



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De pacificatie van Karlsruhe (2010): het Bundesverfassungsgericht en 'ultra vires'-toetsing van Europese Uniebesluiten

Reestman, J.H.

Publication date
2011

Published in
Rechterlijk activisme: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.A. Peters

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Reestman, J. H. (2011). De pacificatie van Karlsruhe (2010): het Bundesverfassungsgericht en 'ultra vires'-toetsing van Europese Uniebesluiten. In A. Nieuwenhuis, J-H. Reestman, & C. Zoethout (Eds.), *Rechterlijk activisme: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.A. Peters* (pp. 201-215). Ars Aequi.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

DE PACIFICATIE VAN KARLSRUHE (2010)

HET BUNDESVERFASSUNGSGERICHT EN *ULTRA VIRES*-TOETSING VAN EUROPESE UNIEBESLUITEN

Jan-Herman Reestman

‘I always thought that an activist judge was a judge that got up every day and went to work’.¹

1. Inleiding

‘Wat rechterlijk activisme is, hangt (...) af van het idee dat men heeft van de rechterlijke taakopvatting.’ Zo luidt de eerste zin van het citaat dat de redacteurs van deze feestbundel voor Jit Peters in hun uitnodigingsbrief aan de auteurs ter aanmoediging en inspiratie bijsloten. Op het gevaar af voor ‘activistisch’ te worden versleten, lees ik hem als volgt: of iemand een bepaalde rechterlijke activiteit ‘activistisch’ vindt, dat wil zeggen afkeurenswaardig, hangt af van het idee dat hij of zij heeft over de taak en bevoegdheden van de rechter.² In het algemeen valt daar, dunkt me, weinig tegen in te brengen. Toch leert de Mangold-affaire dat de stelling niet altijd opgaat. In die affaire heeft het Bundesverfassungsgericht, het Duitse constitutionele hof, beoordeeld of het Hof van Justitie van (tegenwoordig) de Europese Unie in de zaak Mangold zijn rechterlijke bevoegdheden niet te buiten is gegaan en *ultra vires* heeft gehandeld. Als maatstaf hanteert het Duitse hof daarbij echter niet zijn eigen opvatting over wat een (Duitse) rechter wel en niet mag doen. Het accepteert dat het Hof van Justitie eigen ideeën heeft over wat een (Europese) rechter vermag, zolang het resultaat van diens rechtsontwikkeling maar niet is een voor de lidstaten nadelige, structurele wijziging van de bevoegdheidsverdeling tussen de Europese Unie en de lidstaten.

Het Hof van Justitie wordt bewonderd én verguisd. Bewonderd omdat het met de ontwikkeling van leerstukken als bijvoorbeeld de directe werking en voorrang van Unierecht een grote bijdrage heeft geleverd aan het succes dat de Unie, ondanks al haar gebreken, toch is. Ook heeft het Hof het recht van de Unie een constitutionele

- 1 Sandra O’Connor, voormalig lid van het Amerikaanse Supreme Court; geciteerd in Jeffrey Toobin, *The Nine*, Anchor Books, 2008, p. 399.
- 2 Jit Peters, Samantha Daniëls, ‘De rol van de rechter bij leven en dood’, in: A.C. Hendriks e.a. (red), *Grondrechten in de gezondheidszorg. Liber amicorum voor prof. mr. J.K.M. Gevers*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2010, p. 207-208: ‘Wat rechterlijk activisme is, hangt dus af van het idee dat men heeft van de rechterlijke taakopvatting. Wanneer we er van uitgaan dat rechtsvorming nodig is om grondrechten te kunnen effectueren, moet de rechter op andere gronden dan de wet alleen kunnen oordelen. Dat geldt zeker ten aanzien van bescherming van minderheden, wier belangen niet altijd beschermd zijn bij meerderheidsbesluitvorming. Rechtsbescherming en rechtsvorming zijn in deze optiek dan ook niet van elkaar te onderscheiden.’

dimensie gegeven, onder meer door te gaan toetsen aan grondrechten, die het putte uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en uit grondrechtenverdragen waarbij alle lidstaten partij zijn, in het bijzonder het EVRM. Deze grondrechten maken als algemene beginselen van (tegenwoordig) Unierecht deel uit van de rechtsorde van de Unie. Verguisd, omdat het Hof vaak activistisch, te politiek, zou opereren en meer gericht zou zijn op het bevorderen van het Europese integratieproces dan op het handhaven van het recht, waaronder het bewaren van het constitutionele evenwicht tussen de Unie en haar lidstaten. Dat het Hof wel de ‘motor’ van de Europese integratie wordt genoemd, is dan ook niet alleen een geuzennaam.

Ook in de zaak *Mangold* is het Hof van Justitie verweten activistisch te hebben gehandeld. In een prejudiciële beslissing van 22 november 2005 oordeelde het een Duitse wettelijke regeling in strijd met een Europese richtlijn. Hoewel Duitsland deze richtlijn op dat moment nog niet geïmplementeerd hoefde te hebben, gelastte het Hof de verwijzende Duitse rechter de nationale regeling toch buiten toepassing te laten. Zulks ‘bovenal’ wegens strijd met een nieuw, door het Hof gevonden grondrecht: het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. Dat beginsel is volgens het Hof een algemeen beginsel van Unierecht.

De uitspraak is niet onopgemerkt gebleven. Met veel retoriek – ‘Stoppt den Europäischen Gerichtshof!’³ – maar ook met kracht van argumenten is in het bijzonder in Duitse literatuur gesteld dat het Hof in *Mangold* zijn boekje te buiten was gegaan. Het Bundesverfassungsgericht zou die jurisprudentie daarom als ‘ausbrechender Rechtsakt’ in Duitsland rechtsgeldigheid moeten ontzeggen. Tot dat oordeel zou het moeten komen in zijn uitspraak over de constitutionele klacht (‘Verfassungsbeschwerde’) van de firma Honeywell tegen een uitspraak van de hoogste Duitse arbeidsrechter, het Bundesarbeitsgericht, waarin deze de *Mangold*-jurisprudentie toepaste. Materieel gezien was de klacht van Honeywell dus gericht tegen *Mangold* en het Hof van Justitie.

