

O campo preto

Op zoek naar een Portugese Zwartveld

Rick Lawson¹

1 De eerste steen, en de laatste

Wanneer begint een stad? Voor de Romeinen was het antwoord duidelijk: als de eerste steen van de eerste muur wordt gelegd. Zij telden hun jaren dan ook *ab urbe condita*, vanaf de stichting van de stad. Zonder aarzeling noemt men de datum van de stichting van Rome: 21 april van het jaar dat we tegenwoordig plegen aan te duiden met 753 v. Chr. De Eeuwige Stad twijfelt niet over haar oorsprong. Bij enig doorvragen zal ongetwijfeld ook het tijdstip van de stichting worden gemeld, en wat voor weer het toen was. Tegen zoveel zekerheid is niemand bestand; geen wonder dat de heilige Ivo, schutspatroon van de juristen, juist in Rome zijn eigen kerk heeft.

Voor ons, gewone stervelingen in de lage landen, is zoveel stelligheid niet weggelegd. Onze steden zijn niet gesticht, die zijn ontstaan – gehuchten die samenklonterden tot dorpjes, marktplaatsen die uitgroeiden tot nederzettingen. Het verkrijgen van stadsrechten wordt dan al gauw aangegrepen als ijkpunt, maar iedereen begrijpt dat er al een stad wás voordat er rechten werden verleend.

Hoe zit dat met de Europese Unie, wanneer is die begonnen? Het antwoord ligt voor de hand: op 25 maart 1957, toen – op 14 minuten lopen van de Sant'Ivo alla Sapienza – het EEG-verdrag werd ondertekend. Maar dat is om allerlei redenen fout: het EGKS-verdrag is eerder, het Verdrag van Maastricht weer veel later tot stand gekomen. En na Maastricht bestond die Unie wel, maar toch ook weer een beetje niet: pas in het Verdrag van Lissabon kreeg de Unie rechtspersoonlijkheid. Belangrijker nog is de overweging dat een marktplaats nog geen stad is, en we met de EEG dan ook nog geen Unie hadden.

Is het een gekke gedachte om, te midden van al die mijlpalen en kantelpunten, het begin van de Unie te zoeken rond het jaar 2000? Toen werd het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie aangenomen.² Geen stad zonder burgers, geen burgers zonder burgerrechten. Toegegeven, het Handvest was aanvankelijk niet meer dan een plechtige verklaring, maar de aanvaarding ervan gaf een duidelijke impuls aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het terrein van de fundamentele rechten. En juist in de jaren dat het Luxemburgse Hof uitspraak deed in geruchtmakende zaken als *K.B.*, *Schmidberger*, *Lindqvist*, *Omega* en *Pupino* – juist in die tijd verscheen Ivo van der Steen op het toneel, althans het toneel van de afdeling Europees Recht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken. We kunnen dus veilig stellen dat Ivo hoogstpersoonlijk aan de wieg van de Europese Unie heeft gestaan.

En als we niet oppassen, maakt hij – nog voordat hij de genoemde afdeling weer verlaat – ook het einde van de Unie mee.

Dat klinkt nogal kras. De Unie heeft pas nog een ontzagwekkende hoop geld geregeld om de gevolgen van de corona-crisis het hoofd te bieden, en evenals het budget is de noodzaak tot samenwerking groter dan ooit. Die Unie, die gaat nog wel even door. Maar net

¹ Prof.dr. R.A. Lawson, Europa Instituut, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

² Daarover bv. M.K. Bulterman & R.A. Lawson, 'Het EU-grondrechtenhandvest: méér dan een festijn voor juristen', in *Internationale Spectator* jrg. 54 (2000), afl. 9, pp. 423-429.

zoals de meeste steden niet op één moment worden gesticht, zo houden ze er doorgaans ook niet in één klap mee op. Sodom werd verwoest in een regen van zwavel en vuur, zodat er niets dan een zwartgeblakerde vlakte restte,³ maar dat is toch echt een uitzondering. Het einde van de stad verloopt meestal in *slow motion*, wat de gevolgen overigens niet minder dramatisch maakt. Lees wat Stefan Zweig schreef over Oostenrijk (zeker, een land, maar uiteindelijk toch niet veel meer dan een stad) aan het einde van de negentiende eeuw:

In ons oude, slaperige Oostenrijk begon zich een merkwaardige verschuiving van structuren voor te bereiden. ... Al de onderaardse scheuren en kloven tussen de rassen en klassen, die het tijdperk der verzoening zo moeizaam met de mantel der liefde had bedekt, scheurden verder open en werden afgronden en ravijnen. In werkelijkheid was in het laatste decennium voor de nieuwe eeuw de oorlog van allen tegen allen in Oostenrijk al begonnen. ... En pas toen tientallen jaren later het dak en de muren op ons neerstortten, zagen we in dat de fundamenten allang ondergraven waren geweest.⁴

Het gaat dus om de fundamenten. Als die worden ondergraven, en de huisbaas niet tijdig ingrijpt, komt vroeg of laat het dak naar beneden.

Er moet zoiets bestaan als de *laatste* steen. Die steen die als het ware de emmer doet overlopen, de steen die niet wordt gelegd maar juist weggehaald en zo de fundamenten beslissend uit balans brengt.

2 *De fundamenten van de Unie*

Over één zaak kan in ieder geval geen misverstand bestaan. De fundamenten van de Unie staan keurig genoemd in artikel 2 VEU: 'De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren'. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen, zo wordt in de tweede volzin geconstateerd, 'in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen'.

Niettemin wordt, sinds een jaar of tien, vol overgave gemorreld aan de fundamenten van de Unie. Het gaat dan niet eens om het Verenigd Koninkrijk: dat vertrok en liet daarmee de fundamenten voor wat ze waren. Natuurlijk trokken de Britten de deur met zo'n harde knal in het slot, dat het huis ervan daverde. Maar daarmee was de situatie wel helder, een enkel achterhoedegevecht met een weerspannige AG daargelaten.

Veel ernstiger is de blijvende aanwezigheid van lidstaten die zich geen lor aantrekken van de fundamenten van de Unie. Het gaat bijvoorbeeld om Polen waar het lot van Sodom kennelijk zoveel indruk had gemaakt, dat men de inmiddels gebruikelijke aanvallen op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht even onderbrak om een aantal steden homo-vrij te verklaren. Het gaat om Hongarije waar de aandacht zich inmiddels heeft verplaatst van de rechterlijke macht naar het gelijkschakelen van de pers en het inperken van de academische vrijheid. De Amerikaanse NGO *Freedom House* rekent Hongarije al niet meer tot de

³ Aldus Genesis 19:24-27. De Statenbijbel spreekt van de 'omkering' van Sodom en buurstad Gomorra.

