

De nationale identiteit van de lidstaten: bouwsteen of splijtzwam voor het recht van de Europese Unie?

Piet VAN NUFFEL

Deeltijds hoofddocent, Instituut voor Europees Recht, KU Leuven

Lid van de juridische dienst, Europese Commissie (bijdrage op persoonlijke titel)

Sinds 1 december 2009 – datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon – erkent het EU-recht de ‘nationale identiteit’ van de lidstaten als een beginsel dat door de Unie moet worden geëerbiedigd. Artikel 4, lid 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) spreekt over de nationale identiteit van de lidstaten “die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur”. Duidelijk hierop geïnspireerd, verklaarde het Belgisch Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 28 april 2016 met betrekking tot het Stabiliteitsverdrag dat de Belgische Grondwet niet toestaat 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 rechtsonderhorigen verleent”.¹ In deze passage gebruikt het Grondwettelijk Hof de bewoordingen van artikel 4, lid 2 VEU. Tegelijk gaat het verder door ook de verdediging op zich te nemen van de “kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan rechtsonderhorigen verleent”. Enigszins milderend spreekt het Grondwettelijk Hof enkel over de afbreuk die “op discriminerende wijze” zou worden gedaan aan de nationale identiteit of aan deze kernwaarden. Wat het Grondwettelijk Hof met deze uitspraak vooral doet, is duidelijk maken dat het zich aansluit bij de groep van grondwettelijke hoven van EU-lidstaten die, met het Duitse Bundesverfassungsgericht op kop, in hun rechtspraak hebben aangegeven dat hun nationale rechtsorde beperkingen stelt aan de toepasselijkheid van het Unierecht.² Het Unierecht hangt voor zijn effectieve gelding grotendeels af van nationale overheidsinstanties en het is dan ook primordiaal dat deze instanties bepalingen van Unierecht effectief en uniform toepassen. Deze bijdrage wil nagaan in hoeverre de eenvormige toepassing van het Unierecht te verzoenen valt met aanspraken die lidstaten op

grond van hun nationale identiteit maken op het behoud van afwijkende nationale regels of beginselen. Welke opening heeft het Grondwettelijk Hof met zijn Stabiliteitsverdrag arrest gemaakt om gaten te slaan in de toepassing van het Unierecht in België?

INHOUD

Nationale identiteit als bouwsteen van de EU-rechtsorde	354
Nationale identiteit in de Unierechtelijke belangenafweging	355
Wie mag op de foto voor de nationale-identiteitskaart?	358
Nationale identiteit versus eenvormige en effectieve toepassing van het Unierecht	361
Nationale identiteit doorslaggevend bij de uitlegging van Unierecht?	362
Nationale identiteit versus supranationale identiteit	364

Nationale identiteit als bouwsteen van de EU-rechtsorde

Wanneer het Grondwettelijk Hof spreekt over de “politieke en constitutionele basisstructuren” van België en de “kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan rechtsonderhorigen verleent” verwijst het naar elementen die ook tot de grondslagen van de EU-rechtsorde behoren. De politieke en constitutionele fundamenten van de lidstaten, die volgens artikel 4, lid 2 VEU aan de basis liggen van hun nationale identiteit, zijn ook de fundamenten van de Europese Unie. Zo liggen de beginselen van de rechtsstaat en de representatieve democratie waarop het politieke bestel van de lidstaten steunt, ook aan de basis van de werking van de Unie. De identiteit van de lidstaten ziet zich weerspiegeld in een Europese Unie die enkel kan optreden in overeenstemming met de verdragen. Samen met de in de Raad verzamelde regeringen – die verantwoording verschuldigd zijn aan hun nationale parlementen – geeft het medebeslissingsrecht van het Europees Parlement een dubbele democratische

1. GwH 28 april 2016, nr. 62/2016, punt B.8.7.

2. Zie hierover A. SAIZ ARNAIZ en C. ALCOBERRO LLIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia, 2013, 326 p.; E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 47-55.



legitimiteit aan de Unie.³ Ook op het vlak van de bescherming van de rechtsonderhorigen zijn de ‘kernwaarden’ of fundamenteën van de lidstaten ook deze geworden van de EU-rechtsorde, met name de grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.⁴ Het is bekend dat de evolutie naar een eigen grondrechtenbescherming voor de Europese Unie aangestuurd werd door de nationale grondwettelijke hoven, die uiteindelijk het Hof van Justitie ertoe hebben gebracht om een autonome grondrechtenstandaard voor de Europese Unie uit te werken, die vervolgens tot uitdrukking is gekomen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁵ In die zin hebben de basiselementen van de politieke identiteit van de lidstaten de bouwstenen geleverd voor de EU-rechtsorde.

De moeite die de nationale grondwettelijke hoven zich momenteel getroosten om zich met een beroep op de nationale identiteit af te zetten tegenover de EU-rechtsorde is een eerder recent verschijnsel. Maar de achterliggende bezorgdheid is in het Europese integratieproces nooit weggeweest. Het is de bezorgdheid van de lidstaten om niet te worden geconfronteerd met supranationale normen die hen dwingen om nationale regelgeving of praktijken waarmee zij zich bijzonder identificeren, op te geven. Ook deze bekommernis heeft bij de opbouw van de EU-rechtsorde voortdurend meegespeeld. Zij zorgt ervoor dat de EU-besluitvorming in domeinen zoals het gebruik van de officiële talen, de harmonisatie van belastingen of het buitenland- en veiligheidsbeleid in de Raad nog steeds eenparigheid van stemmen vergt⁶ en dat belangrijke constitutionele beslissingen, waaronder alle verdragswijzigingen en toetredingen van nieuwe lidstaten niet alleen een beslissing van de nationale regeringen bij consensus vergen, maar ook nog ratificaties door de nationale parlementen.⁷ Sommige lidstaten hebben bij de verdragswijzigingen waarmee nieuwe bevoegdheden aan de Unie werden toegekend, opt-outs onderhandeld waardoor zij niet hoeven deel te nemen aan de Economische en Monetaire Unie of de samenwerking in het kader van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en daardoor de in die domeinen aangenomen Unieregels niet hoeven toe te passen. Met deze technieken

kunnen lidstaten beletten dat supranationale normen tot stand komen die hen dwingen om afwijkende nationale praktijken of regelgeving op te heffen. De techniek die het Bundesverfassungsgericht propageert wanneer het aangeeft de verenigbaarheid van Unierecht met de ‘constitutionele identiteit’ van Duitsland te controleren⁸, beoogt echter niet om de totstandkoming van supranationale normen tegen te houden, maar wel om supranationale normen zodanig toe te passen dat deze lidstaat in gevoelige domeinen afwijkende nationale praktijken of regels kan handhaven.

Nationale identiteit in de Unierechtelijke belangenafweging

Naarmate de Unie ingrijpt in een groeiend aantal domeinen van nationale bevoegdheden en de nationale rechtsordes door het Unierecht steeds inniger worden vervlochten, valt op dat de bezorgdheid van de lidstaten om bepaalde regelingen of praktijken te behouden minder de vorm krijgt van een streven om bepaalde ‘bevoegdheden’ of ‘sovereiniteit’ te behouden.⁹ In de laatste decennia krijgt deze bezorgdheid eerder de vorm van eisen die aan de Unie worden gesteld om haar bevoegdheid slechts uit te oefenen wanneer zij dit beter kan dan de lidstaten (subsidiariteitsbeginsel) en enkel voor zover nodig om de door de Unie nagestreefde beleidsdoelen te verwezenlijken (evenredigheidsbeginsel).¹⁰

In de jaren na de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht – waarin de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid een prominente plaats kregen – is nagegaan hoe lidstaten deze beginselen kunnen invoeren om de Unie te dwingen om bij het uitvaardigen van regelgeving niet nodeloos elke nationale beleidsruimte te beperken.¹¹ Daarbij bleek echter dat de wijze waarop de Unie de doelstellingen van haar regelgeving formuleert in grote mate determineert of en in welke mate nog sprake kan zijn van nationale beleidsruimte. Zo zullen Unie-instellingen een harmonisatiemaatregel die beoogt grensoverschrijdende problemen aan te pakken of uniforme bescherming te bieden, in het kader van een evenredigheidstoets doorgaans gemakkelijk kunnen rechtvaardigen.¹² Voor zover een Uniemaatregel geen bepalingen bevat die

3. Art. 10 VEU. Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 453-454.

4. Art. 6, lid 3 VEU.

5. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., 530-531.

