

# VU Research Portal

## Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie

Eleveld, A.

### **published in**

Nederlands tijdschrift voor Europees Recht  
2019

### **DOI (link to publisher)**

[10.5553/NtER/138241202019025304006](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025304006)

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

### [Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Eleveld, A. (2019). Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie: De lessen uit Egenberger, Bauer, en Cresco Investigation. *Nederlands tijdschrift voor Europees Recht*, 2019(3/4), 88-95. <https://doi.org/10.5553/NtER/138241202019025304006>

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie

## De lessen uit Egenberger, Bauer en Cresco Investigation

Mr. dr. A. Eleveld\*

Het Hof van Justitie heeft in de arresten Egenberger, IR, Bauer, Max-Planck en Cresco Investigation) expliciet horizontale werking toegekend aan het in het Handvest neergelegde verbod van discriminatie op grond van godsdienst en het grondrecht op een jaarlijkse betaalde vakantie. Deze bijdrage concludeert dat het Hof van Justitie de deur heeft opengezet voor rechtstreekse werking van 'dwingende' en 'onvoorwaardelijke' Handvestbepalingen in relaties tussen particulieren, waarbij het niet is uitgesloten dat deze Handvestbepalingen als zelfstandige toetsingsmaatstaf dienen voor zuiver particulier handelen.

- HvJ 17 april 2018, zaak C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257.
- HvJ 6 november 2018, *gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871.
- HvJ 22 januari 2019, zaak C-193/17, *Cresco Investigation*, ECLI:EU:C:2019:43.

## Inleiding

Grondrechten zijn in het algemeen in het leven geroepen om burgers te beschermen tegen het handelen van de overheid. Grondrechten kunnen soms ook doorwerken in private verhoudingen, zoals in de verhouding tussen een werknemer en een private werkgever.<sup>1</sup> In het EU-recht kan de vraag of grondrechten directe horizontale werking hebben onder andere relevant zijn, indien een richtlijnbevestiging niet of niet correct is geïmplementeerd in het nationale recht en de nationale wettelijke bepaling evenmin richtlijnconform kan worden geïnter-

preteerd. Partijen kunnen zich in horizontale geschillen namelijk niet beroepen op bepalingen uit een richtlijn. Dit is – onder voorwaarden – slechts toegestaan in verticale geschillen.<sup>2</sup>

In de *AMS*-zaak uit 2014<sup>3</sup> leek het Hof van Justitie voorzichtig te koersen op de mogelijkheid van rechtstreekse horizontale werking van (sommige) grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest). Daarna bleef het lange tijd stil rond dit leerstuk. Met de arresten *Egenberger*,<sup>4</sup> *IR*,<sup>5</sup> *Bauer*,<sup>6</sup> *Max-Planck*<sup>7</sup> en *Cresco Investigation*<sup>8</sup> uit 2018 en begin 2019 heeft het Hof van Justitie zijn stilzwijgen doorbroken. In deze arresten heeft het Hof van Justitie voor het eerst geoordeeld dat het in het Handvest neergelegde verbod van discriminatie op grond van godsdienst en het recht op een jaarlijkse betaalde vakantie horizontale werking kunnen hebben in de zin dat deze Handvestbepalingen een recht verlenen in een geschil tussen particulieren. Deze arresten sluiten mijns inziens niet uit dat Handvestbepalingen rechtstreekse werking hebben op zuiver particulier handelen.

In dit artikel geef ik een overzicht van de huidige stand van zaken rond de horizontale doorwerking van Uniegrondrechten uit het Handvest. Hiertoe volgt allereerst een korte bespreking van de arresten waar het allemaal mee is begonnen: *Mangold*,<sup>9</sup> *Kücükdeveci*<sup>10</sup> en *AMS*. Daarna ga ik in op de vragen die waren gerezen naar

\* Mr. dr. A. (Anja) Eleveld is als universitair docent Sociaal Recht verbonden aan de Vrije Universiteit

1. Zie bijvoorbeeld L. Verhey 'Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie', in T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 517-535.

2. Vereist is dat de bepaling voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is en de implementatietermijn van de richtlijn is verstreken. Zie HvJ 26 februari 1986, zaak C-152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84, punt 46.

3. HvJ 15 januari 2014, zaak C-176/12, *AMS*, ECLI:EU:C:2014:2.

4. HvJ 17 april 2018, zaak C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257.

5. HvJ 11 september 2018, zaak C-68/17, *IR*, ECLI:EU:C:2018:696.

6. HvJ 6 november 2018, *gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871.

7. HvJ 6 november 2018, zaak C-684/16, *Max-Planck*, ECLI:EU:C:2018:874.

8. HvJ 22 januari 2019, zaak C-193/17, *Cresco Investigation*, ECLI:EU:C:2019:43.

9. HvJ 22 november 2005, zaak C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:709.

10. HvJ 19 januari 2010, zaak C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21.

aanleiding van deze arresten en de wijze waarop het Hof van Justitie deze vragen in de nieuwe jurisprudentie heeft beantwoord.

## De eerste stappen naar horizontale rechtstreekse doorwerking van Uniegrondrechten

In de arresten *Mangold* en *Kücükdeveci* uit respectievelijk 2005 en 2010 oordeelt het Hof van Justitie dat het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd doorwerkt in een horizontale relatie tussen particulieren. Het Hof van Justitie overweegt dat het beginsel van gelijke behandeling op grond van leeftijd een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht vormt<sup>11</sup> dat is geconcretiseerd in Richtlijn 2000/78/EG.<sup>12</sup> De nationale rechter is verplicht om elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten.<sup>13</sup> Dit betekent dat bij ontstentenis van rechtstreekse horizontale doorwerking van het in artikel 2 Richtlijn 2000/78/EG<sup>14</sup> neergelegde verbod van leeftijdsdiscriminatie, dit verbod alsnog via de band van algemene principes van het EU-recht kan worden ingeroepen in een geschil tussen twee particuliere partijen, in ieder geval, voor zover nationale wetgeving (*overheidshandelen*) de grondslag van het geschil vormt.

