

De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht

De stand van zaken na het arrest *Kücükdeveci*

Dr. H. de Waele en mr. I. Kieft*

Kücükdeveci is een mijlpaalarrest. Het verruimt de mogelijkheden voor richtlijnen om ‘horizontale effecten’ te sorteren, en voegt zo een belangrijk nieuw hoofdstuk toe aan een klassiek hoofdpijndossier. In geschillen tussen particulieren lijkt er voortaan vaker dan voorheen, over de band van de zogenoemde ‘uitsluitende directe werking’ van Europese regels, een beroep op bepalingen uit richtlijnen te kunnen worden gedaan. Daarbij wordt eerdere jurisprudentie over de doorwerking van algemene beginselen van EU-recht uitgebreid. Het arrest leidt echter tevens tot vervagende grenzen tussen de Europeesrechtelijke kernleerstukken. Verder dreigt het gevaarlijke spanningen op te roepen, zowel tussen rechters als tussen lidstaten, onder meer door een (potentieel) brisante passage over het Handvest van de Grondrechten. Al met al vormt het oordeel een ware *Fundgrube* voor verdere wetenschappelijke theorievorming; daarnaast reikt het advocaten en magistraten een aantal praktische handvatten voor de toekomst aan.

HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07, Seda Küçükdeveci / Smedex GmbH & Co. KG, n.n.g.

Inleiding

Het recht van de Europese Unie onderscheidt zich – ook tegenwoordig nog – vooral van het volkenrecht door zijn meer indringende doorwerking in nationaal recht. Dit bijzondere kenmerk werd al in 1963 door het Europees Hof van Justitie in de verf gezet, in het welbekende arrest over een Nederlandse transport- en expeditieonderneming. Sindsdien zijn er op dit palet een aantal nieuwe kleuren aangebracht. *Kücükdeveci* zorgt voor een belang-

rijke nieuwe schakering met betrekking tot de horizontale directe werking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht. Het arrest zal waarschijnlijk in zowel de rechtspraak als de academische literatuur een cruciale plaats gaan innemen: het versterkt de rechtsbescherming van particulieren en verzet de bakens op meerdere terreinen. De onderhavige bijdrage beoogt slechts om een schets te bieden van de belangrijkste facetten, en de (potentieel) meest verstrekkende consequenties voor het voetlicht te brengen.¹

In wat volgt zullen wij eerst in een notendop de achtergrond van deze zaak belichten, en passeert het oordeel ten gronde kort de revue. Hierna gaan we over tot een nadere analyse, waarbij vijf onderwerpen speciale aandacht krijgen: ten eerste de voorafgaande rechtspraak van het Hof van Justitie over doorwerking van richtlijnen; ten tweede de plaats van *Kücükdeveci* ten opzichte van de eerdere jurisprudentie, en zijn situering binnen de Europeesrechtelijke dogmatiek; ten derde de betekenis van dit arrest voor andere algemene beginselen van EU-recht, en de mogelijke extrapolatie naar andere richtlijnen; ten vierde de status van het Handvest van de Grondrechten, in de context van het huidige arrest en in de toekomst; ten vijfde de significantie van *Kücükdeveci* voor de vrijheid van nationale rechters om prejudiciële vragen te stellen. We ronden de bijdrage af met een beknopte slotbeschouwing.

Achtergrond

Seda Küçükdeveci trad medio 1996, op achttienjarige leeftijd, in dienst van de firma Swedex. Tien jaar later, in 2006, werd zij door Swedex ontslagen. Dat ontslag werd

* Dr. H. de Waele is universitair docent Europees recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Mr. I. Kieft is advocaat te Amsterdam bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

1. Zo blijven de sociaalrechtelijke aspecten, die ongetwijfeld in daarin gespecialiseerde tijdschriften de nodige aandacht gaan krijgen, buiten beeld. Wij concentreren ons vooral op de Europese constitutionele dimensie, en staan bijv. niet lang stil bij de (beoordeling van de) rechtvaardiging voor leeftijdsdiscriminatie.

haar aangezegd met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn, waarbij er echter vanuit werd gegaan dat zij pas drie jaar bij Swedex in dienst was geweest, in plaats van haar feitelijke arbeidsverleden van tien jaar. De oorzaak hiervan lag in § 622 lid 2 van het Bürgerliches Gesetzbuch, waarin is bepaald dat tijdvakken van arbeid die een werknemer vóór het bereiken van de leeftijd van vijftwintig jaar vervuld heeft, niet in de berekening moeten worden betrokken. Zodoende meende Swedex van een opzegtermijn van één maand te mogen uitgaan, terwijl voor een arbeidsverband van tien jaar anders een termijn van vier maanden zou hebben gegolden. Mevrouw Küçükdeveci vocht haar ontslag aan bij het Arbeitsgericht Mönchengladbach, en later in beroep bij het Landesarbeitsgericht Düsseldorf. Daarbij voerde zij aan dat de bepaling uit het Duits BW, waarin arbeid verricht vóór het vijftiende levensjaar niet naar rato in de opzegtermijn wordt meegewogen, een illegaal onderscheid naar leeftijd maakt. Het Landesarbeitsgericht Düsseldorf heeft hierover twee prejudiciële vragen voorgelegd. Ten eerste of – kort gezegd – de Duitse regel een vorm van leeftijdsdiscriminatie behelst die door Europees primair en secundair recht, in het bijzonder Richtlijn 2000/78/EG,² wordt verboden. Ten tweede of een nationale rechter gehouden is om een strijdige regel van nationaal recht buiten beschouwing te laten in een geding tussen particulieren, en of hij dan pas tot een dergelijke niet-toepassing mag overgaan wanneer hij eerst het Europees Hof van Justitie heeft benaderd (analoog aan de procedure in Duitsland waarbij lagere rechters, wanneer zij vermoeden dat een regel in strijd is met de grondwet, het Bundesverfassungsgericht moeten benaderen³).

Het arrest

In antwoord op de eerste vraag herinnert het Hof van Justitie er allereerst aan dat het verbod op leeftijdsdiscriminatie een algemeen beginsel van EU-recht is, dat in Richtlijn 2000/78/EG wordt geconcretiseerd, hoewel het daar niet zelf in is neergelegd.⁴ Hierbij verwijst het ook nadrukkelijk naar artikel 21 lid 1 van het Handvest van de Grondrechten van de EU, dat eveneens bepaalt dat elke discriminatie, met name op grond van leeftijd, verboden is. Het Hof van Justitie stelt dan vast dat de situatie in het hoofdinging binnen de werkingssfeer van het EU-recht valt,⁵ en dat de omstreden nationale regel inderdaad een onderscheid op grond van leeftijd maakt. Dit laatste zou echter krachtens artikel 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78/EG kunnen worden gerechtvaardigd, wanneer het past binnen een algemeen beleid ten aanzien van de arbeidsmarkt en werkgelegenheid en mits de nationale regel noodzakelijk en

geschikt is om dit beleid te realiseren. Bij dit tweede vereiste strandt dan echter het schip: volgens het Hof van Justitie pakt de regel uit het Duits BW namelijk disproportioneel negatief uit voor jonge werknemers. Het antwoord op de eerste vraag luidt bijgevolg dat een dergelijke nationale regeling onverenigbaar is met het EU-recht, in het bijzonder het algemeen beginsel van verbod op leeftijdsdiscriminatie, geconcretiseerd in Richtlijn 2000/78/EG.