⁴ S. Zweig, *De wereld van gisteren* (1942, vertaling W. van Toorn, Arbeiderspers, 2007), pp. 69, 75.

democratieën: het land behoort tot de groeiende groep van ‘hybrid regimes, sitting in the “grey zone” between democracies and pure autocracies’.⁵ In Bulgarije en Roemenië is het al niet beter gesteld, al lijkt menig politicus de ideologische veren te hebben afgeschud om zich onverkort te kunnen wijden aan ouderwetse hebzucht.

Om de een of andere reden pleegt de aandacht in dit verband vooral naar Polen uit te gaan, wellicht omdat het proces van *state capture* zich daar in alle openheid voltrekt. De neiging is dan ook groot om op deze plaats nog eens te verhalen hoe bijvoorbeeld de Poolse rechterlijke macht in de afgelopen vijf jaar voorwerp is geweest van een systematische, planmatige aantasting van haar onafhankelijke positie. Hoe er sinds december 2015 sprake is van een gebrek aan onafhankelijke en effectieve constitutionele toetsing in Polen; hoe de minister van Justitie in de periode 2017-2018 ruim 150 presidenten en vicepresidenten van rechtbanken heeft vervangen, zonder opgave van redenen en zonder dat er sprake was van een beroepsmogelijkheid voor de van hun post ontheven rechters; hoe sinds december 2019 meerdere Poolse rechters aan tuchtrechtelijke zaken zijn onderworpen vanwege hun werk, of omdat zij gebruik maakten van de vrijheid van meningsuiting. Maar dat is allemaal bekende kost, en niemand is beter op de hoogte dan Ivo en zijn collega’s van de onvolprezen afdeling Europees Recht.

Hoe erg is de afbraak van de rechtsstaat? De neiging bestaat allicht om dat ‘gedoe’ af te doen als een juristendingetje, of de persoonlijke obsessie van een paar linkse politici zoals Frans Timmermans en Judith Sargentini. Goed, er is een discussie gevoerd, maar die duurde eindeloos en er veranderde uiteindelijk toch niets. Inmiddels is die Sargentini uit het EP en houdt Timmermans zich met andere dingen bezig, zodat we kunnen overgaan tot de orde van de dag.

En we moeten toch ook verder met elkaar, nietwaar? In september 2020 presenteerde het persagentschap Politico – toch geen bondgenoot van Orbán en Kaczyński – een vooruitblik: een lijstje met de elf hete hangijzers van het politieke seizoen 2020-2021. De aanval op de rechtsstaat stond er niet tussen.⁶

Dat voelen de Orbáns van deze wereld haarfijn aan. En zo trok de Poolse minister van Justitie, Ziobro, geroutineerd van leer tegen de president van de Europese Commissie, Ursula von der Leyen, toen zij net haar eerste *State of the Union*-speech had gehouden. Haar protest tegen de aankondiging van een aantal Poolse steden dat zij voortaan LGTB-vrij waren, vormde niets minder dan een aanslag van de Europese elites op de Poolse democratie, aldus Ziobro: Von der Leyen en haar trawanten proberen Polen te chanteren en allerlei veranderingen in het sociale en culturele leven op te dringen.⁷ Het is ongelooflijke taal, zeker als men bedenkt dat Polen nauwelijks 15 jaar geleden toetrad tot de Unie. Ivo was al lang en breed ingewerkt bij de Afdeling Europees Recht toen Polen in 2004 plechtig verklaarde ‘een samenleving’ te zijn ‘die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie’ en een aantal andere schone zaken. Ofwel ze hebben ons toen gefopt,⁸ ofwel ze doen het nu.

⁵ Zie <https://freedomhouse.org/country/hungary/nations-transit/2020>.

⁶ Zie Politico, ‘11 policy problems on the EU’s fall agenda’, op www.politico.eu, 1 sept. 2020.

⁷ Zie Z. Wanat & Maïa de La Baume, ‘Poland blasts von der Leyen, EU Parliament over rights criticism’, op www.politico.eu, 17 sept. 2020.

⁸ ‘Zijn we er tóch weer ingetuind’, zou Herman Kuiphof zeggen.

Toch kunnen grootspraak en *realpolitik* niet verhullen dat de Europese Unie een existentieel probleem heeft. Als een EU-lidstaat er niet in slaagt de opvang van asielzoekers op orde te krijgen, dan ontregelt dat vroeg of laat het Dublin-systeem.⁹ Als de gevangenen in een EU-lidstaat ondermaats zijn, dan ontstaan er vroeg of laat bezwaren tegen de overlevering van verdachten naar dat land.¹⁰ Maar daar valt nog een mouw aan te passen: je kan kijken of er niet toch nog ergens een net opgeknapt gevangenis is waar je de opgeëiste persoon wél met goed fatsoen heen kan sturen.

Als daarentegen in een EU-lidstaat de rechterlijke macht als zodanig niet langer onafhankelijk is, dan zijn de gevolgen niet te overzien.

Je kan dan nog een tijd proberen de scheuren en barsten dicht te pleisteren, of, om met Stefan Zweig te spreken, te bedekken met de mantel der liefde. Dan stel je in een EAB-zaak de vraag centraal of een opgeëiste persoon nu ook zélf, concreet aantoonbaar, iets te vrezen heeft van de afkalvende rechtsstaat.¹¹ Daarmee stuur je de aangezochte rechter natuurlijk met een ongemakkelijke missie op pad: hij moet zijn Poolse collega's vragen of die nog wel onafhankelijk zijn. Waar dat toe leidt, bleek meteen al in de zaak *Celmer*: de Ierse rechter ontving twee, onderling tegenstrijdige antwoorden. De een – geen zorgen, er is hier niets aan de hand – kwam van de kort ervoor door minister Ziobra benoemde rechtbankpresident, de ander – de situatie is buitengewoon ernstig – kwam van de zaaksrechter.¹²

En voor de opgeëiste persoon is de vraag naar concreet nadeel natuurlijk al helemaal niet te beantwoorden: hoe valt druk op individuele rechters aan te tonen, de invloed te meten van een door de minister van Justitie persoonlijk benoemde rechtbankpresident, de samenstelling te voorspellen van een hof van beroep dat wellicht in de toekomst over de zaak zal oordelen? Hoeveel gewicht toe te kennen aan het gegeven dat het Constitutioneel Tribunaal al sinds 2015 niet meer in overeenstemming met de wet is samengesteld? Het is immers nog onzeker of de zaak van de opgeëiste persoon ooit voor dat Tribunaal zal komen, of dat een door dat Tribunaal beoordeelde wet op hem zal worden toegepast. Voor wiens risico moet die onzekerheid komen?

