

De arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* gerelativeerd

42

Het op 26 februari 2013 gewezen arrest Åkerberg Fransson en het op dezelfde dag gewezen arrest Melloni hebben in de literatuur tot de nodige opschudding geleid. In deze bijdrage proberen wij beide arresten te relativeren.

I. Inleiding

1. Op 26 februari 2013 heeft de Grote kamer van het Hof van Justitie twee arresten gewezen die in het kader van de grondrechtenbescherming binnen de Europese Unie zeer belangrijk zijn: het arrest *Åkerberg Fransson* en het arrest *Melloni*.¹ In het eerstgenoemde arrest gaat het Hof uitdrukkelijk in op de vraag wanneer lidstaten gebonden zijn aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest). In de literatuur is over die vraag, aan de hand van eerdere arresten van het Hof, veel discussie gevoerd. In het arrest *Åkerberg Fransson* heeft het Hof het toepassingsgebied van het Handvest nadrukkelijk gelijkgeschakeld met dat van het Unierecht. Dit betekent dat lidstaten gehouden zijn de in het Handvest neergelegde grondrechten te eerbiedigen wanneer hun optreden valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Daarnaast komt in zowel het arrest *Åkerberg Fransson* als het arrest *Melloni* de verhouding tussen het Handvest en de door het nationale recht geboden grondrechtenbescherming aan de orde. In hoeverre mogen lidstaten in zaken die vallen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht en daarmee binnen dat van het Handvest, de nationale grondrechtenbescherming toepassen? Het Hof heeft geoordeeld dat dit lidstaten is toegestaan, mits het beschermingsniveau van het Hand-

R. van der Hulle* en R. van der Hulle**

vest noch de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht in het geding komen.

2. In de literatuur hebben de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* tot de nodige opschudding geleid. Veenbrink en De Waele, bijvoorbeeld, hebben de arresten omschreven als 'ronduit spectaculair'. Volgens hen lijken lidstaten daardoor 'bijzonder beperkt te worden in de handhaving van een meer uitgebreide bescherming van fundamentele rechten ten opzichte van de standaard die uit het EU-Handvest voortvloeit'. Veenbrink en De Waele menen zelfs dat het Hof met de arresten de bescherming van fundamentele rechten in essentie heeft geüniformeerd voor alle situaties waarin handelingen van lidstaten vallen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. 'Wanneer er inderdaad in deze zin wordt doorgepakkt, kan dit leiden tot stevige politieke fricties en (hernieuwd) gespannen verhoudingen met nationale constitutionele rechters', zo luidt hun conclusie.² De Visser heeft een vergelijkbare conclusie getrokken: volgens haar kunnen 'meningsverschillen en openlijke conflicten' tussen het Hof en nationale rechters over de bescherming van een bepaald grondrecht niet worden uitgesloten.³

3. Deze reacties in de literatuur vormen de directe aanleiding voor het schrijven van deze bijdrage. In deze bijdrage zullen wij allereerst de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* nader bezien. Vervolgens zullen wij ingaan op de mogelijke gevolgen van deze arresten voor de verhouding tussen het Hof en nationale constitutionele rechters.⁴ Zouden de arresten daadwerkelijk op verzet van nationale constitutionele rechters kunnen stuiten? Met het oog op de omvang van deze bijdrage zullen wij ons hierbij beperken tot de constitutionele rechters van Duitsland, Frankrijk, Spanje, Tsjechië en Polen. De keuze voor de constitutionele rechters van deze lidstaten

* Mr. drs. Rob van der Hulle is jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

** Mr. Rick van der Hulle is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, AB 2013/131, m.nt. Widdershoven, JB 2013/58, m.nt. Veenbrink en De Waele, SEW 2013, afl. 9, p. 395-399, m.nt. Janssens en Nordin; HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, AB 2013/132, m.nt. Widdershoven, JB 2013/57, m.nt. Veenbrink en De Waele onder JB 2013/58, EHRC 2013/113, m.nt. De Visser, CML Rev. 2013, p. 1083-1104, m.nt. De Boer, SEW 2013, afl. 9, p. 390-394, m.nt. Janssens.

2 Zie punt 7 en 10 van de noot van Veenbrink en De Waele (JB 2013/58).

3 Zie punt 8 van de noot van De Visser (EHRC 2013/113). Vgl. A. Fierstra, 'Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten', NtER 2013, p. 199; M.I. Veldt-Folgia, 'Stefano Melloni: grenzen aan de nationale grondwettelijke grondrechtenbescherming bij uitvoering van een EAB', NtER 2013, p. 344-345. Beide auteurs spreken over een machtswoord van het Hof.

4 Zie over de verhouding tussen het Hof en nationale rechters meer in algemene zin recentelijk J. Komárek, 'The Place of Constitutional Courts in the EU', ECLR 2013, p. 420-450. Vgl. ook C. Van de Heyning, 'De witwasrichtlijn als onderwerp van discussie tussen de hoogste rechtscolleges in de Europese juridische ruimte', SEW 2014, afl. 1, p. 12-23.

is vooral ingegeven door het feit dat dit rechters zijn die zich recentelijk nog kritisch, of op zijn minst genuanceerd, hebben uitgelaten over de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde.⁵

II. De arresten *ÅkerbergFransson* en *Melloni* nader bezien

4. De arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* raken aan diverse leerstukken die in het kader van de grondrechtenbescherming binnen de Europese Unie een rol spelen. In deze paragraaf willen wij allereerst ingaan op het toepassingsgebied van het Handvest en de betekenis van het arrest *Åkerberg Fransson* voor dat leerstuk. Vervolgens willen wij ingaan op de verhouding tussen het Handvest en de door het nationale recht van de lidstaten geboden grondrechtenbescherming. Zoals gezegd komt deze verhouding in beide arresten aan de orde. Tot slot willen wij in deze paragraaf aandacht besteden aan de vraag in hoeverre de nationale identiteit van lidstaten daarbij een rol kan spelen.

II.1. Het toepassingsgebied van het Handvest

5. In het kader van de grondrechtenbescherming binnen de Europese Unie speelt het Handvest een belangrijke rol. Het Handvest is in 2000 ondertekend en afgekondigd, en heeft met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 een juridisch bindende status gekregen.⁶ Sindsdien werkt het Handvest – net als het overige Unierecht – rechtstreeks door in de rechtsordes van de lidstaten. Rechtstreeks werkende bepalingen van het Handvest kunnen door burgers voor de rechter worden ingeroepen. Voor deze bijdrage is vooral van belang dat het Handvest zich niet alleen richt tot de Europese instellingen, maar zich ook kan richten tot de lidstaten. Daarnaast is het beschermingsbereik van het Handvest in bepaalde opzichten ruimer dan dat van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van

de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM).⁷

6. Een van de kernbepalingen van het Handvest is artikel 51. Het eerste lid daarvan luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

‘De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten.’

Hieruit volgt dat het Handvest zich uitsluitend tot de lidstaten richt wanneer zij het Unierecht ‘ten uitvoer brengen’. De vraag wat daaronder moet worden verstaan, is in de literatuur regelmatig aan de orde gekomen.⁸ Als wij het goed zien, kan in dit verband een onderscheid worden gemaakt tussen een strikte en een ruime benadering. Volgens de strikte benadering zijn lidstaten alleen aan het Handvest gebonden wanneer zij het Unierecht uitvoeren. Dit is het geval wanneer zij een richtlijn omzetten in het nationale recht of uitvoering geven aan een verordening, besluiten van Europese instellingen of bepalingen uit de Europese verdragen.⁹ Voorstanders van deze strikte benadering voeren aan dat de opstellers van het Handvest uitdrukkelijk hebben beoogd de binding van lidstaten aan het Handvest te beperken.¹⁰ Volgens de ruime benadering kunnen lidstaten in veel meer gevallen aan het Handvest gebonden zijn. Bepalend volgens deze benadering is of lidstaten worden geacht op te treden binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Dit kan ook het geval zijn wanneer hun optreden niet is gericht op het omzetten van een richtlijn of het uitvoeren van een verordening, besluiten van Europese instellingen of bepalingen uit de Europese verdragen. Voorstanders van deze ruime benadering wijzen op de rechtspraak van het Hof van vóór de vaststelling van het Handvest en de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, en op de toelichting bij artikel 51 lid 1 Handvest. Het in de literatuur meest genoemde en aan die rechtspraak ontleende voorbeeld is het geval waarin een nationale maatregel leidt tot een belemmering van het vrije verkeer van goederen, personen, diensten of kapitaal en de betrokken lidstaat

5 Voor conflicten tussen het Hof en de Nederlandse rechter hoeft naar onze mening niet te worden gevreesd. Dit niet alleen omdat de Nederlandse rechter het Unierecht in de praktijk loyaal toepast, maar ook omdat hij niet geneigd is om op nationaal niveau een hogere grondrechtenbescherming te bieden dan de op Europees niveau geboden grondrechtenbescherming. Zie hierover M. de Visser, ‘Veranderingen in de dialoog tussen Nederlandse rechter en het Hof van Justitie? De wet prejudiciële vragen en het voorstel-Halsema bezien vanuit Europees en rechtsvergelijkend perspectief’, *TvCR* 2012, p. 250; J.H. Gerards, ‘Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?’, *TvCR* 2010, p. 224-255.

6 H.C.F.J.A. de Waele, ‘Het EU-Handvest van de Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak’, *Trema* 2011, p. 245-251. Het Handvest is in de tussentijd op een aantal punten gewijzigd.

7 T. Barkhuysen & A.W. Bos, ‘De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht’, *JBplus* 2011, p. 3-34.

8 Zie recentelijk M. de Mol, A. Pahladsingh & L.R. van Heijningen, ‘Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: Toepassingsgebied en het onderscheid tussen “rechten” en “beginselen”’, *SEW* 2012, afl. 6, p. 223-230; P.P. Craig, ‘The Charter, the ECJ and national courts’, in: D. Ashiagbor e.a. (red.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 87-95.

9 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 juli 1989, C-5/88, *Jur.* 1989, p. I-2609 (*Warschauff*); HvJ EG 13 april 2000, C-292/97, *Jur.* 2000, p. I-2737 (*Karlsson*). Vgl. ook HvJ EG 17 september 2002, C-413/99, *Jur.* 2002, p. I-7136 (*Baumbast*); HvJ EG 6 november 2003, C-101/01, *Jur.* 2003, p. I-12971 (*Lindqvist*).

