

De nationale identiteit – Slotwoord

André ALEN*Em. prof. dr. KU Leuven**Em. voorzitter van en rechter in het Grondwettelijk Hof***INHOUD**

I.	Inleiding	366
II.	De redenen voor de overweging B.8.7 in het arrest nr. 62/2016	366
III.	De inhoud van de overweging B.8.7 in het arrest nr. 62/2016	369
IV.	De mogelijke verwachtingen van de overweging B.8.7 in het arrest nr. 62/2016 voor de toekomstige rechtspraak van het Grondwettelijk Hof	370
V.	Besluit	371

I. Inleiding

1. Vooreerst dank ik de initiatiefnemers Elke CLOOTS en Jan THEUNIS, die voor mij goede bekenden zijn, onder meer als promotor van hun proefschrift. Vooral het reeds in boekvorm verschenen proefschrift van Elke CLOOTS, met als titel *National Identity in EU law*¹, is voor deze studienamiddag van groot belang.

Als gewezen voorzitter van en thans rechter in het Grondwettelijk Hof gelden voor mij een aantal beperkingen, zoals het verbod om het geheim van de beraadslaging te schenden. Het is dan ook vanzelfsprekend dat ik in persoonlijke naam spreek zonder enigszins het Hof te willen of te kunnen verbinden.

Ik zal drie vragen behandelen: Welke zijn volgens mij de redenen voor de desbetreffende overweging B.8.7 in het arrest nr. 62/2016?; Welke is de inhoud van deze overweging?; Wat zijn de mogelijke verwachtingen van die overweging voor de toekomstige rechtspraak van het Grondwettelijk Hof?

II. De redenen voor de overweging B.8.7 in het arrest nr. 62/2016

2. Op de viering van de 25e verjaardag van het Grondwettelijk Hof van Slovenië op 23 juni 2016 te Bled, vroeg Collega Laurence Burgogue-Larsen, voorzitster

van het *Tribunal Constitucional* van Andorra en professor Publiekrecht aan de Universiteit van Parijs 1, me, na mijn uiteenzetting waarin ik ook de vandaag besproken problematiek had behandeld², hoe het toch kwam dat het Belgische Grondwettelijk Hof zijn uiterst ‘eurofiele’ houding had laten varen voor een totaal nieuwe en onbekende weg. Ik zal trachten mijn antwoord op die internationale conferentie uiteen te zetten en te vervolledigen met de redenen, die mij als de meest plausibele voorkomen om de desbetreffende overweging te verklaren.

3. Een *eerste reden* is zeker dat de casus voor het Grondwettelijk Hof zich er uiterst goed toe leende. Enerzijds, was er het (achterliggende) voorwerp van de toetsing, namelijk het Stabiliteitsverdrag of het Verdrag inzake stabiliteit, coördinatie en bestuur in de Economische en Monetaire Unie, gesloten op 2 maart 2012 tussen de toenmalige lidstaten van de Europese Unie.³ Anderzijds, waren er de door de verzoekende partijen aangevoerde middelen en argumenten: in hun beroepen tot vernietiging tegen o.m. de instemmingswet met het voormelde Verdrag gingen zij in op de verhouding tussen de Grondwet en het Europese Unierecht alsook op de draagwijdte van artikel 34 van de Grondwet; volgens hen zou deze grondwetsbepaling enkel de overdracht van duidelijk afgelijnde bevoegdheden toestaan, terwijl het te dezen zou gaan om de “ongrondwettelijke overdracht van essentiële onderdelen van de soevereiniteitsopdracht” aan EU-instellingen.⁴

4. De wijze waarop het Grondwettelijk Hof het betwiste belang van de verzoekende partijen onderzoekt, toont overigens ook de wil aan om nader in te gaan op artikel 34 van de Grondwet en op de verhouding tussen de Grondwet en het Europese Unierecht. Nadat het Hof heeft vastgesteld dat er geen voldoende geïndividualiseerd verband is tussen de persoonlijke situatie van de verzoekende partijen en de bestreden bepalingen⁵, gaat het Hof na “of de bestreden bepalingen rechtstreeks raken aan een ander aspect van de democratische rechtsstaat dat dermate essentieel is dat de vrijwaring ervan alle burgers aanbelangt”.⁶ Dit

1. E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, 2015.

2. A. ALEN en W. VERRIJDT, “The Rule of Law in the Case Law of the Belgian Constitutional Court: History and Challenges” in J. SOVDAT (ed.), *Constitutional Court of the Republic of Slovenia – 25 Years*, Ljubljana, 2016, 106-111.