Tant pis. In elk geval geven dergelijke vragen even respijt – voor de lidstaten wel te verstaan, want zij kunnen hun strafrechtelijke samenwerking althans nog éven voortzetten, met alle evidente voordelen die dat heeft voor de rechtshandhaving en het voorkomen van

⁹ HvJEU, arrest van 21 december 2011, *N.S.* (C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865).

¹⁰ HvJEU, arrest van 5 april 2016, *Pál Aranyosi en Robert Căldăraru* (C-496/16, ECLI:EU:C:2016:198).

¹¹ HvJEU, arrest van 25 juli 2018, *LM*, ook bekend als *Celmer of Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)* (C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586), r.o. 68.

¹² Zie R. Giblin, 'Polish judges disagree with each other in letters to High Court', in *Irish Times*, 5 november 2018..

straffeloosheid. Totdat de scheuren en barsten zich verder verwijderen. Op dat punt zijn we nu aanbeland.¹³

En als de afgrond zich dan geopend heeft en het niet langer te ontkennen valt dat de rechterlijke macht van een EU-lidstaat niet onafhankelijk is, dan is het een illusie om te denken dat het hier een juristendingetje betreft. Het meest directe gevolg is het opschorten van het overleveringsverkeer, totdat de onafhankelijkheid van althans de met de uitvaardiging van EAB's belaste gerechten weer is gewaarborgd.¹⁴ Herinvoering van grenscontroles lijkt dan onontkoombaar, want we moeten voorkomen dat criminelen kunnen profiteren van het wegvallen van het EAB-regime. Het is ondenkbaar dat civiele vonnissen nog worden erkend. De conclusie lijkt onontkoombaar dat rechters van het desbetreffende land niet meer in aanmerking komen voor het stellen van prejudiciële vragen¹⁵ – een indicatie ten overvloede dat de naleving van het EU-recht in dat land niet meer gegarandeerd is. Datzelfde geldt natuurlijk voor buitenlandse investeringen. Als we de logica van de Luxemburgse jurisprudentie stroomopwaarts mogen volgen, is er op dat moment ook alle aanleiding om snel een bilateraal investeringsbeschermingsverdrag af te sluiten.¹⁶ Voor zover er nog met de autoriteiten van het land te praten valt, natuurlijk.

¹³ Zie de 'post-Celmer' zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, thans aanhangig. Het betreft twee prejudiciële verwijzingen van de Internationale rechtshulpkamer van de Rb. Amsterdam. Vertrekpunt van de Amsterdamse vragen betreft de constatering van de rechtbank 'dat sprake is van zodanige structurele en fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht, dat voor geen enkele verdachte die in de Republiek Polen terecht moet staan voor de *Sqd Najwyższy* en/of voor de gewone rechterlijke instanties het recht op een onafhankelijk gerecht, dat de kern van het recht op een eerlijk proces vormt, nog is gewaarborgd, ongeacht zijn persoonlijke omstandigheden, de aard van het strafbare feit waarvan hij wordt verdacht en de context die aan het EAB ten grondslag ligt. Met andere worden: uit die conclusie volgt nu dat in de Republiek Polen een reëel gevaar bestaat van schending van het grondrecht op een eerlijk proces voor elke verdachte – en dus ook voor de opgeëiste persoon –, welk reëel gevaar verband houdt met het feit dat al die rechterlijke instanties niet meer onafhankelijk zijn wegens structurele of fundamentele gebreken' (r.o. 24 van de verwijzingsbeslissing in C-354/20). In de tweede procedure gaat de Rb. Amsterdam – deels in andere samenstelling – uit van dezelfde vaststelling van de feiten (r.o. 6 van de verwijzingsbeslissing in C-412/20). De prejudiciële vragen hebben betrekking op de gevolgen van deze constatering, die dus geheel los van de uitkomsten van de art. 7-procedure tegen Polen (of het gebrek daaraan) wordt gedaan.

¹⁴ In die zin expliciet de Rb. Amsterdam in haar verwijzingsbeslissing in C-412/20 PPU, r.o. 8.

¹⁵ Arrest van 21 januari 2020, *Banco de Santander SA* (C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17), r.o. 51 e.v. Aan die conclusie valt – nog even – te ontkomen door hetzij een ander begrip van 'onafhankelijke rechter' te hanteren voor EAB-doeleinden dan voor de prejudiciële procedure (hetgeen een tamelijk gekunstelde optie is), hetzij de gevolgen van het feitelijke oordeel van de Amsterdamse rechter over de onafhankelijkheid van de Poolse rechter te beperken tot de EAB-zaken die voor deze rechtbank spelen (hetgeen tot een fragmentatie van de toepassing van Unie-recht leidt).

¹⁶ Arrest van 6 maart 2018, *Achmea* (C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158), r.o. 34.

En nu we het over praten hebben: is het denkbaar – en toelaatbaar¹⁷ – dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten nog gegevens delen met de collega's in een land waar van onafhankelijke rechtsbescherming geen sprake is? In andere kringen doet men er overigens al veel langer het zwijgen toe. Een diplomaat vertelde eens dat het wekelijkse overleg tussen de EU-ambassadeurs in het land waarin hij was geaccrediteerd, al lang was teruggebracht tot een formaliteit. Men wilde eenvoudigweg geen informatie delen met de Pool en de Hongaar. En dus zochten de overige landen elkaar maar op buiten de vaste kaders. Dat voelde tenminste wél vertrouwd. Als het eenmaal zover is, weet je dat de laatste steen in zicht is gekomen.