10 J. Morijn, ‘Åkerberg: een verduidelijking van de reikwijdte van het EU-Handvest ten aanzien van lidstaten?’, in: A. Pahladsingh & M. van Roosmalen (red.), *EU-Handvest selecties*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 205-207; A. Fierstra, ‘Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten’, *NtER* 2013, p. 199.

een beroep doet op een rechtvaardigingsgrond.¹¹ Een dergelijke maatregel moet in overeenstemming zijn met het Unierecht en de door het Unierecht beschermde grondrechten.¹² In de toelichting bij artikel 51 lid 1 Handvest is, onder verwijzing naar deze rechtspraak, vermeld dat lidstaten gehouden zijn de in het Handvest neergelegde grondrechten te eerbiedigen wanneer zij 'optreden binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie'.¹³

7. In het arrest *Åkerberg Fransson* lijkt het Hof een principiële keuze te hebben gemaakt voor de ruime benadering.¹⁴ In dit arrest staat belastingfraude centraal. De Zweedse belastingdienst meende dat de heer Åkerberg Fransson onjuiste informatie had verstrekt bij zijn belastingaangiften over de jaren 2004 en 2005 en dat de Zweedse overheid daardoor een groot bedrag aan belastinginkomsten was misgelopen. In mei 2007 had de Zweedse belastingdienst aan de heer Åkerberg Fransson een bestuurlijke boete opgelegd. De heer Åkerberg Fransson werd vervolgens in juni 2009 ook strafrechtelijk vervolgd. De Zweedse strafrechter legde het Hof onder meer de vraag voor of het in artikel 50 Handvest neergelegde *ne-bis-in-idem*-beginsel aan de strafrechtelijke vervolging van de heer Åkerberg Fransson in de weg stond.

8. Alvorens deze vraag te kunnen beantwoorden, diende het Hof na te gaan of het Handvest in de voorliggende zaak van toepassing was. Anders dan diverse lidstaten, de advocaat-generaal en de Europese Commissie, beantwoordt het Hof deze vraag bevestigend. Na allereerst de tekst van artikel 51 lid 1 Handvest in herinnering te hebben gebracht, overweegt het Hof, onder verwijzing naar eerdere arresten, dat de in het Handvest neergelegde grondrechten toepassing kunnen vinden 'in alle situaties die door het Unierecht worden beheerst'.¹⁵ Het Hof schakelt hiermee het toepassingsgebied van het Handvest gelijk met dat van het Unierecht. Volgens het Hof kunnen zich dan ook geen gevallen voordoen waarin het Unierecht geldt zonder dat de door het Handvest beschermde grondrechten moeten worden geëerbiedigd.¹⁶ Ter onderbouwing van dit oordeel wijst het Hof op de toelichting bij artikel 51 lid 1 Handvest.¹⁷

9. Het Hof overweegt hierna dat de aan de heer Åkerberg Fransson opgelegde boete en de tegen hem ingestelde strafrechtelijke vervolging gedeeltelijk verband houden met zijn aangifteverplichtingen op BTW-gebied. Uit de

BTW-richtlijn¹⁸ en artikel 4 lid 3 EU-Verdrag vloeit voor lidstaten de verplichting voort om alle wettelijke en bestuurlijke maatregelen te nemen om te waarborgen dat de BTW op hun grondgebied volledig wordt geïnd en om fraude te bestrijden. Daarnaast geniet de Europese Unie inkomsten uit BTW-opbrengsten en zijn lidstaten op grond van artikel 325 EU-Verdrag verplicht om onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Europese Unie worden geschaad te bestrijden. Gelet op deze bepalingen moet volgens het Hof worden geoordeeld dat met de boeteplegging en de strafvervolging van de heer Åkerberg Fransson uitvoering wordt gegeven aan het Unierecht. De voorliggende zaak valt daarom binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.¹⁹ Dat de wetgeving waarop de boete en de strafvervolging van de heer Åkerberg Fransson waren gebaseerd niet nadrukkelijk met het oog op het Unierecht is vastgesteld, maakt dit niet anders.

10. Hoewel de ruime benadering niet zonder meer volgt uit de tekst van artikel 51 lid 1 Handvest, is de keuze van het Hof voor die benadering naar onze mening wel verdedigbaar.²⁰ Deze keuze lijkt overigens ook al besloten te liggen in andere arresten van na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.²¹ Door de gelijkschakeling van het toepassingsgebied van het Handvest met dat van het Unierecht voorkomt het Hof dat zich gevallen kunnen voordoen waarin weliswaar het Unierecht geldt, maar waarin het voor burgers niet altijd mogelijk is om een beroep te doen op de bepalingen van het Handvest. Dit zou vooral problematisch zijn geweest in de gevallen waarin het Handvest meer bescherming biedt van een bepaald grondrecht dan het EVRM en het nationale recht. De vraag is of het ontzeggen van die verdergaande grondrechtenbescherming door het hanteren van een strikter toepassingsgebied van het Handvest te rechtvaardigen valt. Voor zover voorstanders van de strikte benadering hebben aangevoerd dat de opstellers van het Handvest hebben beoogd de binding van de lidstaten aan het Handvest te beperken, menen wij met het Hof dat de toelichting veeleer steun biedt voor de ruime benadering. Zouden de opstellers van het Handvest daadwerkelijk hebben beoogd de binding van lidstaten aan het Handvest te beperken, dan ligt het voor de hand dat dit in de toelichting in duidelijke bewoordingen kenbaar zou zijn gemaakt, temeer nu in het EU-Verdrag en het Handvest zelf ook uitdrukkelijk is bepaald dat met de

11 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925 (*ERT*); HvJ EG 26 juni 1997, C-368/95, *Jur.* 1997, p. I-3689 (*Familiapress*).

12 Vgl. ook HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jur.* 2003, p. I-5659 (*Schmidberger*); HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *Jur.* 2004, p. I-9609 (*Omega*).

13 *PbEU* 2007, C 303/32.

14 Vgl. Widdershoven in punt 1 van zijn noot (*AB* 2013/131).

15 Zie r.o. 19.

16 Zie r.o. 21 en 22.

17 Zie r.o. 20.

18 Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (*PbEU* 2006, L 347).

19 Zie r.o. 24-26.

20 Aldus ook Janssens en Nordin in hun noot (*SEW* 2013, afl. 9, p. 396-397).

21 Zie A. Pahladsingh & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie één jaar juridisch bindend: rechtspraak in kaart', *NtER* 2011, p. 55; H.J.Th.M. van Roosmalen & A. Pahladsingh, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie twee jaar juridisch bindend: rechtspraak in beweging?', *NtER* 2012, p. 57-60; H.J.Th.M. van Roosmalen & A. Pahladsingh, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: beweging in de rechtspraak', *NtER* 2013, p. 83-85.

toelichting bij de uitleg van het Handvest rekening moet worden gehouden.²² Een *clear statement* hierover ontbreekt echter.²³

11. Naar onze mening komt het Hof ook op goede gronden tot de conclusie dat de aan de heer Åkerberg Fransson opgelegde bestuurlijke boete en de tegen hem ingestelde strafrechtelijke vervolging vallen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Hoewel de Zweedse wetgeving waarop de boete en de strafvervolging waren gebaseerd niet was vastgesteld ter implementatie van de BTW-richtlijn, wordt door gebruikmaking van die wetgeving feitelijk wel aan verplichtingen die uit het Unierecht voortvloeien, voldaan. Zou het Hof bepalend hebben geacht dat de wetgeving niet nadrukkelijk is vastgesteld ter implementatie van de BTW-richtlijn, dan zou een lidstaat in de toekomst eenvoudig de gebondenheid aan het Handvest kunnen omzeilen door in de wetgeving niet het relevante Unierecht te vermelden.²⁴

II.2. De verhouding tussen het Handvest en de nationale grondrechtenbescherming

12. Net als over het toepassingsgebied van het Handvest is ook over de verhouding tussen het Handvest en de nationale grondrechtbescherming veel geschreven. In de kern komt het daarbij aan op de vraag in hoeverre lidstaten in zaken die vallen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht en daarmee binnen dat van het Handvest, de nationale grondrechtenbescherming mogen toepassen. Deze vraag is vooral van belang voor gevallen waarin het nationale recht meer bescherming biedt van een grondrecht dan het Handvest. Artikel 53 van het Handvest heeft hierop betrekking en luidt als volgt:

‘Geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten.’

13. In de literatuur zijn diverse mogelijkheden aan de orde gekomen waarop artikel 53 Handvest zou kunnen

worden uitgelegd.²⁵ Sommige auteurs hebben betoogd dat dit artikel vergelijkbaar is met artikel 53 EVRM, waaruit volgt dat het EVRM slechts een minimumniveau aan grondrechtenbescherming biedt dat door de verdragsstaten op nationaal niveau mag worden verhoogd.²⁶ Zou artikel 53 Handvest op deze manier worden uitgelegd, dan zou dit artikel de lidstaten een handvat bieden om op eigen initiatief aan het Unierecht voorbij te gaan met een beroep op de nationale grondrechtenbescherming. Andere auteurs staan een meer relatieve benadering voor. Volgens hen biedt artikel 53 voor het Hof een grondslag om per geval na te gaan of het nationale recht of het Handvest meer bescherming van een grondrecht biedt. Wordt op nationaal niveau meer bescherming geboden, dan heeft het Handvest daarvoor te wijken. Omgekeerd geldt dat als het Handvest meer bescherming biedt, het nationale recht buiten beschouwing moet blijven.

14. In de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* heeft het Hof artikel 53 Handvest verduidelijkt. Zoals hiervoor beschreven, staat in het eerstgenoemde arrest de belastingfraude van de heer Åkerberg Fransson centraal die daarvoor niet alleen een bestuurlijke boete had gekregen, maar ook strafrechtelijk werd vervolgd. Het arrest *Melloni* gaat over de uitlevering van de heer Melloni door Spanje aan Italië. De heer Melloni was in Italië bij verstek veroordeeld tot een gevangenisstraf van tien jaar. Om de veroordeling ten uitvoer te kunnen leggen, hadden de Italiaanse autoriteiten een Europees arrestatiebevel uitgevaardigd. De Spaanse politie had de heer Melloni in augustus 2008 aangehouden. Voor de rechter voerde hij aan dat de tenuitvoerlegging van het arrestatiebevel afhankelijk diende te worden gesteld van de voorwaarde dat hij in Italië zijn veroordeling kan aanvechten. Het Spaanse Constitutionele Hof – het *Tribunal Constitucional* – was gevoelig voor dit betoog en besloot in september 2008 de tenuitvoerlegging van het arrestatiebevel op te schorten. Daartoe overwoog het dat de uitlevering van een bij verstek veroordeelde verdachte zonder de voorwaarde dat hij zijn veroordeling kan aanvechten, inbreuk zou maken op het in artikel 24 lid 2 Spaanse Grondwet neergelegde recht op een eerlijk proces. Het recht van een verdachte om in persoon bij de behandeling van zijn zaak aanwezig te zijn, wordt door het Spaanse Constitutionele Hof gezien als de wezenlijke inhoud van het in de Spaanse Grondwet neergelegde recht op een eerlijk proces. De hoogste Spaanse rechter vroeg zich echter af hoe deze nationale bescherming van het recht op een eerlijk proces zich verhoudt tot het toepasselijke Europese kaderbesluit.²⁷

22 Zie artikel 6 lid 1 EU-Verdrag en artikel 52 lid 7 Handvest.

23 D. Sarmiento, ‘Who’s Afraid of the Charter? The European Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe’, *CML Rev.* 2013, p. 1277-1278.