3. Met uitzondering van de Tsjechische Republiek en het Verenigd Koninkrijk.

4. GwH 28 april 2016, nr. 62/2016, A.3.1, A.4.2 en A.5.1.

5. Zie vooral B.6.8, B.6.9, B.7.3 en B.8.2.

6. B.8.2.



onderzoek⁷ heeft o.m. betrekking op de grondwettigheid van de opdracht van bepaalde bevoegdheden aan de Commissie en het Hof van Justitie, naar aanleiding waarvan de draagwijdte en de beperkingen van artikel 34 van de Grondwet worden onderzocht⁸, waarna het Hof ertoe besluit dat de bestreden bepalingen niet rechtstreeks raken aan een essentieel aspect van de democratische rechtsstaat dat alle burgers aanbelangt⁹ en dat geen van de verzoekende partijen doet blijken van het vereiste belang.¹⁰ Bij deze werkwijze van het Hof kan worden gedacht aan de *methode*, die zo vaak door grondwettelijke en andere hoge hoven wordt gebruikt, namelijk het vestigen van belangrijke principes ondanks de afwezigheid van een belang of van belangen. Men denke maar aan het befaamde arrest *Marbury v. Madison* van het Amerikaanse Supreme Court.¹¹ Wat bewoog het Grondwettelijk Hof om zich expliciet – en dit voor het eerst – uit te spreken over de draagwijdte van artikel 34 van de Grondwet en vooral de erin besloten beperkingen? Ik denk dat, naast de eerste reden m.b.t. de door de partijen ontwikkelde argumenten, er nog twee andere redenen zijn, waarvan de ene verband houdt met de eigen rechtspraak van het Hof en de andere met de rechtspraak van het Hof van Justitie.

5. De tweede reden ligt volgens mij in de kritiek van de rechtsleer op het zgn. *CREG-arrest* van het Grondwettelijk Hof van 18 november 2010¹², wat ook zou inhouden dat het Grondwettelijk Hof niet ongevoelig is voor kritiek op zijn rechtspraak, voor zover deze hem als gefundeerd voorkomt.

De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas beschikt krachtens wetgeving, genomen ter uitvoering van EU-richtlijnen, over een ruime autonomie, die niet verenigbaar is met enige administratieve controle waardoor, volgens de prejudiciële vraag, “de uitvoerende macht de Commissie niet voldoende kan controleren om de politieke verantwoordelijkheid voor de door haar gestelde handelingen voor de wetgevende Kamers op zich te kunnen nemen”. Nadat het Hof op de opgeworpen problemen had geantwoord¹³, voegt het eraan toe dat “in zoverre het voorgaande

niet zou volstaan [...]”, dit, “op grond van artikel 34 van de Grondwet, [wordt] verantwoord door de vereisten die voortvloeien uit het recht van de Europese Unie”.¹⁴ Hoewel geformuleerd in een *obiter dictum*, heeft de erkenning van deze op het eerste gezicht onvoorwaardelijke én derhalve onbegrensd voorrang van het – in casu afgeleide – Europese Unierecht op nochtans wezenlijke grondwettelijke beginselen, op grond van artikel 34 van de Grondwet, geleid tot een strenge kritiek in de rechtsleer.¹⁵ Het – vandaag behandelde – arrest nr. 62/2016 stelt wel grenzen aan de voorrang van het Europese Unierecht op de Grondwet op grond van artikel 34 van de Grondwet.

6. De derde reden voor de overweging B.8.7 in het voormelde arrest nr. 62/2016 van het Grondwettelijk Hof ligt volgens mij in het arrest-*Melloni*, een arrest van het Hof van Justitie van 26 februari 2013.¹⁶

Over dat arrest heb ik in mijn emeritaatsrede aan de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de KU Leuven op 18 september 2015 het volgende gezegd¹⁷:

“Het is bekend dat het Hof van Justitie bij zijn arrest in de zaak *Melloni* heeft gewezen dat volgens artikel 53 van het Handvest [van de grondrechten van de Europese Unie] de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties slechts de nationale grondrechtenbescherming kunnen toepassen ‘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’.¹⁸ Volgens het Hof van Justitie vermag een lidstaat immers niet de toepassing van handelingen van Unierecht, die volledig in overeenstemming zijn met het Handvest, te belemmeren door deze handelingen in strijd te achten met de door de Grondwet van die lidstaat gewaarborgde grondrechten, zelfs al zijn deze ruimer.¹⁹ In een ander arrest van de Grote kamer van dezelfde dag, in de zaak *Åkerberg Fransson*, wordt de in het arrest-*Melloni* vermelde overweging *mutatis mutandis* hernomen²⁰, al wordt hierin aanvaard dat, binnen de door het Hof van Justitie gegeven interpretatie van

7. Zie B.8.3-B.8.9.

8. In B.8.7.

9. B.8.9.

10. B.9.

11. Zie A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, I, 419-426, met verwijzingen (zie vooral J. LAMBERT, “Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. *Marbury v. Madison*”, *RDP* 1931, 5-69).

12. GwH 18 november 2010, nr. 130/2010.

13. Dit antwoord komt bondig erop neer dat artikel 37 van de Grondwet er niet aan in de weg staat dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid (B.5), die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing (B.6) als de (indirecte) parlementaire controle (B.7).