3 *De Portugese prins*

Dit alles gebeurt dus voor onze ogen, ondanks de stellige verzekering van artikel 2 VEU dat de Unie 'berust' op allemaal waarden, waaronder de rechtsstaat, die de lidstaten gemeen hebben. Nu leidden die waarden lange tijd een wat celibatair bestaan, in de vreugdeloze zin van het woord, totdat zij wakker werden gekust door, nou ja, niet door een prins maar – het kan verkeren – enkele leden van de Portugese Rekenkamer. Gesteund door hun vakbond keerden zij zich tegen de tijdelijke salariskorting die als gevolg van de financiële crisis was opgelegd aan al het Portugese overheids personeel. De rekenmeesters, die in Portugal kennelijk de status van rechters genieten, zagen er een aantasting in van hun rechterlijke onafhankelijkheid. Dat was natuurlijk een vergezocht argument, maar in een rechtsorde die zijn belangrijkste arrest te danken heeft aan een verkapte verhoging van de invoerrechten voor een waterige emulsie van ureumformaldehyde, is niets te dol. Voor het Hof van Justitie was de Portugese kwestie in ieder geval aanleiding om er eens goed voor te gaan zitten en het beginsel van de rechterlijke onafhankelijkheid af te stoffen. Het arrest kan niet vaak genoeg worden aangehaald:¹⁸

30 ... het onderlinge vertrouwen tussen de lidstaten en, in het bijzonder, hun rechterlijke instanties, [is] gebaseerd op de fundamentele premisse dat de lidstaten een reeks gemeenschappelijke waarden delen waarop de Unie berust, zoals wordt gepreciseerd in artikel 2 VEU [...].

31 De Unie is een unie die wordt beheerst door het recht, waarin de justitiabelen het recht hebben om tegen iedere beschikking of enigerlei andere nationale handeling waarmee ten aanzien van hen een handeling van de Unie van algemene strekking wordt toegepast, in rechte op te komen (...).

¹⁷ EHRM, 12 januari 2016, *Szabó en Vissy t. Hongarije* (no. 37138/14), r.o. 78-79: 'The governments' more and more widespread practice of transferring and sharing amongst themselves intelligence retrieved by virtue of secret surveillance – a practice, whose usefulness in combating international terrorism is, once again, not open to question and which concerns both exchanges between Member States of the Council of Europe and with other jurisdictions – is yet another factor in requiring particular attention when it comes to external supervision and remedial measures. It is in this context that the external, preferably judicial, *a posteriori* control of secret surveillance activities, both in individual cases and as general supervision, gains its true importance (...)'.

¹⁸ HvJEU, arrest van 27 februari 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117); verwijzingen naar eerdere jurisprudentie zijn uit het citaat verwijderd.

32 Artikel 19 VEU, dat het in artikel 2 VUE [sic, RL] verankerde rechtsstaatbeginsel concretiseert, vertrouwt het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de rechtsorde van de Unie niet alleen toe aan het Hof maar ook aan de rechters van de lidstaten [...].

34 Het staat dus aan de lidstaten om, onder meer krachtens het in artikel 4, lid 3, eerste alinea, VEU genoemde beginsel van loyale samenwerking, de toepassing en de eerbiediging van het recht van de Unie op hun grondgebied te waarborgen [...]. Daartoe, en zoals artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU bepaalt, voorzien de lidstaten voor de justitiabelen in de nodige rechtsmiddelen om een daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden te verzekeren. (...)

37 Hieruit volgt dat elke lidstaat moet verzekeren dat de instanties die als ‘rechterlijke instantie’ – in de zin van het Unierecht – deel uitmaken van zijn stelsel van beroepsmogelijkheden, voldoen aan de vereisten van een daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden.

Hieruit trok het Hof een conclusie die voor de Portugese zaak zélf helemaal niet ter zake deed, maar voor de rest van Europa des te meer:

41 Opdat deze bescherming zou worden gewaarborgd, is de instandhouding van de onafhankelijkheid van een dergelijke instantie primordiaal, zoals bevestigd door artikel 47, tweede lid, van het Handvest, dat de toegang tot een ‘onafhankelijk’ gerecht vermeldt als één van de vereisten voor het fundamentele recht op een daadwerkelijke voorziening in rechte.

42 De waarborg van onafhankelijkheid, die onlosmakelijk verbonden is met de rechterlijke opdracht (...), is niet alleen geboden op het niveau van de Unie (...) maar ook op het niveau van de lidstaten, met betrekking tot de nationale rechterlijke instanties.

43 De onafhankelijkheid van de nationale rechterlijke instanties is in het bijzonder essentieel voor de goede werking van het stelsel van rechterlijke samenwerking die gestalte krijgt in het in artikel 267 VWEU neergelegde mechanisme van de prejudiciële verwijzing, doordat dit mechanisme (...) slechts in werking kan worden gesteld door een instantie die tot taak heeft om het Unierecht toe te passen en die met name voldoet aan dat criterium van onafhankelijkheid.

44 Het begrip onafhankelijkheid veronderstelt met name dat de instantie haar rechtsprekende taken volledig autonoom uitoefent, zonder enig hiërarchisch verband en zonder aan wie dan ook ondergeschikt te zijn of van waar dan ook bevelen of instructies te ontvangen, en aldus beschermd is tegen tussenkomsten of druk van buitenaf die de onafhankelijkheid van de oordeelsvorming van haar leden in aan hen voorgelegde geschillen in gevaar zouden kunnen brengen (...).

Kort gezegd: de lidstaten zijn op grond van het Unie-recht gehouden om de onafhankelijkheid van de nationale rechter te waarborgen. Met deze redenering, die even onweerlegbaar als *obiter dictum* is, zette het Hof van Justitie de deur nadrukkelijk open voor de Europese Commissie om door middel van inbreukprocedures op te komen tegen de aantasting van de rechtsstaat in de lidstaten.

4 *Plankgas na de Portugezen...*

Voorafgaand aan het Portugese arrest had de Commissie ook wel inbreukprocedures ingezet teneinde de gelijkschakeling van het Hongaarse resp. Poolse staatsapparaat tegen te gaan. Maar daarbij moest steeds aansluiting worden gezocht bij concrete normen van secundair recht, om aan te tonen dat de kwestie zich binnen de reikwijdte van het Unierecht afspeelde. Dat leidde dan wel tot het gewenste resultaat, maar daarbij moesten enigszins gewrongen redeneringen worden gevolgd.