24 Zie ook Janssens en Nordin in hun noot (SEW 2013, afl. 9, p. 397); F. Fontanelli, ‘*Hic Sunt Nationes*: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog’, *ECLR* 2013, p. 326.

25 Zie recentelijk A. Torres Pérez, ‘Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter’, in: A. Saiz Arnaiz & C. Alcobero Llivina (red.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 150-152; K. Lenaerts, ‘Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights’, *ECLR* 2012, p. 397-399.

26 Vgl. in dit verband C. Van de Heyning, ‘No place like home: Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights’, in: P. Popelier e.a. (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 65-96.

27 Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (*PbEG* 2002, L 190/1), zoals gewijzigd bij Kaderbesluit 2009/299/JBZ van de Raad van 26 februari 2009 (*PbEU* 2009, L 81/24).

15. De Spaanse constitutionele rechter legde het Hof van Justitie allereerst de vraag voor of het kaderbesluit eraan in de weg staat dat de uitlevering van een bij verstek veroordeelde verdachte afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat hij zijn veroordeling kan aanvechten. Voor het geval dat deze vraag bevestigend zou worden beantwoord, stelde hij de vraag of het kaderbesluit in zoverre verenigbaar is met het recht op een eerlijk proces en de rechten van de verdediging zoals neergelegd in artikel 47 en 48 Handvest. Voor het geval dat ook deze tweede vraag bevestigend zou worden beantwoord, wilde de hoogste Spaanse rechter weten of de nationale grondrechtenbescherming zou mogen worden toegepast, en dus of met een beroep daarop wel de zojuist genoemde voorwaarde aan de tenuitvoerlegging van het arrestatiebevel mag worden verbonden. Het Spaanse Constitutionele Hof wees hierbij uitdrukkelijk op artikel 53 Handvest.

16. Het Hof van Justitie overweegt in het arrest *Melloni* allereerst dat lidstaten in beginsel verplicht zijn een Europees arrestatiebevel uit te voeren. In het toepasselijke kaderbesluit zijn weliswaar gevallen genoemd waarin dit mag worden geweigerd, maar daarop is een aantal uitzonderingen gemaakt. Omdat in de zaak van de heer Melloni een uitzondering aan de orde was – de heer Melloni had zich voor de Italiaanse rechter laten vertegenwoordigen –, kon Spanje op grond van het kaderbesluit de uitlevering van hem aan Italië niet weigeren, noch daaraan de voorwaarde verbinden dat de heer Melloni in Italië zijn veroordeling kan aanvechten.²⁸

17. Het Hof gaat vervolgens in op de vraag of het kaderbesluit verenigbaar is met het recht op een eerlijk proces en de rechten van de verdediging zoals neergelegd in artikel 47 en 48 Handvest. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend. Daartoe overweegt het, mede onder verwijzing naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat het recht van een verdachte om in persoon aanwezig te zijn bij de behandeling van zijn strafzaak een belangrijk onderdeel is van het recht op een eerlijk proces, maar dat dit recht niet absoluut is. Van een schending van het recht op een eerlijk proces, ook als de verdachte niet in persoon is verschenen, is geen sprake als de verdachte op de hoogte is gebracht van het tijdstip en de plaats van de behandeling van zijn zaak of is verdedigd door een raadsman.²⁹

18. Hieruit volgt dat het in het Handvest neergelegde recht op een eerlijk proces en de daarin neergelegde rechten van de verdediging minder ver strekken dan het recht op een eerlijk proces dat in de Spaanse Grondwet is neergelegd. De derde prejudiciële vraag van de

Spaanse constitutionele rechter of gelet op artikel 53 Handvest de verdergaande nationale grondrechtenbescherming zou mogen worden toegepast, en dus of op grond daarvan wel de eerdergenoemde voorwaarde mag worden gesteld, beantwoordt het Hof vervolgens ontkenkend. Daartoe overweegt het:

‘Weliswaar bevestigt artikel 53 van het Handvest dat, wanneer een handeling van Unierecht nationale uitvoeringsmaatregelen vereist, het de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties blijft vrijstaan de nationale grondrechtenbescherming toe te passen, mits daardoor het beschermingsniveau van het Handvest, zoals door het Hof uitgelegd, en de voorrang, eenheid en werking van het recht van de Unie niet in het gedrang komen.’³⁰

Het Hof concludeert hierna dat wanneer een lidstaat ter bescherming van een in de nationale Grondwet neergelegd grondrecht aan de tenuitvoerlegging van een arrestatiebevel de niet in het kaderbesluit genoemde voorwaarde zou kunnen verbinden dat een bij verstek veroordeelde verdachte zijn veroordeling na zijn uitlevering kan aanvechten, afbreuk zou worden gedaan aan de doelmatigheid van het kaderbesluit.³¹

19. Zoals gezegd komt de verhouding tussen het Handvest en de door het nationale recht geboden grondrechtenbescherming ook in het arrest *Åkerberg Fransson* aan de orde. Na te hebben vastgesteld dat de belastingfraude van de heer Åkerberg Fransson valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht en daarmee binnen dat van het Handvest, overweegt het Hof onder verwijzing naar de zojuist aangehaalde overweging van het *Melloni*-arrest:

‘Dit vooropgesteld, kan een nationale autoriteit of rechterlijke instantie die moet onderzoeken of een nationale bepaling of maatregel waarmee in een situatie waarin het optreden van de lidstaten niet volledig door het Unierecht wordt bepaald, het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest, in overeenstemming is met de grondrechten, daarbij nog steeds nationale maatstaven voor de bescherming van de grondrechten toepassen, op voorwaarde dat deze toepassing niet afdoet aan het door het Handvest geboden beschermingsniveau, zoals uitgelegd door het Hof, noch aan de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht (...).’³²

Opvallend is dat het Hof in deze overweging niet verwijst naar artikel 53 Handvest en spreekt over de ‘doeltreffendheid’ van het Unierecht, terwijl het in het arrest *Melloni* spreekt over de ‘werking’ daarvan. Aangenomen mag

28 Zie r.o. 39-44.

29 Zie r.o. 49 en 50.

30 Zie r.o. 60.

31 Zie r.o. 61 en 63.

32 Zie r.o. 29 van het *Åkerberg Fransson*-arrest.

echter worden dat met beide begrippen hetzelfde wordt bedoeld.³³

20. Dit alles komt erop neer dat de lidstaten in zaken waarin hun optreden valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht in ieder geval het Handvest in acht moeten nemen. Willen zij op nationaal niveau een verdergaande grondrechtenbescherming bieden, dan geldt dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht. Het lijkt erop, zoals Widdershoven eerder heeft betoogd, dat bij onderwerpen die in het Unierecht uitputtend zijn geregeld de voorrang van het Unierecht er reeds aan in de weg staat dat door lidstaten een verdergaande grondrechtenbescherming wordt geboden.³⁴ In dat geval is sprake van een directe botsing tussen het Unierecht en het nationale recht. Deze situatie doet zich voor in het arrest *Melloni*. Dat het Hof in dat arrest de toelaatbaarheid van de verdergaande Spaanse grondrechtenbescherming niet uitdrukkelijk toetst aan de voorrang van het Unierecht, hangt waarschijnlijk samen met het feit dat het kaderbesluit vóór het Verdrag van Lissabon is vastgesteld in het kader van de zogenoemde derde pijler van de Europese Unie. Dergelijke kaderbesluiten waren van de voorrang van het Unierecht uitgezonderd.³⁵ Bij onderwerpen die in het Unierecht niet uitputtend zijn geregeld, hebben de lidstaten wel ruimte om een verdergaande grondrechtenbescherming te bieden, zolang geen afbreuk wordt gedaan aan de eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht.³⁶ In het arrest *Åkerberg Fransson* is een onderwerp aan de orde dat in het Unierecht niet uitputtend is geregeld. De Zweedse strafrechter kon het opleggen van een bestuurlijke boete aan de heer Åkerberg Fransson en het tegen hem instellen van een strafrechtelijke vervolging daarom ook toetsen aan de uit de Zweedse Grondwet voortvloeiende grondrechtenbescherming.³⁷

21. Deze uitleg van artikel 53 Handvest is in lijn met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie over de verhouding tussen het Unierecht en het nationale recht van de lidstaten.³⁸ Zoals bekend heeft het Hof reeds in de jaren zestig van de vorige eeuw geoordeeld dat het Unierecht voorrang heeft op het nationale recht.³⁹ Niet veel later heeft het duidelijk gemaakt dat het daarbij geen verschil maakt welke rangorde het nationale recht heeft: ook grondrechten die in de Grondwet van een lidstaat zijn opgenomen kunnen geen afbreuk doen aan de voorrang

van het Unierecht.⁴⁰ Of zoals het Hof het in het arrest *Winner Wetten* van 8 september 2010 heeft geformuleerd:

‘Het zou (...) onaanvaardbaar zijn dat nationale rechtsregels, ook al zijn deze van grondwettelijke aard, afbreuk zouden doen aan de eenheid en de werking van het recht van de Unie.’⁴¹

Het Hof verwijst in het arrest *Melloni* naar deze rechtspraak.⁴² De grenzen die het aan de toepassing van de nationale grondrechtenbescherming heeft gesteld – de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht –, zijn daarop gebaseerd. In de zojuist aangehaalde overweging van het arrest *Winner Wetten* brengt het Hof de voorrang van het Unierecht uitdrukkelijk in verband met de eenheid en werking (doeltreffendheid) daarvan. Zou het Hof de Spaanse constitutionele rechter hebben toegestaan de uit de Spaanse Grondwet voortvloeiende bescherming van het recht op een eerlijk proces toe te passen, dan zou het in feite de Spaanse Grondwet voorrang hebben gegeven op het Unierecht en daarmee op de door hem in de jaren zestig van de vorige eeuw ingezette lijn zijn teruggekomen.