Nadat het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in 2009 dezelfde juridische status als het Unieverdrag had verkregen, diende de vraag zich aan of grondrechten neergelegd in het Handvest eveneens rechtstreekse horizontale werking kunnen hebben.<sup>15</sup> Een voorlopig antwoord werd gegeven in het *AMS*-arrest uit 2014. In deze zaak betoogde de heer Laboubi, vakbondsvertegenwoordiger binnen het bedrijf *AMS*, dat de Franse medezeggenschapswet niet in overeenstemming is met Richtlijn 2002/14/EG inzake het recht op infor-

matie en raadpleging van werknemers.<sup>16</sup> Aangezien in dit geval richtlijnconforme interpretatie van de nationale wetgeving niet mogelijk was, lag bij het Hof van Justitie de vraag voor of een werknemer zich jegens een (private) werkgever rechtsreeks kan beroepen op het grondrecht op medezeggenschap dat is neergelegd in artikel 27 van het Handvest. Net als in *Mangold* en *Kücükdeveci* ging het in *AMS* dus om toetsing van nationale wetgeving aan grondrechten (*toetsing van overheidshandelen*).

Het Hof van Justitie overweegt in *AMS* dat nagegaan moet worden

‘of de situatie in het hoofdgeding vergelijkbaar is met die in de zaak die tot het reeds aangehaalde arrest *Kücükdeveci* heeft geleid, zodat artikel 27 van het Handvest, alleen of gelezen in samenhang met de bepalingen van richtlijn 2002/14, kan worden ingeroepen in een geding tussen particulieren om in voorkomend geval de niet met deze richtlijn overeenstemmende nationale bepaling buiten toepassing te laten’.<sup>17</sup>

Het Hof van Justitie oordeelt dat artikel 27 Handvest, anders dan artikel 21 Handvest waarin het discriminatieverbod is neergelegd, op zich ‘niet volstaat om aan particulieren een recht te verlenen dat zij als zodanig kunnen inroepen’.<sup>18</sup> Aan deze vaststelling wordt, aldus het Hof van Justitie, niet afgedaan indien artikel 27 Handvest wordt gelezen in samenhang met de daarmee corresponderende en meer concrete bepaling in Richtlijn 2002/14/EG.<sup>19</sup>

Omdat het arrest *AMS* horizontale werking van grondrechten die door het Handvest worden gegarandeerd niet uitdrukkelijk uitsluit, werd in de literatuur geconcludeerd dat (sommige) Handvestbepalingen rechtstreekse horizontale werking hebben. Zoals De Mol betoogt: ‘Indien het Handvest principieel geen horizontale directe werking zou hebben, zou [de] exercitie [in *AMS*] overbodig zijn en had het eerder voor de hand gelegen dat het Hof van Justitie zou hebben vastgesteld dat *Kücükdeveci* niet geldt voor grondrechten uit het Handvest’.<sup>20</sup>

## Onbeantwoorde vragen

De rechtspraak van het Hof van Justitie liet een aantal vragen onbeantwoord. Zo had het Hof van Justitie nog steeds niet met zoveel woorden geoordeeld dat Handvestbepalingen horizontale werking hebben.<sup>21</sup> Daarnaast

11. *Mangold*, punt 74; *Kücükdeveci*, punt 20.

12. *Mangold*, punt 75; *Kücükdeveci*, punt 21. De verwijzing naar de concretisering in de richtlijn zien we alleen in *Kücükdeveci*.

13. *Mangold*, punt 77; *Kücükdeveci*, punt 51.

14. Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303.

15. Zie art. 6 lid 1 VEU. Voor het bindend worden van het Handvest van de Grondrechten was doorwerking van grondrechten mogelijk, indien het grondrecht tevens een algemeen beginsel van het EU-recht was. Van de bepalingen die zijn opgenomen in het Handvest is niet duidelijk of dit ook algemene beginselen van het EU-recht zijn. Na het bindend worden van het Handvest is derhalve de vraag relevant of grondrechtelijke bepalingen die niet zijn erkend als algemene beginselen van het EU-recht rechtstreekse horizontale werking hebben. Art. 27 Handvest, dat aan de orde was in het *AMS*-arrest, betrof bijvoorbeeld geen algemeen beginsel van het EU-recht. Dit punt wordt gemaakt door M. de Mol, ‘De horizontale directe werking van de grondrechten van de Europese Unie’, *SEW*, 2016 (11), p. 465.

16. Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002, tot vaststelling van algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap. *PbEU* 2002, L 80.

17. *AMS*, punt 41.

18. *AMS*, punt 48.

19. *AMS*, punt 49.

20. De Mol 2016, p. 465. De Mol verwijst hier naar *AMS*, punt 41.

21. Een uitzondering hierop wordt wellicht gevormd door *Danski Industri* (Hv) 19 april 2016, zaak C-441/14, ECLI:EU:C:2015:776 waarin het

was het de vraag of een Handvestbepaling om horizontale werking te hebben, nader geconcretiseerd moet worden in (secundair) Unierecht. Het Hof had in *Küçükdeveci* immers expliciet verwezen naar de concretisering van het beginsel van discriminatieverbod op grond van leeftijd in Richtlijn 2000/78/EG. Bovendien had advocaat-generaal Trstenjak bij het *Dominguez*-arrest uit 2012 overwogen dat horizontale toepassing van het algemene rechtsbeginsel van artikel 31 lid 2 Handvest, dat ziet op het grondrecht op een jaarlijkse vakantie, in ieder geval concretisering van dit rechtsbeginsel in de Arbeidstijdenrichtlijn (2003/88/EG)<sup>22</sup> vereist.<sup>23</sup>

Een andere vraag zag op de mogelijkheid van rechtstreekse horizontale toepassing van Handvestbepalingen in het geval van *zuiver particulier handelen*.<sup>24</sup> Grondrechtelijke toetsing in *Mangold* en *Küçükdeveci* en *AMS* betrof immers steeds toetsing van *overheidshandelen* (wetgeving). Dit is een minder sterke vorm van de horizontale werking van grondrechten dan de grondrechtelijke toetsing van *zuiver particulier handelen*. Een voorbeeld van *zuiver particulier handelen* betreft de weigering van een werkgever om een werknemer van 60 jaar in dienst te nemen, vanwege zijn (hoge) leeftijd. Uit *Mangold* en *Küçükdeveci* kan niet de conclusie worden getrokken dat in deze casus de werknemer jegens de werkgever een rechtstreeks beroep toekomt op het uniegrondrechtelijk verbod van discriminatie op grond van leeftijd.<sup>25</sup>

