

De Poolse rechtsstaat onder druk: van artikel 7 VEU naar het Europees aanhoudingsbevel en weer terug

Prof.mr. J.W. Ouwerkerk & prof.mr. P.J. Slot

HvJ EU (Grote Kamer) 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*LM*)

Inleiding

Reikhalzend werd uitgekeken naar de hier te bespreken uitspraak van het Europees Hof van Justitie in de zaak *LM*. De Ierse overleveringsrechter zag zich geplaagd voor de vraag welke gevolgen de zorgwekkende ontwikkelingen in de Poolse rechterlijke macht mogen of moeten hebben in een procedure die betrekking heeft op de mogelijke overlevering naar Polen van een van drugshandel verdachte Poolse onderdaan. Waar het in eerdere – minstens zo spannende – zaken omtrent de grenzen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen in de context van grensoverschrijdende samenwerking tussen EU-lidstaten draaide om de gevolgen van ondermaatse detentieomstandigheden, gaat het in de zaak *LM* voor het eerst over de mogelijke gevolgen van (een risico op) schending van het recht op een eerlijk proces. De zaak speelt zich af tegen de achtergrond van recente hervormingen in Polen die de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in gevaar zouden brengen. De uitspraak is daarom vanuit een tweetal perspectieven van groot belang: 1. het institutionele perspectief van de actie die tegen lidstaten kan worden ingesteld bij ernstige schendingen van de beginselen van de rechtsstaat, en 2. het strafrechtelijke perspectief van de justitiële samenwerking tussen EU-lidstaten. In deze annotatie wordt het eerste element besproken door prof. Slot en het tweede door prof. Ouwerkerk.

Feiten, procesverloop en uitspraak

Feiten en procesverloop

Tegen een Poolse onderdaan, in het navolgende aangeduid als *LM*, worden door de Poolse autoriteiten in 2012 en 2013 maar liefst 3 Europese aanhoudingsbevelen uitgevaardigd. *LM* wordt verdacht van betrokkenheid bij de productie en handel in verdovende middelen, deels in georganiseerd verband. De Poolse autoriteiten willen hem overgeleverd zien naar Polen teneinde *LM* te vervolgen voor deze feiten. Het duurt blijkbaar even voordat men *LM* op het spoor is; pas in mei 2017 wordt *LM* door de Ierse autoriteiten aangehouden en voorgeleid aan de Ierse High Court. In afwachting van de beslissing op het verzoek tot overlevering, wordt *LM* gedetineerd. Om hier niet relevante redenen vindt pas in februari 2018 de zitting plaats waar *LM* de High Court *judges* te kennen geeft zich tegen overlevering te verzetten. Hij stelt dat overlevering naar Polen een reëel gevaar oplevert dat hij geen eerlijk proces zal krijgen ten gevolge van de recente wettelijke hervormingen van de rechterlijke macht en het openbaar ministerie aldaar.

De Ierse High Court deelt de opvatting dat de betreffende wettelijke hervormingen de onafhankelijkheid van de rechtspraak in Polen, en daarmee de waarborging van het recht op een eerlijk proces in gevaar brengen. Dit blijkt impliciet uit de formulering van de eerste prejudi-

ciële vraag die de High Court aan het Europese Hof van Justitie voorlegt, en waarin gesproken wordt van ‘overtuigend bewijs [...] dat de omstandigheden in de uitvaardigende lidstaat onverenigbaar zijn met het grondrecht op een eerlijk proces omdat het justitiële apparaat zelf in de uitvaardigende lidstaat niet langer volgens de beginselen van de rechtsstaat functioneert’.¹ Vanzelfsprekend kunnen de gevolgen van voornoemde wettelijke hervormingen zich evenzo doen gelden na overlevering aan Polen vanuit een andere EU-lidstaat. We kunnen dus concluderen dat voor de High Court hier niet ter discussie staat of overlevering een reëel risico op schending van het recht op een eerlijk proces met zich brengt.² Waarover de High Court wél twijfelt is hoe vervolgens te handelen, met name in het licht van eerdere Europese rechtspraak waarin grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen expliciet worden onderkend, maar waarin primair wordt gestuurd op uitstel van overlevering (in plaats van afstel), met de bijbehorende verplichting voor de uitvoerende lidstaat om nader onderzoek te doen naar de concrete gevolgen van systematische tekortkomingen in rechtsbescherming voor de opgeëiste persoon in kwestie.³ Is een dergelijk nader onderzoek in een zaak als de onderhavige – waarin immers reeds is vastgesteld dat sprake is van een ‘structurele schending van de rechtsstaat’ die ‘naar haar aard een fundamenteel gebrek in het gerechtelijk apparaat is’⁴ – nog wel vereist, zo vraagt de Ierse High Court zich af. En zo ja, op welke waarborgen van een eerlijk proces moet dit nader onderzoek dan betrekking hebben en aan welke waarborgen moet ten minste zijn voldaan om te kunnen concluderen dat de opgeëiste persoon in kwestie geen gevaar loopt dat zijn recht op een eerlijk proces zal worden geschonden?⁵