6. Zie art. 31, lid 1 VEU en art. 113 en 342 VWEU.

7. Zie art. 48 en 49 VEU.

8. Zoals voor het eerst uitgewerkt in het Lissabon-Urteil van 30 juni 2009, 2 BvE 2/08. Zie C. TOMUSCHAT, “The Defence of National Identity by the German Constitutional Court” in *National Constitutional Identity and European Integration*, o.c., 205-219. Deze rechtspraak werd bevestigd in de beslissing van 14 januari 2014 waarin het Bundesverfassungsgericht in de zaak *Gauweiler* een prejudiciële vraag stelde aan het Hof van Justitie en het beginsel van de constitutionele identiteit uiteenzette waaraan het de geldigheid van Uniematregelen meent te moeten toetsen (2 BvE 6/12, punten 27-29) en de einduitspraak van 21 juni 2016 in deze zaak, 2 BvE 13/13.

9. Zie R. TONIATTI, “Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained” in *National Constitutional Identity and European Integration*, o.c., 49-73.

10. Voor de verhouding tussen het subsidiariteitsbeginsel en de bescherming van de nationale identiteit, zie E. CLOOTS, o.c., 184-190.

11. P. VAN NUFFEL, *De rechtsbescherming van nationale overheden in het Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2000, 295-347 (evenredigheid) en 359-4109 (subsidiariteit).

12. *Ibid.*, 330, 356-357 en 371-375.



niet relevant zijn voor de nagestreefde doelstellingen, beschikken de Unie-instellingen over overtuigende argumenten om tegenover een lidstaat die afwijkende nationale regels wil behouden, aan te tonen dat deze maatregel in al zijn bestanddelen noodzakelijk is voor het nagestreefde doel en daarom geen ‘onevenredige’ beperking inhoudt van de beleidsruimte van de lidstaat.¹³

Het is enkel ten aanzien van de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer dat de lidstaten van meet af aan ruimte hebben gekregen om afwijkende nationale regelingen en praktijken te handhaven door beroep te doen op in de verdragen erkende rechtvaardigingsgronden. In de eerste plaats ging het om de mogelijkheid waarin de verdragen uitdrukkelijk voorzien om beperkingen aan het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitalen op te leggen om redenen van openbare orde, openbare zedelijkheid, openbare veiligheid of de volksgezondheid.¹⁴ Sinds het *Cassis de Dijon*-arrest¹⁵ heeft het Hof van Justitie deze lijst aangevuld met talloze doelstellingen van algemeen belang op grond waarvan een lidstaat beperkingen aan het vrije verkeer kan rechtvaardigen. Vaak worden deze doelstellingen ingeroepen om regelingen te rechtvaardigen die eigen zijn aan een bepaalde lidstaat. In *Cassis de Dijon* ging het om een ter bescherming van de Duitse consument opgelegd percentage voor alcoholhoudende dranken; sindsdien heeft het Hof van Justitie veel andere legitieme doelstellingen erkend, die soms nauw samenhangen met praktijken of regelingen die raken aan tradities of andere eigenschappen van een lidstaat. Nog vooraleer in de discussie sprake was van de eerbiediging van de nationale identiteit, aanvaardde het Hof reeds dat lidstaten het vrije verkeer kunnen beperken om redenen zoals het bevorderen en verdedigen van een of meer van hun officiële talen, de bescherming van cultuuruitingen en het behoud van het nationaal historisch en artistiek bezit, de verspreiding van de kennis van de kunst en cultuur van een lidstaat, het voeren van een cultuurbeleid gericht op het behoud van de vrijheid van meningsuiting en de pluriformiteit van de pers en op de handhaving van een zekere kwaliteit van (televisie)programma's, de instandhouding en verbetering van een nationaal onderwijsstelsel of van de nationale ruimtelijke ordening.¹⁶ In enkele gevallen zochten lidstaten een regeling die beperkingen stelt aan het vrij verkeer te rechtvaardigen op grond van de specifieke grondrechtenbescherming die aan deze

regeling te gronde lag.¹⁷ In elk van deze gevallen werd de nationale regeling in kwestie onderworpen aan een evenredigheidstoets en kon zij dus enkel worden gerechtvaardigd in zoverre zij geschikt én noodzakelijk was om de betrokken beleidsdoelstelling te verwezenlijken, m.a.w. indien zij het vrije verkeer van goederen, personen, diensten of kapitaal niet nodeloos belemmerde.

In deze discussie werd af en toe de ‘nationale identiteit’ aangehaald als een extra argument om van de supranationale normen afwijkende nationale praktijken of regels te kunnen handhaven. Zo werden nationale regelingen voor het Hof van Justitie verdedigd met het argument dat zij niet alleen noodzakelijk waren voor een of meer van de reeds vermelde doelstellingen van algemeen belang, maar ook voor het behoud van de identiteit van de betrokken lidstaat. Bekende voorbeelden zijn de kennis van de Ierse taal die werd geëist voor de aanstelling in het Ierse kunstonderwijs van een Nederlandse lerares, mevrouw Groener¹⁸, het monopolie dat Griekenland eertijds aan de openbare televisie toekende¹⁹ en het nationaliteitsvereiste dat de Luxemburgse Grondwet oplegde voor het onderwijzend personeel in publieke scholen.²⁰ In de Ierse zaak volgde het Hof van Justitie de interpretatie die de Ierse regering gaf aan een verordening op grond waarvan de toegang tot de arbeidsmarkt niet mocht worden belemmerd door eisen die onderdanen van andere lidstaten zouden weren, met uitzondering van voorwaarden betreffende de “wegens de aard van de te verrichten arbeid vereiste talenkennis”.²¹ Het Hof gaf toe dat in Ierland het kunstonderwijs voornamelijk of zelfs uitsluitend in het Engels wordt gegeven en kennis van het Iers dus niet onontbeerlijk is. Tegelijk wees het Hof erop dat het verplicht stellen van een zekere kennis van het Iers voor onderwijzend personeel kadert in het beleid dat de Ierse overheid voert om het gebruik van deze taal als middel tot uitdrukking van de nationale identiteit en cultuur te bevorderen. Het Hof meende “een essentiële rol te spelen [hebben], niet alleen door het onderwijs dat zij geven, maar ook door hun deelneming aan het dagelijkse leven van de school en door hun geprivilegieerde relatie met hun leerlingen. Onder die omstandigheden is het niet onredelijk om van hen een zekere kennis van de eerste nationale taal te verlangen.”²² Volgens het Hof moesten de uitvoeringsmaatregelen van de Ierse taalpolitiek worden aanvaard in zoverre zij niet onevenredig waren aan het nagestreefde doel en niet

13. *Ibid.*, 434-436.

14. Art. 36 (goederenverkeer), 52, lid 1 (personen- en dienstenverkeer) en 65, lid 1 (kapitaalverkeer) VWEU.

15. HvJ 20 februari 1979, *Rewe*, 120/78, EU:C:1979:42, punten 8-11.

16. Zie de rechtspraak vermeld in K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., 157 (goederenverkeer), 183-184 (personenverkeer), 199-200 (dienstenverkeer) en 203 (dienstenverkeer).

17. HvJ 12 juni 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, punten 71-74; HvJ 14 oktober 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, EU:C:2004:614, punten 32-35; HvJ 11 december 2007, *International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union*, C-438/05, EU:C:2007:772, punt 45. Zie ook HvJ 4 oktober 1991, *Grogan*, C-159/90, EU:C:1991:378 (zie de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN, EU:C:1991:249, punten 25-26).

18. HvJ 28 november 1989, *Groener*, C-379/87, EU:C:1989:599, punt 18.

19. HvJ 18 juni 1991, *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, punten 13-26 (zie de conclusie van advocaat-generaal LENZ, EU:C:1991:26, punt 17).

20. HvJ 2 juli 1996, *Commissie v. Luxemburg*, C-473/93, EU:C:1996:263, punten 32-36.

21. HvJ 28 november 1989, *Groener*, C-379/87, EU:C:1989:599, punt 18.

22. *Ibid.*, punt 20.



leidden tot discriminatie van onderdanen van andere lidstaten.²³ In de Luxemburgse zaak liet het Hof van Justitie vallen dat “[de] bescherming van de nationale identiteit van de lidstaten [...] een rechtmatige doelstelling [is] die door de communautaire rechtsorde wordt geëerbiedigd”.²⁴ Niettemin oordeelde het Hof in die zaak dat het belang waarop het Groothertogdom zich beriep, doeltreffend kon worden beschermd door andere maatregelen dan het categoriek uitsluiten van alle personen die niet de Luxemburgse nationaliteit hadden, waarbij het verwees naar de mogelijkheid om voorwaarden te stellen inzake opleiding, beroepservaring en talenkennis.²⁵

In mindere mate werd de nationale identiteit van lidstaten aangevoerd in zaken waarin de wettigheid van Uniemaatregelen voor het Hof van Justitie werd aangevochten. Partijen die aanvoerden dat een Uniemaatregel strijdig is met het evenredigheidsbeginsel, hebben de impact van deze maatregel op een lidstaat soms voorgesteld – zonder veel succes – als een aantasting van de identiteit van deze lidstaat.²⁶ In vergelijking met de afweging van lidstatelijke maatregelen bij het vrije verkeer speelt het evenredigheidsbeginsel hier echter minder in de kaart van de lidstaten: de lidstaten moeten hier immers niet aantonen dat een lidstatelijke regeling evenredig blijft met de nagestreefde nationale beleidsdoelstelling, maar wel dat een Unierechtelijke regel verder dan nodig gaat om de nagestreefde Uniedoelstelling te verwezenlijken.