Het onderscheid tussen 'overheidshandelen' en 'zuiver particulier handelen' komt ook terug in het door de literatuur gemaakte onderscheid tussen *directe* en *indirecte* horizontale werking van grondrechten. Er zou slechts sprake zijn van *directe* horizontale werking, indien het grondrecht rechtstreekse toepassing heeft op *zuiver particulier handelen*. Het grondrecht kent in dat geval een subjectief recht toe dat door de rechter als een zelfstandige toetsingsmaatstaf wordt gehanteerd voor particulier handelen en waarop een private partij een beroep kan doen jegens een andere private partij. Met andere woor-

den, de rechter vat het grondrecht op als een autonome bron van subjectieve rechten.<sup>26</sup>

Indien daarentegen, zoals in *Mangold*, *Küçükdeveci* en *AMS*, een Handvestbepaling door een private partij jegens een andere private partij wordt ingeroepen ten behoeve van de toetsing van onrechtmatige wet- of regelgeving (*toetsing van overheidshandelen*), is mogelijk slechts sprake van *indirecte* horizontale werking of *voorrang* van Unie(grond)rechten.<sup>27</sup> Het grondrecht vormt in dat geval geen autonome bron van subjectieve rechten. Dit neemt niet weg, zoals we zagen in *Mangold* en *Küçükdeveci*, dat onrechtmatige wet- of regelgeving buiten toepassing dient te blijven, indien deze niet conform het unierecht kan worden geïnterpreteerd. Van een derde – nog zwakkere – vorm van *indirecte* horizontale werking is sprake indien grondrechten in een geschil tussen particulieren een interpretatiebron vormen van andere Unie- of nationale wetgeving.

Er zijn verschillende redenen om aan te nemen dat EU-grondrechten hooguit horizontale (rechtstreekse) werking hebben in de tweede of derde vorm, dus ter toetsing van overheidshandelen of ten behoeve van de interpretatie van rechten. In de eerste plaats bepaalt artikel 52 lid 1 Handvest dat de grondrechten neergelegd in het Handvest gericht zijn tot de instellingen, organen en instanties van de Unie en – uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen – tot de lidstaten (zonder overigens expliciet horizontale werking van Handvestbepalingen uit te sluiten).<sup>28</sup> In de tweede plaats zou een sterke vorm van horizontale werking van grondrechten – toetsing van zuiver particulier handelen – het beginsel van rechtszekerheid en de scheiding der machten aantasten (voorkomen dat de rechter op de stoel van de communautaire wetgever gaat zitten). Hier- van kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer het Hof van Justitie met een beroep op een (vage en abstracte) Handvestbepaling een hiaat in communautaire wetgeving dicht.<sup>29</sup> Een sterk horizontale werking van grondrechten

Hof van Justitie onder verwijzing naar het *AMS*-arrest de horizontale doorwerking van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd bevestigde. Het Hof van Justitie verwees in dit arrest evenwel niet expliciet naar art. 21 lid 1 Handvest.

22. Richtlijn 2002/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2003, L 299.
23. Conclusie A-G Trstenjak 8 september 2011, zaak C-282/10, *Dominguez*, ECLI:EU:C:2011:559, punten 160-163. Concretisering in de richtlijn wordt door A-G Trstenjak uiteindelijk onvoldoende geacht om horizontale werking te verbinden aan het beginsel dat is neergelegd in art. 31 lid 2 Handvest.
24. Dit punt wordt gemaakt door M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie* (diss), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014 en De Mol 2016, p. 158-164. Zie ook S.S.M. Peters, 'Sociale grondrechten', in: F.J.L. Pennings en S.S.M. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 41-78.
25. In de Nederlandse rechtspraak zal dit overigens geen probleem opleveren omdat de werknemer een beroep kan doen op het discriminatieverbod dat is neergelegd in de Wet Gelijke Behandeling op grond van leeftijd.

26. Dit onderscheid wordt bijvoorbeeld gemaakt door K. Lenaerts en T. Corthaut, "'Of birds and hedges': The role of primacy in involving norms of EU law", *ELR* 2006, 31, p. 310, verwezen door De Mol 2016, p. 460, noot 19. Zie ook R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford: Oxford University Press 2002. Zie verder de conclusie van A-G Bobek in *Cresco Investigation*, punt 146.
27. Zie Lenaerts en Corhaut 2006, Alexy 2002 en conclusie A-G Bobek in *Cresco Investigation*, punt 146.
28. Hierbij moet worden opgemerkt dat deze bepaling de horizontale werking van Handvestbepalingen niet expliciet uitsluit, maar zoals A-G Trstenjak bij *Domingue* concludeert, kan 'gelet op de ondubbelzinnige bewoordingen van artikel 51 lid 1, eerste zin, van het Handvest (...) een aantasting van een grondrecht door het handelen van een lidstaat zich slechts voordoen in het kader van de uitvoering van het Unierecht, bijvoorbeeld bij de omzetting van richtlijnen in het nationale recht'. Dit betekent dat art. 51 lid 1 Handvest in ieder geval niet horizontale werking in de tweede en derde vorm uitsluit (conclusie van A-G Trstenjak bij *Dominguez*, punt 82).
29. Zie hierover uitgebreid de conclusie van A-G Trstenjak bij *Dominguez*, punt 107. Zie verder A-G Bobek: 'Grondrechtenverklaringen zijn doorgaans vrij abstract en dus vaag. Dit geldt ook voor het Handvest. In de regel zijn er uitvoeringsregelingen nodig om de inhoud van dergelijke verklaringen in rechte te kunnen afdwingen. Als de betreffende bepalingen op zichzelf horizontale rechtstreekse werking hebben met betrekking tot de rechten en verplichtingen van particulieren, zou dit leiden tot extreme vormen van rechterlijke creativiteit' (conclusie A-G Bobek

kan ook haaks staan op de coherentie van het EU-recht, omdat – zoals aangegeven in de inleiding – richtlijnbe-  
palingen directe horizontale werking ontberen.<sup>30</sup>