Uitspraak Hof van Justitie EU

De uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) volgt op hoofdlijnen de conclusie van advocaat-generaal Tanchev.⁶ Het Hof komt tot het oordeel dat het vereiste van nader onderzoek in een zaak als de onderhavige onverkort van toepassing is. Met andere woorden: ook wanneer, zoals *in casu*, de overleveringsrechter vaststelt dat door structurele of fundamentele gebreken in de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de uitvaardigende staat een reëel gevaar bestaat op aantasting van het recht op een eerlijk proces, dient door de rechter in de uitvoerende lidstaat nader onderzoek te worden verricht naar de gevolgen die dit voor de opgeëiste

persoon in kwestie heeft. Het feit dat Polen voorwerp is van een door de Europese Commissie (hierna: de Commissie) voorgestelde artikel 7 VEU-procedure doet volgens het Hof aan die verplichting niet af, nu de actie van de Commissie ‘slechts’ een voorstel betreft, waarop de Europese Raad bevoegd is te beslissen. Die beslissing is echter nog niet genomen en diens gevolg komt ook opschorting van de toepassing van het mechanisme van het Europees aanhoudingsbevel (ingevolge overweging 10 van de preambule bij Kaderbesluit 2002/548⁷) nog niet in beeld. Was dat besluit wel genomen en de Raad had daarop de toepassing van Kaderbesluit 2002/548 ten aanzien van Polen opgeschort, was de Ierse rechter gehouden om de tenuitvoerlegging van alle door Polen uitgevaardigde Europese aanhoudingsbevelen automatisch te weigeren. Dan zou dus geen concrete beoordeling nodig zijn om te bezien of betrokkene een reëel gevaar loopt dat zijn grondrecht op een eerlijk proces in de kern wordt aangetast.⁸

Daarna behandelt het Hof de situatie in het geval dat er geen concreet besluit op basis van artikel 7 VEU is genomen en nader onderzoek dus onverkort vereist is.⁹ Er moet dan worden vastgesteld dat er structurele of fundamentele gebreken zijn met betrekking tot de onafhankelijkheid van de nationale rechters. Daarbij vormt het bestaan van het met redenen omkleed advies van de Commissie een belangrijk gegeven. Dit valt af te leiden uit het antwoord van het Hof.¹⁰ Het Hof stelt namelijk dat wanneer de uitvoerende rechter over gegevens beschikt ‘zoals die welke in een met redenen omkleed advies voorkomen’ hij af kan zien gevolg te geven aan een Europees aanhoudingsbevel. De rechter in de uitvoerende lidstaat moet in zo’n geval nader onderzoek doen om vast te kunnen stellen of er in het concrete geval van betrokkene al dan niet een reëel gevaar dreigt dat diens recht op een eerlijk proces wordt aangetast.¹¹ Zo moet onder meer worden gekeken of de vastgestelde gebreken in de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ook gevolgen kunnen hebben op het niveau van rechterlijke instanties die bevoegd zijn in procedures waaraan de opgeëiste persoon aan zal worden onderworpen.¹² In het geval van LM betekent dit volgens ons concreet dat de High Court bijvoorbeeld moet onderzoeken of ook de onafhankelijkheid van Poolse strafrechters zodanig onder druk staat dat het recht op een eerlijk proces dreigt te worden aangetast. Voorts moet worden bezien of de persoonlijke situatie van de opgeëiste persoon, de aard van het onderliggende strafbare feit en de feitelijke context die aan het Europees aanhoudingsbevel

1 Vgl. HvJ EU (Grote Kamer) 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 25.

2 Zie ook de beschrijving van de feiten en het hoofdgeding, HvJ EU (Grote Kamer) 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, in het bijzonder par. 23-24.

3 HvJ EU (Grote Kamer) 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 (gevoegde zaken *Aranyosi / Căldăraru*).

4 Vgl. HvJ EU (Grote Kamer) 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 24.

5 HvJ EU (Grote Kamer) 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 25.

6 Conclusie A-G Tanchev van 28 juni 2018,

C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:517. Relevante verschillen tussen de conclusie van A-G Tanchev en de uitspraak van het Hof zullen in navolgende voetnoten worden benoemd.

7 Deze overweging luidt als volgt: ‘De regeling inzake het Europees aanhoudingsbevel berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten. De toepassing ervan kan slechts worden opgeschort in geval van een ernstige en voortdurende schending door een lidstaat van de in artikel 6, lid 1, van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde beginselen, welke schending door de Raad is geconstateerd overeenkomstig artikel 7, lid 1, en volgens de

procedure van artikel 7, lid 2, van dat Verdrag.’

8 Conclusie A-G Tanchev van 28 juni 2018, par. 68-73.

9 Conclusie A-G Tanchev van 28 juni 2018, par. 73-78.

10 R.o. 79.

11 A-G Tanchev stelt in dit verband voor om aan te sluiten bij de rechtspraak van het EHRM om vast te stellen of sprake is van een reëel gevaar van flagrante rechtsweigering, zie de conclusie van A-G Tanchev van 28 juni 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:517, par. 72-85.

