

# Samenloop van prejudiciële vragen: Naar een evenwichtige oplossing

Matthias De Groot

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. P. Popelier.

## 1. INLEIDING: HET VERSCHIJNSEL VAN *MULTI-LEVEL-JURISDICTION* EN ZIJN UITDAGINGEN

De geglobaliseerde en geëuropeaniseerde rechtsorde brengt vele uitdagingen met zich mee. De ontwikkeling naar een meergelaagd rechtssysteem heeft niet enkel repercussies op de wetgevende en uitvoerende macht. Ze werkt ook in op de organisatie van de rechterlijke macht. Een uitstekende illustratie daarvan vormt het domein van de grondrechtenbescherming. Binnen Europa opereren vier rechtscolleges in wiens schoot mensenrechten worden gewaarborgd: het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie, de gewone, nationale rechtbanken en de grondwettelijke hoven, die in talrijke Unie-Lidstaten opgericht zijn. Maar ook buiten de sfeer van de grondrechtenbescherming kruisen de verschillende rechterlijke instanties met de regelmaat van de klok elkaars pad, een evolutie die mettertijd exponentieel toe lijkt te nemen.

Verantwoord omgaan met deze '*multi-level-jurisdiction*' blijkt geen evidentie. De onderlinge verhouding tussen deze colleges is fragiel, volatiel en niet zelden het voorwerp van controverse. De antwoorden van de rechtscolleges zelf worden gestuurd vanuit het welbegrepen eigenbelang en niet zozeer vanuit rationale en allesbeschouwende overwegingen. Nochtans veronderstelt een coherent, doordacht en efficiënt, Pan-Europees rechtssysteem de logische opbouw van de derde macht uit de *trias politica*-leer van Montesquieu.

In het mechanisme van de prejudiciële vraagstelling tekenen deze wederzijdse relaties zich zeer prominent af. Initieel bedoeld voor de gewone rechter als redmiddel en hulplijn naar bijzondere rechtscolleges, kan de prejudiciële vraagstelling hem de nodige hoofdbrekens bezorgen, voornamelijk wanneer in het bodemgeschil juridische problemen rijzen die aanleiding geven tot een dubbele vraagstelling. Wie moet de rechter op welk moment met welke vraag adieren?

Deze bijdrage trancheert de samenloop van prejudiciële vragen op een omvattende wijze, met inachtnaam van de belangen van de rechtssubjecten en de betrokken rechterlijke actoren. Daartoe wordt eerst onderzocht welke gevallen ressorteren onder de samenloop van prejudiciële vragen en wordt een

poging tot categorisering ondernomen (hoofdstuk I). Vervolgens komt de visie van het Hof van Justitie, zoals deze voortvloeit uit het *Melki*-arrest, aan bod (hoofdstuk II). Hierop volgt een beoordeling van de uitkomst van dat arrest, in het licht van een aantal basisbeginselen die het Hof van Justitie kennelijk uit het oog heeft verloren (hoofdstuk III). In een laatste beweging wordt een persoonlijk voorstel voor de herijking van het prejudicieel contentieux geventileerd (hoofdstuk IV). Ten slotte wordt een besluit geformuleerd.

## 2. SAMENLOOP VAN PREJUDICIËLE VRAGEN: EEN VEELKOPPIG MONSTER

### 2.1. GRONDWETTELIJK HOF

Ruim achttien van de zevenentwintig lidstaten van de Europese Unie hebben geopteerd voor een gecentraliseerd constitutioneel toezicht buiten de gewone rechterlijke macht<sup>1</sup>. Een kleine meerderheid van die lidstaten kent de prejudiciële vraag van grondwetsconformiteit<sup>2</sup>. In België bekleedt het Grondwettelijk Hof een bevoorrechte positie<sup>3</sup> in geval van *geldigheidsvraagstukken*<sup>4</sup> van een wetskrachtige norm, *i.e.* een wet, een

<sup>1</sup> Het betreft met name België, Bulgarije, Duitsland, Frankrijk, Hongarije, Italië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Polen, Portugal, Oostenrijk, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Spanje en Tsjechië. In Cyprus, Estland en Ierland is het grondwettigheidstoezicht gecentraliseerd in het hooggerechts-hof en niet in een van de gewone rechtsorde onderscheiden instelling. In het Deense, Finse, Griekse en Zweedse rechtsbestel kent men een diffuse grondwets-toetsing door iedere gewone rechter. Twee lidstaten hebben geen grondwets-toezicht (Nederland en Verenigd Koninkrijk). Zie M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, 'Het Grondwettelijk Hof en Samenloop van Grondrechten na *Melki* en *Chartry*', in V. ALLAERTS, L. BOUTELIGIER, E. JANSSENS en J. VERSTRAETE (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (87) 88, voetnoot 7.

<sup>2</sup> Zie M. LEROY, 'Le concours d'irrégularités d'un acte législatif: hésitations et incertitudes du droit belge', *APT* 2009, (259) 261, voetnoot 11.

<sup>3</sup> Zie over de grondwettigheidstoetsing door de andere hoven en rechtbanken P. POPELIER, 'De toepassing van de Grondwet in de rechtsprekende functie van de gewone en administratieve rechters', in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN et al. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State – Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2005, 73-86 en P. POPELIER, 'Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?', *RW* 2009-10, afl. 2, (50) 54. Zo geldt ten aanzien van ordonnanties een verruimd grondwettigheidstoezicht, waarbij de gewone rechter ordonnanties kan toetsen aan alle grondwetbepalingen waarvan de naleving niet is opgedragen aan het Grondwettelijk Hof (art. 9 Bijz. W. Brussel). Bovendien kan de gewone rechter een grondwettigheidstoezicht (in verlichte vorm?) uitoefenen op alle normen die principieel onder het toezichtsbereik van het Grondwettelijk Hof vallen. Zo is de gewone rechter niet gehouden een prejudiciële vraag te stellen, indien de Grondwet *klaarlijk* niet is geschonden. Die laatste mogelijkheid bestaat voor rechtscolleges tegen wiens beslissingen geen rechtsmiddel meer openstaat, enkel in geval van samenloop van grondrechten.

<sup>4</sup> Het Grondwettelijk Hof mag niet overgaan tot een interpretatie van deze wetskrachtige normen, aangezien die macht bij de gewone rechter ligt. Zie J. SPREUTELS, 'Le concours des questions préjudicielles', in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN et al. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State – Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge,

decreet of een ordonnantie, in het licht van de Grondwet. Het Grondwettelijk Hof in zijn huidige vorm heeft twee opdrachten<sup>5</sup>. Enerzijds behoedt het dat de federale Staat, Gemeenschappen en Gewesten buiten hun bevoegdheidsgrenzen kleuren en kan het binnen dat kader wetkrachtige normen toetsen aan de bevoegdheidsverdelende regels<sup>6</sup>. Anderzijds controleert het of de wetgevende instellingen van die entiteiten de grondrechten naleven zoals deze zijn vastgelegd in de Belgische grondwet, zij het wel beperkt tot Titel II 'De Belgen en hun rechten' en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet<sup>7</sup>. Indien voor een gewone, rechterlijke instantie de vraag rijst of een wetkrachtige norm strijdt met een bepaling die onder de actieradius van het Grondwettelijk Hof valt, zijn deze rechtscolleges in beginsel ertoe gehouden hierover een prejudiciële vraag aan het Hof te richten. Op deze principiële verplichting tot vraagstelling worden evenwel uitzonderingen aanvaard<sup>8</sup>. Voor gevallen van samenloop van grondrechten, maar enkel voor deze gevallen<sup>9</sup>, gelden een aantal bijkomende uitzonderingsgronden<sup>10</sup>.

Het Grondwettelijk Hof is in theorie niet meer dan de hoeder van de Grondwet. De naleving van de mensenrechtelijke bepalingen die hun oorsprong vinden in een internationaal of Europees instrument dat België bindt, ligt bij de gewone rechter, ook na de keuze van de grondwetgever voor

---

die Keure, 2005, (297) 304 en M. TRAESE, 'Samenloop van grondrechten. Artikel 26 § 4 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof', *NJW* 2010, (130) 133.

<sup>5</sup> M. LEROY, 'Le concours d'irrégularités', (259) 260, merkt op dat het takenpakket van de grondwettelijk hoven op het grondgebied van de Unie gevarieerd is, maar dat er uit zijn analyse één constante naar voren komt: ze zijn allen bevoegd voor de bescherming van de fundamentele rechten.

<sup>6</sup> Artt. 1, 1° en 26, § 1, 1° Bijz. W. GwH.

<sup>7</sup> Artt. 1, 2° en 26, § 1, 3° Bijz. W. GwH.

<sup>8</sup> Er bestaat geen verplichting tot verwijzing wanneer de zaak niet door het betrokken rechtscollege kan worden behandeld om redenen van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid, tenzij wanneer die redenen ontleend zijn aan normen die zelf het onderwerp uitmaken van het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag of indien het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of een beroep met een identiek onderwerp. Bijkomend is het rechtscollege er niet toe gehouden een prejudiciële vraag te stellen, indien de vordering spoedeisend is en de uitspraak over de vordering slechts een voorlopig karakter heeft of indien het een procedure ter beoordeling van de handhaving van de voorlopige hechtenis betreft, behalve indien de rechter ernstige twijfels heeft bij de grondwettigheid van de desbetreffende norm. Bovendien dient de rechter niet te verwijzen, mocht hij van oordeel zijn dat de desbetreffende, wetkrachtige norm klaarblijkelijk de Grondwet niet schendt of wanneer het rechtscollege meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen. Deze laatste uitzonderingsgronden gelden enkel voor de rechtscolleges tegen wiens beslissingen een rechtsmiddel openstaat (Art. 26, §§ 2-3 Bijz. W. GwH).

<sup>9</sup> J. VELAERS, 'Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten', *TBP* 2010, afl. 7, (387) 392.

<sup>10</sup> Indien uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling van inter- of supranationaal recht klaarblijkelijk geschonden is, indien uit een eerder arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de grondwetsbepaling klaarblijkelijk geschonden is of indien het betrokken rechtscollege tot de klaarblijkelijke niet-schending van de grondwetsbepaling besluit, is een prejudiciële vraag niet meer (verplicht) aan de orde (Art. 26, § 4 Bijz. W. GwH). Indien evenwel de gewone rechter vaststelt dat de grondwet klaarblijkelijk geschonden is, blijft hij ertoe gehouden de zaak over te maken aan het Grondwettelijk Hof. P. POPELIER, 'Prejudiciële vragen', (50) 60-61, stelt dan ook dat de bijzondere wetgever met de nieuwe paragraaf 4 van artikel 26 Bijz. W. GwH in essentie de bescherming van de wet beoogde, eerder dan de bescherming van de mensenrechten.

een gecentraliseerd, constitutioneel toezicht<sup>11</sup>. Het Belgische rechtsbestel combineert een *gecentraliseerd* systeem van grondwettigheidstoezicht van wetkrachtige normen door het Grondwettelijk Hof met een *diffuus* systeem van toetsing aan internationale en supranationale rechtsnormen met rechtstreekse werking door de gewone rechterlijke instanties, bron van vele conflicten, maar een onuitroeibare tweespalt<sup>12</sup>. Die vaststelling heeft het Grondwettelijk Hof er niet van weerhouden acht te slaan op internationale en Europese tendensen en de instrumenten van die niveaus in grote mate bij zijn toetsing aan de Grondwet te betrekken. Hoewel het Hof met name niet bevoegd is om op directe wijze wetkrachtige normen te onderzoeken op hun verenigbaarheid met internationale en Unierechtelijke normen<sup>13</sup>, toetst het daaraan wel onrechtstreeks of indirect, en meer bepaald via twee technieken<sup>14</sup>.

Ten eerste verheft het de – overigens zeer verantwoorde<sup>15</sup> – samenlezing van grondwetsbepalingen met (gedeeltelijk) overlappende internationale en Europese teksten tot een morele (en juridische?) verplichting. De mensenrechtelijke waarborgen, neergelegd in internationale en Europese instrumenten, vormen immers een onlosmakelijk geheel met de bepalingen van de Grondwet<sup>16</sup>. Ten tweede fungeren de artikelen 10 en 11 van de Grondwet als portaal voor een toetsing aan het Unierecht. Indien een wetkrachtige norm een rechtsonderhorige uitsluit van een bepaald voordeel of verplichting die voortvloeit uit de Europese rechtsorde en die uitsluiting een schending van het Unierecht is, levert de niet-toekenning van dat voordeel of de niet-oplegging van die verplichting *ipso facto* een ongelijke behandeling op die indruist tegen het constitutioneel gewaarborgde gelijkheidsbeginsel<sup>17</sup>. Sedert de verbindendverklaring van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie kan het Grondwettelijk Hof een bepaling daaruit verbinden aan de *passerpartout*, om op die manier aan het Handvest indirect te toetsen, voor zover dat

<sup>11</sup> Op grond van het befaamde ‘smeerkaas arrest’ had het Hof van Cassatie immers reeds in 1971 de voorrang van verdragenrecht op het interne recht aanvaard en de bevoegdheid van de gewone rechtscolleges om de overeenstemming van het interne recht met de verdragen die België binden en die rechtstreekse werking hebben, na te gaan (Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 959-968).

<sup>12</sup> J. VELAERS, ‘Artikel 26, § 4’, (387) 390. De bevoegdheid van de gewone rechter om wetkrachtige normen te onderzoeken in het licht van de fundamentele mensenrechten kan niet worden uitgesloten, nu de mensenrechten zijn geïncorporeerd in het Unierecht en de rol van de gewone rechter als gezant van het Unierecht veronderstelt dat hij nationale wetgeving, strijdig met eender welke bepaling van Unierecht – en dus ook de mensenrechten die worden gewaarborgd binnen de Europese Unie, buiten toepassing moet kunnen laten.

<sup>13</sup> Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, nr. 6/97, 19 februari 1997, overweging B.3.3 en B.3.4.

<sup>14</sup> P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 136-144; P. VAN NUFFEL, ‘Het Europees recht in de rechtspraak van het Arbitragehof. Prejudiciële vragen, te veel gevraagd?’, *TBP* 2005, afl. 4-5, (246) 246; J. VELAERS, ‘Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk «fiat» voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht’, *RW* 2010-11, afl. 19, (770) 791.

<sup>15</sup> E. CLOOTS, ‘Samenloop van grondrechten. Is het einde van de “guerre des juges” nabij?’, *TBP* 2006, afl. 5, (259) 263 en J. VELAERS, ‘Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen’, *TBP* 2005, afl. 4-5, (297) 299-304.

<sup>16</sup> Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004, overweging B.5.3.

<sup>17</sup> Arbitragehof 14 januari 2004, nr. 5/2004, overweging B.5.3.

met de ‘verzoenende lezing’ onmogelijk bleek<sup>18</sup>. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel is dan het formele aanknopingspunt, dat de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof insluit, maar het Hof voert in feite een *quasi*-zelfstandige toetsing aan het Europese recht uit, die inhoudelijk identiek is aan het onderzoek dat het Hof van Justitie kan verrichten<sup>19</sup>. Met het nodige kunst- en vliegwerk kan de vindingrijke rechtspracticus een strijdigheid met het Unierecht vertalen naar een strijdigheid met de Belgische Grondwet.

## 2.2. HOF VAN JUSTITIE

Artikel 267 VWEU bepaalt dat het Hof van Justitie bevoegd is om bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over de uitlegging van de Verdragen enerzijds en de geldigheid en uitlegging van de handelingen van de instellingen, instanties en organen van de Europese Unie anderzijds. Deze omschrijving valt uiteen in twee onderscheiden toezichtsacties<sup>20</sup>.

Ten eerste geeft het Hof van Justitie een authentieke en uniforme *uitlegging* aan de bronnen van het Unierecht, in hoofdzaak - maar niet uitsluitend - de Verdragen, het secundair recht en de algemene beginselen binnen de Europese rechtsorde, waaronder de fundamentele mensenrechten worden begrepen. In beginsel legt het Hof van Justitie enkel het Europees recht uit. Het beperkt zich ertoe het relevante, Europeesrechtelijke kader uiteen te zetten en te interpreteren, waarna het de verwijzende, nationale rechter toekomt te onderzoeken of, in het licht van de opmerkingen van het Hof van Justitie, de nationale maatregel het Europees recht al dan niet schendt<sup>21</sup>. De nationale rechter maakt daarbij een soevereine interpretatie van de feiten van de zaak, het nationale recht en de wijze waarop het Unierecht zal worden toegepast<sup>22</sup>.

In geval van een Europeesrechtelijk interpretatieprobleem kan de nationale rechter een prejudiciële vraag richten aan het Hof van Justitie. Niet iedere rechterlijke instantie is evenwel verplicht een prejudiciële vraag te stellen. In beginsel heeft de rechter die met een onopgeloste vraag van Unierecht wordt geconfronteerd, enkel een mogelijkheid om te verwijzen naar het Hof van

<sup>18</sup> Vóór de bindende kracht van het Handvest verklaarde het Grondwettelijk Hof zich daarvoor onbevoegd (GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, overweging B.2.2 en GwH 19 maart 2009, nr. 58/2009, overweging B.15).

<sup>19</sup> P. POPELIER, *Procederen*, 258.

<sup>20</sup> X. LEURQUIN, ‘Les questions préjudicielles de la Cour d’arbitrage’, in R. ANDERSEN (ed.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, (847) 850; J. SPREUTELS, ‘Le concours’, (297) 297 en P. VAN NUFFEL, ‘Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon’, *RW* 2009-10, afl. 28, (1154) 1157-1158.

<sup>21</sup> J. SPREUTELS, ‘Le concours’, (297) 299-300 en A. VAN DEN BOSSCHE en J. PRINSSEN, ‘Overzicht van rechtspraak. Recht van de Europese Unie: rechtbescherming 2000-2007’, *TPR* 2008, (161) 218.

<sup>22</sup> HvJ 104/79, *Foglia t. Novello*, 1980.

Justitie<sup>23</sup>. Hij beslist soeverein of de prejudiciële vraag bijdraagt tot de beslechting van het hem voorgelegde geschil. Enkel een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is gehouden zich tot het Hof te wenden<sup>24</sup>. De verwijzingsplicht van de hoogste, nationale rechters is echter niet absoluut en onvoorwaardelijk. De verplichting tot vraagstelling vervalt indien alternatief<sup>25</sup>: de nationale rechter heeft vastgesteld dat de opgeworpen vraag niet relevant is; de betrokken gemeenschapsbepaling reeds door het Hof is uitgelegd (theorie van *acte éclairé*); de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is dat er redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan (theorie van *acte clair*). Het Hof van Justitie aanvaardt dat een verwijzingsbeslissing enkel opportuun is zo zijn antwoord pertinent is en bijdraagt tot de beslechting van het bodemgeschil, waarmee het een billijk evenwicht bewerkstelligt tussen de voorkoming van een overdaad aan prejudiciële verwijzingen en het waarborgen van de uniforme toepassing van het Unierecht<sup>26</sup>.

Ten tweede kunnen prejudiciële vragen over de *geldigheid* van het secundair Unierecht – niet de Verdragen zelf – aan het Hof van Justitie worden voorgelegd. Secundair Unierecht kan ingevolge vier typen ongeldigheden worden gecensureerd: de onbevoegdheid van het orgaan dat de beslissing heeft genomen, de schending van substantiële vormvoorschriften, machtsafwijking en een schending van het Verdrag en elke andere rechtsregel waarnaar het secundair recht zich moet conformeren<sup>27</sup>. Onder die laatste omschrijving worden de fundamentele mensenrechten in hun rechtsaard van algemene beginselen gevat. Het Hof claimt het monopolie over de vaststelling van de ongeldigheid van de handelingen van Unie-instellingen<sup>28</sup>. De nationale rechter, die in de bodemprocedure stoot op middelen, ambtshalve of door de partijen opgeworpen, die twijfel doen ontstaan over de geldigheid van een instrument van secundair Unierecht, is onvoorwaardelijk verplicht het Hof van Justitie te adriëren bij wege van prejudiciële vraag, zelfs indien duidelijk is dat de Europese norm ongeldig is of het Hof van Justitie een vergelijkbare norm reeds ongeldig heeft verklaard<sup>29</sup>. Ook een rechterlijke instantie tegen wiens beslissingen intern nog een rechtsmiddel openstaat, is gehouden het Hof van Justitie prejudicieel te bevragen, alvorens een Unienorm ongeldig te verklaren<sup>30</sup>. De nationale rechters zijn echter wel bevoegd om secundair Unierecht geldig te verklaren<sup>31</sup>. Het moge duidelijk zijn, het Hof van Justitie is

<sup>23</sup> Art. 267, tweede lid, VWEU.

<sup>24</sup> Art. 267, derde lid, VWEU.

<sup>25</sup> Constante rechtspraak na HvJ 283/81, *Cilfit*, 1982. Deze criteria gaan door het leven als de CILFIT-criteria.

<sup>26</sup> A. VAN DEN BOSSCHE en J. PRINSSSEN, 'Overzicht', (161) 222.

<sup>27</sup> D. CHALMERS, G. DAVIES en G. MONTI, *European Union Law. Texts and materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 401-413.

<sup>28</sup> HvJ 314/85, *Foto-Frost*, 1987.

<sup>29</sup> HvJ C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur*, 2005.

<sup>30</sup> HvJ C-344/04, *IATA en ELFAA*, 2006.

<sup>31</sup> HvJ C-344/04, *IATA en ELFAA*, 2006.

de enige instelling die de ongeldigheidsoordelen over secundair Unierecht mag uitspreken, behoudens het Gerecht van Eerste Aanleg in het vernietigingscontentieux.

Alvorens een beroep bij het Hof van Justitie via prejudiciële weg aanhangig kan worden gemaakt, is wel vereist dat de onrechtmatigheid effectief terug te voeren valt op de handeling van de kwestieuze Unie-instelling<sup>32</sup>. Wanneer de beweerde onrechtmatigheid is gelegen in de nationaalrechtelijke omzetting van de Unienorm, is het Hof van Justitie onbevoegd binnen het raam van de controle van de validiteit van Uniehandelingen<sup>33</sup>. Een vraag die peilt naar de interpretatie van het Europees moederinstrument om te bepalen of de nationaalrechtelijke omzetting correct is verlopen, blijft in dit geval mogelijk.

### 2.3. DE INTERFERENTIE TUSSEN HET OPTREDEN VAN HET GRONDWETTELIJK HOF EN HET HOF VAN JUSTITIE

#### 2.3.1. Oorzaken van de interferentie

Het voorgaande zou de indruk kunnen wekken dat de bevoegdheidsverdeling tussen het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie wederzijds exclusief is. Niets is echter minder waar. Beide hoven aanzien immers een aanknopingspunt met de bevoegdheid van het andere hof niet als een uitsluitingsfactor van de eigen bevoegdheid.

Vooreerst interpreteert *het Grondwettelijk Hof* zijn bevoegdheid extensief, zowel wat de te toetsen normen als de toetsingsnormen betreft. Enerzijds acht het Grondwettelijk Hof zich bevoegd om de overeenstemming van een omzettingswet, -decreet of -ordonnantie met de Belgische Grondwet na te gaan. De loutere omstandigheid dat de te controleren norm vervat is in een Europese dimensie, ontslaat het Grondwettelijk Hof niet van de bevoegdheid zijn toetsingsmacht uit te oefenen, daargelaten de wetten, decreten en ordonnanties waarbij de constituerende verdragen van de Europese Unie instemming verkrijgen<sup>34</sup>. Anderzijds kan het Grondwettelijk Hof via de techniek van de verzoenende lezing en via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet het Unierecht doen doorsijpelen in het constitutioneel kader waaraan het Hof de wetkrachtige normen kan toetsen.

Langs de andere kant zoekt het *Hof van Justitie* systematisch meer toenadering tot voorheen uitsluitend nationale domeinen. Inzonderheid de tendens naar meer grondrechtenbescherming op Unieniveau zorgt ervoor dat beide hoven dezelfde paden betreden.

<sup>32</sup> X. LEURQUIN, 'Les questions préjudicielles', (847) 851.

<sup>33</sup> D. RUIZ-JARABO COLOMER, concl. onder HvJ C-303/05, *Advokaten van de Wereld vzw*, 2007, punt 86 en 97.

<sup>34</sup> Art. 26, § 1bis Bijz.W. GwH.

De ontwikkeling naar meer mensenrechtelijke aandacht bij de Unie-instellingen is in verschillende fasen verlopen. In eerste instantie werden grondrechten beschermd door de opname ervan onder de algemene beginselen van het toenmalige Gemeenschapsrecht<sup>35</sup>, en zocht het Hof van Justitie voor de invulling daarvan zijn toevlucht tot de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>36</sup> en de constitutionele tradities van de Lidstaten<sup>37</sup>. Sedert de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat reeds sedert 2000 was aangenomen<sup>38</sup>, kracht van Verdrag verkregen. Artikel 6, eerste lid, VEU bepaalt dat de Unie de rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest erkent en dit Handvest dezelfde juridische waarde als de Verdragen toekomt. De voornaamste mensenrechtenbescherming op Unieniveau verloopt sindsdien via dit Handvest. De ongeschreven, algemene beginselen behouden evenwel hun waarde, in de mate dat ze geschikt zijn om lacunes in het Handvest op te vangen<sup>39</sup>.