Zo werd een ‘vroege’ inbreukprocedure tegen Hongarije met betrekking op de gedwongen vervroegde pensionering van rechters gevoerd over de band van Richtlijn 2000/78/EG. Daarmee werd een kwestie die was ingegeven door de wens van Orbán om een grote groep rechters aan de kant te schuiven, en die dus in wezen ging over de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, omgekat tot een zaak over sociale politiek – in het hele arrest valt de term ‘onafhankelijkheid’ niet.¹⁹ Hetzelfde deed zich voor toen de Hongaarse toezichthouder bescherming persoonsgegevens voortijdig van zijn functie werd ontheven om plaats te maken voor een door de regering gekozen vervanger: Richtlijn 95/46/EG met de daarin opgenomen eisen van onafhankelijkheid en onafzetbaarheid bood het gewenste aanknopingspunt.²⁰ Een paar jaar later volgde een sterk vergelijkbare uitspraak over een Poolse toezichthouder.²¹

Maar na 27 februari 2018 werd alles anders. De boodschap die het Hof van Justitie die dag afgaf, over de hoofden van de Portugese rekenmeesters heen, was niet mis te verstaan. De Commissie had goed geluisterd en leidde in relatief hoog tempo drie ‘nieuwe generatie’ inbreukprocedures in tegen Polen. Het Hof stelde de Commissie steevast in het gelijk, en aarzelde daarbij niet om voorlopige maatregelen op te leggen.²² In april 2020 kondigde de Europese Commissie aan de eerste stappen te zetten in een vierde inbreukprocedure tegen Polen.²³ De inzet wordt gevormd door de ‘muilkorfwet’ van december 2019, waarmee de Poolse wetgever tracht het handelen van rechters verder aan banden te leggen.

De Brusselse inzet van ná de Portugese zaak kent geen precedentes en zal ongetwijfeld, naast lof, veel weerstand hebben opgeroepen – niet alleen in Budapest en Warschau, maar vast ook binnen de Commissie. De *rule of law* heeft veel te danken aan de vasthoudendheid van Frans Timmermans en zijn toenmalige team bij de Europese Commissie. Daarbij mag ook de rol van Nederland niet onvermeld blijven: ons land intervenieerde niet alleen in enkele

¹⁹ Arrest van 6 november 2012, *Commissie/Hongarije* (C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687).

²⁰ Arrest van 8 april 2014, *Commissie/Hongarije* (C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237). Andere Hongaarse zaken met een sterke rechtsstatelijke lading betroffen de opname van asielzoekers (C-718/17), de maatregelen tegen de CEU (C-66/18) en de anti-NGO wetgeving (C-78/18).

²¹ Arrest van 13 juni 2018, *Commissie/Polen* (C-530/16, ECLI:EU:C:2018:430).

²² Zie HvJEU, arrest van 24 juni 2019, *Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de Sąd Najwyższy)* (C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531); arrest van 5 november 2019, *Commissie/Polen (Verlaging van de pensioenleeftijd van rechters bij de Poolse gewone rechterlijke instanties)* (C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924); beschikking van 20 april 2020, *Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Hoge Raad)* (C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277), waarbij het Hof bij voorlopige maatregel bepaalde dat de invoering van het nieuwe tuchtrecht voor rechters moest worden opgeschorst.

²³ Zie https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/IP_20_772 van 29 april 2020.

belangrijke prejudiciële procedures²⁴ maar ook, in het goede gezelschap van enkele gelijkgezinde landen, in de derde inbreukzaak – overigens nadat Hongarije als secondant van Polen was opgetreden in de tweede zaak. De actieve rol van Nederland en de gelijkgezinde landen weerlegt een eerder uitgesproken vrees dat lidstaten achterover zouden leunen en de Commissie de kastanjes uit het vuur zouden laten halen.²⁵

5 ... maar met de handrem erop

Toch leeft er ook kritiek op de manier waarop de Commissie invulling geeft aan haar rol als *Guardian of the Treaties*.

Vooraf in de periode rond 2016-2018 kwam die kritiek deels voort uit ongeduld: Poolse rechters die hun laatste hoop op de Unie hadden gevestigd, activisten die niet begrepen waarom het allemaal zo lang moest duren voordat de Unie in beweging kwam. Allerlei slinkse motieven en dubbele Brusselse agenda's werden verondersteld. Die vrees was allicht overtrokken, maar de kritiek was begrijpelijk. 'Europa' (EU én Raad van Europa) hadden meteen moeten ingrijpen toen in december 2015 de samenstelling van het Poolse Constitutionele Tribunaal in strijd met de wet werd gewijzigd.²⁶ Inmiddels is de kritiek op de Commissie voor een aanzienlijk deel verstomd, enerzijds omdat de Commissie dan toch maar mooi in beweging is gekomen, anderzijds omdat de critici ook niet goed konden uitleggen waarom de Poolse rechters niet zélf in actie kwamen, bijvoorbeeld door prejudiciële vragen te stellen. Waarom was er een *lerse* rechter nodig om de Poolse kwestie aan te kaarten?

Toch blijven er vragen leven over de bereidheid van de Commissie om de strijd voor het behoud van de rechtsstaat aan te gaan. Die vragen zijn niet verstomd met het aantreden van president Ursula von der Leyen en haar nieuwe team.²⁷ Waarom wil de Commissie af van het Coöperatie- en Verificatiemechanisme (CVM) terwijl de situatie in Roemenië en Bulgarije zo slecht is? Welk signaal geef je daarmee af? Waarom zijn er nog steeds geen vervolgstappen gezet in de vierde inbreukprocedure tegen Polen, over de 'muilkorfwet'? De termijn voor de Poolse regering om te reageren op de ingebrekestelling verstreek eind juni 2020; we zijn nu al weer maanden verder. En weer gaan er geruchten: het met redenen omkleed advies klaar zou klaar liggen, maar Von der Leyen *herself* zou het tegen houden.

²⁴ Nederland was erbij in *LM (Celmer)* (C-216/18 PPU). Het *Jaarbericht 2019 van de procesvertegenwoordiging voor het EU-Hof in Luxemburg* vermeldt o.a. interventies in de lopende zaken *Miasto Łowicz* (C-558/18 e.a.) en *Asociația 'Forumul Judecătorilor din România'* (C-83/19 e.a., C-355/19).

²⁵ R.A. Lawson, 'Over outsourcen en onthechten - Europese bescherming van mensenrechten anno 2018', in *Internationale Spectator* jrg. 72 (2018), afl. 1.

²⁶ En we wisten het: zie het rapport van de Venice Commission, *Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session* (Venice, 11-12 March 2016, doc. CDL-AD(2016)001-e). De Commissie – op dat moment nog niet gesterkt door de redenering van het HvJEU in de zaak van de Portugese rekenmeesters – bracht geen inbreukprocedure, maar opende wél meteen een (vruchteloze) dialoog in het kader van de 'rule of law-framework'. Zie https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/WM_16_2030.