In antwoord op de tweede vraag verwijst het Hof van Justitie naar zijn vaste rechtspraak dat richtlijnen uit zichzelf geen verplichtingen kunnen opleggen aan particulieren, en als zodanig niet tegenover een particulier kunnen worden ingeroepen.⁶ Rechters moeten echter wel alles doen om te verzekeren dat het doel van een richtlijn bereikt wordt, waaruit de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie voortvloeit.⁷ De verwijzende rechter meent evenwel dat conforme interpretatie niet mogelijk is in het onderhavige geval. Het Hof van Justitie stelt daarop dat nationale rechters in deze omstandigheden de rechtsbescherming van justitiabelen en de volle werking van het EU-recht moeten verzekeren, en daarvoor desnoods alle nationale regels die in strijd zijn met het beginsel van non-discriminatie (waar het beginsel van het verbod op leeftijdsdiscriminatie een bijzondere toepassing van vormt) buiten beschouwing moeten laten.⁸ Tot slot overweegt het Hof van Justitie dat een nationale rechter niet verplicht is om, daaraan voorafgaand, een prejudiciële vraag te stellen over mogelijke onverenigbaarheid, maar dat het nationale recht hem dat echter ook niet mag verhinderen, en hem evenmin tot het stellen van een vraag kan verplichten.

Analyse

Wat vooraf ging: doorwerking van richtlijnen pre-Küçükdeveci

Küçükdeveci is een nieuwe toevoeging aan een lange reeks uitspraken over de doorwerking van richtlijnen in de nationale rechtsorde. In de jaren zeventig zette het Hof van Justitie in *Van Duyn* en *Ratti* de belangrijkste eerste stappen, door te oordelen dat voldoende duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepalingen uit richtlijnen directe werking kunnen hebben, nadat de omzettingstermijn is verstreken, en indien de betreffende richtlijn niet tijdig, onjuist of onvolledig is geïmplementeerd.⁹ In 1986 oordeelde het Hof van Justitie echter in *Marshall* dat een

- Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb. EU 2000, L 303/16.
- Ex artikel 100 van de Duitse Grundgesetz.
- Onder verwijzing naar HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, *Mangold*, r.o. 74-75, en HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, *Defrenne*, r.o. 54.
- Waarmee het Hof van Justitie deze zaak onderscheidt van zijn eerdere arrest van 23 september 2008 in zaak C-472/06, *Bartsch*.

- Onder verwijzing naar HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Marshall*, r.o. 48; HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, *Faccini Dori*, r.o. 20; HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397-403/01, *Pfeiffer*, r.o. 108.
- Onder verwijzing naar o.m. HvJ EG 10 april 1984, zaak 13/83, *Von Colson en Kamann*, r.o. 26, en HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing*, r.o. 8.
- Opnieuw onder verwijzing naar het arrest *Mangold* (zie voetnoot 4), r.o. 77.
- HvJ EG 4 december 1974, zaak 41/74, *Van Duyn*; HvJ EG 5 april 1979, zaak 148/78, *Ratti*. Verticale directe werking van richtlijnen is tevens aangenomen in het geval dat een richtlijn wel op juiste wijze is omgezet, maar deze nationale regelgeving in de praktijk incorrect c.q. onvoldoende wordt toegepast/gehandhaafd: zie HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00, *Marks & Spencer*.

richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen, en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen.¹⁰ Het uitgangspunt dat richtlijnen weliswaar *verticale* directe werking kunnen hebben (dat wil zeggen een particulier versus de staat), maar geen *horizontale* (een particulier versus een andere particulier) is vervolgens verworpen tot een van de vaste credo's uit de Europese catechismus.¹¹ Het Hof van Justitie heeft echter het bereik van dit verbod op horizontale directe werking geleidelijk aan steeds meer afgezwakt, door het afkondigen van een bonte stoet aan beperkingen en uitzonderingen.

Het Hof van Justitie heeft drie *beperkingen* geformuleerd. In de eerste plaats heeft het een ruime uitleg gegeven aan het begrip 'staat', waardoor ook situaties tussen particulieren en decentrale overheden, semioverheden, en onder bepaalde voorwaarden zelfs openbare bedrijven, het etiket 'verticaal geschil' opgeplakt hebben gekregen.¹² In de tweede plaats heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat op de nationale rechter een verregaande verplichting rust tot richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht.¹³ Deze op het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van gemeenschapstrouw gestoelde verplichting geldt ongeacht of de bepaling in kwestie zich leent voor directe werking, en vangt aan vanaf het moment dat de termijn voor omzetting is verstreken.¹⁴ Wel bepaalde het Hof van Justitie in *Inter-Environnement Wallonie*¹⁵ dat lidstaten, inclusief nationale rechters,¹⁶ gehouden zijn om in de periode voorafgaand aan het verstrijken van de omzettingstermijn geen maatregelen te nemen die het door de richtlijn beoogde resultaat in gevaar brengen. Tot slot heeft het Hof van Justitie in *Franovich*, nader uitgewerkt in *Brasserie du Pêcheur* en *Dillenkofer*, de leer van staats-

aansprakelijkheid geïntroduceerd.¹⁷ Dientengevolge moeten lidstaten particulieren financieel compenseren voor schade die is veroorzaakt door niet-tijdige omzetting van een richtlijn, of die het gevolg is van een andere, voldoende ernstige schending van het Europees recht bij de implementatie (wanneer althans de relevante richtlijn aan de betreffende particulieren specifieke, op basis van de richtlijn duidelijk te identificeren rechten verleent).¹⁸ Het Hof van Justitie heeft op de hoofdregel dat richtlijnen geen horizontale directe werking hebben eveneens twee *uitzonderingen* geformuleerd. Over de precieze status daarvan heerst echter tot op de dag van vandaag nog onzekerheid.¹⁹ De eerste uitzondering is ontwikkeld in met name *CIA Security, Panagis Pafitis, Smithkline Beecham* en *Unilever Italia*.²⁰ De strekking van deze arresten is ruwweg dat, in geschillen tussen particulieren waarin een beroep wordt gedaan op een richtlijn die geen rechten of plichten voor particulieren bevat, een nationale publiekrechtelijke regeling die in het geding is betrokken aan die richtlijn moet worden getoetst, en in geval van strijdigheid, buiten toepassing moet worden gelaten.²¹ De tweede uitzondering betreft richtlijnen die een uitwerking vormen van algemene beginselen van Europees recht. In het recente, controversiële arrest *Mangold* oordeelde het Hof van Justitie dat nationale rechters, in geschillen tussen particulieren waarin een beroep wordt gedaan op richtlijnen die algemene beginselen van Europees recht preciseren, de effectieve werking van die beginselen en de betreffende richtlijnbeperkingen moeten bewerkstelligen door daarmee strijdige nationale regels buiten toepassing te laten. Dat in *Mangold* de omzettingstermijn van de betreffende richtlijn nog niet was verstreken, stond aan de verplichting van de nationale rechter uitdrukkelijk niet in de weg. Het in januari van dit jaar gewezen arrest *Kücükdeveci* treedt in de voetsporen van *Mangold*.

