



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De prejudiciële procedure als instrument ter verdediging van de rechtsstaat

Lawson, R.A.

Citation

Lawson, R. A. (2022). De prejudiciële procedure als instrument ter verdediging van de rechtsstaat. *Nederlands Tijdschrift Voor Europees Recht*, 28(3/4), 96-104.
doi:10.5553/NtER/138241202022028003003

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3505419>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De prejudiciële procedure als instrument ter verdediging van de rechtsstaat

Prof. dr. R.A. Lawson*

Inleiding: 'We cannot take democracy for granted'

Bijna een derde van de Europese burgers vindt dat democratie de belangrijkste Europese waarde is om te verdedigen. Andere topprioriteiten zijn de vrijheid van meningsuiting, de bescherming van mensenrechten in de EU en de wereld, gelijke behandeling van man en vrouw – en de rechtsstaat. Dat blijkt uit de jongste Eurobarometer-enquête, die overigens plaatsvond voordat de oorlog in Oekraïne losbarstte.¹ Maar ook voor de Russische invasie baarden toenemend extremisme, de verspreiding van desinformatie en de verzwakking van de rechtsstaat de Europese burger zorgen, zo wordt geconstateerd.

En niet alleen leven er kennelijk breed gedragen zorgen – de enquête wijst ook uit dat men verwacht dat de Unie er iets aan *doet*.² Het begeleidende persbericht laat er geen misverstand over bestaan: de Europese burger doet een beroep op het Europees Parlement om bóven alles de democratie te beschermen. Nu zijn er allerlei kanttekeningen te plaatsen bij een onderzoek als dit.³ Maar

de politieke boodschap is duidelijk: hier is werk aan de winkel. De nieuwe voorzitter van het Europees Parlement, Roberta Metsola, pakte de handschoen meteen al op: 'We cannot take democracy for granted; extremism, authoritarianism and nationalism are today rising threats for our common European project.'⁴

De basiswaarden van de Unie zijn netjes verankerd in artikel 2 EU-Verdrag. Maar de zorg is dat respect voor die waarden niet langer voor zich spreekt, en de Unie zou die waarden dan ook actief moeten beschermen. Dat inzicht vertaalt zich op verschillende manieren. De Uniewetgever heeft een nieuw conditionaliteitsmechanisme in het leven geroepen, dat nog kortgeleden op deze plaats is geanalyseerd en inmiddels door het Hof van Justitie is omarmd.⁵ Het Europees Parlement heeft zich niet onbetuigd gelaten, bijvoorbeeld door aan te dringen op snelle toepassing van dat conditionaliteitsmechanisme of, eerder al, met de aanvaarding van het rapport-Sargentini over de rechtsstaat in Hongarije. Bij de Raad loopt – nu alweer ruim vier jaar! – de procedure van artikel 7 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) tegen Polen en, sinds 2018, Hongarije. De Europese Commissie heeft verschillende inbreukprocedures gevoerd, met name om de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Polen te beschermen. Inmiddels blijkt zélfs het mededingingsrecht niet langer immuun voor de rechtsstatelijke crisis.⁶

Tegen die turbulente achtergrond richt deze bijdrage zich op de prejudiciële procedure. Waar de inbreukprocedure als het ware *top-down* wordt ingezet om schen-

pees Parlement de meeste aandacht schenken? (hoofdstuk 3 van het rapport) veronderstelt dat het Europees Parlement hier een rol (en een bevoegdheid) heeft.

* Prof. dr. R.A. (Rick) Lawson is hoogleraar Europese bescherming van de rechten van de mens, Europa Instituut, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

1 Zie 'Eurobarometer: verdedigen democratie topprioriteit voor het Europees Parlement' (8 februari 2022), op <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2612>, met links naar het volledige verslag. Zie p. 42 van het verslag voor een overzicht van prioriteiten. Per land verschillen de zorgen enigszins. In Griekenland noemt 39% de *rule of law* als topprioriteit. In elf lidstaten, waaronder Polen en Hongarije, stellen de respondenten de verdediging van de democratie voorop. In Nederland staat de bescherming van de mensenrechten op de eerste plaats.

2 Zie hoofdstuk 3 van het rapport: 'Europeans and the European Parliament: Backed by a positive image, there is a call for a stronger role and to defend democracy' (p. 35 e.v.).

3 Zo is onduidelijk hoe de onderzoekers (of de respondenten!) onderscheid maken tussen de verschillende begrippen, zoals 'de mensenrechten' enerzijds en afzonderlijke rechten zoals de vrijheid van meningsuiting en van geweten anderzijds. En een vraag als 'aan welke waarde moet het Euro-

4 Geciteerd in E. Zalan, 'Defending democracy a top choice for a third of Europeans', *EUobserver* 9 februari 2022 (<https://euobserver.com/democracy/154321>).

5 T.P.J.N. van Rijn, 'Het nieuwe rechtsstaatmechanisme: een panacee voor alle schendingen van EU-recht?', *NtER* 2021/9-10, p. 239-246. Zie nader HvJ 16 februari 2022, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 (*Hongarije/EP en Raad*) en HvJ 16 februari 2022, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98 (*Polen/EP en Raad*).

6 Gerecht 8 februari 2022, T-791/19, ECLI:EU:T:2022:67 (*Sped-Pro/Commissie*).

dingen van de rechtsstaat aan te pakken – indien de Commissie bereid is het initiatief daartoe te nemen – biedt de prejudiciële procedure de mogelijkheid om *bottom-up* te reageren. Die procedure stelt de nationale rechter immers in staat om, aan de hand van een concreet geschil, zélf problemen te identificeren en voor te leggen aan het Hof van Justitie. Dat roept de vraag op of deze procedure geen geschikt middel is om de rechtsstaat te beschermen.

Nu is ‘de rechtsstaat’ een wijds begrip.⁷ Ik beperk me hier in twee opzichten. Ik richt me op het kernelement dat in de afgelopen jaren zoveel aandacht heeft gekregen: de rechterlijke onafhankelijkheid.⁸ Daarnaast ligt de nadruk op Polen, waar zich sinds 2015 een ware titanensrijd afspeelt tussen de *ruling party* en de rechterlijke macht. Vergelijkbare problemen spelen ook elders. Maar Polen is het land waar de rechterlijke macht het meest vocaal en actief is in haar verzet tegen de aantasting van haar onafhankelijkheid en waar, bijgevolg, de meeste aandacht naar uit gaat.⁹

Die aandacht krijgt Polen ook van het Hof van Justitie. In maart 2018 werd het ijs gebroken door de Ierse rechter Aileen Donnelly. Zij stelde, in de inmiddels befaamde zaak *LM*, de prejudiciële vraag of de afbraak van de rechtsstaat in Polen niet in de weg stond aan de overdracht van een verdachte naar dat land.¹⁰ Dezelfde vraag zou in verschillende toonaarden worden herhaald, met name door de rechtbank Amsterdam.¹¹

Ging het in deze zaken om buitenlandse rechters die zich afvroegen wat ze nu aan moesten met de ontwikkelingen in Polen, in andere zaken waren de Poolse rechters zélf aan het woord. In essentie gebruikten zij de prejudiciële procedure om het Hof van Justitie te hulp te roepen. De verwijzende rechters beschreven de onoorbare druk waaraan zij, of collega’s, blootstonden en vroegen het Hof van Justitie om uit te spreken dat die druk onverenigbaar is met het Unierecht.¹² Dergelijke noodkreten kwamen overigens ook uit andere EU-lid-

staten.¹³ Inmiddels liggen er tientallen prejudiciële uitspraken waarin de rechterlijke onafhankelijkheid op de een of andere manier centraal staat.