## Casuïstiek en overwegingen van het Hof van Justitie

De *Egenberger*-zaak van 17 april 2018 was het eerste arrest sinds *AMS* waarin het Hof van Justitie inging op de mogelijke rechtstreekse horizontale werking van Handvestbepalingen. Na *Egenberger* volgden *IR* (11 september 2018), *Max-Planck* (8 november 2018), *Bauer* (8 november 2018) en *Cresco Investigation* (22 januari 2019). Deze arresten verschaffen (enige) opheldering met betrekking tot de vragen die waren gerezen na de arresten *Mangold*, *Küçükdeveci* en *AMS*. In deze paragraaf bespreek ik de casuïstiek en overwegingen van het Hof van Justitie in *Egenberger*, *Bauer* en *Cresco Investigation*. De arresten *IR* en *Max-Planck* laat ik buiten beschouwing, omdat deze, voor wat betreft de overwegingen aangaande de directe horizontale werking van grondrechten, weinig toevoegen aan de arresten die hierna worden besproken.

In de *Egenberger*-zaak stelde mevrouw Egenberger te zijn afgewezen voor een functie bij een particuliere organisatie op evangelisch-christelijke grondslag, omdat zij niet behoorde tot de geloofsgemeenschap waaraan deze organisatie was gelieerd. Deze organisatie zou aldus direct onderscheid op grond van godsdienst hebben gemaakt. De verwijzende rechter vroeg zich af of artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78/EG juist is geïmplementeerd in artikel 9 lid 1 van de Duitse algemene gelijkebehandelingswet. Artikel 4 lid 2 van deze richtlijn bepaalt dat discriminatie op grond van godsdienst kan worden gerechtvaardigd indien sprake is van een ‘wezenlijk beroepsvereiste’. De Duitse gelijkebehandelingsbepaling verwijst, anders dan deze richtlijnbe-  
paling, uitdrukkelijk naar het zelfbeschikkingsrecht van geloofsgemeenschappen bij de bepaling van het ‘wezenlijk beroepsvereiste’. Het Hof van Justitie oordeelt dat de nationale rechter het laatste woord heeft om vast te stellen of de organisatie op kerkelijke grondslag heeft gehandeld in overeenstemming met de criteria die volgen uit artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78/EG. Voorts

25 juli 2018, zaak C-193/17, *Cresco Investigation*, ECLI:EU:C:2018:614, punt 141). Bobek verwijst hierbij naar Hans Kelsen (de ‘vader van de moderne constitutionele rechtspraak’), die in ‘1929 de rechtstreekse toepasselijkheid van “überpositiver Normen”, waaronder ook grondrechten, wilde uitsluiten, erop wijzende dat een constitutioneel hof anders daadwerkelijk een machtsmonopolie binnen de staat zou hebben.’ (A-G Bobek in *Cresco Investigation*, noot 71, onder verwijzing naar H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre*, volume 5, Berlijn en Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1929, p. 69-70).

30. Zoals verder in dit artikel aan de orde zal komen is aan sommige verdragsbepalingen wel horizontale directe werking toegekend. Dit blijkt uiteindelijk een belangrijk argument te zijn in de argumentatie van het Hof van Justitie in bijvoorbeeld het hierna te bespreken arrest *Egenberger*.

overweegt het Hof van Justitie dat indien richtlijnconforme uitlegging van artikel 9 van de Duitse gelijkebehandelingswet niet mogelijk is, deze bepaling op grond van artikel 21 lid 1 Handvest inzake het verbod van discriminatie op grond van godsdienst en artikel 47 Handvest inzake het recht op een doeltreffende rechterlijke bescherming, buiten toepassing dient te blijven.

Het *Bauer*-arrest, dat is gewezen op 6 november 2018, betreft de gevoegde zaken *Stadt Wuppertal/Maria Elisabeth Bauer* en *Willmeroth/Martina Broßbonn*. In deze zaken vorderden twee weduwes de uitbetaling van de niet opgenomen vakantiedagen van hun overleden echtgenoten. De verwijzende rechter had in beide zaken vastgesteld dat artikel 7 lid 4 van de Duitse federale wet inzake de vakantie (hierna: Duitse vakantiewetgeving) uitsluit dat de erfgenaam van een tijdens zijn dienstverband overleden werknemer aanspraak heeft op een financiële vergoeding van niet opgenomen vakantiedagen. Het Hof van Justitie oordeelt dat eerst moet worden vastgesteld of artikel 7 lid 4 van de Duitse vakantiewetgeving in overeenstemming met de Arbeidstijdenrichtlijn (2003/88/EG) kan worden uitgelegd. Indien dit niet mogelijk is, dan kan Maria Elisabeth Bauer zich jegens de voormalige werkgever van haar overleden echtgenoot – een overheidsinstelling – rechtstreeks beroepen op artikel 7 van deze richtlijn dat ziet op het recht op een jaarlijkse vakantie gedurende vier weken per jaar. Deze optie bestaat evenwel niet voor Martina Broßbonn, aangezien zij een vordering heeft ingesteld jegens een particuliere werkgever. Ten aanzien van deze vordering overweegt het Hof van Justitie dat op grond van het grondrecht op een jaarlijkse betaalde vakantie dat is neergelegd in artikel 31 lid 2 Handvest, artikel 7 lid 4 van de Duitse vakantiewetgeving buiten toepassing moet blijven.