14. B.8.1.

15. Zie o.m. K. MUYLLE, “Het grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht – Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, die Keure, 2012, 317-353, vooral 348-353; M. PÂQUES, “Décentralisation, régulation et contrôle démocratique. L’arrêt 130/2010 en question” in D. D’HOOGHE, K. DEKETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 411-424.

16. HvJ (grote kamer) 26 februari 2013, *Melloni*, C-399/11.

17. A. ALEN, *Hoe ‘Belgisch’ is het ‘Belgische Staatsrecht’ nog?* in *Acta Falconis X*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 34-38. Sommige passussen en voetnoten werden weggelaten; de voetnoten werden eveneens doorgenummerd.

18. R.o. 60.

19. R.o. 58 (in casu: een kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel is verenigbaar met de artikelen 47 en 48, lid 2 van het Handvest, maar werd door het Spaanse Grondwettelijk Hof, dat een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie stelde, strijdig geacht met het recht op een eerlijk proces in de Spaanse Grondwet).

20. HvJ (grote kamer) 26 februari 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, r.o. 29.

het *ne bis in idem*-beginsel²¹, het aan de verwijzende rechter wordt overgelaten te oordelen of de eerst opgelegde fiscale sanctie geen strafrechtelijke sanctie is²² en of de combinatie van fiscale en strafrechtelijke sancties al dan niet in strijd is met nationale maatstaven voor de bescherming van de grondrechten²³, dit alles voor zover het optreden van de lidstaten niet volledig door het Unierecht wordt bepaald én met inachtneming van de twee beperkingen in het arrest *Melloni*.²⁴

De President van het Hof van Justitie, Koen LENAERTS²⁵, heeft het verschil in oplossing van beide arresten als volgt verklaard: in het arrest-*Melloni* koos de democratische Uniewetgever voor een uniforme mensenrechtenstandaard en sloot de ‘volle werking’ (*effet utile*) van het Unierecht een hogere nationale beschermingsstandaard uit, terwijl dit niet het geval was in het arrest-*Åkerberg Fransson*.²⁶

Tijdens de vele multilaterale congressen en bilaterale ontmoetingen met andere grondwettelijke hoven, o.m. van Duitsland en Slovenië, heb ik een eensgezind verzet tegen de ‘*rechtspraak Melloni*’ kunnen vaststellen. Zo wierp Jadranka SOVDAT, de Vicepresidente van het Grondwettelijk Hof van Slovenië, tegen die rechtspraak o.m. op dat deze zowel kan leiden tot een vermindering van het door de Grondwet gewaarborgde beschermingsniveau alsook en vooral tot twee beschermingsniveaus in één en dezelfde Staat, namelijk het Handvest wanneer het gaat om de toepassing van het Unierecht en de ruimere Grondwet buiten dat Unierecht.²⁷ Hieraan voegde zij nog terecht toe dat mensenrechtenbepalingen bij uitstek ‘open normen’ hanteren, zodat het oordeel van het Hof van Justitie en van de grondwettelijke hoven over bijvoorbeeld de beperkingen van een grondrecht kan verschillen. [...].

Als mogelijke ‘oplossing’ stelt Vicepresidente J. SOVDAT een ‘dialoog in omgekeerde zin’ voor, waarbij het Hof van Justitie onderzoekt op welke manier alle nationale grondwettelijke hoven de grondwetsbepalingen betreffende een eveneens door het Handvest

gewaarborgd grondrecht interpreteren. Het magische woord ‘*dialoog*’ is gevallen. Ook President K. LENAERTS waarschuwt ervoor artikel 53 van het Handvest niet te lezen als een ‘*rule of conflict*’, maar als een ‘mandaat’ voor het Hof van Justitie om in dialoog te treden met de nationale grondwettelijke hoven, waardoor artikel 53 de uitdrukking zou zijn van ‘constitutioneel pluralisme’.²⁸

Wellicht is de dialoog de enige mogelijke oplossing om de kloof tussen twee onderscheiden waarden te overbruggen: enerzijds, de eenvormige toepassing van het Unierecht en het daarmee gepaard gaande wederzijdse vertrouwen van de lidstaten, en anderzijds, de voorrang van de ruimste grondrechtenbescherming. In elk geval is de dialoog veruit te verkiezen boven het zgn. ‘dogma’ van de primauteit van het Unierecht. Opdat de ‘*constitutionnalité*’ en de ‘*conventionnalité*’ meer en meer zouden samenvallen, worden thans reeds meerdere technieken gehanteerd, zoals de grondwets- en de verdragsconforme interpretatie, de voorbehouden van interpretatie en de lezing van grondwetsbepalingen in samenhang met analoge verdragsbepalingen. Vanwege het Hof van Justitie mag minstens een betere – telkens op elke zaak toegespitste – motivering²⁹ worden verwacht, opdat het gestelde in het arrest-*Melloni* niet louter tot een ‘mantra’ zou worden.³⁰ Wellicht is de dialoog tussen het Hof van Justitie en de nationale grondwettelijke hoven het enige middel om de grondrechtenbescherming zo veel als mogelijk te optimaliseren en aldus de legitimiteit en de coherentie van de rechtspraak in een meergelaagde rechtsorde te verzekeren. Alleen mag die dialoog geen eenrichtingsverkeer zijn.”