De prejudiciële procedure leent zich er dus voor om problemen rond de rechtsstaat aan te kaarten. We wagen ons hier niet aan de empirische vraag in hoeverre alle rechterlijke activiteit nu ook daadwerkelijk effect heeft gesorteerd in de betrokken landen. Het vergt nader onderzoek, en wellicht ook meer afstand in de tijd, om daar iets over te zeggen. Voor dit artikel draaien we de zaak om: is de Luxemburgse jurisprudentie in prejudiciële zaken over de rechterlijke onafhankelijkheid in de afgelopen jaren geëvolueerd onder invloed van de *rule of law*-crisis? Denkbaar is dat het grote aantal zaken, met alle uiteenlopende casusposities die daarin aan het Hof van Justitie werden voorgelegd, heeft geleid tot een nadere invulling van de eisen die worden gesteld aan de rechterlijke onafhankelijkheid. Zou het zo zijn dat de eisen in de afgelopen jaren strenger zijn geworden?

Ik neem een aanloop in de volgende paragraaf. Een terugblik op het van oudsher vertrouwde kader zal duidelijk maken dat de prejudiciële procedure eigenlijk helemaal géén voor de hand liggend instrument leek om de rechtsstaat te stutten. Vervolgens beschrijf ik aan de hand van zes spraakmakende zaken hoe dat beeld radicaal is veranderd. Ten slotte blik ik terug op de stormachtige ontwikkeling van de laatste jaren.

Vertrekpunt: respect voor de procedurele autonomie

97

Vroeger was het allemaal overzichtelijk. De inrichting van de nationale rechtsorde was een bevoegdheid van de lidstaten; het Gemeenschapsrecht zweeg daarover. Eigenlijk vormde de prejudiciële procedure het enige moment waarop het Gemeenschapsrecht ‘in aanraking kwam’ met nationale rechters en een mogelijk gebrek aan onafhankelijkheid aan de orde zou kunnen komen. Artikel 177 EEG-Verdrag, de voorloper van artikel 267 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), opende de mogelijkheid voor ‘rechterlijke instanties’ om prejudiciële vragen te stellen. De meeste aandacht ging in de beginjaren uit naar de vraag wanneer een rechter niet alleen bevoegd maar ook verplicht is prejudiciële vragen te stellen. Onder welke omstandigheden een orgaan nu precies kwalificeert als ‘rechterlijke instantie’ was geen voorwerp van uitvoerige discussie, en de vraag aan welke eisen zo’n orgaan dan moest voldoen werd al helemaal niet gesteld.

In zijn befaamde handboek *Judicial Protection in the European Communities* stond Hein Schermers er toch

7 Zie European Commission for Democracy through Law (de ‘Commissie van Venetië’ van de Raad van Europa), *Rule of Law Checklist* (2016), te vinden op venice.coe.int.

8 Daarover, en over de relatie met de eis dat het gerecht overeenkomstig het nationale recht is ingericht, zie m.n. EHRM 1 december 2020, appl. nr. 26374/18 (*Guðmundur Andri Ástráðsson/Ísland*), punt 231 e.v.

9 Zie recent bijv. J. Morijn, ‘De EU en de rechtsstatelijke crisis in Hongarije en Polen’, *NJB* 2021, p. 200-207, met verdere verwijzingen, en de bijdragen in dezelfde aflevering van de Poolse rechter Mazur en diens Nederlandse collega Heuveling van Beek. Eerder: R. Lawson, ‘Pourquoi mourir pour Dantzig? Europa als hoeder van de democratische rechtsstaat’, in: A. Ellian e.a. (red.), *De strijd om de democratie – Essays over democratische zelfverdediging*, Amsterdam: Boom uitgevers 2018, p. 217-259.

10 HvJ 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*Ministry of Justice and Equality/LM*). De *Irish Times* berichtte op 13 maart 2018 dat was besloten prejudiciële vragen te stellen ‘because recent legislative changes to the Polish judicial system had been “so immense” that Ireland’s high court had been forced to conclude that the rule of law in Poland suffers from a complete breakdown’.

11 HvJ 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*). Nieuwe vragen van de rechtbank Amsterdam leidden tot HvJ 22 februari 2021, gevoegde zaken C-562/21 PPU en C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 (*X en Y*). Ook de Ierse rechter houdt aan: zaak C-480/21 (*Ministry of Justice and Equality*), nog aanhangig.

12 Zie bijv. HvJ 2 maart 2021, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 (*AB e.a./KRS*).

13 Zie bijv. uit Hongarije HvJ 29 juli 2019, C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626 (*Torubarov*), uit Bulgarije HvJ 12 februari 2019, C-8/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:110 (*RH*); uit Roemenië HvJ 18 mei 2021, gevoegde zaken C-83/19 e.a., ECLI:EU:C:2021:393 (*Asociația Forumul Judecătorilor din România*); uit Malta HvJ 20 april 2021, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311 (*Repubblika*).

éven bij stil. ‘What constitutes a court and who decides upon this? There is no doubt that apart from the normal courts of a Member State special courts also qualify under EEC Article 177’ – zo opende de betreffende passage.¹⁴ De vraag in hoeverre ‘the normal courts’ moesten voldoen aan eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bleef buiten beschouwing. Kennelijk sprak dat wel vanzelf.

Een enkele keer werd de positie van de verwijzende rechter toch ter discussie gesteld. In de zaak *Reina* was het *Verwaltungsgericht* dat de verwijzingsbeschikking had gegeven, samengesteld uit drie professionele rechters, terwijl het toepasselijke procesrecht de medewerking van twee lekenrechters vereiste. Een van de partijen betoogde dat de verwijzing daarom niet-ontvankelijk was. Het Hof van Justitie hield die boot echter af: gegeven de taakverdeling tussen Hof van Justitie en nationale rechter kon het Hof van Justitie niet nagaan of de verwijzingsbeschikking ‘is gegeven met inachtneming van de regels van het nationale recht betreffende de rechterlijke organisatie en de procesgang’.¹⁵

De opstelling van het Hof van Justitie reflecteerde de autonomie die de lidstaten genoten bij de inrichting van hun rechtsorde. Schermers verwoordde het uitgangspunt kort en bondig:

‘It is for the legal system of each member State to determine which court has jurisdiction to hear disputes involving individual rights derived from Community law but at the same time the Member States are responsible for ensuring that those rights are effectively protected in each case.’¹⁶

