



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### **Hoe een pensioengerechtigde die door bleef werken een constitutioneel conflict tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie van de EU veroorzaakte; en hoe dit bewijst dat het EU-recht noodzaakt tot afwijken van Nederlandse Grondwet**

Besselink, L.F.M.

#### **Publication date**

2022

#### **Document Version**

Final published version

#### **Published in**

(L)AW MATTERS

#### **License**

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

#### **Citation for published version (APA):**

Besselink, L. F. M. (2022). Hoe een pensioengerechtigde die door bleef werken een constitutioneel conflict tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie van de EU veroorzaakte; en hoe dit bewijst dat het EU-recht noodzaakt tot afwijken van Nederlandse Grondwet. In *(L)AW MATTERS: Blogs and Essays in Honour of Prof. Dr. Aalt Willem Heringa* (pp. 11-15). Universiteit Maastricht.

#### **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.

# (L)AW MATTERS



Blogs and Essays in Honour of  
Prof. Dr. Aalt Willem Heringa



# (L)**AW** MATTERS

Blogs and Essays in Honour of  
Prof. Dr. Aalt Willem Heringa

# Table of Contents

<b>Preface</b>	<b>7</b>
<b>A. European and Comparative Constitutional Law</b>	<b>9</b>
1 Leonard Besselink, Hoe een Pensioengerechtigde die door Blijf Werken een Constitutioneel Conflict tussen de Nationale Rechter en het Hof van Justitie van de EU Veroorzaakte, en hoe dit Bewijst dat het EU-Recht Noodzaakt tot Afwijken van Nederlandse Grondwet	11
2 Paul Bovend'Eert, Het Begrip 'Rechtsstaat' Kanttekeningen bij Enkele Ontwikkelingen	16
3 Mariolina Eliantonio, Is the EU Courts' Toolbox to Tackle Scientific Uncertainty Sufficient?	24
Sascha Hardt, Towards a European Parliamentary Mandate?	29
5 Saldi Isra, The Development of the Rule of Law in Indonesia	34
6 Anne Pieter van der Mei, In Courts we Trust - Yes, but Sometimes Too Much	40
7 Thu Nguyen, The Recovery and Resilience Facility and the New Political Reach of EU Economic Governance	44
Franco Peirone, EU own 'Weiss': Unity and Union of Constitutional Identities	49
9 Prashant Sabharwal, When Change is Wrong: Unconstitutional Constitutional Amendments and the Post-Truth Era	53
10 Marijn van der Sluis, Groen Staatsrecht in Nederland en de EU	58
Jana Trifunović, For Truth that Sets Free: Exploring the Role of Courts in an Era of Post Truth	63
11 Ellen Vos, Independent EU Agencies and Political Control	69
12 Antonia Waltermann, Poland and the EU through the Lens of Popular Sovereignty	73
13 Rob van de Westelaken, National Parliaments in the Conference on the Future of Europe: Equals in a still Uneasy Partnership	77

<b>B.</b>	<b>Dutch Constitutional Law</b>	<b>85</b>
15	Carla van Baalen, Ik heb Montesquieu te Liever Aangehaald	87
16	Tom Barkhuysen, Evenredige Vertegenwoordiging van Generaties	92
17	Joop van den Berg, Coalitievorming, Nationaal en Lokaal Vergeleken	96
18	Bert van den Braak, Zelfontbinding van de Tweede Kamer	103
19	Hansko Broeksteeg, Zelfbinding aan Lokale Referenda	109
20	Monica Claes, A Constitutional Court for the Netherlands?	113
21	Erik Jurgens, Urgenda: Ook Oprekken van het EVRM is Gevaarzettend	119
22	Gerrit Van Maanen, De Onafhankelijke Rechter en de Rechte Rug van de President van de Hoge Raad	124
23	Jan Schinkelshoek, 'U verveelt zich...' Landerigheid aan het Binnenhof Vijftig Jaar Ronddolen in het Politiek-publicitaire Complex	135
24	Jakob van der Velde, De Rechter, Trias Politica en de Oprichting van een Constitutioneel Hof in Nederland	141
25	Gerrit Voerman, Geef Politieke Partijen de Ruimte	145
26	Sofie Wolf, Laten we de Eerste Kamer Houden! Een Betoog om de Eerste Kamer niet af te Schaffen	151
<b>C.</b>	<b>Human Rights Law</b>	<b>157</b>
27	Karianne Albers, Strafprocesrechtelijke Waarborgen bij Bestuursrechtelijke Sancties?	159
28	Fons Coomans, Een Nieuwe Toekomst voor Sociale Grondrechten	166
29	Bruno De Witte, A Pillar between Two Charters - Reviving Social Rights in Europe?	170
30	Jan Eijsbouts, The UN Guiding Principles on Business and Human Rights as Paradigm Changers in State and Corporate Law	175
31	Janneke Gerards, Open en Gesloten Systemen van Gelijkebehandelingsrecht	183
32	Gerard-René de Groot, Tegenstribbelend Nederland	188
33	Šejla Imamović, Old Challenges and New Opportunities in Multilevel Protection of Rights in Europe	193
34	Heleen Janssen, De Toekomst van de Digitale Rechtsstaat. Pleidooi voor het Gebruik van een Mensenrechten Impact Assessment voor Publieke Sector	198