22. Naar onze mening is deze uitleg ook verdedigbaar in het licht van de tekst van artikel 53 Handvest.⁴³ Uit dit artikel volgt dat het Handvest geen afbreuk mag doen aan de door de Grondwetten van de lidstaten erkende grondrechten ‘binnen hun respectieve toepassingsgebieden’. Deze zinsnede lijkt eerst en vooral te bevestigen, zoals advocaat-generaal Bot heeft gesteld, dat het Handvest niet in de plaats treedt van de nationale Grondwet.⁴⁴ In zaken die vallen buiten het toepassingsgebied van het Unierecht en daarmee buiten dat van het Handvest, kan dan ook op de nationale grondrechtenbescherming worden teruggevallen. In zaken die wel vallen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht, ontstaat er een samenloop tussen de door het Handvest geboden grondrechtenbescherming en de grondrechtenbescherming die uit het nationale recht voortvloeit. Het komt ons voor dat als de opstellers van het Handvest met artikel 53 een grondslag hebben willen bieden om zo nodig voorbij te gaan aan de wezenlijke kenmerken van de Europese rechtsorde, zoals de voorrang van het Unierecht, dit vooral ook in de toelichting bij het artikel kenbaar zou zijn gemaakt. Uit de toelichting blijkt niet dat een dergelijke strekking van artikel 53 is beoogd.⁴⁵

33 Widdershoven in punt 3 van zijn noot (AB 2013/132).

34 Widdershoven in punt 4 van zijn noot (AB 2013/132).

35 J.H. Reestman, ‘Voorrang voor derde-pijlerrecht? Een alternatieve lezing van het *Pupino*-arrest’, *NJB* 2008, p. 80-86.

36 D. Sarmiento, ‘Who’s Afraid of the Charter? The European Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe’, *CML Rev.* 2013, p. 1294-1295, spreekt in dit verband van een ‘safeguard clause’. Vgl. ook HvJ EU 30 mei 2013, C-168/13 PPU (*Jeremy F.*).

37 Zie ook r.o. 36.

38 Zie ook De Boer in zijn noot (*CML Rev.* 2013, p. 1093-1094).

39 HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, *Jur.* 1964, p. 1199 (*Costa/ENEL*).

40 HvJ EG 17 december 1970, C-11/70, *Jur.* 1970, p. 1125, r.o. 3 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

41 HvJ EU 8 september 2010, C-409/06, *Jur.* 2010, p. I-8015, *JB* 2010/247, m.nt. Uzman, *CML Rev.* 2011, p. 1985-2004, m.nt. Beukers, r.o. 61 (*Winner Wetten*).

42 Zie r.o. 58 en 59.

43 Aldus ook Janssens (*SEW* 2013, afl. 9, p. 393) en Widdershoven (AB 2013/132, punt 7) in hun noten.

44 Zie punt 131 en 135 van de conclusie.

45 *PbEU* 2007, C 303/35.

II.3. Nationale constitutionele identiteit

23. Tot slot willen wij in deze paragraaf ingaan op de vraag in hoeverre de nationale identiteit van de lidstaten in dit verband een rol zou kunnen spelen. Dit leerstuk vindt zijn grondslag in artikel 4 lid 2 EU-Verdrag. Deze bepaling luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

‘De Unie eerbiedigt 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.’

24. Net als artikel 51 en 53 Handvest, is ook artikel 4 lid 2 EU-Verdrag in de literatuur reeds uitgebreid besproken. Vaak wordt aangenomen dat met ‘nationale identiteit’ in deze bepaling wordt bedoeld op de ‘constitutionele identiteit’ van een lidstaat en dat het in beginsel aan een lidstaat zelf is om te bepalen wat daartoe behoort.⁴⁶ Wel geldt dat niet ieder aspect van het constitutionele bestel kan behoren tot de ‘constitutionele identiteit’ van een lidstaat. Het moet gaan om ‘basis domestic constitutional features’ of, zoals Van der Schyff recentelijk heeft omschreven, ‘the essential features’ van het constitutionele bestel van een lidstaat ‘without which it will be fundamentally altered’.⁴⁷

25. De vraag waarover meer discussie bestaat, is waartoe artikel 4 lid 2 zou kunnen leiden. Sommige auteurs hebben verdedigd dat deze bepaling een grondslag biedt voor nationale rechters om het Unierecht buiten beschouwing te laten wanneer dat een onevenredige inbreuk maakt op de constitutionele identiteit van een lidstaat.⁴⁸ Andere auteurs hebben hiertegen uitdrukkelijk stelling genomen en betoogd dat de bepaling zich primair richt tot de Europese instellingen en geen grondslag biedt voor nationale rechters om op eigen initiatief aan het Unierecht voorbij te gaan.⁴⁹

26. Het Hof van Justitie plaatst de vraag of in de zaak van de heer Melloni de door de Spaanse Grondwet geboden grondrechtenbescherming mag worden toegepast niet in het kader van artikel 4 lid 2 EU-Verdrag. Op het eerste gezicht is dat niet onbegrijpelijk, nu ook het *Tribu-*

nal Constitucional dit niet heeft gedaan, maar heeft volstaan met een verwijzing naar artikel 53 Handvest. Uit de conclusie van advocaat-generaal Bot blijkt echter dat bij de behandeling van de zaak ter zitting wel de vraag aan de orde is gekomen of het in de Spaanse Grondwet neergelegde recht op een eerlijk proces behoort tot de constitutionele identiteit van Spanje. Namens de Spaanse regering is toen verklaard dat dit niet het geval is. De advocaat-generaal heeft naar aanleiding hiervan opgemerkt:

‘Verder mag mijns inziens het gevolg van een veeleisende opvatting van de bescherming van een grondrecht niet worden verward met een aantasting van de nationale identiteit of, meer bepaald, van de grondwettelijke identiteit van een lidstaat. Het gaat in het onderhavige geval weliswaar om een door de Spaanse grondwet beschermd grondrecht waarvan het belang niet mag worden onderschat, maar dit betekent nog niet dat hier de toepassing van artikel 4, lid 2, VEU dient te worden overwogen.’⁵⁰

27. Deze opmerking van advocaat-generaal Bot impliceert dat wat hem betreft de uitkomst van de zaak mogelijk anders zou zijn geweest als het recht op een eerlijk proces wel tot de constitutionele identiteit van Spanje zou behoren. Meer in algemene zin lijkt de advocaat-generaal niet uit te sluiten dat in gevallen waarin het Unierecht van toepassing is en het nationale recht meer bescherming biedt van een grondrecht dan het Handvest, de nationale grondrechtenbescherming zonder meer zou mogen worden toegepast wanneer een grondrecht aan de orde is dat tot de constitutionele identiteit van de betrokken lidstaat behoort.⁵¹ Of het Hof dit standpunt deelt, is zeer de vraag. Voor de rechtsontwikkeling en de rechtspraktijk valt het te betreuren dat het Hof de zaak van de heer Melloni en de conclusie van de advocaat-generaal niet heeft aangegrepen om de betekenis van artikel 4 lid 2 EU-Verdrag in dit verband te verduidelijken. De verhouding tussen die bepaling en artikel 53 Handvest is recentelijk omschreven als ‘one of the most profound and complex issues for the EU political and legal framework’.⁵²

46 Zie bijvoorbeeld J.H. Reestman, ‘The Franco-German Constitutional Divide: Reflections on National and Constitutional Identity’, *ECLR* 2009, p. 374-384. Vgl. ook M. Claes, ‘Negotiating Constitutional Identity of Whose Identity is It Anyway?’, in: M. Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 205-233.

47 A. von Bogdandy & S. Schill, ‘Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty’, *CML Rev.* 2011, p. 1431; G. van der Schyff, ‘The Constitutional Relationship between the European Union in its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU’, *ELR* 2012, p. 578.

48 A. von Bogdandy & S. Schill, ‘Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty’, *CML Rev.* 2011, p. 1419.

49 M. Claes, ‘Negotiating Constitutional Identity of Whose Identity is It Anyway?’, in: M. Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 207; G. van der Schyff, ‘The Constitutional Relationship between the European Union in its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU’, *ELR* 2012, p. 571.

50 Zie punt 142 van de conclusie.

51 Zie ook punt 137 van de conclusie.

52 A. Torres Pérez, ‘Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter’, in: A. Saiz Arnaiz & C. Alcobarro Llivina (red.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 156. De Boer betoogt in zijn noot (*CML Rev.* 2013, p. 1102-1103) met een beroep op artikel 4 lid 2 EU-Verdrag dat aan de in *Åkerberg Fransson* en *Melloni* gestelde grenzen aan de toepassing van de nationale grondrechtenbescherming – de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht – niet al te strikt de hand moet worden gehouden.

III. Rechtsvergelijking

28. In de vorige paragraaf hebben wij de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* nader bezien en betoogd dat de in het eerstgenoemde arrest gegeven uitleg van artikel 51 Handvest en de uit beide arresten volgende uitleg van artikel 53 Handvest verdedigbaar zijn. Daarmee is echter nog niet gezegd dat beide arresten geen gevolgen kunnen hebben voor de verhouding tussen het Hof van Justitie en nationale rechters. In het vervolg van deze bijdrage willen wij hierop ingaan. Zoals gezegd zullen wij ons beperken tot de constitutionele rechters van Duitsland, Frankrijk, Spanje, Tsjechië en Polen. Zouden de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* op verzet van deze rechters kunnen stuiten?

III.1. Duitsland

29. Over de wijze waarop de Duitse constitutionele rechter de doorwerking van het Unierecht benadert, is in de literatuur reeds uitvoerig ingegaan.⁵³ Zoals bekend heeft het Duitse Constitutionele Hof – het *Bundesverfassungsgericht* – in de afgelopen decennia diverse voorbehouden gemaakt op de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde. Aanvankelijk richtte de Duitse constitutionele rechter zich op de grondrechtenbescherming: zolang op Europees niveau een catalogus van grondrechten ontbrak, zou hij zich het recht voorbehouden om het Unierecht te toetsen aan de in de Duitse Grondwet opgenomen grondrechten.⁵⁴ Halverwege de jaren tachtig heeft het *Bundesverfassungsgericht* dit voorbehoud afgezwakt, om vervolgens te benadrukken dat het niveau van grondrechtenbescherming op Europees niveau niet hetzelfde hoeft te zijn als het niveau dat uit de Duitse Grondwet voortvloeit.⁵⁵ Alleen wanneer het Unierecht een structureel lagere grondrechtenbescherming biedt dan de Duitse Grondwet en daarmee geen adequaat niveau van grondrechtenbescherming, acht het Duitse Constitutionele Hof zich nog bevoegd om het Unierecht

te toetsen aan de in de Duitse Grondwet opgenomen grondrechten.