Dat was een schot in de roos. Maar niemand verbond destijds aan het tweede deel van de zin, de opdracht tot effectieve rechtsbescherming, de consequentie dat de verwijzende rechter *op grond van het Gemeenschapsrecht* aan alle eisen van het recht op een eerlijk proces moest voldoen. Dat bleek toen de Afdeling Geschillen van Bestuur van de Raad van State, die destijds de Kroon adviseerde in administratiefrechtelijke procedures, prejudiciële vragen stelde. Advocaat-generaal Mayras ging nog wel in op de positie van de Afdeling, maar het Hof van Justitie besteedde er geen enkele aandacht aan.¹⁷ Dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) later, in de zaak *Bentham*, zou oordelen dat diezelfde Afdeling helemaal geen ‘rechter’ was in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijhe-

den (EVRM),¹⁸ was kennelijk geen reden om daar alsnog vraagtekens bij te plaatsen.¹⁹ De prioriteit lag destijds, in die eerste decennia van de Gemeenschappen, bij de verspreiding van het Gemeenschapsrecht en het vestigen van de prejudiciële procedure. Daarbij paste het allicht niet om al te indringend na te gaan van wie de vragen afkomstig waren. En was het niet de Tariefcommissie – geen gerecht maar een commissie ‘composed of lawyers who are experts in the field’ – die een van de bekendste uitspraken van het Hof had uitgelokt: *Van Gend en Loos*?

Toch werden er wel grenzen getrokken, want arbitragepanels kunnen niet zomaar vragen stellen.²⁰ Maar die grenzen waren tamelijk vloeiend. Dat bleek toen de weduwe Vaassen²¹ een beroep instelde voor het ‘Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf Heerlen’. Het Scheidsgerecht stelde prejudiciële vragen, waarna de vraag rees of hier wel sprake was van een ‘rechterlijke instantie’. Naar Nederlands recht was dat niet het geval, maar advocaat-generaal Gand vond dat niet doorslaggevend: hij meende dat het begrip ‘rechterlijke instantie’ een eigen betekenis had onder artikel 177 EEG-Verdrag. Het Hof van Justitie accepteerde de verwijzing op basis van enkele overwegingen, die in de literatuur al snel werden opgevat als definitie van een ‘rechterlijke instantie’ in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag. Het Hof van Justitie constateerde dat het Scheidsgerecht naar Nederlands recht was ingesteld; dat het als permanente instantie verplichte rechtsmacht had ten aanzien van een specifiek omschreven categorie geschillen; dat het een procedure op tegenspraak voerde en ‘naar recht’ oordeelde, terwijl zijn oordelen juridisch bindend waren.²² Geen woord over onafhankelijkheid. In tegendeel: het Hof van Justitie woog, in positieve zin, mee ‘dat de benoeming van de leden van het Scheidsgerecht, de aanwijzing van zijn voorzitter en de vaststelling van het reglement voor het Scheidsgerecht behoren aan de minister’.

Dat was 1966. In de decennia die volgden zou het Hof van Justitie opmerkingen over een vermeend gebrek aan onafhankelijkheid van de verwijzende rechter blijven afwimpelen. Verschillende advocaten-generaal bepleitten een indringender toets, maar de benadering van het Hof van Justitie bleef tamelijk formalistisch. Kort gezegd: als de toepasselijke regelgeving bepaalde dat het verwijzende orgaan onafhankelijk was, dan wás dat zo.²³

14 De betreffende passage (hfdst. 4, par. III.B.4) keerde vrijwel ongewijzigd terug in de eerste vijf drukken. Zie bijv. de vierde druk, H.G. Schermers & D. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, Kluwer Law International 1987, p. 363. In de zesde druk (2001) werd iets meer aandacht geschonken aan de kwestie.

15 HvJ 14 januari 1982, C-65/81, ECLI:EU:C:1982:6 (*Reina*), punt 7.

16 Schermers & Waelbroeck 1987, p. 362.

17 Zie bijvoorbeeld HvJ 27 november 1973, C-36/73, ECLI:EU:C:1973:130 (*Nederlandse Spoorwegen*). Voor de conclusie A-G 7 november 1973, ECLI:EU:C:1973:114, zie *Jur.* 1973, p. 1318-1321.

18 EHRM 23 oktober 1985, appl.nr. 8848/80 (*Bentham/Nederland*), punt 40: ‘A power of decision is inherent in the very notion of “tribunal” (...). Yet the Division tenders only an advice.’

19 Schermers & Waelbroeck 1987, p. 363, noot 61.

20 HvJ 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee II*).

21 Haar meisjesnaam werd door de naoorlogse generatie vermeden. Schermers & Waelbroeck 1987 p. 364.

22 HvJ 30 juni 1966, C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39 (*Weduwe G. Vaassen-Göbels*).

23 Zie bijv. HvJ 11 juni 1987, C-14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*), punt 7; HvJ 17 september 1997, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413 (*Dorsch Consult*), punt 34-37; HvJ 4 februari 1999, C-103/97, ECLI:EU:C:1999:52 (*Köllensperger*), punt 19-24; HvJ 21 maart 2000, gevoegde zaken C-110/98

Pas veertig jaar na de zaak van de weduwe Vaassen, ging het roer om. In de zaak *Wilson* ging het om de uitleg van Richtlijn 98/5/EG, die het mogelijk maakte dat een advocaat zijn beroep ook in een andere lidstaat uitoefende. Werde toestemming daarvoor geweigerd, dan voorzag de richtlijn in een beroepsmogelijkheid. De vraag in *Wilson* was in hoeverre die beroepsinstantie moest voldoen aan eisen van onafhankelijkheid. Dat bood het Hof van Justitie de gelegenheid om zijn rechtspraak te verdiepen. Het ging nu eens niet om de vraag of een nationale instantie bevoegd was prejudiciële vragen te stellen (waarbij de eisen van art. 177 EEG-Verdrag, inmiddels art. 267 VWEU, leidend waren), maar om de toegang van de justitiabele tot een nationale beroepsinstantie. Dat bood de gelegenheid om na te gaan welke eisen het materiële Unierecht stelde aan de onafhankelijkheid van die instantie. In antwoord op die vraag sloot het Hof van Justitie aan bij zijn bestaande – vrij summier – rechtspraak over de onafhankelijkheid van verwijzende rechters in het kader van prejudiciële procedures, en voegde het er enkele nieuwe elementen aan toe, die mede aan Straatsburgse jurisprudentie waren ontleend.²⁴ Daarmee stond de rechterlijke onafhankelijkheid voor het eerst op de kaart met een Unierechtelijke invulling. Het ging in *Wilson* om de interpretatie van een concrete bepaling in een richtlijn, maar het was denkbaar dat de definitie zich ook zou lenen voor andere toepassingen.

Verfijning in grove tijden

Fast forward naar 2018. Sinds de verkiezingen van 2015 is in Polen een regering aan de macht die met kracht hervormingen van de rechterlijke macht doordrukt. Dat roept grote weerstand op, zowel in Polen als daarbuiten. Nadat een dialoog met de Poolse regering ook na twee jaar geen resultaat heeft geboekt, leidt de Commissie in eind 2017 de procedure van artikel 7 VEU in.²⁵ Aan de Raad wordt gevraagd vast te stellen dat er een ‘duidelijk gevaar’ bestaat voor een ‘ernstige schending’ van de in artikel 2 VEU neergelegde waarden, met name de rechtsstaat.