Ofschoon artikel 53 van het Handvest is gesitueerd binnen het constitutioneel pluralisme³¹, kan de vraag worden gesteld of ook in het arrest-*Melloni* niet in wezen de klassieke hiërarchische benadering van het Hof van Justitie schuilgaat. Voeg hieraan toe de door hetzelfde Hof - chronologisch eerst - bewandelde weg om de voorrang van het Europese Unierecht te doen verzekeren door de gewone en administratieve

21. Artikel 50 van het Handvest staat er niet aan in de weg dat een lidstaat voor dezelfde feiten, nl. de niet-nakoming van aangifteverplichtingen op btw-gebied, achtereenvolgens een fiscale sanctie en een strafrechtelijke sanctie oplegt, voor zover de fiscale sanctie geen strafrechtelijke sanctie is: *ibid.*, r.o. 34.
22. *Ibid.*, r.o. 37; zij het volgens de Engel-criteria: r.o. 35.
23. *Ibid.*, r.o. 36; op voorwaarde dat de overblijvende sancties “doeltreffend, evenredig en afschrikkend” zijn.
24. *Ibid.*, r.o. 29.
25. K. LENAERTS, “Human rights protection through judicial dialogue between national constitutional courts and the European Court of Justice” in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN en W. VERRIJDT (eds.), *Liber amicorum Marc Bossuyt*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 367-377.
26. De reden van het gebrek aan uniformiteit of homogeniteit vindt men in de conclusie van Adv. Gen. P. CRUZ VILLALÓN van 12 juni 2012 bij dit arrest: niet alle lidstaten van de Europese Unie hebben het zevende protocol bij het EVRM geratificeerd en lidstaten hebben eveneens voorbehouden gemaakt of interpretatieve verklaringen bij de ondertekening of de ratificatie afgelegd; ten slotte valt het zevende protocol voorlopig buiten de toekomstige toetreding van de Europese Unie tot het EVRM (punten 72 en 73 van de conclusie), zodat de lidstaten het grondrecht, of een aspect ervan, niet volledig hebben geïntegreerd (punt 85 van dezelfde conclusie). Zie ook A. ALEN, “Kanttekeningen bij de samenwerking tussen de hogere rechtscollages inzake mensenrechten” in *Liber amicorum Marc Bossuyt*, o.c., 23-27.
27. Adv. Gen. Y. BOT, in zijn conclusie van 2 oktober 2012 bij het arrest-*Melloni* (punten 133-135), leidt dit gevolg o.m. af uit de woorden “binnen hun respectieve toepassingsgebieden” in artikel 53 van het Handvest, maar waarover het Hof van Justitie zich niet als zodanig heeft uitgesproken.
28. K. LENAERTS, “Human rights protection”, o.c., 369-370.
29. Zo leest men, volgens mij, de motivering van het arrest-*Åkerberg Fransson* eerder in de conclusie van de advocaat-generaal: zie voetnoot 26.
30. Vgl. het negatieve advies 2/13 van 18 december 2014 van het Hof van Justitie, in voltallige zitting, omtrent het ontwerpakkoord inzake de toetreding van de Europese Unie tot het EVRM, dat o.m. gesteund is op de motivering dat het ontwerpakkoord de specifieke kenmerken en de autonomie van het Unierecht kan aantasten, voor zover het geen onderlinge afstemming tussen artikel 53 EVRM en artikel 53 van het Handvest verzekert (punt 258), met vooral als motivering de bewoordingen van het arrest-*Melloni* (punten 187-190).
31. In die zin President K. LENAERTS, o.c., 369-370.



rechtscolleges³², en men begrijpt beter het spanningsveld tussen het Hof van Justitie en de Europese grondwettelijke hoven.

III. De inhoud van de overweging B.8.7 in het arrest nr. 62/2016

7. De overweging B.8.7 wordt voorafgegaan door een andere overweging, B.8.5, waarin het Hof zijn klassieke rechtspraak herhaalt dat de wetgever die instemt met een verdrag de Grondwet dient te eerbiedigen³³:

“Wanneer hij instemt met een verdrag mag de wetgever geen afbreuk doen aan de waarborgen waarin de Grondwet voorziet. De Grondwetgever, die verbiedt dat de wetgever wettelijke normen aanneemt die in strijd zijn met de in artikel 142 van de Grondwet bedoelde normen, kan immers niet worden geacht die wetgever toe te staan dat onrechtstreeks te doen, via de instemming met een internationaal verdrag.”