In de Oostenrijkse zaak *Cresco Investigation* van 11 januari 2019 vorderde de heer Achatzi de uitbetaling van een toeslag van zijn werkgever Cresco Investigation voor de arbeid die hij had verricht op Goede Vrijdag. Op de arbeidsverhouding was een nationale wettelijke bepaling van toepassing op grond waarvan het recht op een vrije dag (met behoud van loon) op Goede Vrijdag en het recht op een toeslag indien op Goede Vrijdag arbeid wordt verricht, alleen toekomt aan leden van vier in de wettelijke bepaling omschreven kerken. Cresco Investigation had aan de heer Achatzi geen toeslag betaald, omdat hij geen lid was van een van deze vier kerken. Het Hof van Justitie overweegt dat de Oostenrijkse wettelijke bepaling inzake feestdagenverlof zich niet verdraagt met artikel 21 lid 1 Handvest waarin het verbod van discriminatie op grond van godsdienst is neergelegd. Voorts oordeelt het Hof van Justitie dat zo lang de wetgever geen maatregelen heeft genomen om deze grondrechtenschending te herstellen, de werkgever er zorg voor dient te dragen dat de werknemer die geen lid is van een van de genoemde kerken op dezelfde wijze behandeld wordt als de werknemer die dat wel is.<sup>31</sup>

31. *Cresco Investigation*, punt 83.

Hieronder ga ik na of en hoe het Hof van Justitie met de arresten *Egenberger*, *Bauer* en *Cresco Investigation* de vragen beantwoordt die waren gerezen na de arresten *Mangold*, *Kücükdeveci* en *AMS*: (1) of Handvestbepalingen horizontale werking hebben; (2) of daarbij is vereist dat de Handvestbepaling *nader* is *geconcretiseerd* in (secundair) Unierecht; en zo ja (3) of een Handvestbepaling ook rechtstreekse horizontale toepassing kan hebben op *zuiver particulier handelen*. In aansluiting daarop ga ik (4) in op een vraag die aan bod kwam in het *Cresco Investigation*-arrest, namelijk welke doeltreffende voorziening kan worden getroffen om grondrechtenschending te herstellen, wanneer deze met het buiten toepassing laten van nationale wetgeving niet wordt opgeheven.

## Horizontale werking en de verhouding tussen Handvestbepalingen en richtlijnen

In de *Egenberger*-zaak expliciteert het Hof van Justitie dat het verbod van discriminatie op grond van godsdienst uit artikel 21 lid 1 Handvest en het recht op een doeltreffende voorziening en een onpartijdig gerecht uit artikel 47 Handvest op zich volstaan om aan particulieren een recht te verlenen dat zij als zodanig kunnen doen gelden in een geschil tussen particulieren. Deze bepalingen behoeven niet nader geconcretiseerd te worden in een richtlijn om horizontale werking te hebben.<sup>32</sup> Het Hof van Justitie wijst in *Egenberger* en *Cresco Investigation* op het *dwingende karakter* van het non-discriminatiebeginsel dat is neergelegd in artikel 21 lid 1 Handvest.<sup>33</sup> Hiermee onderscheidt dit beginsel zich niet van rechtstreeks werkende verdragsbepalingen die een discriminatieverbod bevatten, aldus het Hof van Justitie.<sup>34</sup> Het verband tussen het dwingende karakter van de Handvestbepaling en het vereiste van nadere concretisering van de Handvestbepaling in (secundair) EU-recht komt ook aan de orde in het *Bauer*-arrest. Het Hof van Justitie overweegt in dit arrest dat het grondrecht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon dat is neergelegd in artikel 31 lid 2 Handvest ‘zowel dwingend als onvoorwaardelijk van aard is’. *Hieruit volgt*, aldus het Hof van Justitie, dat deze bepaling niet behoeft te worden geconcretiseerd in een richtlijn om rechtstreekse horizontale werking te hebben.<sup>35</sup> Dat artikel 31 lid 2 Handvest niets vermeldt over de duur van het recht op

jaarlijkse vakantie – hetgeen is uitgewerkt in artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG – doet hier dus niet aan af.<sup>36</sup> De vaststelling dat artikel 21 lid 1, artikel 31 lid 2 en artikel 47 Handvest niet behoeven te worden geconcretiseerd om horizontale directe werking te hebben, neemt overigens niet weg dat aan richtlijnbevestigingen geen betekenis toekomt.<sup>37</sup> Zo stelt het Hof van Justitie in *Egenberger* dat het aan de nationale rechter is

‘wanneer hij moet toezien op de eerbiediging van art. 21 en art. 47 Handvest, bij een afweging van meerdere betrokken belangen – zoals de in art. 17 VWEU neergelegde eerbiediging van de status van kerken – met name het door de Uniewetgever in richtlijn 2000/78 tussen die belangen tot stand gebrachte evenwicht in aanmerking te nemen, om te bepalen welke verplichtingen er in de omstandigheden als in hoofdgeding voortvloeien’.<sup>38</sup>

Daarnaast kunnen richtlijnbevestigingen een belangrijke rol spelen voor de vraag of het EU-recht ten uitvoer wordt gebracht – een voorwaarde waaraan voldaan moet worden om een Handvestbepaling te kunnen inroepen. In *Kücükdeveci* oordeelde het Hof van Justitie immers dat de litigieuze nationale wetgeving kon worden gekwalificeerd als uitvoeringshandeling van het EU-recht, omdat deze een materie behandelt die wordt bestreken door een richtlijn.<sup>39</sup>

## Meer dan toetsing van overheidshandelen?

Hoewel het Hof van Justitie in *Egenberger* en *Bauer* erkent dat artikel 21 lid 1, artikel 47 en artikel 31 lid 2 aan particulieren een recht verlenen dat zij als zodanig kunnen doen gelden in een geschil tussen hen en andere particulieren, is nog niet de vraag beantwoord of een Handvestbepaling ook rechtstreekse horizontale toepassing kan hebben in het geval van *zuiver particulier handelen* (‘derde onbeantwoorde vraag’). In de arresten *Egenberger*, *Bauer* en *Cresco Investigation* is namelijk steeds nationale wetgeving het voorwerp van de grondrechtelijke toetsing (toetsing van *overheidshandelen*).

32. *Egenberger*, punten 76-78.

33. Zie verwijzing naar dwingende beginselen in *IR*, punt 69 en *Egenberger*, punt 77. Zie verder *Cresco Investigation*, punt 77.