12 Conclusie A-G Tanchev, par. 74.

ten grondslag ligt, ‘zwaarwegende en op feiten berustende gronden’ opleveren om een reëel risico op schending van het recht op een eerlijk proces aan te nemen.¹³

Tot welke conclusie de door de uitvaardigende lidstaat verstrekte informatie moet leiden, staat ter beoordeling van de overleveringsrechter. Mocht die conclusie echter luiden dat een reëel gevaar voor de opgeëiste persoon bestaat op aantasting van het recht op een eerlijk proces, dan moet naar het oordeel van het Hof worden afgezien van overlevering.¹⁴

In reactie op de uitspraak van het Hof heeft de Ierse overleveringsrechter op 1 augustus jl. geoordeeld dat het in deze zaak gehouden is de uitvaardigende autoriteiten van Polen om aanvullende informatie te verzoeken aangaande het bestaan van een reëel gevaar voor LM op schending van zijn recht op een eerlijk proces na overlevering.¹⁵ Het is nu afwachten welke informatie de Poolse autoriteiten zullen verstrekken en tot welk eindoordeel (wel of geen overlevering naar Polen) dit uiteindelijk zal leiden.

Noot – Institutioneelrechtelijk perspectief

Prof.mr. P.J. Slot

1 De procedure voor ernstige schending

Het Verdrag betreffende de Europese Unie kent een belangrijke procedure die bestemd is om de basiswaarden van de Unie te waarborgen.

Artikel 7 VEU luidt als volgt:

‘1. Op een met redenen omkleed voorstel van een derde van de lidstaten, het Europees Parlement of de Europese Commissie kan de Raad, na goedkeuring van het Europees Parlement, met een meerderheid van vier vijfden van zijn leden constateren dat er duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending van in artikel 2, bedoelde waarden door een lidstaat. Alvorens die constatering te doen, hoort de Raad de betrokken lidstaat en kan hij die lidstaat volgens dezelfde procedure aanbevelingen doen.

De Raad gaat regelmatig na of de redenen die tot zijn constatering hebben geleid nog bestaan.

2. De Europese Raad kan met eenparigheid van stemmen, op voorstel van een derde van de lidstaten of van de Europese Commissie, en na goedkeuring van het Europees Parlement, een ernstige en voortdurende schending van de in artikel 2 bedoelde waarden door een lidstaat constateren, na de lidstaat in kwestie om opmerkingen te hebben verzocht.

3. Wanneer de in lid 2 bedoelde constatering is gedaan, kan de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen besluiten tot schorsing van bepaalde rechten die uit de toepassing van de Verdragen op de lidstaat in kwestie voortvloeien, met inbegrip van de stemrechten van de vertegenwoordiger van de regering van die lidstaat in de Raad. De Raad houdt daarbij rekening met de mogelijke gevolgen van een dergelijke schorsing voor de rechten en verplichtingen van natuurlijke en rechtspersonen.’

Er is de laatste tijd veel te doen over de acties van de regeringen van Polen en Hongarije die de beginselen van de rechtsstaat aantasten.¹⁶ Op 24 september jl. heeft de Commissie de procedure van artikel 7 VEU gestart en de lidstaat Polen voor het Hof van Justitie gedaagd wegens schending van de beginselen van de rechtsstaat. Op 14 augustus had de Commissie een met redenen omkleed advies uitgebracht. Het persbericht van de Commissie zegt hierover:

‘De uitvoering van de betwiste pensioenregeling voor rechters bij het Hoogerechtshof in Polen wordt versneld, waardoor de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen en derhalve de rechtsorde van de EU op ernstige en onherstelbare wijze dreigen te worden geschaad. De onafhankelijkheid van de nationale rechterlijke instanties is essentieel voor de goede werking van de justitiële samenwerking tussen de lidstaten en in het bijzonder voor het in artikel 267 VWEU neergelegde mechanisme van de prejudiciële verwijzing.’

Op 12 september heeft het Europees Parlement het Sargentini-rapport¹⁷ aanvaard en de Commissie uitgenodigd de procedure van artikel 7 VEU tegen Hongarije te starten.

Artikel 7 VEU voorziet in een actie bij een ernstige aantasting van de fundamentele waarden van de Unie door lidstaten. Van groot belang bij deze heel bijzondere inbreukprocedure is dat uiteindelijk de Europese Raad met eenparigheid van stemmen beslist over een veroordeling. Deze zware eis is op zich begrijpelijk. Het gaat immers om een heel uitzonderlijke situatie. Tegelijkertijd betekent dit dat het in de praktijk moeilijk, zo niet onmogelijk, zal zijn om tot een veroordeling te komen. Zo is het in dit geval waarschijnlijk dat Hongarije tegen een veroordeling van Polen zal stemmen.