Overweging B.8.7 is als volgt gesteld:

“Het Stabiliteitsverdrag voorziet niet enkel in een strak begrotingskader, het draagt ook bepaalde bevoegdheden op aan de instellingen van de Europese Unie, met name aan de Europese Commissie en het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Wanneer de wetgever instemt met een verdrag dat een dergelijke draagwijdte heeft, dient hij artikel 34 van de Grondwet te eerbiedigen. Krachtens die bepaling kan de uitoefening van bepaalde machten door een verdrag of door een wet aan volkenrechtelijke instellingen worden opgedragen. Weliswaar kunnen die instellingen vervolgens autonoom beslissen over de wijze waarop zij de opgedragen bevoegdheden uitoefenen, maar artikel 34 van de Grondwet kan niet worden geacht een veralgemeende vrijbrief te verlenen, noch aan de wetgever, wanneer hij zijn instemming verleent met het verdrag, noch aan de betrokken instellingen, wanneer zij de hun toegewezen bevoegdheden uitoefenen. In geen geval staat artikel 34 van de

Grondwet toe dat op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan de nationale identiteit die besloten ligt in de politieke en constitutionele basisstructuren of aan de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent.”

8. Vooreerst bevestigt het Grondwettelijk Hof dat de wetgever die instemt met een verdrag dat bevoegdheden opdraagt aan instellingen van de Europese Unie, artikel 34 van de Grondwet moet eerbiedigen. Dit is ook de vaste adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, volgens welke wanneer de bepalingen van een verdrag verder reiken dan het opdragen van de uitoefening van bepaalde machten aan een supranationale instelling en daarbij afbreuk doen aan andere grondwetsbepalingen dan deze over de uitoefening van die machten, een instemming met het verdrag slechts mogelijk is na een voorafgaande herziening van de desbetreffende grondwetsbepalingen.³⁴ Het is bekend dat de wetgever die voorwaarde vaak naast zich heeft neergelegd, bv. bij zijn instemming met het Statuut van het Internationaal Strafgerechtshof³⁵ en zulks ondanks het waarschuwend advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.³⁶ Tot nu toe werd hieraan weinig aandacht besteed, maar dat zou kunnen veranderen, nu een mogelijke controle door het Grondwettelijk Hof op de grondwettigheid van de wetgevende instemmingsakten, ook om de voormelde reden, in het besproken arrest nr. 62/2016 besloten ligt, zij het dat het Grondwettelijk Hof binnen zijn bevoegdheden geadieerd moet zijn. Voor de instemmingsakten met een ‘constituerend verdrag’ betreffende de Europese Unie³⁷ kan dit enkel via een beroep tot vernietiging geschieden, en niet via een prejudiciële vraag³⁸, en dat beroep moet bovendien worden ingesteld binnen de korte termijn van zestig dagen na de bekendmaking van de wetgevende instemmingsakte in het *Belgisch Staatsblad*.³⁹

9. Tot nu toe werd zowel door de afdeling Wetgeving van de Raad van State⁴⁰ als door het Grondwettelijk Hof, zij het impliciet in het *CREG-arrest*⁴¹, aangenomen dat artikel 34 van de Grondwet een grondslag biedt voor het uitvaardigen van verordeningen en

32. Zie voor enkele voorbeelden van arresten van het Hof van Justitie die een invloed hebben op de procedurele mogelijkheden en op het interne en externe gezag van de nationale grondwettelijke hoven, vaak ten gunste van de gewone en administratieve rechter: J. KOMAREK, “The place of constitutional courts in the EU”, *EuConst* 2013, 427-442.

33. A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 50-52.

34. A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek, o.c.*, 131, met verwijzingen. Zie bv. het advies van de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State van 29 januari 2008 over een voorontwerp van de wet houdende instemming met het Verdrag van Lissabon, *Parl.St.* Senaat 2007-08, nr. 4-568/1, 339-340.

35. Wet van 25 mei 2000, *BS* 1 december 2000.

36. Zie het advies van de afdeling Wetgeving (tweede kamer) van 21 april 1999, over het ontwerp van wet houdende instemming met het Statuut van Rome van het Internationaal Strafgerechtshof, *Parl.St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-329/1, 95-99, waarin zelfs een nieuwe grondwetsbepaling 168bis wordt voorgesteld. Dergelijke grondwetsbepaling is evenwel nooit aangenomen. Wel is in de verklaring tot herziening van de Grondwet, o.m. deze van 25 april 2014, opgenomen dat er reden tot herziening bestaat van titel IV van de Grondwet, “om een nieuw artikel in te voegen betreffende internationale rechtscolleges” (*BS* 28 april 2014, 2e ed.).

37. Alsook voor de instemmingsakten met het EVRM of een aanvullend protocol bij dit verdrag.

38. Art. 26, § 1bis van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

39. Art. 3, § 2 van dezelfde bijzondere wet.

40. Zie het in voetnoot 34 vermelde advies i.v.m. het Verdrag van Lissabon, *Parl.St.* Senaat 2007-08, nr. 4-568/1, vooral 341-343. Bekend is het volgende citaat: “Vanuit grondwettelijk oogpunt gezien, zorgt artikel 34 van de Grondwet voor de verbinding tussen, enerzijds, de voorrang van het Europees recht die voortvloeit uit de aard zelf van het Europees recht, [...], en, anderzijds, de plaats die de Belgische Grondwet in de interne rechtsorde inneemt” (p. 342).