34. *Egenberger*, punt 77; *Cresco Investigation*, punt 76.

35. Zie over de voorwaarde van het dwingende karakter en de onvoorwaardelijkheid van art. 31 lid 2 Handvest *Bauer*, punten 84-85 en *Max-Planck*, punten 73-74.

36. A-G Bot betoogt bij het *Bauer*-arrest dat ter bepaling van de normatieve inhoud van art. 31 lid 2 Handvest niet voorbij kan worden gegaan aan art. 7 Richtlijn 2003/88/EG. Hetgeen, aldus A-G Bot, impliceert dat art. 31 lid 2 Handvest niet slechts ziet op een grondrecht op jaarlijkse vakantie, maar op een grondrecht op jaarlijkse vakantie *gedurende vier weken*. (conclusie A-G Bot 29 mei 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C-2018:337, punt 89). Deze zienswijze wordt overigens verworpen door A-G Bobek in *Cresco Investigation*, punten 143-144.

37. Zie HvJ 23 april 2015, zaak C-35/15, *Commission/Vanbreda*, ECLI:EU:C:2015:275, punt 31. Naar dit arrest wordt verwezen in *Egenberger*, punt 81. Zie hierover ook L. Lourenco, ‘Religion, discrimination and the EU general principles’ gospel: *Egenberger*, *CMLR* 2019, 56, p. 206.

38. *Egenberger*, punt 81.

39. Voorwaarde is wel dat de implementatietermijn van de richtlijn is verstreken. Zie verder *Kücükdeveci*, punt 25. Zie ook *Mangold*, punt 75 en *AMS*, punt 43.

Desalniettemin vinden we in deze arresten aanknopingspunten voor de directe horizontale toepassing van Handvestbepalingen in het geval van *zuiver particulier handelen*.

In de eerste plaats overweegt het Hof van Justitie in *Bauer* (en *Max-Planck*) voor het eerst dat artikel 51 lid 1 Handvest (dat bepaalt dat de Handvestbepalingen gericht zijn tot de instellingen, organen en instanties van de Unie en – uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen – tot de lidstaten) niet categorisch de mogelijkheid uitsluit dat *particulieren rechtstreeks* gehouden kunnen zijn tot naleving van sommige bepalingen van het Handvest.<sup>40</sup> Hiermee laat het Hof van Justitie expliciet de mogelijkheid open dat Handvestbepalingen niet alleen *indirecte* horizontale werking hebben, maar dat ze ook rechtstreekse of *directe* horizontale toepassing kunnen hebben in geval van *zuiver particulier handelen*.

In de tweede plaats, zoals hiervoor al werd aangestipt, wijst het Hof van Justitie in *Egenberger*, *Cresco Investigation* en *Bauer* op het dwingende karakter of de dwingende aard van artikel 21 lid 1 en artikel 31 lid 2 Handvest. In het algemeen kan worden betoogd dat het ‘dwingende karakter’ van een bepaling een daarmee corresponderende verplichting impliceert, ook voor private partijen. Zoals advocaat-generaal Bot bij *Bauer* betoogt,<sup>41</sup> als het gaat om een regel die dwingend van aard is, dan moet deze niet alleen worden toegepast jegens publieke autoriteiten, maar ook jegens particulieren.<sup>42</sup> In *Egenberger* brengt het Hof van Justitie de werking van artikel 21 lid 1 Handvest expliciet in verband met de dwingende werking van verdragsbepalingen die het Hof van Justitie in de arresten *Angonese* (art. 45 VWEU) en *Defrenne II* (art. 157 lid 1 VWEU) direct van toepassing achtte op *zuiver particulier handelen*. Hiermee rijst wederom het vermoeden dat toetsing van *zuiver particulier handelen* aan artikel 21 lid 1 Handvest niet is uitgesloten.

Gezien bovenstaande analyse dient de vraag zich aan wat de rechtsgevolgen zijn, indien de Duitse nationale rechter op basis van het *Egenberger*-arrest zou besluiten om artikel 9 van de Duitse gelijkebehandelingswet (uitzondering op het verbod van discriminatie op grond van godsdienst en overtuiging) buiten toepassing te laten. Terwijl het Hof van Justitie slechts *het overheidshandelen* (verkeerd geïmplementeerde Duitse gelijkebehandelingswetgeving) toetst aan artikel 21 lid 1 Handvest, zal de rechter in een volgende stap moeten beslissen hoe het *zuiver particulier handelen* van de organisatie op kerkelijke grondslag – de afwijzing van mevrouw Egenberger voor de functie – getoetst dient te worden. Aangezien richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is (dit is immers de reden dat art. 9 van de Duitse gelijkebehandelingswet buiten toepassing is gelaten) en directe toetsing aan de richtlijn bepaling is uitgesloten in horizontale

geschillen, lijkt mijns inziens artikel 21 lid 1 Handvest over te blijven als toetsingskader voor het *zuiver particulier handelen* van een particuliere organisatie jegens een andere particuliere partij, waarbij artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78/EG de leidraad voor toetsing zou vormen.<sup>43</sup> Het Hof van Justitie zinspeelt op dit scenario door, zoals hiervoor aangegeven, de nationale rechter mee te geven ‘om het door de Uniewetgever in richtlijn 2000/78 tot stand gebrachte evenwicht [tussen meerdere betrokken belangen] in aanmerking te nemen, om te bepalen welke verplichtingen er in de omstandigheden als in hoofdgeding voortvloeien’.<sup>44</sup>

## Treffen van een doeltreffende voorziening

Het arrest *Cresco Investigation* gaat in op de vierde vraag – welke doeltreffende voorziening kan worden getroffen om grondrechtenschending te herstellen, wanneer deze met het buiten toepassing laten van nationale wetgeving niet wordt opgeheven. Daarnaast biedt dit arrest, zoals ik hierna zal betogen, aanvullende aanknopingspunten voor de vraag naar de directe horizontale werking van Handvestbepalingen in het geval van *zuiver particulier handelen*.