30. Begin jaren negentig heeft het *Bundesverfassungsgericht* in het arrest *Maastricht* ook een zogenoemde *ultra-vires*-controle geïntroduceerd. Deze controle houdt in dat de Duitse constitutionele rechter toetst of de instellingen van de Europese Unie hun bevoegdheden niet hebben overschreden.⁵⁶ Handelingen van de Europese instellingen die hun bevoegdheden te buiten gaan, hebben volgens het Duitse Constitutionele Hof geen werking in de Duitse rechtsorde. In het veelbesproken arrest *Lissabon* uit juni 2009 heeft het *Bundesverfassungsgericht* deze *ultra-vires*-controle bevestigd en daar ook een zogenoemde identiteitscontrole aan toegevoegd: het Europese integratieproces mag geen afbreuk doen aan de constitutionele identiteit van Duitsland.⁵⁷ De Duitse constitutionele rechter heeft in dit verband verwezen naar artikel 23 en 79 Duitse Grondwet. Daaruit kan worden afgeleid dat de Duitse constitutionele identiteit verband houdt met de bescherming van de menselijke waardigheid, de rechtsstaat en de democratie.⁵⁸

31. Voor deze bijdrage is van belang of grondrechten tot de constitutionele identiteit van Duitsland kunnen behoren. In de literatuur is gesteld dat de identiteitscontrole ‘reopens the fundamental rights debate’.⁵⁹ Uit een arrest van 2 maart 2010 waarin nationale wetgeving centraal staat ter implementatie van de Databankrichtlijn kan worden afgeleid dat grondrechten inderdaad kunnen behoren tot de constitutionele identiteit van Duitsland.⁶⁰ In dit arrest overweegt de Duitse constitutionele rechter dat niet alle activiteiten en communicatie van burgers mogen worden geregistreerd en opgenomen. Dit behoort volgens hem tot de constitutionele identiteit van Duitsland. Algemeen wordt echter aangenomen dat uitsluitend grondrechten ‘which touch upon the core guarantee of human dignity’ kunnen behoren tot de constitutionele identiteit van Duitsland en dat een koppeling tussen grondrechten en de Duitse constitutionele identiteit daarom beperkt zal blijven tot ‘extreme scenarios’.⁶¹

53 Zie, naast de hieronder vermelde bronnen, R. Arnold, ‘Germany. The Federal Constitutional Court of Germany in the context of the European integration’, in: P. Popelier e.a. (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge: Intersentia 2011, p. 237-259; C. Tomuschat, ‘The Defence of National Identity by the German Constitutional Court’, in: A. Saiz Arnaiz & C. Alcobarro Llivina (red.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 205-219.

54 *Bundesverfassungsgericht* 29 mei 1974, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*).

55 *Bundesverfassungsgericht* 22 oktober 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*); *Bundesverfassungsgericht* 7 juni 2000, 2 BvL 1/97 (*Bananenmarktordnung*).

56 *Bundesverfassungsgericht* 12 oktober 1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 90, 155.

57 *Bundesverfassungsgericht* 30 juni 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, BvR 182/09. Zie over dit arrest P. Kiiver, ‘The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court: A Court-Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU’, *ELJ* (16) 2010, afl. 5, p. 578-588; Ph. Gérard, ‘Het Bundesverfassungsgericht en *ultra vires*-controle na *Lissabon*: retorische dissidentie’, *SEW* 2011, afl. 12, p. 505-524; H.C.F.J.A. de Waele, ‘*Karlsruhe über Alles* – Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht*’, *RMThemis* 2010, afl. 2, p. 51-62.

58 J.H. Reestman, ‘The Franco-German Constitutional Divide: Reflections on National and Constitutional Identity’, *ECLR* 2009, p. 388.

59 D. Thym, ‘Attack or Retreat? Evolving Themes and Strategies of the Judicial Dialogue between the German Constitutional Court and the European Court of Justice’, in: M. Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 244.

60 *Bundesverfassungsgericht* 2 maart 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08. Zie over dit arrest W.A.M. Steenbruggen, ‘Annotatie bij BVerfG 2 maart 2010 (Vorratsdatenspeicherung)’, *TvCR* 2011, p. 67-77; A.B. Kaiser, ‘German Data Retention Provisions Unconstitutional In Their Present Form; Decision of 2 March 2010, *NJW* 2010, p. 833’, *ECLR* 2010, p. 503-517.

61 D. Thym, ‘Attack or Retreat? Evolving Themes and Strategies of the Judicial Dialogue between the German Constitutional Court and the European Court of Justice’, in: M. Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 244.

32. Als eenmaal is vastgesteld dat een grondrecht tot de constitutionele identiteit van Duitsland behoort, is vervolgens nog de vraag of een schending van dat recht door een handeling van een Europese instelling zonder meer leidt tot een onaanvaardbare aantasting van de Duitse constitutionele identiteit. In de literatuur is aangevoerd dat dit niet het geval is en dat in dit verband hetzelfde criterium geldt als het criterium dat geldt bij de aanvullende toetsing van het Unierecht aan de in de Duitse Grondwet opgenomen grondrechten: alleen wanneer het Unierecht een structureel lagere grondrechtenbescherming biedt dan de Duitse Grondwet en daarmee geen adequaat niveau van grondrechtenbescherming, zou de Duitse constitutionele rechter aanleiding kunnen zien om in te grijpen en het Unierecht buiten beschouwing te laten.⁶²

33. Gezien het voorgaande denken wij dat de uit de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* volgende uitleg van artikel 53 Handvest niet op verzet van de Duitse constitutionele rechter hoeft te stuiten. Nog daargelaten dat een grondrecht niet snel behoort tot de constitutionele identiteit van Duitsland, geldt zoals zojuist gezegd in dit verband vermoedelijk als criterium dat de hoogste Duitse rechter alleen aanleiding zou kunnen zien om het Unierecht buiten beschouwing te laten wanneer dat ten opzichte van de Duitse Grondwet een structureel lagere grondrechtenbescherming biedt en daarmee geen adequaat niveau van grondrechtenbescherming. Dat dit laatste het geval is, lijkt moeilijk vol te houden. Zoals beschreven vloeit de door het Unierecht geboden grondrechtenbescherming voort uit het Handvest. Bij de uitleg van het Handvest geldt als uitgangspunt dat de bepalingen die overeenkomen met bepalingen uit het EVRM minimaal dezelfde bescherming moeten bieden. Daarnaast kan het beschermingsbereik van het Handvest in bepaalde opzichten ruimer zijn dan dat van het EVRM.⁶³

34. Interessant is echter dat het Duitse Constitutionele Hof in een arrest van 24 april 2013 uitdrukkelijk stelling heeft genomen tegen de in het arrest *Åkerberg Fransson* gegeven uitleg van artikel 51 Handvest.⁶⁴ Zoals beschreven heeft het Hof van Justitie in dat arrest het toepassingsgebied van het Handvest gelijkgeschakeld met dat van het Unierecht. Dit betekent dat in alle gevallen waarin het Unierecht geldt ook de door het Handvest beschermde grondrechten moeten worden geëerbiedigd. In het arrest van 24 april 2013 staat nationale wetgeving centraal die het uitwisselen van informatie tussen politie en veilig-

heidsdiensten met het oog op de bestrijding van terrorisme mogelijk maakt. Ook op Europees niveau zijn op dit gebied regels gesteld. Het arrest *Åkerberg Fransson* in aanmerking genomen, zou kunnen worden verdedigd dat de wetgeving om die reden valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht en daarmee binnen dat van het Handvest. Toch heeft de Duitse constitutionele rechter niet voor deze benadering gekozen. Daartoe heeft hij overwogen dat de wetgeving slechts indirect raakt aan het Unierecht, nu deze niet was vastgesteld ter implementatie van een Europese richtlijn of ter uitvoering van ander secundair Unierecht. De Duitse constitutionele rechter gaat ervan uit dat het arrest *Åkerberg Fransson* uitsluitend betrekking heeft op de inning van BTW en het bestrijden van fraude daarbij. Zou de in dat arrest gegeven uitleg van artikel 51 Handvest ook in andere gevallen van toepassing zijn, dan zou het arrest kunnen worden aangemerkt als een *ultra-vires*-handeling van een Europese instelling of de constitutionele identiteit van Duitsland in het geding brengen. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft de wetgeving daarom alleen langs de Duitse grondrechtenmeetlat gelegd.

35. Het Duitse Constitutionele Hof lijkt met zijn arrest van 24 april 2013 te hebben gekozen voor een frontale aanval op de door het Hof van Justitie gegeven uitleg van artikel 51 van het Handvest. Toch kunnen bij dit arrest belangrijke kanttekeningen worden geplaatst. Zoals korte tijd geleden ook in de literatuur is betoogd, valt de felle stellingname van de Duitse constitutionele rechter moeilijk te plaatsen in zijn eerdere rechtspraak over de doorwerking van het Unierecht in de Duitse rechtsorde.⁶⁵ De *ultra-vires*-controle is hiervoor reeds aangestipt. Zoals beschreven houdt die controle in dat de Duitse constitutionele rechter toetst of de Europese instellingen hun bevoegdheden niet hebben overschreden. Deze controle is in het arrest *Maastricht* geïntroduceerd en in het arrest *Lissabon* bevestigd. In het nadien gewezen arrest *Honeywell* heeft het Duitse Constitutionele Hof uitdrukkelijk overwogen dat de *ultra-vires*-controle echter alleen aan de orde is wanneer een bevoegdheidsoverschrijding evident is en dat in dat geval eerst een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie zal worden gesteld.⁶⁶ Het arrest van 24 april 2013 staat met deze in het arrest *Honeywell* gestelde voorwaarden op gespannen voet. In de eerste plaats heeft het *Bundesverfassungsgericht* geweigerd zich tot het Hof van Justitie te wenden.⁶⁷ Daarnaast kan de in het arrest *Åkerberg Fransson* gegeven uitleg van artikel 51 Handvest moeilijk worden aangemerkt als een evidente bevoegd-

62 M. Payandeh, 'Constitutional review of EU law after *Honeywell*: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice', *CML Rev.* 2011, p. 18-19.

63 T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus* 2011, p. 17-21.

64 *Bundesverfassungsgericht* 24 april 2013, 1 BvR 1215/07.

65 D. Thym, 'Separation versus Fusion – or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice', *ECLR* 2013, p. 398-401.

66 *Bundesverfassungsgericht* 6 juli 2010, 2 BvR 2661/06. Zie ook C. Möllers, 'German Federal Constitutional Court: Constitutional Ultra Vires Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*', *ECLR* 2011, p. 161-167; M. Payandeh, 'Constitutional review of EU law after *Honeywell*: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice', *CML Rev.* 2011, p. 23-27.