41. Zie hoger, nr. 5.



richtlijnen en bijgevolg ook de uitvoering en de toepassing ervan in de interne rechtsorde, zelfs indien die handelingen van afgeleid Europees Unierecht de Grondwet zouden schenden.⁴² Deze onvoorwaardelijke *voorrang van het afgeleide Europese Unierecht op de Grondwet via artikel 34 ervan, wordt* in de besproken overweging B.8.7 van het arrest nr. 62/2016 *expliciet begreemd*: al kunnen de instellingen van de Europese Unie autonoom beslissen over de wijze waarop zij de opgedragen bevoegdheden uitoefenen, “kan artikel 34 van de Grondwet niet worden geacht een veralgemeende vrijbrief te verlenen”. Artikel 34 van de Grondwet staat in elk geval niet toe dat “op discriminerende wijze”⁴³ afbreuk wordt gedaan aan “de nationale identiteit”, noch aan “de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet verleent”. Deze twee minimale⁴⁴ begrenzings die het Grondwettelijk Hof voortaan stelt aan o.m. het afgeleide Europese Unierecht, worden hierna bondig besproken. Die begrenzings impliceren normalerwijze een *ultra-vires*-toets van de Europese verordeningen en richtlijnen. Dit komt onder IV ter sprake (zie nr. 12).

10. *De eerste minimale begrenzing is deze van de nationale identiteit* “die besloten ligt in de politieke en constitutionele basisstructuren”. Opvallend hierbij is dat deze formulering – niet onbewust – overeenkomt met deze in artikel 4.2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Het eindoordeel of het afgeleide Unierecht al dan niet de nationale identiteit eerbiedigt, komt aldus aan het Hof van Justitie toe.⁴⁵ Welke ook de inhoud van de nationale identiteit moge zijn – ik ga hier thans niet verder op in, omdat dat thema reeds ruimschoots tijdens deze studienamiddag ter sprake is gekomen –, toch kan het begrip in de Belgische context, ook naar het Hof van Justitie toe, een zekere meerwaarde betekenen. Dit wordt eveneens onder IV behandeld (zie nr. 12).

11. *De tweede minimale begrenzing zijn “de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent”.*

Deze omschrijving is ruimer dan de uitdrukking in artikel 6.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, dat melding maakt van “de grondrechten, [...] zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben” als “algemene beginselen van het recht van de Unie”.

Vooreerst omvat de besproken overweging in het arrest nr. 62/2016 vanzelfsprekend, en zelfs in de eerste plaats, de rechten en vrijheden in de Belgische Grondwet, die specifiek en vooral meer beschermend kunnen zijn dan hetgeen als ‘de algemene deler’ uit de aan de lidstaten gemeenschappelijke ‘constitutionele tradities’ kan worden afgeleid. Men denke bv. aan het algemeen verbod van preventieve maatregelen in de Belgische Grondwet. We komen hierop nog terug in IV, omdat dit de voornaamste meerwaarde van de besproken overweging zou kunnen zijn (zie nr. 13). In de tweede plaats dient te worden beklemtoond dat ‘de kernwaarden’ van de grondwettelijke bescherming ruimer zijn dan de grondrechten alleen: ik denk bv. aan de grondwetsbepalingen inzake de bescherming van de burger tegen de wetgever⁴⁶, de uitvoerende macht⁴⁷ en de rechterlijke macht.⁴⁸ De omschrijving in de overweging B.8.7 van het arrest nr. 62/2016 is derhalve van aard om een meerwaarde te bieden.

IV. De mogelijke verwachtingen van de overweging B.8.7 in het arrest nr. 62/2016 voor de toekomstige rechtspraak van het Grondwettelijk Hof

12. Ik ben gekomen bij het belangrijkste, maar wellicht ook het moeilijkste, gedeelte van mijn uiteenzetting: Welke is de potentiële kracht van de besproken overweging? Daartoe koppel ik terug naar hetgeen ik hiervoor heb uiteengezet.

In beginsel houdt de besproken overweging een mogelijke *ultra-vires*-toets van Europese verordeningen en richtlijnen in (zie nr. 9 *in fine*). Toch denk ik dat

42. Expliciet in het in voetnoot 40 vermelde advies (p. 341 en 349).

43. Men bemerkte de expliciete band met de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof sedert de grondwetsbepaling van 15 juli 1988. Aan de redenering van het Grondwettelijk Hof omtrent de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met bepalingen of beginselen die een fundamentele waarborg bevatten, ligt het evidente verschil in behandeling ten grondslag tussen de personen die wel en de personen die niet een waarborg genieten: A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek*, o.c., 500-501. Zie voor een kritiek hierop vanuit de nationale identiteit: Ph. GÉRARD en W. VERRIJDT, “Belgian Constitutional Court adopts national identity discourse”, *EuConst* 2017, 204.

