Mosaic* (voetnoot 15), 54-55.

werd bevonden,⁵² leidde het niet tot een «structureel betekenisvolle verschuiving van bevoegdheden ten nadele van de lidstaten».⁵³ De voorwaarden voor de toepassing van de Ultra Vires-doctrine waren bijgevolg niet vervuld.

V. Het Dansk Industri-arrest

20. In het Dansk Industri-arrest van 2016 vormde een bepaling uit de Deense bediendewet een probleem in het licht van de Antidiscriminatie richtlijn die ook aan de orde was in *Mangold*. De bediendewet schrijft immers voor dat een ontslagen bediende geen recht heeft op een ontslagvergoeding indien hij «bij zijn vertrek een ouderdomspensioen van zijn werkgever zal ontvangen».⁵⁴ Deze bepaling wordt volgens vaste rechtspraak in Denemarken toegepast in die zin dat een ontslagvergoeding niet aan de orde is indien de bediende recht had op een ouderdomspensioen (i.p.v. met zekerheid zo een ouderdomspensioen zou ontvangen). *In casu* eiste de h. Rasmussen, die wel recht had op een ouderdomsvergoeding, maar na zijn ontslag opnieuw aan het werk ging bij een andere werkgever, een ontslagvergoeding van zijn eerste werkgever. Hij voerde daarbij aan dat de relevante bepaling van de bediendewet (of althans de toepassing ervan volgens vaste rechtspraak) in strijd is met de Europese Antidiscriminatie richtlijn.

21. Sinds het *Mangold*-arrest was de omzettingstermijn van de richtlijn uiteraard verstreken, maar het probleem van (het gebrek aan) horizontale directe werking van richtlijn bepalingen was uiteraard nog even pertinent.⁵⁵ Het Hof wijst er in het arrest-Dansk Industri evenwel opnieuw op dat het niet de richtlijn is die *in casu* wordt ingeroepen door Rasmussen, maar wel «het algemene verbod van discriminatie op grond van leeftijd, zoals dat concreet gestalte heeft gekregen in richtlijn 2000/78».⁵⁶ Het Deens Hoogerechtshof stelde evenwel ook de vraag of er geen grenzen zijn aan deze Unierechtelijke verplichting en of het beginsel van rechtszekerheid niet kon

worden ingeroepen om de toepassing van de Deense bediendewet onverlet te laten, in het bijzonder wegens de mogelijkheid voor Rasmussen om schadeloosstelling te verkrijgen overeenkomstig de Francovich-rechtspraak.⁵⁷

22. Als antwoord wees het Hof van Justitie op de traditionele grenzen aan de richtlijnconforme interpretatie,⁵⁸ daarbij dus suggererend dat het hier toch niet ging om een toepassing van het algemene rechtsbeginsel zoals geconcretiseerd door de richtlijn: een nationale bepaling mag niet *contra legem* uitgelegd worden via de richtlijnconforme interpretatie.⁵⁹ Het Hof merkte hierbij op dat incompatibele «vaste rechtspraak» niet gelijkgesteld kon worden aan een incompatibele rechtsregel.⁶⁰ Zonder te spreken van een horizontale toepassing van het Handvest,⁶¹ merkte het Hof echter verder op dat, zelfs indien er *in casu* sprake zou zijn van een *contra legem*-interpretatie, een algemeen rechtsbeginsel *in casu* aan de orde was en niet zomaar een bepaling uit een richtlijn. Hierdoor is de «*contra legem*»-grens überhaupt niet van toepassing.⁶² Gelet op het oogmerk van de uniforme toepassing van het Unierecht was het voor het Hof ook niet mogelijk om in te gaan op de uitnodiging van het Deens Hoogerechtshof om nationale rechters toe te staan zelf een afweging te maken tussen algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel.⁶³ De mogelijkheid om schadeloosstelling te verkrijgen van de overheid wegens niet- of foutieve omzetting van een richtlijn, doet daarbij volgens het Hof niet af aan de verplichting voor de nationale rechter om de nationale bepaling die in strijd is met het algemeen rechtsbeginsel van non-discriminatie buiten toepassing te laten.⁶⁴

23. Op te merken valt dat de context waarin het Dansk Industri-arrest tot stand kwam veel constructiever was dan die in de *Mangold*-saga: het hoogste rechtscollege in Denemarken stelde zelf een prejudiciële vraag aan het Hof, waardoor een rechtstreekse

⁵² BVerfG, *Honeywell*, BVerfGE 126, (286) 308-309, rechtsoverwegingen 69-70.

⁵³ *Ibid.*, rechtsoverweging 71. Over de *Ultra Vires*-doctrine in rechtsvergelijkend perspectief, zie: F. MAYER en M. WENDEL, «Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts» in A. HATJE en P.-C. MÜLLER-GRAFF (eds.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2014, (163) 233-236; C. BLUMANN en L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parijs, LexisNexis, 2016, 841-870.

⁵⁴ HvJ 19 april 2016, nr. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, Dansk Industri, rechtsoverweging 6.

⁵⁵ De kwestieuze bepaling van Deens recht was reeds onderzocht door het Hof in het arrest-*Ingeniørforeningen i Danmark*, maar het probleem van de horizontale directe werking rees toen niet, omdat de werkgever *in casu* behoorde tot de overheid (zie: HvJ 12 oktober 2010, nr. C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600, *Ingeniørforeningen i Danmark*).

⁵⁶ HvJ 19 april 2016, nr. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, Dansk Industri, rechtsoverweging 27.

⁵⁷ *Ibid.*, rechtsoverweging 20.

⁵⁸ *Ibid.*, rechtsoverweging 32.

⁵⁹ De onduidelijke redenering van het Hof m.b.t. de verhouding van de richtlijn tot het algemeen rechtsbeginsel, blijft dus de rechtspraak kenmerken. Over deze onduidelijke redenering in de arresten-*Mangold* en -*Kücükdeveci*, zie: J. MAZÁK en M. MOSER, o.c., in M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN en G. STRAETMANS (eds.), *Judging Europe's Judges*, 81-82).

⁶⁰ HvJ 19 april 2016, nr. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, «Dansk Industri», rechtsoverweging 34.

⁶¹ Vermoedelijk aangezien het Handvest *ratione temporis* niet van toepassing was, merkt het Hof in het begin van zijn arrest louter op dat het non-discriminatiebeginsel «thans is neergelegd in artikel 21 van het Handvest». (zie: HvJ 19 april 2016, nr. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, Dansk Industri, rechtsoverweging 22).

⁶² *Ibid.*, rechtsoverwegingen 35-37.

⁶³ *Ibid.*, rechtsoverweging 38. Zie ook R. HOLDGAARD e.a., o.c., *Common Market Law Review* 2018, 40.