10. *Marshall* (zie voetnoot 6), r.o. 48. Het Hof baseerde deze hoofdregel hoofdzakelijk op het tekstuele argument dat richtlijnen (anders dan verordeningen) ingevolge artikel 288 VWEU slechts verbindend zijn voor de lidstaten tot welke ze gericht zijn, en daarom niet als zodanig verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen. Bij verdragsbepalingen die expliciet tot de lidstaten gericht zijn staat dit gegeven overigens niet in de weg aan het aannemen van horizontale directe werking (*Defrenne*, zie voetnoot 4).
11. Zie hiervoor *Faccini Dori*, *Pfeiffer* (zie voetnoot 6), en *Mangold* (zie voetnoot 4). Verticale directe werking kan niettemin ongunstige consequenties voor derden hebben in zogenoemde driehoeksverhoudingen. Zie daarvoor HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-201/02, *Wells*, en HvJ EG 7 juli 2008, gevoegde zaken C-152/07-154/07, *Arcor*, waarin het Hof heeft bepaald dat een particulier zich tegenover een lidstaat op een richtlijn mag beroepen, ook als dit tot negatieve gevolgen voor derden leidt, zolang er maar geen verplichting van de staat wordt geactiveerd die rechtstreeks verbonden is met de uitvoering van een andere, krachtens deze richtlijn op een derde rustende verplichting. In meer detail hierover H.F.M.W. van Rijswijk en R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtstreekse werking van richtlijnen in driehoeksverhoudingen', *NTER* 2004, p. 42-47.
12. Het Hof sloeg al direct in *Marshall* (zie voetnoot 6) deze weg in. Zie verder HvJ EG 22 juni 1989, zaak 103/88, *Fratelli Constanzo*; HvJ EG 12 juli 1990, zaak C-188/89, *Foster*; en meer recent o.a. HvJ EG 7 september 2006, zaak C-180/04, *Vassallo*.
13. Zo *Von Colson* en *Kamann* (zie voetnoot 7) voor verticale situaties en *Marleasing* (zie voetnoot 7) voor horizontale situaties. Het Hof heeft de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie nog eens zeer sterk benadrukt in *Pfeiffer* (zie voetnoot 6).
14. HvJ EG 4 juli 2006, zaak C-212/04, *Adeneler*.
15. HvJ EG 18 december 1997, zaak C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*. In die lijn ook *Mangold* (zie voetnoot 4).
16. Zoals volgt uit *Adeneler* (zie voetnoot 14)

17. HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6 en 9/90, *Franovich*; HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46 en 48/93, *Brasserie du Pêcheur*, en HvJ EG 8 oktober 1996, gevoegde zaken C-178-179 en 188-190/94, *Dillenkofer*.
18. In de arresten in zaak C-224/01, *Köbler* (HvJ EG 30 september 2003), en zaak C-173/03, *Traghetti* (HvJ 13 juni 2006) heeft het Hof de aansprakelijkheid uitgebreid voor (onrechtmatig) handelen en nalaten door nationale rechters.
19. Geen enkele auteur is er tot nu toe in geslaagd voor alle uitzonderingsgevallen een sluitende verklaring te geven. Voor een uitgebreide analyse, zie J.M. Prinszen, *Doorwerking van Europees recht: de verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 154-169.
20. HvJ EG 30 april 1996, zaak C-194/94, *CIA Security*; HvJ EG 12 maart 1996, zaak C-441/93, *Panagis Pafitis*; HvJ EG 28 januari 1999, zaak C-77/97, *Smithkline Beecham*; HvJ EG 26 september 2000, zaak C-443/98, *Unilever Italia*.
21. Dit 'uitsluitingseffect' werd volgens het Hof mogelijk gemaakt omdat de richtlijn zelf geen verplichtingen oplegde aan particulieren en niet de materiële inhoud bepaalde van de regel op basis waarvan de nationale rechter het geschil uiteindelijk diende te beslechten. Dezelfde gedachte is terug te vinden in de jurisprudentie over richtlijnconforme interpretatie. Zie hiervoor HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240-244/98, *Océano*; HvJ EG 13 juli 2000, zaak C-456/98 *Centrosteeel*; alsook de zaak *Pfeiffer* (zie voetnoot 6).

De kern van *Kücükdeveci*: verscherping en vervaging van de hoofdregels

In *Kücükdeveci* herhaalt het Hof van Justitie het credo dat richtlijnen geen horizontale directe werking hebben, in die zin dat ze geen verplichtingen kunnen opleggen aan particulieren, en niet als zodanig tegenover een particulier kunnen worden ingeroepen. Zo bezien is *Kücükdeveci* voor de huidige tijd wat *Marshall* was voor de jaren tachtig, en *Faccini Dori* voor de jaren negentig. Het arrest lijkt echter, zoals eerder o.a. *CIA Security* en *Mangold*, de portie van die hoofdregel verder te ondergraven. Het Hof van Justitie eist immers van nationale rechters dat zij het EU-recht zo toepassen dat geschillen tussen particulieren effectief op basis van regels uit richtlijnen worden beslecht. Om de hoofdregel in stand te houden (of de schijn van instandhouding te wekken) past het Hof van Justitie evenwel twee kunstgrepen toe: het is niet de richtlijn zelf, maar een algemeen beginsel van EU-recht dat hier horizontaal doorwerkt; daarnaast gaat het hier om buitentoepassinglating van strijdig nationaal recht, als consequentie van de voorrang van het Europese recht, en dus niet (althans niet met zoveel woorden) om 'echte' horizontale werking.

Met *Kücükdeveci* herbevestigt het Hof van Justitie zodoende ook het *Mangold*-mechanisme, en wordt dat wat helderder in de verf gezet: nationale rechters moeten voortaan, telkens wanneer het gaat om richtlijnen die algemene beginselen van EU-recht concretiseren, die algemene beginselen toepassen in tandem met de betreffende richtlijnbevestigingen, óók in horizontale verhoudingen. Het aloude verbod op horizontale directe werking staat daar definitief niet aan in de weg. *Mangold* was dus geen eenmalige uitschieter, en het principe dat daar nog wat schimmig was verwoord, blijft dus niet beperkt tot de omstandigheden van dat specifieke geval, maar heeft vanaf nu als een algemeen uitgangspunt te gelden.²²

De hoofdregel ten aanzien van de horizontale werking van richtlijnen lijkt daarmee steeds verder te verschuiven. Het resolute 'nee' uit *Marshall* ging met arresten als *CIA Security*, *Unilever*, *Pafitis* en *Smithkline Beecham* stilaan over in een 'nee, tenzij...', en slaat met *Mangold* en *Kücükdeveci* inmiddels haast om in een 'ja, mits...'. Op het oog gaat het hier niettemin wel om een bijzondere vorm van doorwerking: de ingeroepen c.q. toe te passen richtlijnbevestiging (die in de *Mangold/Kücükdeveci*-lijn dus een concretisering van een algemeen beginsel van EU-recht behelst) drukt een conflicterende nationale regel uit het

ationale geding weg.²³ Het courante idee was dat dit soort 'uitsluitende' directe werking goed te billijken viel, omdat (en voor zover) de betreffende richtlijnbevestiging in dergelijke casus zelf geen rechten schept voor, of verplichtingen oplegt aan particulieren.