Tegenover de enkele arresten waarin het Hof van Justitie aandacht besteedde aan argumenten van nationale identiteit staan vele uitspraken waarvoor het Hof werd bekritiseerd, omdat het niet genoeg rekening zou hebben gehouden met de constitutionele eigenheden van lidstaten.²⁷ Bij de beoordeling van de verenigbaarheid met het Unierecht van nationale regelingen van grondwettelijke aard beperkt het Hof zich vaak tot een verwijzing naar zijn vaste rechtspraak volgens welke de strekking van Unierechtelijke bepalingen niet kan worden beperkt door een beroep op ‘interne rechtsvoorschriften’, zonder stil te staan bij de grondwettelijke basis van de nationale regeling die ter discussie staat.²⁸ De rechtspraak omtrent de nationale identiteit toont wel aan dat het Hof in principe aanvaardt dat lidstaten het behoud van de

nationale identiteit, als dusdanig of in samenhang met andere beleidsdoelstellingen, inroepen en deze claim aan een evenredigheidstoetsing onderwerpt. Nergens blijkt uit deze rechtspraak dat het inroepen van de nationale identiteit voldoende zou zijn om de toepassing van Unierechtelijke normen opzij te schuiven. In de doctrine werd dan ook niet geopperd dat de clausele ingevoerd door het Verdrag van Maastricht dat de Unie “de nationale identiteit van haar lidstaten [eerbiedigt]” (art. F, lid 3 EU-Verdrag, later vernummerd tot art. 6, lid 3 EU-Verdrag) steun biedt voor lidstaten om van Unierechtelijke verplichtingen af te wijken.²⁹ Aangezien deze clausele in de toenmalige structuur van de verdragen aan de bevoegdheid van het Hof van Justitie was onttrokken, behoorde zij hoe dan ook niet tot de verdragsregels in het licht waarvan de geldigheid van Uniehandelingen of de schending door de lidstaten van hun verplichtingen kon worden nagegaan.³⁰

Met artikel 4, lid 2 VEU introduceerde het Verdrag van Lissabon een rechterlijk afdwingbare bescherming voor de nationale identiteit van de lidstaten. Sindsdien heeft het Hof van Justitie regelmatig naar deze bepaling verwezen in prejudiciële uitspraken waarin het moest nagaan of nationale regelgeving die burgers of ondernemingen in de uitoefening van hun rechten van vrij verkeer beperkt, kon worden gerechtvaardigd door een doelstelling van algemeen belang eigen aan deze lidstaat.

De bekendste voorbeelden zijn deze van een Oostenrijkse en een Duitser die in een andere lidstaat een familienaam met adellijke bestanddelen hadden verkregen (‘Fürstin von Sayn-Wittgenstein’ respectievelijk ‘Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff’), namen die de overheden van hun eigen lidstaat vervolgens weigerden in te schrijven op grond van de Oostenrijkse en Duitse constitutionele invulling van het gelijkheidsbeginsel die verbiedt om adellijke titels te verkrijgen.³¹ Het Hof van Justitie benadrukte in beide zaken dat de grondwettelijke normen waarop de Oostenrijkse en Duitse overheden zich beroepen, uitvoering geven aan het gelijkheidsbeginsel, wat naar Unierecht een rechtmatig doel is.³² Volgens het Hof moet de beperking op het vrije verkeer van de Unieburgers worden aanvaard voor zover deze evenredig

23. *Ibid.*, punt 19. Het Hof overwoog voorts: “De eis dat zij een dergelijke taal redelijk beheersen, moet bijgevolg, voor zover het vereiste kennisniveau niet onevenredig is aan het nagestreefde doel, worden beschouwd als een voorwaarde die in overeenstemming is met de wegens de aard van de te verrichten arbeid vereiste kennis in de zin van [de betrokken verordening]”. *Ibid.*, punt 20. Tevens eiste het Hof dat eventuele vrijstellingen van het taalvereiste wanneer geen enkele andere gekwalificeerde kandidaat voorhanden is, op niet-discriminerende wijze moeten worden toegepast (punt 21) en dat niet kan worden gevraagd dat de talenkennis op het nationale grondgebied moet zijn verworven (punt 22).
24. HvJ 2 juli 1996, *Commissie v. Luxemburg*, C-473/93, EU:C:1996:263, punt 35.
25. *Ibid.*
26. Zie HvJ 13 oktober 1992, *Portugal en Spanje v. Raad*, C-63/90 en C-67/90, EU:C:1992:381 (argumenten inzake het belang van kabeljauw in de Portugese traditie en voedingsgewoonten, geciteerd in P. VAN NUFFEL, o.c., 302).
27. Zie E. CLOOTS, o.c., 7-8.
28. Zie bv. HvJ 2 juli 1996, *Commissie v. Luxemburg*, C-473/93, EU:C:1996:263, punt 38 (“Dienaangaande behoeft slechts eraan te worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak een beroep op interne rechtsvoorschriften teneinde de strekking van bepalingen van gemeenschapsrecht te beperken, de eenheid en doeltreffendheid van dit recht zou aantasten en derhalve niet kan worden aanvaard”).
29. Hierover E. CLOOTS, o.c., 36.
30. Zie ook P. VAN NUFFEL, o.c., 274.
31. HvJ 22 december 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806; HvJ 2 juni 2016 *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401.
32. *Sayn-Wittgenstein*, punten 88-89; *Bogendorff von Wolffersdorff*, punt 69-71.



blijft met het nagestreefde doel, m.a.w. dat deze doelstelling niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.³³

In de zaak-*Runevič-Vardyn* erkende het Hof van Justitie in beginsel dat Litouwen kan weigeren om de familienaam van Unieburgers op exact dezelfde wijze in te schrijven als deze waarop die naam in andere lidstaten was ingeschreven, en dit op grond van regels inzake de schrijfwijze van het Litouws die de bescherming van deze officiële taal nastreven.³⁴ Opnieuw stelde het Hof eerst met verwijzingen naar Unierechtelijke normen vast dat het nagestreefde doel “in beginsel een legitiem doel” is.³⁵ Vervolgens oordeelde het Hof dat, wanneer de weigering om de familienaam op een gewijzigde manier in te schrijven voor de betrokken Unieburgers of hun gezin ernstige ongemakken van administratieve, professionele en persoonlijke aard veroorzaken, de verwijzende rechter moet nagaan of deze weigering een billijk evenwicht eerbiedigt tussen de betrokken belangen, namelijk het recht van de burgers in kwestie op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven en de rechtmatige bescherming door de lidstaat van zijn officiële landstaal en tradities.³⁶

In de twee arresten waarbij het Hof van Justitie zich uitsprak over de in Vlaanderen opgelegde verplichting om arbeidscontracten en facturen op straffe van nietigheid enkel in het Nederlands op te stellen, verwees het Hof eveneens naar het ‘rechtmatige’ doel dat door deze wetgeving ter bescherming van de officiële taal wordt nagestreefd³⁷, om vervolgens de evenredigheidstoets toe te passen op grond waarvan deze verplichting strijdig met het vrije verkeer van werknemers respectievelijk het vrije goederenverkeer werd geacht. Het Hof wees erop dat de doelstelling om het gebruik van het Nederlands te stimuleren evenzeer kon worden bereikt door een regeling die de partijen zou toelaten om van deze documenten tegelijk ook een rechtsgeldige versie in een andere taal te laten opstellen, waardoor het vrije verkeer minder zou worden beperkt.³⁸ In elk van deze zaken belette de verwijzing naar artikel 4, lid 2 VEU dus niet dat het Hof – zoals in vroegere rechtspraak – de door de lidstaat aangevoerde doelstellingen toetste op hun rechtmatigheid en tegelijk naging in hoeverre het Unierechtelijk beginsel van vrij verkeer niet nodeloos werd belemmerd door de nationale regelgeving.³⁹ De rechtspraak toont wel aan dat het Hof zich op grond van artikel 4, lid 2 VEU verplicht voelt om argumenten die een lidstaat baseert op zijn nationale identiteit, als dusdanig of in

samenhang met andere beleidsdoelstellingen, in de belangenafweging te betrekken.

Wie mag op de foto voor de nationale-identiteitskaart?