De Commissie aarzelt echter een ander instrument in te zetten: de inbreukprocedure. Die leidt weliswaar tot een bindende uitspraak van het Hof van Justitie, maar kan uiteraard slechts worden gebruikt als een lidstaat zijn verplichtingen onder het Unierecht niet nakomt. Daarvan kan sprake zijn als bijvoorbeeld een richtlijn een ‘haakje’ biedt, door in een specifieke context een beroepsmogelijkheid bij de (onafhankelijke) rechter te

vereisen, zoals in de zaak *Wilson* het geval was. Maar wat te doen als de rechterlijke onafhankelijkheid over de hele linie wordt aangetast? Dat is onverenigbaar met de waarden van artikel 2 VEU, maar is dat ook in strijd met concrete Unierechtelijke verplichtingen?

Februari 2018: de Portugese zaak *ASJP*

Terwijl de Commissie talmt, komt de oplossing zomaar uit de lucht vallen. Begin 2018 doet het Hof van Justitie uitspraak in de zaak *ASJP*.²⁶ Een merkwaardige zaak. Gesteund door hun vakbond keren enkele leden van de Portugese Rekenkamer zich tegen de tijdelijke salaris-korting die als gevolg van de financiële crisis was opgelegd aan ál het Portugese overheids personeel. De rekenmeesters, die kennelijk de status van rechters genieten, klagen over een aantasting van hun onafhankelijkheid. Kansloos, maar het Hof van Justitie grijpt de zaak aan om uit te spreken dat de lidstaten *op grond van het Unierecht* gehouden zijn om de onafhankelijkheid van de rechter te waarborgen.

De redenering is ingenieus. De waarden van de Unie zijn neergelegd in artikel 2 VEU. Een van die waarden, de rechtsstaat, wordt geconcretiseerd in artikel 19 lid 1, tweede alinea, VEU. Dat bepaalt immers dat de lidstaten moeten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren op de onder het recht van de Unie vallende gebieden. Van ‘daadwerkelijke rechtsbescherming’ kan slechts sprake zijn indien de rechter onafhankelijk is. Het belang van rechterlijke onafhankelijkheid wordt bevestigd door artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest), dat onder meer de toegang tot een ‘onafhankelijk’ gerecht vereist. Nu heeft het Handvest een relatief beperkte reikwijdte (op grond van art. 51 zijn de lidstaten slechts aan het Handvest gebonden als zij ‘het Unierecht ten uitvoer brengen’), maar artikel 19 EU-Verdrag is ruimer: dat ziet op ‘de onder het recht van de Unie vallende gebieden’. Zodoende geldt de eis van onafhankelijkheid voor iedere nationale rechter die te maken kán krijgen met de toepassing of de uitlegging van het Unierecht.²⁷

De gangbare opvatting is dat het Hof van Justitie met deze redenering – die goeddeels *obiter dictum* was – de deur nadrukkelijk openzette voor de Commissie om met inbreukprocedures op te komen tegen de aantasting van de rechtsstaat in Polen en andere lidstaten. Zoals prompt gebeurde.²⁸

26 HvJ 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*). Daarover o.a. R.A. Lawson, ‘O campo preto – Op zoek naar een Portugese Zwartveld’, in: L.A. Campo e.a. (red.), *Loyale samenwerking binnen de EU – Liber Amicorum voor Ivo van der Steen*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 23-38.

27 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punt 30-37.

28 Zie HvJ 5 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 (*Commissie/Polen*, verlaging pensioenleeftijd rechters gewone gerechten); HvJ 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (*Commissie/Polen*, verlaging pensioenleeftijd rechters Hoge Raad); HvJ 15 juli 2021, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 (*Commissie/Polen*, tuchtrecht voor rechters; voorafgegaan door beschikking HvJ inz. voorlopige maatregelen 8 april 2020, ECLI:EU:C:2020:277; beschikking HvJ inz. voorlopige maatregelen 14 juli 2021, C-204/21, ECLI:EU:C:2021:593 en beschikking inz. dwangsom 27 oktober 2021, C-204/21, ECLI:EU:C:2021:878 (*Commissie/Polen*, nieuw tuchtrecht).

en C-147/98, ECLI:EU:C:2000:145 (*Gabalfrija*), punt 39; HvJ 29 november 2001, C-17/00, ECLI:EU:C:2001:651 (*De Coster*), punt 17-21.

24 HvJ 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), punt 49-53.

25 Europese Commissie, Voorstel voor een besluit van de Raad betreffende de constatering van een duidelijk gevaar voor een ernstige schending, door de Republiek Polen, van de rechtsstaat, COM/2017/0835 final, van 20 december 2017.

Maar ook voor de prejudiciële procedure is de ‘Portugese formule’ van onmiddellijk belang. Expliciet merkt het Hof van Justitie op dat het mechanisme van prejudiciële verwijzingen ‘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’.²⁹ En die eis veronderstelt ‘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’.

Juli 2018: de Ierse zaak LM

Nog geen maand na de *ASJP*-uitspraak meldt het Ierse *High Court* zich. In een zaak die aanvankelijk als *Celmer*, later als *LM* bekendstaat, stelt het de prejudiciële vraag of het wel gevolg kan geven aan een Europees Aanhoudingsbevel (EAB) uit Polen. Onder verwijzing naar de lopende artikel 7 VEU-procedure beschrijft het *High Court* hoe de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen onder druk staat; het spreekt de vrees uit dat ‘LM’ geen eerlijk proces zal krijgen. Is de Ierse rechter verplicht daaraan mee te werken? Alleen al op grond van het EVRM mag zij ‘LM’ niet blootstellen aan een ‘flagrant denial of justice’.³⁰ In juli 2018 antwoordt het Hof van Justitie.³¹ Er valt, zoals bij alle hier besproken zaken, een hele boom op te zetten over het arrest, maar we moeten ons tot de hoofdlijn beperken.

Het Unierecht, zo memoreert het Hof van Justitie, is erop gebaseerd dat de lidstaten de gemeenschappelijke waarden van artikel 2 VEU delen. Iedere lidstaat moet erop vertrouwen dat de andere lidstaten deze waarden in acht nemen. Het beginsel van wederzijdse erkenning, dat op dit vertrouwen berust, verbiedt de nationale rechter – ‘behoudens uitzonderlijke gevallen’ – na te gaan of een andere lidstaat in een concreet geval daadwerkelijk de grondrechten eerbiedigt.

Maar uitzonderingen zijn dus denkbaar. Het Hof van Justitie benadrukt het belang van de rechterlijke onafhankelijkheid, dat tot de kern van het recht op een eerlijk proces behoort. Het hele systeem rond het EAB is erop gebaseerd dat de strafrechters van de verzoekende lidstaat – of ze nu betrokken zijn bij de vervolging, het strafproces zelf, of de tenuitvoerlegging van de straf – voldoen aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Mocht de Ierse rechter van oordeel zijn dat ‘LM’ bij overlevering een reëel gevaar loopt dat zijn recht op een onafhankelijk gerecht wordt geschonden, dan kan zij weigeren gevolg te geven aan het EAB. Daartoe moet zij nagaan of het functioneren van de Poolse rechterlijke macht gebukt gaat onder structurele gebreken, en of juist ‘LM’ na overlevering gevaar zal lopen. Daarbij mag de Ierse rechter niet over een nacht eis gaan. Zo dient zij bij haar Poolse collega’s ‘alle aanvullende gegevens op

te vragen die zij voor de beoordeling van het bestaan van een dergelijk gevaar noodzakelijk acht’.