Het Handvest heeft, net zoals dat gold voor de inpassing van de mensenrechten in hun hoedanigheid van algemene beginselen<sup>40</sup>, geen universele werkingssfeer. Artikel 51, eerste lid, van het Handvest stipuleert in dit verband dat *‘de bepalingen van het Handvest gericht zijn tot de instellingen en organen van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel én de Lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer leggen*<sup>41</sup>. De tweevoudige functie van de mensenrechten binnen de Europese constructie wordt in deze bepaling neergelegd: enerzijds fungeren zij als een vernietigingsgrond voor Unieregeling; anderzijds kan het Hof van Justitie via een prejudiciële vraag tot uitlegging van de mensenrechtenstandaard bepalen in hoeverre een nationale regeling daarmee verenigbaar is<sup>42</sup>.

De toepassing van het Handvest – en de daarmee verbonden bevoegdheid van het Hof van Justitie – op Lidstatelijke handelingen veronderstelt een Europese

<sup>35</sup> HvJ 26/69, *Stauder*, 1969.

<sup>36</sup> Eerste arrest met verwijzing naar EVRM: HvJ 36/75, *Rutili*, 1975.

<sup>37</sup> Zie *inter alia* HvJ 4/73, *Nold*, 1974; HvJ 44/79, *Hauer*, 1979 en HvJ C-36/02, *Omega Spielhallen*, 2004.

<sup>38</sup> Het Handvest dook voor de eerste maal prominent op in de rechtspraak van het Hof in 2006 (HvJ C-540/03, *Parlement t. Raad*, 2006).

<sup>39</sup> R. ARNOLD, ‘Germany. The Federal Constitutional Court of Germany in the Context of the European Integration’, in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING en P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order*, Cambridge, Intersentia, 2011, (237) 247.

<sup>40</sup> HvJ 60/84 en 61/84 (gevoegde zaken), *Cinéthèque*, 1985, overweging 26; HvJ 12/86, *Demirel*, 1987, overweging 28 en HvJ C-260/89, *ERT t. DEP*, 1991, overweging 42.

<sup>41</sup> Die laatste zinsnede wordt niet beperkend geïnterpreteerd en het Handvest is met andere woorden niet enkel van toepassing wanneer de Lidstaten het Unierecht implementeren, maar op alle gevallen die onder het Unierecht vallen (P. CRAIG, ‘The ECJ and *Ultra Vires* Action: A Conceptual Analysis’, *CMLR* 2011, afl. 2, (395) 430-431).

<sup>42</sup> N. CARIAT, ‘La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et les juridictions belges - Quelques balises pour une application prometteuse’, *JT* 2010, (105) 108 en P. VAN NUFFEL, ‘Prejudiciële vragen’, (1154) 1158.



dimensie<sup>43</sup>. Het Handvest is ten eerste van toepassing, wanneer een Europese bepaling voor handen is binnen wiens werkingsfeer de nationale maatregel valt<sup>44</sup>, zoals onder meer bij de toepassing en uitvoering van verordeningen en de nationaalrechtelijke omzetting van richtlijnen. Ten tweede kan het Handvest worden ingeroepen indien, mits de aanwezigheid van een grensoverschrijdend element, de litigieuze nationale bepaling een belemmering vormt van het vrij verkeer in de Europese Unie. De door de Lidstaat ingeroepen rechtvaardiging voor de belemmering van het vrij verkeer binnen de Unie, moet dan worden gelezen in het licht van de algemene beginselen en grondrechten<sup>45</sup>. Ofschoon dit grensoverschrijdend element als toepassingsvereiste een principiële beperking uitmaakt op de bevoegdheid van het Europese niveau, mag daarbij niet uit het oog worden verloren dat de snijvlakken tussen het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie aanzienlijk zijn<sup>46</sup>, aangezien relatief eenvoudig een hinderend effect aan een nationale regel kan worden gekoppeld<sup>47</sup>. Bovendien staat deze vereiste van grensoverschrijdend verband schijnbaar meer en meer onder druk<sup>48</sup>. Met name het Unie-burgerschap (art. 20 VWEU) stuurt aan op

<sup>43</sup> Zie *inter alia* HvJ C-309/96, *Annibaldi*, 1997 en HvJ C-299/95, *Kremzow*, 1997; HvJ C-339/10, *Asparuhov Estov*, 2010 en HvJ C-457/09, *Chartry*, 2011. Zie L. AZOULAI, 'The Case of Fundamental Rights: a State of Ambivalence', in H.-W. WICKLITZ en B. DE WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Intersentia, 2012, (207) 209-211; K. LENAERTS, 'La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne', in R. ANDERSEN (ed.), 'En hommage à Francis Delpérée: itineraries d'un constitutionnaliste', Brussel, Bruylant, 2007, 815-831; K. MATHISEN, 'The Impact of the Lisbon Treaty', in particular art. 6 TEU, on Member States' obligations with respect to the protection of fundamental rights, *University of Luxembourg Law Working Paper Series*, nr. 2010/01, 20-26, online raadpleegbaar op [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650544](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650544); A. ROMER, 'L'obligation d'interroger la Cour constitutionnelle en cas de concours de droits fondamentaux se heurte-t-elle au droit de l'Union européenne? Illustration jurisprudentielle dans le cadre du contentieux de la prescription du recouvrement, (noot onder Arbrb. Luik 29 oktober 2009), *RGCF* 2010, afl. 4, (296) 305 en P. VAN NUFFEL, 'Prejudiciële vragen', (1154) 1159.

<sup>44</sup> Zie *inter alia* HvJ 222/84, *Johnston*, 1986; HvJ 5/88, *Wachauf*, 1989 en HvJ C-2/92, *DC Bostock*, 1994.

<sup>45</sup> HvJ C-260/89, *ERT t. DEP*, 1991; HvJ C-368/95, *Familiapress*, 1997 en HvJ C-36/02, *Omega Spielhallen*, 2004.

<sup>46</sup> T. TRIDIMAS, 'Primacy, Fundamental Rights and the search for Legitimacy', in M. POIARES MADURO en L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (98) 103.

<sup>47</sup> Voor voorbeelden waar de aanwezigheid van een grensoverschrijdend element enigszins twijfelachtig was, maar het Hof van Justitie desondanks de zaak behandelde, HvJ C-60/00, *Carpenter*, 2002; HvJ C-109/01, *Akrich*, 2003; HvJ C-458/03, *Parking Brixen*, 2005.

<sup>48</sup> D. CHALMERS, G. DAVIES en G. MONTI, *European Union Law*, 256 en S. VAN RAEPENBUSCH, 'La protection des droits fondamentaux après le Traité de Lisbonne', in P. MARTENS (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, (521) 532, pleiten ervoor dat de Lidstaten het toepassingsgebied van het Handvest uitbreiden tot louter interne aangelegenheden. Vanuit een eerder pragmatisch mensenrechtenperspectief is het inderdaad moeilijk te verantwoorden waarom het Handvest moet gelden in Europese aangelegenheden, maar de Lidstaten vrijgesteld zijn zich daaraan te houden wanneer het geen Europese zaak betreft. Advocaat-generaal SHARPSTON sluit zich daarbij in haar conclusie bij het arrest-Ruiz Zambrano aan: 'Het zou (op zijn zachtst gezegd) tegenstrijdig zijn wanneer een burger van de Unie grondrechten onder Unierecht geldend kon maken bij de uitoefening van een economisch recht op vrijheid van verkeer als werknemer, of wanneer het nationale recht binnen de werkingsfeer van het Verdrag komt (bijvoorbeeld de bepalingen inzake gelijke beloning), of wanneer hij een beroep doet op secundaire Uniewetgeving (zoals de dienstenrichtlijn), maar dit niet zou kunnen doen wanneer hij alleen maar in die lidstaat verblijf houdt' (E.

de aanvaarding van de bevoegdheid van het Hof van Justitie in louter interne kwesties, waardoor in het verlengde daarvan de basisbeginselen van de Europese rechtsorde toepassing vinden<sup>49</sup>. Valt een situatie immers onder het Unie-burgerschap, is daarmee een aanknopingspunt met het Verdrag aangetoond (eerste hypothese) en zal het concrete geschil op die grond binnen de werkingsfeer van het Unierecht vallen, ook al is er geen grensoverschrijdend element (enkel vereist in tweede hypothese)<sup>50</sup>. Daarenboven acht het Hof van Justitie zich bevoegd uitspraak te doen over interne situaties, indien de internrechtelijke regeling zich conformeert naar de Europese<sup>51</sup>. De geschetste evoluties staan op gespannen voet met de letter en de geest van art. 51, eerste lid, van het Handvest dat de gelding ervan beperkt tot hypothesen waarbij er een Europese dimensie is<sup>52</sup>. Wat er ook van zij, de principiële beperking op de bevoegdheid van het Hof van Justitie wordt op een dermate soepele wijze ingevuld dat de grondrechtenbescherming van het Grondwettelijk Hof en die van het Hof van Justitie *ratione materiae* quasi geheel samenvallen<sup>53</sup>.

Door de neerlegging ervan in een geschreven mensenrechtencatalogus lijkt de waarde van de grondrechten binnen de Unie toegenomen te zijn en is de zichtbaarheid van de Unierechtelijke bescherming verhoogd<sup>54</sup>. Recente rechtspraak van het Hof van Justitie toont aan dat het een prominentere positie

---

SHARPSTON, concl. onder HvJ C-34/09, *Ruiz Zambrano*, 2011). Wat de toepassing van het Handvest betreft, komt de advocaat-generaal los van de voorwaarde van grensoverschrijdend element als aanknopingspunt om de toepassing van het Handvest af te roepen en zou de loutere omstandigheid dat een (in deze zaak enkel nog louter natuurlijk) persoon de nationaliteit van één van de Lidstaten heeft en bijgevolg kan bogen op het Unieburgerschap, volstaan om de toepassing van het Handvest en de bescherming die het inhoudt op te roepen.

<sup>49</sup> HvJ C-34/09, *Ruiz Zambrano*, 2011. Het Hof nam de redenering van advocaat-generaal Sharpston niet over, noch weerlegde deze expliciet, maar kwam op grond van een andere, onduidelijke redenering tot dezelfde uitkomst.

<sup>50</sup> P. CRAIG, 'The ECJ', (395) 435-436. De conclusie van advocaat-generaal Sharpston is dan ook veeleer gesteund op een ruime interpretatie van het Unieburgerschap dan op een soepele invulling van art. 52 Handvest.

<sup>51</sup> Die uitzonderingssituatie doet zich voor indien het nationaal recht dezelfde rechten toekent aan een eigen burger als het Unierecht toekent aan burgers van een andere Lidstaat (HvJ C-245/09, *Omalet*, 2010) of wanneer het nationale recht zich in interne aangelegenheden naar een Unierechtelijke oplossing schikt (HvJ C-482/10, *Cicala*, 2011).

<sup>52</sup> D.SIMON, V. MICHEL en A. RIGAUX, 'Système juridictionnel de l'Union', *Europe* 2011, afl. 5, (15) 17.

<sup>53</sup> K. MATHISEN, 'The Impact of the Lisbon Treaty', 31 en T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 299.

<sup>54</sup> E. BRIBOSIA, 'Le dilemme du juge nationale face à des obligations contradictoires en matière de protection des droits fondamentaux issus des deux ordres juridiques européens', in M. DONY en E. BRIBOSIA (eds.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Brussel, Université de Bruxelles, 2002, (265) 275; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, 'La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. La porte étroite', *RTDE* 2010, (577) 581; Ph. GERARD, 'De hoeder van de meerlagige Europese Constitutie tussen unierecht en grondwet in Frankrijk en België', *SEW* 2011, afl. 4, (152) 165; M. KUMM en V. FERRERES COMELLA, 'The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union', *IJCL* 2005, (473) 485 en J. SNELL, "'European constitutional settlement", an ever closer union, and the Treaty of Lisbon: democracy or relevance?', *ELR* 2008, (619) 634.

wenst aan te nemen op het vlak van de mensenrechten<sup>55</sup>. Na de toetreding van de Unie tot het EVRM zal de *focus* van het Unieniveau nog nadrukkelijker komen te liggen op of richting de bescherming van mensenrechten. Het prejudicieel mechanisme is dé weg bij uitstek waarlangs het Hof van Justitie zijn mensenrechtenstandaard uit de doeken zal doen<sup>56</sup>. Daarbij komt dat de gewone rechter die slechts met één ongeldigheidsmiddel wordt geconfronteerd, er in beginsel toe gehouden is dat middel te vertalen naar een schending van de corresponderende bepaling uit de andere rechtsorde. Op de gewone rechter rust een verplichting om te onderzoeken of er eventueel sprake is van samenloop en desgevallend het Unierecht in te roepen<sup>57</sup>. De positie van de grondwettelijke hoven kan daardoor sterk in de verdrukking komen te staan<sup>58</sup>, nu de mensenrechtenbescherming hun *core business* vormt en veel van de rechten uit de Belgische Grondwet veelal in een gedetailleerdere vorm kunnen worden teruggevonden in het Handvest<sup>59</sup>. Daarmee wordt het belang van de gehele discussie over de driehoeksrelatie tussen de gewone rechter, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie scherpgesteld.

Uit de bovenstaande paragrafen volgt dat er ontegensprekelijk een veelheid van hypothesen denkbaar is waarin het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie via het prejudiciële contentieux in elkaars vaarwater komen. Zo uitgebreid de gevallen van samenloop theoretisch zijn, zo beperkt zijn de gevallen waarbij in de praktijk de gewone rechter zich geconfronteerd ziet met een werkelijke samenloop van prejudiciële vragen<sup>60</sup>. Nochtans lijkt de mogelijkheid zich te kunnen vermenigvuldigen in de toekomst<sup>61</sup>, gelet op de verstremgeling van bevoegdheden, de voorschrijdende tendens tot europeanisering van de mensenrechtenbescherming en de steeds boudere wordende houding van het Hof van Justitie. Wat de samenloop van prejudiciële vragen betreft, staan we mogelijk voor spannende tijden, wat op zijn beurt noopt tot een grondige analyse van dit vraagstuk.

<sup>55</sup> W. VERRIJDT, 'Should the EU Effectiveness Principle Be Applied To Judge National Constitutional Review Procedures?', in P. MARTENS (ed.), *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, (543) 546.

<sup>56</sup> K. MATHISEN, 'The Impact of the Lisbon Treaty', 30.

<sup>57</sup> N. CARIAT, 'La Charte', (105) 110 en J. VELAERS, 'De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel', in X, *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtsstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, (81) 88. Uit hoofde van het Unierecht volgt dat de rechter de mogelijkheid moet hebben Unierechten ambtshalve in te roepen, indien hij dat ten aanzien van nationale, analoge rechten kan (HvJ C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, 2009 en P. CRAIG en G. DE BURCA, *EU law: texts, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 448).

<sup>58</sup> J. VELAERS, 'Het arrest-Melki-Abdeli', (770) 794.

<sup>59</sup> M. LEROY, 'Le concours d'irrégularités', (259) 266.

<sup>60</sup> J. SPREUTELS, 'Le concours', (297) 318, die vaststelt dat eind 2005 slechts 10 gevallen bekend waren waar de samenloop van prejudiciële procedures voor het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie aan de oppervlakte kwam.

<sup>61</sup> J. SPREUTELS, 'Le concours des questions préjudicielles', (297) 318.

### 2.3.2. Posing tot classificatie

Vanuit de wens vat te krijgen op de dingen rondom hem, vervalt de mens vaak in een classificatiedrang. De weelderige en veelzijdige werkelijkheid laat zich nochtans moeilijk gieten in hokjesdenken, dat het immanente risico loopt een verschaalde weergave van de realiteit te zijn. Met die overweging in het achterhoofd wordt een poging ondernomen enige klaarheid te scheppen in de verschillende vormen van samenloop<sup>62</sup>. De opzet is niet noodzakelijk een exhaustieve oplijsting te geven; veeleer is de betrachting gestuurd vanuit didactische doeleinden en het gemak van de auteur om later naar een basismodel voor de samenloop van prejudiciële vragen te gaan. Mijns inziens moet worden gedifferentieerd tussen twee hoofdvormen.

De eerste categorie betreft de samenloop van prejudiciële vragen, waarbij de inhoud van die vragen als dusdanig niet overlapt. De samenloop berust dan eerder op een toevallig samenkomen van twistpunten die een gespecialiseerd rechtscollege kan beslechten, maar zit niet ingebakken in de juridische discussie die voor de gewone rechter rijst. Tussen de uitspraken van het Hof van Justitie enerzijds en die van het Grondwettelijk Hof anderzijds kan geen intellectuele ongerijmdheid ontstaan, nu de te beslechten rechtspunten per definitie verschillend zijn. De prejudiciële procedures zijn in dat geval *co-existent*. Deze hoofdopdeling valt uiteen in twee subcategorieën. Het kan ten eerste gaan om vragen die opgeroepen worden door twee onderscheiden wetskrachtige normen in éénzelfde geding, bijvoorbeeld indien een wettelijke norm, die de ontvankelijkheid betreft, mogelijk strijdt met art. 10 en 11 van de Grondwet en een andere wetskrachtige norm ten gronde indruist tegen het Unierecht<sup>63</sup>. Ten tweede kan de ongeldigheid van één wettelijke norm op verschillende gronden worden gevraagd. Het meest uitgesproken voorbeeld daarvan is de omzettingnorm die langs de ene kant wordt verondersteld in strijd te zijn met louter formele aspecten van het wetgevende proces of de bevoegdheidsverdelende regelen en die langs de andere kant vanuit een Europeesrechtelijk perspectief wordt bestreden wegens de incorrecte omzetting van een Europese richtlijn of wegens de strijdigheid met het vrij verkeer. Daartegenover staat de *concurrente* samenloop van prejudiciële procedures, waarbij de inhoud van de potentieel te stellen vragen aan het Grondwettelijk Hof en aan het Hof van Justitie identiek of gelijklopend is. In dergelijk geval is het risico op tegenstrijdige uitspraken imminent en kunnen de arresten van beide hoven onverenigbaar blijken. De concurrente samenloop is tevens immanent, nu de (on)verenigbaarheid met de Grondwet normaliter rechtstreeks voortvloeit uit de (on)verenigbaarheid met het Unierecht en *vice versa*. Het is dan ook voornamelijk in deze gevallen dat de relatie tussen het Grondwettelijk

<sup>62</sup> Voor een andere opdeling zie J. SPREUTELS, 'Le concours', (297) 307-312.

<sup>63</sup> J. SPREUTELS, 'Le concours', (297) 311-312.

Hof en het Hof van Justitie een prangend onderwerp is. Drie vormen kunnen worden onderscheiden.

1. Het onderzoek door het Grondwettelijk Hof op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet *juncto* een bepaling van Unierecht, Verdragsbepaling of norm van secundair Unierecht, en het onderzoek van het Hof van Justitie aan die Unierechtelijke bepaling. Potentieel is dit logischerwijze de ruimste categorie, waarbij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet als doorgeefluik fungeren voor een toetsing aan het Unierecht. De toetsing via hoger genoemde bepalingen *juncto* een specifiek Uniegrondrecht valt onder de volgende hypothese.

2. De materiële samenloop van grondrechten, waaronder niet hetzelfde wordt verstaan als de samenloop van grondrechten die art. 26, § 4 Bijz.W. GwH activeert<sup>64</sup>. Drie gevallen ressorteren onder deze omschrijving: de toetsing door het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie aan hetzelfde mensenrecht; de toetsing door het Grondwettelijk Hof aan de artikelen 10 en 11 GW *juncto* een specifiek Uniemensenrecht en de toetsing door het Hof van Justitie aan dat Unierecht; de toetsing door het Grondwettelijk Hof aan de artikelen 10 en 11 GW en de toetsing door het Hof van Justitie aan een Verdragsbepaling of een norm van secundair Unierecht waarin die gelijkheidsgedachte ingebakken zit, bijvoorbeeld de Genderrichtlijn. In die laatste hypothese kan er immers een materiële divergentie ontstaan en toetst het Hof van Justitie overigens vaak aan het non-discriminatiebeginsel, met de Unienorm als concretisering<sup>65</sup>.

3. Het *geldigheidscontentieux* bij het Hof van Justitie in verband met een Europese moederbepaling van secundair recht en de toetsing door het Grondwettelijk Hof van de wetgeving die daaraan uitvoering verleent, in zoverre de onrechtmatigheid van het Europese instrument op dezelfde gronden wordt bestreden als de wetkrachtige norm. De specificiteit ligt hierin dat de *Foto-Frost*-rechtspraak in werking treedt en in beginsel het Hof van Justitie als enige tot een ongeldigheid mag besluiten.

---

<sup>64</sup> Twee soorten samenloop van grondrechten in de zin van art. 26, § 4 Bijz.W. GwH worden onderscheiden. Ten eerste kan een grondrecht geheel analoog zijn gewaarborgd. In dat geval hebben de grondwetsbepaling en het Europese mensenrecht een gelijk toepassingsgebied, een gelijke draagwijdte en gelijke beperkingsvoorwaarden. Ten tweede bestaat er zoiets als een ‘gedeeltelijk analoog grondrecht’, waarbij het grondrecht een gelijke draagwijdte heeft op nationaal en supra- of internationaal niveau, maar een verschillend toepassingsgebied of met verschillende beperkingsvoorwaarden (J. VELAERS, ‘Samenloop van grondrechten’, (297) 304-316). Volgens die omschrijving zou een ‘samenloop’ tussen de toetsing van het Grondwettelijk Hof via de omweg van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet aan een Uniegrondrecht en de toetsing van de gewone rechter rechtstreeks aan dat Unierecht, geen samenloop van grondrechten zijn, aangezien de draagwijdte van het discriminatieverbod en het ingeroepen Unierecht verschilt. Nochtans is ook in dat geval het risico op tegenstrijdige uitspraken dreigend, wat hier als determinerend criterium wordt genomen.

<sup>65</sup> HvJ C-555/07, *Küçükdeveci*, 2010.

### 3. DE VISIE VAN HET HOF VAN JUSTITIE IN HET MELKI-ARREST

#### 3.1. WAT VOORAFGING : DE EERDERE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE

De verhouding tussen de constitutionele rechter en het Hof van Justitie, bekeken vanuit het perspectief van de gewone rechter, houdt het Hof van Justitie sedert geruime tijd bezig<sup>66</sup>. De effectiviteit van het Unierecht vertaalt zich in een dubbel eisenpakket. Ten eerste volgt uit het *Simmenthal*-arrest dat elke nationale regeling of praktijk die de nationale rechter hindert *aanstonds* de nodige maatregelen te nemen om nationale regels in strijd met het Unierecht buiten toepassing te laten, ontoelaatbaar is<sup>67</sup>. Het Hof voegde daar aan toe dat de nationale rechter, ingevolge een verplichting de zaak naar de constitutionele rechtbank te verwijzen, niet kan worden belet het Hof van Justitie vragen over de uitlegging en de geldigheid van het Unierecht voor te leggen<sup>68</sup>. Zowel de rechtstreekse toetsing aan het Unierecht, als de mogelijkheid een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen bij uitlegging- en interpretatiemoeilijkheden verdienen de hoogste graad van bescherming<sup>69</sup>.

Het hoeft niet te verwonderen dat het Hof van Justitie in deze arresten zwaar tilt aan nationale procedureregels die de dialoog met de nationale rechter negatief beïnvloeden. Het is immers in eerste instantie via de beantwoording van prejudiciële vragen dat het Hof een eensluidende interpretatie van de Unieregels op het gehele grondgebied van de Europese Unie kan bekomen en toezicht houdt op de rechtspraak van de nationale rechtscolleges<sup>70</sup>. Vanuit die optiek bekeken wordt het belang van de onderhavige discussie duidelijk: wie morrelt aan de prejudiciële vraagstelling aan het Hof, raakt rechtstreeks aan zijn beslissingsmacht en toezichtsbereik<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Zie D. SARMIENTO, 'L'arrêt *Melki*: esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toil de fond française', *RTDE* 2010, afl. 3, (588) 589-592.

<sup>67</sup> HvJ 106/77, *Simmenthal*, 1978. Het Hof stelde verder in overweging 24 dat 'de nationale rechter, belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht is zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de — zelfs latere — nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten'. Zie in dezelfde zin *inter alia* HvJ C-187/00, *Kutz-Bauer*, 2003; HvJ C-387/02, C-391/02 en C-403/02 (gevoegde zaken), *Berlusconi et al.*, 2005; HvJ C-314/08, *Filipiak*, 2008; HvJ C-555/07, *Küçükdeveci*, 2010 en HvJ C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, 2010.