Vooraleer verder in te gaan op de concrete betekenis van artikel 4, lid 2 VEU in het Unierechtelijk debat, is het nodig stil te staan bij de mogelijke inhoud die argumenten gesteund op de ‘nationale identiteit’ kunnen hebben. Het is evident dat een notie als de nationale identiteit niet louter vanuit het Unierecht kan worden ingevuld: de regels of praktijken die binnen een lidstaat als bepalend voor de ‘identiteit’ van deze lidstaat worden beschouwd, kunnen immers per definitie enkel vanuit deze lidstaat zelf worden aangevoerd. Minder duidelijk is wie binnen een lidstaat mag uitmaken wat tot de nationale identiteit behoort en of het Unierecht kan weigeren om bepaalde uitingen van de nationale identiteit als legitieme regels of praktijken te erkennen. Zoals iedere uiting van identiteit kan ook de nationale identiteit niet door middel van een neutrale observatie van het maatschappelijke leven binnen een lidstaat worden ‘beschreven’, maar is zij een constructie die in het maatschappelijk debat haar invulling krijgt op basis van de specifieke denkbeelden en preferenties van diegenen die zich erop beroepen. Of bepaalde regels of praktijken worden erkend als elementen van de nationale identiteit hangt dan af van de overtuigingskracht van de aangehaalde argumenten en de vatbaarheid van hun toehoorders – in het Unierechtelijke debat uiteindelijk het Hof van Justitie – voor deze argumenten.

In de reeds genoemde voorbeelden waarin de nationale identiteit voor het Hof van Justitie werd aangehaald om een bestaande regeling te rechtvaardigen, was het de vertegenwoordiger van de nationale regering die een band legde tussen deze regeling en de ‘identiteit’ van de lidstaat. Dit betekent niet dat andere overheidsinstanties of particulieren geen beroep kunnen doen op de notie van nationale identiteit om het behoud van bepaalde nationale regelingen of praktijken te verdedigen. Daarbij moet kunnen worden aangetoond dat de betrokken regeling of praktijk binnen de betrokken lidstaat door een ruime meerderheid wordt gedragen en als belangrijk aangevoeld. Zo aanvaardde het Hof van Justitie in de *Omega Spielhallen*-zaak dat Duitse lokale overheden om redenen van openbare orde een verbod oplegden aan een spel dat het doden van mensen simuleert, op grond van een “overheersende opvatting

33. *Sayn-Wittegenstein*, punten 93-94; *Bogendorff von Wolffersdorff*, punten 72-82.

34. HvJ 12 mei 2011, *Runevič-Vardyn en Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291.

35. *Ibid.*, punten 85-87.

36. *Ibid.*, punt 91.

37. HvJ 16 april 2013, *Las*, C-202/11, EU:C:2013:239, punten 25-27, en HvJ 21 juni 2016, *New Valmar*, C-15/15, EU:C:2016:464, punt 50.

38. *Las*, punten 29-33 en *New Valmar*, punten 53-56.

39. Zie ook nog HvJ 24 mei 2011, *Commissie v. Luxemburg*, C-51/08, EU:C:2011:336, punt 124 (waarin het Hof de op de nationale identiteit gesteunde argumenten ter verdediging van de Luxemburgse nationaliteitsclausule voor notarissen verwerpt omdat deze “doeltreffend [kan] worden beschermd door andere maatregelen dan de algemene uitsluiting van onderdanen van andere lidstaten”).



in de publieke opinie” volgens welke de commerciële exploitatie van dergelijk spel inbreuk maakt op de in de Duitse Grondwet opgenomen waarde van de menselijke waardigheid.⁴⁰ Om een praktijk als element van de nationale identiteit te bestempelen, is wellicht vereist dat zij op een of andere wijze wordt erkend of beschermd in nationale regelgeving of structuren. Het is goed mogelijk dat ook binnen een lidstaat geen eensgezindheid bestaat over de inhoud van de nationale identiteit. Omdat de Unie afhangt van de formulering van de nationale identiteit op nationaal vlak, boeten argumenten van nationale identiteit bij interne meningsverschillen onvermijdelijk aan overtuigingskracht in.

De mate waarin aanspraken van nationale identiteit voldoende aansluiten bij nationale regels en structuren staat centraal in een hangende zaak waarin de weigering wordt aangevochten van de Commissie om een burgerinitiatief te registreren waarmee wordt verzocht om in het cohesiebeleid van de Unie bijzondere aandacht te besteden aan regio's met een nationale minderheid.⁴¹ Een burgerinitiatief kan door ten minste één miljoen burgers worden ingediend om de Commissie te verzoeken een voorstel te doen met betrekking tot een aangelegenheid waarvoor een rechtshandeling van de Unie nodig wordt geacht.⁴² Alvorens de vereiste steunbetuigingen te verzamelen, moeten de organisatoren het voorgestelde burgerinitiatief laten registreren.⁴³ In deze zaak werd de registratie geweigerd, omdat de Commissie vond dat niet voldaan was aan de voorwaarde dat het voorgestelde initiatief “niet zichtbaar buiten het kader van de bevoegdheden van de Commissie [valt] om een voorstel [met die strekking] in te dienen”.⁴⁴ Het Gerecht wees een beroep tegen deze weigering af op grond van een analyse van de relevante verdragsbepalingen volgens welke de Unie niet over de bevoegdheid beschikt om de gevraagde maatregelen aan te nemen.⁴⁵ Het uitgangspunt van het Gerecht is de overweging dat de Commissie het begrip ‘regio’ in de verdragsbepalingen met betrekking tot het cohesiebeleid niet zodanig kan invullen dat dit ook slaat op regio's met nationale minderheden zoals gedefinieerd door de organisatoren, met name regio's waarin gemeenschappen leven met aparte taalkenmerken of etnische, culturele of religieuze kenmerken en die binnen een lidstaat niet beschikken over eigen structuren met bestuurlijke bevoegdheden. Als een Uniemaatregel het begrip ‘regio’ aan de hand van autonome criteria en dus los van de in de lidstaten bestaande bestuurlijke eenheden zou omschrijven, zou deze maatregel immers volgens het Gerecht artikel 4, lid 2 VEU schenden, volgens welk

het begrip ‘regio’ moet worden vastgesteld met eerbiediging van de binnen de lidstaten bestaande politieke, bestuurlijke en institutionele situatie.⁴⁶ In het Stabiliteitsverdrag arrest gaat het Grondwettelijk Hof in dezelfde richting wanneer het – overeenkomstig de bewoordingen van artikel 4, lid 2 VEU – verwijst naar de nationale identiteit “zoals zij besloten ligt in de politieke en constitutionele basisstructuren” van België.

Kan de nationale identiteit enkel worden ingeroepen voor beginselen of normen die erkenning hebben gevonden in de grondwet van de lidstaat? De uitdrukking ‘politieke en constitutionele basisstructuren’ suggereert dat dit niet noodzakelijk het geval is, maar tegelijk doet de term ‘basisstructuren’ wel uitschijnen dat de aangevoerde aspecten van nationale identiteit in de maatschappelijke structuren van de betrokken lidstaat verankerd moeten zijn. Regels of beginselen die formeel in een grondwettelijke tekst zijn opgenomen, hebben het voorwerp uitgemaakt van een formeel beslissingsproces waarbij – door een specifieke wijze van besluitvorming en/of bijzondere parlementaire meerderheden – een ruime maatschappelijke instemming is gewaarborgd. Anderzijds houdt de constitutionele erkenning van regels of beginselen niet noodzakelijk de garantie in dat deze een uitdrukking van de nationale identiteit vormen. Wanneer de verenigbaarheid van nationale grondwettelijke normen met Unierechtelijke normen in discussie is, wordt het behoud van de grondwettelijke normen bijvoorbeeld niet noodzakelijk met dergelijke principiële argumenten ondersteund. Zoals gezegd, deed de Luxemburgse regering dit wel toen zij de verdediging opnam van de toepassing op onderwijzend personeel van de bepaling in de Luxemburgse Grondwet volgens welke alleen Luxemburgers benoembaar waren tot burgerlijke en militaire betrekkingen. De Belgische Raad van State had er echter geen moeite mee om te erkennen dat de gelijkaardige regel in de Belgische Grondwet, volgens welke “alleen de Belgen” in burgerlijke en militaire ambten benoembaar zijn⁴⁷, in zijn algemeenheid strijdig is met het vrije verkeer van personen en omwille van de voorrang van het Unierecht buiten toepassing moet blijven.⁴⁸ In dit verband is ook de *Michaniki*-zaak interessant, waarin het Hof zich moest uitspreken over de algemene onverenigbaarheid die de Griekse Grondwet invoerde tussen activiteiten in de sector van de openbare werken en activiteiten in de mediasector, waardoor aannemers die als aandeelhouder of bestuurder actief waren in de mediasector werden uitgesloten van de gunning van overheidsopdrachten voor openbare werken.⁴⁹

40. HvJ 14 oktober 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, EU:C:2004:614, punt 32 (waarin het Hof ook verwees naar het feit dat constante nationale rechtspraak deze positie had bevestigd).

41. Ger. 10 mei 2016, *Izsák en Dabis v. Commissie*, T-529/13, EU:T:2016:282, waartegen hogere voorziening is ingesteld (zaak C-420/16 P).