Hoewel het niet erg gecharmeerd lijkt te zijn van *Mangold*, verwierp het Bundesverfassungsgericht op 6 juli 2010 de klacht van Honeywell. In die uitspraak, die overigens pas op 26 augustus van hetzelfde jaar werd bekend gemaakt, bindt het Duitse hof verder de uitoefening van zijn bevoegdheid om Uniebesluiten *ultra vires* te verklaren aan strikte voorwaarden (paragraaf 3). En passant schetst het Duitse hof daarbij zijn visie op geoorloofde rechtsontwikkeling door het Hof van Justitie (paragraaf 4). We beginnen met de *Mangold*-zaak zelf (paragraaf 2).

3 Aldus de oud-president van het Bundesverfassungsgericht Roman Herzog in de *FAZ* van 8 september 2008.

2. De zaak Mangold⁴

Op de hoofdregel dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hoogstens twee jaar mag duren, maakt artikel 14 lid 3 van de ‘Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen’ (TzBfG) van 21 december 2000 een uitzondering voor werknemers ouder dan 58 jaar: zij mogen zonder enige beperking voor bepaalde tijd in dienst worden genomen. Een wet uit 2002 voegde aan het derde lid van artikel 14 een vierde zin toe die deze leeftijd voor een periode van drie jaar terugbracht tot 52 jaar. Deze laatste bepaling stond in de zaken Mangold en Honeywell centraal.

In antwoord op prejudiciële vragen van het Arbeitsgericht München oordeelde het Hof van Justitie de bepaling op 22 november 2005 in strijd met Richtlijn 2000/78 van de Raad ‘tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep’. Deze Richtlijn draagt de lidstaten op discriminatie in arbeid en beroep op grond (van onder) meer leeftijd te verbieden, tenzij het verschil in behandeling objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd ‘door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt (...) en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn’ (artikel 6 lid 1). Het Hof stelde dat de omstreden bepaling weliswaar een legitieme doelstelling had (de integratie van oudere werknemers in de arbeidsmarkt), maar niet ‘passend en noodzakelijk’ was. Dit omdat de wet ‘de leeftijd van de betrokken werknemer als enig criterium hanteert voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zonder dat is aangetoond dat de vaststelling van een leeftijdsgrens als zodanig, los van iedere andere overweging ter zake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel’ (ro 65).

Om verschillende redenen kon dat oordeel op zichzelf voor de verwijzende Duitse arbeidsrechter geen reden zijn om de gewraakte bepaling buiten toepassing te laten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan een richtlijn namelijk niet direct werken als de implementatietermijn ervan nog niet verstreken is, zoals voor Duitsland de implementatietermijn van Richtlijn 2000/78. Bovendien stonden in *Mangold* twee particulieren, een werkgever en een werknemer, tegenover elkaar en kan een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen opleggen aan particulieren en kunnen particulieren deze dus niet tegen een andere particulier inroepen – ook dat is vaste rechtspraak van het Hof.

Niettemin riep het Hof de Duitse rechter op om de Duitse wet buiten toepassing te laten. Daarbij deed het allereerst een beroep zijn Inter-Environnement Wallonie-jurisprudentie, die inhoudt dat lidstaten zich tijdens de termijn voor omzetting van een

4 ECJ 22 november 2005, zaak C-144/04 (Mangold).

richtlijn moeten onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar kunnen brengen.⁵ ‘In de tweede plaats en bovenal’ stelde het Hof dat Richtlijn 2000/78 het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep slechts concretiseert, dus niet vestigt, en dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd een algemeen beginsel van (toen nog) Gemeenschapsrecht is. Daarom moet een nationale rechter aan wie een zaak tussen particulieren is voorgelegd waarbij een geschil over leeftijdsdiscriminatie ‘zoals geconcretiseerd in richtlijn 2000/78, aan de orde is (...), indien nodig elke met dit beginsel strijdige nationale regeling buiten beschouwing (...) laten’ (ro 77). Voorwaarde is wel dat het geschil valt binnen de werkingssfeer van het Unierecht.⁶

Tegen *Mangold* is een hele waslijst aan bezwaren aangevoerd, niet alleen door rechtsgeleerde schrijvers, maar ook door Advocaten-Generaal bij het Hof. Het Hof is onder meer verweten het beginsel van de machtscheiding te miskennen, zowel in relatie tot de nationale als tot de Uniewetgever. Het eerste, omdat de Duitse wetgever op een gebied waarop de lidstaten primair bevoegd zijn, het sociale en arbeidsmarktbeleid, te weinig beoordelingsvrijheid zou zijn gelaten bij de toepassing van de door Richtlijn 2000/78 mogelijk gemaakte uitzonderingen. Het tweede door de keuze van de Uniewetgever voor een richtlijn (in plaats van een verordening) ter bestrijding van leeftijdsdiscriminatie, met de daarbij behorende implementatietermijn en de onmogelijkheid van horizontale werking, te miskennen door aan Richtlijn 2000/78 ‘Horizontale Dritt-Vor-Wirkung’ toe te kennen. Ook zou het Hof in strijd hebben gehandeld met het attributiebeginsel door het ongeschreven beginsel van non-discriminatie wegens leeftijd uit de lucht te hebben geplukt. En dat, terwijl uit artikel 13 EG (tegenwoordig 19 VWEU)⁷ juist zou volgen dat de Verdragsgever uitdrukkelijk geen direct werkend, primairrechtelijk verbod op leeftijdsdiscriminatie zou hebben willen invoeren. Verder zou het Hof het bestaan van dat ongeschreven rechtsbeginsel volstrekt onvoldoende hebben gemotiveerd.⁸

Van al deze kritiek heeft het Hof van Justitie zich echter niets aangetrokken. Integendeel, op 19 januari 2010 oordeelde het in de zaak *Kücükdeveci* zelfbewust (en misschien ook beetje provocerend) opnieuw een Duitse wettelijke regeling in strijd

5 HvJ 18 december 1996, zaak 129/96 (Inter-Environnement Wallonie).

6 Dat is onder meer het geval als staten handelen of hebben gehandeld ter uitvoering van (secundair) Unierecht, zoals in casu: de TzBfG was oorspronkelijk uitgevaardigd ter implementatie van Richtlijn 1999/70.

7 Dat de Unie de mogelijkheid geeft binnen de grenzen van haar bevoegdheden ‘passende maatregelen’ te nemen tegen discriminatie op grond van onder meer leeftijd.