<sup>68</sup> HvJ 166/73, *Rheinmühlen Düsseldorf*, 1974. Zie in dezelfde zin HvJ, C-348/89, *Mecanarte*, 1991 en HvJ C-210/06, *Cartesio*, 2008.

<sup>69</sup> F. DONNAT, 'La Cour de Justice et la QPC: chronique d'un arrêt prévisible et imprévu', *Rec.Dall.* 2010, afl. 26, (1640) 1644.

<sup>70</sup> J. MAZAK, concl. onder HvJ C-188/10 en C-189/10 (gevoegde zaken), *Melki en Abdeli*, 2010, punt 64.

<sup>71</sup> L.S. ROSSI, "'Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux', *RTDE* 2002, afl.1, (27) 35.

Het *Melki*-arrest<sup>72</sup> is de volgende stap in de evolutie. Het Hof werd de vraag voorgelegd in hoeverre de Franse ‘*question prioritaire de constitutionnalité*’ in te passen was in ’s Hof’s eerdere rechtspraak. Een aantal duidelijke verschilpunten niet te na gesproken<sup>73</sup>, bestonden en bestaan er opvallende convergenties tussen de Franse en de Belgische regeling, die overigens als inspiratiebron voor de eerstgenoemde diende. De uitspraak van het Hof van Justitie heeft, omwille van de algemeenheid van de bewoordingen, ontegensprekelijk een weerslag op het vraagstuk van de EU-conformiteit van de Belgische voorrangsregeling. De *co-habitation* tussen de grondwettelijke rechters en het Hof van Justitie is aanvaardbaar, weliswaar onder de voorwaarden die het Hof van Justitie aangeeft<sup>74</sup>. Daarin kunnen ontegensprekelijk twee onderscheiden hypothesen worden onderkend.

### 3.2. BETEKENIS VAN HET MELKI-ARREST

#### 3.2.1. Autonome wetskrachtige normen

Voor wetskrachtige bepalingen die niet louter de nationaalrechtelijke omzetting van een Europese richtlijn vormen, verklaart het Hof van Justitie zich akkoord met een wettelijke regeling die de verplichte inleiding van een incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing voorziet, onder *drie, cumulatief te vervullen voorwaarden*. Ten eerste moet de nationale rechter onder gelding van de nationale regeling vrij zijn een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen, telkenmale én op het moment zelf hij zulks opportuun acht, desgewenst na de incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing<sup>75</sup>. De toelaatbaarheid van een prioritaire grondwettigheidstoetsing – in de hypothese dat deze verhindert dat de nationale rechter een bepaling uit de eigen rechtsorde onmiddellijk buiten toepassing laat wegens strijdigheid met het Europees recht – impliceert ten tweede dat de rechter alle maatregelen kan treffen die nodig zijn om de voorlopige rechterlijke bescherming van Unierechten van de rechtsonderhorige te verzekeren en ten derde dat de rechter een met het Unierecht strijdige bepaling na de grondwettigheidsprocedure terzijde kan schuiven<sup>76</sup>. Die laatste overweging wordt aanzien als een mildering ten overstaan van de *Simmenthal*-leer<sup>77</sup>. Terwijl het Hof in het laatstgenoemde arrest nog vereiste

<sup>72</sup> HvJ C-188/10 en C-189/10 (gevoegde zaken), *Melki en Abdeli*, 2010.

<sup>73</sup> P. CASSIA, ‘La priorité constitutionnelle française est-elle compatible avec l’immédiateté du droit de l’Union’, *Rev.dr.ULg.* 2010, afl. 4, (479) 482 en J. VELAERS, ‘Het arrest-Melki-Abdeli’, (770) 774-776.

<sup>74</sup> J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, ‘La question prioritaire’, (577) 577.

<sup>75</sup> HvJ C-188/10 en C-189/10 (gevoegde zaken), *Melki en Abdeli*, 2010, overweging 52.

<sup>76</sup> HvJ C-188/10 en C-189/10 (gevoegde zaken), *Melki en Abdeli*, 2010, overweging 53.

<sup>77</sup> F. DONNAT, ‘La Cour de Justice et la QPC’, (1640) 1645; M. GAUTIER, ‘QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes’, *Droit Administratif* 2010, afl. 10, (13) 18; A. PLIAKOS en G. ANAGNOSTARAS, ‘Who is the ultimate arbiter? The battle over judicial supremacy in EU law’, *ELR* 2011, (109) 117; J. VELAERS, ‘Het arrest-Melki-Abdeli’, (770) 785 en W. VERRUJDT, ‘The EU Effectiveness Principle’, (543) 552.

dat de nationale rechter *aanstonds* het nodige kon doen om het Europees recht volle werking te verlenen, volstaat het in het *Melki*-arrest dat de nationale rechter *minimaal na de incidentele procedure van constitutioneel nazicht* het Europees recht kan toepassen, met dien verstande dat, hangende de procedure voor het grondwettelijk hof, de nationale rechter voorlopige bescherming kan verlenen aan de rechten die de rechtsonderhorige puurt uit de Europese rechtsorde. De vrijheid die de nationale rechter onder het *Simmenthal*-arrest diende te genieten om te allen tijde het Unierecht rechtstreeks toe te passen, kan de nationale wetgever voortaan gedeeltelijke beknotten, waarbij bovendien geen bijkomende voorwaarde wordt geknoopt aan de duur van het oponthoud<sup>78</sup>.

Hoewel het *Melki*-arrest bijgevolg als een principiële tegemoetkoming aan de nationale (grond)wetgevers en constitutionele hoven kan worden gelezen, handhaaft het Hof echter wel zijn *Rheinmühlen*-rechtspraak onverkort. Ten aanzien van de toetsing aan het Unierecht bindt het Hof van Justitie in. Wat de prejudiciële vraagstelling betreft, blijft het Hof op zijn strepen staan<sup>79</sup>. Een nationale wettelijke regeling die de nationale rechter op voorhand dwingt enkel te verwijzen naar het constitutioneel hof, blijft met andere woorden uitgesloten. Volgens het Hof van Justitie is de nationale *rechter* de ultieme instantie die beslist over de opportuniteit van een prejudiciële vraag, die om die reden de volste beslissingsruimte en –vrijheid moet hebben<sup>80</sup>. Een wettelijke regeling kan met andere woorden een incidentele, constitutionele procedure verplicht stellen zonder daaraan absolute prioriteit toe te kennen<sup>81</sup>. Die laatste piste zou de individuele rechter immers deresponsabiliseren.

### 3.2.2. *Wetskrachtige normen die de omzetting vormen van Unierecht: een obiter dictum*

Voor het specifieke geval van een omzettingnorm, zinspeelt het Hof van Justitie op zijn alleenrecht om secundair Unierecht ongeldig te verklaren<sup>82</sup>. Dat het Hof dit stelt, is niet nieuw. Hierin galmt immers de echo van de *Foto-Frost*-rechtspraak. In het *Melki*-arrest echter knoopt het Hof van Justitie daaraan een niet te onderschatten gevolg. Aan de exclusieve bevoegdheid die het Hof van Justitie zichzelf heeft toebedeeld om de geldigheid van Europese wetgeving na te gaan, correleert de voorrang van die toetsing op de

<sup>78</sup> W. VERRIJDT, 'The EU Effectiveness Principle', (543) 552.

<sup>79</sup> N. CARIAT, 'Quelques réflexions quant à la compatibilité de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle avec le droit de l'Union européenne', *JT* 2011, afl. 28, (573) 577.

<sup>80</sup> A. ROMER, 'L'obligation', (296) 311.

<sup>81</sup> P. CASSIA, 'La priorité constitutionnelle française', (479) 490.

<sup>82</sup> Dat is opmerkelijk, aangezien in het bodemgeschil de verenigbaarheid van een of andere vorm van Europese wetgeving niet aan de orde was, maar het daarentegen louter ging om de bestaanbaarheid van de strenge, Franse douaneregeling met het recht van de Europese Unie, inzonderheid in het licht van het vrij verkeer van personen dat op EU-niveau wordt gegarandeerd. De omstandigheid dat het Hof van Justitie in een zogenaamd *obiter dictum* deze kwestie opheldert, is tekenend voor het belang dat het Hof eraan hecht.



grondwettigheidstoets van de nationale wet *die gewoon de dwingende bepalingen van een richtlijn van de Unie omzet*. Immers, zo luidt de redenering, zou het Hof niet meer in staat kunnen worden gesteld de geldigheid van de richtlijn na te gaan op dezelfde gronden als het constitutioneel hof. Het Hof van Justitie wijst in het bijzonder in het *Melki*-arrest zelf op de grondrechtenbescherming<sup>83</sup>. De grondrechtenbescherming tegen handelingen van de EU-instellingen ligt dus uitsluitend bij het Hof van Justitie en daaruit volgt dat de omzettingwet niet eerder mag worden getoetst, indien en voor zover het Hof van Justitie de moederrichtlijn in het licht van diezelfde normen kan onderzoeken. In tegenstelling tot bij de autonome wetkrachtige normen, ligt de klemtoon hier niet op de vrijheid van de nationale rechter, maar integendeel op de verplichting om het Hof van Justitie *prioritair* te bevragen<sup>84</sup>.

De prioritaire bevraging is de uitzondering en moet restrictief worden geïnterpreteerd. Het Hof heeft de modaliteiten daarvan zelf vastgelegd in overweging 56 van het *Melki*-arrest<sup>85</sup>.

Ten eerste blijft de Uniedimensie waarin de aangevochten, nationale rechtsregel moet zijn ingebed, beperkt tot de hypothese van omzetting van de dwingende bepalingen van een richtlijn. Het gaat om zogenaamde '*lois-miroirs*'<sup>86</sup>, die de exacte bewoordingen van de dwingende bepalingen van de richtlijn die zij omzetten simpelweg hernemen. Er moet een 'één-op-één-verhouding' bestaan tussen de richtlijnbeepaling en de omzettingnorm, waardoor de ongeldigheid van de omzettingnorm de ongeldigheid van het moederinstrument insluit. Dat het voorwerp van het *obiter dictum* ingeperkt blijft tot de omzetting van een richtlijn in de nationale rechtsorde, en niet wordt toegepast op de tenuitvoerlegging van andere Europese wetgeving, meer specifiek van Europese verordeningen<sup>87</sup>, is opvallend. Ook in die hypothese lijkt, verderbordurend op de logica die het Hof van Justitie volgt, de geldigheid van de verordening een voorafgaand vraagstuk<sup>88</sup>. Een verklaring hiervoor zou

<sup>83</sup> HvJ C-188/10 en C-189/10 (gevoegde zaken), *Melki en Abdeli*, 2010, overweging 55.

<sup>84</sup> L. COUTRON, 'Priorité à la question de... conventionnalité', *RAE* 2009-2010, afl. 3, (565) 573.

<sup>85</sup> HvJ C-188/10 en C-189/10 (gevoegde zaken), *Melki en Abdeli*, 2010, overweging 56: '*Alvorens in een incidentele procedure de grondwettigheid van een wet die louter ziet op de omzetting van de dwingende bepalingen van een richtlijn van de Unie, kan worden getoetst aan dezelfde gronden als die waarop de geldigheid van de richtlijn ter discussie staat, moeten de nationale rechters waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet meer vatbaar zijn voor hoger beroep, in beginsel conform artikel 267, derde alinea, VWEU het Hof van Justitie een vraag stellen over de geldigheid van die richtlijn en daarna de gevolgen trekken die uit het prejudiciële arrest van het Hof voortvloeien*'.

<sup>86</sup> M. GAUTIER, 'QPC et droit communautaire', (13) 18.

<sup>87</sup> P. CASSIA, 'La priorité constitutionnelle française', (479) 489.

<sup>88</sup> De vermelding van verordeningen in het *obiter dictum* zou niet enkel tegemoetkomen aan een hypothetisch geval waar de tenuitvoerlegging van een verordening wordt bestreden in het licht van de Grondwet. Het Hongaars Grondwettelijk Hof heeft immers reeds in het verleden geoordeeld dat een wet die een Unieverordening implementeerde, strijdig was met de Grondwet (Alkotmánybíróság 25 mei 2004 (V. 25.), 17/2004), al overwoog het daarbij wel dat de betrokken wet was genomen vóór de Hongaarse toetreding en daardoor de toenmalige Gemeenschapsvoorrang niet gold. Zie L. BLUTMAN en N.

kunnen zijn dat het Hof van Justitie, zich bewust van de constitutionele voorbehouden van de *Conseil Constitutionnel*, van de gelegenheid gebruik maakte om weerwerk te bieden<sup>89</sup>.

Ten tweede moet de grondwettigheidsvraag gesteund zijn op dezelfde gronden als het geldigheidsvraagstuk dat zich voor het Hof van Justitie zou kunnen ontspinnen. Indien de onverenigbaarheid van een nationale implementatiehandeling wordt vermoed op andere gronden dan diewelke in de verhouding tot het Hof van Justitie in het geding zijn, bijvoorbeeld op basis van een overtreding van de internrechtelijke bevoegdheidsverdeling, bestaat er geen prioritaire verwijzingsplicht. Bij de beoordeling door het constitutioneel hof komt de geldigheid van de richtlijn die achter de nationale rechtsregel schuilgaat, immers niet in het gedrang.

Ten derde zijn enkel de nationale rechters waarvan de beslissingen internrechtelijk niet meer kunnen worden bestreden, gehouden een prealabele vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Nu werd eerder vermeld dat nationale rechters tegen wiens beslissingen nog nationale rechtsmiddelen openstaan, verplicht zijn het Hof van Justitie prejudicieel te raadplegen<sup>90</sup>, alvorens ze de ongeldigheid van een Unie-instrument uitspreken. De verhouding tussen deze twee uitgangspunten is niet geheel duidelijk. Kennelijk berust deze omissie op een vergetelheid van het Hof van Justitie, ofwel aanvaardt het Hof een grondwettigheidsvraag van een implementatiewet wél, indien dit in de procedure voor een lagere, nationale rechter geschiedt en vormt dit onderdeel een impliciete afwijking van de eerdere rechtspraak. De omstandigheid dat tegen die lagere beslissing internrechtelijk beroep kan worden aangetekend, zou kunnen verantwoorden dat in de initiële procedure enkel de grondwettigheid wordt onderzocht, maar niet de verenigbaarheid met het Unierecht. De meest plausibele verklaring zou echter zijn dat het Hof van Justitie enkel oog had voor de Franse regeling, die omwille van zijn eigenheid steeds een verwijzing door de Franse *Cour de Cassation* of de *Conseil d'Etat* veronderstelt en waar de prejudiciële vraag aan de *Conseil Constitutionnel* door een lagere rechter niet is gekend.

### 3.2.3. Evaluatie

Een evaluatie maken van het *Melki*-arrest is uiterst moeilijk. Enerzijds heeft het Hof zich in algemene, vage en soms weinig gepreciseerde bewoordingen

---

CHRONOWSKI, 'Hungarian Constitutional Court: Keeping Aloof from European Union Law', *Vienna Journal on International Constitutional Law* 2011, afl. 3, (329) 340.

<sup>89</sup> J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, 'La question prioritaire', (577) 585. Evenmin als de *Conseil Constitutionnel* wanneer het een omzettingnorm belooft te censureren bij een schending van een beginsel inherent aan de constitutionele identiteit, maakt het Hof van Justitie gewag van de hypothese waar verordeningen en hun uitvoeringsregelgeving worden bestreden. Zie J. H. REESTMAN en C.B. SCHUTTE, 'Het Europees Grondwettelijk Verdrag en beginsel van voorrang van Europees recht in Frankrijk en Spanje. Lessen voor Nederland?', *SEW* 2006, afl. 4, (145) 150.

<sup>90</sup> HvJ C-344/04, *IATA en ELFAA*, 2006.

uitgedrukt<sup>91</sup>. Anderzijds blijkt uit het voorgaande dat zijn antwoord op sommige punten als een expliciete reactie op het Franse systeem (*question prioritaire de constitutionnalité*) moet worden gelezen. Wie uit het arrest conclusies wenst te trekken voor de samenloop van prejudiciële vragen, blijft met een half gevulde maag wat op zijn honger zitten. Het arrest is dan ook zeer divers onthaald. Enerzijds werd het afgedaan als een aanslag op de hoeders van de nationale constituties<sup>92</sup>, anderzijds las men het als een welgekomen en vriendelijke uitnodiging aan de grondwettelijke hoven om te interageren in een rechtstreekse dialoog<sup>93</sup>. Zoals zoveel in het leven en in het recht, is de uitlegging van het *Melki*-arrest eerder een kwestie van perceptie en interpretatie dan een mathematische zekerheid. Enkele krachtlijnen kunnen alvast worden gedistilleerd.

In theorie laat het arrest veel toe. Het is dan ook veeleer negatief dan positief geformuleerd; het Hof van Justitie verduidelijkt hoofdzakelijk welke praktijken niet door de beugel kunnen in plaats van uit te werken wat de meest ideale en voor de hand liggende *modus operandi* zou zijn. Dat is geen verwijt, maar bovenal een neutrale vaststelling en een uitvloeisel van de omvang van zijn bevoegdheid in het prejudiciële contentieux: het kan immers niet de bedoeling zijn om via *obiter dicta* allerlei aan algehele theorievorming te doen. Het Hof verbiedt noch een gelijktijdige instelling van prejudiciële vragen aan beide rechtscolleges, noch een ‘twee-traps-prejudiciële’ vraag via het Grondwettelijk Hof, noch dat het Grondwettelijk Hof eerst wordt bevestigd om vervolgens niet meer langs Luxemburg te passeren, indien de nationale *rechter* dit opportuun acht. Het Hof vereist immers niet dat, in de lijn van zijn eerdere rechtspraak, steeds (eerst) een prejudiciële vraag ter zijner richting wordt verzonden<sup>94</sup>. Enkel een algemene, in de wetgeving neergelegde uitsluiting van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, waarbij de nationale rechter geen ruimte meer toekomt om op elk moment dat hij het passend acht een prejudicieel geschil aanhangig te maken, wordt veroordeeld. In geval van een omzettingwet van de dwingende bepalingen van een richtlijn, moet een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie worden gericht, ‘*alvorens in een incidentele procedure de grondwettigheid van een wet kan worden getoetst*’<sup>95</sup>. Daarbij wordt uitdrukkelijk uitgesloten dat het constitutionele hof – of enige andere rechter – zijn beslissing vonnist, alvorens het Hof van Justitie dat heeft kunnen doen. Het Hof van Justitie ijvert voor een voorrang in de toetsing door de verplichte prejudiciële vraagstelling. Het strikt daar echter niet uitdrukkelijk een *totale* voorrang in de prejudiciële vraagstelling aan vast<sup>96</sup>. *A contrario* geredeneerd, lijkt het loutere feit dat een prejudiciële verwijzing naar het

<sup>91</sup> N. CARIAT, ‘Quelques réflexions’, (573) 578.

<sup>92</sup> W. VERRIJDT, ‘The EU Effectiveness Principle’, (543) 553.

<sup>93</sup> D. SARMIENTO, ‘L’arrêt *Melki*’, (588) 597.

<sup>94</sup> D. SARMIENTO, ‘L’arrêt *Melki*’, (588) 591 en J. VELAERS, ‘Het arrest-Melki-Abdeli’, (770) 783.

<sup>95</sup> HvJ C-188/10 en C-189/10 (gevoegde zaken), *Melki en Abdeli*, 2010, overweging 56, eigen onderlijning.

<sup>96</sup> J. VELAERS, ‘Het arrest-Melki-Abdeli’, (770) 784 en D. SIMON, ‘Jurisprudence constitutionnelle’, *Europe* 2011, afl. 3, (12) 13.

Grondwettelijk Hof plaatsvindt vooraleer het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan, *op zichzelf* niet in tegenspraak met het *Melki*-arrest te zijn. Er resten de gewone rechter dan drie pistes. Ten eerste kan hij de zaak naar het Hof van Justitie verwijzen en verwijst hij eventueel, na diens antwoord, de zaak naar het Grondwettelijk Hof. Ten tweede verwijst hij de zaak in éénzelfde beslissing door naar én het Grondwettelijk Hof én naar het Hof van Justitie (op voorwaarde dat het Grondwettelijk Hof geen arrest velt vooraleer het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan<sup>97</sup>). Ten derde zou hij het Grondwettelijk Hof kunnen bevragen, dat op zijn beurt een prejudiciële vraag formuleert aan het Hof van Justitie, een hypothese die *schijnt* aanvaard te kunnen worden, al heeft het Hof van Justitie hiervan geen uitdrukkelijk gewag gemaakt<sup>98</sup>.

De boodschap in het *Melki*-arrest lijkt op het eerste gezicht permissief. Het arrest staat bij nader inzien bol van de subliminale verwijzingen naar de supremauteit van het Hof van Justitie, dat de cruciale rol van de constitutionele rechter, ook in het Europese integratieproject, *mordicus* stilzwijgt. In werkelijkheid is de vrees dat de uitspraak wel eens in de achterstelling van het grondwettelijk hof zou uitmonden, alvast zeker in het geval van een omzettingnorm, niet geheel paranoïdaal. Aangezien de gewone rechter geen vat heeft op het Grondwettelijk Hof en niet kan garanderen dat men zich aan het Koningsplein niet eerder uitspreekt dan het Hof van Justitie<sup>99</sup>, zal *de facto* de verwijzing naar het Hof van Justitie de norm worden, waarna de grondwettigheidsvraag veelal overbodig zal zijn. Daarmee wordt in geval van omzettingnormen de constitutionele rechter de pas afgesneden. In alle gevallen van samenloop andere dan de hypothese van een omzettingnorm lijkt een simultane vraagstelling de oplossing waar het Hof van Justitie op aanstuurt<sup>100</sup>. Omwille van de vermeende voorrang van het Unierecht lijkt het de verwachting dat voornamelijk de positie van het Hof van Justitie navolging zal krijgen, waardoor de betekenis van de constitutionele procedure uiterst gering zal zijn<sup>101</sup>. De voorrang van de constitutionele toetsing zal dan louter protocollair blijken<sup>102</sup>, wat op zijn beurt de gewone rechter ertoe zal overhalen de grondwettigheidsvraag niet langer op te werpen. Door een constante nadruk

<sup>97</sup> F. DONNAT, 'La Cour de Justice et la QPC', (1640) 1647.

<sup>98</sup> Zie in dezelfde zin J. ROUX, 'La Cour de justice et le contrôle incident de constitutionnalité des directives de l'Union: remarques sur un *obiter dictum*', *Rec.Dall.* 2010, afl. 38, (2524) 2525 en J. VELAERS, 'Het arrest-Melki-Abdeli', (770) 784.

<sup>99</sup> F. DONNAT, 'La Cour de Justice et la QPC', (1640) 1647. Er geldt geen algemeen principe volgens hetwelk '*le communautaire tient le constitutionnel en état*' (H. CROZE, 'L'application immédiate du droit de l'Union européen: un obstacle à la transmission d'une QPC', *La Semaine Juridique. Edition Générale* 2010, afl. 28, (1741) 1746).

<sup>100</sup> M. AUBERT, E. BROUSY en F. DONNAT, 'Chronique de jurisprudence de la CJUE', *AJDA* 2010, afl. 28, (1578) 1579; P. CASSIA, 'Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne', *La Semaine Juridique. Edition générale* 2010, afl. 26, (1358) 1362 en M. GAUTIER, 'QPC et droit communautaire', (13) 19.

<sup>101</sup> O. PEIFFERT, 'L'encadrement', (433) 461 en A. PLIAKOS en G. ANAGNOSTARAS, 'Who is the ultimate arbiter?', (109) 118.

<sup>102</sup> J.-Y. CARLIER, 'La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne', *JDE* 2011, afl. 3, (75) 78.

te leggen op de eigen aanvoer, snijdt het Hof van Justitie mogelijks die van de constitutionele hoven af<sup>103</sup>.

Kortom, het *Melki*-arrest is een gemiste opportuniteit, maar verklaarbaar. Het Hof van Justitie is immers *judex in sua causa*. Dat het arrest van enige empathie ten aanzien van de grondwettelijke hoven zou getuigen, was dan ook een droombeeld, te meer omdat het Hof sinds jaar en dag een troebele relatie met die grondwettelijke hoven onderhoudt. Nochtans had een uitdrukkelijk uitgestoken hand naar de constitutionele rechters een meer evenwichtige oplossing kunnen bewerkstelligen.