67 Zie ook F. Fontanelli, '*Hic Sunt Nationes*: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog', *ECLR* 2013, p. 332-333.

heidsoverschrijding. Zoals eerder in deze bijdrage is beschreven, is deze uitleg in het licht van eerdere rechtspraak en de toelichting bij het artikel zonder meer verdedigbaar. Ook de stelling van de Duitse constitutionele rechter dat de in het arrest *Åkerberg Fransson* gegeven uitleg van 51 Handvest de constitutionele identiteit van Duitsland in het geding zou kunnen brengen, kan gezien het voorgaande in twijfel worden getrokken. Al met al heeft de Duitse constitutionele rechter dan ook nog veel vragen te beantwoorden. Overigens heeft het Hof van Justitie in het arrest van 24 april 2013 vooralsnog geen aanleiding gezien om op de door hem in het arrest *Åkerberg Fransson* gegeven uitleg van artikel 51 Handvest terug te komen of om deze uitleg nader toe te lichten.⁶⁸

III.2. Frankrijk

36. Net als zijn Duitse collega heeft ook de constitutionele rechter van Frankrijk – de *Conseil constitutionnel* – de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde principieel begrensd. De Franse constitutionele rechter is van mening dat de Franse Grondwet de hoogste rang heeft in de nationale rechtsorde.⁶⁹ Daarnaast vloeit volgens hem de verplichting om Europese richtlijnen om te zetten in het nationale recht niet voort uit het Unierecht zelf, maar uit artikel 88 Franse Grondwet.⁷⁰ Daarin is bepaald dat Frankrijk lid is van de Europese Unie. Het niet tijdig of onjuist omzetten van een richtlijn in het nationale recht levert dan ook eerst en vooral een schending op van de Franse Grondwet.⁷¹ Deze grondwettelijke verplichting om richtlijnen om te zetten is volgens de *Conseil constitutionnel* echter niet absoluut:

‘[L]a transposition d’une directive ne saurait aller à l’encontre d’une règle ou d’un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti.’⁷²

Hieruit volgt dat de verplichting om Europese richtlijnen om te zetten in het nationale recht niet van toepassing is wanneer dat strijd zou opleveren met regels of princi-

pes die inherent zijn aan de constitutionele identiteit van Frankrijk. Aangenomen wordt dat dit geldt bij de uitvoering van al het secundaire Unierecht.⁷³

37. De vraag is welke regels en principes behoren tot de constitutionele identiteit van Frankrijk. Onder verwijzing naar een arrest van de *Conseil constitutionnel* van 29 juli 2004 is in de literatuur betoogd dat de Franse constitutionele identiteit beperkt is tot regels en beginselen die uitsluitend in het Franse constitutionele recht zijn verankerd en niet ook in het EVRM of in het Unierecht.⁷⁴ In het arrest staat nationale wetgeving centraal ter implementatie van een richtlijn.⁷⁵ Aangevoerd werd dat deze wetgeving in strijd was met de door het Franse constitutionele recht gewaarborgde vrijheid van meningsuiting. De *Conseil constitutionnel* weigerde de wetgeving te toetsen aan het Franse constitutionele recht omdat de vrijheid van meningsuiting ook is neergelegd in artikel 10 EVRM. De vrijheid van meningsuiting was daarmee een algemeen beginsel van het Unierecht dat door de Europese instellingen bij de vaststelling van de richtlijn in acht moet zijn genomen.⁷⁶ Voorbeelden van regels en beginselen die wel behoren tot de Franse constitutionele identiteit zijn het beginsel van de scheiding van kerk en staat, het beginsel van de ondeelbaarheid van de Franse Republiek, dat in de weg staat aan het toekennen van rechten aan minderheden, en regels over nationale verkiezingen en de uitoefening van publieke functies.⁷⁷

38. Uit het zojuist besproken arrest van 29 juli 2004 kan worden afgeleid dat er in beginsel weinig ruimte is voor toetsing van nationale wetgeving ter implementatie en uitvoering van een richtlijn of ander secundair Unierecht aan de door het Franse constitutionele recht gewaarborgde grondrechten, wanneer deze grondrechten ook door het Unierecht worden beschermd. Uit een arrest van 14 juni 2013 blijkt dat in gevallen waarin de Franse constitutionele rechter wel ruimte ziet voor een dergelijke aanvullende toetsing, hij bereid is om zich tot het Hof van Justitie te wenden.⁷⁸ Dit laatstgenoemde arrest heeft overigens ook betrekking op het Europees arrestatiebevel en het eerder bedoelde kaderbesluit, en is in de literatuur

68 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 september 2013, C-418/11, *EHRC* 2014/2, m.nt. Morijn onder *EHRC* 2014/7, r.o. 73 (*Texdata*); HvJ EU 10 oktober 2013, gevoegde zaken C-488/12-C-491/12 en C-526/12, *EHRC* 2014/5, m.nt. Morijn onder *EHRC* 2014/7, r.o. 17 (*Nagy*); HvJ EU 22 oktober 2013, C-276/12, *EHRC* 2014/7, m.nt. Morijn, r.o. 28 (*Sabou*).

69 *Conseil constitutionnel* 19 november 2004, nr. 2004-505 DC, punt 10 (*Europese Grondwet*); *Conseil constitutionnel* 20 december 2007, nr. 2007-560 DC, punt 8 (*Verdrag van Lissabon*).

70 *Conseil constitutionnel* 10 juni 2004, nr. 2004-496 DC, punt 7; *Conseil constitutionnel* 1 juli 2004, nr. 2004-497 DC, punt 18; *Conseil constitutionnel* 29 juli 2004, nr. 2004-498 DC en 2004-499 DC, punt 4 respectievelijk punt 7.

71 C. Richards, ‘The supremacy of Community law before the French Constitutional Court’, *ELR* 2006, p. 503-508.

72 *Conseil constitutionnel* 27 juli 2006, nr. 2006-540 DC, punt 19; *Conseil constitutionnel* 30 november 2006, nr. 2006-543 DC, punt 6; *Conseil constitutionnel* 19 juni 2008, nr. 2008-564 DC, punt 44; *Conseil constitutionnel* 12 mei 2010, nr. 2010-605 DC, punt 18.

73 J.H. Reestman & 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, p. 150-151.

74 M. Wendel, ‘Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives’, *ECLR* 2011, p. 133; J.H. Reestman, ‘The Franco-German Constitutional Divide: Reflections on National and Constitutional Identity’, *ECLR* 2009, p. 386-388; L. Burgorgue-Larsen, ‘France. The impact of European fundamental rights on the French Constitutional Court’, in: P. Popelier e.a. (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge: Intersentia 2011, p. 216.

75 *Conseil constitutionnel* 29 juli 2004, nr. 2004-498 DC.

76 Zie punt 6 van het arrest.

77 J.H. Reestman, ‘The Franco-German Constitutional Divide: Reflections on National and Constitutional Identity’, *ECLR* 2009, p. 388. Vgl. ook F.X. Millet, ‘The French Constitutional Council and the CJEU: between splendid isolation, communication and forced dialogue’, in: M. Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 256-261.

78 *Conseil constitutionnel* 14 juni 2013, nr. 2013-314 QPC (*Jeremy F.*). Zie voor het antwoord van het Hof van Justitie het in voetnoot 36 genoemde arrest.

onlangs omschreven als ‘a major breakthrough’, mede omdat de Franse constitutionele rechter daarin voor het eerst overgaat tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.⁷⁹ Gelet op dit recente arrest en het arrest van 29 juli 2004 denken wij niet dat de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* de verhouding tussen het Hof en de hoogste Franse rechter op scherp hebben gezet.

III.3. Spanje

39. Net als de constitutionele rechters van Duitsland en Frankrijk heeft ook de Spaanse constitutionele rechter een voorbehoud gemaakt op de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde. Hij heeft dit voorbehoud gemaakt in zijn verklaring van 13 december 2004 over het Europees Grondwettelijk Verdrag.⁸⁰ Daarin heeft het *Tribunal Constitucional* overwogen dat het Unierecht weliswaar voorrang heeft op het nationale recht, maar dat dit er niet aan afdoet dat de Spaanse Grondwet de hoogste rang heeft in de Spaanse rechtsorde.⁸¹ De Spaanse constitutionele rechter acht zich bevoegd om het Unierecht buiten beschouwing te laten wanneer dat in strijd is met de in de Spaanse Grondwet neergelegde grondbeginselen en grondrechten, en deze strijdigheid niet door de Europese instellingen kan worden opgeheven. De grondbeginselen en grondrechten die in de Spaanse Grondwet zijn verankerd, kunnen worden gezien als de basis van de constitutionele identiteit van Spanje.⁸²

40. De zaak van de heer Melloni raakt aan dit door de Spaanse constitutionele rechter eind 2004 gemaakte voorbehoud: het in die zaak toepasselijke Unierecht staat op gespannen voet met de Spaanse Grondwet, omdat de door de Spaanse Grondwet geboden bescherming van het recht op een eerlijk proces verder gaat dan de uit het Handvest voortvloeiende bescherming van dat grondrecht. Zoals gezegd vroeg de Spaanse constitutionele rechter zich af of hij op grond van artikel 53 Handvest deze verdergaande nationale grondrechtenbescherming zou mogen toepassen. Interessant is dat hij in de verklaring van 13 december 2004 hierover het volgende heeft overwogen:

‘[I]t is clear that the Charter is conceived, in whatsoever case, as a guarantee of minimums on which the content of each right and freedom may be developed up to the density of content assured in each case by internal legislation.’⁸³

Uit deze overweging blijkt dat de Spaanse constitutionele rechter ervan uitging dat het Handvest – net als het EVRM – een minimumniveau aan grondrechtenbescherming biedt, dat door de lidstaten op nationaal niveau mag worden verhoogd. Zoals eerder is beschreven, is deze benadering ook in de literatuur verdedigd, maar heeft het Hof van Justitie in de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* daar niet voor gekozen.

41. Toch is hiermee nog niet gezegd dat de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* op verzet van het *Tribunal Constitucional* zullen stuiten. Naar onze mening hoeft dit niet zonder meer het geval te zijn. Daartoe wijzen wij erop dat de hoogste Spaanse rechter in zijn verklaring van 13 december 2004 ook heeft overwogen dat het Handvest, net als het EVRM, een belangrijke inspiratiebron is bij de interpretatie van de in de Spaanse Grondwet neergelegde grondrechten.⁸⁴ In de Spaanse wetgeving ter goedkeuring van de ratificatie van het Verdrag van Lissabon is zelfs uitdrukkelijk bepaald dat de in de Spaanse Grondwet neergelegde grondrechten in overeenstemming met het Handvest moeten worden uitgelegd.⁸⁵ Daarmee lijkt tegelijkertijd de bevoegdheid te zijn gegeven om de uitleg van een in de Spaanse Grondwet neergelegd grondrecht zo nodig naar beneden bij te stellen teneinde een conflict met het Unierecht te voorkomen.⁸⁶ Ook in de zaak van de heer Melloni heeft een van de raadsheren daar openlijk voor gepleit.⁸⁷

42. Daarnaast kan in dit verband worden gewezen op een arrest van het *Tribunal Constitucional* van 2 juli 2012.⁸⁸ Daarin staat Spaanse wetgeving centraal die bepaalde dat voor een overname van een Spaans energiebedrijf goedkeuring van de nationale energieautoriteit was vereist op straffe van een boete. Deze wetgeving was door het Hof van Justitie in het kader van een overname van een Spaans energiebedrijf door een Duits energiebedrijf onverenigbaar met het Unierecht verklaard.⁸⁹ In een andere

79 F.X. Millet, ‘How much lenience for how much cooperation? On the first preliminary reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice’, *CML Rev.* 2014, p. 195-218.