42. Art. 11, lid 4 VEU.

43. Verordening (EU) nr. 211/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 over het burgerinitiatief (*Pb.L.* 2011, afl. 65,1), art. 4.

44. *Ibid.*, art. 4, lid 2.

45. Ger. 10 mei 2016, *Izsák en Dabis v. Commissie*, T-529/13, EU:T:2016:282, punten 62-114.

46. *Ibid.*, punten 70-76.

47. Art. 10, tweede alinea Gw.

48. RvS 5 november 1996, *Goosse en Orfinger*.

49. HvJ 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731.



Het Hof concludeerde dat deze “nationale bepaling” verder ging dan noodzakelijk voor het verzekeren van transparantie en gelijke behandeling in het kader van openbare aanbestedingen, zonder in zijn motivering te verwijzen naar haar grondwettelijk karakter.⁵⁰ De grondwettelijke basis van deze bepaling was ook niet relevant in die zin dat de Griekse regering wel redenen aanvoerde waarom aanbestedende diensten volgens haar moesten worden beschermd tegen de druk die mediaondernemingen met hun mediamacht kunnen uitoefenen, maar niet had opgeworpen dat deze bescherming een essentieel beginsel van het Griekse constitutionele bestel was.⁵¹

Een volgende vraag is of het om het even welke uitdrukking van de nationale identiteit binnen het Unierecht als legitiem argument in aanmerking moet worden genomen. Kan het behoud van een nationale praktijk of regelgeving worden bepleit als deze ingegeven zijn door beginselen of waarden die haaks staan op deze waarop het Unierecht steunt? Men denke bijvoorbeeld aan een lidstaat die op basis van morele of religieuze waardeoordelen wetgeving wil aannemen of handhaven op het vlak van geboortebepaling of rechten van homoseksuelen die afbreuk doet aan de Unierechtelijke interpretatie van grondrechten of het gelijkheidsbeginsel. In die omstandigheden lijkt het moeilijk om bij de toepassing van Unierechtelijke normen rekening te houden met het beroep op de nationale identiteit. De rechtspraak van het Hof van Justitie sluit weliswaar niet uit dat lidstaten zich beroepen op een interpretatie van grondrechten of rechtsbeginselen die niet wordt gedeeld door andere lidstaten⁵², maar aanvaardt niet dat hierbij wordt afgedaan aan het beschermingsniveau dat voortvloeit uit het Handvest.⁵³ In alle gevallen waarin het Hof een beroep op de nationale identiteit aanvaardde, konden de door de lidstaat aangevoerde doelstellingen of beginselen worden aangeknoopt bij in het Unierecht aanvaarde doelstellingen of beginselen. De in artikel 2 VEU vermelde waarden van de Unie en de in het Handvest opgesomde grondrechten stellen dus beperkingen aan de praktijken of regels die lidstaten met een verwijzing naar hun ‘nationale identiteit’ door de Unie in aanmerking kunnen laten nemen.

Zoals gezegd, zijn nationale praktijken of regelingen waarvoor met een beroep op de nationale identiteit

bescherming wordt gezocht, in principe deze die binnen de betrokken lidstaat door een ruime meerderheid worden gedragen en erkend zijn in nationale regelgeving of structuren. Doorgaans zijn de belangen die met een beroep op de nationale identiteit worden behartigd, dan ook de gevestigde belangen van de culturele of politieke meerderheid binnen de lidstaat. In de Unierechtelijke discussie wordt de nationale identiteit aldus vaak ingeroepen in samenhang met lidstatelijke regels tot bescherming van de officiële taal, het cultuur-, onderwijs- en mediabeleid of de bescherming van de nationale arbeidsmarkt. Meestal is het beroep op de nationale identiteit dus conservatief van aard in die zin dat wordt verwezen naar regels of praktijken die traditioneel aanwezig zijn in de samenleving en bescherming nodig hebben tegenover aanspraken die komen van buitenaf. In theorie zou een lidstaat zijn identiteit ook kunnen bepalen door een positieve houding ten aanzien van minderheden of ‘buitenlandse’ invloeden, bijvoorbeeld door beginselen als meertaligheid, openheid naar andere bevolkingsgroepen, efficiënte opvang van migranten en asielzoekers of, meer algemeen, het zoeken naar een afdoende bescherming van minderheidsgroepen, als elementen van de nationale identiteit aan te nemen. In werkelijkheid is dit in een lidstaat waarschijnlijk enkel mogelijk op het moment dat – en voor zover – dergelijke elementen zijn doorgedrongen tot de kernwaarden van de meerderheid.⁵⁴ In tegenstelling met de argumenten van nationale identiteit, die in de regel aansluiten bij de gevestigde belangen en dominante cultuur binnen een lidstaat, beschermt de Unierechtelijke regelgeving ten opzichte waarvan de nationale identiteit wordt ingeroepen, vaak belangen van ‘nieuwkomers’, zoals onderdanen van andere lidstaten die toegang zoeken tot de arbeidsmarkt van de betrokken lidstaat of buitenlandse ondernemingen die in deze lidstaat hun diensten en activiteiten willen aanbieden. Dit geldt overigens ook voor de recente zaken waarin burgers van een lidstaat de traditionele toepassing van hun nationale wetgeving uitdaagden door de erkenning te vragen van een in een andere lidstaat verkregen wijziging van hun familienaam.⁵⁵ De juridische discussie over de wijze waarop normen uit verschillende rechtsorden kunnen worden verzoend, vergt in de praktijk dan ook vaak een afweging tussen de belangen en gevoeligheden van ‘statische’ en ‘mobiele’ bevolkingsgroepen.

50. *Ibid.*, punten 62-63.

51. Zie de conclusie van advocaat-generaal POIARES MADURO in deze zaak (EU:C:2008:544, punten 25-36).

52. Zie HvJ 14 oktober 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, EU:C:2004:614, punten 37-38; HvJ 22 december 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806, punt 91; HvJ 2 juni 2016 *Bogendorff von Wolfersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401, punt 73.

53. Zie vn. 68 en bijbehorende tekst.

54. Bv. E. CLOOTS in haar bijdrage in dit tijdschrift, die wijst op de mogelijkheid dat recentere Belgische wetgeving inzake legalisering van abortus en euthanasie en rechtsbescherming van homoseksuele relaties zou kunnen worden gezien als uitdrukking van de Belgische nationale identiteit. Vgl. ook de hiervoor aangehaalde, op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde afwijzing van adellijke titels in Oostenrijk en Duitsland.

55. In de zaak *Runevic-Vardyn* en *Wardyn* ging de zaak trouwens uit van leden van de Poolse minderheid in Litouwen, zie HvJ 12 mei 2011, C-391/09, EU:C:2011:29, punt 15.



Nationale identiteit versus eenvormige en effectieve toepassing van het Unierecht

De verplichting voor de Unie om de nationale identiteit te eerbiedigen, houdt in dat de Unie rekening moet houden met de impact die Uniemaatregelen kunnen hebben op de nationale identiteit van de lidstaten, waaronder hun politieke en constitutionele basisstructuren. De vraag is of artikel 4, lid 2 VEU ook kan worden ingeroepen om nationale regelingen of praktijken te handhaven die strijdig zijn met het Unierecht, m.a.w. of deze clause lidstaten machtigt om van een Unierechtelijke verplichting af te wijken.

In de doctrine wordt deze vraag doorgaans negatief beantwoord, waarbij het belangrijkste argument stevast de noodzaak van de eenvormige en effectieve toepassing van het Unierecht is.⁵⁶ Een positief antwoord op deze vraag zou een ingrijpende rem zetten op de uitoefening door de Unie van haar bevoegdheden. Iedere poging om eenvormige regelgeving op het niveau van de Unie aan te nemen, zou dan immers door een lidstaat kunnen worden aangevochten met het argument dat deze harmonisatie verregaande effecten heeft voor met de identiteit van deze lidstaat samenhangende regelgeving of praktijken. Wat dergelijke invulling van artikel 4, lid 2 VEU onverzoenbaar maakt met de EU-rechtsorde is dat zij ertoe zou leiden dat de toepassing van Unierechtelijke bepalingen van lidstaat tot lidstaat zou verschillen niet alleen in functie van de impact die deze bepalingen in de betrokken lidstaat zouden hebben op bestaande regels of praktijken, maar ook afhankelijk van de band die deze regels of praktijken met de nationale identiteit hebben. In de praktijk zou dergelijke opvatting elke garantie voor een eenvormige toepassing van het Unierecht wegnemen. Zoals het Hof van Justitie in het arrest *Costa/ENEL* verklaarde, vormt het Unierecht een rechtsorde die de lidstaten op basis van wederkerigheid hebben aanvaard en kan de Unie haar doelstellingen niet verwezenlijken als de werking van het Unierecht van lidstaat tot lidstaat zou verschillen op grond van nationale regels.⁵⁷ Om die reden kan de EU-rechtsorde niet functioneren zonder voorrang van het Unierecht op strijdige nationale regelgeving. De verplichting om de nationale identiteit te eerbiedigen, kan dan ook niet worden opgevat als een op zichzelf

staande geldigheidsvoorwaarde voor het Unierecht zonder afbreuk te doen aan de eenvormige en effectieve toepassing van het Unierecht.