⁶⁴ HvJ 19 april 2016, nr. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, Dansk Industri, rechtsoverweging 42.

dialogoog tussen de hoogste Deense rechters en de Unierechters mogelijk was. Dit contrasteert sterk met de allereerste prejudiciële verwijzing van het *Bundesverfassungsgericht* in de context van de eurocrisis. De vraag van het Duitse Grondwettelijk Hof in de Gauweiler-zaak leek meer op een *Diktat* dan een vraag.⁶⁵ Het Deense Hooggerechtshof daarentegen nodigde met zijn vraag het Hof daadwerkelijk uit om een en ander te verduidelijken. Maar, terwijl het *Bundesverfassungsgericht* in de Gauweiler-zaak het prejudicieel arrest van het Hof uiteindelijk loyaal toepaste, zonder evenwel na te laten op te merken dat het op bepaalde punten niet met Hof van Justitie akkoord ging,⁶⁶ verraste het Deense Hooggerechtshof in Dansk Industri door het antwoord van het Hof naast zich neer te leggen.

24. M.b.t. de mogelijkheid om de Deense regel richtlijnconform te interpreteren merkte het Hooggerechtshof op dat de vaste rechtspraak van de Deense rechter impliciet aanvaard was door de Deense wetgever. Sinds deze vaste rechtspraak was tot stand gekomen, werd de wet immers nog gewijzigd, maar niet op het *in casu* betwiste punt. Deze impliciete goedkeuring staat er volgens het Hooggerechtshof aan in de weg dat de rechter nog afwijkt van deze vaste rechtspraak.⁶⁷ Omtrent de mogelijkheid om het algemeen rechtsbeginsel rechtstreeks toe te passen, merkte het Hooggerechtshof op dat de vraag naar directe werking van Unierecht in de Deense rechtsorde een vraag naar Deens recht is en moet worden opgelost aan de hand van de Deense wet betreffende de toetreding van Denemarken tot de EU.⁶⁸ Deze wet voorziet echter enkel in de rechtstreekse werking van de Verdragsbepalingen en het secundair recht, maar niet in de rechtstreekse werking van algemene rechtsbeginselen of het Handvest. De rechtspraak van het Hof van Justitie op dit punt kan dus geen toepassing vinden in Denemarken. Het tegenargument dat het Mangold-arrest van 2005 dateert en de Deense wetgever met zijn toestemming tot het Verdrag van Lissabon hiertegen geen voorbehoud had geformuleerd, werd door het Hooggerechtshof weggewuifd met de bemerking dat de parlementaire voorbereiding überhaupt geen melding maakt van het arrest-Mangold en het stilzwijgen dus ook niet gelezen kan worden als een

impliciete instemming met het arrest-Mangold.⁶⁹ Gelet op hoe het Hooggerechtshof eerder het stilzwijgen van de Deense wetgever over de vaste rechtspraak interpreteerde, is dit inderdaad opmerkelijk te noemen.

A. Lessen uit het arrest-Dansk Industri

25. Voor een uitgebreide analyse van de Dansk Industri-saga kan worden verwezen naar de uitvoerige bespreking door Holdgaard e.a.⁷⁰ Voor het vraagstuk van het Europees constitutioneel pluralisme is vooral interessant dat Holdgaard e.a. opmerken hoe de beide arresten, van zowel Hof van Justitie als Hooggerechtshof, volgens de termen van hun eigen rechtsorde logisch, coherent en overtuigend zijn, maar kunnen worden opgevat als provocaties indien zij worden gelezen en geïnterpreteerd volgens de termen van de andere rechtsorde.⁷¹ Een en ander toont aan dat de rechterlijke dialoog tussen de hoogste rechtscolleges van de nationale en Europese rechtsordes, die noodzakelijk is om het pluralisme werkbaar te houden, niet louter veronderstelt dat beide in een geest van loyale samenwerking overleg plegen. Veel meer is daarenboven vereist dat elk rechtscollege de intellectuele inspanning levert om zich te verplaatsen in het andere rechtscollege en mede vanuit die empathische positie de dialoog aangaat (*cf.* de derde indicator van Glas).

26. In prejudiciële verwijzingen houdt dit concreet in dat een verwijzend rechtscollege uitvoerig uiteenzet waarom het een bepaalde vraag stelt en zelfs waarom het een alternatieve vraag *niet* stelt (*cf.* de vijfde indicator inzake motivering). Wat evident is voor de verwijzende rechter, is dit immers niet per se voor het Hof, zelfs indien deze instelling juridische expertise uit elke lidstaat samenbrengt. Het Hof moet op zijn beurt, zeker bij verwijzingen door de hoogste rechtscolleges, zijn beslissingen uitvoerig motiveren in het licht van de argumenten opgeworpen in de verwijzing en zich niet beperken (zelfs in zaken die naar EU-recht evident zijn) tot het «kopiëren en plakken» van overwegingen uit zijn eerdere rechtspraak (*cf.* hierboven de vijfde indicator). Een goede illustratie hiervan en van de zesde indicator inzake rechterlijke dialoog (wederwoord) is de Taricco-saga, waarin het Hof in het arrest-Taricco II,⁷² na een prejudiciële vraag van het Italiaanse Grondwettelijk Hof, terugkwam op zijn uitspraak in het arrest-Taricco I.⁷³ Het Grondwettelijk Hof had het Hof van Justitie er immers op gewezen dat de toepassing van het Taricco I-arrest in Italië tot

⁶⁵ Zie: F. MAYER, «Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference», *German Law Journal* 2014, (111) 119.

⁶⁶ BVerfG, *Gauweiler*, BVerfGE 142, (123), rechtsoverwegingen 181-189.

⁶⁷ Zie de Engelse vertaling van het arrest van het Deens Hooggerechtshof van 6 december 2016 (<http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeddelelser/Documents/Judgment%2015-2014.pdf>) in zaak 15/2014, DI t/ A, 43.

⁶⁸ *Ibid.*, 45. Dit is uiteraard in tegenspraak met de rechtspraak van het Hof van Justitie, die de vraag naar de (al dan niet) directe werking van het Unierecht exclusief voorbehoudt aan het Hof zelf.

⁶⁹ *Ibid.*, 47.

⁷⁰ R. HOLDGAARD e.a., *o.c.*, *Common Market Law Review* 2018, 47.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² HvJ 5 december 2017, nr. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, Taricco II.

⁷³ HvJ 8 september 2015, nr. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, Taricco I.

bijzonder problematische grondwettelijke repercussies zou leiden.⁷⁴

27. Het beginsel van loyale samenwerking moet bijgevolg door beide colleges geïnternaliseerd en geïmplementeerd worden. Zo kan men opmerken dat het Deense Hooggerechtshof, analoog aan het Italiaanse Grondwettelijk Hof, in een geest van loyale samenwerking had moeten opmerken dat een negatieve beantwoording van zijn prejudiciële vragen een problematische situatie zou kunnen creëren in het licht van de Deense toestemmingswet.⁷⁵ Evenzeer kan worden opgemerkt dat het rechtzekerheidsbeginsel door het Hof van Justitie reeds gehanteerd werd om de werking van zijn prejudiciële arresten in de tijd te beperken. Dat geen van de partijen dit in het arrest-Dansk Industri heeft opgeworpen, lijkt weinig relevant, aangezien het Hof, in een loyale opstelling en met de nodige voorzichtigheid, gelet op het feit dat de verwijzing van de hoogste Deense rechter kwam, deze vraag ook zelf aan de partijen had kunnen stellen (wat niet gebeurd lijkt te zijn).⁷⁶ Een vergelijking van de arresten van het Hof in de arresten-Gauweiler en -Dansk Industri suggereert daarbij dat het Hof inderdaad omzichtiger omging met het *Bundesverfassungsgericht*⁷⁷ dan met het Deense Hooggerechtshof. Het arrest-Dansk Industri illustreert eens te meer dat indien de hoogste rechtscolleges met elkaar dialogeren, een grote mate van wederzijdse empathie en fluwelen handschoenen aan de orde zijn.⁷⁸