Het Hof van Justitie kon in *Cresco Investigation* niet volstaan met het buiten toepassing laten van de discriminerende Oostenrijkse wetgeving die het recht op een vrije dag op Goede Vrijdag voorbehoudt aan een gelimiteerd aantal groepen op religieuze grondslag. Hiermee werd immers de discriminatie van de heer Achatzi niet gerepareerd. De vraag die zich derhalve aandiende, was of Achatzi met een rechtstreeks beroep op artikel 21 lid 1 Handvest zijn (private) werkgever Cresco Investigation kon verplichten om een feestdagtoeslag uit te betalen omdat hij arbeid had verricht op Goede Vrijdag.

Advocaat-generaal Bobek wil hier niets van weten, zo blijkt uit zijn conclusie bij het *Cresco Investigation*-arrest.<sup>45</sup> Dat artikel 21 lid 1 Handvest voldoende duidelijk en nauwkeurig is, betekent volgens hem nog niet dat deze bepaling een bron van rechtstreekse verplichtingen voor particulieren vormt. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk *welke* verplichtingen voortvloeien uit de Handvestbepaling. Houdt dit in dat de werknemer recht heeft op een vrije dag op Goede Vrijdag of dat hij recht heeft op een andere betaalde vrije dag naar keuze? Of gaat het om de verplichting van de werkgever om aan de werknemer een toeslag te geven, indien hij geen vrije dag opneemt?<sup>46</sup> In de ogen van

40. *Bauer*, punten 87-90. Zie ook *Max-Planck*, punten 76-79.

41. A-G Bot bouwt in zijn argumentatie voort op *Defrenne II* en *Angonese*: HvJ 8 april 1976, C-zaak 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56, punt 39; HvJ 6 juni 2000, zaak C-281/98, *Angonese*, ECLI:EU:C:2000:296, punten 34-35.

42. Conclusie A-G Bot in *Bauer*, punt 81.

43. Mijn opvatting lijkt te worden gedeeld door C. ten Dam e.a., ‘Kroniek Europese Unie en mensenrechten’, *NTM/NJCM-bull.* 2018/43.

44. *Egenberger*, punt 81.

45. A-G Bobek stelt bijvoorbeeld in zijn conclusie bij *Cresco Investigation* dat art. 21 lid 1 Handvest geen horizontale rechtstreekse werking heeft. Art. 51 lid 1 Handvest moet volgens Bobek daarom ook zo worden uitgelegd dat deze alleen indirecte horizontale werking toestaat (zie onder andere de punten 149 en 172).

46. Conclusie A-G Bobek in *Cresco Investigation*, punt 137.

advocaat-generaal Bobek kan artikel 21 lid 1 Handvest, gezien de onbepaaldheid van dit grondrecht, slechts *indirecte* horizontale werking hebben.<sup>47</sup> Omdat de staat (en niet de werkgever) de bron van discriminatie vormt,<sup>48</sup> concludeert advocaat-generaal Bobek dat het rechtsherstel moet worden geboden in een actie tegen de staat, zoals een schadevergoedingsactie.

Het Hof van Justitie houdt echter vast aan de ‘dwingende werking’ van artikel 21 lid 1 Handvest en oordeelt dat, zolang de wetgever geen nieuwe niet-discriminerende wetgeving heeft ingevoerd, de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel slechts kan worden verzekerd door ‘opwaartse gelijkschaling’ door de werkgever.<sup>49</sup> Dit betekent dat de benadeelde groep ‘iets extra’s’ krijgt zodat deze groep op dezelfde wijze wordt behandeld als de bevoordeelde groep. Aan de werkgever wordt de verplichting opgelegd om de werknemers, ongeacht het lidmaatschap van een van de in de wet omschreven kerken, op dezelfde wijze te behandelen.<sup>50</sup> Het Hof van Justitie acht opwaartse gelijkschaling mogelijk omdat een bruikbaar referentiekader aanwezig is, ofwel een concrete regeling die geldt voor de bevoordeelde groep (het recht op een vrije dag op Goede Vrijdag).<sup>51</sup>

Deze uitspraak is opmerkelijk gezien het feit dat opwaartse gelijkschaling tot nu toe vrijwel alleen werd toegepast, indien sprake was van discriminatie in een geschil met de overheid.<sup>52</sup> De staat draaide in die zaken aldus op voor de gevolgen van een grondrechtenschending die zij zelf had veroorzaakt. In een beperkt aantal horizontale geschillen oordeelde het Hof van Justitie eveneens tot opwaartse gelijkschaling. Daarbij werd steeds een beroep gedaan op (het huidige) artikel 157 lid 1 VWEU, een Verdragsbepaling waaraan het Hof van Justitie, zoals eerder vermeld, in het *Defrenne II*-arrest rechtstreekse horizontale werking heeft toegekend, ook bij *zuiver particulier handelen*.<sup>53</sup> De toets aan artikel 21 lid 1 Handvest in *Cresco Investigation* heeft dus tot

gevolg dat een verplichting wordt opgelegd aan een particuliere partij, op een wijze die we tot dan toe slechts hadden gezien bij de toetsing aan een dwingende verdragsbepaling.<sup>54</sup> Hiermee kiest het Hof van Justitie voor het eerst voor een verdergaande voorziening dan uitsluiting van een met het Unierecht onverenigbare wettelijke bepaling. In feite draait de werkgever op voor de grondrechtenschending *alsof* deze was veroorzaakt door zuiver particulier handelen in plaats van door overheidshandelen. Deze uitspraak is opmerkelijk, omdat het Hof van Justitie – in navolging van advocaat-generaal Bobek (zie hiervoor) – er ook voor had kunnen kiezen om de wettelijke bepaling buiten toepassing te laten en de benadeelde partij te verwijzen naar de nationale rechter om in voorkomend geval vergoeding van de geleden schade te verkrijgen van de bron van de discriminatie: de staat.<sup>55</sup>

## Conclusie

Met de arresten *Egenberger, IR, Max-Planck, Bauer en Cresco Investigation* heeft het Hof van Justitie voor het eerst expliciet vastgesteld dat artikel 21 lid 1 Handvest voor wat betreft het verbod van discriminatie op grond van godsdienst, artikel 47 Handvest inzake het recht op een doeltreffende voorziening en een onpartijdig gerecht en artikel 31 lid 2 Handvest inzake het recht op een jaarlijkse betaalde vakantie, een recht verlenen dat een particulier als zodanig kan doen gelden in een geschil tussen hem en een andere particulier. Hiervoor is niet vereist dat de betreffende Handvestbepaling is geconcretiseerd in een richtlijn.