2 Het effect van het uitbrengen van een met redenen omkleed advies

Wat is nu de juridische situatie zolang de Europese Raad geen besluit heeft genomen? Heeft het uitbrengen van het advies juridische gevolgen? Het Hof kan niet oordelen dat het uitbrengen op zich zulke gevolgen heeft. Het zou daarmee oordelen in strijd met de procedure van artikel 7 lid 2 VEU. Wat is er dan wel? Het Hof geeft aan dat het bestaan van dit advies een element vormt waarmee de nationale rechter bij zijn oordeel over de schending van de beginselen van de rechtsstaat rekening moet houden. Je zou kunnen zeggen dat het Hof hier op constitutionele eieren loopt. Een stap te ver en het handelt in strijd met de verdragstekst. Een stap minder en het uitbrengen van het advies heeft geen effect. Het is nu aan de nationale rechter om dit advies mee te wegen in zijn oordeelsvorming. Het belang van dit arrest is dat er een, indirecte, mogelijkheid wordt gecreëerd om de schending van de beginselen van de rechtsstaat aan te pakken. In een situatie waarin er een actie op basis van artikel 7 lid 1 VEU is ingesteld,

13 Conclusie A-G Tachev, par. 75.

14 Conclusie A-G Tachev, par. 78. A-G Tachev spreekt in zijn conclusie overigens van ‘uitstel’, conform de lijn die ingezet was in *Aranyosi / Căldăraru*. Zie de conclusie van A-G Tachev van

28 juni 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:517, par. 67.

15 High Court of Ireland 1 August 2018, *The Minister for Justice and Equality v. Artur Celmer (No 4)*, [2018] IEHC 484, par. 43.

16 Een goed overzicht van de problematiek is te vinden in het Guest Editorial van de *Common Market Law Review* 2018 p. 983-996.

17 EP A-250/2018.

maar waarin er op grond van het zware-stem-vereiste geen veroordeling komt, is er dan toch een mogelijkheid het gedrag van de betreffende lidstaat te beïnvloeden. Het is dan de nationale rechter die, onder de voorwaarden geformuleerd door het Hof, verder gevolg geeft aan het met redenen omkleed advies. Het Hof kleurt op deze manier als het ware met dit arrest het juridisch kader van de speciale inbreukprocedure van artikel 7 VEU voorzichtig verder in.

Op het moment dat de Europese Raad wel tot een besluit komt, wordt de betrokken lidstaat bovendien geconfronteerd met de mogelijkheid dat verzoeken om aanhouding niet door rechters in andere lidstaten worden gehonoreerd. Het Hof maakt dit duidelijk in r.o. 72. Op deze manier worden besluiten op grond van artikel 7 VEU voorzien van een sanctie. Dit is een aanvullende sanctie naast die welke op grond van artikel 7 lid 3 VEU door de Raad kan worden opgelegd.

Het is lang niet de eerste keer dat het Hof bepalingen van het Verdrag verder gestalte geeft en daarmee de effectiviteit ervan verhoogt. Het meest vergaande voorbeeld is te vinden in het beroemde *Van Gend & Loos*-arrest¹⁸ waarin het Hof rechtstreekse werking toekende aan Verdragsbepalingen. Een ander voorbeeld is de manier waarop het Hof de aanvankelijk vage bepalingen over het Europees burgerschap in het EU-werkingsverdrag, de artikelen 18 t/m 25, heeft uitgewerkt. De jurisprudentie over deze bepalingen heeft een uitgebreid kader geschapen waarbij belangrijke rechten voor burgers zijn vastgelegd.

3 De spoedprocedure

In het arrest wordt (in par. 26 e.v.) vermeld dat de verwijzende rechter heeft gevraagd om de prejudiciële spoedprocedure van artikel 107 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Het Hof heeft dit verzoek gehonoreerd, rekening houdend met het feit dat *LM* in detentie verkeert. Als gevolg van deze beslissing heeft het Hof uiteindelijk in een zeer korte tijd arrest gewezen. Het verzoek voor de prejudiciële beslissing was bij het Hof binnengekomen op 27 maart 2018. Het arrest werd gewezen op 25 juli, dus binnen vier maanden! Gebruikmaking van deze procedure gebeurt in EAB-zaken regelmatig omdat de betrokken persoon in detentie is. Voor andere zaken is dit ongebruikelijk snel.

18 Zaak 26/62, in dit arrest bepaalde het Hof dat art. 12 EEG over invoerrechten en heffingen van gelijke werking rechtstreekse werking heeft.