Hierbij moet worden opgemerkt dat de *claim* dat een Uniemaatregel strijdig is met het Unierecht wegens schending van aspecten van de nationale identiteit niet gelijk te stellen is met bezwaren dat de Uniemaatregel verplichtingen oplegt die voor sommige lidstaten onevenredig zijn of die geen rekening houden met objectieve verschillen die tussen de lidstaten bestaan. Dit zijn bezwaren die een lidstaat met een beroep op het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel kan aanvoeren.⁵⁸ Bij dergelijke bezwaren gaat de Unierechter effectief na of een Uniemaatregel een lidstaat op onrechtmatige wijze belast, maar dan wel in het licht van de doelstellingen die de Unie met haar maatregel nastreeft. Indien een Uniemaatregel een grote impact heeft op een lidstaat, maar deze impact voortvloeit uit een legitieme beleidskeuze, zal de maatregel niet ongeldig worden geacht. Dit blijkt uit recente zaken waarin lidstaten probeerden de onevenredigheid van Uniemaatregelen aan te tonen op grond van hun bijzondere impact voor deze lidstaten: Estland vocht een richtlijn met precieze financiële informatieverplichtingen aan door o.m. te verwijzen naar het vergevorderde stadium van elektronisch bestuur in deze lidstaat en het grote aandeel van kleine en middelgrote ondernemingen in de nationale economie⁵⁹; Polen vocht een verbod op mentholhoudende tabaksproducten aan met verwijzing naar het onevenredige verlies aan banen en inkomsten dat dit verbod in deze lidstaat zou meebrengen omwille van de hoge productie en consumptie van deze producten in Polen.⁶⁰ Telkens benadrukte het Hof dat het loutere feit dat een wetgevende handeling van de Unie een lidstaat meer kan raken dan andere, geen schending vormt van het evenredigheidsbeginsel wanneer deze handeling voorts geschikt en noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken.⁶¹ Bij het streven naar een evenwicht tussen alle betrokken belangen is het aldus legitiem voor het Hof dat de Uniewetgever niet zozeer de specifieke situatie van één enkele lidstaat, maar de totale situatie van alle lidstaten van de Unie in aanmerking neemt.⁶² De gevallen waarin Uniemaatregelen als strijdig met het evenredigheids- of gelijkheidsbeginsel worden aangevochten op grond van argumenten van nationale identiteit zijn eerder zeldzaam.⁶³ De enige gevallen waarin dit met succes gebeurde, waren

56. Zie M. CLAES, "National Identity: Trump Card or Up for Negotiations?" in *National Constitutional Identity and European Integration*, o.c., 109-139; G. VAN DER SCHYFF, "The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: the Role of National Identity in Article 4(2) TEU", *E.L.Rev.* 2012, (563) 579; E. CLOOTS, o.c., 181-184.

57. HvJ 15 juli 1964, *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66.

58. P. VAN NUFFEL, o.c., 295-347 (evenredigheidsbeginsel) en 347-359 (gelijkheidsbeginsel).

59. HvJ 18 juni 2015, *Estland v. Europees Parlement en Raad*, C-508/13, EU:C:2015:403, punten 19-23.

60. HvJ 4 mei 2016, *Polen v. Europees Parlement en Raad*, C-358/14, EU:C:2016:323, punt 73.

61. *Estland v. Europees Parlement en Raad*, punt 39; *Polen v. Europees Parlement en Raad*, punt 103.

62. *Ibid.*

63. Bv. de zaak aangehaald in vn. 30; HvJ 17 juli 2014, *Torresí e.a.*, gevoegde zaken C-58/13 en C-59/13, EU:C:2014:2088, punten 53-59 (argumenten verworpen, omdat de Uniemaatregel – een harmonisatierichtlijn inzake de toegang tot het beroep van advocaat – niet de impact heeft die de Italiaanse orde van advocaten voorhield, omdat zij niet van toepassing is op puur interne situaties). In haar conclusie bij *Polen v. Europees Parlement en Raad*, merkte advocaat-generaal KOKOTT op dat de in die zaak de betrokken Uniemaatregel niet raakte aan de nationale identiteit: EU:C:2015:848, punten 148 en 166.



beroepen tegen beslissingen van Unie-instellingen waarin voor interne personeelsregelingen werd afgevoerd van de principiële gelijkheid van alle officiële talen van de Unie.⁶⁴ Dat laatste geval betreft echter eerder de gelijkheid van de lidstaten, waarvan de gelijkheid van alle officiële talen een uitdrukking vormt, dan een aantasting van de specifieke positie van een of andere lidstaat. De nietigverklaring van met dergelijk beginsel strijdige Uniemaatregelen is eerder een voorbeeld van effectieve toepassing van een norm van Unierecht dan een aantasting van de effectieve en eenvormige toepassing van het Unierecht.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt hoe de Unierechter zich steevast heeft uitgesproken tegen elke interpretatie van het Unierecht die de eenvormige en effectieve toepassing van het Unierecht kan aantasten. In *Costa/ENEL* kantte het Hof zich tegen een poging om de werking van Unierechtelijke bepalingen te beperken door middel van later aangenomen nationale wetgeving. Dezelfde fundamentele bezwaren gelden natuurlijk wanneer de gelding van het Unierecht zou worden beperkt op basis van bestaande nationale regels en beginselen.⁶⁵ Het is omwille van hun gelijke impact op de eenvormige en effectieve toepassing van het Unierecht, dat het Hof daarbij geen onderscheid maakt tussen grondwettelijke en andere nationale regels en beginselen.⁶⁶

Het is dezelfde bezorgdheid die aan de basis ligt van de rechtspraak waarin het Hof duidelijk maakte dat lidstaten weinig ruimte hebben om bij de uitvoering van Uniemaatregelen een grondrechtenbescherming te bieden die afwijkt van de grondrechtenstandaard die voortvloeit uit het Handvest van de grondrechten. In dergelijke situatie kunnen de lidstaten nationale maatstaven voor de bescherming van de grondrechten enkel toepassen indien deze toepassing “niet afdoet aan het door het Handvest geboden beschermingsniveau, zoals uitgelegd door het Hof, noch aan de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht”.⁶⁷ Niettemin kan worden opgemerkt dat het bestaan binnen een lidstaat van een afwijkende (hogere) grondrechtenbescherming niet dezelfde bedreiging vormt voor de eenvormige en effectieve toepassing van het Unierecht als argumenten gesteund op de nationale identiteit. Waar dit laatste begrip verwijst naar beginselen of regels die vanuit een lidstaat op basis van subjectieve denkbeelden en preferenties in het algemeen als beschermingswaardig worden aanvoerd, gaat het bij grondrechtenbescherming om

duidelijk omschreven juridische aanspraken waarop particulieren zich enkel in concrete situaties kunnen beroepen.⁶⁸ Om die reden is het ook begrijpelijk dat het Grondwettelijk Hof in het Stabiliteitsverdragarrest voor iedere afbreuk door het Unierecht aan de “kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan rechtsonderhorigen verleent” een apart voorbehoud heeft gemaakt naast het voorbehoud met betrekking tot de discriminerende wijze waarop afbreuk zou worden gedaan aan de “nationale identiteit die besloten ligt in de politieke en constitutionele basisstructuren”.

Nationale identiteit doorslaggevend bij de uitlegging van Unierecht?

Uit het voorgaande volgt dat de verplichting in artikel 4, lid 2 VEU om de nationale identiteit te eerbiedigen niet kan worden ingevuld als een algemene grond om van Unierechtelijke verplichtingen af te wijken. In het Unierecht bestaat dan ook geen tegenhanger voor het beginsel dat nationale grondwettelijke hoven, zoals het Bundesverfassungsgericht erkennen en op grond waarvan Unierechtelijke maatregelen ongeldig en dus niet toepasselijk zouden zijn wanneer zij de ‘constitutionele identiteit’ van de betrokken lidstaat zouden aantasten.

Toch blijkt uit de rechtspraak dat de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer zo moeten worden uitgelegd dat lidstaten beperkingen aan het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen op grond van beleidsdoelen die volgens deze lidstaat samenhangen met de nationale identiteit. Wanneer dergelijke beleidsdoelen worden ingeroepen, moet de rechter daarmee dus in de belangenafweging rekening houden (in zoverre het evenredigheidsbeginsel dit toelaat). Bestaat er ten aanzien van andere Unierechtelijke bepalingen enige verplichting om argumenten van nationale identiteit in aanmerking te nemen?