In de praktijk zal die laatste opdracht natuurlijk voor de nodige hoofdbreken zorgen. Maar de hoofdzaak is dat de prejudiciële uitspraak de Ierse rechter een middel in handen geeft om niet lijdelijk toe te kijken bij de aantasting van de Poolse rechtsstaat. Het gaat er daarbij niet om dat de Ierse rechter aan politiek doet en aanstuurt op een verandering van de verhoudingen in Polen; maar zij heeft nu eenmaal de verantwoordelijkheid voor ‘LM’ die zich in haar rechtsmacht bevindt.

Daarnaast levert de uitspraak een verfijning op van het begrip rechterlijke onafhankelijkheid. In Polen is in 2017 een nieuw tuchtrecht voor rechters ingevoerd, waarover veel te doen is. Tegen die achtergrond wijst het Hof van Justitie op het ‘gevaar (...) dat dergelijke regels worden gebruikt als systeem om politiek toezicht op de inhoud van de rechterlijke beslissingen te houden’. Het tuchtrecht moet dus voorzien in heldere normen, concreet omschreven sancties en procedures die voldoen aan alle eisen van artikel 47 en 48 Handvest.³²

November 2019: de Poolse zaak A.K.

Het duurt even voordat ook de Poolse rechters zélf zich melden. Maar eind 2019 doet het Hof van Justitie uitspraak in de zaak *A.K.* – de eerste Poolse verwijzing die rechtstreeks verband houdt met de crisis in de rechtsstaat.³³ In de zaak komen drie verschillende maatregelen samen die de *ruling party* in de loop van 2017 heeft ingevoerd. Allereerst een gedwongen vervroegde pensionering van rechters, onder andere van de Hoge Raad. In de tweede plaats wordt aan diezelfde Hoge Raad een ‘tuchtkamer’ toegevoegd. De leden worden geselecteerd door de Nationale Raad voor de Rechtspraak (KRS) waarvan de samenstelling – en dat is de derde maatregel – ingrijpend wordt gewijzigd: sinds 2017 domineert de *ruling party* de KRS. Critici in binnen- en buitenland stellen dat de KRS sindsdien vooral kandidaten selecteert die loyaal zijn aan het regime. Zij spreken schamper van de ‘neo-KRS’ en ‘neorechters’ die iedere legitimiteit ontberen.³⁴ Ik sluit me daarbij aan, al is het maar om zo op bondige manier duidelijk te kunnen maken waar de zaken over gaan. En het is nog altijd beleefder dan de term ‘*fake judges*’, die ook wel gebezigd wordt.

In de zaak *A.K.* vechten drie rechters hun gedwongen pensionering aan. Zij beroepen zich op het verbod van leeftijdsdiscriminatie, zoals vastgelegd in Richtlijn 2000/78/EG. In de nationale procedure komt hun zaak voor de kamer van de Hoge Raad die belast is met arbeids- en socialezekerheidszaken. Deze kamer stelt een prejudiciële vraag over de uitleg van de richtlijn, maar neemt meteen de gelegenheid te baat om ernstige twijfel uit te spreken over de onafhankelijkheid van de op dat moment nog te vormen Tuchtkamer. Zou het

29 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punt 43.

30 EHRM 7 juli 1989, appl.nr. 14038/88 (*Soering/VK*), punt 113; recenter EHRM 9 juli 2019, appl.nr. 8351/17 (*Romeo Castaño/België*), punt 92.

31 HvJ 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*Ministry of Justice and Equality/LM*).

32 *Ministry of Justice and Equality/LM*, punt 67.

33 HvJ 19 november 2019, gevoegde zaken C-585/18 e.a., ECLI:EU:C:2019:982 (*A.K. e.a.*).

34 Bijv. M. Ejchart-Dubois e.a., ‘The Jokes Have Ended: Why the European Commission Has Lost Patience with Poland’s Ruling Party’, *Verfassungsblog* 17 september 2021.

Unierecht toelaten dat déze Tuchtkamer in de toekomst bevoegd wordt om te oordelen over het gedwongen leef-tijdsontslag van rechters?

In zijn antwoord zoekt het Hof van Justitie aansluiting bij de Straatsburgse jurisprudentie over rechterlijke onafhankelijkheid. Het enkele feit dat leden van de Hoge Raad worden benoemd op voordracht van een raad voor de rechtspraak is niet problematisch, in tegendeel – zolang dat orgaan zélf maar voldoende onafhankelijk is van de wetgevende en uitvoerende macht. Het Hof van Justitie onthoudt zich van een oordeel, maar formuleert criteria aan de hand waarvan de verwijzende rechter de onafhankelijkheid van de ‘neo-KRS’ moet onderzoeken – en, als het ware in de *slipstream* daarvan, de positie van de leden van de Tuchtkamer, die immers door de ‘neo-KRS’ zijn voorgedragen. Daarbij geeft het Hof van Justitie nadrukkelijk de opdracht om ook de ruimere context in de beoordeling te betrekken: sommige omstandigheden zijn op zich misschien niet zo ernstig dat daardoor twijfel ontstaat over de onafhankelijkheid van de Tuchtkamer, maar dat kan anders zijn bij een combinatie ervan.

Mocht de verwijzende rechter tot het oordeel komt dat de ‘neo-KRS’, en bijgevolg de leden van de Tuchtkamer, de vereiste onafhankelijkheid ontberen, aldus het Hof van Justitie, dan voldoet de Tuchtkamer niet aan de vereisten van Richtlijn 2000/78/EG, uitgelegd in het licht van artikel 47 Handvest. Om de volle werking van het Unierecht te waarborgen zal de Poolse rechter dan ook, zo nodig, de bepalingen die rechtsmacht toekennen aan de Tuchtkamer buiten toepassing moeten laten.

We zien hier een resultaat dat, bij alle onderlinge verschillen, vergelijkbaar is met de Ierse *LM*-zaak. Het Hof van Justitie reikt de nationale rechter instrumenten aan om te reageren op de aantasting van de rechtsstaat – maar laat de toepassing daarvan over aan de rechter zelf. Dat is natuurlijk ook inherent aan de prejudiciële procedure, maar de nationale rechter wordt daarmee wel in een lastige positie gedrongen. Het Ierse *High Court* moest zijn Poolse collega’s vragen of zij nog wel onafhankelijk waren. Voor de Poolse Hoge Raad zijn de gevolgen nog een stuk dramatischer. De Hoge Raad geeft daadwerkelijk uitvoering aan de prejudiciële uitspraak in *A.K.*, maar dat leidt tot een enorme escalatie van de binnenlandse situatie. Aan de hand van de richtsnoeren die het Hof van Justitie heeft meegegeven, oordeelt de Hoge Raad dat de ‘neo-KRS’ onvoldoende onafhankelijk is van de *ruling party*, en dat de nieuwe Tuchtkamer niet kan worden beschouwd als een gerecht dat in overeenstemming met de wet is ingesteld. Daarop verklaren de Poolse autoriteiten dat deze uitspraak ‘geen betekenis heeft’ – en niet veel later wordt de ‘muilkorfwet’ aangenomen die onder andere moet verhinderen dat Poolse rechters uitvoering geven aan de Luxemburgse uitspraak in *A.K.* Dat leidt dan weer tot een inbreukzaak van de Commissie, maar intussen worden in de weken na *A.K.* meer dan twintig Poolse rechters tuchtrechtelijk aangepakt omdat zij weigeren de door de KRS benoemde ‘neorechters’ te erkennen.