19 Kaderbesluit 2002/584/JBZ van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEU* 2002, L 190/1.

20 Alhoewel een expliciete mensenrechtenexceptie dus ontbrak, bevat art. 1 lid 3 van Kaderbesluit 2002/584 wel een verwijzing naar de verplichting tot naleving van grondrechten: 'Dit kaderbesluit kan niet tot gevolg hebben dat de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechten, zoals die zijn neergelegd in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, wordt aangetast.' Overigens

is bij de implementatie van het Kaderbesluit in de Nederlandse Overleveringswet (*Stb.* 2004, 195) wel een mensenrechtenexceptie opgenomen. Art. 11 bepaalt: 'Overlevering wordt niet toegestaan in gevallen, waarin naar het oordeel van de rechtbank een op feiten en omstandigheden gebaseerd vermoeden bestaat, dat inwilliging van het verzoek zou leiden tot flagrante schending van de fundamentele rechten van de betrokken persoon, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome tot stand gekomen Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.'

21 Zie bijv. J. Ouwerkerk, 'Mutual Trust in the Area of Criminal Law', in: H. Battjes, E. Brouwer,

P. de Morree & J. Ouwerkerk, *The Principle of Mutual Trust in European Asylum, Migration and Criminal Law. Reconciling Trust and Fundamental Rights*, Utrecht: Forum 2011, p. 38-48.

22 Zie HvJ EU (Grote Kamer) 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, par. 82; alsook HvJ EU (voltallig), advies 2/13 van 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 191.

23 HvJ EU (Grote Kamer) 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 43.

24 HvJ EU (Grote Kamer) 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 (gevoegde zaken *Aranyosi* / *Căldăraru*).

Noot – Strafrechtelijk perspectief

Prof.dr. J.W. Ouwerkerk

1 De adequate bescherming van grondrechten in de context van het Europees aanhoudingsbevel¹⁹ is sinds de inwerkingtreding van dit mechanisme voor justitiële samenwerking een terugkerend onderwerp van discussie geweest. De afwezigheid van een expliciete weigeringsgrond in het geval overlevering tot schending van grondrechten zou (dreigen te) leiden riep vragen op naar de precieze ruimte voor overleveringsrechters om bij serieuze zorgen over de waarborging van fundamentele rechten ná overlevering aan een andere lidstaat, de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel te weigeren.²⁰ Deze vragen werden des te urgenter gevoeld vanwege het verplichtende karakter van de regeling van het Europees aanhoudingsbevel. Ingevolge de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen werd snelle overlevering het uitgangspunt. Vermeende schendingen van fundamentele rechten kunnen door de opgeëiste persoon immers na overlevering in de uitvaardigende lidstaat aan de orde worden gesteld. Deze lijn werd ook in de Europese rechtspraak lange tijd dienovereenkomstig gehandhaafd.²¹ Pas sinds kort wordt door het Hof van Justitie expliciet erkend dat het onderling vertrouwen tussen EU-lidstaten een vermoeden van vertrouwen is dat, zij het enkel in bijzondere omstandigheden, te weerleggen is met mogelijke gevolgen voor de overlevering van de opgeëiste persoon.²² In de uitspraak inzake *LM* wordt dit opnieuw door het Hof onderkend.²³

2 De belangrijkste kwestie die in de overleveringszaak tegen *LM* voorlag, betrof in feite de vraag of de eerder door het Hof ontworpen tweestappentoets ook in een situatie als de onderhavige dient te worden gevolgd. De tweestappentoets werd in 2016 door het Hof vastgelegd in de gevoegde zaken *Aranyosi* en *Căldăraru*.²⁴ In deze zaken was het de Duitse overleveringsrechter die zich afvroeg of overlevering naar Hongarije respectievelijk Roemenië mocht worden geweigerd in verband met 'ernstige aanwijzingen dat de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat inbreuk maken op de grondrech-

ten van de betrokkene en de algemene rechtsbeginselen zoals die in artikel 6 VEU zijn neergelegd'.²⁵ Het Hof oordeelde dat de overleveringsrechter in een dergelijke situatie ten eerste dient na te gaan of sprake is van ofwel structurele ofwel fundamentele gebreken in de bescherming van rechten in de uitvaardigende lidstaat (in *Aranyosi/Căldăraru* ging het om het recht niet te worden blootgesteld aan een onmenselijke of vernederende behandeling in detentie, art. 4 EU-Handvest van de Grondrechten, hierna: Handvest). Is inderdaad sprake van dergelijke structurele of fundamentele tekortkomingen, dan kan gerechtvaardigd de conclusie worden getrokken dat ook de opgeëiste persoon in kwestie een 'reëel gevaar' loopt dat zijn rechten na overlevering worden geschonden (in *casu* dat hij wordt onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling).²⁶ Tot weigering van de overlevering kan die constatering volgens het Hof in *Aranyosi/Căldăraru* evenwel nog niet leiden. De tweede toets die de overleveringsrechter moet uitvoeren strekt ertoe te onderzoeken of ook de betrokken persoon zelf aan de dreigende schending zal worden onderworpen. Om dat uit te zoeken geeft het Hof de uitvoerende lidstaat de taak om contact op te nemen met de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat teneinde daaromtrent aanvullende gegevens te verkrijgen; lopende dit verzoek om aanvullende informatie dient overlevering te worden uitgesteld. Pas wanneer die aanvullende informatie niet noopt tot een andere conclusie óf wanneer die gegevens niet binnen een redelijke termijn worden verstrekt, dan kan de uitvoerende lidstaat de overleveringsprocedure beëindigen.