### 3.3. EU-CONFORMITEIT VAN DE BELGISCHE VOORRANGSREGELING

De Belgische bijzondere wetgever heeft de uitwerking van de prejudiciële bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof via twee sporen geregeld: enerzijds een normaal luik (§§ 1-3) en anderzijds een uitzonderingsregime voor de samenloop van grondrechten, zoals verstaan onder de Bijzondere Wet (§ 4). De dynamiek die in beide gevallen naar boven komt, is in essentie dezelfde. Er geldt in beginsel een verwijzingsplicht naar het Grondwettelijk Hof, tenzij één van de limitatief opgesomde uitzonderingen kan worden ingeroepen. Het onderscheid tussen beide regelingen is gelegen in het aantal inroepbare uitzonderingsgronden. In geval van samenloop van grondrechten kan de rechter zich, bovenop de gewone uitzonderingen, beroepen op bijkomende weigeringsmotieven. Dat opeens de discussie over de EU-conformiteit van deze nieuwe paragraaf in de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof zo hoog opklaaide<sup>104</sup>, komt dan ook op het eerste gezicht vreemd over. Die discussie werd in hoofdzaak gevoed door een onachtzaamheid van de bijzondere wetgever, nochtans aangekaart door de afgevaardigden van het Hof van

<sup>103</sup> M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, 'The full effect of EU law and of constitutional review in Belgium and France after the Melki judgment', *ECLR* 2011, (355) 384.

<sup>104</sup> *Pro* EU-conformiteit: Adv. Rvs 45.905/AV bij de Bijz. Wet. Van 12 juli 2009 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, nr. 1283/002, 21; M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, 'Het Grondwettelijk Hof', (87) 106-107; B. PEETERS en A. VAN DE VIJVER, 'Samenloop van grondrechten in fiscalibus', *TFR* 2010, afl. 392, (991) 1011; P. POPELIER, 'Belgium. The Supremacy Dilemma: the Belgian Constitutional Court caught between the European Court of Human rights and the European Court of Justice', in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING en P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order*, Cambridge, Intersentia, 2011, (149) 164; J. VELAERS, 'Het arrest-Melki-Abdeli', (770) 785-794 en W. VERRIJDT, 'The EU Effectiveness Principle', (543) 555-557. *Contra*: N. CARIAT, 'Quelques réflexions', (573) 579; M. LEROY, 'Le concours d'irrégularités', (259) 267-268; A. ROMER, 'L'obligation', (296) 312; M. TRAEEST, 'Samenloop van grondrechten', (130) 135; P. VAN NUFFEL, 'Prejudiciële vragen', (1154) 1170: '*Daarmee lijkt deze wet [Bijz. W. Grondwettelijk Hof] te verhinderen dat de rechter eerst een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie stelt of nog, dat hij naast het Grondwettelijk Hof tegelijk ook het Hof van Justitie een prejudiciële vraag stelt* (eigen onderlijning)'. Voor GILLIAUX is de overeenstemming twijfelachtig, maar zou een EU-conforme interpretatie mogelijk zijn (P. GILLIAUX, 'Constitutionnalité en conformité au droit de l'Union. Question de priorité', *JDE* 2010, afl 173, (269) 275).

Cassatie in de Parlementaire Commissie die zich over de wetswijziging boog<sup>105</sup>.

Art. 26, § 4 Bijz. W. GwH stipuleert dat in geval van samenloop van grondrechten het rechtscollege *eerst* een prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof. Een teleologische interpretatietechniek, met inachtneming van de historische achtergrond<sup>106</sup>, legt de ware draagwijdte van deze bepaling bloot. De bijzondere wetgever viseert immers enkel de verhouding tussen het Hof van Cassatie en de Raad van State enerzijds en het Grondwettelijk Hof anderzijds, waarbij de eerstgenoemde colleges worden verboden op eigen gezag te toetsen aan een Europees of internationaal mensenrecht, maar intendeel een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid van de litigieuze norm met de Grondwet. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat daarmee geenszins een uitspraak wordt gedaan over de verhouding tussen de gewone rechter en het Hof van Justitie, laat staan die tussen het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie<sup>107</sup>. De Belgische ‘voorrangsregeling’ beoogt met andere woorden geen wettelijke oplossing te bieden voor de samenloop van prejudiciële procedures, maar stelt enkel een voorrang van de *toetsing* aan de Grondwet in<sup>108</sup>, vooraleer de gewone rechter toetst aan het internationaal of Europees recht. Een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie wordt onder het wettelijke raamwerk op geen enkel moment van de bodemprocedure uitgesloten.

Bovendien verhindert de voorrangsregeling niet dat een toetsing aan het Europese recht in de procedure voor de verwijzende rechter wordt uitgevoerd. In een later stadium, met name na het arrest van het Grondwettelijk Hof, kan

<sup>105</sup> Verslag namens de Commissie voor de institutionele aangelegenheden bij de Bijzondere Wet 12 juli 2009 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat B.Z. 2007, nr. 4-12/4, 18 (Londers, vroegere voorzitter van het Hof van Cassatie) en 21 (Leclercq, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie).

<sup>106</sup> Men raadplege *inter alia* B. GORS, ‘Une cause de refus de renvoi préjudiciel: la primauté de la Convention européenne sur la constitution’, *RBDC* 2005, afl. 3-4, 507-32; E. CLOOTS, ‘Samenloop van grondrechten. Is het einde van de “guerre des juges” nabij?’, *TBP* 2006, afl. 5, 259-272; M. LEROY, ‘Le concours d’irrégularités’, 259-268; P. POPELIER, ‘Prejudiciële vragen’, 50-62; M.F. RIGAUX, ‘Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle’, *JT* 2009, 649-65; M. TRAEST, ‘Samenloop van grondrechten’, 130-135; J. VELAERS, ‘Artikel 26, § 4’, 387-410.

<sup>107</sup> MvT Bijzondere Wet 12 juli 2009 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat B.Z. 2007, nr. 4-12/1, 3: ‘*Het voorstel verhindert de rechtscolleges immers niet rechtstreeks te toetsen aan het Europees Gemeenschapsrecht, doch regelt ingeval van samenloop de volgorde van de toetsing door de voorrang te verlenen aan de toetsing aan de Grondwet*’ en Adv. Rvs 45.905/AV bij de Bijz. Wet. Van 12 juli 2009 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, nr. 1283/002, 21: ‘*Het [art. 26, § 4] voert geen systeem in, zelfs niet tijdelijk, waarbij de controle van de rechtsgeldigheid van nationaalrechtelijke wet- en verordeningsteksten op basis van het Europees recht automatisch zou neerkomen op een controle die beperkt is tot de grondwettigheidscontrole(...). De voorliggende bepaling beperkt zich er immers toe een volgorde in het leven te roepen voor het onderzoek van de twee vraagstukken, die, in ieder geval op procedureel vlak, onderscheiden vraagstukken blijken te zijn: enerzijds de grondwettigheidscontrole; anderzijds de controle inzake de verenigbaarheid met het Europees recht, waaraan niet wordt geraakt*’.

<sup>108</sup> J. VELAERS, ‘Het arrest-Melki-Abdeli’, (770) 772, 776 en 786.

de verwijzende rechter in voorkomend geval toetsen aan de betrokken inter- of supranationale bepaling. Deze nieuwe voorrangregeling doet met andere woorden geen afbreuk aan de *Franco Suisse Le Ski*-doctrine, volgens dewelke het inter- en supranationaal recht voorrang heeft op het interne recht en de verwijzende rechter, bij uitsluiting van het Grondwettelijk Hof, de bevoegdheid heeft het inter- en supranationaal recht te interpreteren, mits inachtneming van de rechtspraak van de rechtscollèges die als ultieme interpretator van het inter- en supranationaal recht fungeren<sup>109</sup>. De verwijzende rechter blijft daarbij *de jure* louter gebonden door het rechtspunt dat het Grondwettelijk Hof heeft beslecht, met name de verenigbaarheid van de wetkrachtige norm met de bepalingen uit Titel II van de Grondwet, ook al leest het Hof deze bepalingen in samenhang met internationale en Europese rechtsbronnen. Deze gebondenheid betreft louter de toetsing van het Grondwettelijk Hof van de wetkrachtige norm aan de Grondwet. Het Grondwettelijk Hof maakt geen beoordeling van de inter- of supranationale bepaling *op zich beschouwd*<sup>110</sup>. Het blijft de verwijzende rechter vrij staan om tot de schending van een internationale bepaling te besluiten, ook al ziet het Grondwettelijk Hof geen graten in de desbetreffende wetkrachtige norm<sup>111</sup>. Het is dan ook de verwachting dat de Bijzondere Wet de toetsing aan het Unierecht kan doorstaan<sup>112</sup>. Het Hof van Justitie werd die vraag ook voorgelegd door de Luikse rechtbank van eerste aanleg. De zaak werd evenwel op gronden van onbevoegdheid bij beschikking afgedaan<sup>113</sup>. Het Hof gaf *terloops* wel nog even mee dat art. 267 VWEU (oud art. 234 EG) vereist dat de gewone rechter op elk moment een prejudiciële vraag kan stellen<sup>114</sup>. Daarmee lijkt het aan te geven – geheel in de lijn van het *Melki*-arrest<sup>115</sup> – dat niet zozeer de onmiddellijke toetsing aan het Unierecht wordt verdedigd, maar de absolute vrijheid van de rechter om te allen tijde een prejudiciële vraag te

<sup>109</sup> B. PEETERS en A. VAN DE VIJVER, 'Samenloop van grondrechten', (991) 1010; P. POPELIER, 'Belgium', (149) 164; M. TRAEST, 'Samenloop van grondrechten' (130) 135; J. VELAERS, 'Artikel 26, § 4', (387) 391 en J. VELAERS, 'Het arrest-Melki-Abdeli', (770) 791.

<sup>110</sup> MvT Bijzondere Wet 12 juli 2009 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St.* Senaat B.Z. 2007, nr. 4-12/1, 6 en 8.

<sup>111</sup> *De facto* gaat er evenwel een sterke overredingskracht uit van het Grondwettelijk Hof. De verwijzende rechter zal er zich niet snel toe laten verleiden af te wijken van de lijn van het Grondwettelijk Hof, ten eerste omdat de inhoudelijke draagwijdte van de inter- of supranationale norm vaak niet of beperkt afwijkt van de grondwetsbepaling en ten tweede omdat het Grondwettelijk Hof de techniek van de 'verzoenende lezing' bezigt, waarbij het de grondwetsbepaling en zijn substantie zal invullen in het licht van de gelijklopende inter- en supranationale bepalingen. Zie hierover uitgebreider J. VELAERS, 'Het arrest-Melki-Abdeli', (770) 791-794 en de verwijzingen aldaar.

<sup>112</sup> Zie voor een uitgewerkte toetsing aan deze criteria M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, 'The full effect', (355) 380-383 en J. VELAERS, 'Het arrest-Melki-Abdeli', (770) 785-794.

<sup>113</sup> HvJ C-457/09, *Chartry*, 2011. Het Hof van Justitie overwoog dat het enkel bevoegd is te antwoorden op een verwijzingsbeslissing, indien er een band bestaat tussen het hoofdgeding en het recht van de Unie en dat nu het ging om een louter interne zaak (de toepassing van een nationale belastingwet op een onderdaan van die Lidstaat aangaande activiteiten ontplooid in die Lidstaat) het Hof van Justitie onbevoegd was. Zie over dit arrest A. ROMER, 'L'obligation', 296- 315.

<sup>114</sup> HvJ C-457/09, *Chartry*, 2011, overweging 20.

<sup>115</sup> M. WATHELET en M. BOURGEOIS, m.m.v. J. WILDEMEERSCH, 'Situations purement internes, discriminations à rebours et fiscalité', *RGCF* 2011, afl. 6, (465) 478.

stellen aan het Hof van Justitie het nieuwe *credo* is waar het Hof in geval van een mogelijke samenloop van prejudiciële vragen bij zweert. Een uitspraak van het Hof ten gronde had nochtans het *Melki*-arrest op een aantal punten kunnen verfijnen. Bovendien zou het interessant zijn geweest te zien of het Hof van Justitie niet milder was geweest ten aanzien van de Belgische voorrangregeling, aangezien het Grondwettelijk Hof wel voldoet aan zijn loyaliteitsverplichting *vis-à-vis* het Unie-niveau, doordat het (vooralsnog) geen constitutionele grendels heeft opgeworpen en doordat het Grondwettelijk Hof wél prejudiciële vragen doorverwijst.

## 4. ELEMENTEN DIE NOPEN TOT EEN ANDERE OPLOSSING

Gelet op zijn eerdere rechtspraak kan niet worden ontkend dat het Hof vrij mild is geweest. Het had immers onverkort zijn voorrangpositie kunnen claimen, maar heeft er in tegendeel voor geopteerd zijn *Simmenthal*-leer af te zwakken. De positie van het Hof lijkt mijns inziens echter nog steeds geen evenwicht tussen de belangen van alle betrokken actoren te bestendigen, maar eerder de eigen positie van het Hof te behartigen. Voornamelijk de wens tot uniforme interpretatie van het Unierecht en de effectieve rechterlijke bescherming als Uniebeginsel hebben de visie van het Hof vormgegeven. In wat volgt, wordt verder ingegaan op vier elementen die met name wél uitgaan of rekening houden met andere belangen en die nopen tot een andere uitkomst.

### 4.1. CONSTITUTIONEEL TOEZICHT OP UNIEHANDELINGEN

De voorrang van het Unierecht<sup>116</sup> is één van die elementen die het Unierecht heeft gemaakt tot wat het is. Deze voorrang, waarvan zowel het primaire als het secundaire Unierecht genieten, geldt niet enkel ten aanzien van wetgevende en bestuurlijke normen; het Unierecht prevaleert tevens boven de nationale constituties<sup>117</sup>. Het Unierecht duldt geen constitutionele tegenspraak, maar vereist integendeel grondwettelijke immuniteit. Internrechtelijke bepalingen of juridische beginselen, van welke aard dan ook, kunnen niet verhinderen dat geldig aangenomen, Europese normen geen uitwerking krijgen<sup>118</sup>. Vanuit het oogpunt van het Hof van Justitie is een prejudiciële vraag over de grondwettigheid van omzettingnormen dan ook een aangelegenheid van marginaal belang. Het Hof is de enige rechtsinstantie binnen de Europese Unie die Uniehandelingen ongeldig kan verklaren, waaruit in het *Melki*-arrest volgt

<sup>116</sup> HvJ 6/64, *Costa t. ENEL*, 1964.

<sup>117</sup> HvJ 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 1970.

<sup>118</sup> HvJ C-473/93, *Commissie t. Luxemburg*, 1996. In een arrest van 2000 liet het Hof van Justitie de oorspronkelijke Genderrichtlijn (76/207/EEG) prevaleren op het destijds in de Duitse grondwet neergelegde principe dat vrouwen van vuurwapendragende activiteiten in het leger uitsloot (HvJ C-285/98, *Kreil*, 2000).



dat het zich daarover vóór iedere toetsing van de omzettingsregelgeving moet uitspreken.

Het gros van de nationale, grondwettelijke hoven voelt zich allerm minst aangesproken door die aanpak. De nationale rechtsorde bepaalt immers zelf hoe ze de relatie tot de communautaire rechtsorde vormgeeft, zonder daarbij gebonden te zijn door de zienswijze in die laatste rechtsorde<sup>119</sup>. Waar het Hof van Justitie de voorrang van het Unierecht absoluut proclameert, kennen de constitutionele rechters slechts een relatieve waarde toe aan die voorrang, die louter voorwaardelijk is<sup>120</sup>. De veronderstelde voorrang van het Unierecht wordt dan ook niet afgeleid uit de eigen aard van de Europese Unie, maar wordt daarentegen benaderd vanuit het nationale referentiekader, meer specifiek de eigen grondwet<sup>121</sup>. De meeste nationale grondwetten hebben een bepaling die handelt over de attributie van bevoegdheden aan supranationale instellingen, die in het merendeel van de gevallen perken stelt aan hun voorrangstatuut<sup>122</sup>. Het nationaal, grondwettelijk recht geeft dan ook vaak geen absolute *carte blanche* aan het Unierecht. Dat heeft slechts voorrang, voor zover en in de mate de Grondwet stelt of impliciet aangeeft dat het Unierecht prevaleert op het nationale recht<sup>123</sup>. In laatste instantie zullen het de grondwettelijke hoven zijn die waken over de voldoening van de condities die aan de voorrang van het Unierecht zijn verbonden<sup>124</sup>.

De meest uitgebreide theorievorming – de theorievorming die de meeste deining veroorzaakte, keer op keer met argusogen bekeken wordt<sup>125</sup> en het vuur aan de lont van andere hoven stak<sup>126</sup> – werd geleverd door het Duitse

<sup>119</sup> A. VERHOEVEN, 'Een (gedeeltelijke) verdediging van het Lissabon-Urteil: over de onvervangbare rol van nationale grondwetten in de Europese Unie', *TBP* 2010, afl. 1, (27) 30, en de verwijzingen aldaar. De overgrote meerderheid van de nationale rechtscolleges is die mening toegedaan.

<sup>120</sup> S. PINON, 'L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution', *RTDE* 2008, afl. 2, (263) 267.

<sup>121</sup> M. CLAES, 'European Constitution and the Role of National Constitutional Courts', in A. ALBI en J. ZILLER (eds.), *The European Constitution and National Constitutions. Ratification and Beyond*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, (235) 236; C. GRABENWARTER, 'National Constitutional Law Relating to the European Union', in A. VON BOGDANDY en J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (95) 105 en C. RICHARDS, 'The supremacy of Community law before the French Constitutional Court', *ELR* 2006, (499) 499.

<sup>122</sup> Zie voor een overzicht, C. GRABENWARTER, 'National Constitutional Law', (95) 108-115.

<sup>123</sup> A. VOSSKUHLE, 'Multilevel cooperation of the European constitutional courts: der Europäische Verfassungsgerichtsverband', *ECLR* 2010, (175) 190-191.

<sup>124</sup> Een greep uit de meest prominente arresten: *Bundesverfassungsgericht* [Duitsland] 29 mei 1974, BvL 52/71, Internationale Handelsgesellschaft (Solange I); *Bundesverfassungsgericht* 12 oktober 1993, 2 BvR 2134 en 2159/92, Brunner (Maastricht-Urteil); *Bundesverfassungsgericht* 30 juni 2009, 2 BvE 2/08, Gauweiler (Lissabon-Urteil); *Corte Costituzionale* [Italië] 27 december 1973, nr. 183/73, Frontini; *Corte Costituzionale* 8 juni 1984, nr. 170/84, Granital; *Tribunal Constitucional* [Spanje], 1 juli 1992, DTC 001/1992; *Tribunal Constitucional* 13 december 2004, DTC 1/2004; *Trybunal Konstytucyjny* [Polen] 27 april 2005, P 1/05; *Trybunal Konstytucyjny* 11 mei 2005, K 18/04; *Ústavní soud* [Tsjechië] 8 maart 2006, Pl. ÚS 50/04; *Ústavní soud* 26 november 2008, Pl. ÚS 19/08; *Conseil constitutionnel* [Frankrijk] 10 juni 2004, nr. 2004-496 DC; *Conseil Constitutionnel* 27 juli 2006, nr. 2006-540.

<sup>125</sup> H.C.F.J.A. DE WAELE, 'Karlsruhe über Alles - Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht*', *RMThemis* 2010, afl. 2, (51) 59.

<sup>126</sup> A. PLIAKOS en G. ANAGNOSTARAS, 'Who is the ultimate arbiter?', (109) 110.

*Bundesverfassungsgericht*, dat doorheen de decennia van constitutioneel toezicht zijn weerstand tegen de alleenheerschappij van het Hof van Justitie gestalte gaf onder drie vormen, in verschillende etappes. Ten eerste hield het zich de bevoegdheid voor Unieregelgeving te toetsen aan de grondwettelijk gewaarborgde mensenrechten<sup>127</sup>. Ten tweede voegde het daaraan toe ten persoonlijke titel toezicht te houden op de naleving van het *principle of conferral* of attributiebeginsel (het zogenaamde *ultra vires*-toezicht)<sup>128</sup>. Recent gewaagde het in het *Lissabon-Urteil* van een derde grendelmechanisme, met name de constitutionele identiteit<sup>129</sup>. Nu de rechters uit *Karlsruhe* inmiddels zijn afgestapt van het eerste toetsingscriterium, daarbij aanvaardend dat de Europese Unie een gelijkwaardige mensenrechtelijke bescherming biedt<sup>130</sup>, en ook het *ultra vires*-toezicht drastisch werd ingesnoerd<sup>131</sup>, is het hoogst waarschijnlijk dat de nieuwe piste van constitutionele identiteit zal uitgroeien tot de grootste bron van tweedracht<sup>132</sup>.

De afzwakking van de intensiteit van de toetsing van Unieregelgeving aan de Grondwet is een algemene teneur binnen de Lidstaten van de Europese Unie. De legitimiteit van het Hof van Justitie om als enige instantie Unieregelgeving te onderzoeken, wordt principieel erkend. In plaats van omzettingnormen tegen het licht van de algehele lijst van constitutionele bepalingen te houden, hebben de constitutionele rechters zich voorgenomen een selectievere toetsing door te voeren<sup>133</sup>. Indien de Europese integratie zou indruisen tegen de fundamentele en wezenlijke, constitutionele waarden – dezelfde terminologie werd niet steeds gebezigd<sup>134</sup> – van de respectieve Lidstaat, zou het constitutioneel hof de wet die daaraan medeplichtig is, genadeloos fusilleren. Het begrip ‘constitutionele identiteit’ – overigens uitdrukkelijk vermeld in art. 4.2 VEU – is het modewoord geworden onder de constitutionele rechtsgeleerden. Vooral nog blijft het een enigszins enigmatisch, zelfs mysterieus begrip<sup>135</sup>. Ondanks de zeer principiële stellingname voor een

<sup>127</sup> *Bundesverfassungsgericht* 29 mei 1974, BvL 52/71, Internationale Handelsgesellschaft (Solange I).

<sup>128</sup> *Bundesverfassungsgericht* 12 oktober 1993, 2 BvR 2134 en 2159/92, Brunner (Maastricht-Urteil).

<sup>129</sup> *Bundesverfassungsgericht* 30 juni 2009, 2 BvE 2/08, Gauweiler (Lissabon-Urteil).

<sup>130</sup> *Bundesverfassungsgericht* 22 oktober 1986, 2 BvR 197/83, *Solange II* en *Bundesverfassungsgericht* 7 juni 2000, 2 BvL 1/97, *Banana market regulation*. Met dien verstande dat die terugtrek enkel behouden blijft, zolang de bescherming op Unieniveau gelijkvormig blijft. Sinds de bindende kracht die uitgaat van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is het hoogst twijfelachtig dat die standaard ooit wordt verlaagd (R. ARNOLD, ‘Germany’, (237) 248).

<sup>131</sup> *Bundesverfassungsgericht* 6 juli 2010, 2 BvR 2661/06, Honeywell, alwaar de Duitse rechters stipuleren enkel een gekwalificeerde overschrijding van bevoegdheden aan te pakken en bovendien eerst het Hof van Justitie in gelegenheid te stellen de transgressie aan te pakken.

<sup>132</sup> A. PLIAKOS en G. ANAGNOSTARAS, ‘Who is the ultimate arbiter?’, (109) 123.

<sup>133</sup> A. PLIAKOS, ‘Le controle de constitutionnalité et le droit de l’Union européenne: la réaffirmation du principe de primauté’, *CDE* 2010, afl. 3, (487) 507.

<sup>134</sup> De eerste maal dat de geëigende term ‘constitutionele identiteit’ opdook, was in de rechtspraak van de Franse *Conseil Constitutionnel* (*Conseil Constitutionnel* 27 juli 2006, nr. 2006-540). Voor de verschillende terminologie, zie E. CLOOTS, ‘Rechterlijke samenwerking in een pluralistische Europese rechtsorde’, *NJW* 2009, afl. 197, (146) 147, voetnoot 10.