⁷⁴ Concreet had het Hof in het arrest-Taricco I geoordeeld, na een vraag van de Italiaanse strafrechter, dat nationale procesregels inzake verjaring aan de kant geschoven moesten worden om de volle werking van art. 325 VWEU (dat betrekking heeft op de bescherming van de financiële belangen van de EU) te vrijwaren. In het arrest-Taricco II merkte het Italiaanse Grondwettelijk Hof op dat de toepassing van het arrest-Taricco I zou kunnen botsen met het legaliteitsbeginsel en het beginsel van niet-retroactiviteit zoals beschermd in de Italiaanse grondwet.

⁷⁵ Zie ook: R. HOLDGAARD e.a., o.c., *Common Market Law Review* 2018, 47-48.

⁷⁶ Advocaat-generaal Bot merkte daarbij op dat een beperking in de tijd onmogelijk was, aangezien de juridische kwestie reeds beslecht was in het arrest-Ingénjörforeningen i Danmark, maar, zoals Holdgaard e.a. correct opmerken, kon de rechtsvraag ook verschillend opgevat worden, gelet op de horizontale dimensie van het geschil in Dansk Industri (zie conclusie van advocaat-generaal Bot van 25 november 2015 in zaak nr. C-441/14, ECLI:EU:C:2015:776, Dansk Industri, rechtsoverweging 81; R. HOLDGAARD e.a., o.c., *Common Market Law Review* 2018, 40-41).

⁷⁷ Tuominen merkt terecht op dat het Hof zich niet liet verleiden tot het reageren op de conflictueuze taal van het *Bundesverfassungsgericht* (zie: T. TUOMINEN, o.c., *European Law Review*, 2018, 193 en 203).

⁷⁸ Ook Komarek suggereert dat het Hof van Justitie een meer omzichtige aanpak en uitvoerige motivering moet hanteren bij verwijzingen door de hoogste nationale rechters (zie: J. KOMAREK, «The place of constitutional courts in the EU», *European Constitutional Law Review* 2013, (420) 433).

VI. De Egenberger- en IR-arresten

28. De voorlopig laatste episode in de saga van de uitsluitende werking van algemene rechtsbeginselen is het IR-arrest van het Hof van september 2018. Dit arrest bouwt verder op het Egenberger-arrest van april 2018, waarin het Hof voor het eerst de Mangold/Kücükdeveci-rechtspraak toepast buiten de sfeer van discriminatie op basis van leeftijd.⁷⁹ De arresten-Egenberger en -IR hebben betrekking op art. 4 van de Antidiscriminatie-richtlijn. Art. 4, tweede lid, eerste alinea, van deze richtlijn was aan de orde in het arrest-Egenberger en laat toe dat organisaties waarvan de grondslag gebaseerd is op godsdienst of overtuiging, op basis daarvan ook in hun arbeidsbeleid kunnen discrimineren indien die grondslag een wezenlijke beroepsvereiste uitmaakt. De tweede alinea van art. 4, tweede lid, dat toelaat dat zulke organisaties ook een specifieke loyaliteit aan de geloofsgrondslag verlangen, was vervolgens aan de orde in het arrest-IR.

29. Vera Egenberger solliciteerde in 2012 voor een projectfunctie bij *Evangelisches Werk*, een godsdienstige organisatie die van sollicitanten verlangde dat ze ook tot de Evangelische Kerk behoren. Aangezien Egenberger van mening was dat haar sollicitatie was afgewezen omdat ze niet tot die geloofsgemeenschap behoorde, daagde ze *Evangelisches Werk* voor de arbeidsrechter wegens discriminatie op basis van geloof. Wanneer de zaak bij het *Bundesarbeitsgericht* belandt, ziet deze rechter zich genoodzaakt een prejudiciële vraag te stellen. Naar Duits recht kan een organisatie als *Evangelisches Werk* immers zelf bepalen of het behoren tot de eigen geloofsgemeenschap een wezenlijke beroepsvereiste uitmaakt voor de vacatures die zij uitschrijft en kan een en ander slechts beperkt getoetst worden op zijn plausibiliteit door de arbeidsrechter. De vraag die rees was dan of het Europese recht, en meer bepaald art. 4, tweede lid, eerste alinea, van de Antidiscriminatie-richtlijn, ook zo een genereuze behandeling (van religieuze werkgevers) toelaat.

30. Het Hof oordeelde in het arrest-Egenberger dat de uitzondering in art. 4, tweede lid, eerste alinea, van de Antidiscriminatie-richtlijn, onderworpen moet zijn aan een doeltreffend rechterlijk toezicht om de effectiviteit van het non-discriminatiebeginsel zelf te waarborgen.⁸⁰ Dat het hier *in casu* gaat om een horizontaal geschil, vormt voor het Hof geen beletsel, aangezien de richtlijn-bepaling, analoog aan wat aan de orde was in de arresten-Mangold, -Kücükdeveci en -Dansk Industri, louter expressie geeft aan een algemeen rechtsbeginsel dat ook terug te vinden is in het Handvest.⁸¹ Aangezien laatste *ra-*

⁷⁹ Voor een bespreking van de Egenberger-zaak, zie: S. DENYS, «Différences de traitement fondées sur la religion et droit de l'Union», (2018) *Europe* 6.

⁸⁰ HvJ 17 april 2018, nr. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Egenberger, rechtsoverwegingen 42-59.

⁸¹ *Ibid.*, rechtsoverwegingen 70-82.

tione temporis wel van toepassing was, verwees het Hof, in tegenstelling tot het DI-arrest (*cf. supra*), in het arrest-Egenberger ook veelvuldig naar het non-discriminatiebeginsel zoals vervat in art. 21 van het Handvest. Het Hof verduidelijkte daarbij dat wanneer een geloofsorganisatie een beroep doet op de uitzondering van art. 4, tweede lid, eerste alinea van de richtlijn, om een discriminatie op grond van geloofsovertuiging te rechtvaardigen, deze rechtvaardiging onderworpen moet zijn aan een «doel-treffend rechterlijk toezicht».⁸² De eerste alinea van art. 4, tweede lid, van de richtlijn schrijft immers voor dat elk «verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht». Gelet op het laatste is het dus aan de (seculiere) rechter om na te gaan of de discriminatoire vereiste die een geloofsorganisatie oplegt evenredig en «wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd is met het oog op» de ingeroepen kerkelijke grondslag.