Het arrest *Pfeiffer* werd nochtans door sommigen geduid als een afwijzing van dit concept.²⁴ In die zaak weigerde het Hof van Justitie het te omarmen, zonder daar overigens maar een woord aan te wijden, terwijl er door de A-G juist een lans voor was gebroken. *Kücükdeveci* wekt nu de indruk dat 'exclusionary direct effect' toch echt 'alive and kicking' is, ook al neemt het Hof van Justitie de term wederom niet *expressis verbis* in de mond. Het blijft de vraag of een dergelijke uitsluitende werking ook mogelijk zou zijn wanneer een richtlijnbevestiging verplichtingen oplegt aan particulieren. Enerzijds kan men pomen dat dit in de voorliggende zaak aan de orde is: immers, een werkgever wordt verplicht om rekening te houden met het verbod op leeftijdsdiscriminatie, en moet diensgevolge de opzegtermijn baseren op de daadwerkelijke periode van door de werknemer verrichte arbeid. Anderzijds valt te betogen dat het niet de richtlijnbevestiging is die tot dit resultaat leidt, maar een algemeen beginsel van EU-recht dat door die bevestiging nader geconcretiseerd wordt. Bovendien vloeit de verplichte nieuwe handelswijze voor de firma Swedex uiteindelijk voort uit § 622 van het Duitse BW, minus de 'weggedrukte' discriminerende clausule die jonge werknemers disproportioneel hard raakt. Zo bezien worden er in deze casus nog altijd niet rechtstreeks verplichtingen uit een richtlijn aan een particulier opgelegd. De grens is echter wel dun: het geschil wordt in feite mede aan de hand van de richtlijnbevestiging opgelost, en Swedex ervaart daarvan de nadelige gevolgen.

Een andere grens die nu vervaagt is die tussen directe werking en voorrang. In abstracto gaat het nog altijd om twee te onderscheiden leerstukken: wanneer een regel van Europees recht direct werkt, betekent dit dat daar bij iedere nationale rechter een beroep op kan worden gedaan, ongeacht of de lidstaat een monistisch of een dualistisch stelsel kent voor de receptie van internationaal recht, en dat de nationale rechter die norm ook kan toepassen in het voorgelegde geschil.²⁵ Het principe van voorrang behelst een conflictregel: in alle gevallen waarin nationaal recht in strijd komt met Europees recht, gaat dit laatste recht voor,

22. *Mangold* is met name in Duitsland heftig bekritiseerd, maar niet exclusief vanwege het gepropageerde doorwerkingsmechanisme; de kritiek richtte zich daar tevens op de status van het verbod op leeftijdsdiscriminatie als verondersteld algemeen beginsel, en het effect van de richtlijn nog vóór de (voor de Bondsrepubliek verlengde) omzettingstermijn was verstreken. Zie o.a. L. Gerken e.a., *'Mangold' als ausbrechender Rechtsakt*, München: Sellier European Law Publishers 2009, met vele nadere verwijzingen. Ook het redactioneel commentaar in *CMLRev* 2006, p. 1-8, 'Horizontal Direct Effect – A Law of Diminishing Coherence?', laakt de doctrinaire verwarving die het oordeel veroorzaakt. Zie voor een nuancerende reactie echter C. Tobler, 'Putting *Mangold* in Perspective', *CMLRev* 2007, p. 1177 e.v.

23. In de doctrine haakt men doorgaans aan bij de Engelse term 'exclusionary effect' of de Franse aanduiding 'invocabilité d'exclusion'. Zie o.m. M. Lenz, D. Sif Tynes, D. Young, 'Horizontal What? Back to Basics', *ELR* 2000, p. 509; T. Tridimas, 'Black, White and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited', *YEL* 2002, p. 327; S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 268; R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 16 en p. 23.

24. Zo bijv. S. Prechal, annotatie bij *Pfeiffer*, *CMLRev* 2005, p. 1445, en *SEW* 2005, p. 95; J.H. Jans, 'De doorwerking in de nationale rechtsorde van het verbod van leeftijdsdiscriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht', in: M. Herweijer, G.J. Vonk en W.A. Zondag (red.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester. Opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam*, Deventer: Kluwer 2006, p. 124.

25. Zie R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 62; W.T. Eijsbouts e.a., *Europees Recht – Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 245; S. Prechal, a.w. (zie voetnoot 23), p. 241.

ongeacht of de nationale regel van eerdere of latere datum is dan de betreffende Europese regel(s). In *Kücükdeveci* verordonneert het Hof van Justitie tot het aan de kant zetten van strijdig nationaal recht in geschillen tussen particulieren, zonder bij een van de genoemde leerstukken aan te knopen. In het arrest *Simmenthal II* werd deze plicht tot buitentoepassinglating nog nadrukkelijk gepresenteerd als een consequentie van de *voorrang* van Europees recht.²⁶ De verwijzende rechter in *Kücükdeveci* informeerde er specifiek naar of in het voorliggende geval horizontale *directe werking* (toepassing) mogelijk was, waaruit een uitsluitend effect zou volgen. Het antwoord hierop luidde bevestigend. Het Hof van Justitie knoopte daarvoor echter aan bij de plicht van een nationale rechter om ‘in het kader van zijn bevoegdheden de voor de justitiabelen uit het recht van de Unie voortvloeiende rechtsbescherming verzekeren en de volle werking daarvan waarborgen’, wat is te lezen als een impliciete verwijzing naar het voorrangsbeginsel.²⁷ Omdat het verbod op horizontale werking van richtlijnbevestigingen hierbij klaarblijkelijk geen rol meer speelt, zou de conclusie kunnen luiden dat het leerstuk van directe werking, zijn modaliteiten en begrenzingen, aan relevantie inboet, en dat in de toekomst voorrang het overheersende, allesbepalende principe is.²⁸ Eveneens valt echter te poneren dat de beide leerstukken zijn samengesmolten, met nochtans dezelfde consequentie, namelijk dat de grenzen aan directe werking zich minder doen gevoelen dan voorheen. Het onderscheid tussen directe werking en voorrang blijft kortom in theorie wel valide, maar lijkt zo in de praktijk nog maar nauwelijks zichtbaar.

Doorwerking van andere algemene beginselen en richtlijnen: de deur op een kier of wagenwijd open?

De boodschap van het Hof van Justitie is op één punt kristalhelder: het *Mangold*-mechanisme is ‘here to stay.’ Nationale rechters moeten ook in geschillen tussen particulieren de effectieve werking waarborgen van richtlijnen die algemene beginselen van EU-recht concretiseren. Hoewel het Hof van Justitie hiermee de deur heeft opengezet voor particulieren in talloze, voorheen niet heel kansrijke situaties, is de precieze reikwijdte van een en ander niet zo gemakkelijk te overzien.²⁹ Op basis van *Mangold* en *Kücükdeveci* lijkt het basismechanisme zich in elk geval uit te strekken tot alle algemene beginselen van gelijke behandeling/non-discriminatie. Of ook andere algemene beginselen voor toepassing van het *Mangold*-mechanisme in aanmerking komen, is niet op voorhand

duidelijk. Zonder de pretentie van volledigheid, volgt hieronder een eerste poging tot inventarisatie van algemene beginselen en richtlijnen die deze concretiseren, die zich voor ‘uitsluitende horizontale werking’ zouden kunnen gaan lenen.