<sup>135</sup> Voor nobele en verdienstelijke pogingen om het begrip te concretiseren, zie L.F.M. BESSELINK, ‘National and constitutional identity before and after Lisbon’, *Utrecht Law Review* 2010, 36-49; A.

toetsing aan de constitutionele identiteit van Unieregelgeving, gaven de grondwettelijke hoven geen nadere definitie van het begrip, noch gaven ze duiding bij de gevallen waarin ze de Europese integratie zouden terugfluiten<sup>136</sup>, mogelijkwijze om zichzelf de ruimte te laten om de term bij een latere gelegenheid vanonder het stof te halen, wanneer het hen belieft<sup>137</sup>. Ze hebben vooralsnog enkel waarschuwingsschoten gelost, maar het fatale salvo vooralsnog niet afgevuurd<sup>138</sup>. Hoewel theoretisch niet valt uit te sluiten dat deze voorbehouden hun virtuele karakter zullen verliezen en zullen worden geactiveerd, wijzen alle tekenen erop dat er in de nabije toekomst ter zake weinig fundamentele omwentelingen zullen plaatsgrijpen<sup>139</sup>. In eerste instantie beseffen de grondwettelijke hoven dit zelf. De kracht van de voorbehouden ligt dan ook niet in hun effectieve gebruik, maar in het potentieel gebruikt te

---

VERHOEVEN, 'Een (gedeeltelijke) verdediging', (27) 34-35. Volgens M. KUMM en V. FERRERES COMELLA, 'The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union', *IJCL* 2005, (473) 488-490, zou enkel een duidelijke en specifieke bepaling, neergelegd in de Grondwet, hiervoor in aanmerking komen. Indien er enige interpretatie van het Grondwettelijk Hof aan te pas zou komen, is het maximale dat het Hof kan doen een declaratieve beslissing nemen, waarin aangegeven wordt dat de betrokken Unieregeling een aantasting vormt van de constitutionele identiteit. De bal zou vervolgens in het kamp van de grondwetgever liggen, die een duidelijke en specifieke bepaling kan invoeren, of in het kamp van het Hof van Justitie, die het Unie-instrument zou kunnen vernietigen. Volgens een andere rechtsgeleerde zijn bepalingen die aan de constitutionele identiteit uitdrukking geven, niet alle mensenrechten, doch wel zéér specifieke bepalingen, die afwijken van andere Lidstaten (A. SCHRAUWEN, 'Safeguarding National Identity in Community Legislation', in D. OBRADOVIC en N. LAVRANOS (eds.), *Interface between EU Law and National Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, (107) 108). Met de uitdrukking "*Quot homines, tot sententiae*" zou men de huidige stand van de doctrine kunnen beschrijven.

<sup>136</sup> S. PINON, 'L'effectivité de la primauté', (263) 268. Volgens D. DOUKAS, 'The verdict of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon Treaty: not guilty, but don't do it again!', *ELR* 2009, (866) 878, heeft het *Bundesverfassungsgericht* de term dermate ruim geformuleerd dat een constitutionele processlag tegen EU-regelgeving eerder de regel zou zijn dan de uitzondering. Dat lijkt evenwel een voortvarende conclusie te zijn.

<sup>137</sup> C. RICHARDS, 'The supremacy', (499) 507.

<sup>138</sup> Let wel: in de voormalige derde pijler hebben de Duitse, Poolse en Cypriotische opperrechters de norm die het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel omzette, ongeldig verklaard wegens strijdigheid met de Grondwet (voor een uitgebreide bespreking, zie A. ALBI, 'Supremacy of EC law in the new member states: bringing parliaments into the equation of "co-operative constitutionalism"', *ECLR* 2007, (26) 38-42).

<sup>139</sup> Zie in dezelfde zin M. PAYANDEH, 'Constitutional review of EU law after *Honeywell*: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice', *CMLR* 2011, afl. 1, (9) 27-28. Deze auteur onderscheidt drie fasen in de ontwikkeling van de constitutionele voorbehouden, opgeworpen door het *Bundesverfassungsgericht*, waarbij het hof finaal de voorbehouden restrictief zal lezen en uiteindelijk elegant afstand zal nemen van de toetsing van Unieregelgeving aan die voorbehouden. Het zou de verwachting kunnen zijn dat de constitutionele identiteit hetzelfde lot beschoren is. Nochtans geeft Payandeh zelf toe zich niet aan enige voorspelling te wagen. Dat is terecht, aangezien het criterium van de constitutionele identiteit op één essentieel punt afwijkt van de eerdere voorbehouden, met name dat bij deze laatste het Hof van Justitie naleving daarvan kon verzekeren, *primo*, door zelf een mensenrechtenstandaard aan te nemen en, *secundo*, doordat een bevoegdheidsoverschrijding eveneens bestraft kan worden door het Hof van Justitie. De constitutionele identiteit is echter wezenlijk uniek aan de betrokken Lidstaat, waardoor het Hof van Justitie moeilijker zelf in die toetsing kan voorzien. De incongruentie tussen het Unie- en het Lidstatelijk niveau op dit punt zou er voor kunnen zorgen dat het laatste grendelmechanisme van het *Bundesverfassungsgericht* stand houdt.

worden<sup>140</sup>. In hoofdzaak hebben ze een waarschuwingfunctie<sup>141</sup>, niet enkel ten aanzien van het Hof van Justitie, maar eveneens gericht aan de Uniewetgever<sup>142</sup>.

De schroom van de nationale, grondwettelijke hoven is zeer begrijpbaar. Het inroepen van de constitutionele identiteit is als het openen van de doos van Pandora: een Europese Unie waar een Europese norm geen uitwerking krijgt in één specifieke Lidstaat, maar in alle andere wel, lijkt de deur voor meer onheil open te zetten. De constitutionele identiteit kan dan ook enkel dienst doen als een *'exceptional device in extremely serious cases'*<sup>143</sup>. Bovendien valt enigszins te verwachten dat een Europees instrument dat werkelijk strijdt met de basisideeën van één welbepaalde lidstaat, aangepakt wordt in de wetgevende procedure. Met name de parlementaire dialoog die ter waarborging van het subsidiariteitsbeginsel op Unieniveau is ingebouwd, kan op dit punt een meerwaarde betekenen, waarlangs de nationale parlementen de specifieke gevoeligheden kenbaar kunnen maken. De Luxemburgse excellenties hebben er met andere woorden hun nachtrust niet voor hoeven te laten. De papieren tijgers van de constitutionele rechters hebben op het Hof geen onuitwisbare indruk gemaakt<sup>144</sup> dat onverkort en onvermurwbaar de absolute voorrang van het Unierecht aanhangt.

Het Belgisch Grondwettelijk Hof heeft zich nog niet vaak in algemene en overduidelijke bewoordingen uitgesproken over de verhouding constitutioneel recht-Unierecht. In het arrest-*Bressol*<sup>145</sup> heeft het Grondwettelijk Hof wel voor de eerste maal openlijk een arrest van het Hof van Justitie<sup>146</sup> bekritiseerd. Het Grondwettelijk Hof lijkt daarmee te hebben beklemtoond dat het de lijn van het Hof van Justitie niet slaafs zal volgen, maar integendeel zichzelf kritisch opstelt, in het licht van de eigen, nationale constitutionele praktijk. Het respecteert wel ten volle de bevoegdheid van het Hof van Justitie, behoudens wanneer de omzettende norm, gebruikmakend van de ruimte die de richtlijn

---

<sup>140</sup> Z. KUHN, 'Wachauf and ERT: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review', in M. POIARES MADURO en L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (151) 161, voetnoot 105.

<sup>141</sup> M. PAYANDEH, 'Constitutional review of EU law', (9) 38.

<sup>142</sup> M. CLAES, *The national court's mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 650.

<sup>143</sup> I. PERNICE, 'Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law', in M. POIARES MADURO en L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (47) 57.

<sup>144</sup> A. PLIAKOS en G. ANAGNOSTARAS, 'Who is the ultimate arbiter?', (109) 111, onder verwijzing naar enkele arresten van het Hof van Justitie waaruit zou blijken dat het Hof geen acht slaat op de rechtspraak van de grondwettelijke hoven.

<sup>145</sup> GwH 31 mei 2011, nr. 89/2011. Volgens het Grondwettelijk Hof had het Hof van Justitie te weinig rekening gehouden met de financiële lasten die de vermeend ongelijke behandeling op grond van nationaliteit van studenten in (para)medische opleidingen.

<sup>146</sup> HvJ C-73/08, 14 april 2010, *Bressol en Chaverot et al.*

biedt, een eigen invulling bezit<sup>147</sup>. Het Hof verwijst de zaak in principe door naar het Hof van Justitie, zonder te vervallen in expliciete blokkeringsmechanismen op de Europese integratie. Naar de toekomst toe valt het evenwel niet automatisch uit te sluiten dat gelijkaardige constitutionele voorbehouden opduiken in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Artikel 34 van de Belgische Grondwet, dat als grondwettelijk verankeringspunt wordt aanzien voor de verhouding constitutioneel recht- internationaal/Europees recht en dat zou kunnen dienen om een ongrondwettige norm alsnog geldig te verklaren<sup>148</sup>, heeft geen absolute draagwijdte. Het staat niet toe dat de Europese norm een inbreuk maakt op de essentiële bestanddelen en de basisstructuren van de Belgische, constitutionele orde<sup>149</sup>.

De verhouding tussen het Europees recht en het grondwettelijk recht van de Lidstaten, is complex en moeilijk in de hierboven weergegeven overwegingen te vatten. Het komt mij niet toe een breedvoerig waardeoordeel neer te pennen binnen het kader van deze bijdrage over de gerechtigdheid van de constitutionele voorbehouden. Op het eerste gezicht kan mijns inziens het concept van de constitutionele identiteit wel worden bijgevalen. Wat er ook van zij, het volstaat vast te stellen dat ze bestaan en dat de visie van de nationale, constitutionele rechters de wezenlijke werking van het Unierecht, spijs de aspiraties van het Hof van Justitie, mee determineert, bij gebreke aan een duidelijk antwoord op de vraag wie de rechterlijke *Kompetenz-Kompetenz* heeft<sup>150</sup>. Uit het voorgaande worden een aantal vaststellingen gedaan voor de samenloop van prejudiciële vragen bij implementatienormen<sup>151</sup>. De boodschap van het Hof van Justitie in het *Foto Frost*-arrest en de extrapolatie ervan in het *Melki*-arrest nopen de gewone rechters ertoe de zaak in eerste instantie te

<sup>147</sup> GwH 12 november 2009, nr. 182/2009.

<sup>148</sup> J. VELAERS, 'Artikel 26, § 4', (387) 403, onder verwijzing naar een advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving (Adv. RvS, Algemene Vergadering, 15 februari 2005 over een voorontwerp van wet houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa en met de Slotakte, gedaan te Rome op 29 oktober 2004, *Parl. St. Senaat*, 2004-2005, nr. 1091/1, 526 *et seq.*).

<sup>149</sup> P. POPELIER, 'Belgium', (149) 153. De Belgische Raad van State, afdeling Wetgeving, sluit zich daar bij aan: Adv. Rvs 45.905/AV bij de Bijz. W. van 12 juli 2009 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St. Kamer* 2008-2009, nr. 1283/002, 19-20, onder verwijzing naar eerdere adviezen in voetnoot 36. In de rechtsleer werd opgeworpen dat in het arrest over de witwaswetgeving (GwH, 23 januari 2008, nr. 10/2008) het hof de Witwasrichtlijn indirect, met name via de omzettingwet, getoetst heeft aan de mensenrechten (E. CLOOTS, 'Grondwettelijk Hof plaatst grondrechten boven secundair EU-recht', *JUKA* 2008, afl. 165, 15).

<sup>150</sup> M. CLAES, 'European Constitution', (235) 238, D. RITLENG, 'La principe de primauté du droit de l'Union', *RTDE* 2005, afl. 2, (285) 296 en D. SARMIENTO, 'CILFIT and Foto-Frost: Constructing and deconstructing judicial authority in Europe', in M. POIARES MADURO en L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (192) 196-197. De staatsaansprakelijkheid wegens schendingen van het Unierecht door de rechterlijke macht en de inbreukprocedure wegens foutieve rechtspraak zouden het einde van die nevenschikking tussen de grondwettelijke hoven en het Hof van Justitie kunnen inhouden (O. PEIFFERT, 'L'encadrement', (433) 470 en G. MARTI, 'L'arrêt *Melki* de la Cour de Justice, la clef d'un pluralisme constitutionnel renforcé', *RAE* 2009-10, afl. 4, (889) 898-899).

<sup>151</sup> Zoals hoger vermeld wordt hieronder niet enkel de omzetting van een richtlijn verstaan, maar breder elke wetskrachtige norm die wordt genomen op basis van een instrument van secundair Unierecht.

verwijzen naar het Hof van Justitie. Nochtans kan een preliminaire, prejudiciële verwijzing naar het Grondwettelijk Hof en de hieropvolgende prejudiciële vraagstelling *via* het constitutioneel hof naar het Hof van Justitie zeer nuttig zijn. De tussenschakel die het constitutionele hof vormt zou om drieërlei reden een meerwaarde betekenen. Het valt om die reden dan ook te betreuren dat het Hof van Justitie niet op deze piste wees of alludeerde. Ten eerste is het zo dat niet iedere implementatienorm als dusdanig de ongeldigheid van het achterliggende moederinstrument in zich draagt, meer specifiek indien de omzettingnorm zelf wordt bestreden, op internrechtelijk-formele basis of de wetgever binnen de manoeuvreerruimte die het Europees instrument bood een schending van de mensenrechten pleegde. Het Grondwettelijk Hof beoordeelt deze situatie. Schuilt de onrechtmatigheid in de achterliggende norm van secundair Unierecht, verwijst het constitutioneel hof de zaak door, zo niet kan het zonder tijdsverlies de zaak zelf beslechten. Ten tweede ligt de bevoegdheid tot toetsing van Unieregelgeving en diens omzettingnormen niet exclusief bij het Hof van Justitie. Verscheidene constitutionele rechtbanken hebben immers aangegeven implementatiewetgeving, ook al zet die de exacte bewoordingen van het Europees instrument om, te toetsen aan de eigen constitutionele identiteit. Indien een potentiële schending van de constitutionele identiteit voorligt, verdient het desalniettemin aanbeveling het Hof van Justitie het eerste woord te gunnen<sup>152</sup>, gelet op de schaalvoordelen van zijn uitspraak<sup>153</sup>. Het is immers niet uitgesloten dat het Hof tot een schending van de mensenrechten in het algemeen besluit. Een ongeldigheidsverklaring die uitgaat van het Hof van Justitie geldt voor de gehele Europese Unie én heft de potentiële ongrondwettigheid van de implementatienorm op, nu de verplichting om het Europees instrument ten uitvoer te leggen niet langer zal bestaan<sup>154</sup>. Bovendien zou uit de samenlezing van de voorrang van het Unierecht met artikel 4.2 VEU<sup>155</sup> kunnen voortvloeien dat de Europese rechtsorde zelf grenzen stelt aan

---

<sup>152</sup> D. LECZYKIEWICZ, “Effective judicial protection” of human rights after Lisbon: should national courts be empowered to review EU secondary law?, *ELR* 2010, (326) 343-344, betoogt dat, vanuit de zorg de primauteit van het Unierecht te waarborgen, niet zozeer problematisch is dat een nationale rechter secundair Unierecht ongeldig verklaart, maar wel dat hij zulks doet met toepassing van nationaal recht. In de hypothese dat secundair Unierecht door een nationale rechter ongeldig wordt verklaard, onwille van een schending van het primair Unierecht, daarbij ingekapseld de mensenrechten, zou de primauteit bewaard blijven. Die veronderstelling is zonder meer correct, maar daaraan moet worden toegevoegd dat een tweede bezorgdheid, met name de uniforme toepassing, enkel bewaakt kan worden door het Hof van Justitie zelf. Bovendien is het weinig waarschijnlijk dat de nationale rechter, laat staan de constitutionele rechter, zijn nationaal recht opzij schuift en enkel een toetsing aan het primaire Unierecht onderneemt.

<sup>153</sup> P. CRAIG, ‘The Classics of EU Law Revisited: *CILFIT* and *Foto-Frost*’, in M. POIARES MADURO en L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (185) 190.

<sup>154</sup> N. CARIAT, ‘Quelques réflexions’, (573) 577.

<sup>155</sup> Art. 4.2 VEU stipuleert uitdrukkelijk dat de Europese Unie als entiteit ‘de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur, eerbiedigt’.

de voorrang van het Unierecht<sup>156</sup>. Daarmee zou iedere schending van de constitutionele identiteit van één van de Lidstaten op zich onvermijdelijk de schending van het Verdrag inhouden. In zijn hoedanigheid van ultieme interpretator van alles wat in de Europese Verdragen gesloten is, zou *het Hof van Justitie zelf* via een uitlegging van art. 4.2 VEU schendingen van de constitutionele identiteit van een Lidstaat door de Uniewetgever kunnen beteugelen<sup>157</sup>. De invulling zelf van de constitutionele identiteit zal logischerwijze dienen te geschieden door de grondwettelijke hoven op een *ad hoc*-basis<sup>158</sup>. Een prejudiciële verbinding tussen het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie is uitermate geschikt om de invulling van art. 4.2 VEU door het Hof van Justitie en de interpretatie van de nationale constitutionele identiteitsclausules door de constitutionele rechters te verenigen<sup>159</sup>, om zo tot een harmonisatie van het begrippenkader te komen<sup>160</sup>. Het Grondwettelijk Hof geeft aan waarin de schending van de constitutionele identiteit bestaat. Het Hof van Justitie beslist vervolgens of het in die logica meestapt, of daarentegen de uniformiteit van het Unierecht laat zegevieren<sup>161</sup>. Het kan dan ook als een gemis worden bestempeld dat het Hof geen gewag maakt van art. 4.2 VEU in het *Melki*-arrest<sup>162</sup>. Tot zolang het Hof van Justitie die bepaling niet in zijn volle juridische potentieel aanwendt<sup>163</sup>, zouden de nationale, grondwettelijke

<sup>156</sup> Zie over de corresponderende bepaling in het Verdrag betreffende de Europese Grondwet, M. KUMM en V. FERRERES COMELLA, 'The primacy clause', (473) 479 en D. RITLENG, 'La principe de primauté', (285) 290.

<sup>157</sup> J.H. REESTMAN en L.F.M. BESSELINK, 'Constitutional identity and the European courts', *ECLR* 2007, (177) 180.

<sup>158</sup> J.H. REESTMAN en L.F.M. BESSELINK, 'Constitutional identity', (177) 180.

<sup>159</sup> L.F.M. BESSELINK, 'National and constitutional identity', (36) 45; E. CLOOTS, 'Rechterlijke samenwerking', (146) 151 en M. KUMM en V. FERRERES COMELLA, 'The primacy clause', (473) 492.

<sup>160</sup> R. ARNOLD, 'Germany', (237) 253; F. LAFFAILLE, 'Il y a toujours une première fois. A propos de l'application de l'article 234 TCE par la Cour constitutionnelle italienne', *RTDE* 2009, afl. 3, (459) 470 en D. SARMIENTO, 'CILFIT and Foto-Frost', (192) 199.

<sup>161</sup> In het *Omega Spielhallen*-arrest (HvJ C-36/02, *Omega Spielhallen*, 2004) zou het Hof van Justitie evenwel aanvaard hebben dat een specifieke mensenrechtenbescherming, meer bepaald het Duitse, verzwaarde concept van menselijke waardigheid, een uitzondering op het vrije verkeer zou kunnen verantwoorden, waarbij het Hof ruimte zou gelaten hebben voor Lidstatelijke gevoeligheden (zie L. AZOULAI, 'The Case of Fundamental Rights', (207) 215-216; L. DANIELE, 'La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel?', *CDE* 2006, afl. 1-2, (67) 81 en W. WEISS, 'Human rights in the EU: rethinking the rol of the European Convention on Human Rights after Lisbon', *ECLR* 2011, (64) 93). Die zaak had evenwel niet betrekking op een instrument, uitgevaardigd door één van de Unie-instellingen. Wat er ook van zij, het Hof van Justitie heeft wel oog voor de specifieke, constitutionele bescherming die een mensenrecht kan hebben binnen een bepaalde Lidstaat en die bovendien, niet onbelangrijk, de werking van het Unierecht kan beperken. Ten aanzien van het secundair recht echter, lijkt het Hof van Justitie nog geen stap te hebben teruggenomen (T. TRIDIMAS, 'Primacy, Fundamental Rights and the search for Legitimacy', in M. POIARES MADURO en L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (98) 104).

<sup>162</sup> G. MARTI, 'L'arrêt *Melki*', (889) 902.

<sup>163</sup> Dat art. 4.2 VEU juridisch potentieel heeft, blijkt reeds uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, waar het de bepaling meeneemt in de beoordeling van nationale rechtsregels of de bepaling in ieder geval vermeldt in zijn arrest (HvJ C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, 2010 en HvJ C-391/09, *Runevic-Vardyn*, 2011). Zie voor een uitgebreidere bespreking O. PEIFFERT, 'L'encadrement des règles constitutionnelles par le

hoven de zaak zelf kunnen afdoen. De toetsing die het constitutioneel hof uitoefent, is immers per definitie verschillend van het toezicht door het Hof van Justitie<sup>164</sup>, waardoor de *Melki*-exceptie van de omzettingnorm niet wordt *getriggerd*. In de aangehaalde bepaling zou met name de basis voor een nieuwe *quid pro quo*-regeling kunnen zijn gelegen: de constitutionele hoven roepen de constitutionele voorbehouden niet in, voor zover het Hof van Justitie zich die voorbehouden eigen maakt. Een derde voordeel ligt in de ultieme verdediging van de constitutionele identiteit, die het Grondwettelijk Hof op zich zou nemen<sup>165</sup>. Wanneer de bescherming die voortvloeit uit de gemeenschappelijke waarden van de Europese Lidstaten tekort schiet, wenst quasi iedere Lidstaat zich de mogelijkheid voor te behouden de eigen waarden te verdedigen<sup>166</sup>. Via het prejudiciële mechanisme langsheen de constitutionele rechter wordt daarin voorzien.

#### 4.2. DE VRIJHEID VAN DE LIDSTATEN: PROCEDURELE AUTONOMIE

Als jurisprudentiële constructie komt het beginsel van de procedurele autonomie in de Europese rechtsorde een belangrijke waarde toe<sup>167</sup>. Het Unierecht beperkt er zich vaak toe materieelrechtelijke bepalingen op te stellen, die rechten toekennen of verplichtingen opleggen aan particulieren. Het zal in dat geval en enkel in dat geval, met name buiten de hypothese van een procedurele harmonisatie, het nationale procesrecht zijn dat de modaliteiten uitstippelt volgens dewelke de rechtsonderhorige de rechten die hij put uit de Europese rechtsorde, kan afdwingen<sup>168</sup>. De Europese rechtsorde eigent zich met andere woorden een absolute voorrang toe, maar is voor de tenuitvoerlegging van die voorrang in ruime mate toegewezen op de nationale procesregels<sup>169</sup>. De wettelijke verplichting prealabel en prioritair een prejudiciële vraag te stellen aan het nationale, grondwettelijk hof, kan worden aanzien als een procedureregule, die om die reden binnen de procedurele autonomie van de Lidstaten valt. Het Hof geeft de nationale rechtsorde ter zake evenwel geen vrijbrief, maar legt een soort van resultaatsverbintenis<sup>170</sup> op. Het

---

droit de l'Union européenne', *CDE* 2011, afl. 2, (433) 445-448. Zie eveneens D. RITLENG, 'De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union', *RTDE* 2009, afl. 4, (677) 683-689.

<sup>164</sup> Zie in dezelfde zin J. ROUX, 'La Cour de justice', (2524) 2524.

<sup>165</sup> J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, 'La question prioritaire', (577) 587.

<sup>166</sup> O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, 'Le Conseil Constitutionnel et le processus d'intégration communautaire', in X, *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Parijs, Pedone, 2008, (85) 95.

<sup>167</sup> Zie evenwel P. VAN CLEYNENBREUGEL, 'Judge-made standards of national procedure in the post-Lisbon constitutional framework', *ELR* 2012, (90) 90-91, die stelt dat het Hof van Justitie recent meer en meer positieve verplichtingen begint te stellen aan procedurele regels van de Lidstaten.

<sup>168</sup> V. COURONNE, 'L'autonomie procédurale des Etats Membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps', *CDE* 2010, afl. 3-4, (273) 291.

<sup>169</sup> P. GIRERD, 'Les principes d'équivalence en d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres?', *RTDE* 2002, afl. 1, (75) 75.

<sup>170</sup> V. COURONNE, 'L'autonomie procédurale', (273) 279.



stelt meer bepaald twee beginselen als ondergrens in<sup>171</sup>. Immers, mocht de procedurele autonomie geen voldoende omkadering krijgen, dreigt de uniforme interpretatie van het Unierecht onder druk te komen<sup>172</sup>.

Het gelijkwaardigheidsbeginsel vereist dat de procedureregels die gelden voor vorderingen ter behartiging van rechten die de burger ontleent aan het Unierecht, gelijkwaardig zijn aan soortgelijke vorderingen, ingediend op grond van een louter nationale, in rechte afdwingbare aanspraak. De procedureregel moet worden begrepen in de bredere context waarin de betrokken norm zit ingebed<sup>173</sup>. Indien een Unierechtelijke bepaling die materiële convergenties vertoont met een nationale bepaling, minder gunstig wordt behandeld dan die nationale bepaling, ligt er een schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel voor. Het weze in dat verband opgemerkt dat paragraaf 4 van artikel 26 Bijz. W. GwH enkel speelt in zoverre een nationaal grondrecht in het geding is. De afdwinging van het Unierecht, zonder grondwettelijk aanknopingspunt, wordt niet geaffecteerd door deze bepaling. De procedurele last van een prealabele grondwettigheidsvraag maakt dan wel een onderscheid tussen Unierechten en louter nationale rechten, maar daarbij wordt de 'hinder' bij de nationale rechten gelegd. Indien er wel een aanknopingspunt met de Grondwet wordt aanvaard, stelt de Bijzondere Wet dat zowel in geval van het inroepen van een Unierecht, in samenhang met een grondwetsartikel (§4), als in geval van het louter inroepen van een grondwetsartikel (§1), de zaak principieel moet worden doorverwezen naar het Grondwettelijk Hof. De aanwezigheid van een Unierecht in het geding roept geen strengere verwijzingsverplichting naar het Grondwettelijk Hof op. Het toepassingsgebied van de verwijzingsplicht aan het Grondwettelijk Hof is met andere woorden Unieneutraal<sup>174</sup>. Méér nog, in geval van samenloop van grondrechten geldt de verwijzingsplicht van de gewone rechter slechts afgezwakt, zeker die van de rechtscolleges tegen wiens beslissingen geen rechtsmiddelen meer openstaan, aangezien er meer uitzonderingen op de verwijzingsplicht gelden<sup>175</sup>. Er wordt ter zake geen belastender regime voor Unierechten opgelegd dan wat gangbaar is voor louter nationale rechten, vergelijkbaar aan de door de nationale procesregel getroffen Unierechten.