31. Het probleem in de IR-zaak is grotendeels vergelijkbaar, met dat verschil dat de werknemer in de IR-zaak wel tot de «juiste» geloofsgemeenschap behoorde, maar er een weinig katholieke levenswandel op nahield. De vraag hier was in hoeverre een religieuze werkgever vrij (van rechterlijk toezicht) kan oordelen over de loyaliteitsverplichtingen van zijn werknemers. Bijkomend hengelde het *Bundesarbeitsgericht* in deze zaak bij het Hof van Justitie naar een oplossing die hem expliciet was verboden door het Duitse Grondwettelijk Hof in een eerder arrest. In de IR-zaak is JQ een katholieke hoofdarts die sinds 2000 werkt voor de katholieke zorginstelling IR. In 2006 gaat hij samenwonen met een nieuwe partner, nadat zijn vrouw hem een jaar eerder heeft verlaten. In 2008 hertrouwt hij met zijn nieuwe partner. Zijn werkgever IR was sinds 2006 op de hoogte van de buitenechtelijke relatie van zijn hoofdarts, maar wachtte tot 2009 om hem te ontslaan. Als reden voor het ontslag werd aangegeven dat JQ zijn loyaliteitsverplichtingen jegens IR niet was nagekomen, door als lid van de katholieke kerk een nieuw burgerlijk huwelijk aan te gaan, niettegenstaande zijn eerste kerkelijk huwelijk nog niet ontbonden was.

32. Vooraleer deze zaak bij het Hof van Justitie kwam, heeft het de gehele rechterlijke molen in Duitsland doorlopen. Om verschillende redenen stelden achtereenvolgens het *Arbeitsgericht Düsseldorf*, het *Landesgericht Düsseldorf* en het *Bundesarbeitsgericht* IR in het ongelijk en werd het ontslag nietig verklaard. Tegen het arrest van het *Bundesarbeitsgericht* werd vervolgens een *Verfassungsbeschwerde* voor het *Bundesverfassungsgericht* ingeleid. De constitutionele dimensie aan de zaak lag hem in de specifieke bepalingen van het *Grundgesetz*: JQ's persoonlijke vrijheid en zijn recht op een huwelijk en een gezinsleven zijn gewaarborgd door artt. 2 en 6 van

het *Grundgesetz* (GG), maar de Duitse Grondwet voorziet evenzeer in art. 140 dat een aantal bepalingen uit de Weimar-Grondwet, o.a. inzake de vrijheid van geloofsgemeenschappen om eigen aangelegenheden te regelen, overgenomen worden. Volgens vaste rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* houdt een en ander in dat geloofsgemeenschappen in Duitsland een verregaande autonomie hebben en een zelfbestemmingsrecht dat voor een groot deel buiten de toetsingsbevoegdheid van de seculiere rechter valt (onverminderd de reeds opgemerkte plausibiliteitscontrole).

33. In een arrest van 22 oktober 2014 oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* dat het *Bundesarbeitsgericht* hiermee onvoldoende rekening had gehouden. Hoewel het *Bundesarbeitsgericht* oordeelde dat de door JQ begane schending van zijn loyaliteitsverplichting voldoende gekwalificeerd was, kwam het immers alsnog tot de conclusie dat het ontslag ongerechtvaardigd was, aangezien IR (i) in soortgelijke gevallen in het verleden niet altijd tot ontslag had beslist; (ii) ook niet-katholieke werknemers een leidinggevende functie van hoofdarts had toegekend en (iii) de buitenechtelijke relatie sinds 2006 stilzwijgend had aanvaard.⁸³ Volgens het *Bundesverfassungsgericht* had het *Bundesarbeitsgericht* zich hiermee als seculiere rechter in de plaats van IR gesteld. De grondwetsbepaling die de zelfbestemming van geloofsgemeenschappen regelt, staat daarentegen enkel toe dat een seculiere rechter in eerste instantie de door de (katholieke) werkgever aangedragen redenen marginaal op hun plausibiliteit controleert (anders gesteld: is het plausibel in het licht van de katholieke geloofsleer dat het huwelijk sacraal is en het breken van de kerkelijke huwelijksgevolgen de geloofwaardigheid van een katholieke instelling ondermijnt?). In tweede instantie moet volgens het Hof vervolgens een afweging worden gemaakt tussen het erkende belang van de werknemer en het erkende belang van de werkgever (om de katholieke leer te promoten en uit te dragen). Aangezien het *Bundesarbeitsgericht* deze twee stappen niet correct had toegepast, werd zijn arrest vernietigd en werd de zaak terugverwezen.

34. Het arrest van het *Bundesverfassungsgericht* werd omschreven als een oorzakelijk voor *Bundesarbeitsgericht*,⁸⁴ dat de interpretatie van de Duitse Grondwet door het Grondwettelijk Hof uiteraard te volgen heeft.⁸⁵ Hetzelfde geldt evenwel niet voor interpretatievragen van Europees recht en meer bepaald de Antidiscriminatie-richtlijn. Aanvankelijk had het *Bundesarbeitsgericht* het niet nodig gevonden een prejudiciële vraag te stellen, aangezien het oordeelde dat het verschil in behandeling naar

⁸² *Ibid.*, rechtsoverweging 55.

⁸³ *Bundesarbeitsgericht* 8 september 2011, 2 AZR 543/10, rechtsoverwegingen 40-43.

⁸⁴ E. WILKE, «Kirchliches Selbstbestimmungsrecht», *ArbRAktuell* 2014, (614) 614.

⁸⁵ Zie naar analogie § 568, tweede lid *Zivilprozessordnung*.

Duits recht reeds ongerechtvaardigd was.⁸⁶ Nadat het Grondwettelijk Hof deze deur sloot, achtte het *Bundesarbeitsgericht* het opportuun na te gaan of dit verschil in behandeling wel verenigbaar was met het Unierecht. Een en ander is een schoolvoorbeeld van hoe het Europees recht de lagere nationale rechter middelen geeft om onder het juk van de hoogste nationale rechter uit te komen.⁸⁷ *In casu* appelleerde het *Bundesarbeitsgericht* aan de Antidiscriminatie richtlijn die ongelijke behandeling op grond van godsdienst verbiedt, maar ook bepaalt dat geloofsorganisaties kunnen discrimineren op grond van geloof naargelang van de aard van de werkzaamheden die een werknemer dient te verrichten (art. 4, tweede lid, eerste alinea) en ook loyaliteit aan de geloofsleer kan eisen naargelang van de aard van de werkzaamheden (art. 4, tweede lid, tweede alinea) zolang deze geloofsorganisaties handelen «in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen».

35. In het licht hiervan vroeg het *Bundesarbeitsgericht* zich af of de Antidiscriminatie richtlijn toestaat dat aan JQ een hogere loyaliteitsverplichting wordt opgelegd dan aan niet-katholieke hoofdartsen, en indien niet, of in het bodemgeschil de relevante nationale bepaling, die zo een discriminatie wel toelaat, buiten toepassing moet worden gelaten.

36. In zijn antwoord bouwde het Hof verder op het Egenberger-arrest. Dat arrest wordt naar analogie toegepast op de bepaling van art. 4, tweede lid, tweede alinea dat bepaalt dat «het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet [gelaten wordt] om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen». Terwijl de Duitse regering en IR argumenteerden dat de verwijzing naar de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen een *carve out* inhielden, waardoor een en ander enkel getoetst zou kunnen worden aan het nationale recht, merkte het Hof op dat zijn Egenberger-rechtspraak evenzeer op de tweede alinea van art. 4, tweede lid van toepassing was, aangezien het tweede lid expliciet bepaalt dat bij de toepassing ervan «de bepalingen van deze richtlijn voor het overige [moeten] worden geëerbiedigd».