Voor de interpretatie van Unierechtelijke bepalingen geldt in het algemeen dat de draagwijdte van deze bepalingen moet worden bepaald in het licht van hun bewoordingen, context en doelstellingen en dat een bepaling die vatbaar is voor meer dan één uitlegging, moet worden uitgelegd op een wijze die verenigbaar is met hogere rechtsnormen, zoals de grondrechten, primairrechtelijke bepalingen, regels van internationaal recht en algemene beginselen van Unierecht.⁶⁹ Als

65. Zie bv. de rechtspraak aangehaald in vn. 52.

66. HvJ 17 december 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, EU:C:1970:114, punt 3; HvJ 8 september 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, punt 61; HvJ 26 februari 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, punt 59.

67. HvJ 26 februari 2016, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punt 29; HvJ 26 februari 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, punt 60.

68. De context waarin in *Melloni* de toepassing van een nationale grondrechtenstandaard strijdig met het Unierecht werd geacht, is overigens deze waarin de lidstaat wilde afwijken van een op gedetailleerde, op Unieniveau geharmoniseerde bescherming die, volgens het Hof ‘een weerspiegeling is van de door alle lidstaten bereikte consensus over de reikwijdte die krachtens het recht van de Unie moet worden verleend aan de procedurele rechten van [de betrokkenen]’ (met name bij verstek veroordeelden tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd). *Ibid.*, punt 62.

69. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., 638.

64. HvJ 27 november 2012, *Italië v. Commissie*, C-566/10 P, EU:C:2012:752 (zie de conclusie van advocaat-generaal KOKOTT bij deze zaak, EU:C:2012:368, punten 86-87); Ger. 20 november 2008, *Italië v. Commissie*, T-185/05, EU:T:2008:519 (zie met name punt 38).



een rechter bij de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling steeds zou moeten kiezen voor de interpretatie die het best aansluit bij de argumenten gesteund op de nationale identiteit betekent dit dat deze interpretatie altijd zou prevaleren over andere mogelijke interpretaties, bijvoorbeeld deze die het meest stroken met de bewoordingen, de context of de doelstellingen van deze bepaling of met andere beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel.⁷⁰ Zoals uit de hiervoor besproken zaken blijkt, wordt de nationale identiteit vaak ingeroepen om de reikwijdte te beperken van rechten die het Unierecht toekent aan economisch actieve en andere Unieburgers. Elke interpretatie die deze rechten restrictief zou uitleggen om de nationale identiteit ten volle te laten spelen, tast dan onvermijdelijk de eenvormige en effectieve toepassing aan van deze door het Unierecht toegekende rechten.

Om die redenen is het niet verwonderlijk dat in de rechtspraak weinig gevallen te vinden zijn waarin de Unierechter bij zijn interpretatie van het Unierecht argumenten van nationale identiteit effectief liet doorwegen. De aangehaalde zaken over de bescherming van nationale talen komen mogelijk het dichtst in de buurt. In de *Groener*-zaak⁷¹ aanvaardde het Hof van Justitie bijvoorbeeld dat de mogelijkheid voor een lidstaat om kennis van het Iers te vereisen “wegens de aard van de te verrichten arbeid” niet moest worden bekeken in de concrete context van de te verrichten arbeid – waarvoor kennis van het Iers niet nodig was – maar in de ruimere context van een lidstaat die de kennis van de nationale taal wil stimuleren. Niettemin weigerde het Hof ook hier om de Ierse taalpolitiek absolute voorrang te geven. Het oordeelde dat de taalkennisvoorwaarde enkel in overeenstemming was met de “wegens de aard van de te verrichten arbeid” vereiste kennis voor zover het vereiste kennisniveau niet onevenredig was aan het nagestreefde doel.⁷² Ook in de recentere rechtspraak over de Vlaamse verplichting om documenten exclusief in het Nederlands op te stellen, maakte het Hof de verenigbaarheid van deze verplichting afhankelijk van het evenredigheidsvereiste. In beide zaken vond het Hof de verplichting strijdig met het vrije verkeer, omdat een alternatief voorhanden was – naast het verplichte gebruik van het Nederlands ook het gebruik van een andere taal

toelaten – dat minder beperkend was aan het vrij verkeer én even geschikt om het gebruik van de officiële taal te bevorderen.⁷³ Dit betekent niet dat op grond van een doelstelling als het bevorderen van de officiële taal alle mogelijke beperkingen aan het vrije verkeer mogen worden opgelegd waarvoor geen alternatief voorhanden is dat deze doelstelling evengoed verwezenlijkt. Het Unierecht kan op de nationale identiteit gesteunde doelstellingen immers niet onbegrensd aanvaarden. Deze doelstellingen moeten naar Unierecht legitiem blijven – wat bijvoorbeeld niet het geval zou zijn met een regeling waarbij de economische operatoren in een lidstaat in alle omstandigheden verplicht de nationale taal zouden moeten hanteren.⁷⁴

Uit de rechtspraak blijkt dat het Hof van Justitie met enige omzichtigheid te werk gaat waarin argumenten worden aangehaald die te maken hebben met het in artikel 4, lid 2 VEU uitdrukkelijk vermelde voorbeeld van politieke en constitutionele basisstructuren, namelijk het “regionaal en lokaal zelfbestuur”. Het Unierecht heeft op zich geen probleem met het feit dat binnen een lidstaat de uitvoering en naleving van Unierechtelijke verplichtingen wordt toevertrouwd aan gefederaliseerde of decentrale overheden. Het loutere feit dat decentrale overheden van een lidstaat ter uitvoering van Unienormen verschillende regels vaststellen, vormt dus zeker geen met het Unierecht strijdige discriminatie.⁷⁵ Met een verwijzing naar artikel 4, lid 2 VEU houdt de Unierechter bij de toepassing van het Unierecht op internrechtelijke situaties rekening met de interne bevoegdheidsregeling en structuren.⁷⁶ Onder bepaalde voorwaarden houdt het Hof van Justitie ook bij de beoordeling van staatssteun rekening met het feit dat een gefederaliseerde of decentrale overheid naar intern recht autonome bevoegdheden kan uitoefenen.⁷⁷ Daarbij maakt de Unierechter ook duidelijk dat als decentrale overheden exclusief bevoegd zijn om uitvoering te geven aan Unierechtelijke verplichtingen, artikel 4, lid 2 VEU geen steun biedt voor een interpretatie die deze overheden aan minder strikte verplichtingen zou onderwerpen dan de lidstaat als dusdanig.⁷⁸ Opmerkelijk genoeg heeft de Unierechter echter steeds geweigerd om ten aanzien van het beroepsrecht voor het Hof van

70. Zie hierover P. VAN NUFFEL, o.c., 428-434.

71. Zie vn. 25 en bijbehorende tekst.

72. Zie vn. 27.

73. Zie vn. 40 en bijbehorende tekst.

74. Zo merkte het Hof van Justitie op dat de partijen bij een arbeidsovereenkomst met een grensoverschrijdend karakter niet noodzakelijkerwijs de officiële taal van de betrokken lidstaat beheersen en dat de vorming van een vrije en geïnformeerde wilsovereenstemming tussen de partijen in dergelijk geval vereist dat zij hun overeenkomst kunnen opstellen in een andere taal. HvJ 16 april 2013, *Las*, C-202/11, EU:C:2013:239, punt 31.

75. HvJ 16 juli 2009, *Horvath*, C-428/07, EU:C:2009:458, punten 47-57. Zie ook HvJ 12 juni 2014, *Digibet en Albers*, C-156/13, EU:C:2014:1756, punten 33-38 (een verschil in regelgeving binnen een lidstaat toont nog niet aan dat deze regelgeving niet geschikt is om bepaalde doelstellingen te verwezenlijken).

76. Bv. HvJ 21 december 2016, *Remondis*, C-51/15, EU:C:2016:985, punten 40-54 (waarbij een overdracht van bevoegdheid niet wordt beschouwd als een ‘overheidsopdracht’ in de zin van de toepasselijke Uniewetgeving). Zie ook de opmerkingen van advocaat-generaal KOKOTT in haar conclusie bij *Commissie v. Spanje*, C-151/12, EU:C:2013:354, punten 34-35.

77. HvJ 6 september 2006, *Portugal v. Commissie*, C-88/03, EU:C:2006:511; HvJ 11 september 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, C-428/06 tot C-434/06, EU:C:2008:488. Zie S. KINGSTON, “The European Court of Justice and the Devolution of Taxation Powers” in E. CLOOTS, G. DE BAERE en S. SOTTIAUX (eds.), *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart, 2012, 249-264.

78. Zie HvJ 17 juli 2014, *Bero en Bouzoulmate*, C-473/13 en C-514/13, EU:C:2014:2095, punten 28-31 en in het bijzonder de behandeling van de argumenten van de Duitse overheid, die een andersluidende interpretatie steunde op artikel 4, lid 2 VEU, in de conclusie van advocaat-generaal BOT bij deze zaken, EU:C:2014:295, punten 115-151.