Het effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel op zijn beurt impliceert dat het nationale procesrecht de uitoefening van de door het Unierecht aan de justitiabele verleende rechten in de praktijk *niet onmogelijk of uiterst moeilijk*

<sup>171</sup> Zie *inter alia* HvJ 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG en Rewe-Zentral AG*, 1976; HvJ 45/76, *Comet*, 1976; HvJ C-312/93, *Peterbroeck*, 1995; HvJ C-453/99, *Courage en Crehan*, 2001; HvJ C-467/01, *Eribrand*, 2003; HvJ C-13/01, *Safalero*, 2003, en HvJ C-432/05, *Unibet*, 2007.

<sup>172</sup> V. COURONNE, 'L'autonomie procédurale', (273) 275.

<sup>173</sup> HvJ C-430/93 en 431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, 1995; HvJ C-329/96, *B.S. Levez en T.H. Hennings (Harlow Pools)*, 1998; HvJ C-78/98, *Shirley Preston et alii*, 2000.

<sup>174</sup> In tegenstelling tot een zaak van 2010, alwaar het Hof van Justitie een verplichte grondwettigheidsvraag in strijd met het Unierecht bevond, aangezien enkel in geval van schendingen van het Unierecht die verwijzing was verplicht (HvJ C118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, 2010).

<sup>175</sup> P. POPELIER, 'Prejudiciële vragen', (50) 54.

maakt<sup>176</sup>. Het houdt in feite geen efficiëntietoets als dusdanig in, maar beperkt zich tot een effectiviteitstoets<sup>177</sup>, niet ontdaan van een zekere subjectiviteit in hoofde van de beoordelaar<sup>178</sup>. Indien het nationale recht de doelmatige werking van het Unierecht slechts in een zekere mate beperkt, moet het niet automatisch buiten toepassing worden gelaten<sup>179</sup>. Betoogd kan worden dat de verplichtstelling van een constitutionele procedure als incident in de rechtsgang ook aan deze voorwaarde voldoet. Ofwel wordt het Unierecht indirect in de beoordeling van het Grondwettelijk Hof betrokken, in voorkomend geval met prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie, ofwel laat het Grondwettelijk Hof dit, om welke reden dan ook, na te doen en behoudt de gewone rechter de bevoegdheid aan het Europees recht te toetsen. Indien de gewone rechter het nuttig acht, kan hij alsnog het Hof van Justitie prejudicieel bevragen. In beide hypothesen wordt het Unierecht finaal ten uitvoer gelegd en blijft het oponthoud al bij al binnen de perken van het redelijke<sup>180</sup>. De bescherming van de rechten van de particulier wordt daarmee geenszins onmogelijk of uiterst moeilijk gemaakt, hoogstens levert de Belgische procedureregeling een uitstel op.

Wie naar de problematiek van de samenloop van prejudiciële vragen kijkt vanuit de invalshoek van de procedurele autonomie komt tot een ander resultaat dan het Hof van Justitie, dat in zijn *Melki*-arrest de kwestie heeft benaderd vanuit de voorrang van het Unierecht en de ruimere wens tot een effectieve, rechterlijke bescherming daarvan<sup>181</sup>. De vraag die moet worden gesteld, is niet of de betrokken nationale, wettelijke regeling strijdt met het Unierecht, maar of en in hoeverre het Unierecht grenzen mag stellen aan die nationale procesregel. In die zin bevat de vraagstelling reeds de kiem van het antwoord. Nochtans is het niet de eerste maal dat het Hof van Justitie de toetsing via het beginsel van de procedurele autonomie links laat liggen en redeneert vanuit de effectieve, rechterlijke bescherming van het Unierecht<sup>182</sup>, dat kennelijk als beginsel hiërarchisch hoger staat dan de procedurele

<sup>176</sup> HvJ C-312/93, *Peterbroeck*, 1995 en HvJ C-430/93 en 431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, 1995. Daarbij wordt in het bijzonder gelet op de plaats van het procedurevoorschrift in de gehele procedure, en op het verloop en de bijzonderheden van die procedure voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening gehouden worden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen zoals de bescherming van de rechten van verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.

<sup>177</sup> M. STRUYS, 'Le droit communautaire et l'application des règles procédurales nationales', *JTDE* 2000, afl. 3, (49) 52.

<sup>178</sup> V. COURONNE, 'L'autonomie procédurale', (273) 275.

<sup>179</sup> R. ORTLEP en M.J.M. VERHOEVEN, 'De voorrangsregel versus het beginsel van nationale procedurele autonomie', *SEW* 2008, afl. 12, (471) 472.

<sup>180</sup> W. VERRIJDT, 'The EU Effectiveness Principle', (543) 564-565.

<sup>181</sup> Volgens O. PEIFFERT, 'L'encadrement', (433) 460, zou de mildering die het Hof van Justitie doorvoert in het *Melki*-arrest net ingegeven zijn door de procedurele autonomie van de Lidstaten en zou het Hof die toetsing wel impliciet hebben doorgevoerd.

<sup>182</sup> P. CRAIG en G. DE BURCA, *EU law: texts, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 241.

autonomie<sup>183</sup>. De afweging van deze principes verloopt weinig systematisch. Willekeurigheid wordt tot de norm verheven<sup>184</sup>. Bekeken vanuit het perspectief van de procedurele autonomie, valt mijns inziens te betwijfelen of een wettelijke regeling, die voor een aantal specifieke gevallen een voorrang inlast voor de grondwettigheidsvraag en de verwijzing naar het Hof van Justitie in een eerste fase uitsluit, wel strijdig is met het Unierecht. Fundamenteler kan zelfs worden verdedigd dat het equivalentiebeginsel er n et toe noopt dat gevallen die binnen het Unierecht vallen eveneens de bescherming van het constitutioneel hof verdienen<sup>185</sup>.

#### 4.3. BEST MOGELIJKE BESCHERMING VAN DE MENSENRECHTEN

Het Hof van Justitie bezit alle *tools* om uit te groeien tot een nieuw mensenrechtenhof, al zal het daartoe nooit beperkt zijn. Dat de Europese Unie aandacht besteedt aan de bescherming van de fundamentele rechten, is lovenswaardig en niet meer dan logisch. De toevoeging van een rechterlijke actor die waakt over een eigen mensenrechtencatalogus heeft de dimensie van de individuele rechtsbescherming significant uitgebreid, een evolutie die op het eerste gezicht de belangen van de burger dient. In tegenstelling tot wat de volkswijsheid ons voorhoudt, leiden meer zielen niet automatisch tot meer vreugd. Het risico op een *triple standard*, diegene geboden door de Grondwet, het Handvest en het Europees Verdrag, is zeer reëel. Die mogelijkheid wordt in de hand gewerkt door de verspreiding van beslissingsmacht over verschillende colleges, die elk wat hun respectieve grondrechtencatalogus betreft, de ultieme interpretator zijn en elk van een zeker moreel gezag en aanzien genieten, maar die in beginsel slechts hun autonome grondrechtencatalogus doen naleven. Op de keper toe beschouwd kan de inmenging van het Hof van Justitie de effectiviteit van de mensenrechten n et verstoren<sup>186</sup>.

<sup>183</sup> A. ARNULL, ‘The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?’, *ELR* 2011, (51) 68.

<sup>184</sup> P. GIRERD, ‘Les principes d’équivalence’, (75) 89 en R. ORTLEP en M.J.M. VERHOEVEN, ‘De voorrangsregel’, (471) 472-473. Die laatsten ondernemen een doctrinale poging tot systematisering en maken een onderscheid tussen directe en indirecte botsingen. Directe botsingen doen zich voor wanneer het Unierecht en het nationaal recht ‘elk een eigen met elkaar strijdige regeling hebben’. De materiële Unierecht zet de strijdige nationale regel buiten spel. Indirecte botsingen daarentegen leiden niet tot een intrinsieke tegenstrijdigheid, maar vermoedelijk de doorwerking van het Unierecht enkel, zoals de meeste procedureregels. In die hypothese zou het beginsel van de procedurele autonomie toepassing vinden. Het verschil tussen beide is evenwel niet steeds even scherp te maken. Volgens dit verklaringsmodel zou een procedureregule die de voorrang van een constitutionele procedure initieert, mijns inziens een indirecte botsing inhouden. Het materieel Unierecht kan immers nog steeds uitwerking vinden. *In casu* zou met andere woorden de voorrang van het Unierecht irrelevant zijn als toetsingscriterium, maar zou de redenering, zoals betoogd, moeten vertrekken vanuit de procedurele autonomie van de Lidstaten.

<sup>185</sup> W. VERRIJDT, ‘The EU Effectiveness Principle’, (543) 559 en 565-566.

<sup>186</sup> W. VERRIJDT, ‘The EU Effectiveness Principle’, (543) 557. De ironie wil natuurlijk dat de ontwikkeling van fundamentele mensenrechten net werd aangestuurd door de rechtspraak van de Duitse en Italiaanse grondwettelijke hoven die zich wel bereid vonden secundair Unierecht te toetsen aan de mensenrechten (A. VERHOEVEN, ‘Een (gedeeltelijke) verdediging’, (27) 31).

Een zekere vorm van kruisbestuiving moet in de praktijk echter worden onderkend. Van het Belgische Grondwettelijk Hof is geweten dat het zeer eurofiel is, in die zin dat het de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie in de eigen besluitvorming betreft. Ook het Hof van Justitie neemt akte van de rechtspraak van de grondwettelijke hoven<sup>187</sup> en het Europees Hof, een aanpak die in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie werd overgenomen<sup>188</sup>. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op zijn beurt speurt naar de gemeenschappelijke waarden en normen binnen de Europese samenleving, een Europese *common ground* waarvan juridische uitspraken een emanatie kunnen zijn<sup>189</sup> en heeft in het verleden het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie in zijn rechtspraak betrokken<sup>190</sup>. De hoogste grondrechtenbeschermers zullen zich, in de mate van het mogelijke, richten naar en aligneren op de rechtspraak van hun collega-instellingen. Ondanks deze toenadering blijft een contradictorische uitlegging een reële mogelijkheid<sup>191</sup>, hoewel die zich zelden effectief heeft voltrokken<sup>192</sup>. De romantisch-idealistische bewering volgens dewelke binnen de Europese Unie een gemeenschap van waarden tot stand zou komen, draagt in werkelijkheid niet zo ver dat de mensenrechtenbescherming in de onderscheiden catalogi en *a fortiori* in de interpreterende rechtspraak van de hoogste rechtscolleges geheel overlapt. De mensenrechtenbescherming die tot stand komt is een emanatie van de Europese identiteit, die kan verschillen van de specifieke, Lidstatelijke identiteitsbeleving<sup>193</sup>. Meer bepaald werd er in de literatuur op gewezen dat het Hof van Justitie de belangen van de ééngemaakte markt<sup>194</sup> of het belang van de instandhouding van het Unierecht vaak hoger inschat dan de belangen van het individu<sup>195</sup>, of toch minimaal deze belangen op gelijke voet

<sup>187</sup> L.S. ROSSI, 'Constitutionnalisation de l'Union', (27) 41, die erop wijst dat de minste convergentie volstaat voor het Hof om te besluiten dat een constitutionele traditie op het Europese grondgebied bestaat. Die overweging is in de praktijk eerder beperkt tot een loutere stijlclausule.

<sup>188</sup> Art. 52.3 en 52.4 Handvest.

<sup>189</sup> A. VOSSKUHL, 'Multilevel cooperation', (175) 187.

<sup>190</sup> EHRM, *Goodwin v. UK*, 2002 en EHRM, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v. Ireland*, 2005.

<sup>191</sup> Voor illustraties raadplege men F. BENOIT-ROHMER, 'Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution', *RTDE* 2005, afl. 2, (261) 277-278 en J. CALLEWAERT, 'The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony', *EHRLR* 2009, (768) 775-781.

<sup>192</sup> B.-O. BRYDE, 'The ECJ's fundamental rights jurisprudence - a milestone in transnational constitutionalism', in M. POIARES MADURO en L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (119) 127 en B. DE WITTE, 'The use of the ECHR and Convention case law by the ECJ', in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING en P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order*, Cambridge, Intersentia, 2011, (17) 25.

<sup>193</sup> L.S. ROSSI, 'Constitutionnalisation de l'Union', (27) 52.

<sup>194</sup> Voor een uitgebreide analyse van deze moeilijke evenwichtsoefening A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Brussel, Bruylant, 2009, 722 p.

<sup>195</sup> J. COPPEL en A. O'NEILL, 'The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?', *CMLR* 1992, afl. 4, (669) 692 en U. EVERLING, 'Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts', *CMLR* 1996, (401) 413-419. Het Handvest lijkt daaraan geen einde te stellen (D. LECZYKIEWICZ, 'Effective judicial protection', (326) 332 en S. WEATHERILL, 'The Internal

plaatst en via een strikte proportionaliteitstoets tot een oplossing hoopt te komen<sup>196</sup>. Het Hof van Justitie zou immers zelf aangegeven hebben het Europees Mensenrechtenverdrag en de constitutionele tradities van de Lidstaten enkel te zien als een inspiratiebron<sup>197</sup>, want in- en aanpasbaar ten aanzien van het Unierecht volgens de specifieke doelstellingen en logica daarvan<sup>198</sup>.

De toetreding van de Europese Unie als entiteit tot het Europees Verdrag voor de bescherming van de Rechten van de Mens en de daarmee samenhangende controle van het Straatsburgse Hof op de handelingen van de Unie-instellingen zou soelaas kunnen bieden<sup>199</sup>, aangezien het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de ultieme instantie zou zijn, die de nationale, grondwettelijke hoven én het Hof van Justitie zou kunnen terugfluiten en de nationale Staat in kwestie, respectievelijk de Europese Unie zou veroordelen voor afwijkende rechtspraak. Op die manier zou dan rechtstreeks, via het formuleren van een klacht bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, de dissidente, interne beslissingen in de Lidstaten en de Unie kunnen worden afgestraft. Op de bescherming door de constitutionele hoven en het Hof van Justitie zou hetzelfde deksel passen<sup>200</sup>, een minimale standaard<sup>201</sup>. Die oplossing is evenwel slechts gedeeltelijk.

---

Market', in S. PEERS en A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, (183) 210). *Contra*: D. CHALMERS, G. DAVIES en G. MONTI, *European Union Law*, 235 en J.N. CUNHA RODRIGUES, 'The incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order', in M. POIARES MADURO en L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, (89) 96.

<sup>196</sup> T. TRIDIMAS, *General Principles*, 338. Het Hof van Justitie gaat vervolgens het vrij verkeersrecht afwegen tegen het mensenrecht. De methodiek die daarbij wordt ontwikkeld, vertrekt vanuit het vrij verkeer; het mensenrecht kan een afwijking of inperking op het vrij verkeer verantwoorden (zie HvJ C-112/00, *Schmidberger*, 2003). Nochtans kan in die werkwijze een discordantie schuilen met die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die zich onder andere heeft veruitwendigd in de erkenning van het stakingsrecht. In *Viking* (HvJ C-483/05, *Viking*, 2007) en *Laval* (HvJ C-341/05, *Laval*, 2007) trancheert het Hof van Justitie of het recht op collectieve actie de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten kan dwarsbomen, waarbij het vrij verkeer het uitgangspunt is en het stakingsrecht de reden die een beperking daarop kan rechtvaardigen. Ten aanzien van het stakingsrecht heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een andere benadering gepredikt (EHRM, *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, 2009), waarbij het stakingsrecht het vertrekpunt van de redenering vormt en enkel een inbreuk op het recht op collectieve actie is toegestaan, indien er een *besoin social impérieux* is.

<sup>197</sup> Volgens DE WITTE (B. DE WITTE, 'The use of the ECHR', (17) 20-22), zou uit art. 6.3 VEU onomstotelijk volgen dat de mensenrechten, zoals neergelegd in het EVRM, thans reeds bindend zijn binnen de Unierechtsorde.

<sup>198</sup> J.N. CUNHA RODRIGUES, 'The incorporation', (89) 92-93 en W. WEISS, 'Human rights in the EU', (64) 76-77 en de verwijzingen naar rechtspraak aldaar.

<sup>199</sup> KIRSEY, V. en PORTELLI, H., 'Droits fondamentaux: du bon usage de la guerre des juges par le justiciable', *La Semaine Juridique. Edition générale* 2010, afl. 28-29, (1468) 1475 en W. WEISS, 'Human rights in the EU', (64) 84.

<sup>200</sup> L.S. ROSSI, 'Constitutionnalisation de l'Union', (27) 46 en S. VAN RAEPENBUSCH, 'La protection des droits', (521) 540.

<sup>201</sup> F. BENOIT-ROHMER, 'Valeurs et droits', (261) 280 en L.S. ROSSI, 'Constitutionnalisation de l'Union', (27) 45.

Vooreerst biedt het Europees Hof slechts een subsidiaire bescherming *i.e.* enkel na de uitputting van de interne rechtsmiddelen<sup>202</sup>. Het Hof treedt slechts *post factum* op<sup>203</sup>. Voordat het Europees Hof optreedt, hangt de toepassing van het Europees Verdrag af van de bereidheid van het Hof van Justitie en de nationale rechtbanken<sup>204</sup>. De mensenrechtenstandaard die het Europees Hof biedt, ‘overrulet’ de divergenties in de interpretatie van gelijke bepalingen slechts van zodra en voor zover het Hof zich heeft kunnen uitspreken<sup>205</sup>. Uiteenlopende lezingen zijn dus meestal van tijdelijke aard, aangezien op lange termijn het Europees Hof het tij kan doen keren<sup>206</sup>. Nochtans verzekert het toezicht van het Europees Hof niet voor alle themata een voldragen afstelling van de vizieren. De jurisdictionele bescherming van de mensenrechten laat zich niet steeds vatten in het strakke keurslijf van een hiërarchische piramide. De beschermingslaag van het Europees Hof is immers eveneens *materieel* subsidiair. Het Europees Verdrag doet immers op geen enkele wijze afbreuk aan andere systemen die een ruimere, mensenrechtelijke bescherming inhouden (art. 53 EVRM). De rechtspraak geeft enkel minimale garanties die door de andere rechtscolleges aangevuld kunnen worden. Bovendien heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, gebruik makend van de *margin of appreciation*-doctrine, een aantal gevoelige themata voor zich uitgeschoven.

Hieruit worden een aantal conclusies afgeleid voor het specifieke geval van de samenloop van grondrechten en de weerslag daarvan op de prejudiciële verwijzingsplicht van de gewone rechter.

Hoger werd reeds aangegeven dat grondrechten vaak op eenzelfde of gelijklopende wijze worden gewaarborgd op de verschillende niveaus. Een geïntegreerde kijk op de mensenrechtenbescherming dringt zich op, waarbij de verschillende beschermingslagen worden verweven. De dubbele prejudiciële verwijzing door de gewone rechter is vanuit die invalshoek bekeken een ongelukkig incident. De ontubbeling van de toetsing aan de mensenrechten, enerzijds door het Grondwettelijk Hof en anderzijds door het Hof van Justitie, vraagt in essentie om een divergente en tegenstrijdige interpretatie van bepalingen met inhoudelijk dezelfde draagwijdte<sup>207</sup>. De gewone rechter, die beide prejudiciële vragen heeft gelanceerd, moet de Gordiaanse knoop dan

---

<sup>202</sup> Art. 35.1 EVRM.

<sup>203</sup> De oplossing daarvoor zou een prejudiciële vraag, verwijzing of advies zijn door het Hof van Justitie aan het Europees Hof. Nochtans zou hier de verlenging van de procedure een onaangenaam bijproduct zijn en valt die oplossing niet te verkiezen (T. LOCK, ‘EU accession to the ECHR: implications for the judicial review in Strasbourg’, *ELR* 2010, (777) 793-795).

<sup>204</sup> W. WEISS, ‘Human rights in the EU’, (64) 80.

<sup>205</sup> E. BRIBOSIA, ‘Le dilemme du juge nationale’, (265) 266-267.

<sup>206</sup> E. BRIBOSIA, ‘Le dilemme du juge nationale’, (265) 277.

<sup>207</sup> H. CROZE, ‘L’application immédiate’, (1741) 1748 en P. GILLIAUX, ‘Constitutionnalité en conformité’, (269) 274.

doorhakken, een weinig benijdenswaardige positie<sup>208</sup>. De gewone rechter is naar alle waarschijnlijkheid onvoldoende gekwalificeerd om dermate gewichtige discussies te beslechten. Het zou de voorkeur verdienen dat deze colleges de eventuele divergenties eerst in hun onderlinge verhouding oplossen, waarna vervolgens een geïntegreerde visie in het arrest van het Grondwettelijk Hof, kan worden doorgesluisd naar de gewone rechter. De symbiose tussen de nationale en Europese grondrechtenbescherming wordt daardoor bestendig<sup>209</sup>, al heeft het verleden duidelijk gemaakt dat de communicatielijnen niet steeds vrij van ruis is<sup>210</sup>.

Omwille van de specificiteit van het rechtsdomein, moet inzake de toetsing aan de mensenrechten het overwicht bij de nationale, grondwettelijke hoven liggen. Het Grondwettelijk Hof zal – in de verhouding tot het Hof van Justitie – de eerste viool spelen, met andere woorden eerst worden geadieerd en desgewenst doorverwijzen naar het Hof van Justitie<sup>211</sup>. De constitutionele hoeders zijn de eerste bewakers van de grondrechten. De argumenten daarvoor zijn drievoudig.

De *core business* van de grondwettelijke hoven is de mensenrechtenbescherming, in tegenstelling tot bij het Hof van Justitie<sup>212</sup>, waardoor de constitutionele hoeders meer ervaring ter zake hebben, dat zich op zijn beurt uit in een betere structurering van mensenrechtelijke oefeningen, weldoordacht en volgens een vast stramien aangepakt<sup>213</sup>.

Bovendien bevat de procedure voor het Belgisch constitutioneel hof een aantal procedurele meerwaarden ten overstaan van die voor de gewone rechter: de beperkte werking *erga omnes*<sup>214</sup>, de aanwezigheid van de steller van de bestreden norm in de procedure voor het Grondwettelijk Hof, de uniforme interpretatie die een arrest van het Grondwettelijk Hof impliceert<sup>215</sup> en de

<sup>208</sup> Het antwoord is juridisch-technisch wel mogelijk. In de hypothesen ander dan die van omzettingnormen, geldt het maximalisatiebeginsel, volgens dewelke de ruimst mogelijke mensenrechtenbescherming moet gelden. Het zal evenwel niet altijd gemakkelijk zijn welke uitspraak dat principe het meest behartigt, met name indien er sprake is van een botsing van grondrechten (P. POPELIER, 'Belgium', (149) 167.) Een ruimere bescherming voor het ene grondrecht impliceert een mindere bescherming voor het andere. In de hypothese van een omzettingnorm, zou de beslissing van het Grondwettelijk Hof opzij worden geschoven en de beslissing van het Hof van Justitie prevaleren, op grond van de voorrang van het Unierecht. Nochtans werd daar reeds over gezegd dat de houding die het Hof van Justitie aanneemt niet convergeert met de aanpak van de (meeste) nationale, grondwettelijke hoven.

<sup>209</sup> J. VELAERS, 'Het arrest-Melki-Abdeli', (770) 787.

<sup>210</sup> Zie HvJ, C-303/05, *Advokaten voor de Wereld vzw*, 2007 en GwH, 10 oktober 2007, nr. 128/2007. Voor een bespreking daarvan in E. CLOOTS, 'Rechterlijke samenwerking', 146-157.

<sup>211</sup> C. COURTOY, 'De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechtscolleges, met ingebrip van de interferentie, tenzake, van het optreden van de Europese rechtscolleges, *TBP* 2002, afl. 6, (371) 415.