²⁷ Zie recent R.D. Keleman, 'Von der Leyen is weak on rule of law – The house is already on fire. It's too late to promise to ensure there is no backsliding', op www.politico.eu, 22 sept. 2020. Eerder bv. EP-lid Michal Šimečka, 'Inability to solve the EU's rule of law crisis will lead to disintegration', op www.euronews.com, 16 maart 2020.

En hoe staat het toch met de naleving van de voorlopige maatregel die het Hof van Justitie op 20 april 2020 aan Polen oplegde? Het Hof had bepaald, mede gezien de ernstige twijfels rond de onafhankelijkheid van de nieuwe tuchtkamer van de Hoge Raad, dat de invoering van het nieuwe tuchtrecht voor rechters moest worden opgeschorst. Enkele weken later werd de Poolse rechter Tuleya gesommeerd voor diezelfde tuchtkamer te verschijnen. De Poolse regering deed een halfslachtige poging om de gang van zaken recht te praten: Tuleya zou in letterlijke zin niet terecht staan voor de tuchtkamer; deze kamer zou slechts beoordelen of Tuleya's immuniteit moest worden opgeheven zodat hij – voor een ándere rechter – strafrechtelijk kon worden vervolgd onder de bepalingen van de 'muilkorfwet'. De zaak liep met een sisser af – Tuleya's immuniteit bleef intact – maar dat had zomaar anders kunnen zijn. Op 25 juni 2020 kondigde Commissaris Didier Reijnders aan dat hij Polen om opheldering zou vragen, maar tot op de dag van vandaag zijn de resultaten van deze exercitie niet naar buiten gebracht.²⁸

En zo kijkt een deel van de buitenwereld met argusogen naar het doen en laten van de Commissie-Von der Leyen. Ze zegt veel te verwachten van een nieuwe jaarlijkse '*rule of law* – rapportage' waaraan alle lidstaten geacht worden mee te werken. Maar welke nieuwe inzichten hoopt men nog te verwerven, na alles wat de afgelopen tijd op tafel is gekomen? En welke voortgang hoopt men te boeken, gegeven het feit dat de twee artikel 7-procedures zijn stilgevallen? Gaat er, bij alle goede bedoelingen die ongetwijfeld bij sommige lidstaten leven, niet enorm veel energie zitten in het optuigen van allerlei procedures, die uiteindelijk tot niks zullen leiden? 'Dialog' is de favoriete bezigheid van de autocraat, althans waar het de contacten met de buitenwereld betreft.

6 Naarstig graven in de gereedschapskist

Alle inzet ten spijt is de situatie buitengewoon zorgelijk. De EU is er niet in geslaagd een adequaat antwoord te vinden op – laat staan een einde te maken aan – de afbraak van de rechtsstaat in Polen en Hongarije. Het afgelopen decennium heeft de EU in wezen machteloos toegekeken naar de ontwikkelingen in Hongarije, een landje met zo'n 10 miljoen inwoners – die, het zij terzijde opgemerkt, jaarlijks ruim 550 euro netto per persoon aan EU-fondsen ontvangen (zij het dat dit geld niet heel gelijkmatig verdeeld schijnt te worden). Orbán heeft alle ruimte gekregen om huis te houden en school te maken.

In deze benarde omstandigheden zou het prachtig zijn als het lukt de verdeling van EU-fondsen te koppelen aan de kwaliteit van de rechtsstaat. We kunnen ook dagdromen over nog weer nieuwe mechanismen en procedures. Maar in deze bijdrage wil ik me beperken tot het

²⁸ Op 21 sept. 2020 mengde het EHRM zich in de strijd, met de aankondiging dat het een klacht van rechter Tuleya voor nader commentaar had voorgelegd aan de Poolse regering. De klacht (no. 21181/19) betreft maar liefst zeven tuchtrechtelijke klachten tegen Tuleya, alleen al in het jaar 2018. De man wordt vakkundig kapot geprocedeerd. Op 5 okt. 2020 moet hij weer voor de tuchtrechter verschijnen.

Het is natuurlijk mooi dat het EHRM zich over deze zaak ontfermt, maar de traagheid waarmee dat gebeurt is onbegrijpelijk – de klacht was in april 2019 ingediend en heeft dus anderhalf jaar in een Straatsburgse bureaulade gelegen. Ik heb me eerder opgewonden over dergelijk plichtsverzuim, maar dat heeft kennelijk geen enkele indruk gemaakt: R.A. Lawson, 'A Living Instrument: The Evolutive Doctrine - Some Introductory Remarks', in *The European Convention on Human Rights: living instrument at 70 - Dialogue between judges* (European Court of Human Rights, Council of Europe, 2020), 7-13.

bestaande arsenaal en bezien hoe dat optimaal kan worden ingezet, zonder dat de verdragen behoeven te worden aangepast of er inter-institutionele akkoorden nodig zijn. De fundamenteen staan op het punt het te begeven, en er moet *nu* dus iets gebeuren om te voorkomen dat het dak en de muren op ons neerstorten. Over het *herstel* van de rechtsstaat zullen we het maar niet hebben; van de huidige regimes valt in elk geval niets te verwachten.

In vergelijking met de andere bestaande instrumenten biedt de inbreukprocedure een aantal voordelen. Anders dan de procedure van artikel 7 VEU leidt een inbreukprocedure binnen afzienbare termijn tot een juridisch bindend oordeel; zo nodig kunnen – eveneens bindende – voorlopige maatregelen worden opgelegd; de inzet van het instrument is niet afhankelijk van stemverhoudingen in de Raad; de procedure mondt idealiter uit in een beargumenteerd en – in het licht van bestaande jurisprudentie – tamelijk voorspelbaar oordeel. Daarbij zij aangetekend dat je geen onbeperkte hoeveelheden politiek gevoelige zaken op het bordje van de Commissie en het Hof kan leggen; vroeg of laat zal de wal het schip keren. Daarom is de actieve inbreng van lidstaten zo belangrijk.