8 Zie bijv. Lüder Gerken et al., ‘“Mangold” als ausbrechender Rechtsakt’, <<http://archiv.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=530&show>>; Mirjam de Mol, ‘Kücükdeveci: Mangold revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law’, *EuConst* 2010, p. 293; ‘Editorial Comments: Horizontal direct effect – a law of diminishing coherence?’ *CML Rev* 2006, p. 1; de opinie van AG. Mazák van 15 februari 2007 (1) in zaak C-411/05 (Félix Palacios de la Villa tegen -Cortefiel Servicios SA; punt 82 e.v.); opinie van Ruiz-Jarabo Colomer van 24 januari 2008 in de gevoegde zaken C-55/07 en C-56/07 (Othmar Michaeler Subito GmbH etc.; punt 20 e.v.).

met het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. Ditmaal kon het Hof voor het bestaan van dat beginsel wijzen op artikel 21 van het op 1 december 2009 bindend geworden Handvest van de Grondrechten van de EU, dat als een van de gronden waarop discriminatie ‘met name’ verboden is, ‘leeftijd’ noemt.⁹

3. Mangold geen ‘Ausbrechender Rechtsakt’

Sinds het Frau Kloppenburg-arrest uit 1987 heeft het Bundesverfassungsgericht naar eigen zeggen niet alleen het recht, maar ook de plicht om na te gaan of Unie-instellingen, waaronder het Hof van Justitie, hun bevoegdheden niet te buiten gaan.¹⁰ In zijn uitspraken over de Verdragen van Maastricht en Lissabon heeft het deze bevoegdheid bevestigd.¹¹ Er ligt een democratische overweging aan ten grondslag.

Op de Duitse grondwettelijke organen en primair de Duitse wetgever rust een ‘Integrationsverantwortung’, dat wil zeggen de plicht om (de ontwikkeling van) het Europese integratieproces te verantwoorden aan de Duitse kiezers: ‘ist demokratisch legitimiert nur, was parlamentarisch verantwortet werden kann’.¹² Bijgevolg mag het Duitse parlement geen zogenaamde ‘Kompetenz-Kompetenz’ aan de Unie overdragen en moeten de bevoegdheidsoverdrachten ‘sachlich begrenzt’ en ‘hinreichend bestimmt’ zijn. Het in de Verdragen neergelegde beginsel dat de Unie slechts over die bevoegdheden beschikt die haar door de lidstaten zijn toegekend (attributiebeginsel; artikel 5 lid 2 VEU), is dus tevens een beginsel van Duits constitutioneel recht.

Om te voorkomen dat de Unie haar bevoegdheden te ruim uitlegt en zich misschien toch ‘die Kompetenz, über ihre Kompetenzen zu disponieren’ toe-eigent, gaat het Duitse hof na ‘of rechtshandelingen van de Europese instellingen en organen blijven binnen de grenzen van de toegekende bevoegdheden, dan wel als gevolg van Europese rechtspraak een extensieve interpretatie van de Verdragen voorligt die gelijkstaat aan een ontoelaatbare autonome Verdragswijziging’.¹³ Kortom, de Unie-instellingen en uiteindelijk het Hof van Justitie mogen de Uniebevoegdheden niet zodanig ruim uitleggen dat zij feitelijk de Verdragen wijzigen. Doen zij dat toch, dan zullen de betrokken besluiten door het Bundesverfassungsgericht als ‘ausbrechender Rechtsakte’ worden gekwalificeerd en mogen zij in Duitsland niet worden uitgevoerd of toegepast.

Tot zo’n uitspraak kwam het Bundesverfassungsgericht weliswaar nog nooit, maar de kans dat het er in de toekomst toe zou komen, leek na de uitspraak over het

9 HvJ 10 januari 2010, zaak C-555/07 (Küçükdeveci), ro 22.

10 BVerfGE 75, 223 (Frau Kloppenburg), uitspraak van 8 april 1987.

11 BVerfGE 89, 155 (Maastricht), uitspraak van 12 oktober 1993; BVerfG, 2 BvE 2/08 (Lissabon), uitspraak van 30 juni 2009, rn 238.

12 BVerfG, 2 BvE 2/08 (Lissabon), uitspraak van 30 juni 2009, rn 236; BVerfG, 2 BvE 2/08 (Lissabon), uitspraak van 30 juni 2009, rn 65.

13 BVerfG, 2 BvE 2/08 (Lissabon), uitspraak van 30 juni 2009, rn. 338.

Verdrag van Lissabon aanzienlijk te zijn toegenomen. Dat idee werd, in samenhang, gevoed door de kritische beschouwingen in die uitspraak over het democratisch gehalte van de Europese Unie, de uitbreiding van de *ultra vires* controle met een constitutionele identiteitscontrole en de suggestie aan de Duitse wetgever om voor die beide controles een speciale rechtsgang bij het Bundesverfassungsgericht te creëren.¹⁴ We zullen maar in het midden laten of de uitspraak over *Lissabon* op dit punt verkeerd is gelezen dan wel het Bundesverfassungsgericht in het *Honeywell*-arrest een andere koers is gaan varen.¹⁵ In ieder geval conditioneert het Duitse hof in dat laatst genoemde arrest de uitoefening van zijn bevoegdheid tot *ultra vires* controle op zodanige wijze, dat de Unie en uiteindelijk het Hof van Justitie het wel heel erg bont moeten maken wil het die bevoegdheid ooit uitoefenen.

In *Honeywell* bevestigt het Bundesverfassungsgericht weliswaar zijn bevoegdheid tot *ultra vires* controle, maar geeft er een zeer ‘europarechtsfreundliche’ invulling aan.¹⁶ Uitgangspunt van ’s hofs beschouwing is de noodzaak van voorrang van Unierecht voor de uniforme toepassing ervan in de lidstaten en het functioneren van de Unie als rechtsgemeenschap.¹⁷ Die voorrang is weliswaar alleen een ‘Anwendungsvorrang’, geen ‘Geltungsvorrang’, en hij is bovendien niet absoluut: hij geldt alleen voor zover Unie-instellingen in het kader van hun bevoegdheden handelen. Op zich zelf rechtvaardigt dat naar eigen zeggen een *ultra vires* controle door het Bundesverfassungsgericht. Maar als nationale rechters onbekommerd de rechtsgeldigheid van Uniebesluiten zouden gaan onderzoeken, zou dat de voorrang van Unierecht (kunnen) ondergraven en daarmee het ook door de Duitse grondwet gewilde integratieproces. De spanning tussen de noodzaak van de erkenning van de voorrang van Unierecht en de noodzaak van een *ultra vires* controle door het Duitse hof moet daarom, in de geest van de Europese integratie, door samenwerking en ‘wechselfeitelige Rücksichtnahme’ van stekeligheden worden ontdaan.¹⁸ Van zijn kant toont het Duitse hof zijn inschikkelijkheid door zijn bevoegdheid tot *ultra vires* controle zeer restrictief uit te leggen.