# **Hoe een Pensioengerechtigde die door Bleef Werken een Constitutioneel Conflict tussen de Nationale Rechter en het Hof van Justitie van de EU Veroorzaakte, en hoe dit Bewijst dat het EU-Recht Noodzaakt tot Afwijken van Nederlandse Grondwet**

## *De pensioengerechtigde die na ontslag bleef doorwerken*

Karsten Eigil Rasmussen nam eind mei 2009 ontslag bij het nabij Kopenhagen gevestigde bouwbedrijf AJOS. Hij kwam niet in aanmerking voor de gebruikelijke wettelijke ontslagvergoeding, omdat de wet op de aanspraak op een ontslagvergoeding een uitzondering maakt voor wie, zoals Karsten Rasmussen, in aanmerking kwam voor een leeftijdspensioen. Pensioen nam Karsten echter niet; hij werkte bij een andere werkgever door. Dat hij uitsluitend vanwege aan leeftijd gekoppelde pensioengerechtigheid zijn ontslaguitkering misliep, was zijns inziens het maken van een ongerechtvaardigde vorm van onderscheid op grond van leeftijd.

**Leonard F.M. Besselink**

Emeritus Hoogleraar Constitutioneel Recht, Universiteit van Amsterdam

*De wet en het ongeschreven rechtsbeginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd*

Karsten Rasmussen bracht zijn zaak voor de rechter, en won die in eerste aanleg voor de Deense Zee- en handelsrechtbank op grond van toepassing van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van 2010 waarin die had vastgesteld dat de betreffende Deense wetgeving inderdaad ongerechtvaardigde leeftijdsdiscriminatie in de zin van Richtlijn 2000/78 was.<sup>1</sup> AJOS stelde tegen deze uitspraak beroep in bij de Deense Hoge Raad, die eerst prejudiciële vragen stelt, omdat de uitspraak van het Hof van Justitie van 2010 geen betrekking had op een horizontale verhouding tussen twee private partijen waarin naar vast rechtspraak de Richtlijn niet rechtstreeks kan werken. Het in dit geval *contra legem* tegenwerpen aan een particulier van een algemeen rechtsbeginsel inhoudend een verbod van leeftijdsdiscriminatie dat een kamer van het Hof van Justitie in het beruchte *Mangold*-arrest<sup>2</sup> had geponeerd, deed bij de Deense Hoge Raad de vraag rijzen of de nationale rechter, nu een dergelijk beroep op een ongeschreven algemeen rechtsbeginsel in strijd kan komen met het beginsel van rechtszekerheid en het beginsel dat door de wet gewekte legitieme verwachtingen niet mogen worden gefnuikt, deze botsende beginselen tegen elkaar mag afwegen. Het Hof van Justitie (Grote Kamer) was onverbiddelijk. Zo'n ruimte heeft de nationale rechter niet. Als richtlijnconforme uitlegging onmogelijk blijkt te zijn, omdat – zoals in dit geval – dit zou neerkomen op *contra legem* uitleg, moet elke met het algemene verbod van leeftijdsdiscriminatie strijdige bepaling van dat nationale recht buiten toepassing worden gelaten. Aan deze verplichting kan niet worden afgedaan door het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen.<sup>3</sup>

*De Deense rebellie tegen het Hof van Justitie van de Unie: het constitutionele conflict*

In de einduitspraak weigerde de Deense Hoge Raad deze uitspraak van het Hof van Justitie te volgen, nu deze in strijd werd geoordeeld met de goedkeuringwet van het Lissabon Verdrag op basis van een *ultra vires* toetsing: de uitleg van het Hof van Justitie overschreed – kort samengevat – de

<sup>1</sup> Case C-499/08 *Ingeniørforeningen i Danmark*, ECLI:EU:C:2010:600.