37. Vervolgens geeft het Hof zeer specifieke aanwijzingen aan het *Bundesarbeitsgericht* over hoe het de relevante bepaling van de Duitse antidiscriminatie wet, gelet op het bovenstaande, op het bodemgeschil moet toepassen.

⁸⁶ *Bundesarbeitsgericht* 8 september 2011, 2 AZR 543/10, rechtsoverweging 37.

⁸⁷ Zie: A.-M. BURLEY & W. MATTLI, «Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration», *International Organization* 1993, (41) 62-64. Voor een recentere toetsing van deze hypothese, zie: J. KOMAREK, o.c., *European Constitutional Law Review* 2013, 434-443.

Zo erkent het Hof dat het sacrale karakter en de onverbreekelijkheid van het huwelijk één van de grondslagen van de katholieke kerk zijn.⁸⁸ Het merkt evenwel ook op dat JQ, gelet op de aard van zijn beroepsactiviteit (hoofdarts), hier niet noodzakelijk mee moet instemmen.⁸⁹ Dit wordt volgens het Hof gestaafd door het feit dat IR ook niet-katholieken als hoofdarts heeft aangesteld. Indien de relevante bepaling van de Duitse antidiscriminatie wet niet op zo'n richtlijnconforme wijze kan worden toegepast, bevestigt het Hof dat het *Bundesarbeitsgericht* deze buiten toepassing moet laten, gelet op de horizontale werking van art. 21 van het Handvest.⁹⁰ De arresten-IR en -Egenberger waren hiermee de belangrijkste bevestiging van de horizontale werking van het Handvest, na de tentatieve suggestie hiertoe in het AMS-arrest in 2014.⁹¹

38. Een aantal maand later heeft het Hof dit ondubbelzinnig bevestigd in de zaken-Shimizu en -Bauer en -Broßonn, waarin het expliciet inging op art. 51, eerste lid, van het Handvest, dat verduidelijkt dat het Handvest enkel gericht is tot de EU-instellingen en de lidstaten voor zover zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Hieromtrent oordeelde het Hof: «Art. 51, eerste lid, vermeldt [...] niet of [...] particulieren eventueel rechtstreeks gehouden kunnen zijn tot naleving van sommige bepalingen van het Handvest en kan bijgevolg niet aldus worden uitgelegd dat het die mogelijkheid categorisch uitsluit.»⁹² Naar een zuiver tekstuele lezing van art. 51, eerste lid, van het Handvest is de interpretatie van het Hof bijzonder opmerkelijk, maar indien rekening wordt gehouden met de vier oogmerken die het Hof hanteert in zijn interpretatie van het Unierecht (cf. *supra*), hoeft de uitkomst die het Hof bereikt veel minder te verbazen. Dit neemt uiteraard niet weg dat de door het Hof ingeslagen weg bijzonder controversieel is en ongetwijfeld op weerstand, al dan niet van de hoogste nationale rechtscolleges, zal stuiten.

A. Aanslag op de Duitse constitutionele identiteit?

39. Hoewel de uiteindelijke feitenbeoordeling in de zaak-IR in handen ligt van het *Bundesarbeitsgericht*, laat het Hof van Justitie weinig ruimte en zal het ontslag van JQ nietig verklaard moeten worden. De vraag die in het licht van het Europees constitutioneel plura-

⁸⁸ HvJ 11 september 2018, nr. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, «IR», rechtsoverweging 57.

⁸⁹ *Ibid.*, rechtsoverweging 58.

⁹⁰ *Ibid.*, rechtsoverweging 69-70.

⁹¹ Zie HvJ 15 januari 2014, nr. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, «Association de médiation sociale». Over deze zaak en de mogelijke bevestiging ervan van de horizontale werking van het Handvest, zie: H. DE WAELE, «Horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk», *NTER* 2014, (158) 158-164.

⁹² HvJ 6 november 2018, gevoegde zaken nrs. C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, Bauer en Broßonn, rechtsoverweging 87; HvJ 6 november 2018, nr. C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, Shimizu, rechtsoverweging 76.

lisme dan rijst, is hoe het *Bundesverfassungsgericht* op de IR-rechtspraak zal reageren in een eventuele opvolgingszaak (Honeywell-bis) of misschien bij een nieuw *Verfassungsbeschwerde* tegen het (nieuwe) arrest van het *Bundesarbeitsgericht*. In zijn arrest van 22 oktober 2014 had het *Bundesverfassungsgericht* immers opgemerkt, zonder te verwijzen naar de Antidiscriminatie richtlijn of zelfs het Unierecht in het algemeen, dat de autonomie die het Duitse recht liet aan geloofsgemeenschappen in het arbeidsrecht, ook conform het EVRM en de rechtspraak van het EHRM was.⁹³ Tegelijkertijd merkte het op dat een EVRM-conforme interpretatie van het Duitse recht er niet toe kan leiden dat de waarborgen opgenomen in de Duitse Grondwet beperkt worden. Volgens het Hof is dit obstakel bijzonder relevant in situaties zoals *in casu*, waarin verschillende grondrechten samenkomen, waarbij een «meer» voor het ene grondrecht ten koste gaat van een «minder» voor het andere grondrecht.⁹⁴

40. Juist dit volgt echter uit het IR-arrest van het Hof van Justitie, zij het dat een EU-richtlijnconforme (en niet EVRM-conforme) interpretatie vereist wordt. De balans waarin het *Grundgesetz* voorziet, werd door het Hof van Justitie beschouwd als incompatibel met het algemeen non-discriminatiebeginsel, zoals verduidelijkt in de Antidiscriminatie richtlijn. Opmerkelijk bij de arresten van het Hof in de Egenberger- en IR-zaken, is daarbij dat het Hof geen belang hecht aan art. 4, tweede lid VEU (de EU-bepaling die de constitutionele identiteit van de lidstaten beschermt), al dan niet in samenhang gelezen met art. 17 VWEU (dat bepaalt dat het Unierecht geen afbreuk doet aan de status van geloofsgemeenschappen onder nationaal recht). Enkel advocaat-generaal Tanchev merkt in zijn conclusie in de zaak-Egenberger op dat art. 17 VWEU art. 4, tweede lid VEU concretiseert en aanvult.⁹⁵ Volgens de advocaat-generaal kunnen beide artikelen dan wel niet ingeroepen worden om bepaalde besluiten af te schermen van Europeesrechtelijke toetsing,⁹⁶ maar betekent het wel dat art. 21 van het Handvest niet zomaar horizontaal kan worden toegepast, aangezien art. 17 VWEU een ruime vrijheid laat aan de lidstaten om de verhouding tussen Kerk en Staat te bepalen.⁹⁷ Eén enkel model voor de betrekkingen tussen Kerk en Staat kan dan niet Unierechtelijk opgedrongen worden via art. 21 van het Handvest. In merklijk contrast met de advocaat-generaal betreft het Hof art. 4, tweede lid VEU niet in zijn analyse en merkt het ten aanzien van art. 17 VWEU

op dat het louter een neutraliteitsverplichting voor de Unie inhoudt,⁹⁸ waaraan *in casu* uiteraard voldaan is.