Allereerst zegt het Duitse hof dat het de ‘Unanwendbarkeit’ van Uniebesluiten in Duitsland niet zal vaststellen voordat het Hof van Justitie over die besluiten heeft kunnen oordelen.¹⁹ Dat is op zich zelf niets nieuws, want staat reeds in de *Lissabon*-uitspraak,²⁰ tenzij men aanneemt dat het Duitse hof ditmaal te kennen heeft willen geven dat het zo nodig zelf prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zal stellen.

14 BVerfG, 2 BvE 2/08 (Lissabon), uitspraak van 30 juni 2009, rn. 240, 241.

15 Dat laatste is het geval volgens rechter Landau in zijn *dissenting opinion*; BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn. 101.

16 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn. 55.

17 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn. 53.

18 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn. 57.

19 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn. 60.

20 BVerfG, 2 BvE 2/08 (Lissabon), uitspraak van 30.6.2009, rn. 240; ‘Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist...’

Dat laatste staat weliswaar niet met zoveel woorden in de uitspraak, maar wordt wel gesteld in de op het moment van dit schrijven nog schaarse wetenschappelijke commentaren.²¹ Daarmee zou het Duitse hof zich dan voegen bij het uitdijend groepje constitutionele rechters dat prejudiciële vragen stelt of althans daar de bereidheid toe heeft uitgesproken.²²

Ten tweede: het Bundesverfassungsgericht herschrijft de voorwaarde die vervuld moet zijn wil hij Uniebesluiten *ultra vires* verklaren eigenlijk volledig. In de *Lissabon*-uitspraak stelde het hof evidente ('ersichtliche') competentieoverschrijdingen te zullen aanpakken.²³ Aan dat begrip 'evident' geeft het nu in *Honeywell* nadere invulling. Van een evidente competentieoverschrijding is (alleen) sprake als de overschrijding 'voldoende gekwalificeerd' is, dat wil zeggen als

das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt.²⁴

De nieuwe benadering kent dus naar de letter twee criteria: de bevoegdheidsoverschrijding moet niet alleen evident zijn, maar ook een wezenlijke of structurele inbreuk maken op het beginsel van de specifieke bevoegdheden en de binding van de rechter aan de wet. We kunnen ons echter afvragen of het eerste criterium nog wel zelfstandige betekenis heeft: er lijkt aan voldaan te zijn als het tweede criterium vervuld is. Elders in de uitspraak schrijft het Duitse hof ook gewoon dat het alleen zal optreden als sprake is van een structurele ('strukturwirksame') verschuiving in de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten ten nadele van de lidstaten. Daar lijkt het in de nieuwe bena-

21 Bijv. Max Steinbeis, 'Der Krieg der Richter findet nicht statt', <http://verfassungsblog.de/>, 26 augustus 2010.

22 Een vraag is hoe de voorwaarde wordt uitgelegd als de *ultra vires*klacht niet betrekking heeft op de geldigheid van secundair Unierecht, maar op een uitspraak van het HvJ zelf, zoals in casu. Zou het HvJ in beginsel dan eerst nog de gelegenheid moeten krijgen om op zijn schreden terug te keren? Dat adviseerde *commissaire de gouvernement* Bruno Genevois de Franse Conseil d'Etat in 1978 toen deze in de beroemde Cohn-Bendit zaak voor de beslissing stond om de jurisprudentie van het HvJ dat richtlijnen direct kunnen werken al dan niet te aanvaarden. De Conseil d'Etat volgde Genevois overigens niet en aanvaardde al evenmin de genoemde jurisprudentie; CE 22 december 1978 (Cohn-Bendit); dat laatste deed het pas op 30 oktober 2009 (Mme Perreux). Een prejudiciële vraag van het BVerfG was in casu natuurlijk niet nodig en zou gezien de uitspraak van het HvJ in Küçükdeveci (*supra*) ook geen zin hebben gehad. Maar dat ligt anders als de *ultra vires*klacht een eersteling van het HvJ betreft die het BVerfG op het eerste gezicht *ultra vires* acht.

23 BVerfG, 2 BvE 2/08 (Lissabon), uitspraak van 30 juni 2009, rn. 240.

24 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn 61.

dering op aan te komen.²⁵ De nieuwe benadering kent daarmee een opvallende gelijkenis met de Solange II en de Bananenmarkt jurisprudentie. Op basis daarvan acht het Bundesverfassungsgericht klachten dat Uniebesluiten Duitse grondrechten schenden niet-ontvankelijk, tenzij de klager aantoont dat de grondrechtenbescherming op Unie-niveau *structureel* achterblijft bij de Duitse.²⁶

Aan de hand van deze nieuwe benadering beoordeelt het Duitse hof vervolgens het handelen van het Hof van Justitie in *Mangold*. Omdat het voor het Duitse hof niet duidelijk was of het Europese Hof de verplichting voor de Duitse arbeidsrechter om de Duitse wet buiten toepassing te laten baseerde op de ‘Horizontale Dritt-Vor-Wirkung’ van Richtlijn 2000/78 dan wel op horizontale directe werking van het ongeschreven verbod op leeftijdsdiscriminatie, behandelt het beide aspecten. Het Hof van Justitie handelt, zo het Bundesverfassungsgericht, niet reeds *ultra vires* door zich op basis van Richtlijn 2000/78 te mengen in het tot de primaire bevoegdheden van de lidstaten behorende arbeidsrecht, zoals de klager had aangevoerd, omdat ‘ook een richtlijn de werkingssfeer van het Gemeenschapsrecht kan openen en ertoe kan leiden dat algemene beginselen van Unierecht in de lidstaten doorwerken’. Dat Richtlijn 2000/78 het de nationale wetgever reeds voor het verstrijken van de implementatietermijn verbod maatregelen te nemen die het doel ervan in gevaar kunnen brengen, beperkte de tijdens die implementatietermijn bestaande ‘handelings- en concretiseringsvrijheid’ van de Duitse wetgever niet zodanig dat sprake is van een ‘strukturwirksame Kompetenzverschiebung’. Dat een richtlijn al voor het verstrijken van de implementatietermijn horizontaal kan werken, schept evenmin nieuwe, het attributiebeginsel schenkende verplichtingen van de lidstaten, maar is slechts een methode om de naleving van reeds bestaande verplichtingen af te dwingen. En al evenmin werkt een direct en horizontaal werkend ongeschreven verbod op leeftijdsdiscriminatie in casu ‘praktisch kompetenzbegründend’.²⁷

Tegelijkertijd stelt het Bundesverfassungsgericht een of misschien twee grenzen aan de verdere ontwikkeling van de Mangold-jurisprudentie door het Hof van Justitie.