<sup>2</sup> Case C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, ECLI:EU:C:2005:709.

<sup>3</sup> Case C-441/14 *Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI:EU:C:2016:278, ¶ictum para. 2, en para. 35-42.

bevoegdheden die door de wetgever in de goedkeuringswet aan de Unie waren overgedragen, nu een dergelijke verregaande werking van ongeschreven rechtsbeginselen geen basis heeft in het goedgekeurde Verdrag.<sup>4</sup>

### *Constitutionele rechtsvergelijking*

Hoewel dit niet onmiddellijk evident is uit de uitspraak van de Deense Hoge Raad, moet deze rebellie worden begrepen tegen de achtergrond van het gegeven dat het in de Deense constitutionele verhoudingen onvoorstelbaar is dat de rechter de wet onverbindend zou verklaren wegens strijd met een ongeschreven algemene rechtsbeginsel.<sup>5</sup> Dit vloeit voort uit de terughoudende rol van de rechter in de Noordse constitutionele traditie waartoe ook de Deense behoort, een traditie die – zoals de Nederlandse en Britse – de grondwet beschouwt als in overwegende mate een politieke constitutie waarbij het democratische primaat bij de wetgevende en uitvoerende macht ligt, ook als het gaat om toetsing van de grondwettigheid van de wet, en zelfs in landen waarin de rechter bevoegd is tot deze toetsing – hetgeen sinds de Finse grondwetsherziening in het jaar 2000 haar beslag kreeg, in alle vijf Noordse landen het geval is. Hoewel er verschillen zijn tussen de ‘westelijke’ en de ‘oostelijke’ Noordse landen,<sup>6</sup> komt de rechter uiterst zelden tot de conclusie dat er sprake is van strijd met de bepalingen van de grondwet en alleen als er sprake is van een min of meer onmiskenbare strijd.

### *Het problematische van toetsing aan beginselen*

Als we het hebben over toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen, bedoelen we beginselen die een zelfstandige maatstaf voor beoordeling van wettelijke normen is. Het gaat dan niet om beginselen die de toepassing van wettelijke voorschriften reguleren, zoals het proportionaliteitsbeginsel, maar die als zelfstandige toetsingsgrond fungeren.<sup>7</sup> Wellicht is het onderscheid vloeiend, net als trouwens dat tussen een ‘zelfstandig’ algemeen rechtsbeginsel en een ongeschreven gewoonterechtelijke norm. Maar het kan wel uitmaken,

<sup>4</sup> Højesteret, 6 december 2016, 15/2014 para. 35-42.

H. Krunke, 'Impact of the EU/EEA on the Nordic Constitutional Systems', in H. Krunke Thorarensen (eds.) *The Nordic Constitutions: a Comparative and Contextual Study*, (Hart Oxford, 2018) p. 194.

<sup>6</sup> E. Smith, 'Judicial Review of Legislation', in H. Krunke Thorarensen (eds.) *The Nordic Constitutions: a Comparative and Contextual Study*, (Hart Oxford, 2018), op. cit. supra noot 4, p. 107-132.

<sup>7</sup> Vgl. T. Koopmans, 'Constitutionele toetsing', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 122<sup>e</sup> jaargang, 1992-I, p. 61-62.



ook voor de normenhiërarchie – een kwestie die in het Nederlandse staats- en bestuursrecht, waar de bronnenleer die toch al wat magertjes afsteekt tegen wat buitenlandse handboeken daarover hebben te melden – nauwelijks aandacht krijgt.

Los van de vraag wat de precieze inhoud en betekenis van algemene rechtsbeginselen is, doet zich in ook het probleem voor van de samenloop en botsing van rechtsbeginselen.<sup>8</sup> Dat was precies wat er in *AJOS* aan de hand was: volgens de Deense Hoge Raad botste in dat geval het gelijkheidsbeginsel (in de vorm van het algemene rechtsbeginsel dat leeftijdsdiscriminatie verbiedt), met het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel dat legitiem gewekte verwachtingen moeten worden gestand gedaan (beginselen die samenhangen met de Deense wetgeving). Het Hof van Justitie stond een rechterlijke afweging van deze beginselen echter niet toe. De overwegingen van het Hof laten zich zo verstaan dat het rechtsbeginsel inhoudend een ‘algemeen verbod van leeftijdsdiscriminatie’ een zelfstandige norm vormt, terwijl het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geen soortgelijke zelfstandige beginselen zijn maar uitsluitend betrekking hebben op de toepassing van de (Deense) wettelijke regeling.