Voor welke andere Handvestbepalingen dit geldt, is nog niet duidelijk. Het zal in ieder geval moeten gaan om ‘dwingende’ en ‘onvoorwaardelijke’ bepalingen. Vermoedelijk komen andere in artikel 21 lid 1 Handvest genoemde discriminatiegronden eveneens in aanmerking voor rechtstreekse horizontale werking. Een belangrijke kandidaat is het verbod van discriminatie op grond van leeftijd, dat zoals we zagen reeds als algemeen beginsel van het EU-recht doorwerkt in relaties tussen particulieren.<sup>56</sup>

Rechtstreekse horizontale grondrechtelijke toetsing van zuiver particulier handelen brengt het risico met zich dat de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten. Dit risico lijkt nog te worden vergroot nu voor horizontale werking niet is vereist dat de betreffende Handvestbepaling is geconcretiseerd in secundair EU-recht. Daar staat tegenover, zoals het *Egenberger*-arrest laat zien, dat het Hof van Justitie bij de horizontale toepassing van

47. Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat deze conclusie is gepubliceerd vóór het arrest *Bauer* waarin het Hof van Justitie oordeelde dat art. 51 lid 1 Handvest niet uitsluit dat particulieren rechtstreeks kunnen worden gehouden tot naleving van bepalingen van het Handvest (zie hierboven *Bauer*, punten 87-90).

48. Conclusie A-G Bobek in *Cresco Investigation*, punten 179-185.

49. *Cresco Investigation*, punten 79-80.

50. *Cresco Investigation*, punt 83. Hierbij zij nog opgemerkt dat het Hof van Justitie voorkomt dat de werkgever opgepadeld wordt met hoge navorderingen door te bepalen dat slechts een toeslag moet worden betaald aan werknemers die van tevoren hebben aangegeven dat ze op Goede Vrijdag een dag vrij willen nemen en waarbij de werkgever weigerde om dit verzoek in te willigen (*Cresco Investigation*, punt 86).

51. *Cresco Investigation*, punt 81, onder verwijzing naar HvJ 9 maart 2017, zaak C-406/15, *Milkova*, ECLI:EU:C:2017:198, punt 68.

52. HvJ 19 juni 2014, gevoegde zaken C-501/12, C-506/12, C-540/12 en C-541/12, *Specht e.a.*, ECLI:EU:C:2014:2005 en *Milkova*. A-G Bobek stelt in zijn conclusie bij *Cresco Investigation* dat opwaartse gelijkschaling door het Hof van Justitie is ontwikkeld in het kader van schadevorderingen tegen de staat en niet algemeen toegepast kan worden op horizontale geschillen (punt 171).

53. A-G Bobek verwijst in dit verband in zijn conclusie bij *Bauer* naar een drietal arresten die zijn gewezen op 28 september 1994, namelijk: zaak C-200/91, *Coloroll Pension Trustees*, ECLI:EU:C:1994:348, zaak C-408/92, *Avdel Systems*, ECLI:EU:C:1994:349 en zaak C-28/93, *Van den Akker*, ECLI:EU:C:1994:351. Zie conclusie A-G Bobek in *Cresco Investigation*, punt 166, noot 87.

54. Overigens ook in verticale geschillen lijkt het Hof van Justitie te oordelen dat opwaartse gelijkschaling alleen kan plaatsvinden op voorwaarde dat de benadeelde een rechtstreeks beroep toekomt op een bepaling uit het EU-recht. Zie bijvoorbeeld HvJ 20 maart 2003, zaak C-187/00, *Kutz Bauer*, ECLI:EU:C:2003:168, punt 70 en HvJ 26 januari 1999, zaak C-18/95, *Terhoeven*, ECLI:EU:C:1999:22, punt 55.

55. Zie bijvoorbeeld HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722 en ECLI:NL:HR:2015:2723.

56. Zie *Kücükdeveci, Mangold, AMS en Dansk Industri*.



Handvestbepaling betekenis hecht aan de uitwerking van de Handvestbepaling in een richtlijn.

Het Hof van Justitie heeft een paar kleine stappen gezet in de richting van grondrechtelijke toetsing van zuiver particulier handelen. In de eerste plaats stelt het Hof van Justitie in *Bauer* dat artikel 51 lid 1 VWEU niet in de weg staat van *rechtstreekse* horizontale werking van grondrechten. In de tweede plaats vergelijkt het Hof van Justitie in *Egenberger* het dwingende karakter van het bepaalde in artikel 21 lid 1 Handvest met bijvoorbeeld artikel 157 lid 1 VWEU, waaraan het eerder rechtstreekse horizontale werking heeft toegekend, ook in geval van zuiver particulier handelen. In de derde plaats kan – mede op grond van de eerste twee argumenten – worden betoogd dat het buiten toepassing laten van de Duitse gelijkebehandelingsbepaling in *Egenberger* mogelijk impliceert dat artikel 21 lid 1 Handvest een toetsingsmaatstaf vormt van zuiver particulier handelen. Tot slot blijkt uit *Cresco Investigation* dat het Hof van Justitie bij de toets van het overheidshandelen aan artikel 21 lid 1 Handvest kiest voor ‘opwaartse gelijk-schaling’, een ‘doeltreffende voorziening’ die het Hof van Justitie tot dan toe in horizontale geschillen slechts had toegepast bij toetsing aan artikel 157 lid 1 VWEU. De werkgever draait dus op voor de grondrechtenschending *alsof* deze was veroorzaakt door zuiver particulier handelen in plaats van door overheidshandelen.

Of (sommige) Handvestbepalingen daadwerkelijk van toepassing zijn op zuiver particulier handelen zal nog verder uitgekristalliseerd moeten worden in toekomstige jurisprudentie.