Justitie de notie van ‘lidstaat’ aldus in te vullen dat ook gefederaliseerde overheden met exclusieve wetgevendende bevoegdheden zich op het aan de lidstaten toegekende geprivilegieerde processtatuut kunnen beroepen.⁷⁹ De Unierechter maakte duidelijk dat artikel 4, lid 2 VEU aan deze rechtspraak niets afdoet.⁸⁰ In een recent advies neemt de Belgische Raad van State deze voorzichtige houding over.⁸¹

De verplichting van artikel 4, lid 2 VEU om de nationale identiteit te ‘eerbiedigen’ vereist van de rechter dus wel dat hij rekening houdt met argumenten die steunen op de nationale identiteit, maar niet dat deze argumenten noodzakelijk zwaarder wegen dan argumenten die berusten op andere legitieme doelstellingen of beginselen.

Nationale identiteit versus supranationale identiteit

De verplichting die artikel 4, lid 2 VEU oplegt om met de nationale identiteit van lidstaten rekening te houden, houdt dus geen vrijbrief in voor nationale overheden om Unierechtelijke verplichtingen opzij te zetten zodra deze ingaan tegen praktijken of regels waarvan kan worden aangetoond dat zij samenhangen met de nationale identiteit van een lidstaat. Zij vergt evenwel dat bij de uitlegging en toepassing van Unierecht niet wordt voorbijgegaan aan de politieke en constitutionele basistructuren van een lidstaat en rekening gehouden met legitieme argumenten die op de nationale identiteit kunnen worden gesteund. Dit belet niet dat argumenten van nationale identiteit in het politieke debat een rol kunnen spelen en op die wijze de totstandkoming van Uniemaatregelen kunnen beïnvloeden. Zo is niet uitgesloten dat een nationale regering die in de Raad zijn bezwaren tegen een Uniemaatregel met dergelijke argumenten onderbouwt, meer gehoor krijgt bij de andere regeringen. Dit geldt in het bijzonder wanneer constitutionele bezwaren worden aangevoerd, die juridische obstakels kunnen vormen voor de mogelijke instemming met of latere uitvoering van de maatregel. In een gevoelig domein als het strafrecht kent de besluitvorming in de Raad trouwens een alarmbelprocedure in het kader waarvan een lidstaat de mogelijke afbreuk aan “fundamentele aspecten van zijn strafrechtstelsel” kan opwerpen om een schorsing van de procedure te bekomen met een mogelijke verwijzing van het dossier naar de Europese Raad.⁸² Dit laat toe om argumenten

van nationale identiteit tijdig aan te brengen en maakt het misschien ook moeilijker om een goedgekeurde maatregel na afloop te bekritisieren, omdat deze zou ingaan tegen basiselementen van de nationale rechtsorde.⁸³

Gezien de functie die argumenten van nationale identiteit kunnen hebben in de politieke besluitvorming, kan de verplichting van artikel 4, lid 2 VEU worden vergeleken met het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5, lid 3 VEU. Ook het subsidiariteitsbeginsel is een rechtsbeginsel neergelegd in de verdragen, dat voor de rechter wordt ingeroepen en afgedwongen en dus zijn betekenis heeft in het juridische debat. Niettemin ligt de belangrijkste rol voor het subsidiariteitsbeginsel ongetwijfeld in het politieke debat, waarin het een kader biedt aan nationale parlementen om adviezen te geven over ontwerpen van Uniewetgeving (de zogenaamde ‘gele kaart’). In de praktijk bevatten zulke adviezen vaak kritiek die geen verband houdt met de eerbiediging van het subsidiariteitsbeginsel. In het politieke debat maakt dit deze adviezen niet minder belangrijk en leidt het loutere bestaan van de gelekaartprocedure reeds tot een responsabilisering van nationale parlementen, die op die wijze worden aangespoord om vroeg in het besluitvormingsproces te reflecteren over op stapel staande Uniewetgeving. Niettemin leidt het subsidiariteitsbeginsel tot argumenten van een totaal andere aard dan de nationale identiteit: het subsidiariteitsbeginsel nodigt immers uit tot een effectiviteitsanalyse van bestaande nationale regelgeving in het licht van concrete beleidsdoelstellingen die de Unie zich stelt om uit te maken of deze doelstellingen niet evengoed door de lidstaten kunnen worden bereikt. Argumenten van nationale identiteit staan daarentegen los van concrete beleidsalternatieven, zijn inherent subjectief en daarom ook veel minder vatbaar voor objectieve analyse.

Wanneer de nationale identiteit zoals in Duitsland beperkt wordt tot de ‘constitutionele identiteit’ van de lidstaat, wordt de reikwijdte van mogelijke argumenten geobjectiveerd tot deze elementen die verband houden met de nationale grondwettelijke structuren. Voor het Bundesverfassungsgericht hangt de constitutionele identiteit bijvoorbeeld samen met grondwettelijke beginselen, waaronder het democratische stemrecht van de Duitse burgers. Zoals vermeld, vormt het democratische bestel van de lidstaten het fundament voor de democratische werking van de Unie en vormen de beginselen die de constitutionele identiteit van de lidstaten vormen, de bouwstenen

79. HvJ (Besch.) 21 maart 1997, *Waals Gewest v. Commissie*, C-95/97, EU:C:1997:184; HvJ 1 oktober 1997, *Regione Toscana v. Commissie*, C-180/97, EU:C:1997:451; HvJ 2 mei 2006 P, *Regione Siciliana v. Commissie*, C-417/04 P, EU:C:2006:282. Zie kritisch P. VAN NUFFEL, “What’s in a Member State? Central and Decentralized authorities before the Community Courts”, *C.M.L.Rev.* 2001, 871-901; A. THIES, “The *Locus Standi* of the Regions Before EU Courts” in C. PANARA en A. DE BECKER, *The Role of the Regions in EU Governance*, Heidelberg, Springer, 2011, 25-53.

80. Ger. (Besch.) 6 maart 2012, *Northern Ireland Department of Agriculture and Rural Development v. Commissie*, T-453/10, EU:T:2012:106, punt 38 (bevestigd door HvJ (Besch.) 6 maart 2014, *Northern Ireland Department of Agriculture and Rural Development v. Commissie* C-248/12 P, EU:C:2014:137).

81. RvS, advies 60.518/AV en 60.519/AV van 31 januari 2017 over het beroep bij het Hof van Justitie van de Europese Unie wegens schending van het subsidiariteitsbeginsel, punt 4.4.

82. Art. 82, lid 3, en 83, lid 3 VWEU.

83. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal BOT bij *Melloni*, C-399/11, EU:C:2012:600, punten 137-145.



voor de EU-rechtsorde. Op grond van de voorgaande beschouwingen moet toch worden opgemerkt dat wanneer argumenten van nationale identiteit beperkingen stellen aan de eenvormige en effectieve toepassing van Uniewetgeving meteen ook beperkingen worden gesteld aan de effectieve werking van het democratische besluitvormingsproces op het niveau van de Unie. Ontegensprekelijk kunnen de EU-lidstaten vele van de hedendaagse uitdagingen, waaronder de bescherming van het milieu, de opvang van vluchtelingen en de strijd tegen terrorisme enkel op het vlak van de Unie aanpakken. De noodzaak om dergelijke beslissingen op democratische wijze te nemen, noopt ertoe om ervoor te zorgen dat de unieke, dubbele democratische legitimiteit van de Unie wordt versterkt eerder dan ondermijnd. In zijn rechtspraak heeft het Bundesverfassungsgericht tekortkomingen in de democratische werking van de Unie aangegrepen om een standpunt in te nemen op grond waarvan de democratische legitimiteit noodzakelijkerwijs op nationaal niveau moet zijn gegrond.⁸⁴ Dergelijk juridisch

discours beperkt uiteraard de mogelijkheden om de democratische werking van de Unie verder uit te bouwen. Wanneer een lidstaat de nationale of constitutionele identiteit gebruikt als argument om nationale praktijken of regelingen te behouden, dreigen uiteindelijk de legitieme verwachtingen te worden aangetast die andere lidstaten hebben op het vlak van de effectieve en eenvormige toepassing van het Unierecht. Indien een lidstaat het recht krijgt om Unierechtelijke verplichtingen naast zich neer te leggen, worden ook de legitieme verwachtingen aangetast van de burgers van deze andere lidstaten, die aan hun overheden het vertrouwen hebben gegeven om met Unierechtelijke verplichtingen in te stemmen op basis van wederkerigheid, en door de niet-toepassing van Unierecht in andere lidstaten in wezen dus in hun democratische rechten worden aangetast. De rechtsorde van de Unie kan dan ook niet aanvaarden dat een beroep op de nationale identiteit de basisstructuren van de EU-rechtsorde – met andere woorden de supranationale identiteit van de Unie – in gevaar brengt.

84. C. TOMUSCHAT, *l.c.*, 211-212.