25 Daaraan dient nog wel te worden toegevoegd dat competentieoverschrijdingen die tegelijkertijd een inbreuk maken op de Duitse constitutionele identiteit ‘besonders schwer’ wegen; BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn 65. De constitutionele identiteitstoetsing heeft betrekking op de onveranderbare en ook niet overdraagbare kern van de Duitse grondwet (art. 79 lid 3 Grundgesetz). Ieder Uniebesluit dat de Duitse constitutionele identiteit aantast is daarmee tevens *ultra vires* (het omgekeerde is niet het geval: niet ieder *ultra vires*besluit tast de Duitse constitutionele identiteit aan). Volgens BVerfG, 1 BvR 256/09, een uitspraak van 2 maart 2010 over de Duitse implementatie van de Richtlijn 2006/24/EG over de bewaring van elektronische communicatiedata, behoort het tot de Duitse constitutionele identiteit dat ‘de wijze waarop burgers van hun vrijheid gebruik maken niet totaal in kaart gebracht en geregistreerd mag worden’ (rn 218). Daarmee stelt het dus een grens aan de ontwikkeling van databases met privacy gevoelige informatie. Zie over de Duitse (en Franse) constitutionele identiteit ook mijn ‘The Franco-German Constitutional Divide. Reflections on National and Constitutional Identity’, *EuConst* 2009, p. 374.

26 BVerfGE 73, 399 (Solange II), uitspraak van 22 oktober 1986; BVerfGE 102, 147 (Bananenmarkt), uitspraak van 7 juni 2000.

27 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn 72-78.

De eerste, mogelijke, grens betreft het onderscheid tussen richtlijnen en verordeningen. In het Frau Kloppenburg-arrest uit 1987 aanvaardde het Duitse hof de mogelijkheid van directe werking van richtlijnen onder meer omdat daarvan slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zou zijn.²⁸ Daardoor zou een principieel verschil met verordeningen blijven bestaan, die in beginsel immers juist wel direct werken. In *Honeywell* lijkt het Duitse hof op het behoud van dat onderscheid aan te dringen.²⁹ Het hof heeft er geen problemen mee dat een met een richtlijn strijdige nationale wettelijke regeling in een horizontale verhouding buiten toepassing moet worden gelaten, ongeacht of de implementatietermijn nu wel of niet verstreken is. Maar het lijkt het bezwaarlijk te vinden als richtlijnen in ‘zuivere’ horizontale verhoudingen zouden werken, dat wil zeggen als zij direct, uit zichzelf, plichten zouden opleggen aan particulieren. Concreet: werknemer Mangold zou zich in zijn geschil met zijn werkgever niet op Richtlijn 2000/78 hebben kunnen beroepen als zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet uitdrukkelijk door de Duitse wetgever zou zijn geautoriseerd, maar louter op basis van beider contractsvrijheid tot stand zou zijn gekomen.³⁰ De vraag is dan wel of als het Europese Hof het onderscheid tussen richtlijnen en verordeningen volledig zou weg-interpreteren, dat ook een ‘strukturwirksame Kompetenzverschiebung’ zou opleveren. Dat lijkt me niet vanzelfsprekend.³¹

De tweede grens betreft de ongeschreven rechtsbeginselen van Unierecht. Zij kunnen, zelfs als zij grondrechten beschermen, niet op eigen kracht de werkingssfeer van het Unierecht uitbreiden of nieuwe bevoegdheden scheppen. Zij mogen dus niet werken daar waar het Unierecht niet reeds uit andere hoofde van toepassing is. Het Bundesverfassungsgericht verwijst daarbij naar artikel 51 lid 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: ‘Dit Handvest breidt het toepassingsgebied

28 BVerfGE 75, 223 (Frau Kloppenburg), uitspraak van 8 april 1987, rn 60: ‘Wie behutsam der Gerichtshof dabei im vorliegenden Zusammenhang verfahren ist, zeigt sich daran, daß er nicht Richtlinien schlechthin “berufungsfähig” gemacht hat, sondern dafür bestimmte, oben aufgezeigte Kriterien erstellt hat, die – jedenfalls in der bisherigen Richtlinienpraxis, die Hunderte von Richtlinien allein zur Rechtsangleichung aufweist, – nur selten erfüllt sind’.

29 Dit omdat het BVerfG de ‘Horizontale-Dritt-Vor-Wirkung’ van Richtlijn 2000/78 in *Mangold* in het perspectief van de CIA-Security en Unileverarresten van het HvJ plaatst (rn 77; zie ook rn 78). In genoemde arresten bepaalde dat HvJ dat nationale wettelijke regelingen in een horizontale verhouding buiten toepassing moesten worden gelaten, omdat die regelingen niet overeenkomstig de eisen van een Europese richtlijn aan de Commissie waren genoteerd (HvJ 30 april 1996, zaak C-194/94 (CIA Security); HvJ 26 september 2000, zaak C-443/98 (Unilever)); vgl. J.H. Jans, ‘The Effect in National Legal Systems of the Prohibition of Discrimination on Grounds of Age as a General Principle of Community Law’, *Legal Issue of Economic Integration* 2007, p. 53, die meent dat het HvJ *Mangold* juist niet in de lijn van de genoemde arresten van het HvJ heeft willen plaatsen (p. 60-62).

30 In Uniejargon zou volgens het BVerfG een richtlijn wel horizontale ‘invocabilité d’exclusion’ mogen hebben, maar geen horizontale ‘invocabilité de substitution’.