80 *Tribunal Constitucional* 13 december 2004, Declaration 1/2004.

81 J.H. Reestman & 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, p. 153-154.

82 P. Pérez Tremps, ‘National Identity in Spanish Constitutional Case-law’, in: A. Saiz Arnaiz & C. Alcobarro Llivina (red.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 270-273.

83 Zie punt 6, voorlaatste alinea, van de verklaring (gepubliceerde Engelse vertaling).

84 Zie punt 6, vierde alinea, van de verklaring.

85 E. Guillén López, ‘Spain. The impact of the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental rights of the European Union on Spanish constitutional law: Make a virtue of necessity’, in: P. Popelier e.a. (red.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge: Intersentia 2011, p. 333-335.

86 Vgl. M. González Pascual, ‘Mutual Recognition and Fundamental Constitutional Rights. The first preliminary reference of the Spanish Constitutional Court’, in: M. Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 162.

87 Zie De Boer in zijn noot onder het *Melloni*-arrest (*CML Rev.* 2013, p. 1102); M. González Pascual, ‘Mutual Recognition and Fundamental Constitutional Rights. The first preliminary reference of the Spanish Constitutional Court’, in: M. Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 173-178.

88 *Tribunal Constitucional* 2 juli 2012, nr. 145/2012, *CML Rev.* 2013, p. 875-892, m.nt. D. Sarmiento.

89 HvJ EG 17 juli 2008, C-207/07, *Jur.* 2008, p. I-111.

overnamezaak had de energieautoriteit op basis van deze wetgeving een energiebedrijf een boete opgelegd omdat dit bedrijf had nagelaten toestemming voor de overname te vragen. De Spaanse constitutionele rechter vernietigt in zijn arrest van 2 juli 2012 de uitspraak van de lagere rechter waarin deze boeteoplegging in stand wordt gelaten, omdat de lagere rechter had miskend dat hij, ook op basis van de Spaanse Grondwet, verplicht is om met het Unierecht strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten. Dit gold temeer nu het Hof van Justitie reeds had vastgesteld dat de Spaanse wetgeving onverenigbaar was met het Unierecht. Uit dit oordeel, dat dateert van een jaar nadat het *Tribunal Constitucional* in de zaak van de heer Melloni prejudiciële vragen had gesteld, kan worden afgeleid dat de Spaanse constitutionele rechter veel waarde hecht aan de rechtspraak van het Hof van Justitie en van mening is dat de arresten van het Hof door nationale rechters moeten worden gevolgd.⁹⁰

III.4. Tsjechië

43. Net als de constitutionele rechters van Duitsland, Frankrijk en Spanje heeft ook de constitutionele rechter van Tsjechië geweigerd de absolute voorrang van het Unierecht op het nationale recht te erkennen. In een arrest van 8 maart 2006 heeft de hoogste Tsjechische rechter overwogen dat de overdracht van bevoegdheden aan de Europese Unie voorwaardelijk is en alleen geldt voor zover de Europese instellingen hun bevoegdheden uitoefenen op een manier die verenigbaar is met de beginselen van de democratische rechtsstaat.⁹¹ In zijn arrest van 26 november 2008 over het Verdrag van Lissabon heeft de Tsjechische constitutionele rechter dit voorbehoud bevestigd:

‘(...) [T]he transfer of powers of Czech Republic bodies cannot go so far as to violate the very essence of the republic as a sovereign and democratic state governed by the rule of law, founded on respect for the rights and freedoms of the human being and of citizens or to establish a change in the essential requirements for a democratic state governed by the rule of law.’⁹²

Hieruit volgt dat de doorwerking van het Unierecht in ieder geval geen afbreuk mag doen aan de door het Tsjechische constitutionele recht beschermde grondrechten. De hoogste Tsjechische rechter acht zich bevoegd om nationale wetgeving ter uitvoering van het Unierecht

daaraan te toetsen en om deze wetgeving zo nodig onverbindend te verklaren.⁹³

44. Toch betwijfelen wij of de Tsjechische constitutionele rechter dit voorbehoud zal invoeren wanneer hij op grond van de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* in een voorliggende zaak niet de nationale grondrechtenbescherming zou mogen toepassen. Daartoe wijzen wij op een arrest van de Tsjechische constitutionele rechter van 3 mei 2006 over het Europees arrestatiebevel.⁹⁴ Aangevoerd werd dat de nationale wetgeving ter implementatie van het eerder bedoelde kaderbesluit in strijd was met het van het Tsjechische constitutionele recht deel uitmakende grondrecht dat staatsburgers niet kunnen worden gedwongen het land te verlaten. De Tsjechische constitutionele rechter gaat niet mee met dit betoog en overweegt daartoe dat uit de Tsjechische Grondwet de verplichting voortvloeit om het nationale recht zo veel mogelijk in overeenstemming met het Unierecht uit te leggen.⁹⁵ In gevallen waarin het nationale recht op diverse manieren kan worden uitgelegd, dient te worden gekozen voor een uitleg waarvan het resultaat in overeenstemming is met het Unierecht. Dit alles geldt ook voor de van het Tsjechische constitutionele recht deel uitmakende grondrechten.⁹⁶ De Tsjechische constitutionele rechter weet het betrokken grondrecht vervolgens in overeenstemming met het Unierecht uit te leggen en daarmee een conflict tussen de nationale wetgeving ter implementatie van het kaderbesluit en het grondrecht te voorkomen.⁹⁷

45. Uit het arrest van 3 mei 2006 kan meer in algemene zin worden afgeleid dat de hoogste Tsjechische rechter bereid is de door het Tsjechische constitutionele recht beschermde grondrechten uit te leggen in overeenstemming met het Unierecht en het bereik daarvan zo nodig naar beneden bij te stellen als daarmee een conflict met het Unierecht kan worden voorkomen. Niet kan worden uitgesloten dat de Tsjechische constitutionele rechter ook voor deze benadering kiest wanneer hij in een voorliggende zaak wordt geconfronteerd met de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* en op grond van die arresten de nationale grondrechtenbescherming mogelijk niet zou mogen toepassen. De volgende overweging van het hiervoor besproken arrest van 8 maart 2006 maakt deze keuze zeker niet ondenkbaar:

‘(...) [T]he current standard within the Community for the protection of fundamental rights cannot give rise to the assumption that this standard for the protection of fundamental rights (...) is of a lower quality than the

90 Zie ook Sarmiento in zijn noot (*CML Rev.* 2013, p. 888).

91 *Ústavní soud České republiky* 8 maart 2006, nr. ÚS 50/04.

92 *Ústavní soud České republiky* 26 november 2008, nr. ÚS 19/08, punt 97 (gepubliceerde Engelse vertaling). Vgl. ook *Ústavní soud České republiky* 3 november 2009, nr. ÚS 29/09, punt 11-13 (*Lissabon II*).

93 Zie recentelijk *Ústavní soud České republiky* 22 maart 2011, nr. ÚS 24/10 (*Dataretentierichtlijn*). Dit arrest is besproken door P. Molek, ‘Czech Constitutional Court. Unconstitutionality of the Czech Implementation of the Data Retention Directive; Decision of 22 March 2011, Pl. ÚS 24/10’, *ECLR* 2012, p. 338-353.

94 *Ústavní soud České republiky* 3 mei 2006, nr. ÚS 66/04.

95 Zie ook meer recentelijk *Ústavní soud České republiky* 27 maart 2008, nr. ÚS 56/05, punt 48.

96 Zie punt 61 van het arrest.

97 P. Molek, ‘The Czech Constitutional Court and the Court of Justice: Between Fascination and Securing Autonomy’, in: M. Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 148-151.

protection accorded in the Czech Republic, or that the standard of protection markedly diverges from the standard up till now provided in the domestic setting by the Constitutional Court.⁹⁸

Hieruit blijkt dat de Tsjechische constitutionele rechter tevreden is met het niveau van de door het Unierecht geboden grondrechtenbescherming.⁹⁹

III.5. Polen

46. De benadering van de constitutionele rechter van Polen met betrekking tot de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde lijkt vergeleken met die van de constitutionele rechters van Duitsland, Frankrijk, Spanje en Tsjechië het meest terughoudend te zijn. In zijn arrest van 11 mei 2005 over de toetreding van Polen tot de Europese Unie heeft de Poolse constitutionele rechter uitdrukkelijk overwogen dat de Poolse Grondwet de hoogste rang heeft in de Poolse rechtsorde en dat het Unierecht daar niets aan afdoet.¹⁰⁰ Bepalingen uit de Poolse Grondwet die in strijd zijn met het Unierecht kunnen daarom niet vanwege die omstandigheid hun geldigheid verliezen.¹⁰¹ Ook de uit de rechtspraak van vóór de toetreding van Polen tot de Europese Unie voortvloeiende verplichting om bij de interpretatie van het nationale recht rekening te houden met het Unierecht is volgens de Poolse constitutionele rechter begrensd:

“The principle of interpreting domestic law in a manner “sympathetic to European law” (...) has its limits. (...) In particular, the norms of the Constitution within the field of individual rights and freedoms indicate a minimum and unsurpassable threshold which may not be lowered or questioned as a result of the introduction of Community provisions.”¹⁰²

In zijn arrest van 24 november 2010 over het Verdrag van Lissabon heeft de hoogste Poolse rechter op dit principiële voorbehoud voortgebouwd en benadrukt dat het Unierecht niets kan afdoen aan de grondbeginselen en grondrechten die in de Poolse Grondwet zijn neergelegd en de invulling daarvan door de Poolse wetgever.¹⁰³ Tegen deze achtergrond heeft hij zich in een arrest van 16 november 2011 uitdrukkelijk bevoegd verklaard om

secundair Unierecht te toetsen aan de Poolse Grondwet.¹⁰⁴

47. Het is duidelijk dat de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* raken aan het door de Poolse constitutionele rechter gemaakte voorbehoud op de doorwerking van het Unierecht in de Poolse rechtsorde. Uit de zojuist aangehaalde overweging van zijn arrest over de toetreding van Polen tot de Europese Unie blijkt dat de door de Poolse Grondwet geboden grondrechtenbescherming een minimumstandaard is. De hoogste Poolse rechter spreekt daarin van ‘a minimum and unsurpassable threshold’. Gelet hierop zou het oordeel van het Hof van Justitie dat in bepaalde gevallen de nationale grondrechtenbescherming niet mag worden toegepast, maar dat moet worden volstaan met de door het Handvest geboden grondrechtenbescherming, inderdaad op verzet van de Poolse constitutionele rechter kunnen stuiten, wanneer het Handvest minder bescherming biedt van een betrokken grondrecht dan de Poolse Grondwet.