41. De vraag die nu rijst, is of een en ander niet afdoet aan de Duitse constitutionele identiteit, gesteld dat het *Bundesverfassungsgericht* van oordeel zou zijn dat art. 140 Duitse Grondwet deel uitmaakt van de onaantastbare kern van de Duitse Grondwet.⁹⁹ Op het eerste gezicht lijkt dit niet onder de zgn. eeuwigheidsclausule van art. 79, derde lid Duitse Grondwet te komen, maar het *Bundesverfassungsgericht* heeft in zijn *Lissabon Urteil* geoordeeld dat onder deze onaantastbare kern verschillende elementen van het Duitse grondwettelijk recht vallen. Zo worden het democratiebeginsel, het rechtsstaatbeginsel, het sociale welvaartstaatbeginsel, de federale republiek en de kern van de fundamentele rechten hier toe gerekend.¹⁰⁰ Voor het Duitse Grondwettelijk Hof is het daarbij cruciaal dat de Europese integratie de lidstaten nog steeds de politieke ruimte laat om economische, culturele en sociale maatschappelijke keuzes te maken.¹⁰¹ Zoals Von Bogdandy en Schill opmerken, heeft het *Bundesverfassungsgericht* het begrip van de onaantastbare constitutionele kern dus behoorlijk opgerekt,¹⁰² waardoor het geenszins uit te sluiten valt dat het Grondwettelijk Hof oordeelt dat de bijzondere autonomie die de Duitse Grondwet toekent aan geloofsgemeenschappen, een fundamenteel bestanddeel is van de Duitse constitutionele identiteit. Het concrete twistpunt hierbij zal dan zijn wat de rol is van de seculiere rechter in het toetsen van een op geloofsovertuigingen gebaseerde ongelijke behandeling. De Europese richtlijn vereist hier, volgens het Hof van Justitie, een grondige rechterlijke toetsing, terwijl de Duitse Grondwet, volgens het *Bundesverfassungsgericht*, slechts een marginale plausibiliteitstoets toelaat. Daarnaast zou het Duitse Grondwettelijk Hof ook bezwaar kunnen maken tegen de horizontale toepassing van art. 21 van het Handvest en dit toetsen aan zijn Ultra Vires-doctrine.

VII. Relevantie voor België

42. De relevantie van deze Europeesrechtelijke ontwikkelingen voor Belgische juristen behoeft in wezen weinig toelichting. Na de arresten-Egenberger, -IR, -Shimizu en -Bauer en -Broßonn moet ook de Belgische rechter in ho-

⁹³ BVerfG, IR, BVerfGE 137, (273), rechtsoverweging 127.

⁹⁴ *Ibid.*, rechtsoverweging 129.

⁹⁵ Conclusie van advocaat-generaal TANCHEV van 9 november 2017 in zaak nr. C-414/16, ECLI:EU:C:2017:851, Egenberger, rechtsoverweging 95.

⁹⁶ *Ibid.*, rechtsoverwegingen 95-100.

⁹⁷ *Ibid.*, rechtsoverwegingen 119-123.

⁹⁸ HvJ 17 april 2018, nr. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Egenberger, rechtsoverwegingen 56-58; HvJ 11 september 2018, nr. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, IR, rechtsoverweging 48.

⁹⁹ Zie: M. LYSANDER FREMUTH, «Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen», *EuZW* 2018, (723) 730-731.

¹⁰⁰ BVerfG, *Lissabon Urteil*, BVerfGE 123, (267) 353, rechtsoverweging 217.

¹⁰¹ *Ibid.*, rechtsoverweging 249.

¹⁰² A. VON BOGDANDY en S. SCHILL, «Overcoming absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review* 2011, (1417) 1438.

horizontale geschillen bepalingen van het Handvest, zoals geconcretiseerd in richtlijnbevestigingen, toepassen. Hetzelfde geldt voor algemene rechtsbeginselen die niet als zodanig zijn opgenomen in het Handvest. De interpretatie door het Hof van richtlijn 2000/78 in zaken zoals -Mangold, -Küçükdeveci en -Dansk Industri, is daarbij bijzonder relevant, gelet op eerdere rechtspraak van het Arbeidshof te Brussel, dat de horizontale directe werking van richtlijn 2000/78 ontkende,¹⁰³ en gelet op de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, aangenomen ter omzetting van de richtlijn. Art. 12, § 1, van de omzettingwet voorziet daarbij in een open lijst van legitieme belangen om een ongelijke behandeling op grond van leeftijd in de arbeidsbetrekkingen te rechtvaardigen. In haar advies merkte de Afdeling Wetgeving van de Raad van State op dat zo een open rechtvaardigingssysteem eventueel in strijd is met de richtlijn, voor zover het arbeidsbetrekkingen tussen particulieren betreft. Nu is het juist voor deze horizontale arbeidsbetrekkingen dat het Hof in zijn recente rechtspraak heeft verduidelijkt dat particulieren de richtlijnbevestiging rechtstreeks kunnen inroepen indien een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht niet mogelijk is.¹⁰⁴ Tot slot is ook de discussie over de mogelijke aantasting van de constitutionele identiteit van een lidstaat sinds kort ook relevant voor België, gelet op het Stabiliteitsverdrag-arrest van het Belgisch Grondwettelijk Hof, waar het in een *obiter dictum* voor het eerst limieten stelde aan de voorrang van het Unierecht.¹⁰⁵

43. Het Hof bouwde daarmee verder op zijn CREG-arrest,¹⁰⁶ waarin het de Orfinger-rechtspraak¹⁰⁷ van de Raad van State volgde en de voorrang van het Unierecht aanvaardde op grond van art. 34 Gw., in tegenstelling tot het Hof van Cassatie in het Le Ski-arrest, dat de voorrang van het Unierecht aanvaardde volgens de termen van het Hof van Justitie zelf.¹⁰⁸ Het gaf daarbij verder ook aan dat «art. 34 van de Grondwet [...] niet [kan] worden geacht een veralgemeende vrijbrief te verlenen, noch aan de wetgever, wanneer hij zijn instemming verleent met het verdrag, noch aan de betrokken instellingen, wanneer zij de hun toegewezen bevoegdheden uitoefenen. In geen geval staat

artikel 34 van de Grondwet toe dat op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan de nationale identiteit die besloten ligt in de politieke en constitutionele basisstructuren of aan de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent».¹⁰⁹ Om redenen die buiten de opzet van deze bijdrage vallen,¹¹⁰ imiteert het Belgisch Grondwettelijk Hof hier zijn Duitse tegenhanger door in een *Identitätskontrolle* te voorzien.¹¹¹