De prejudiciële procedure heeft zich zeker bewezen als instrument waarmee de waakzame burger – en in dit bijzondere geval ook: de waakzame rechter – de aantasting van de rechtsstaat aan de kaak kan stellen. Maar deze procedure kan, hoe onvoorstelbaar dat ook klinkt, de verwijzende nationale rechter blootstellen aan risico's. In Polen kan het stellen van prejudiciële vragen aanleiding zijn voor tuchtrechtelijke maatregelen. En de ellende blijft daar niet toe beperkt: de Ierse rechter die vragen stelde in de fameuze *Celmer*-zaak werd in de Poolse media door het slijk gehaald.²⁹

Een ander belangrijk voordeel van de inbreukprocedure is dat het Hof van Justitie in dat kader zélf het nationale optreden langs de maatlat legt, en die beoordeling niet, zoals in de prejudiciële procedure, overlaat aan de verwijzende rechter. Dat laatste kan namelijk dramatische gevolgen hebben, zo ondervond de Poolse Hoge Raad in de zaak *A.K.*³⁰ De uitvoering die de Hoge Raad gaf aan de prejudiciële uitspraak in *A.K.* leidde namelijk tot een enorme escalatie van de binnenlandse situatie. Aan de hand van de richtsnoeren die het Hof had meegegeven, oordeelde de Hoge Raad dat de Raad voor de Rechtspraak (KRS) onvoldoende onafhankelijk is van de wetgevende en uitvoerende macht, en dat de nieuwe tuchtkamer van de Hoge Raad niet kan worden beschouwd als een 'gerecht'. Daarop verklaarden de Poolse autoriteiten dat deze uitspraak 'geen betekenis had' – en niet veel later werd de 'muilkorfwet' aangenomen die onder andere moest verhinderen dat Poolse rechters uitvoering gaven aan de Luxemburgse uitspraak in *A.K.*

7 *O campo preto: loyale samenwerking moet van twee kanten komen*

Dan maar liever de inbreukprocedure. Twee opmerkingen daarover. De eerste is dat er, zéker als het om de rechtsstaat gaat, geen enkele tolerantie mag bestaan als een EU-lidstaat het oordeel van het Hof negeert. Dat geldt zowel voor voorlopige maatregelen als een

²⁹ M. Hillard, 'Who is Justice Aileen Donnelly and why have her actions caused anger in Poland?', *Irish Times*, 17 March 2018: 'The Association of Judges of Ireland strongly condemned personalised attacks in the Polish media on Ms Justice Donnelly'.

³⁰ Arrest van 19 november 2019, *A.K. e.a. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Sąd Najwyższy)* (C-585/19 e.a., ECLI:EU:C:2019:982).

einduitspraak. Het is natuurlijk fataal voor het gezag van het Hof als een staat het rechterlijk oordeel naast zich neerlegt – en daarmee wegkomt. De Commissie moet daar boven op zitten.

Dat betekent ook dat de Commissie openheid van zaken moet geven over de nakoming van uitspraken. Op dit moment is dat niet het geval. Zojuist bespraken we al hoe de Poolse autoriteiten ambivalent reageerden (en dat is vriendelijk uitgedrukt) op de beschikking van het Hof van 20 april 2020, waarbij het voorlopige maatregelen oplegde in het kader van de derde inbreukprocedure. In zijn prejudiciële verwijzing van deze zomer merkt het Amsterdamse rechtbank in arren moede op dat het niet bekend is of de Poolse autoriteiten inmiddels de vereiste maatregelen hebben genomen en, zo ja of zij de Europese Commissie hiervan in kennis hebben gesteld.³¹ Een dergelijke gang van zaken versterkt het publieke vertrouwen in de inbreukprocedure niet.

Een tweede punt betreft een hoeksteen van de inbreukprocedure: de discretionaire bevoegdheid van de Commissie. Ze *kan* een zaak aanhangig maken bij het Hof van Justitie, zo bepaalt artikel 258 VWEU:

Indien de Commissie van oordeel is dat een lidstaat een van de krachtens de Verdragen op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, brengt zij dienaangaande een met redenen omkleed advies uit, na deze staat in de gelegenheid te hebben gesteld zijn opmerkingen te maken.

Indien de betrokken staat dit advies niet binnen de door de Commissie vastgestelde termijn opvolgt, *kan* de Commissie de zaak aanhangig maken bij het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Naar vaste jurisprudentie impliceert het woordje ‘kan’ in de tweede volzin dat de Commissie niet verplicht is een zaak aan het Hof voor te leggen, en er dus ook niet toe kan worden gedwongen.³² De eerste volzin, daarentegen, biedt wel een beoordelingsvrijheid maar geen discretionaire bevoegdheid: de procedure moet immers in gang worden gezet (‘brengt’) als de Commissie eenmaal tot het oordeel is gekomen dat een lidstaat zijn verplichtingen niet is nagekomen.

De wijze waarop deze bevoegdheid van de Commissie is ingericht, heeft zich in de afgelopen decennia ruimschoots bewezen. Mijn betoog strekt er ook niet toe die situatie ter discussie te stellen. Wél is er m.i. aanleiding om haar op één specifiek punt opnieuw te bezien en te nuanceren. In de specifieke situatie waarin de Commissie van oordeel is dat een EU-lidstaat het in artikel 2 VEU verankerde rechtsstaatbeginsel, zoals geconcretiseerd in artikel 19 VEU, schendt, zou zij, de Commissie, zich gehouden moeten achten een inbreukprocedure aanhangig te maken bij het Hof van Justitie. De Commissie zou – wat mij betreft, gezien de ernst van de situatie: op de kortst mogelijke termijn – deze invulling van haar discretionaire bevoegdheid als vast beleid moeten aankondigen.

³¹ Zie de verwijzingsbeslissing in C-354/20 PPU, r.o. 9, onder (h).

³² Zie bv. arrest van 14 februari 1989, *Star Fruit Company/ Commissie* (zaak 247/87, EU:C:1989:58), r.o. 12: ‘de instelling is stellig bevoegd doch niet verplicht om bij het Hof van Justitie beroep in te stellen ten einde het beweerdte verzuim te laten vaststellen’. Recent nog bevestigd in het arrest van 9 juli 2020, *Tsjechië/Commissie* (C-575/18 P, ECLI:EU:C:2020:530), r.o. 66-80. Nader K. Lenaerts e.a., *EU Procedural Law* (Oxford UP, 2014), pp. 177-178.