31 Vgl. rn 78 en 79, waarin het BVerfG opmerkt dat ongeschreven rechtsbeginselen die op Unieniveau grondrechten beschermen niet uit zichzelf plichten in het leven roepen kunnen roepen voor een particulier als daardoor grondrechten van deze particulier worden beperkt én een competentieverschuiving tussen Unie en lidstaten ten nadele van de lidstaten optreedt. Dat kan echter wel als het ongeschreven rechtsbeginsel is geconcretiseerd in secundair Unierecht, zoals het ongeschreven verbod op leeftijdsdiscriminatie is geconcretiseerd in Richtlijn 2000/78. Dat lijkt zuivere horizontale werking van richtlijnen onder omstandigheden niet uit te sluiten.

van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken, scheidt geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie, noch wijzigt het de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken'. Het Duitse hof stelt dus de ongeschreven rechtsbeginselen op dit punt gelijk met de grondrechten uit het Handvest.³²

4. De autonomie van de rechtspraak van het Hof van Justitie

In *Honeywell* geeft het Bundesverfassungsgericht ook zijn visie op de bevoegdheid van het Hof van Justitie om het Unierecht verder te ontwikkelen. Dat doet het niet voor het eerst. In het Frau Kloppenburg-arrest uit 1987 merkte het al op dat rechters in de eeuwenoude gemeenschappelijke Europese rechtsoverlevering en –cultuur nimmer slechts 'la bouche qui prononce les paroles de la loi' waren. Zowel het Romeinse recht, het Engelse *common law* en het Duitse *Gemeine Recht*, als, recenter, het administratieve recht in Frankrijk en Duitsland waren en zijn, aldus het Bundesverfassungsgericht, in vergaande mate het resultaat van rechterlijke rechtsontwikkeling. De Europese verdragen moeten dan ook in het licht van deze gemeenschappelijke Europese rechterlijke traditie worden gelezen. Aan het Hof van Justitie kan daarom niet het recht worden ontzegd bij te dragen aan de ontwikkeling van het Unierecht.³³

In *Honeywell* stelt het Bundesverfassungsgericht opnieuw dat de rechtsprekende bevoegdheid van het Hof van Justitie moet worden gelezen in het licht van wat het nu noemt de 'gemeinsamen europäischen Verfassungstraditionen'³⁴ en gaat het specifiek in op de rechtsontwikkende bevoegdheid van dat Hof. Rechtsontwikkeling ('Rechtsforbildung') is geen 'rechtsgeving' met politieke beoordelingsvrijheid ('Rechtsetzung mit politischen Gestaltungsfreiräumen'), maar is gebonden aan wettelijke of verdragsrechtelijk vastgelegde oriëntaties. Er is in het bijzonder aanleiding, zo nog steeds het Duitse hof, voor rechterlijke rechtsontwikkeling als programma's ingevuld, lacunes gedicht en tegenstrijdige waarden met elkaar verzoend moeten worden, dan wel rekening moet worden gehouden met bijzondere individuele omstandigheden. De rechter overschrijdt de hem gestelde grenzen evenwel wanneer afgeweken wordt van de duidelijke wil van wet- of verdragsgever, of als zonder voldoende rugdekking van wet of verdrag nieuwe regelingen worden getroffen. In het bijzonder is het ontoelaatbaar als rechters over de rug van het individuele geval heen politieke basisbesluiten nemen of de constitutionele 'machts- en invloedsverdeling' structureel beïnvloeden.³⁵

In een, toegegeven vluchtige, vergelijking met de schets die het Bundesverfassungsgericht in de Soraya-uitspraak van 14 februari 1973 gaf van de bevoegdheid tot

32 Rn 78.

33 BVerfGE 75, 223 (Frau Kloppenburg), uitspraak van 8 april 1987, rn 60.

34 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn 63.

35 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn 64.

rechtsontwikkeling van een Duitse (burgerlijke) rechter, valt in ieder geval dit op. In die uitspraak stelde het dat de Duitse rechter als de wet te kort schiet de wetgever mag corrigeren, op voorwaarde dat hij dat doet in het licht van de ‘verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen’. Hij moet dan wel met rationele argumenten duidelijk maken dat het geschreven recht een lacune bevat die hij naar de maatstaven van het praktische verstand en ‘gefundeerde algemene rechtvaardigheidsideeën van de gemeenschap’ opvult.³⁶ Zulke motiveringseisen stelt het Bundesverfassungsgericht in *Honeywell* niet aan het Hof van Justitie.

Zoals we eerder zagen, was een van de kritiekpunten op *Mangold* dat het bestaan van een ongeschreven beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd volstrekt onvoldoende gemotiveerd werd. Het Hof van Justitie had slechts gesteld dat volgens de punten 1 en 4 van de considerans van Richtlijn 2000/78 de door deze verboden vormen van discriminatie, waaronder naast leeftijd ook godsdienst en levensovertuiging, handicap en seksuele geaardheid, hun oorsprong vinden ‘in diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten’, om direct daarna te concluderen dat het ‘beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd (...) derhalve (moet) worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht’.³⁷ Zo vanzelfsprekend was dat echter niet, omdat van de toentertijd 15 lidstaten alleen Finland en Portugal een specifiek grondwettelijk verbod op leeftijdsdiscriminatie kenden en men ook in het EVRM en het IVBPR vergeefs zoekt naar zo’n specifiek verbod.³⁸ Gezien de Soraya-uitspraak zou het Bundesverfassungsgericht van een Duitse rechter een zo gebrekkig gemotiveerde beslissing waarschijnlijk niet hebben geaccepteerd.

Van het Hof van Justitie accepteert het dat wel. Formeel gezien laat het Duitse hof daarbij in het midden of *Mangold* wel een juridisch correcte uitspraak is, dat wil zeggen ‘ob sich das in der Mangold-Entscheidung gefundene Ergebnis durch anerkannte juristische Auslegungsmethoden noch gewinnen lässt und ob gegebenenfalls bestehende Mängel offenkundig wären’.³⁹ De bewoordingen waarin het dat doet,⁴⁰ laten er echter weinig twijfel over bestaan dat het eigenlijk meent dat het Hof van Justitie

36 BVerfGE 34, 269, 286.

37 ECJ 22 november 2005, zaak C-144/04 (*Mangold*), ro 74 en 75.

38 In retrospectief lijkt het HvJ te hebben gepreludeerd op de inwerkingtreding van het Handvest, welks art. 21 leeftijdsdiscriminatie uitdrukkelijk verbiedt. Het HvJ wees *Mangold* evenwel in november 2005, toen de Europese Grondwet, waarin het Handvest was opgenomen, in Frankrijk en Nederland was weggestemd en het hoogst onzeker was wat de toekomst zou brengen.