Maart 2020: de Poolse zaak *Miasto Łowicz*

Enkele maanden later blijkt dat de nieuwe rechtspraak geen onbegrensde mogelijkheden biedt.³⁵ Voor twee regionale rechtbanken, in Łodz en Warschau, spelen geschillen die geen enkel raakvlak met het Unierecht hebben. In het ene geval vordert een gemeente achterstallige betalingen van overheidsbijdragen; in het andere geval staat de strafrechter voor de vraag of hij strafvermindering zal toekennen aan drie verdachten omdat zij hebben bekend en met de autoriteiten hebben meegewerkt.

Toch stellen beide rechters, los van elkaar, prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Aanleiding is het nieuwe tuchtrecht dat in 2017 is ingevoerd. De rechters vrezen dat zij door disciplinaire maatregelen worden getroffen als zij, in de nu voorliggende zaken, de regering onwelgevallige uitspraken doen. Daarbij wijzen zij op de rol van de presidenten van de gerechten die bevoegd zijn rechters over te plaatsen; ‘zeer veel voorzitters (...) zijn benoemd door de huidige minister van Justitie’. Aan dezelfde minister, die tegelijkertijd de functie van procureur-generaal uitoefent, is een nageoeg onbeperkte bevoegdheid op tuchtrechtelijk gebied verleend.

Dat de risico’s niet denkbeeldig zijn, blijkt: beide rechters zijn na het stellen van hun prejudiciële vragen prompt ter verantwoording geroepen in het kader van een tuchtprocedure. Weliswaar blijft een sanctie uit, maar de Poolse Ombudsman, Adam Bodnar, laat het Hof van Justitie in een interventie weten dat er inmiddels meerdere vergelijkbare gevallen zijn.

Toch verklaart het Hof van Justitie de verwijzingen niet-ontvankelijk. De prejudiciële vragen staan geheel los van de hoofdingen, en een antwoord van het Hof van Justitie zou dan ook geen rol kunnen spelen bij de behandeling daarvan. Zo loopt de Poolse rechter tegen de van oudsher bestaande grenzen van artikel 267 VWEU aan. Het Hof van Justitie laat nog wel weten dat het ontoelaatbaar is als nationale rechters kunnen worden blootgesteld aan tuchtprocedures omwille van het feit dat zij prejudiciële vragen hebben gesteld.

Oktober 2021: de Poolse zaak *W.Ż.*

Rechter Waldemar Żurek voert actief campagne voor behoud van de rechterlijke onafhankelijkheid. Bij wijze van disciplinaire maatregel wordt hij overgeplaatst. Als hij daartegen in beroep gaat, volgt een complex gevecht dat zich niet in een paar regels laat uitleggen. Uiteindelijk ontfermt een ‘neorechter’, Aleksander Stępkowski, zich over zijn beroep. Deze Stępkowski had eerder al een zekere bekendheid verworven als oprichter en eerste president van de ultraconservatieve beweging *Ordo Juris*. Inmiddels is hij benoemd in de Hoge Raad. En in die positie wijst hij het beroep van Żurek af, zonder zelfs maar in het bezit te zijn van het dossier; zijn beslissing vermeldt dat hij instemt met het standpunt van de procureur-generaal (dat wil zeggen de minister van Justitie)

35 HvJ 26 maart 2020, gevoegde zaken C-558/18 en C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234 (*Miasto Łowicz*).

zonder dat Żurek vooraf de mogelijkheid is geboden om opmerkingen in te dienen.³⁶

Żurek heeft echter nog een troef: een eerder ingediend wrakingsverzoek is nog altijd in behandeling. De Kamer die daarover gaat, vraagt zich af hoe het nu verder moet. Heeft de afwijzing van Żureks beroep de bodem onder de wrakingsprocedure weggeslagen? Maar is Stępkowski überhaupt wel een rechter? En zo niet, wat is dan de juridische waarde van zijn ‘uitspraak’? Men stelt een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie: dwingt artikel 19 VEU ertoe om een dergelijke ‘uitspraak’ buiten beschouwing te laten?

Allereerst merkt het Hof van Justitie op dat de gedwongen overplaatsing van een rechter het beginsel van onafzetbaarheid kan aantasten.³⁷ Daarmee is de link met de rechterlijke onafhankelijkheid gelegd. Vervolgens richt het Hof van Justitie zich op de positie van ‘neorechter’ Stępkowski. Het noemt een gedetailleerde reeks elementen waarmee de verwijzende rechter bij zijn beoordeling van Stępkowski’s positie rekening moet houden.³⁸ Kennelijk heeft het Hof van Justitie lering getrokken uit alle commotie die ontstond na zijn eerdere A.K.-arrest. Nu neemt het Hof van Justitie alvast een voorschot door te benadrukken dat de beoordeling door de nationale rechter kan ‘leiden tot de slotsom dat de benoeming van de betrokken rechter kennelijk in strijd was met de fundamentele regels van de procedure voor de benoeming’.³⁹ In dat geval moeten de beslissingen van Stępkowski overeenkomstig het beginsel van voorrang van het Unierecht non-existent worden verklaard.⁴⁰

Maart 2022: de Poolse zaak *Getin Noble Bank*

In zaken als *W.Ż.* tracht de oude garde een oordeel aan het Hof van Justitie te ontlocken waarmee zij de ‘neorechters’ buiten spel kan zetten. Maar die ‘neorechters’ kijken dat kunstje natuurlijk af. In de recente zaak *Getin Noble Bank* stelt een (alleenzittende) ‘neorechter’ prejudiciële vragen waarmee hij tracht een drietal rechters uit het oude kamp uit te schakelen.⁴¹

Zo’n verwijzing blijkt als een boemerang te kunnen werken. Nog voordat het Hof van Justitie aan de merites toekomt, richt het zijn blik op de verwijzende rechter. Mag zo’n ‘neorechter’ überhaupt wel prejudiciële vragen stellen? Het antwoord: nog even. Het Hof van Justitie introduceert een presumptie: als een rechter prejudiciële vragen stelt, moet ervan worden uitgegaan dat die rechter voldoet aan de Unierechtelijke vereisten van

onafhankelijkheid. De concrete samenstelling van de kamer die de vragen stelt, al dan niet met een ‘neorechter’ aan boord, doet daar niet aan af. Dat vermoeden kan echter worden weerlegd indien ‘een definitieve rechterlijke beslissing van een nationale of internationale rechterlijke instantie tot de conclusie zou leiden dat de verwijzende rechter geen onafhankelijk, onpartijdig en vooraf bij wet ingesteld gerecht is in de zin van artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU’.⁴²