In de zaak *LM* is het deze tweede stap, waarvan de Ierse High Court zich dus afvroeg of die ook in de onderhavige zaak is vereist en wat dit nader onderzoek dient te behelzen. Zoals uit het voorgaande reeds volgt, handhaaft het Hof in *LM* de verplichting tot het instellen van nader onderzoek door de uitvoerende lidstaat. Daarmee is het belang van de uitspraak reeds gegeven. Immers, waar de in *Aranyosi/Căldăraru* geformuleerde uitzondering betrekking had op een *absoluut* grondrecht – het recht om niet te worden onderworpen aan onmenselijke en vernederende behandeling in de zin van artikel 4 Handvest²⁷ – staat in de zaak *LM* een relatief grondrecht centraal – het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 47 Handvest. Of (risico's op) schendingen van het recht op een eerlijk proces na overlevering eveneens onder de bescherming van het weerlegbare vermoeden van vertrouwen zouden vallen, was om die reden nog niet direct een uitgemaakte zaak, maar op dat punt heeft het Hof duidelijkheid geboden.

3 Intussen heeft de uitspraak van het Hof al direct gevolgen voor de nationale overleveringspraktijk. Dat geldt ook voor Nederland. In reactie op de uitspraak in de zaken *Aranyosi/Căldăraru* waren die gevolgen uiteraard ook al zichtbaar, zij het in overleveringsprocedures waar vragen rezen met betrekking tot de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaten. Illustratief voor de gedetailleerde informatie die van de uitvaardigende autoriteiten wordt gevraagd alsook voor de verschillende uitkomsten die de verstrekte informatie kan hebben, is een tweetal uitspraken inzake Bulgaarse Europese aanhoudingsbevelen. Zo vroeg Nederland onder meer informatie op over het aantal vierkante meters dat de opgeëiste persoon na overlevering ter beschikking zou hebben en hoeveel uren per dag op cel zouden moeten worden doorgebracht. In één van beide zaken kon de verstrekte informatie de zorgen nog niet wegnemen en is de zaak nogmaals aangehouden teneinde aanvullende vragen te stellen.²⁸

Na de uitspraak in de zaak *LM* zijn recent ook enkele tussenuitspraken gewezen door de rechtbank Amsterdam. Overlevering naar Polen is in een aantal zaken – ik vond er twee – uitgesteld in afwachting van de ontvangst van de antwoorden op een aantal vragen die de officier van justitie op verzoek van de rechtbank Amsterdam aan de Poolse autoriteiten dient voor te leggen. Het betreft een fors aantal gedetailleerde vragen, waaronder de vragen welke rechterlijke instanties bevoegd zijn voor de strafrechtelijke procedures waaraan de verdachte zal worden onderworpen, of er sinds de inwerkingtreding van de gewraakte Poolse wet inzake de organisatie van de gewone rechtbanken ontslag is verleend aan voorzitters en rechters, maar ook of er sinds die wetwijziging tuchtzaken tegen rechters en voorzitters hebben plaatsgevonden, en welke rechtsmiddelen de verdachte heeft ingeval twijfel rijst over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter die hem berecht.²⁹ Het moet worden afgewacht of en hoe deze vragen zullen worden beantwoord.

4 Op dit moment blijft speculeren welke concrete gevolgen de uitspraak van het Hof in de zaak *LM* gaat hebben voor de praktijk van overlevering tussen EU-lidstaten. Frequentere weigering van overlevering naar Polen kan heel wel goed nieuws zijn voor de daadwerkelijke en effectieve bescherming van grondrechten van verdachten en veroordeelden. Tegelijkertijd roept het nieuwe vragen op die niet minder gecompliceerd zijn. Ten eerste, als de overlevering van verdachten en veroordeelden naar Polen frequent – of op enig moment wellicht zelfs tijdelijk automatisch – zal worden geweigerd, dan resulteert

²⁵ *Aranyosi/Căldăraru*, par. 46.

²⁶ *Aranyosi/Căldăraru*, par. 89-91.

²⁷ Inhoud en reikwijdte van art. 4 EU-Grondrechten-handvest komen overeen met de inhoud en reikwijdte van art. 3 EVRM, zie de Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, *PbEU* 2007, C 303/18.

²⁸ Rb. Amsterdam 7 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6159; Rb. Amsterdam 7 augustus

2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6161.