39 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*), uitspraak van 6 juli 2010, rn 68.

40 Zie ook rn 78: ‘Es kann dahinstehen, ob sich ein allgemeiner Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten ableiten ließe, obwohl nur zwei der zum Zeitpunkt der Mangold-Entscheidung 15 Verfassungen der Mitgliedstaaten ein besonderes Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters zu entnehmen war (...) Denn zu einem ersichtlichen Verstoß im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung würde auch eine unterstellte, rechtsmethodisch nicht mehr vertretbare Rechtsfortbildung des Gerichtshofs erst dann, wenn sie auch praktisch kompetenzbegründend wirkte.’

in *Mangold* de grenzen van diens rechterlijke bevoegdheid heeft overschreden. Toch tikt het dat Hof niet op de vingers. De reden daarvoor is niet alleen gelegen in het ontbreken van een structurele wijziging in de bevoegdheidsverdeling ten nadele van de lidstaten, maar ook in de erkenning van de autonomie van de rechtspraak van het Hof van Justitie, als sequeel van de autonomie van de Unierechtsorde.

Om het supranationale integratiebeginsel niet te schaden, moet het Bundesverfassungsgericht bij het uitoefenen van zijn *ultra vires*controle naar eigen zeggen rekening houden met de eigen taak en plaats van de rechtspraak in de Unie. In concreto impliceert zulks dat de ‘unionseigenen Methoden der Rechtsfindung’ van het Hof van Justitie en de ‘Eigenart’ van de Verdragen moeten worden gerespecteerd. Daarnaast heeft het Hof van Justitie recht op ‘Fehlertoleranz’: het Bundesverfassungsgericht moet niet op iedere slak zout leggen. Het is bovendien niet de taak van het Bundesverfassungsgericht om bij vragen over uitleg van Unierecht, waar over binnen het rechtswetenschappelijk discours verschil van mening kan bestaan, steeds zijn eigen visie te stellen in de plaats van die van het Hof van Justitie.⁴¹ Kortom, zolang geen sprake is van een structurele bevoegdheidsverschuiving ten nadele van de lidstaten, gunt het Bundesverfassungsgericht het Hof van Justitie zijn eigen plaats onder de zon en geeft het dat Hof zelfs het recht fouten te maken.

Dit respect voor de autonomie van het Hof van Justitie kan niet alleen verklaren waarom het Bundesverfassungsgericht op de gebrekkige motivatie van *Mangold* niet is ingegaan, maar ook waarom het het verwijt geheel links heeft laten liggen dat het Hof van Justitie de Duitse wetgever te weinig beleidsvrijheid heeft gelaten bij de toetsing van de omstreden Duitse wettelijke bepaling aan Richtlijn 2000/78. Het Europese Hof heeft daarbij inderdaad een wel zeer strenge maatstaf aangelegd: om de tijdelijke verlaging van de leeftijdsgrens van 58 naar 52 voor het onbeperkt sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te kunnen rechtvaardigen, zou de wetgever hebben moeten aantonen ‘dat de vaststelling van een leeftijdsgrens als zodanig, los van iedere andere overweging ter zake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel’.⁴² Experimenteren met een leeftijdsgrens om te kijken of er een positief effect van uitgaat op de werkgelegenheid van de wat oudere werknemers, wat de Duitse wetgever in casu deed, is de wetgever dan niet meer gegeven. Men kan zich zelfs afvragen of de algemene leeftijdsgrens van 58 jaar voor het onbeperkt sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die in *Mangold* niet ter discussie stond, de toets wel kan doorstaan, en meer in het algemeen iedere niet-categoriale leeftijdsgrens

41 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, rn 66.

42 ECJ 22 november 2005, zaak C-144/04 (*Mangold*), ro 65.

in het arbeidsrecht.⁴³ Het Duitse hof maakt aan de intensiteit van toetsing door het Hof van Justitie echter geen woorden vuil. Nog daargelaten dat het Bundesverfassungsgericht zelf ook geregeld het verwijt krijgt de Duitse wetgever te weinig ruimte te laten,⁴⁴ betreft het ook typisch zo'n kwestie waarover redelijke rechters met elkaar van mening kunnen verschillen.

5. Tot slot

In het voorjaar van 2010, nog voor het Bundesverfassungsgericht de zaak Honeywell wees, ontving de redactie van de *European Constitutional Law Review* een artikel van Andreas Vosskuhle over de relaties tussen onder meer het Bundesverfassungsgericht en het Hof van Justitie. De auteur, de voorzitter van dat Bundesverfassungsgericht, prijst het Europese Hof voor zijn bijdrage aan de ontwikkeling van de 'gemeenschappelijke Europese constitutionele orde' en de Europese integratie en stelt dat het Bundesverfassungsgericht zich daaraan evenzeer heeft gecommitteerd. Dat zo nu en dan meningsverschillen tussen deze hoven aan de oppervlakte komen is volgens hem dan ook geen teken van een machtsstrijd, maar het onvermijdelijke gevolg van het feit dat de hoven door verschillende juridische prisma's naar de Europese Unie kijken. Specifiek gaat Vosskuhle daarbij in op de *ultra vires*controle. Die controle moet, zo stelt hij, niet worden beschouwd als een motie van wantrouwen tegen het Hof van Justitie, en zij heeft bovendien veel van haar dreiging verloren: de bevoegdheid wordt slechts in samenwerking met het Hof van Justitie en alleen in uitzonderlijke gevallen uitgeoefend.⁴⁵

Over de betekenis van het stuk is in de hoofdredactie heftig gediscussieerd. Duidelijk was dat Vosskuhle olie wilde gooien op de vaak hoge golven van kritiek die over zijn hof zijn heen gekomen naar aanleiding van diens uitspraak over het Verdrag van Lissabon, die door velen is gelezen als een anti-Europees manifest. Maar was het meer dan een praatje voor de vaak? Het antwoord kwam veel sneller dan verwacht, in *Honeywell*.