<sup>212</sup> B.-O. BRYDE, 'The ECJ's fundamental rights jurisprudence', (119) 125.

<sup>213</sup> E. CLOOTS, 'Germes of Pluralist Judicial Adjudication', (645) 671.

<sup>214</sup> Art. 4, tweede lid Bijz.W.GwH, dat de termijn van zes maanden om een vernietigingsberoep in te stellen heropent, indien het Grondwettelijk Hof op prejudiciële vraag een ongrondwettigheid vaststelde.

<sup>215</sup> W. VERRIJDT, 'The EU Effectiveness Principle', (543) 565-566.

expertise die in de schoot van het Hof wordt bekomen. Ook ten opzichte van een uitspraak van het Hof van Justitie heeft de procedure voor het constitutionele hof een meerwaarde: een ongrondwettigheid leidt immers tot een verruimde werking *erga omnes*, terwijl een ongeldigheid in het licht van de Unieregels slechts in een onverbindendverklaring uitmondt<sup>216</sup>. Vanuit deze optiek bekeken, zou op het terrein van de mensenrechten de bescherming van het Grondwettelijk Hof nét de effectiviteit van het Unierecht verhogen, in tegenstelling tot het in Europese kringen sacrale beginsel dat de gewone rechter de toepassing van het Unierecht afdwingt<sup>217</sup>.

Het maximalisatiebeginsel speelt eveneens in het voordeel van het Grondwettelijk Hof. De toepasselijkheid van het mensenrechtelijk regime wordt immers niet gedetermineerd vanuit de voorrang van het Unierecht of in het algemeen van het verdrag op de grondwet, maar wel vanuit het maximalisatiebeginsel<sup>218</sup>. De meest ruime bescherming prevaleert<sup>219</sup>. Het Grondwettelijk Hof heeft zich daar, niettegenstaande het stilzwijgen van de Grondwet ter zake, achter geschaard<sup>220</sup>. Die meest ruime bescherming ligt vaak, niet altijd<sup>221</sup>, op het nationale niveau.

Ten eerste bevatten sommige bepalingen van de Belgische Grondwet bijkomende waarborgen, zoals het verbod van preventieve maatregelen en de vereiste van formele, wetskrachtige norm<sup>222</sup>. Ten tweede worden de verdergaande beschermingsmechanismen van Europese instrumenten door middel van de techniek van de verzoenende lezing geïncorporeerd in de grondwettelijke mensenrechten<sup>223</sup>. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie daarentegen kunnen enkel streven naar een *European common standard*, waardoor de minimale standaard die wordt geboden zich dreigt te oriënteren op een afgezwakte, breed aanvaardbare positie. De Europese Hoven kunnen de specifieke en ruimere bescherming op het nationale niveau niet in hun beoordeling betrekken, of toch althans niet extrapoleren voor het geheel van de Verdragssluitende Partijen, behoudens indien die bescherming door voldoende Lidstaten wordt gedeeld. Het

<sup>216</sup> HvJ C-10/97 tot en met C-22/97 (gevoegde zaken), *IN.CO.GE.* '90, 1998. Het Hof van Justitie stipuleert ter zake wel dat een arrest dat de ongeldigheid van een norm van secundair Unierecht inhoudt, ook doorwerkt naar andere nationale rechters dan diegene die de prejudiciële geldigheidsvraag stelde. Zie hierover P. CRAIG en G. DE BURCA, *EU law: texts, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 453. De norm blijft echter wel bestaan en de twee-maanden-tellende termijn om een vernietigingsberoep in te stellen tegen het Unie-instrument zal zijn verstreken (art. 263, laatste lid, VWEU).

<sup>217</sup> Zie in dezelfde zin M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, 'The full effect', (355) 387.

<sup>218</sup> J.-B. AUBY, 'Question prioritaire de constitutionnalité et droit de l'Union européenne: l'état du débat', *Droit Administratif* 2010, afl. 8, (1) 2; E. BRIBOSIA, 'Le dilemme du juge nationale', (265) 266; J. VELAERS, 'Artikel 26, § 4', (387) 388.

<sup>219</sup> Art. 53 EVRM en art. 53 Handvest.

<sup>220</sup> P. POPELIER, 'Belgium', (149) 153.

<sup>221</sup> Voor voorbeelden waar Unierecht doordruppelt in de nationale mensenrechtenbescherming, leze men C. GRABENWARTER, 'National Constitutional Law', (95) 127-135.

<sup>222</sup> J. VELAERS, 'Samenloop van grondrechten', (297) 306-310.

<sup>223</sup> J. VELAERS, 'Samenloop van grondrechten', (297) 310-315.



Grondwettelijk Hof verzekert – idealiter – *the best of both worlds* en moet dan ook het begin- én eindpunt zijn van iedere mensenrechtelijke beoordeling. Blijkt een arrest van het Hof van Justitie een meerwaarde in zich te dragen, kan dit bovendien op een elegante wijze worden opgevangen. Het Grondwettelijk Hof richt een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. De totale uitsluiting van het Hof van Justitie wordt logischerwijze niet beoogd<sup>224</sup>. Het Hof van Justitie heeft immers een rol van betekenis te spelen, maar moet niet systematisch bij elke potentiële schending van een mensenrecht worden betrokken. Het Grondwettelijk Hof onderzoekt of de doorverwijzing nuttig *c.q.* noodzakelijk is, rekening houdend met de CILFIT-criteria en de aan- of afwezigheid van een Europese dimensie. Het Hof van Justitie moet enkel in de gelegenheid worden gesteld zich in de debatten te mengen, wanneer de Europese dimensie pertinent is voor de oplossing van het vraagstuk. Daarbij moet in eerste instantie, doch niet uitsluitend, worden gedacht aan de mensenrechtelijke controle op de handelingen van de Unie-instellingen: in die hypothese is het gerechtvaardigd, in naam van de effectiviteit van het Unierecht, dat de grondwettelijke hoven gas terugnemen<sup>225</sup> en de zaak doorverwijzen. Hoe dan ook zal het Grondwettelijk Hof vaak beter geplaatst zijn dan de gewone rechter om te bepalen of een verwijzing naar het Hof van Justitie nodig is.

Nu hebben we reeds hoger vermeld dat de grondwettelijke hoven ervoor terugdeinzen om hun eigen mensenrechtenstandaard *all the way* toe te passen op omzettingenormen, onder het voorwendsel dat de Uniebescherming equivalent is aan de constitutionele. Daarmee verzaken de grondwettelijke hoven wetens en willens aan art. 53 Handvest dat stelt dat de maximale bescherming toepasselijk is. Immers, in het algemeen kan tot op zekere hoogte worden betoogd dat beide beschermingsferen grote gelijkenissen vertonen; in een concreet geval kan niet worden uitgesloten dat het nationale stelsel verder strekt. Op grond van voormelde bepaling zou het constitutionele recht kunnen worden aangewend om een ruime mensenrechtenbescherming te bieden. De gezamenlijke *modus operandi* van de verschillende mensenrechtelijke grootmachten staat haaks op dat uitgangspunt. Of zou de concrete vertaling van art. 53 Handvest gelegen zijn in de constitutionele identiteit – voor zover die mensenrechten betreft, aangezien het wezen daarvan net veronderstelt dat de Lidstaat een ruimere bescherming biedt<sup>226</sup>?

<sup>224</sup> Het arrest waarin de Italiaanse Raad van State in algemene bewoordingen overwoog dat de mensenrechtenbescherming louter toekwam aan het nationale niveau en dat het Unieniveau zich daarin niet moest mengen, om vervolgens een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te weigeren, verdient geen bijval (*Consiglio di Stato* 19 april 2005, nr. 4207/05, Admenta t. Federfarma). Zie L. DANIELE, ‘La protection des droits fondamentaux’, 67-81.

<sup>225</sup> W. VERRIJDT, ‘The EU Effectiveness Principle’, (543) 559.

<sup>226</sup> P. CASSIA, ‘La priorité constitutionnelle française’, (479) 489 ; F. DONNAT, ‘La Cour de Justice et la QPC’, (1640) 1647 en J. H. REESTMAN en C.B. SCHUTTE, ‘Het Europees Grondwettelijk Verdrag’, (145) 150.

#### 4.4. PROCES-ECONOMISCHE OVERWEGINGEN

De rechtsonderhorige is rechtstreeks betrokken bij een prejudiciële vraag, een element dat de verwijzende rechter mee in zijn beoordeling kan en moet nemen<sup>227</sup>. Vanuit het gezichtspunt van de individuele rechtsonderhorige primeert een zo snel mogelijke afhandeling van het geschil. De dubbele verwijzing, zowel naar het Grondwettelijk Hof als naar het Hof van Justitie, heeft immers een hoog kostenplaatje en leidt vaak tot onnodige verlengingen van de procedure. Een opeenvolgende verwijzing door de gewone rechter – eerst naar het ene hof en na diens antwoord een bijkomende verwijzing naar het andere hof – staat volgens het Hof van Justitie zelf op gespannen voet met de proceseconomie<sup>228</sup>. Als blijkt dat één prejudiciële vraag volstaat voor de definitieve geschilbeslechting, wie of wat kan de verwijzende rechter er dan toe dwingen *pro forma* een tweede prejudiciële vraag te stellen, het weze gelijktijdig dan wel achteraf<sup>229</sup>? Een verwijzing naar het Hof van Justitie is dan enkel opportuun, indien het Grondwettelijk Hof onvoldoende uitsluitel kan geven<sup>230</sup>. De doorlooptijd bij het Hof van Justitie is immers gemiddeld genomen langer dan bij het Grondwettelijk Hof<sup>231</sup>. Het Hof van Justitie ziet dat zelf in. Het behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de gewone rechter om te bepalen in welk stadium van de procedure een verwijzing naar het Hof van Justitie is gewenst<sup>232</sup>. Het Hof sluit niet uit dat de nationale rechter de interne mogelijkheden tot conflictoplossing aanboort en achteraf een beslissing neemt over de wenselijkheid van de prejudiciële vraag aan het Hof.

<sup>227</sup> N. CARIAT, 'Quelques réflexions', (573) 579 en G. DE LEVAL, 'La pertinence de la question préjudicielle et l'usage de la réponse par le juge a quo', in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN e.a. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State – Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2005, (241) 282.

<sup>228</sup> HvJ C-210/06, *Cartesio*, 2008, overweging 70.

<sup>229</sup> J. SPREUTELS, 'Le concours', (297) 338.

<sup>230</sup> *Contra*: N. CARIAT, 'Quelques réflexions', (573) 578 en M. LEROY, 'Le concours d'irrégularités', (259) 267-268, die aangeven dat de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof in de meeste gevallen tegen de logica van de proceseconomie indruist. De auteurs pleiten ervoor de bevoegdheid van de gewone rechter om normen in strijd met het Europees recht buiten toepassing te laten, zonder omweg rond het Grondwettelijk Hof, in bepaalde gevallen intact te houden. Hoger werd daartegen ingebracht dat het Grondwettelijk Hof met meer waarborgen is bekleed en dat de genomen optie heel bewust uitging van de bijzondere wetgever. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat in het algehele systeem van de prejudiciële verwijzing in het Belgisch, intern recht ingebakken zit dat onnodige vragen niet hoeven te worden gesteld. Wetende dat de verwijzingsplicht enkel beperkt is tot zogenaamde 'nieuwe problemen' en dat het Grondwettelijk Hof relatief snel te werk gaat, eventueel zelfs met behulp van de versnelde procedure, is zijn tussenkomst mijns inziens zeer gerechtvaardigd en slaat art. 26, § 4 Bijz.W. GwH een aanvaardbaar evenwicht (Zie in dezelfde zin P. POPELIER, 'Prejudiciële vragen', (50) 58).

<sup>231</sup> In 2011 was de gemiddelde doorlooptijd van een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie 16, 4 maanden (zie Gerechtelijke Statistieken 2011 op <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-02/cp120014n1.pdf>). Het Grondwettelijk Hof zou gemiddeld binnen een termijn van tien maanden antwoorden (M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, 'Het Grondwettelijk Hof', (87) 106).

<sup>232</sup> HvJ C-348/89, *Mecanarte*, 1991, overwegingen 48 en 49.

Het voorgaande beperkt zich niet louter tot overwegingen van wenselijkheid, maar draagt een juridische component in zich. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens overweegt immers dat de incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing ingevolge een prejudiciële vraag mee in de beoordeling aangaande de verenigbaarheid met art. 6 EVRM en het daarin vervatte redelijke-termijnbeginsel wordt genomen<sup>233</sup>. Ten aanzien van de looptijd van een prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens daarentegen opgemerkt dat die niet kan worden betrokken in de berekening van de redelijke termijn, nu deze verlenging niet kan worden verweten aan de Lidstaat in kwestie<sup>234</sup>. Zulks lijkt evenwel niet weg te nemen dat de beslissing van de nationale rechter om desgevallend een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie wél degelijk onder de mensenrechtelijke verantwoordelijkheid van de betrokken Lidstaat valt en dat een manifest foute prejudiciële verwijzing, ondanks de eerdere rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, alsnog de redelijke termijn-vereiste *ex art. 6 EVRM* kan schenden<sup>235</sup>. Het vermijden van nutteloze prejudiciële vragen is dus niet enkel proceseconomisch, het kan in min- of meerdere mate als een juridische plicht worden gekwalificeerd.

De proceseconomie als leidraad voor de gewone rechter om te verwijzen is niet zaligmakend. Andere belangen kunnen meespelen. Ten eerste moet een onderscheid worden gemaakt tussen de individuele tijd van één specifiek dossier en de collectieve tijd die men eventueel kan winnen ingevolge de door de prejudiciële procedure verkregen rechtszekerheid en –eenheid. Indien het Hof van Justitie de mogelijkheid wordt geboden in een concrete zaak uitspraak te doen, verhindert dit dat gelijkaardige geschillen later aan zijn toetsing moeten worden voorgelegd. Er gaat met andere woorden een preventieve, procedureverkortende werking uit van de uitspraken van het Hof van Justitie voor toekomstige geschillen. Ten tweede kan de uniforme uitlegging van het Unierecht proceseconomische overwegingen domineren. Inzonderheid kan het aanbevelenswaardig zijn voor aspecten die het Grondwettelijk Hof niet heeft behandeld (of niet kon behandelen) een prejudiciële vraag te richten aan het Hof van Justitie, zodat de wetgever over dat twistpunt uitsluitsel heeft bij het uittekenen van een nieuwe regeling en geschillen tegen de nieuwe norm in de

<sup>233</sup> Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft reeds gesteld dat art. 6 § 1 EVRM toepasselijk kon zijn op een procedure voor het grondwettelijk hof, in zoverre die incidentele procesgang bepalend is voor de burgerlijke rechten van de justitiabele (EHRM, *Ruiz-Mateos v. Spain*, 1993 en EHRM, *Pammel v. Germany*, 1997).

<sup>234</sup> EHRM, *Pafitis v. Greece*, 1998.

<sup>235</sup> In dezelfde zin P. POPELIER, *Procederen*, 259. Zie eveneens EHRM, *Ullens de Schooten en Rezabek v. Belgium*, 2011, alwaar het Europees Hof vereist dat de weigeringsbeslissing een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie moet worden gemotiveerd, zich daarvoor beroepend op art. 6 § 1 EVRM. Hieruit kan worden afgeleid dat art. 6 § 1 in beginsel van toepassing is op beslissing tot (niet-)verwijzing naar het Hof van Justitie, in zoverre dit een geschil rond burgerlijke rechten betreft. Daaruit zou kunnen volgen dat de verwijzingsbeslissing als dusdanig ook in overeenstemming met de redelijke termijn-vereiste, gelezen in diezelfde bepaling, moet zijn.

kiem worden gesmoord. Het kan evenwel niet de bedoeling zijn dat het Hof van Justitie zich in elk geval waar er een aanknopingspunt met het Unierecht bestaat, over de zaak bij prejudiciële beslissing dient uit te spreken<sup>236</sup>. Een college dat een gemeenschappelijke interpretatie moet voorzien over de 27 Lidstaten van de Unie, moet zijn bevoegdheid diligent kunnen uitoefenen en niet verzanden in een overvloed van prejudiciële verwijzingen. Volstaat een louter nationale behandeling, moet de proceduregang daar stoppen<sup>237</sup>. Het Grondwettelijk Hof zou alvast in geval van samenloop van grondrechten een belangrijke filterfunctie kunnen opnemen. Bovendien zijn er misschien andere wegen om een interpretatie van het Hof van Justitie te bekomen. Een piste zou kunnen zijn dat de gewone rechter de Europese instellingen wel attendeert op de kwestie die voor hem gerezen is, maar integendeel in het concrete geval geen prejudiciële vraag stelt. Een soort van *informele* prejudiciële vraag, een vriendelijke uitnodiging om er zich ook over uit te spreken<sup>238</sup>. Vermoedelijk ligt het meeste heil in geval van samenloop van prejudiciële procedures, voor zover haalbaar, bij de versnelde procedure *ex art. 104bis* Procedurereglement van het Hof van Justitie en moet die bepaling eventueel worden aangepast opdat de versnelde procedure kan worden geïnitieerd in geval van samenloop van prejudiciële vragen. Daarmee kan een spoedige uitkomst van de prejudiciële vraag bij het Hof van Justitie worden verzekerd en loopt de bodemprocedure een minimaal euvel op.

---

<sup>236</sup> P. VAN NUFFEL, 'Het Europees recht', (246) 249.

<sup>237</sup> C. COURTOY, 'De betrekkingen', (371) 415.

<sup>238</sup> De vraag is welke Unie-instantie het voorgestelde *soft law*-instrument zou uitvaardigen. Bij voorkeur moet het Hof van Justitie zich daarover uitspreken, hetgeen zou impliceren dat daarover in de schoot van het Hof gediscussieerd wordt, wat met name exact dezelfde methodiek zou noodzaken als bij het vellen van een arrest. Een zekere tijdswinst kan echter geboekt worden, aangezien de formele procedure, met de inspraak van verscheidene actoren en de antwoordverplichting op alle aangereikte argumenten vervallen, wat op zijn beurt evenwel kan impliceren dat het Hof van Justitie een beslissing zou kunnen vellen zonder inspraak van de Lidstaat en mogelijk zonder de volheid van informatie. De Europese Commissie daarentegen heeft meer operationele mogelijkheden, maar is niet de ultieme instantie die de Verdragen en het secundair Unierecht interpreteert en uitlegt.

## 5. EEN PROEVE TOT EEN ALTERNATIEVE, MEER EVENWICHTIGE OPLOSSING

### 5.1. DE EUROPESE ROEPING VAN HET GRONDWETTELIJK HOF

Om de redenen hierboven uiteengezet, verdient het bij de samenloop van grondrechten aanbeveling een ander pad te bewandelen, namelijk het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof, dat op zijn beurt – indien het dit aangewezen acht – een prejudiciële vraag richt aan het Hof van Justitie. In plaats van een ontdubbelde prejudiciële vraagstelling, zou beter worden geopteerd voor een ‘tweetraps-prejudiciële vraag’. Dat lijkt overigens binnen de marges van het huidige juridisch kader te liggen.

Ten eerste is een prejudiciële vraag gesteld door een nationaal, constitutioneel hof voorzien binnen de Verdragsbepalingen die handelen over de prejudiciële vraagstelling. De grondwettelijke hoven zijn immers een ‘rechterlijke instantie’ in de zin van art. 267, derde lid, VWEU en *moeten* om die reden prejudiciële vragen – tegen beslissingen van het Grondwettelijk Hof staan immers geen (gewone) rechtsmiddelen open – stellen aan het Hof van Justitie, zo zij zich met problemen van Europees recht geconfronteerd zien<sup>239</sup>. Er zijn geen elementen die erop wijzen dat de nationale grondwettelijke hoven uit het toepassingsgebied van art. 267 VWEU moeten worden uitgesloten.

Ten tweede laat het *Melki*-arrest deze piste klaarblijkelijk open, zowel in de hypothese van autonome, wetkrachtige normen, als bij omzettingnormen, in zoverre deze systematiek op een *spontane* wijze onder de betrokken rechtscolleges ontluikt. Het Hof van Justitie heeft de mogelijkheid van de voorgestelde oplossing als dusdanig niet expliciet behandeld in het voornoemde arrest. Naast de aanhoudende nadruk op Europese rol van iedere, nationale, gewone rechter<sup>240</sup> – een uitgangspunt dat hier overigens niet ter discussie staat – had het Hof beter geduid op de Europese roeping van de nationale, grondwettelijke hoven.

---

<sup>239</sup> C. COURTOY, ‘De betrekkingen’, (371) 414; P. POPELIER, *Procederen*, 338; P. VAN NUFFEL, ‘Prejudiciële vragen’, (1154) 1165; X. LEURQUIN, ‘Les questions préjudicielles’, (847) 854 en M. WATHELET en S. VAN RAEPENBUSCH, ‘De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechterlijke instanties: rapport van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen’, *TBP* 2003, afl. 1, (10) 15.

<sup>240</sup> J. VELAERS, ‘Het arrest-Melki-Abdeli’, (770) 785.

Hoewel de alternatieve piste juridisch als spontane *modus vivendi* tot de mogelijkheden behoort, doet de realiteit alle hoop op een wederzijds verrijkende oplossing als sneeuw voor de zon verdwijnen. Daarbij is het Hof van Justitie hoogstens medeplichtig, maar zijn de met profileringsdrang behepte nationale grondwettelijke hoven de grote boosdoener. Velen daarvan voelen zich immers niet gebonden door art. 267, derde lid VWEU en weigeren steevast een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie<sup>241</sup>. Redenen die daarbij voor de hand liggen, zijn de lange duur van de prejudiciële procedure voor het Hof, een onvertrouwdheid met die prejudiciële procedure en – in hoofdorde – de wil om een maagdelijke, constitutionele toetsing te behouden, zonder inmenging vanuit de Unie<sup>242</sup>.

Het Belgisch Grondwettelijk Hof vormt het lichtend voorbeeld en honoreert – als één van de enige, hoe dan ook het meest<sup>243</sup> – de Europese roeping van de nationale, grondwettelijke hoven. Waar de perceptie onder de andere, constitutionele hoven is dat het adjectief ‘Europavriendelijk’ een smet op hun blazen vormt, draagt het Belgische Grondwettelijk Hof dit als een *epitheton ornans*. Het Belgisch Grondwettelijk Hof nam tot op heden reeds negentien verwijzingsarresten<sup>244</sup> en is daarmee Europees recordhouder<sup>245</sup>. Die vragen werden in hoofdzaak gesteld in vernietigingsberoepen. Het Grondwettelijk Hof maakte slechts vijfmaal gebruik van een doorverwijzing in het prejudicieel contentieux<sup>246</sup>. De verklaring hiervoor is waarschijnlijk gelegen in gangbare praktijk onder de feitenrechters om bij twijfel een prejudiciële vraag onmiddellijk aan het Hof van Justitie te richten. Voornamelijk in geval van omzettingswetten die mensenrechtelijk ter discussie staan, heeft het Grondwettelijk Hof - relatief gezien ten aanzien van de andere, constitutionele hoven - geen schroom om te verwijzen naar het Hof van Justitie. Nochtans zijn de gevallen waarin het Belgische, Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag weigerde te stellen veel talrijker<sup>247</sup>. Het bovenstaande moet dan ook worden gelezen als een oproep aan het Hof van Justitie en de nationale, constitutionele

<sup>241</sup> O. PEIFFERT, ‘L’encadrement’, (433) 463-465 en F. LAFFAILLE, ‘Il y a toujours’, (459) 461-46. Wat overigens niet wegneemt dat de meeste hoven wel streven naar een EU-conforme uitlegging (zie C. GRABENWARTER, ‘National Constitutional Law’, (95) 138).

<sup>242</sup> J. CZUCZAI, ‘The Role and Functioning of the National Judiciary’, in A.E. KELLERMANN, J. CZUCZAI, S. BLOCKMANS e.a. (eds.), *The Impact of EU Accession on the Legal Orders of New EU Member States and (Pre-) Candidate Countries. Hopes and Fears*, Den Haag, T.M.C. Asser Press 2006, (267) 288-289 en C. RICHARDS, ‘The supremacy’, (499) 504.

<sup>243</sup> Zie voor de voorlopige statistieken van verwijzingen naar het Hof van Justitie na het gerechtelijke jaar 2011, [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7000](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000), onder Gerechtelijke statistieken – Hof van Justitie, p. 23.

<sup>244</sup> Met enige vorm van onmisplaatste fierheid heeft de webstek van het Belgisch Grondwettelijk Hof een tabblad waarin alle verwijzingen naar het Hof van Justitie staan vermeld (<http://www.const-court.be>).

<sup>245</sup> T. VANDAMME, ‘Prochain arrêt! Explaining recent preliminary references of the Belgian Constitutional Court’, *ECLR* 2008, afl. 4, (127) 128, die de oorzaak daarvoor ziet in het ruime aantal Unieteksten die via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in de toetsingsmarge van het Hof belanden (pagina 137, zie in dezelfde zin O. PEIFFERT, ‘L’encadrement’, (433) 467).