²⁹ Zie Rb. Amsterdam 16 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5925; Rb. Amsterdam 4 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7032. Beide zaken hebben betrekking op Europese aanhoudingsbevelen die zijn uitgevaardigd ter fine van vervolging. In een andere recente zaak, waarin overlevering werd gezocht met het oog op de tenuitvoerlegging van een in Polen opgelegde straf, werd in de

recente ontwikkelingen geen aanleiding gevonden om overlevering te weigeren. Als ik het goed lees was daarbij echter niet relevant dat het een executieoverlevering betrof, maar wel dat het onderliggende Poolse vonnis al dateerde van 2015, zie Rb. Amsterdam 27 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6955.

dat ook in een toename van gevallen waarin verdachten en veroordeelden aan berechting en tenuitvoerlegging ontkomen. Zal dat er niet toe nopen om in de positie van uitvoerende lidstaat actiever rekenschap te geven van de mogelijkheden en wellicht zelfs verplichtingen om andere rechtshulpvormen vaker te benutten, zoals de overname van strafvervolgning en de overname van straftenuitvoerlegging?

Ten tweede, wat zijn de potentiële gevolgen van het voorgaande voor de *uitvaardiging* van Europese aanhoudingsbevelen naar Polen? Mocht bij gebreke aan vertrouwen in de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en het openbaar ministerie in Polen op frequente basis besloten worden Poolse verzoeken tot overlevering niet in te willigen, in hoeverre ligt het dan nog voor de hand om wel op die onafhankelijkheid te bouwen bij de beoordeling van zelf uitgevaardigde verzoeken tot overlevering?

5 Maar er is meer. Wat de zaak *LM* duidelijk onderscheidt van de gevoegde zaken *Aranyosi / Căldăraru* betreft de mate van politieke beladenheid van de kwestie. Alhoewel twijfels over detentieomstandigheden ook een bepaalde (politieke) beladenheid met zich brengen, moge duidelijk zijn dat in de zaak *LM* van een veel steviger politieke beladenheid sprake is. De uitspraak in de zaak *LM* gaat daarmee over méér dan enkel over adequate grondrechtenbescherming in de context van justitiële samenwerking; de uitspraak heeft in mijn optiek tevens betrekking op de positie van de nationale rechter in politiek beladen zaken van grensoverschrijdende strafrechtelijke samenwerking. Daarover gaat dit laatste punt van het strafrechtelijk georiënteerde deel van deze annotatie.

Voor wie van mening is dat het Hof in *LM* te zuinig is geweest in het daadwerkelijk effectueren van bescherming tegen *rule of law* schendingen jegens overgeleverde personen, is de uitspraak wellicht beter te verteren als die wordt gezien vanuit het perspectief van de nationale strafrechter. Het Hof is inderdaad zuinigheid verweten. Zo is, meer concreet, kritiek uitgeoefend op het feit dat het Hof heeft vastgehouden aan zijn lijn dat nader onderzoek naar het risico op schending tevens een beoordeling van het individuele geval dient te betreffen. Niet alleen zou die beoordeling van het individuele geval welhaast onmogelijk zijn – al is het maar omdat het inderdaad niet direct aannemelijk lijkt dat een rechterlijke autoriteit in de uitvaardigende staat zichzelf als niet onafhankelijk zal bestempelen.³⁰ De noodzakelijke beoordeling van het individuele geval zou de vereiste rechterlijke toetsing voorts ongeschikt maken om zorgelijke ontwikkelingen betreffende de *rule of law*, zoals in Polen, daadwerkelijk een halt toe te roepen of te keren: ‘the non-execution of EAWs based on an individual test is not capable to resolve the

essence of the problems with fundamental rights and judicial independence’.³¹ Daarnaast is kritiek uitgeoefend op de koppeling die het Hof legt tussen de officiële artikel 7 VEU-procedure en opschorting van de regeling van het Europees aanhoudingsbevel, zoals voorzien in overweging 10 van de preambule bij het betreffende Kaderbesluit. Immers, het Hof acht systematische weigering vanwege het risico op schendingen van het recht op een eerlijk proces (nog) niet aan de orde, nu de artikel 7 VEU-procedure nog loopt en het aan de Europese Raad is om een beslissing te nemen, waarna opschorting in de zin van overweging 10 van de preambule pas in beeld kan komen (zie de weergave van de uitspraak van het Hof hierboven). Volgens Van Ballegooij en Bárd is het echter politiek gezien zo onwaarschijnlijk dat het tot een veroordeling van Polen zal komen, dat het Hof hiermee feitelijk de deur heeft dichtgegooid voor tijdelijke opschorting van het mechanisme van het Europees aanhoudingsbevel in relatie met Polen (zie over dit aspect ook het institutioneelrechtelijke deel van deze annotatie).³²

De kritiek is in beginsel goed te volgen en wie vooral vanuit Europeesrechtelijk en mensenrechtelijk perspectief naar de kwestie kijkt, houdt de kritiek wellicht ook voor volkomen terecht. Maar er is ook het perspectief van de nationale overleveringsprocedure en de positie van de nationale strafrechter daarin. Vanuit dat perspectief wil ik toch de vraag opwerpen of een ruimhartiger opstelling van het Hof wel zo opportuun zou zijn. Weliswaar zou een versoepeling van het vereiste dat een nader onderzoek naar het risico op grondrechtenschending tevens een beoordeling van het individuele geval moet omvatten, in de praktijk naar alle waarschijnlijkheid inderdaad eerder tot weigering van overlevering leiden, het mag niet worden vergeten dat een dergelijke versoepeling de nationale strafrechter die over Europese aanhoudingsbevelen heeft te beslissen in een lastiger positie zou hebben gebracht dan wellicht beoogd en wenselijk is.