Algemene beginselen van gelijke behandeling maken al lange tijd deel uit van de Europese rechtsorde. In de jaren zeventig heeft het Hof van Justitie de gelijke behandeling tussen man en vrouw inzake beloning als algemeen beginsel erkend.³⁰ In het kader van de vrij verkeer-rechtspraak heeft het Hof van Justitie tevens het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit aanvaard.³¹ Daarnaast heeft het Hof van Justitie aangenomen dat de bescherming van grondrechten als zodanig,³² en ook specifieke grondrechten op het gebied van gelijke behandeling, als algemene beginselen van EU-recht hebben te gelden, met name het verbod op discriminatie op basis van geslacht³³ en, sinds *Mangold*, het verbod op leeftijdsdiscriminatie. Een verbod op discriminatie op basis van seksuele geaardheid was tot voor kort uitdrukkelijk niet als een beginsel van EU-recht erkend.³⁴ Voortbouwend op *Mangold*, zou dit wellicht toch aangenomen moeten worden. Immers, het Hof van Justitie verklaart dat het verbod op leeftijdsdiscriminatie een algemeen beginsel is omdat het zijn oorsprong vindt in diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, en omdat het bovendien in het Handvest van de Grondrechten van de EU is neergelegd, dat krachtens artikel 6 VEU dezelfde juridische waarde als de verdragen heeft.³⁵ Dezelfde redenering valt te verdedigen voor de andere door Richtlijn 2000/78/EG geconcretiseerde discriminatieverboden op grond van godsdienst of levensovertuiging, handicap en seksuele geaardheid,³⁶ en voor de door de anti-discriminatie-richtlijn (Richtlijn 2000/43/EG)³⁷ nader uitgewerkte verboden van discriminatie wegens ras en etniciteit. Richtlijnen die de algemene beginselen van gelijke behandeling concretiseren zijn, naast Richtlijn 2000/78/EG voor gelijke behandeling in arbeid en beroep en de genoemde anti-discriminatie-richtlijn, onder meer de oudere richtlijnen inzake gelijke behandeling tussen man en vrouw en inzake

26. HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, *Simmenthal* (II).

27. Al kan men daarover van mening verschillen: naar de letterlijke bewoordingen van de overweging volgt de rechterlijke plicht tot buitentoepassinglating uit de *effet utile* van het Europees recht en het idee van effectieve rechtsbescherming. Deze opmerkelijke constructie leidt niettemin tot hetzelfde resultaat als toepassing van het principe van absolute voorrang van EU-recht.

28. Zie voor een eerder pleidooi in deze zin K. Lenaerts en T. Corthaut, ‘Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law’, *ELR* 2006, p. 287-315. Lenaerts was overigens een van de rechters die oordeelden in *Kücükdeveci*.

29. M. de Mol, *SEW* 2010, p. 128, wijst hier ook op in haar annotatie bij HvJ EG 27 oktober 2009, zaak C-155/08, *CEZ*, maar werkt dit punt niet verder uit.

30. *Defrenne* (zie voetnoot 4).

31. Zie o.m. HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*, en HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98, *Angonese*.

32. HvJ EG 12 november 1969, zaak 29/69, *Stauder*, en HvJ EG 17 december 1979, zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

33. HvJ EG 30 april 1996, zaak C-13/94, *P v. S*, en HvJ EG 22 september 1998, zaak C-185/97, *Coote*, r.o. 21-23.

34. HvJ EG 17 februari 1998, zaak C-249/96, *Grant*, en HvJ EG 31 mei 2001, gevoegde zaken C-122 en 125/99 P, *D en Koninkrijk Zweden/Raad van de Europese Unie*. Ook recent nog heeft het Hof het bestaan van een recht op uitkering van nabestaandenpensioen aan de overgebleven partner in een gelijkgeslachtelijk partnerschap afhankelijk gesteld van de vraag of het nationale recht, voor wat betreft het recht op dergelijke uitkeringen, *same sex* partnerschap en het huwelijk gelijkstelt: zie HvJ EG 1 april 2008, zaak C-267/06, *Maruko*, r.o. 69 en 73.

35. *Mangold* (zie voetnoot 4), r.o. 74, en *Kücükdeveci*, r.o. 20 en 22.

36. Zie HvJ EG 16 oktober 2007, zaak C-411/05, *Palacios de la Villa*; conclusie A-G Mázak, punt 96.

37. Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, Pb. EG 2000, L 180/22.

gelijke beloning (76/207/EG resp. 75/117/EG).³⁸ Ook de burgerschapsrichtlijn en de dienstenrichtlijn (Richtlijn 2004/38/EG respectievelijk Richtlijn 2006/123/EG) zijn hier van kardinaal belang.³⁹

Het Hof van Justitie heeft van enkele grondrechten die zich buiten de sfeer van de gelijke behandeling bevinden eveneens erkend dat zij algemene beginselen van het EU-recht zijn; dit betreft met name het recht op databescherming en privacy.⁴⁰ Beide algemene beginselen zijn onder andere geconcretiseerd in de Richtlijn bescherming persoonsgegevens (Richtlijn 95/46/EG),⁴¹ Richtlijn 97/66/EG inzake privacy in de telecommunicatiesector, en Richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie.⁴² Met de expliciete verwijzing naar het Handvest van de Grondrechten opent *Kücükdeveci* daarnaast de weg voor de erkenning van andere in dat Handvest opgenomen rechten als algemene beginselen. Zo zouden de in het Handvest opgenomen bepalingen rondom arbeid en beroep, waaronder het verbod op kinderarbeid (art. 32), het recht op informatie en raadpleging van werknemers (art. 27) en de bescherming van het beroeps- en gezinsleven (art. 33) eveneens als algemene beginselen kunnen gaan gelden.⁴³ Hierbij zij wel opgemerkt dat de beperkingsclausules uit het Handvest een

dergelijk resultaat beogen tegen te gaan.⁴⁴ Daarnaast lijkt het Hof van Justitie zich, getuige het recente arrest *Audiolux*,⁴⁵ toch enigszins gereserveerd op te stellen ten aanzien van het aanvaarden van zeer specifieke (privaatrechtelijke) regels als algemene beginselen. Voornoemde rechten in de sfeer van arbeid en beroep worden in elk geval in o.a. de volgende richtlijnen geconcretiseerd: Richtlijn 94/33/EG betreffende de bescherming van jongeren op het werk, Richtlijn 2002/14/EG betreffende informatie en raadpleging werknemers, Richtlijn 92/85/EG inzake de verbetering van veiligheid en gezondheid werknemers rondom zwangerschap en Richtlijn 96/34/EG betreffende ouderschapsverlof.⁴⁶

Ook op het gebied van goed bestuur en rechtsbescherming heeft het Hof van Justitie een groot aantal algemene beginselen aangenomen, waaronder proportionaliteit, rechtszekerheid, (bescherming van) gewettigd vertrouwen en de rechten van de verdediging.⁴⁷ Deze beginselen reguleren echter bij uitstek de relatie tussen private partijen en de overheid, en het is moeilijk voorstelbaar op welke wijze zij normerend zouden kunnen zijn voor relaties tussen particulieren. Daarmee ligt niet voor de hand dat ze via het *Mangold*-mechanisme tot 'uitsluitingseffecten' in horizontale situaties kunnen leiden. Dit ligt wellicht anders voor het algemene beginsel van proportionaliteit (evenredigheid). Het proportionaliteitsbeginsel kan namelijk wél regelmatig opspelen in horizontale situaties: immers, waar het handelen van particulieren beheerst wordt door algemene beginselen, kunnen zij tevens gebruik maken van de uitzonderingen op die algemene beginselen.⁴⁸ In de regel zijn uitzonderingen alleen toegelaten als ze objectief gerechtvaardigd zijn en als de gekozen handelswijze

38. Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, Pb. EG 1976, L 39/40, en Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, Pb. EG 1975, L 45/19.

39. Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, Pb. EU 2004, L 158/77; Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, Pb. EU 2006, L 376/36. Met name de handhaving van de dienstenrichtlijn zou, in afwezigheid van de *Mangold/Kücükdeveci*-route, tot hoofdbreken gaan leiden; hierover nader H. de Waele, 'The Transposition and Enforcement of the Services Directive. A Challenge for the European and the National Legal Orders', *EPL* 2009, p. 523-532.

40. HvJ EG 20 mei 2003, gevoegde zaken C-465/00, 138-139/01, *Österreichischer Rundfunk*.

41. Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens Pb. EG 1995, L 281/31. Het Hof heeft ten aanzien van de Richtlijn bescherming persoonsgegevens reeds expliciet geoordeeld dat deze een algemeen beginsel van EU-recht reflecteert, en in dat licht geïnterpreteerd moet worden (*Österreichischer Rundfunk*, zie voetnoot 40).

42. Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, Pb. EG 1998, L 24/1, en Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie, Pb. EG 2002, L 201/37.

43. In die lijn ook het redactioneel commentaar 'Horizontal Direct Effect – A Law of Diminishing Coherence', (zie voetnoot 22), p. 8, en E. Muir, 'Enhancing the Effects of Community Law on National Employment Policies', *ELR* 2006, p. 890.

44. Zie art. 51 en 52 van het Handvest. Hetzelfde geldt voor de toelichtingen bij het Handvest (Pb. EU C 303/02), die ex artikel 6 VEU eveneens juridisch verbindend zijn, en op gelijke hoogte staan als het primaire recht.

45. HvJ EG zaak C-101/08, *Audiolux*. Hoewel dit arrest als oordeel van een Grote Kamer veel gewicht toekomt, dateert het van voor het bindend worden van het Handvest, zodat niet duidelijk is of de in *Audiolux* aangebrachte beperkingen ook geacht moeten worden te werken ten aanzien van de in het Handvest opgenomen grondrechten. A-G Kokott heeft in haar conclusie van 29 april 2010 in zaak C-550/07 P, *Akzo Nobel* (punten 95 en 96), onder verwijzing naar *Kücükdeveci*, betoogd dat ook rechtsbeginselen die alleen in een minderheid van de lidstaten bekend zijn, toch algemene beginselen van EU-recht kunnen zijn, met name indien deze een bijzondere betekenis hebben in het licht van de doelstellingen van de EU. In dit verband wijst zij tevens op het Handvest.

46. Richtlijn 94/33/EG van de Raad van 22 juni 1994 betreffende de bescherming van jongeren op het werk, Pb. EG 1994, L 216/12; Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap - Gezamenlijke verklaring van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie over de vertegenwoordiging van de werknemers, Pb. EG 2002, L 80/29; Richtlijn 92/85/EEG van de Raad inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, Pb. EG 1992, L 348/1, en Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, Pb. EG 1996, L145/4.

47. Voor een uitgebreid overzicht van de inhoud van deze beginselen en de rechtspraak daarover van het Hof, zie T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

48. Zie bijv. *Bosman* (voetnoot 31), r.o. 86, en tevens Tridimas (zie voetnoot 47), paragraaf 1.8.6.

proportioneel is. Het aantal richtlijnen dat het proportionaliteitsbeginsel concretiseert is haast ontelbaar. Via het *Mangold*-mechanisme zou het in talloze horizontale casus (meer) effect kunnen gaan sorteren. In geschillen tussen particulieren zullen onevenredige regels en afspraken dan veel vaker terzijde moeten worden gesteld.

Bovenstaand overzicht geeft aan dat er legio geschillen denkbaar zijn die binnen de reikwijdte van richtlijnen vallen die algemene beginselen van EU-recht concretiseren. Hierbij past de kanttekening dat het niet duidelijk is of het enkele feit dat een richtlijn een algemeen beginsel concretiseert automatisch tot toepassing van het *Mangold*-mechanisme zal kunnen leiden. In de eerste plaats staat het niet van alle algemene beginselen vast dat ze als zodanig inroepbaar zijn tussen particulieren. Het Hof van Justitie heeft dit slechts uitdrukkelijk aangenomen voor gelijke behandeling tussen man en vrouw bij beloning, voor non-discriminatie op grond van nationaliteit,⁴⁹ en nu tevens voor het verbod op leeftijdsdiscriminatie. Andere algemene beginselen, voor zover zij niet horizontaal werken, kunnen wellicht niet zomaar ingezet worden om richtlijnen (die immers ook na *Mangold* en *Kücükdeveci* formeel nog altijd niet zelfstandig horizontaal werken) alsnog horizontale werking toe te kennen. Het Hof van Justitie zou daar althans paal en perk aan kunnen willen stellen, en aan 'narrowing down' gaan doen. In de tweede plaats zal lang niet altijd duidelijk zijn welke oplossing een algemeen beginsel in een concreet geschil voorschrijft. Algemene beginselen zijn immers per definitie algemeen, daarmee bijzonder onnauwkeurig, en in meerdere richtingen te kneden en uit te leggen.⁵⁰ Bij toepassing van het *Mangold*-mechanisme vult het Hof van Justitie evenwel – en in navolging daarvan de nationale rechter – de inhoud van een algemeen beginsel, en daarmee de oplossing voor een concreet geschil, gemakkelijk in aan de hand van de specifieke bepalingen van de richtlijn in kwestie. Toepassing van het *Mangold*-mechanisme doet dan hoogst kunstmatig aan: de richtlijn heeft slechts horizontale werking bij de gratie van het algemene beginsel waarvan de inhoud wordt bepaald door de richtlijn. Hierdoor ontstaat een cirkelredenering.⁵¹ Indien het Hof van Justitie deze prak-

tijk niettemin toestaat en/of actief propageert, kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat het de rechtspraak in allerlei bizarre bochten laat wringen om *de facto* horizontale werking van richtlijnen mogelijk te maken, zonder officieel 'om' te hoeven gaan.

Al met al zet het Hof van Justitie in *Kücükdeveci* de deur op een ruime kier voor een breed spectrum aan algemene beginselen en richtlijnen om horizontale effecten te gaan ontplooiën. Of deze deur uiteindelijk wagenwijd open zal komen te staan, waarmee een stortvloed aan geschillen tussen particulieren die voorheen op het verbod van horizontale directe werking van richtlijnen stukliepen, beslecht kan worden, valt echter nog te bezien.