44. Hoewel niet expliciet vermeld door het Hof, wordt in het Stabiliteitsverdrag-arrest ook een Ultra Vires controle gelezen, aangezien dit impliciet zou voortvloeien uit de kwalificatie van art. 34 Gw. als bron van de voorrang van het Unierecht in de Belgische rechtsorde.¹¹² Dit lijkt evenwel geen automatisch gegeven, gelet op de bewoordingen van de hierboven geciteerde overweging waarbij de grens voor de uitoefening van Uniebevoegdheden bij de constitutionele identiteit gelegd wordt en niet bij de bevoegdheidsverdelende regels van het VEU en VWEU zelf.¹¹³ De expliciet vermelde identiteitstoets is verder opmerkelijk te noemen, aangezien het in wezen een *Fremdkörper* is in het Belgische grondwettelijk recht dat, i.t.t. het Duitse *Grundgesetz*, helemaal geen eeuwigheidsclausule bevat die zou kunnen dienen als normatieve grondslag voor een identiteitstoets.¹¹⁴

45. Is een en ander dan meer dan bedenkelijk kopieergedrag van het Belgisch Grondwettelijk Hof? Alen doet een aantal pogingen om een meerwaarde van de identiteitstoets te ontwaren, maar merkt op dat wat de identiteitstoets van secundair Unierecht betreft het eindoordeel bij het Hof van Justitie berust, gelet op de analoge bewoording van art. 4, tweede lid VEU. Deze gelijkschakeling is opmerkelijk te noemen. Niet alleen omdat het Duitse Grondwettelijk Hof in de originele identiteitstoets een duidelijk onderscheid maakt tussen de nationale identiteitstoets en die op grond van art. 4, tweede lid VEU,¹¹⁵ maar ook omdat beide per definitie verschil-

¹⁰³ In 2008 oordeelde het Arbeidshof te Brussel nog dat «het arrest-Mangold niet toelaat dat een leeftijdsdiscriminatieverbod in horizontale verhoudingen zou worden afgeleid uit een algemeen rechtsbeginsel van het gemeenschapsrecht» (Arbh. Brussel 11 april 2008, AR 48.391, www.unia.be; zie ook: Arbh. Brussel 6 juni 2008, nr. 2008/1256, onuitg., aangehaald door B. DE VUYST, «De antidiscriminatiewet: onterecht ontkracht?», *Juristenkrant* 2008, afl. 176, p. 13).

¹⁰⁴ Adviezen Raad van State nrs. 41.417 tot 41.420 bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl.St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2722/1, p. 159-160.

¹⁰⁵ Eerder over dit arrest in dit tijdschrift, zie: L. DE DEYNE, «De institutionele verhuis van de Vlaamse energieregulator naar het Parlement», *RW* 2016-17, (1323) 1329-1330.

¹⁰⁶ GwH 18 november 2010, arrest nr. 130/2010.

¹⁰⁷ RvS 5 november 1996, nr. 62.922.

¹⁰⁸ Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 967.

¹⁰⁹ GwH 28 april 2016, arrest nr. 62/2016, overweging B.8.7.

¹¹⁰ Zie hierover: A. ALEN, «De Nationale Identiteit – Slotwoord», *TBP* 2017, (366) 366-369.

¹¹¹ Indien de rechtspraak van het Duits Grondwettelijk Hof wordt gevolgd, gaat het hier niet om twee op zichzelf staande grenzen (identiteit en grondrechten), aangezien de rechtspraak inzake de onaantastbare mensenrechten kan worden aangemerkt als een subvariant van de *Identitätskontrolle* (zie: P. HUBER, «EUV Art. 19» in R. STREINZ (ed.), *EUV/AEUV*, München, Beck, 2018, nr. 89; A. SCHWERDTFEGER, «Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem», *Europarecht* 2015, (290) 297-298).

¹¹² A. ALEN, o.c., *TBP* 2017, 370; P. GÉRARD en W. VERRIJDT, «Belgian Constitutional Court adopts national identity discourse», *European Constitutional Law Review* 2017, (182) 187.

¹¹³ Dit is nochtans hoe het *Bundesverfassungsgericht* zelf zijn *Identitätskontrolle* concipieert (zie: BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 – 2 BvR 2728/13, rechtsoverwegingen 55-98).

¹¹⁴ P. GÉRARD, «Het stabiliteitsverdrag – arrest vanuit Duits perspectief», *TBP* 2017, (347) 348.

¹¹⁵ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 – 2 BvR 2728/13, rechtsoverweging 29.

lend moeten zijn, gelet op de verschillende normatieve grondslag. Aangezien deze laatste voor de nationale identiteitstoets in de nationale grondwet ligt, is het een aanleggenheid voor de grondwettelijke rechter, en niet de Unierechter, om na te gaan of de constitutionele identiteit van een lidstaat door het Unierecht gerespecteerd wordt. Dit veronderstelt natuurlijk wel dat het Grondwettelijk Hof de oefening maakt om een Belgische constitutionele identiteit te identificeren die nuttige handvaten biedt voor een identiteitstoets. Hieromtrent schrijft Cloots dat het weinig twijfel lijdt dat de Belgische federale structuur en taalbescherming als zodanig kunnen worden aangemerkt.¹¹⁶ Of de algemene artt. 4 en 129 Gw., waarvan de toepassing tot heel wat interne conflicten aanleiding geeft,¹¹⁷ inderdaad een bruikbare maatstaf vormen, is evenwel bedenkelijk.

46. Anders zou het kunnen liggen voor de kenmerkende Belgische federale structuur, die België (ironisch genoeg als een miniatuur-EU) daadwerkelijk afzet tegenover andere EU-lidstaten. Het territorialiteitsbeginsel, dat determinerend is voor de bevoegdheidsverdeling in het Belgische federalisme,¹¹⁸ ondervindt zeker wel druk van het Unierecht, zoals de Vlaamse Zorgverzekeringszaak illustreert. Het Hof van Justitie eiste in deze zaak een tempering in die zin dat de Vlaamse zorgverzekering ook opengesteld zou worden aan EU-burgers (incl. Belgen) die reeds van hun rechten van vrij verkeer gebruik hebben gemaakt en in Vlaanderen werken maar in Wallonië wonen. Het Belgisch Grondwettelijk Hof aanvaardde dit en merkte op dat «[d]e eisen die inherent zijn aan de verdeling van de bevoegdheden binnen de federale structuur van België en inzonderheid het feit dat de Vlaamse Gemeenschap inzake de zorgverzekering niet bevoegd is ten aanzien van personen die op het grondgebied wonen waarvoor een andere gemeenschap bevoegd is, niet van dien aard [zijn] dat zij het aangeklaagde verschil in behandeling verantwoordt».¹¹⁹ Het Hof voegde hier evenwel ook aan toe dat één en ander aanvaardbaar was, aangezien het in elk geval «om een relatief beperkte groep van personen gaat».¹²⁰ Dit laatste wijst opnieuw op het beperkte nut van de identiteitstoets. Mocht het Grondwettelijk Hof immers toen al beschikt hebben over zijn identiteitstoets, zou de uitkomst dan wezenlijk verschillend hebben? Voor zover de tempering van het territorialiteitsbeginsel intern reeds aanvaard wordt,¹²¹ lijkt er ook geen reden om dit beginsel strikter af te dwingen t.a.v. het Unierecht.

¹¹⁶ E. CLOOTS, «Het mysterie van de Belgische nationale en constitutionele identiteit», *TBP* 2017, (310) 315.