Het belang en het bestaan van algemene rechtsbeginselen als zelfstandige toetsingsmaatstaf in het EU-recht is gelegen in het historische feit dat vóór de inwerkingtreding van het Grondrechtenhandvest grondrechten waaraan het Hof toetste, alleen als algemene Unierechtelijke rechtsbeginselen bestonden (vgl. art. 6(3) VEU en zijn voorlopers sinds het Verdrag van Maastricht). De inhoud van deze groep algemene beginselen geeft hun een fundamentele status die minder evident is bij andere algemene beginselen.

### *De lessen voor Nederland*

Het is de Nederlandse rechter van oudsher niet toegestaan de wet te toetsen aan algemene rechtsbeginselen: ‘de wetten zijn onschendbaar’ heet het sinds 1848, en in dit specifieke opzicht is er niets veranderd, weten we uit het *Harmonisatiewet*-arrest van 1987. Toetsen van de wet aan ongeschreven internationaal recht en internationale rechtsbeginselen is evenmin toegestaan, weten we sinds het tweede *Nyugat*-arrest van 1959; zelfs niet, zo blijkt uit

---

<sup>8</sup> Vgl. L. Prakke, ‘Bedenkingen tegen het toetsingsrecht’, in *Handelingen*, supra noot 7, p. 32.

het *Decembermoorden*-arrest van 2001, als het gaat om de strafbaarheid van misdrijven tegen de menselijkheid en het folterverbod, die algemeen beschouwd worden onderdeel te vormen van het internationale *ius cogens*.

In 1992 stemde een 'overgrote meerderheid' van de ter vergadering aanwezige leden van de Nederlandse Juristen-Vereeniging tegen de handhaving van of het verbod van rechterlijke grondwettigheidstoetsing van de wet. Tegelijkertijd vond eenzelfde 'overgrote meerderheid' dat rechterlijke toetsing van de wet aan algemene rechtsbeginselen verboden moest blijven,<sup>9</sup> zoals ook het geval was met het latere voorstel-Halsema.

De grote meerderheid van de Staatscommissie Grondwet stelde in 2010 voor rechterlijke toetsing aan ongeschreven internationaal recht mogelijk te maken, waarbij de helft van de leden van de Staatscommissie toetsing deze toetsing wilde beperken tot toetsing aan ongeschreven internationaal *ius cogens*. Nodeloos op te merken dat dit voorstel – zoals de meeste andere van deze Staatscommissie – geruisloos in een lade is verdwenen om er sindsdien niet meer uit tevoorschijn te komen.

Zoveel is daarmee zeker, dat het Unierecht dwingt tot afwijken van de zeer vaste grondwettelijke regel die rechterlijke toetsing van de wet aan ongeschreven rechtsbeginselen verbiedt. Dit was al vóór het *Harmonisatiewet*-arrest voorzien door Sacha Prechal en Ton Heukels in hun FIDE-rapport van 1986.<sup>10</sup> De rechtspraak van het Hof van Justitie in *Dansk Industri* maakt deze conclusie onbetwistbaar. Nu de Nederlandse regering, wetgever en Raad van State nog.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging*, 122<sup>e</sup> jaargang, 1992-II, p. 93.

<sup>10</sup> T. Heukels and S. Prechal, *General Legal Principles in Dutch Law and Community Law: Comparison and Interaction* (FIDE Douzième Congrès Paris, 1986), pp. 239-301; Nederlandse versie in *SEW* (1986), pp. 287-331. Na het *Harmonisatiewet*-arrest idem A. W.M. Bijloos en Van den Oosterkamp, 'De verhouding van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht tot de Algemene wet bestuursrecht' *SEW* (1990), p. 865.

<sup>11</sup> Vgl. A.W. Heringa, 'Het Verdrag van Maastricht wijkt af van de Grondwet' *NJB* (1992), p. 749 e.v..