Naast met opluchting, omdat de 'guerre des juges' die zich naar aanleiding van *Mangold* leek aan te kondigen, niet plaatsvindt,⁴⁶ is ook met een zekere teleurstelling

43 Zie de scherpe kritiek van A-G Geelhoed in zijn Conclusie van 16 maart 2006 in Zaak C-13/05 (Sonia Chacón Navas tegen Eurest Colectividades SA), punt 55; zie ook HvJ 12 oktober 2010, zaak C-45/09 (Rosenblatt), waarin het HvJ een Duitse bepaling die de geldigheid erkent van clausules op grond waarvan arbeidsovereenkomsten automatisch eindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, niet in strijd acht met Richtlijn 2000/78.

44 Zoals te lezen valt in de bijdrage van Gerard van Wissen aan deze bundel.

45 Andreas Vosskuhle, 'Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts – Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund', *EuConst* 2010, p. 175.

46 Max Steinbeis, 'Der Krieg der Richter findet nicht statt', <http://verfassungsblog.de/>, 26 augustus 2010.

op *Honeywell* gereageerd. Op de weblog ‘Publiekrecht en politiek’, waaraan Jit Peters geregeld columns bijdraagt die altijd van zijn uitstekende constitutionele inzicht blijken te geven, is het Bundesverfassungsgericht vergeleken met een hond die blaft maar nooit bijt: ‘Als de rechtsorde van de Unie, zoals veel mensen beweren, werkelijk pluralistisch van aard is, dan is het ‘all in the game’ dat incidenteel correcties worden uitgedeeld. Dit houdt de zaak alleen maar scherp, zou je kunnen redeneren. Een waakhond die blaft maar nooit bijt, kan zo’n corrigerende rol echter niet vervullen. Die geef je een aai over de bol en laat je vervolgens links liggen.’⁴⁷ Deze kritiek echoot de kritiek van rechter Landau in zijn *dissenting opinion* bij *Honeywell*.

Landau merkt onder meer op dat de rechterlijke (en executieve) instanties binnen de Unie eigenlijk ongehoord machtig zijn. Gezien de hoge hordes die daarvoor binnen een Unie met 27 lidstaten moeten worden genomen, is de mogelijkheid dat de politieke organen, Raad en Verdragsgever, de Unierechters corrigeren een vrijwel louter theoretische.⁴⁸ Verder betoogt Landau dat het Bundesverfassungsgericht zijn *ultra vires* bevoegdheid feitelijk opgeeft als het deze slechts gebruikt als het Hof van Justitie de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten structureel wijzigt. Het Hof van Justitie breidt de bevoegdheden namelijk niet schoksgewijs uit, maar incrementeel, stapje voor stapje. Ieder van die stapjes op zich zelf brengt geen structurele wijziging, maar gezamenlijk kunnen ze dat wel doen, en dat is meestal pas in retrospectief te zien. Landau meent daarom dat het Bundesverfassungsgericht iedere ‘evidente’ bevoegdheidsoverschrijding zou moeten aanpakken, althans voor zover deze niet louter binnen de Unie effecten sorteert.⁴⁹

Toch meen ik dat het standpunt van het Bundesverfassungsgericht zeer goed te verdedigen is. De ervaring leert namelijk dat over wat evident is en wat niet, heel redelijke mensen heel verschillend kunnen denken: veel is in ‘eye of the beholder’ en niet op objectieve wijze vast te stellen. Dat is zeker ook het geval als het de interpretatie betreft van de veelal zeer algemeen omschreven competentiebepalingen in de Unieverdragen door rechters uit heel verschillende rechtssystemen. Als het Bundesverfassungsgericht iedere door het Hof van Justitie geïnitieerde rechtsontwikkeling aanpakt die in zijn ogen evident niet gedekt wordt door de Verdragen, loopt het de kans de bijl aan de wortel van de autonomie van de Unierechtsorde te zetten, althans als het zich niet zeer terughoudend opstelt. En dat is in feite wat het doet met de introductie van zijn criterium van een structurele wijziging van de bevoegdheidsverdeling. Dat criterium lijkt zich bovendien beter voor een objectieve beoordeling te lenen dan het evidentiecriterium. Dat blijkt in dit geval. Over de vraag of in *Mangold* sprake was

47 JWR, <http://www.publiekrechtropolitiek.nl/een-hond-die-blaft-maar-nooit-bijt/>, geraadpleegd 10 september 2010; vgl. ook Anne-Bettina Kaiser, ‘German Data retention provisions in their present form’ *EuConst* 2010, p. 462.

48 Dit argument zal Jit Peters zeker aanspreken, zie zijn ‘Het EHRM vanaf de Olympus’ op de website publiekrecht en politiek, <www.publiekrechtropolitiek.nl/column-jit-peters-het-ehrm-vanaf-de-olympus/>.

49 BVerfG, 2 BvR 2661/06 (Honeywell), uitspraak van 6 juli 2010, nr 99, 103 e.v.

van een evidente bevoegdheidsoverschrijding kan men (blijven) twisten. Maar niemand, zelfs rechter Landau niet, beweert dat *Mangold* een structurele wijziging van de bevoegdheidsverdeling oplevert. Daarvan zou wel sprake zijn als de ongeschreven rechtsbeginselen op eigen kracht de werkingssfeer van het Unierecht zouden kunnen uitbreiden, dus ook van toepassing zouden kunnen zijn daar waar Unierecht niet reeds uit andere hoofde van toepassing is. Maar het Bundesverfassungsgericht heeft duidelijk gemaakt zich daar tegen te zullen verzetten (*supra*, onder 3, na noot 31).

Al met al meen ik daarom dat het Bundesverfassungsgericht een heel begrijpelijke, redelijke en verstandige weg heeft gevonden tussen enerzijds de wens de autonomie van de Unierechtsorde met alles wat daaraan hangt, te respecteren, anderzijds de wens om te voorkomen dat de Unie zich extra bevoegdheden of misschien zelfs de ‘Kompetenz-Kompetenz’ aanmeet, hetgeen de Duitse grondwet verbiedt. Bijzonder respect verdient het Duitse hof daarbij in mijn ogen voor zijn vermogen om zijn eigen gelijk te relativiseren, dat wil zeggen voor zijn vermogen om *niet* zijn eigen maatstaven over wat een (Duitse) rechter wel en niet mag doen toe te passen op het Hof van Justitie, maar dat Hof, binnen zekere grenzen, juist de ruimte te geven voor diens eigen opvattingen over de rol van de rechter in de Unierechtsorde, inclusief de ruimte om fouten te maken.