44. Dit vloeit voort uit de woorden “in geen geval”; zo moet de wetgever ook binnen het kader van artikel 34 van de Grondwet blijven, te weten het opdragen van de uitoefening van bepaalde machten aan volkenrechtelijke instellingen (zie nr. 8).

45. Dit uiteraard na een wederzijdse dialoog, die noodzakelijk is, omdat het bepalen van wat al dan niet tot de nationale identiteit behoort, een interpretatie van het nationale grondwettelijke kader veronderstelt. Het komt aan het Hof van Justitie toe om na te gaan in welke mate het Europese Unierecht rekening houdt met een hem voorgelegd element van nationale identiteit (L. BESSELINK, “National and constitutional identity before and after Lisbon”, *Utrecht Law Review* 2010, 45; R. ARNOLD, “The Federal Constitutional Court of Germany in the context of European integration” in P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING en P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the National Courts*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 252-254; A. TORRES PEREZ, “Constitutional identity and fundamental rights: the intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter” in A. SAIZ ARNAIZ en C. ALCOBERRO LLIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 144).

46. Art. 142 van de Grondwet inzake het Grondwettelijk Hof.

47. Zie art. 159 (inzake het rechterlijk wettigheidstoezicht door “de hoven en rechtbanken”) en 160 (inzake de Raad van State) van de Grondwet.

48. Zie art. 147 van de Grondwet inzake het Hof van Cassatie. Zie eveneens GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, inzake de overheidsaansprakelijkheid voor fouten van leden van de rechterlijke orde van de rechtscollèges die in laatste aanleg uitspraak doen.



dergelijke toets eerder theoretisch zal zijn. Het is immers niet zo dat, door één enkele overweging, de ‘eurofiële’ houding van het Grondwettelijk Hof ineens zal wijzigen in een ‘eurokritische’ attitude. Ik meen dat, behoudens misschien de ruimere aanwending van conforme interpretaties en, tevens onder mogelijk voorbehoud van de grondrechten – waarover onmiddellijk meer –, de *ultra-vires*-toets vanwege het Grondwettelijk Hof uiterst zeldzaam zal zijn of zelfs niet zal plaatshebben. Dat is ook terecht, want – onder mogelijk voorbehoud van de grondrechten – is één Europese Unie niet leefbaar wanneer de hoogste rechtscolleges van de lidstaten van de Europese Unie de eenheid van interpretatie van het Unierecht door het Hof van Justitie niet zouden aanvaarden. In elk geval lijkt het me dat het Grondwettelijk Hof ter zake zeer voorzichtig zal zijn, en, in voorkomend geval, alleszins eerst prejudiciële vragen zal stellen aan het Hof van Justitie.⁴⁹

In verband met de mogelijke *identiteitstoets* van het afgeleide Unierecht berust het eindoordeel bij het Hof van Justitie (zie nr. 10). Toch is er een mogelijke meerwaarde. Onze uitgebreide studie over de prejudiciële vragen van het Belgische Grondwettelijk Hof aan het Hof van Justitie⁵⁰ laat uitschijnen dat, hoe meer het Grondwettelijk Hof zich in de toekomst niet tot louter technische vragen zou beperken, maar de vragen tevens zou kaderen in nationale identiteitskenmerken, inzonderheid, maar niet alleen in verband met communautaire vraagstukken, hoe meer het Hof van Justitie na dergelijke dialoog wellicht geneigd zal zijn om hiermee in zijn antwoorden meer rekening te houden.⁵¹

13. Wellicht ligt de *voornaamste mogelijke meerwaarde* van de besproken overweging in de *grondrechten*.

Stel u de volgende casus voor: een richtlijn verplicht de lidstaten preventieve maatregelen te nemen inzake reclame voor geneesmiddelen, hetgeen onder de vrije meningsuiting valt, wat artikel 19 van de Grondwet niet toestaat. Het gaat derhalve om een richtlijn die strijdt met de Belgische Grondwet. De afdeling

Wetgeving van de Raad van State verwees in haar advies naar artikel 34 van de Grondwet om te stellen dat “wanneer [de EU-]instellingen de hen toebedeelde machten uitoefenen, zij uiteraard niet verplicht zijn de bepalingen van de Belgische Grondwet na te leven”, zodat de Belgische wetgever preventieve maatregelen kan nemen zonder de Grondwet te schenden.^{52 53}

Ik denk dat, na het besproken arrest, het mogelijk is dat het Grondwettelijk Hof niet langer, op grond van artikel 34 van de Grondwet, wetgeving, die is genomen ter uitvoering van een richtlijn, maar die manifest strijdig is met de Grondwet, nog grondwettig zal achten. Laten we de casus verder doortrekken: wanneer artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat de vrijheid van meningsuiting waarborgt, wel preventieve maatregelen toelaat – hetgeen het geval is –, zouden we ons in de hypothese van het arrest-*Melloni* (zie nr. 6) bevinden. Ik denk dat er dan een kans is dat het Grondwettelijk Hof, in weerwil van dat arrest, de voorrang aan de Belgische Grondwet zal verlenen, zij het uiteraard pas na een voorafgaande prejudiciële dialoog met het Hof van Justitie.⁵⁴ Indien dat het geval zou zijn, is het duidelijk dat de besproken overweging meer dan een symbolische betekenis heeft.