Ik roep graag in herinnering dat in de zogeheten traditionele regelingen voor justitiële samenwerking met andere staten, ook ministers van Justitie een rol vervullen. Vereenvoudigd gezegd komt de rolverdeling tussen rechter en minister er dan meestal op neer dat de rechter zich uitlaat over juridische kwesties, terwijl de minister van Veiligheid en Justitie een oordeel geeft over de eventuele politiek beladen aspecten van een buitenlands verzoek tot samenwerking. Om een voorbeeld te geven: ingevolge de Uitleveringswet (op basis waarvan Nederland uitleveringsverzoeken uitvaardigt en ten uitvoer legt in de relaties met niet EU-lidstaten) is het aan de uitleveringsrechter om onder andere de genoegzaamheid van de stukken of het vereiste van dubbele strafbaarheid te beoordelen (art. 28), terwijl – zelfs als de rechter uitlevering toelaatbaar acht – de minister van Veiligheid en

30 Zie W. van Ballegooij & P. Bárd, ‘The CJEU in the Celmer Case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU’, *Verfassungsblog* 29 juli 2018, [https://verfassungsblog.de/the-cjeu-in-the-celmer-case-one-step-forward-two-steps-back-for-upholding-](https://verfassungsblog.de/the-cjeu-in-the-celmer-case-one-step-forward-two-steps-back-for-upholding-the-rule-of-law-within-the-eu/)

[the-rule-of-law-within-the-eu/](https://verfassungsblog.de/the-cjeu-in-the-celmer-case-one-step-forward-two-steps-back-for-upholding-the-rule-of-law-within-the-eu/) (laatst geraadpleegd op 12 oktober 2018), par. 2.

31 A. Frackowiak-Adamska, ‘Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual?’, *EU Law Analysis* 15 augustus 2018,

<http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/mutual-trust-and-independence-of.html> (laatst geraadpleegd op 12 oktober 2018).

32 Zie Van Ballegooij & Bárd 2018, par. 1.

Justitie uitlevering vervolgens alsnog kan tegenhouden op grond van, bijvoorbeeld, politieke of anderszins discriminatoire motieven die aan de buitenlandse verdenking of veroordeling van de opgeëiste persoon ten grondslag liggen (art. 10 lid 1).

Met de introductie van het beginsel van wederzijdse erkenning in de justitiële samenwerking tussen EU-lidstaten verdween voornoemde rolverdeling. De regeling van het Europees aanhoudingsbevel – het eerste EU-instrument dat toepassing gaf aan het beginsel van wederzijdse erkenning – kenmerkt zich door direct contact tussen justitiële autoriteiten; voor de minister was geen rol weggelegd. Verondersteld lijkt te worden dat het vanwege de in alle lidstaten aanwezige rechtsstatelijke waarborgen niet langer nodig is te anticiperen op mogelijke politiek-gevoelige aspecten die aan grensoverschrijdende strafzaken kunnen kleven. Dat dit een te optimistische aanname is gebleken, bleek al uit de overleveringsprocedure jegens Charles Puigdemont, die een oorsprong vond in de strijd om de onafhankelijkheid in Catalonië. De overleveringsprocedure jegens LM illustreert het opnieuw. Maar wordt de uitleveringsrechter in een dergelijke situatie enigszins ontzien, in EU-verband kan de overleveringsrechter er

niet aan ontkomen om een definitieve beslissing te nemen, ook ten aanzien van aspecten die politiek zeer gevoelig liggen.

Vanuit dat perspectief bezien, is de eerdergenoemde koppeling tussen de artikel 7 VEU-procedure en de mogelijkheid van opschorting van de regeling van het Europees aanhoudingsbevel wellicht zo onbegrijpelijk nog niet. Heeft het Hof zich hiermee geen voorstander betoond van een bepaalde mate van verantwoordelijkheidsverdeling tussen politieke en rechterlijke autoriteiten – een verdeling die historisch gezien zo vreemd nog niet is? En hoe begrijpelijk de kritiek op de zuinige opstelling van het Hof ook moge zijn, hoe wenselijk was het nu werkelijk geweest om de nationale rechter een zo bepalende rol te geven in het kwalificeren van rechtsstatelijke ontwikkelingen in andere EU-lidstaten?

Ook anno 2018 kan de nationale rechter worden geconfronteerd met uiterst gevoelige politieke kwesties die in de uitvaardigende EU-lidstaat aan de orde zijn. Na de strijd om de onafhankelijkheid van Catalonië vormen nu de zorgelijke ontwikkelingen in Polen aanleiding om ons te buigen over de vraag welke positie de overleveringsrechter kan en moet worden toebedeeld. ■