<sup>246</sup> Stand van zaken *de dato* 14 november 2012.

<sup>247</sup> X. LEURQUIN, ‘Les questions préjudicielles’, (847) 855-857 en P. POPELIER, *Procederen*, 339-340..

hoven om te participeren in een dialoog *de jure à jure* over de constitutionele grondslagen van de Europese rechtsorde, die onnoemelijke voordelen heeft<sup>248</sup>.

## 5.2. BASISYSTEMATIEK

Hieronder wordt getracht in *layman's terms* een overzicht te geven van de optimale *modi operandi* in het prejudicieel contentieux. Daarbij moet steeds in het achterhoofd worden gehouden dat, niettegenstaande de poging algemene lijnen uiteen te zetten, de verwijzende rechter hoe dan ook met de noodwendigheden van het concrete geval rekening moet houden en zijn handelswijze daarop moet afstemmen<sup>249</sup>. Inzonderheid vraagt de in beginsel tot verwijzing gehouden rechter zich in eerste instantie af of een prejudiciële verwijzing wel aan de orde is en onderzoekt hij de inroepbaarheid van uitzonderingsgronden, eigen aan het prejudicieel mechanisme. Immers, indien één van de prejudiciële vragen die in theorie kan worden gesteld, niet opportuun is, omwille van een uitzonderingsgrond die besloten ligt in de regeling omtrent die prejudiciële vraag, is er van een samenloop van prejudiciële vragen geen sprake<sup>250</sup>.

Wat de co-existente samenloop van prejudiciële procedures aanbelangt, komen voornamelijk proceseconomische overwegingen en de wens tot rechtseenheid en –zekerheid in conflict. Balancerend op een slappe koord komt de gewone rechter een belangrijke taak toe. De gewone rechter heeft dan ook de meest uitgebreide vrijheid om over te gaan tot een prejudiciële verwijzing op maat van het concrete geschil.

Indien andere wetskrachtige normen in het geding zijn, ligt een simultane vraagstelling voor de hand. Het antwoord op de ene vraag staat immers los van het antwoord op de andere vraag. Vermits beide vragen in beginsel pertinent blijven, want verschillende grieven bevatten, dienen ter wille van de rechtszekerheid, beide vragen te worden gesteld<sup>251</sup>.

<sup>248</sup> Zie eveneens de petitie ondertekend door een dertigtal Duitse professoren, advocaten en rechters waarin gevraagd werd in de wet die handelt over het *Bundesverfassungsgericht*, een bepaling in te voegen die het verplicht een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie bij twijfels over de interpretatie van primair of secundair Unierecht of over de geldigheid van secundair Unierecht. Zie J.-H. REESTMAN en L.F.M. BESSELINK, 'On the Lissabon-urteil: democracy and a democratic paradox', *ECLR* 2009, (341) 342-343.

<sup>249</sup> J. SPREUTELS, 'Le concours', (297) 326. Meer bepaald zal in het specifieke geval van een zogenaamde 'subsidiare samenloop', waar het antwoord van het ene rechtscollege determinerend is voor de omvang van de vraag en het antwoord van het andere rechtscollege, de rechter natuurlijk best de eerstgenoemde adïëren (of eventueel beide in één beweging). Zie voor een voorbeeld van deze hypothese P. VAN NUFFEL 'Samenloop van prejudiciële procedures en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen', in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN et al. (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State – Verslagboek van het symposium van 21 oktober 2005*, Brugge, die Keure, 2005, (343) 348.

<sup>250</sup> J. SPREUTELS, 'Le concours', (297) 317.

<sup>251</sup> J. SPREUTELS, 'Le concours', (297) 338 en P. VAN NUFFEL 'Samenloop', (343) 348.

Wanneer dezelfde wetskrachtige bepaling, ook al spruit deze voort uit een Europees instrument, door beide vragen wordt beoogd, is het antwoord genuanceerder. Het antwoord van één van beide, prejudicieel bevragebare hoven zou kunnen volstaan, met name indien het snelst werkende hof, zijnde het Grondwettelijk Hof, beslist dat de norm moet worden buiten toepassing gelaten<sup>252</sup>. De prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie wordt daardoor in het concrete geschil nutteloos en niet meer pertinent<sup>253</sup>. Die overweging past binnen de beleidsvrijheid van de gewone rechter om zelf te bepalen op welk moment hij een verwijzing naar het Hof van Justitie raadzaam acht<sup>254</sup>. De wetenschap dat het Grondwettelijk Hof de concrete zaak definitief kan beslechten, is één van de omstandigheden die mijns inziens van cruciaal belang is.

De gewone rechter kan op voorhand de uitspraak van het Grondwettelijk Hof niet steeds voorspellen. Het kan daarom vooruitziend zijn om beide instanties te bevragen in plaats van het Grondwettelijk Hof als enige instantie te adieren, om tijdverlies te vermijden<sup>255</sup>. Blijkt het antwoord van het Grondwettelijk Hof te volstaan, zou de gewone rechter de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie in het bodemgeschil kunnen intrekken en uitspraak doen op grond van het arrest van het Grondwettelijk Hof, dat besloot tot een ongrondwettigheid<sup>256</sup>. Nochtans mag niet uit het oog worden verloren dat de wetgever, die naar alle waarschijnlijkheid een nieuwe wettelijke regeling in het leven zal roepen, definitief uitsluitel moet krijgen over alle juridische bezwaren die tegen zijn initiële regeling zouden kunnen spelen<sup>257</sup>. Het is de gewone rechter die beslist. Hoger werd er reeds op gewezen dat de spoedprocedure bij het Hof van Justitie de meest elegante oplossing is.

Wat de concurrente samenloop van prejudiciële vragen betreft, wordt een integratieve benadering voorgestaan, waarbij het Grondwettelijk Hof het spilpunt van het geschil wordt, nu in geval van materiële samenloop de kans op tegenstrijdige uitspraken reëel is. Mijns inziens kan hierbij een driedelig onderscheid worden gemaakt.

1. De verwijzende rechter beperkt zich ertoe enkel te verwijzen naar het Hof van Justitie en laat de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof voor wat het is, indien het juridisch aanknopingspunt met de Grondwet in werkelijkheid bij de haren is getrokken. De vraag aan het Grondwettelijk Hof doet er dan in feite niet toe. Het werkelijk te trancheren vraagstuk is er één van Unierecht. Het is in dergelijk geval niet de bedoeling om langs het Grondwettelijk Hof te passeren, nu de uitspraak van het Hof van

<sup>252</sup> P. POPELIER, *Procederen*, 259; J. SPREUTELS, 'Le concours', (297) 331 en 338; P. VAN NUFFEL, 'Het Europees recht', (246) 248.

<sup>253</sup> Arbitragehof, nr. 36/2001, 13 maart 2001, BS 27 maart 2001, overweging A.5.

<sup>254</sup> HvJ 36 en 71/80 (gevoegde zaken), *Irish Creamery Suppliers Association*, 1981.

<sup>255</sup> P. POPELIER, *Procederen*, 259.

<sup>256</sup> Cfr. J.-L. WARSMANN, Rapport nr. 1898, Assemblée Nationale, XIIIe législature, 59.

<sup>257</sup> J. SPREUTELS, 'Le concours', (297) 330 en P. VAN NUFFEL 'Samenloop', (343) 348-349.



Justitie alleen het dispuut kan beslechten en de omweg via het Grondwettelijk Hof louter artificieel is, aangezien uiteindelijk het Hof van Justitie het laatste woord heeft.

2. Ten tweede wordt de materiële samenloop van grondrechten onderscheiden. Het Grondwettelijk Hof beslist in dat geval autonoom over de opportuniteit van de verwijzing naar het Hof van Justitie en houdt daarbij in het bijzonder rekening met de Europese dimensie die aan het vraagstuk dat hem voorligt, is gehecht. Indien het geschil kan worden opgelost met de loutere toepassing van constitutionele normen, is een verwijzing naar het Hof van Justitie niet langer aan de orde. Het Grondwettelijk Hof maakt desgevallend toepassing van de theorie van de *acte clair* en *acte éclairé*. Het komt er wel op aan dat het Hof deze vraag met omzichtigheid behandelt en nauwgezet motiveert waarom het de ene dan wel de andere optie verkiest. Als deze Europese dimensie prominent aanwezig is, verwijst het Grondwettelijk Hof de zaak verder naar het Hof van Justitie en stelt het een vraag betreffende de interpretatie van het Unierecht, inzonderheid of het ingeroepen mensenrecht een beperking daarvan kan legitimeren<sup>258</sup>. In ieder geval behoudt het Grondwettelijk Hof de macht om een eigen toetsing uit te voeren en om eventueel op grond van art. 53 Handvest af te wijken van de balansoefening van het Hof van Justitie.
3. In geval van een omzettingnorm die strijdt met de mensenrechten<sup>259</sup>, lijkt mij een ‘tweetraps-prejudiciële vraag’ obligaats<sup>260</sup>. Het Grondwettelijk Hof onderzoekt vóór de verwijzing naar het Hof van Justitie of de

<sup>258</sup> E. BRIBOSIA, ‘Le dilemme du juge nationale’, (265) 272.

<sup>259</sup> Voor een creatieve oplossing voor dit probleemgebied, zie W. VERRIJDT, ‘The EU Effectiveness Principle’, (543) 570, die voorstelt dat op Unieniveau een systeem van *a priori* grondrechttoetsing van richtlijnvoorstellen wordt voorzien in de schoot van het Hof van Justitie. De beslissing van het Hof van Justitie zou bindend zijn. Is het voorstel tot richtlijn in strijd met de mensenrechten, wordt de wetgevende procedure stopgezet. Komt het voorstel ongeschonden uit de *a priori* toetsing, zijn de nationale, grondwettelijke hoven door die vaststelling gebonden: indien de richtlijn geen appreciatiemarge laat aan de Lidstaten, kan de omzettingnorm enkel voor een verkeerde omzetting aangevochten worden; indien de richtlijn wél omzettingsruimte laat, kan het constitutioneel hof enkel de omzettingnorm vernietigen, voor zover de *keuze van de nationale wetgever* ongrondwettig is. Ofschoon die optie een interessante denkpiste is, lijkt ze enkele nadelen te behelzen (zie in dezelfde zin M. BOSSUYT en W. VERRIJDT, ‘The full effect’, (355) 390). Ten eerste kunnen omstandigheden wijzigen en is het vaak moeilijk om vóór de inwerkingtreding van een wetgevend instrument diens impact te peilen. Wat voorheen als grondwettig aanzien kan worden, zou na verloop van tijd die toets niet langer kunnen doorstaan. Een *a posteriori* toetsing, bij voorkeur door het Hof van Justitie, moet met andere woorden mogelijk blijven, wat de toegevoegde waarde van een *a priori* grondwettigheidsadvies gevoelig zou verlagen. Ten tweede is het maar zeer de vraag of de nationale grondwettelijke hoven de bindende kracht van een dergelijk advies zouden aanvaarden. Zoals ten overvloede aangehaald wordt de exclusieve grondrechttoetsing van secundair Unierecht door het Hof van Justitie niet door alle grondwettelijke hoven als volstrekt legitiem aanzien.

<sup>260</sup> D. SIMON, ‘Jurisprudence constitutionnelle’, *Europe* 2011, afl. 3, (12) 13.

wetskrachtige norm<sup>261</sup> al dan niet een getrouwe, exacte en noodzakelijke omzetting van het achterliggende instrument is. Ligt de beweerde ongrondwettigheid bij de federale, gewestelijke of gemeenschapswetgever, gebruikmakend van zijn implementatieruimte, zal een verwijzing naar het Hof van Justitie onnodig blijken, behoudens in het geval de verenigbaarheid met de richtlijn ter discussie staat. Is de wetskrachtige norm een spiegelbepaling van de richtlijnnorm, treedt het monopolierecht van het Hof van Justitie in werking, verwijst het Grondwettelijk Hof naar het Hof van Justitie en zal dat laatste hof toetsen aan de grondrechten<sup>262</sup>. Daarop wordt één uitzondering gemaakt<sup>263</sup>. Indien de verenigbaarheid van de omzettingnorm met de constitutionele identiteit van de betrokken Lidstaat in het geding is, heeft het Grondwettelijk Hof de keuze. Het kan zelf onmiddellijk toetsen aan de constitutionele identiteit, zonder te verwijzen naar het Hof van Justitie<sup>264</sup> en de omzettingnorm vernietigen. Het Hof kan echter ook doorverwijzen naar het Hof van Justitie, waarbij het verduidelijkt waarin de eventuele schending van de constitutionele identiteit bestaat. De Europese rechters verklaren ofwel de norm van secundair recht ongeldig wegens strijdigheid met de algemene mensenrechtenbescherming of met art. 4.2 VEU, ofwel handhaven ze de norm, in welk geval het Grondwettelijk Hof alsnog een toetsing aan de constitutionele identiteit uitvoert. Daarmee worden de belangen van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof verzoend.

Ziedaar een poging om naar een geïntegreerde choreografie in het prejudicieel contentieux te gaan. Een vurig pleidooi werd gehouden voor een wettelijke regeling die de omweg via het Grondwettelijk Hof verplicht stelt, in limitatief omschreven gevallen, te weten *de samenloop van grondrechten* en die bepaalt dat het Grondwettelijk Hof verplicht is de zaak door te verwijzen naar het Hof van Justitie in geval van een bepaling die uitvoering verleent aan een dwingende norm van secundair Unierecht, alsook wanneer een Europese dimensie prominent en pertinent is. Dit voorstel, thans uitgesloten door het *Melki*-arrest, slaat beter de balans slaat tussen de belangen van alle betrokken actoren en kan in een minimalistische lezing van de Unierechtelijke vereisten de toetsing daaraan doorstaan. Het principe dat de nationale rechter de meest uitgebreide bevoegdheid moet hebben om op een gegeven moment het Hof van Justitie te bevragen, dat de hoeksteen vormt van zijn rechtspraak, wordt daarmee niet geheel overboord gegooid. Was de gewone rechter voorheen de

<sup>261</sup> In het geval dat een niet-omgezet Europees instrument, dat bekleed is met directe werking, mogelijks strijdt met de constitutionele identiteit, zal het Grondwettelijk Hof niet kunnen tussenkomen en moet met name het Hof van Justitie verzocht worden uitspraak te doen over de verenigbaarheid van het Europees instrument met art. 4.2 VEU. Zie J.H. REESTMAN en L.F.M. BESSELINK, 'Constitutional identity', (177) 178-179, onder verwijzing naar F. LUCHAIRE, *Le droit européen. Son application en France*, Parijs, Economica, 2006, 57 p.

<sup>262</sup> Arbitragehof 13 juli 2005, nr. 124/2005 en GwH 24 juli 2009, nr. 128/2009.

<sup>263</sup> Zie in dezelfde zin R. ARNOLD, 'Germany', (237) 254.

<sup>264</sup> M. AUBERT, E. BROUSY en F. DONNAT, 'Chronique de jurisprudence', (1578) 1580 en F. DONNAT, 'La Cour de Justice et la QPC', (1640) 1647.

spil waarrond de afdwingbaarheid van het Unierecht draaide, dan moet in de toekomst het nationale, grondwettelijke hof *inzake de grondrechtenbescherming* het zenuwcentrum van het proces worden, als intermediair station tussen de gewone rechter en het Hof van Justitie. Mocht echter blijken dat het Hof op enig moment al te lichtzinning heeft opgetreden, fungeert de gewone rechter als bewaker van dit gehele proces.

### 5.3. PREJUDICIËLE VRAAGSTELLING: EEN VERHOOPT NON-EVENT?

De voorgestelde oplossing voor de potentiële conflicten tussen het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie beklemtoont het fundamentele belang van het prejudiciële contentieux. Verrijdt werpt evenwel, bij wijze van gedachte-experiment, op dat een alternatieve lezing van het effectiviteitsbeginsel van het Unierecht zou leiden tot een visie die meer strookt met de procedurele autonomie van de Lidstaten<sup>265</sup>. De oorspronkelijke rechtspraak van het Hof van Justitie waarop het in het *Melki*-arrest verderborduurde, met als moederarresten de zaken- *Simmmenthal* en – *Rheinhöfen*, is tot stand gekomen in een kader waar de voorrang van het Unierecht en de uniforme interpretatie daarvan enkel kon worden bekomen door een prejudiciële verwijzing. Het instrumentarium voor de effectiviteit van het Unierecht is thans drastisch uitgebreid. De inbreukprocedure die kan worden opgestart door de Commissie wegens Unierechtelijke schendingen door het rechterlijke apparaat<sup>266</sup> en de staatsaansprakelijkheid wegens schending van het Unierecht door de nationale rechter<sup>267</sup> zouden die functie adequaat kunnen invullen. Dientengevolge zou een *a posteriori* toetsing van nationale uitspraken gewezen in laatste aanleg kunnen volstaan, behoudens logischerwijze in geval van ongeldigheid van een instrument van secundair Unierecht.

De kritiek van Verrijdt is terecht, in zoverre hij de zwakten van het prejudiciële gebeuren aankaart. De afhankelijkheidsrelatie waarin de te bevragen instelling zich bevindt, is onvoldoende om de uniforme interpretatie te verwezenlijken van de normen die onder hun toezicht staan. Bovendien neigt het prejudiciële contentieux naar een afspiegeling van machtsverhoudingen en institutionele *spielerei*<sup>268</sup>. De verplichting tot

<sup>265</sup> W. VERRIJDT, 'The EU Effectiveness Principle', (543) 568-569, onder verwijzing naar P. CRUZ VILLALON, concl. onder HvJ C-173/09, *Elchinov*, 2010. Zie eveneens het pleidooi om een vorm van cassatieberoep bij het Hof van Justitie in te stellen tegen (sommige) beslissingen van de nationale rechterlijke instellingen: J. BAQUERO CRUZ, 'La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne?', in L. AZOULAI en L. BURGOGUE-LARSEN (eds.), *L'autorité de l'Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2006, (241) 263-264.

<sup>266</sup> HvJ C-129/00, *Commissie t. Italië*, 2003.

<sup>267</sup> HvJ C-224/01, *Köbler*, 2003. De slaagkansen van een dergelijke aansprakelijkheidsvordering zijn evenwel betrekkelijk klein, gelet op de stringente voorwaarden waaraan zo'n vordering dient te voldoen (J. KOMAREK, 'Federal elements in the Community judicial system: Building coherence in the Community legal order', *CMLR* 2005, afl. 1, (9) 12-18).

<sup>268</sup> P. POPELIER, 'Prejudiciële vragen', (50) 62.

verwijzing door de nationale rechter kan als dusdanig niet worden afgedwongen door het Hof van Justitie<sup>269</sup>. Het beschikt niet over de mogelijkheid om ambsthalfve een bodemgeschil met vraagstukken van Europees recht naar zich toe te trekken, noch kunnen de partijen naar eigen goeddunken de zaak voorleggen aan het Hof. Zelfs in de hypothese dat op grond van art. 267, derde lid, VWEU er in theorie een verplichting zou bestaan om te verwijzen, blijft het Europese niveau afhankelijk van de *goodwill* van de nationale rechter. Ook het Grondwettelijk Hof rekent op de medewerkingsbereidheid van de gewone rechter en heeft zelf geen onrechtstreekse dwangmiddelen. De prejudiciële vraag is een rechterlijke dialoog en veronderstelt een coöperatieve houding in de geesten van *alle* betrokken rechtbanken.

Het prejudiciële contentieux herbergt echter in zich voordelen die geen enkel ander mechanisme oproept, met name een rechtstreekse en directe dialoog tussen rechterlijke organen die gezamenlijk naar een evenwichtige oplossing kunnen streven. De complexe rechterlijke verdeling van bevoegdheden en rechtsmacht maakt dat de jurisdictionele instellingen vaak als eilanden zijn verspreid. De prejudiciële vraag kan in die configuratie een reële meerwaarde betekenen, door als een brug te fungeren tussen die eilanden, terwijl andere technieken in die afgezonderde en afzonderende logica blijven steken. Bovendien zijn de voorgestelde alternatieven niet volwaardig. In plaats van de strijdigheid te voorkomen, hetgeen via een prejudiciële verwijzing mogelijk is, gaat van de aangehaalde mechanismen louter een remediërende rol uit. Grondwettelijke hoven kunnen daarbij enkel na de afsluiting van de nationale procedure verantwoordelijk worden gehouden voor schendingen van Unierecht. Ze zijn met name geschikt om het prejudiciële contentieux sluitend te maken en excessen of nalatigheden van de nationale rechters te sanctioneren, maar kunnen, bekeken vanuit een effectiviteitsgedachte, de prejudiciële vraagstelling nimmer vervangen. Nochtans zou één wenselijke evolutie het belang van de prejudiciële vraag kunnen doen afnemen. De verbreding van de procesmogelijkheden voor een individuele verzoeker in het vernietigingscontentieux bij het Hof van Justitie, die wordt bepleit in het licht van de artikelen 6 en 13 EVRM, zou impliceren dat er in een voldragen rechtsmiddel wordt voorzien om mensenrechtenschendingen door de Unie-instellingen te remediëren<sup>270</sup>. In praktijk kan die aanpassing de nood aan prejudiciële vragen over de geldigheid van Unierecht doen afnemen.

<sup>269</sup> D. SARMIENTO, 'L'arrêt *Melki*', (588) 597.

<sup>270</sup> P. CRAIG, 'The Classics of EU Law' (185) 190. Daar is waarschijnlijk een Verdragswijziging voor nodig, aangezien het Hof van Justitie de ontvankelijkheidsvereisten voor een vernietigingsberoep oncompromitteerbaar handhaaft (zie M. CANDELA SORIANO en C. CHENEVIÈRE, 'Le législateur et les droits de l'homme', in M. CANDELA SORIANO, *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, (25) 53-54).

## 6. BESLUIT

De verschillende machtsblokken die voorheen autonoom op hun eigen terrein werkten en op dat gebied ‘soeverein’ waren, zien zich geconfronteerd met de voortschrijdende verwevenheid van bevoegdheidsvlakken. De voorheen ongecontesteerde instellingen bekampen elkaar en moeten in deze nieuwe rechtsorde elk hun plaats vinden. Het hoeft niet te verbazen dat iedere instelling afzonderlijk de eigen prerogatieven wenst te verdedigen. Dat is des mensens. Dat deze herbronning ongewenste effecten oplevert, is jammer, maar tegelijkertijd onvermijdelijk. Men kan alleen hopen dat het gezond verstand op middellange termijn zegeviert. De drie grote spelers zijn immers willens nillens veroordeeld tot een levenslange, of toch alvast een verdragende, mensenrechtelijke *ménage à trois*. Het *Melki*-arrest vormt dan ook slechts een momentopname in een steeds sterker groeiende evolutie naar meer Europese Unie, mét – het mag gezegd – een voorzichtige toenadering tot de grondwettelijke hoven.

Een geïntegreerde visie op het Europese project, met aandacht voor communautaire én nationale belangen, zowel op Unie- als op Lidstatelijk niveau verdient niet alleen de voorkeur van de rede maar zou dienst doen aan de drang naar zelfbehoud van de onderscheiden instellingen. Immers, een Europese Unie die werkelijk wil uitgroeien tot een *ever closer Union* is er één die niet als een pletwals de lidstatelijke particulariteiten wegvaagt, maar integendeel het nodige respect voor deze specifieke kenmerken opbrengt. Als politiek project is de Europese integratiebeweging tot mislukking gedoemd, indien de Unie en zijn instellingen zich niet scharen achter het devies van de Verenigde Staten van Amerika: ‘*e pluribus unum*’. De grondwettelijke hoven aan de andere kant hebben op lange(re) termijn evenmin iets te verliezen bij een grotere samenwerking met de Europese Gerechtshoven in het algemeen en het Hof van Justitie in het bijzonder<sup>271</sup>. Dat de toetsing aan de grondrechten niet langer een terrein is waarop zij als enige instantie toezicht houden, is een vaststelling. Indien zij in de (verre) toekomst niet verder onder de voet willen worden gelopen ingevolge de voortschrijdende europeanisering, moeten zij het lef tonen om in die beweging mee te stappen. Autonomie en vrijheid afstaan, zonder daarbij evenwel alle kritiek te schuwen – de grondwettelijke hoven zijn immers een belangrijk element voor de totstandkoming van *checks and balances* binnen de Europese constructie – om zichzelf meer bestaanszekerheid en legitimiteit in een Europese context toe te eigenen, schijnt in een lange-termijn-wereldvisie de weg van het minste kwaad te betekenen voor de constitutionele hoeders. De toekomst zal uitwijzen of verzoening werkelijk het meeste gezamenlijke heil kan en zal brengen.

<sup>271</sup> Zie in dezelfde zin A. VOSSKUHLER, ‘Multilevel cooperation’, (175) 197.