V. Besluit

14. Het arrest *Solange I* van het Duitse Bundesverfassungsgericht dateert van 1974. Sedertdien heeft het Duitse Grondwettelijk Hof, tot op de dag van vandaag, zijn rechtspraak steeds meer verfijnd, zonder evenwel dat de in die rechtspraak besloten theorievorming vele praktische consequenties heeft gehad.⁵⁵

Bij zijn arrest nr. 62/2016 heeft het Belgische Grondwettelijk Hof zich wellicht ook op de weg van de geleidelijkheid begeven, al is het opmerkelijk dat het Hof op korte tijd, zes jaar na het *CREG-arrest* (zie nr. 5), zijn standpunt omtrent artikel 34 van de Grondwet heeft gewijzigd. Waarheen deze wijziging mogelijk zal

49. Dit is ook de praktijk van het Duitse Bundesverfassungsgericht: BVerfG 6 juli 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*; BVerfG 14 januari 2014, 2 BvR 2728/13, *Gauweiler*.
50. A. ALEN en W. VERRIJDT, “Le dialogue préjudiciel de la Cour constitutionnelle belge avec la Cour de justice de l’Union européenne” in P. D’ARGENT, D. RENDERS en M. VERDUSSEN (eds.), *Liber amicorum Yves Lejeune – Les visages de l’Etat*, Brussel, Bruylant, 2017, 33-74.
51. Zie voor een oproep in die zin aan het Grondwettelijk Hof: E. CLOOTS, “Germs of Pluralist Judicial Adjudication: Advocaten voor de Wereld and Other References from the Belgian Constitutional Court”, *CMLR* 2010, 653-654; C. VAN DE HEYNING, “Grondwettelijke conversaties: een meerwaarde voor de bescherming van fundamentele rechten?”, *TBP* 2012, 412-414. Het Hof van Justitie heeft weliswaar nog niet op een prejudiciële vraag van het Grondwettelijk Hof, maar wel reeds op een prejudiciële vraag van de arbeidsrechtbank te Antwerpen, een element van de Belgische staatsstructuur als element van de Belgische nationale identiteit aanvaard. Het ging in casu om de bescherming van de officiële taal van een eentalige gemeenschap. Wel besloot het Hof van Justitie dat de genomen maatregel, een verplichting om arbeidsovereenkomsten exclusief in het Nederlands op te stellen, niet evenredig was met de nagestreefde doelstelling (HvJ 16 april 2013, *Las*, C-202/11, punt 26).
52. Advies 39.192/3 van de afdeling Wetgeving, derde kamer, van 4 november 2005, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2189/1, 113-116.
53. Hetgeen de wetgever ook heeft gedaan: zie de wet van 1 mei 2006 houdende herziening van de farmaceutische wetgeving (*BS* 16 mei 2006, 2e ed.).
54. Zie ook Ph. GÉRARD en W. VERRIJDT, “Belgian Constitutional Court adopts national identity discourse”, *EuConst* 2017, 202-204, die betogen dat, in zoverre de grondrechten in titel II van de Grondwet een ruimere rechtsbescherming bieden dan het EVRM en het Handvest, zij tot de Belgische nationale identiteit behoren, omdat die grondrechten een reactie vormen tegen het bewind van de Nederlandse Koning Willem I en dus te maken hebben met de oorzaken van de Belgische revolutie van 1830.
55. Zie bv. het eendarrest in de zaak-*Gauweiler*: BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13. Tot die vaststelling, die overigens niet alleen voor het Duitse Grondwettelijk Hof geldt, kwam ook E. CLOOTS, *National Identity in EU Law, o.c.*, 54-55: “...national constitutional scrutiny has hardly ever done any direct harm to a measure of secondary EU law”.



leiden, is thans moeilijk te voorspellen. Zoals ik reeds heb uiteengezet, zal het arrest nr. 62/2016 niet van aard zijn om de 'eurofile' houding van het Grondwettelijk Hof fundamenteel te wijzigen, noch om het roer 180 graden om te gooien, maar kan het wel van aard zijn om invloed uit te oefenen op o.m. de praktijk van de prejudiciële vragen (zie nr. 12) of in het

domein van de grondrechten waarbij na samenspraak met het Hof van Justitie naar het arrest kan worden teruggegrepen (zie nr. 13).⁵⁶

Ik zou derhalve zeggen: continuïteit én evolutie of zelfs verandering kunnen samengaan.

56. Zie voor een vergelijkbare conclusie Ph. GÉRARD en W. VERRIJDT, "Belgian Constitutional Court adopts national identity discourse", *EuConst* 2017, 202-204.