¹¹⁷ Zoals Cloots zelf erkent (zie: E. CLOOTS, *o.c.*, *TBP* 2017, 314).

¹¹⁸ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 874-875.

¹¹⁹ GwH 21 januari 2009, nr. 11/2009, rechtsoverweging B.10.2.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *o.c.*, 876-878.

47. Tot slot dient nog stilgestaan te worden bij de verwijzing door het Grondwettelijk Hof in zijn Stabiliteitsverdrag-arrest naar «de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent». Naar Duits voorbeeld zou dit onder de identiteitstoets vallen, maar sommige commentatoren lezen dit als een aparte grens.¹²² De verwijzing naar de kernwaarden van de (grondrechten)bescherming kan daarbij opgevat worden als een erkenning dat de voorrang van het Unierecht kan leiden tot een beperking van een grondrecht zoals gewaarborgd door de Grondwet, zolang zijn kern onaantast blijft en het grondrecht niet verwordt tot een theoretisch en illusoir gegeven. In dit licht is het opmerkelijk dat Alen de genoemde kernwaarden in eerste instantie gelijkstelt met de grondrechten en ze zelfs ruimer concipieert.¹²³ Hiermee zou het Belgisch Grondwettelijk Hof veel verder gaan dan zijn Duitse tegenhanger,¹²⁴ die inzake grondrechten enkel de absolute voorrang van de menselijke waardigheid, opnieuw gelinkt aan de eeuwigheidsclausule die geen equivalent kent in de Belgische Grondwet, op het Unierecht erkent.¹²⁵ Zoals de Raad van State in zijn advies m.b.t. de instemmingswet met het Verdrag van Lissabon opmerkte, zijn er heel wat discrepanties tussen het Handvest en Titel II van de Belgische Grondwet wegens het bestaan van bepaalde rechten op grond van Titel II die niet gecodificeerd zijn in het Handvest, of omdat Titel II preciezere waarborgen inhoudt of strengere beperkingsvoorwaarden oplegt.¹²⁶ Moeten we uit een en ander afleiden dat het Belgische Grondwettelijk Hof bij een conflict tussen het Unierecht en deze grondrechten, het nationaal recht in alle gevallen zal doen primeren op het Unierecht? Over het blaffen en het bijten van Karlsruhe is alvast al heel wat inkt gevloeid.

VIII. Slotopmerkingen

48. Om het empirisch gegeven van het Europees constitutioneel pluralisme kan men niet heen, ook al onderschrijft men het normatieve model van het Europees constitutioneel pluralisme niet. In de geïntegreerde meerlagige Europese rechtsorde zijn er immers rivalise-

¹²² Zie *supra*, voetnoot 112.

¹²³ A. ALEN, *o.c.*, *TBP* 2017, 370.

¹²⁴ Onder de geactualiseerde Solange-rechtspraak verlangt het Duits Grondwettelijk Hof geen grondrechtenbescherming op EU-niveau die identiek is aan die onder de Duitse Grondwet, maar enkel een equivalente bescherming, waarbij de wezenlijke kern van de grondrechten gevrijwaard is (zie: BVerfG, *Bananenmarktentscheidung*, BVerfGE 102, (147) 163, rechtsoverweging 61).

¹²⁵ P. HUBER, *o.c.*, in R. STREINZ (ed.), *EU/VAEUV*, 74; J. NOWAG, «EU law, constitutional identity, and human dignity: A toxic mix?», *Common Market Law Review* 2016, (1441) 1448.

¹²⁶ Advies Raad van State nr. 44.028 bij het voorontwerp van wet houdende instemming met het Verdrag van Lissabon, *Parl.St. Senaat* 2007-08, nr. 4-568/1.



rende en onverzoenbare autoriteitsclaims. Daarbij is het Hof van Justitie bovenal bekommerd om de uniforme en effectieve afdwinging van het Unierecht, opdat de agenda van het Unierecht gerealiseerd wordt en elke bepaling van Unierecht een nuttige werking toekomt. Deze benadering botst op haar limieten indien het van de hoogste nationale rechterlijke instanties, en met name de grondwettelijke hoven, verlangt dat hiervoor nationaal grondwettelijk recht opzij wordt geschoven. Als reactie op de imperatieven van het Europees recht hebben verschillende grondwettelijke hoven dan ook verduidelijkt dat de voorrang van het Unierecht op de nationale grondwet enkel mogelijk is volgens de voorwaarden van de nationale grondwet zelf en in geen geval mogelijk is indien de EU-instellingen hun bevoegdheden te buiten gaan of deze voorrang zou leiden tot een (fundamentele) aantasting van de grondrechten of de constitutionele identiteit. Ook het Belgisch Grondwettelijk Hof heeft zich in 2016 in dit rijtje van hoven geschaard.

49. Strikt juridisch gezien zal de Belgische identiteitstoets (net zoals de Duitse) behoorlijk nutteloos blijken.¹²⁷ Dit ligt anders voor het spel van de *judicial politics* in het Europees constitutioneel pluralisme: om door het Hof van Justitie serieus genomen te worden en niet de *ultimus inter pares* te zijn van de Europese grondwettelijke hoven, is het voor het Belgisch Grondwettelijk Hof vermoedelijk nuttig om ook over een eigen identiteitstoets te beschikken.

50. In hun rechterlijke dialoog, die noodzakelijk is om de spanningen ingevolge het constitutioneel pluralisme te beheersen, zal het Hof van Justitie hierdoor aangemoedigd worden om (nog) aandachtig(er) en omzichtig(er) om te gaan met prejudiciële verwijzingen van het Belgisch Grondwettelijk Hof. Dit laatste heeft alvast een streepje voor op zijn Duitse tegenhanger doordat het een traditie heeft van zelf in dialoog te gaan met het Hof.

51. Wat de meest toonaangevende nationale rechter in het Europees constitutioneel pluralisme betreft, is het uitkijken naar hoe het Duits Grondwettelijk Hof reageert op de Egenberger- en IR-arresten. Gedreven door een bekommernis om de effectieve en uniforme toepassing van het Unierecht, heeft het Hof een horizontale uitsluitende werking door algemene rechtsbeginselen zoals geconcretiseerd in richtlijnen geponeerd. Deze rechtspraak heeft reeds tot heel wat contestatie in Duitsland en een conflict met het Deense Hooggerechtshof geleid. Vormen de arresten-Egenberger en -IR daarbij ook een aanleiding tot de eerste daadwerkelijke toepassing van de *Identitätskontrolle*? In elk geval, en zeker aangezien de relevantie van art. 4, tweede lid VEU nog niet is nagegaan door het Hof van Justitie, zou het *Bundesverfassungsgericht* hieromtrent een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Hof, vooraleer het zelf finaal oordeelt. Ongetwijfeld zullen ook de andere Europese grondwettelijke hoven met bijzondere interesse toekijken.

¹²⁷ Merk op dat ook in het arrest-Solange III inzake het Europees Aanhoudingsbevel het Duitse Grondwettelijk Hof de *Identitätskontrolle* niet heeft toegepast om de voorrang van het Unierecht te ontkennen (zie: M. LYSANDER FREMUTH, o.c., *EuZW* 2018, 731).