De status van het Handvest van de Grondrechten

Een andere, enigszins verwante kwestie betreft de status van het Handvest van de Grondrechten in en na *Kücükdeveci*. Hoewel in arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG, en in conclusies van advocaten-generaal, daar de afgelopen jaren al meermaals naar werd verwezen, is het pas op 1 december j.l., met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, officieel bindend geworden.⁵² De feiten en prejudiciële vragen in *Kücükdeveci* dateren van daarvóór. Het Hof van Justitie baseert zich desondanks op artikel 21 van het Handvest om het fundamentele karakter van het verbod op leeftijdsdiscriminatie te onderstrepen.⁵³ Het document lijkt zodoende terugwerkende kracht te zijn toebedeeld. Deze manoeuvre zal waarschijnlijk diverse juristen tegen de borst stuiten, ook al gaat het hier om een (verondersteld) grondrecht.⁵⁴ Immers, de aangehaalde bepaling was ten tijde van het beweerdelijk onrechtmatige ontslag van de eiser in het hoofdgeding formeel niet van toepassing. Nu valt de relevante overweging uit het arrest ook te lezen als een meer onschuldige verwijzing *in obiter*; het Hof van Justitie wilde dan niet werkelijk terugwerkende kracht toekennen, maar verwees alleen voor de volledigheid naar de bepaling uit het Handvest. Een zodanige, vergoelijkende lezing correspondeert echter niet met de algemene teneur van het arrest. Uitsluitende horizontale werking valt vooral goed te verkopen omdat er bindende, zwaarwegende Europeesrechtelijke principes op het spel staan, en het arrest *Mangold* werd indertijd hevig bekritiseerd, omdat het majeure belang dat het verbod op leeftijdsdiscriminatie werd toegedicht geen duidelijke, breed gedeelde constitutionele grondslag had. De *missing link* uit *Mangold* is inmiddels ondervangen door de codificatie van het beginsel, en het bindend worden van het Handvest heeft het mogelijk gemaakt om met meer geloofwaardigheid op het eerdere arrest voort te borduren. De verwijzing naar het Handvest is zodoende meer dan lippendienst, en feitelijk niet minder dan cruciaal; zonder die verwijzing zou *Kücükdeveci*, voor wat betreft het constitutionele karakter

49. In o.m. *Defrenne* (zie voetnoot 4), *Angonese* (zie voetnoot 31) en recent *ČEZ* (voetnoot 29). Zie hierover ook *De Mol* (zie voetnoot 29) en *Jans* (zie voetnoot 24), p. 125-6. Het Gerecht lijkt bovendien in GvEA 16 januari 2005, zaak T-193/02, *Piau*, r.o. 76-78 te suggereren – zonder dit expliciet te stellen of verder uit te werken – dat ook burgerlijke en politieke rechten verplichtingen voor particulieren met zich mee zouden kunnen brengen. Zie hierover P. Ibañez Colomo en D. Waelbroeck, 'Case Note C-171/05 P, Laurent Piau', *CMLRev* 2006, p. 1743 e.v.

50. Of zoals A-G Mázak het formuleerde in zijn conclusie in *Palacios de la Villa* (zie voetnoot 36, punt 86 van zijn conclusie): 'Het is inherent aan] algemene beginselen die eerder in de platonische ideeënwereld dan in de letter van de wet moeten worden gezocht (...), dat zowel het bestaan als de eigenlijke inhoud ervan door onzekerheid wordt gekenmerkt.' In hun noot bij *Kücükdeveci* vestigen H. van Eijken en M. Verhoeven (*AB* 2010, 89) de aandacht op de kwalijke gevolgen voor de rechtszekerheid; evenzo *De Mol* (zie voetnoot 29), p. 128.

51. A-G Trstenjak uit vergelijkbare twijfels in voetnoot 27 van haar conclusie van 28 april 2010 in zaak C-45/09 *Rosenblatt*, zij het vanuit een ander standpunt: 'Of de opvatting, inhoudende dat een algemeen rechtsbeginsel (...) zodanig kan worden geconcretiseerd door een richtlijn dat het ook dan tussen particulieren geldt, wanneer de secundairrechtelijke handeling zelf niet van toepassing is, houdbaar is, valt mijns inziens nog te bezien.'

52. Ex artikel 6 VEU. Nota bene: het betreft hier de versie zoals afgekondigd te Lissabon op 12 december 2007, meest recentelijk gepubliceerd in Pb. EU 2010, C 83/2.

53. In r.o. 22.

54. Met name in Duitsland, waar het (*Mangold*-)idee van het verbod op leeftijdsdiscriminatie als grondrecht weinig bijval kreeg; het is vooralsnog ook in slechts twee EU-lidstaten (Finland en Portugal) constitutioneel verankerd.

van het verbod op leeftijdsdiscriminatie, evenzeer op drijfzand zijn gebouwd als *Mangold*.

Het belang dat het Hof van Justitie aan het Handvest toekent, de reikwijdte van de daarin opgenomen regels, en de eventuele terugwerkende kracht daarvan, zullen een aantal lidstaten rauw op het dak komen vallen. Dit geldt in het bijzonder voor het Verenigd Koninkrijk, Polen en Tsjechië, landen die, door middel van een Protocol toegevoegd aan het Verdrag van Lissabon, meenden van een *opt-out* te kunnen profiteren.⁵⁵ Of die *opt-out* waterdicht is, valt echter te betwijfelen. Een aantal auteurs heeft al beschreven hoe het Protocol gemakkelijk interpretatief zou kunnen worden weggesmaaid.⁵⁶ Met de constructie van het Hof van Justitie in *Kücükdeveci* worden de lidstaten nu al direct met de vergeefsheid van hun pogingen geconfronteerd: alle bepalingen in het Handvest die algemene beginselen van Europees recht weerspiegelen, blijven immers uit dien hoofde gelijkelijk van toepassing voor alle lidstaten, en het Hof van Justitie kan die beginselen ook ongestoord preciseren en verder uitbreiden.⁵⁷ Zo zijn het Verenigd Koninkrijk, Polen en Tsjechië materieel gebonden aan de uitleg van het in het Handvest gecodificeerde verbod op leeftijdsdiscriminatie, zonder dat het Protocol daaraan in de weg staat. Hoe geruisloos de operatie zich ook voltrekt, het resultaat roept wellicht de nodige spanningen op, en arresten die verder op *Kücükdeveci* voortbouwen, zouden tot stevige politieke reuring kunnen leiden.

Nationale rechters en hun verwijsvrijheid – nieuwe olie op het vuur

De passage uit het oordeel over de verwijsvrijheid van nationale rechters bevat op het oog weinig spektakel. De beklemtoning dat zij niet gehouden zijn om eerst hun constitutionele hof te benaderen wanneer ze twijfelen over de verenigbaarheid van een nationale bepaling met het Europese recht, brengt niets nieuws onder de zon: het uitgangspunt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie is immers al sinds jaar en dag dat ze vrij zijn om een vraag te verwijzen wanneer ze dat noodzakelijk achten; lidstaten mogen daarom ook geen beperkende voorwaarden verbinden aan de in artikel 267 VWEU vastgelegde bevoegdheid.⁵⁸ Deze opzet voorkomt onnodige extra vertraging in complexe geschillen, waarbij het constitutionele hof hoogstwaarschijnlijk alsnog prejudiciële vragen zou hebben gesteld: de lagere rechter kan dan meteen zelf al die stap zetten. Dat hij desgewenst direct en op eigen gezag

de onverenigbaarheid van de nationale regel mag uitspreken, is eveneens al eerder bepaald, en vloeit logisch voort uit het Europeesrechtelijke voorrangsbeginsel.⁵⁹ Dit verlicht tevens de werklust van het Hof van Justitie. Moest een rechter die tot (horizontale) uitsluitende werking wil overgaan twijfelen over de status en strekking van een algemeen beginsel van EU-recht, dan blijft hij evenwel te allen tijde bevoegd om de ‘hulplijn naar Luxemburg’ in te zetten.