Er zijn twee redenen om beslissingen over het aanhangig maken van een inbreukprocedure uit de noodzakelijkerwijze politieke sfeer van de opportuniteit te halen. De eerste is het belang van het onderwerp. Het is – in de woorden van het Hof van Justitie – voor de Unie ‘primordiaal’ dat de onafhankelijkheid van rechterlijke instanties in de lidstaten is gewaarborgd. Hier is, het is niet anders, de toekomst van de Unie in het geding. Dat belang is daarmee zo dwingend, dat het leidend moet zijn als de Commissie invulling geeft aan haar bevoegdheid om zaken voor het Hof te brengen. Ik pleit dus niet voor een wijziging van de verdragstekst, of een aanpassing van de daarop gebaseerde jurisprudentie, maar voor zelfbinding van de Commissie als uitvloeisel van de Luxemburgse jurisprudentie.

In de tweede plaats dient het beginsel van loyale samenwerking tussen Unie en lidstaten *juist op het punt van de onafhankelijkheid van de nationale rechter*³³ door te werken in de besluitvorming over het aanhangig maken van een inbreukprocedure. Uitgerekend in de zaak van de Portugese rekenmeesters wees het Hof op het belang van dit beginsel:

34 Het staat dus aan de lidstaten om, onder meer krachtens het in artikel 4, lid 3, eerste alinea, VEU genoemde beginsel van loyale samenwerking, de toepassing en de eerbiediging van het recht van de Unie op hun grondgebied te waarborgen (...)

Sinds de aloude zaak *Zwartveld* weten we dat die verplichting van loyale samenwerking, juist als het gaat om de nationale rechtelijke autoriteiten, twee kanten op werkt.³⁴ Het is de moeite waard om de kernpassage van de *Zwartveld*-beschikking weer eens af te stoffen:

18 Deze verplichting van de gemeenschapsinstellingen tot loyale samenwerking is van bijzonder belang in de betrekkingen met de rechtelijke autoriteiten van de Lid-Staten, die tot taak hebben te waken over de toepassing en de eerbiediging van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde.

Er is dus wederkerigheid: de lidstaten moeten de toepassing en eerbiediging van het Unierecht waarborgen, en dus verzekeren dat de nationale rechter in staat is daadwerkelijke rechtsbescherming te bieden; en de instellingen van de Unie moeten op hun beurt diezelfde nationale rechter waar nodig bijstaan, zodat hij zich van precies die taken kan kwijten.

Toen, in 1990, bestond de bijstand van de Commissie erin dat zij de Groninger rechter-commissaris de informatie moest verstrekken die hij nodig had bij zijn gerechtelijk vooronderzoek naar een overtreding in de haven van Lauwersoog van een gemeenschapsregeling inzake visquota. Nu, in 2020, staan er grotere belangen op het spel. We staan, om in stijl te blijven, voor de keuze tussen de zwartgeblakerde vlakke, daags na de ‘omkering’ van Sodom, en een nieuwe, ‘Portugese’ invulling van de *Zwartveld*-regel. Ik kies voor het laatste. De *O campo preto*-regel behelst dat de Commissie de nationale rechter te

³³ Daarin verschilt de door mij beoogde regel van de inzet van de in de vorige noot genoemde zaak *Tsjechië/Commissie* (C-575/18 P). Ook in deze zaak werd met een beroep op art. 4 lid 3 TEU een beperking van de discretionaire bevoegdheid van de Cie. bepleit. Dat pleidooi (r.o. 44) werd afgewezen (r.o. 77). Die zaak had echter betrekking op financiële belangen, en niet op schendingen van het in artikel 2 VEU verankerde rechtsstaatbeginsel, zoals geconcretiseerd in artikel 19 VEU.

³⁴ Beschikking van 13 juli 1990, *J. J. Zwartveld e.a.* (zaak C-2/88 Imm., ECLI:EU:C:1990:315), r.o. 23. De tekst van de beschikking is overigens nog niet in het Pools beschikbaar.

hulp schiet, door een inbreukprocedure aanhangig te maken, *steeds* als zij van oordeel is dat het in artikel 2 VEU verankerde rechtsstaatbeginsel, zoals geconcretiseerd in artikel 19 VEU, wordt geschonden. Te hopen valt, uiteraard, dat die situatie zich slechts heel zelden voordoet.

Intuïtief zou men wellicht verwachten dat de Commissie zich niet zal willen vastleggen op zulk een gevoelig onderwerp. Maar een dergelijke toezegging zou politiek gezien juist nog wel eens zijn aantrekkelijke kanten kunnen hebben: president Von der Leyen kan de buitenwereld bij voorbaat duidelijk maken dat, als het om de rechtsstaat gaat, het niet haar luimen of politieke voorkeuren zijn die de doorslag geven om een zaak al dan niet voor het Hof te brengen. De rechtsstaat, zo zou de boodschap zijn, laat zich niet tegen andere belangen afwegen.

Opgemerkt zij nog dat de samenwerkingsverplichting waarnaar het Hof in *Zwartveld* verwees, niet absoluut was: zij vond haar grens in de noodzaak 'te verhinderen dat de Gemeenschappen in hun werking en onafhankelijkheid worden belemmerd'.³⁵ Het zal duidelijk zijn dat geen afbreuk wordt gedaan aan de werking en onafhankelijkheid van de Unie als de Commissie toezegt een inbreukprocedure aanhangig te maken indien in een lidstaat de rechtsstaat in het geding is. In tegendeel.

Dit is, mijns inziens, de kant die het op moet – niet omdat dit nu zo'n aardige rechtsontwikkeling zou zijn, maar, uiteindelijk, omdat we Ivo een kalme oude dag willen bezorgen. Hij moet toch met een gerust hart het ECER, zijn ECER, ons ECER, aan een jongere collega kunnen overdragen.

Natuurlijk zijn er allerlei vervolgvragen. Kan men, bijvoorbeeld via een actie wegens nalaten, de Commissie in rechte aanspreken als een inbreukprocedure uitblijft? Wie zou zo'n 'Unierechtelijke artikel 12 Sv- procedure' aanhangig kunnen maken? Hoe zou het Hof zo'n procedure kunnen inrichten op een wijze dat iedere schijn van vooringenomenheid voorkomen wordt, mocht het later inderdaad tot een inbreukprocedure komen? Onderwerpen te over voor de toekomstige afleveringen van de ECER-Nieuwsbrief.

³⁵ Zie daarover ook het vervolg in de zaak: beschikking van 6 december 1990, *J. J. Zwartveld e.a.* (zaak C-2/88 Imm., ECLI:EU:C:1990:440), r.o. 5 e.v.