In dit geval komt de verwijzende ‘neorechter’ met de schrik vrij: het Hof van Justitie merkt op dat het ‘ten tijde van de sluiting van de mondelinge behandeling’ niet op de hoogte was van het feit dat de verwijzende rechter het voorwerp was van een dergelijke beslissing.⁴³ Dat klopt, want dat oordeel volgde pas een paar maanden later.⁴⁴ Het is een tamelijk formalistische opstelling, en het Hof van Justitie had de zaak best kunnen heropenen. Maar nu is het Hof van Justitie wél in staat de dialoog met de Poolse ‘neorechter’ nog éven voort te zetten. Daar zal die laatste inmiddels spijt van hebben, want het Hof van Justitie komt nu toe aan de merites van de zaak. Het oordeelt dat het enkele feit dat rechters voor de ‘hervormingen’ van 2017 zijn benoemd, of zelfs nog in de communistische tijd, onvoldoende reden is om aan hun onafhankelijkheid te twijfelen. Daarmee vervalt een van de centrale argumenten die de Poolse *ruling party* naar voren heeft geschoven voor de ‘hervorming’ van de rechterlijke macht.

En het leed voor de verwijzende ‘neorechter’ is nog niet geleden. Het Hof van Justitie geeft namelijk, vrij vertaald, aan dat hij weliswaar nog nèt voldoende onafhankelijk is om prejudiciële vragen te mogen stellen, maar dat daarmee nog niet is gezegd dat hij onafhankelijk genoeg is om aan de eisen van artikel 47 Handvest te voldoen.⁴⁵ Het Hof van Justitie lijkt erop aan te sturen dat er verschillende eisen worden gesteld aan de onafhankelijkheid, al naar gelang een rechter prejudiciële vragen stelt, dan wel optreedt als onderdeel van de nationale rechtsorde. Het leerstuk wordt daarmee wel complexer. De achterliggende gedachte is wellicht dat het Hof van Justitie op deze wijze nog net prejudiciële uitspraken kan meegeven, zonder het niveau van rechtsbescherming op nationaal niveau te verlagen.

Conclusies

We moeten afronden. Wat heeft de jurisprudentie ons gebracht? Leent de prejudiciële procedure zich voor de instandhouding van de rechtsstaat? In hoeverre leidt het gebruik ervan tot ontwikkeling van het recht en zelfs tot veranderingen van de aard van die procedure zelf?

36 Zie conclusie A-G Tanchev 15 april 2021, C-487/19, ECLI:EU:C:2021:289 (*W.Ż.*), punt 9-11 voor een beschrijving van het ‘procesverloop’. Overigens is de wijze waarop deze Stępkowski werd benoemd, inmiddels ook door het EHRM gekwalificeerd als een ‘manifest breach of domestic law’. Niettemin heeft de Poolse regering dezelfde man tot tweemaal toe voorgedragen voor de positie van rechter in datzelfde Straatsburgse Hof, beide keren tevergeefs. Zie www.pace.coe.int, Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights.

37 HvJ 6 oktober, C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798 (*W.Ż.*), punt 114. Zie ook HvJ 22 maart 2022, C-508/19, ECLI:EU:C:2022:201 (*M.F.*).

38 HvJ, *W.Ż.*, punt 138-151.

39 HvJ, *W.Ż.*, punt 152.

40 HvJ, *W.Ż.*, punt 154.

41 HvJ 29 maart 2022, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235 (*Getin Noble Bank*).

42 *Getin Noble Bank*, punt 72.

43 *Getin Noble Bank*, punt 73.

44 Na de mondelinge behandeling in deze zaak (op 2 maart 2021) verscheen de ondubbelzinnige uitspraak van het EHRM: EHRM 22 juli 2021, appl. nr. 43447/19 (*Reczkowicz/Polen*), die op 22 november 2021 definitief werd.

45 *Getin Noble Bank*, punt 74.

De rechterlijke onafhankelijkheid krijgt inhoud

Het eerste dat opvalt is dat het Hof van Justitie in hoog tempo invulling geeft aan de eis van rechterlijke onafhankelijkheid. Stond het onderwerp aanvankelijk helemaal niet op de radar, in de laatste jaren is het roer radicaal omgegaan. Dezelfde trend doet zich overigens voor bij het EVRM. Het handboek van Van Dijk & Van Hoof uit 2018 besteedt niet meer dan twee bladzijden – op een totaal van ruim 1200! – aan rechterlijke onafhankelijkheid.⁴⁶ Juist in de laatste jaren stapelt ook in Straatsburg de jurisprudentie zich op. En daarbij valt op dat beide Europese Hoven over en weer naar elkaar verwijzen.

Inmiddels buigt Luxemburg zich over de benoeming, beloning en pensionering van rechters, het toepasselijke tuchtrecht, de overplaatsing van rechters. Het Hof van Justitie betreft daarbij de context en beziet regels in onderlinge samenhang. Het voert ook een ‘ketenanalyse’ uit: politieke invloed op het orgaan dat rechters selecteert, tast ook de positie van de aldus benoemde rechters aan. En het Hof van Justitie geeft aan wat te doen met ‘neorechters’ die in strijd met het recht op hun positie zijn beland: de bepalingen die hun rechtsmacht toekennen moeten buiten toepassing blijven; hun uitspraken zijn non-existent.

We mogen veilig aannemen dat de jurisprudentie nog niet is uitgekristalliseerd.⁴⁷ Iedere nieuwe maatregel waarmee de *ruling party* tracht zijn grip op het rechterlijk apparaat te versterken, leidt weer tot nieuwe rechtspraak waarin de elementen van de rechterlijke onafhankelijkheid verder worden ontgonnen.

De bron van rechterlijke onafhankelijkheid

Waar haalt het Hof van Justitie het vandaan? Als het onderwerp zo lang buiten beeld is gebleven, waar vindt het Hof van Justitie nu dan de Unierechtelijke basis om de lidstaten verplichtingen op te leggen met betrekking tot rechterlijke onafhankelijkheid?

Allereerst is er natuurlijk de prejudiciële procedure zelf. Het Unierechtelijke begrip ‘rechterlijke instantie’ – oit in artikel 177 EEG-Verdrag, tegenwoordig in artikel 267 VWEU – heeft een stevige ontwikkeling doorgemaakt. Kon een Spaans *Tribunal Económico-Administrativo* in 2000 nog prejudiciële vragen stellen, in 2020 verklaarde het Hof van Justitie een verwijzing van een vergelijkbaar orgaan niet-ontvankelijk omdat het niet onafhankelijk was.⁴⁸

Daarnaast speelt artikel 47 Handvest een rol: eenieder ‘wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden’ heeft recht op toegang tot een ‘onafhankelijk’ gerecht. In de afgelopen jaren

heeft de jurisprudentie over artikel 47 een enorme vlucht genomen. Dat uit zich ook in de Poolse overlevingszaken. Kaderbesluit 2002/584/JBZ, dat het Europees aanhoudingsbevel (EAB) regelt, vereist dat verschillende handelingen door een ‘rechterlijke autoriteit’ worden uitgevoerd – en die moet *dus* onafhankelijk zijn.⁴⁹

Het meest innovatief is het scenario dat zich voordoed in *W.Ż.*, waarin de verwijzende rechter niet kon terugvallen op specifieke Unierechtelijke regels. Dan komt het in de Portugese zaak ‘ontdekte’ artikel 19 VEU in beeld. Weliswaar zijn de lidstaten vrij hun rechterlijke organisatie in te richten, maar daarbij moeten zij wel de verplichtingen in acht nemen die voortvloeien uit artikel 19 lid 1, tweede alinea, VEU.