Het is niettemin saillant dat het Hof van Justitie in dit arrest afstand neemt van de Duitse regel dat het Bundesverfassungsgericht benaderd moet worden wanneer bepalingen vermoed worden in strijd te zijn met de Grundgesetz, en dat het een analoge toepassing ten aanzien van Europeesrechtelijke geschillen afwijst. Hoe weinig deze opvatting ook mag verbazen in het licht van eerdere rechtspraak, de uitlating komt op een uiterst gevoelig moment. In de Bondsrepubliek wordt namelijk, na het recente *Lissabon-Urteil* van het Bundesverfassungsgericht,⁶⁰ eventuele *ultra vires*-rechtspraak van het Hof van Justitie van Justitie met argusogen bezien. Het Duitse constitutionele hof staat op het punt om zich uit te spreken over de geldigheid van – nota bene – de *Mangold*-jurisprudentie.⁶¹ De portee daarvan is in *Kücükdeveci* nu juist bevestigd en verbreed. Door in dit arrest ook nog eens de autonomie van de gewone Duitse rechter te benadrukken, gooit het Hof van Justitie een flinke plens olie op het vuur van een al decennia sluimerend jurisdictieconflict. ‘Luxemburg’ heeft geen water bij de wijn willen doen. Tenzij ‘Karlsruhe’ zich bereid toont gas terug te nemen, dreigt er een nieuwe *guerre des juges* te ontstaan.

Afsluiting

Om gevolg te geven aan het mijlpaalarrest *Kücükdeveci* is nu, zoals altijd, de rechtspraak aan zet. Wanneer er voortaan in geschillen tussen particulieren richtlijnbeoordelingen worden ingeroepen, zullen advocaten en magistraten steeds moeten kijken of daarin wellicht een algemeen beginsel van EU-recht verscholen zit. Indien een richtlijnbeoordeling inderdaad een concretisering van een algemeen beginsel van Europees recht vormt, kan en moet een eventueel strijdige regel van nationaal recht terzijde worden gesteld. Op deze manier zullen mogelijkerwijs talloze richtlijnen horizontale effecten kunnen gaan sorteren; hiervóór is slechts een beknopte indicatie gegeven van de (potentieel) door het *Mangold*-mechanisme bestreken gevallen. Daarmee lijkt het klassieke verbod op horizontale werking van richtlijnen, dat formeel wel gehandhaafd blijft, nog slechts in een zeer beperkt aantal casus aan

55. Zie Protocol (Nr. 30) betreffende de toepassing van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie op Polen en het Verenigd Koninkrijk, Pb. EU 2010, C 83/313, en (ten aanzien van Tsjechië) de Conclusies van de Europese Raad van 29 en 30 oktober 2009, beschikbaar op <http://europa.eu/european-council/index_nl.htm>.

56. J. Baquero Cruz, ‘What’s left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology’, *MJ* 2008, p. 72; M. Dougan, ‘The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts’, *CMLRev* 2008, p. 665-671.

57. Tegelijk zouden, zoals hiervoor reeds aangestipt, regels die alleen in het Handvest staan, en tot op heden nog niet golden als algemeen beginsel van Europees recht, alsnog als zodanig kunnen worden erkend – niettegenstaande de formele obstakels die o.a. de artikelen 51 en 52 daartegen trachten op te werpen.

58. Aldus o.m. *Simmenthal* (II) (zie voetnoot 26), en HvJ EG zaak 166/73, *Rheinmühlen* (II).

59. Indien hij meent dat een regel van Europees recht ongeldig is, geldt echter wel een verwijzingsplicht: HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85, *Foto-Frost*.

60. BVerfG, 2 BvE 2/08, oordeel van 30 juni 2009.

61. In *Honeywell Bremsbelag GmbH* (2 BvR 2661/06); in deze zaak zijn Verfassungsbeschwerden ingediend tegen een oordeel van het Bundesarbeitsgericht waarin het verbod op leeftijdsdiscriminatie conform *Mangold* werd toegepast. De klager verzoekt om deze ‘ausbrechender Rechtsakt’ in Duitsland ‘unanwendbar’ te verklaren.

effectieve rechtsbescherming van particulieren in de weg te staan. Weliswaar is in de rechtspraak de standaardroute doorgaans om eerst te bezien wat de mogelijkheden zijn voor richtlijnconforme interpretatie, een remedie die in diverse geschillen tussen particulieren al afdoende soelaas biedt. Echter, in casus waarin vaststaat dat EU-conforme interpretatie van het nationale recht onmogelijk is (zoals ook de verwijzende rechter in *Küçükdeveci* meende), zal voortaan vaker dan voorheen een beroep op de richtlijnbevestiging zelf kunnen worden gedaan, mits dit gebeurt in tandem met een algemeen beginsel van EU-recht. Pro forma blijft wel de hoofdregel in stand dat ook langs deze route geen verplichtingen aan particulieren kunnen worden opgelegd; toepassing van het *Mangold/Küçükdeveci*-mechanisme leidt enkel tot een 'uitsluitingseffect', en het ingeroepen algemene beginsel en de concretiserende richtlijnbevestiging komen dan (formeel) niet in de plaats van de nationale bepaling ('substitutie-effect'). Zoals gezegd is de grens echter wel dun, en zijn er ambivalente situaties denkbaar waarin maar moeilijk kan worden volgehouden dat er alleen een 'uitsluitingseffect' optreedt.⁶²

Indien het Hof van Justitie bereid blijkt om, met het officieel bindend worden van het Handvest van de Grondrechten, de komende tijd nog meer algemene beginselen van Europees recht te gaan (h)erkennen dan voorheen, dan blijven waarschijnlijk nog maar een paar claimanten in de kou staan. Zelfs in typische horizontale casus, zoals het geschil tussen een consument en een onderneming in *Faccini Dori*, lijkt nu meer mogelijk dan voorheen, zolang er maar met een creatieve blik naar de betreffende richtlijnbevestigingen wordt gekeken. De vraag dringt zich dan wel op welke zin het verbod op horizontale werking nog heeft, wanneer het toepassingsbereik daarvan almaar verder slinkt. Langzamerhand raakt de rode draad in de rechtspraak over de doorwerking van richtlijnen, door de groeiende hoeveelheid uitzonderingen op die hoofdregel, meer en meer zoek. Tegelijk, naarmate een bepaalde lijn in de rechtspraak langer bestaat, is het steeds minder waarschijnlijk dat het Hof van Justitie nog op enig moment 'om' zal willen gaan.⁶³ Van de hoofdregel uit *Marshall* heeft het echter feitelijk al steeds meer afstand genomen. Afschaffing is dan uiteindelijk nog maar een kleine stap. Zo bezien is *Küçükdeveci* vooral uitstel van executie. Tot die tijd brengt het welkome extra verlichting voor (sommige) particulieren.

62. Met name wanneer de Europese regels een nationale bepaling 'wegdrukken' uit het geschil, maar tegelijk ook (zelfs maar in heel geringe mate) de strekking veranderen van de nationale regel die vervolgens de oplossing van het geding bepaalt.

63. Zo P. Craig, 'The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions', *ELR* 2009, p. 377.