48. Toch zijn wij er niet helemaal van overtuigd dat de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* zonder meer gevolgen hebben voor de verhouding tussen het Hof van Justitie en het Poolse Constitutionele Hof. Daartoe wijzen wij op een arrest van 27 april 2005 over het Europees arrestatiebevel.¹⁰⁵ Daaruit blijkt dat de Poolse constitutionele rechter praktisch om kan gaan met een conflict tussen de Poolse Grondwet en het Unierecht. In het arrest is de vraag aan de orde of de Poolse wetgeving ter implementatie van het eerder bedoelde kaderbesluit in overeenstemming was met de Poolse Grondwet. De Poolse constitutionele rechter beantwoordde deze vraag ontkennend, omdat artikel 55 Poolse Grondwet de uitlevering van Poolse onderdanen verbiedt. Interessant is dat hij er wel voor koos om de strijdige wetgeving voor achttien maanden in stand te laten. Daardoor kon nog steeds aan de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen worden voldaan en werd de Poolse wetgever in de gelegenheid gesteld om de Poolse Grondwet aan te passen in overeenstemming met het Unierecht. In de literatuur is deze benadering omschreven als ‘an optimal way of marrying the supremacy of the Polish Constitution with the obligation to comply with EU law’.¹⁰⁶

49. Het hiervoor genoemde arrest van 16 november 2011 versterkt ons vermoeden dat de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* niet zonder meer op verzet van de Poolse

98 Zie onderdeel A-3), vijfde alinea (gepubliceerde Engelse vertaling).

99 Dat de Tsjechische constitutionele rechter begin 2012 een arrest van het Hof van Justitie *ultra vires* heeft verklaard, maakt ons standpunt niet anders. Dit oordeel kan zeer uitzonderlijk worden genoemd en hangt samen met een hoog opgelopen conflict tussen de Tsjechische constitutionele rechter en de hoogste bestuursrechter van Tsjechië. Zie hierover verder J. Komárek, ‘Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU *Ultra Vires*’, Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*, ECLR 2012, p. 323-337.

100 *Trybunał Konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej* 11 mei 2005, nr. K 18/04, punt 1.

101 Zie punt 13.

102 Zie punt 14 (gepubliceerde Engelse vertaling).

103 *Trybunał Konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej* 24 november 2010, nr. K 32/09, punt 1.3 en punt 2.1.

104 *Trybunał Konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej* 6 november 2011, nr. SK 45/09.

105 *Trybunał Konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej* 27 april 2005, nr. P 1/05.

106 A. Lazowski, ‘Half Full and Half Empty Glass: the Application of EU Law in Poland (2004-2010)’, *CML Rev.* 2011, p. 514. Vgl. ook K. Kowalik-Bańczyk, ‘Sending Smoke Signals to Luxembourg – The Polish Constitutional Tribunal in Dialogue with the ECJ’, in: M. Claes e.a. (red.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge: Intersentia 2012, p. 273-274.

constitutionele rechter hoeven te stuiten. Zoals gezegd heeft de hoogste Poolse rechter zich in dat arrest uitdrukkelijk bevoegd verklaard om secundair Unierecht te toetsten aan de Poolse Grondwet. Interessant is dat hij daaraan heeft toegevoegd dat van deze bevoegdheid terughoudend gebruik moet worden gemaakt.¹⁰⁷ Bij strijd tussen het Unierecht en de Poolse Grondwet moet worden gezocht naar mogelijkheden om deze strijdigheid op te heffen. De Poolse constitutionele rechter heeft in dit verband gewezen op de zojuist beschreven benadering in zijn arrest over het Europees arrestatiebevel. Deze benadering komt erop neer dat met de Poolse Grondwet strijdige wetgeving tijdelijk in stand wordt gelaten om aan het Unierecht te kunnen blijven voldoen en de Poolse wetgever in de gelegenheid te stellen om in de tussentijd de Poolse Grondwet in overeenstemming daarmee aan te passen.¹⁰⁸ Niet kan worden uitgesloten dat de hoogste Poolse rechter ook voor deze benadering kiest wanneer hij op grond van de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* in een voorliggende zaak niet de nationale grondrechtenbescherming zou mogen toepassen, teneinde de Poolse wetgever in de gelegenheid te stellen de nationale grondrechtenbescherming in overeenstemming te brengen met de uit het Unierecht voortvloeiende grondrechtenbescherming. Dat het Poolse Constitutionele Hof in het arrest van 16 november 2011 zich ook tevreden heeft getoond met de door het EVRM en het Handvest geboden grondrechtenbescherming, maakt de kans hierop alleen maar groter.¹⁰⁹

IV. Afronding

50. In deze bijdrage zijn wij uitgebreid ingegaan op de op 26 februari 2013 door de Grote kamer van het Hof van Justitie gewezen arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni*. In het eerstgenoemde arrest heeft het Hof het toepassingsgebied van het Handvest uitdrukkelijk gelijkgeschakeld met dat van het Unierecht. Concreet betekent dit voor de lidstaten dat zij gehouden zijn de door het Handvest neergelegde grondrechten te eerbiedigen in alle gevallen waarin hun optreden valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Daarnaast komt in zowel het arrest *Åkerberg Fransson* als het arrest *Melloni* de verhouding tussen de nationale grondrechtenbescherming en het Handvest aan de orde. Kort gezegd heeft het Hof geoordeeld dat lidstaten in gevallen waarin hun optreden valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht de nationale grondrechtenbescherming mogen toepassen, mits het beschermingsniveau van het Handvest noch de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht in het geding komen. Hoewel deze oordelen in de literatuur tot de nodige opschudding hebben geleid, hebben wij in deze bijdrage betoogd dat zij in het licht van eerdere

rechtspraak van het Hof en de toelichting bij het Handvest verdedigbaar zijn.

51. Vervolgens zijn wij ingegaan op de mogelijke gevolgen van de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* voor de verhouding tussen het Hof van Justitie en nationale rechters. In de literatuur is aangevoerd dat deze arresten op verzet van nationale rechters kunnen stuiten. In deze bijdrage hebben wij ons geconcentreerd op de constitutionele rechters van Duitsland, Frankrijk, Spanje, Tsjechië en Polen. De conclusie luidt dat de arresten de verhouding tussen het Hof en de constitutionele rechter van Frankrijk waarschijnlijk niet op scherp hebben gezet. Dit zou mogelijk anders kunnen liggen voor de verhouding tussen het Hof en de Spaanse, Tsjechische en Poolse constitutionele rechters, maar dat hoeft niet zonder meer het geval te zijn. Hoewel de arresten raken aan de door deze rechters gemaakte voorbehouden op de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde, biedt hun rechtspraak aanknopingspunten dat zij bereid zijn om in een voorliggende zaak de nationale grondrechtenbescherming zo nodig aan te passen aan de door het Handvest geboden grondrechtenbescherming, of de wetgever daartoe in staat te stellen, teneinde een conflict tussen het nationale recht en het Unierecht te voorkomen.

52. De conclusie is duidelijk genuanceerder voor de verhouding tussen het Hof en de constitutionele rechter van Duitsland. In een arrest van 24 april 2013 heeft de Duitse constitutionele rechter uitdrukkelijk stelling genomen tegen de gelijkenschakeling in het arrest *Åkerberg Fransson* van het toepassingsgebied van het Handvest met dat van het Unierecht. Volgens hem moet ervan worden uitgegaan dat deze gelijkenschakeling geen algemene strekking heeft, maar is toegespitst op de aan het arrest ten grondslag liggende zaak. Zou dit anders zijn, dan zou het arrest *Åkerberg Fransson* kunnen worden aangemerkt als een *ultra-vires*-handeling en de constitutionele identiteit van Duitsland in het geding brengen. In deze bijdrage hebben wij betoogd dat deze felle stellingname van de Duitse constitutionele rechter moeilijk valt te plaatsen in zijn eerdere rechtspraak over de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde. Op basis van die eerdere rechtspraak kan worden verdedigd dat de in de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* gestelde grenzen aan de toepassing van de nationale grondrechtenbescherming niet zonder meer op verzet van de Duitse constitutionele rechter hoeven te stuiten.

53. Dit alles laat onverlet dat de bescherming van grondrechten zeker politiek gezien een gevoelig onderwerp is. Dat de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* kritisch tegen het licht zijn gehouden, is ook daarom niet onbegrijpelijk. De aan de kritiek op deze arresten ten grondslag liggende veronderstelling dat lidstaten gedwongen kunnen worden de door het Handvest geboden grondrechtenbescherming te aanvaarden, zelfs in gevallen waarin

¹⁰⁷ Zie punt 2.5 en 2.8.

¹⁰⁸ Zie punt 2.7.

¹⁰⁹ Zie punt 2.10.

het Handvest minder bescherming biedt van een grondrecht dan het nationale recht, moet echter niet worden overtrokken. Bedacht moet worden dat ook op Europees niveau terdege rekening wordt gehouden met grondrechten. De lidstaten zijn te allen tijde bevoegd om het Unierecht ter beoordeling voor te leggen aan het Hof van Justitie wanneer zij menen dat het Unierecht in strijd is met het Handvest. Daarnaast zijn de lidstaten betrokken bij de vaststelling van het Unierecht. Niets belet een lid-

staat om met het oog op de nationale grondrechtenbescherming daarbij in te zetten op een betere bescherming van een bepaald grondrecht.¹¹⁰ Uit de in deze bijdrage geschetste gevolgen van de arresten *Åkerberg Fransson* en *Melloni* voor de verhouding tussen het Hof en nationale constitutionele rechters kan worden afgeleid dat die strategie voor politici van sommige lidstaten wel eens vruchtbaarder zou kunnen zijn dan te wachten op eventueel ingrijpen door de hoogste nationale rechter.

110 D. Sarmiento, 'Who's Afraid of the Charter? The European Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe', *CML Rev.* 2013, p. 1291-1292.