Prejudiciële procedure en inbreukprocedure

Dit overzicht concentreert zich op de prejudiciële procedure als instrument ter verdediging van de rechtsstaat. De inbreukprocedures die met hetzelfde doel zijn ingezet, bleven buiten beschouwing. Dat levert een incompleet beeld op, want het Unierecht komt uiteraard langs beide wegen tot uiting. In zijn prejudiciële uitspraken bouwt het Hof van Justitie voort op zijn uitspraken in inbreukprocedures, en vice versa.

De twee procedures verschillen uiteraard van elkaar. Eén verschil ligt voor de hand. In een inbreukprocedure moet het Hof van Justitie zelf vaststellen of het Unierecht is nageleefd; in de prejudiciële procedure kan het slechts elementen aanreiken aan de hand waarvan de nationale rechter het voorliggende geschil moet oplossen. In de Poolse context kan die taak de nationale rechter in een lastig pakket brengen.

De inbreukprocedure biedt voorts de Commissie de mogelijkheid om rechtsstatelijke problemen in abstracto aan te kaarten. Daarbij speelt de ‘constitutionele’ norm van artikel 19 VEU al snel een rol. Deze richt zich tot *de lidstaten*: zij hebben te zorgen voor een rechtsorde die effectieve rechtsbescherming biedt op alle gebieden van Unierecht.⁵⁰ Artikel 19 VEU is weliswaar ‘ontdekt’ in een prejudiciële zaak, de Portugese *ASJP*-zaak, maar heeft toch het gemakkelijkste toepassing gevonden in de inbreukzaken die daarop volgden. In een prejudiciële procedure zijn de mogelijkheden voor de nationale rechter beperkter. De zaak *Miasto Łowicz* laat zien dat de gestelde aantasting van de rechterlijke onafhankelijkheid direct relevant moet zijn voor het concrete geschil dat aanleiding gaf tot de prejudiciële verwijzing.

De prejudiciële procedure als speelbal

Intussen wordt het Hof van Justitie geconfronteerd met een opeenvolging van zaken – waarvan er hier slechts een deel is besproken, en dan nog versimpeld weergege-

46 P. van Dijk e.a., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 600-601.

47 In een van de zaken die hier niet besproken konden worden, brak het Hof van Justitie de staf over de bevoegdheid van de minister van Justitie om rechters te detacheren bij hogere rechterlijke instanties en om deze detacheringen naar believen te beëindigen. HvJ 16 november 2021, gevoegde zaken C-748/19 e.a., ECLI:EU:C:2021:931 (*Strafzaken tegen WB e.a.*).

48 HvJ 21 januari 2020, C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17 (*Banco de Santander*), punt 55 e.v. Het Hof van Justitie kwam terug op zijn eerdere oordeel ‘met name in het licht van de recentere rechtspraak’.

49 Zie bijv. HvJ 22 februari 2021, gevoegde zaken C-562/21 PPU en C-563/21 PPU (*X en Y*), punt 45.

50 Art. 47 Handvest beoogt hetzelfde doel, maar richt zich op de burger die recht heeft op een eerlijk proces voor een onafhankelijke rechter in concrete gevallen waarin hij of zij zich beroept op door het Unierecht gewaarborgde rechten of vrijheden. In deze zin HvJ 20 april 2021, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311 (*Repubblika*), punt 35 e.v.

ven. Die zaken laten *en passant* zien hoe ingewikkeld de situatie in Polen is geworden. Binnen de rechterlijke macht betwisten verschillende kampen elkaars bestaansrecht. Procedure wordt op procedure gestapeld, en op allerlei momenten wordt een beroep op het Hof van Justitie gedaan.

De zaak *Getin Noble Bank* liet zien hoe ‘neorechters’ proberen rechters uit het oude kamp pootje te lichten over de band van de prejudiciële procedure. Maar die ‘neorechters’ stellen ook ‘gewone’ prejudiciële vragen over de uitlegging van het Unierecht – en ze krijgen antwoord.⁵¹ Dit tot afgrijzen van het ‘oude kamp’, dat meent dat de ‘neorechters’ genegeerd moeten worden.⁵² Dat laatste gaat allicht in tegen de neiging van het Hof van Justitie om de dialoog met nationale rechters zo lang mogelijk vol te houden, ook om zo de werking van het Unierecht te bevorderen. Het zal ook niet eenvoudig zijn voor het Hof van Justitie om precies bij te houden welke rechter zuiver op de graat is, en wie maar beter genegeerd kan worden. Maar consequent zou het wel zijn. In de *ASJP*-zaak had het Hof van Justitie al uitgesproken dat prejudiciële vragen slechts kunnen worden gesteld door een instantie ‘die met name voldoet aan dat criterium van onafhankelijkheid’. De consequentie daarvan kan het Hof van Justitie niet lang meer voor zich uitschuiven.

En Polen?

Het heeft even geduurd, maar toen de Europeesrechtelijke machinerie eenmaal in beweging kwam, zijn praktisch alle recente ‘hervormingen’ van de rechterlijke macht in Polen door het Hof van Justitie gewogen en te licht bevonden. Alleen het Constitutioneel Tribunaal, waar de *ruling party* eind 2015 met harde hand drie benoemingen doordrukte, is tot nu toe de dans ontsprongen.⁵³

De vraag is natuurlijk of alle rechterlijke activiteit nu ook daadwerkelijk effect sorteert. De reactie van de Poolse autoriteiten stemt somber.⁵⁴ Eigenlijk is het pas onder druk van de Russische invasie in Oekraïne dat Polen de weg naar de Unie weer weet te vinden.⁵⁵ Vergeeten zijn de uitspraken van minister van Justitie Ziobro die, toch niet zo heel lang geleden, de EU met de Sovjet-Unie vergeleek.⁵⁶ Nu is de tijd om de gelederen te sluiten! Het zou een bijzondere ironie van de geschiedenis zijn als nu juist Vladimir Poetin degene was die de rechtsstaat in Polen weer een duw in de goede richting gaf. Maar het kan ook omgekeerd uitpakken. De Poolse

autoriteiten hopen dat de Russische invasie juist de aandacht afleidt van de eigen aanval op de rechtsstaat.

En Nederland?

Tot slot kunnen we constateren dat Nederland met grote regelmaat intervenueert, zowel in de prejudiciële procedures als in de inbreukzaken over rechterlijke onafhankelijkheid. De indruk bestaat dat het oordeel van het Hof van Justitie doorgaans spoort met de Nederlandse inbreng.⁵⁷ Helaas vermeldt het Hof van Justitie zelden welke argumenten in de loop van de procedure naar voren zijn gebracht. Dat komt de transparantie van de rechtspleging niet ten goede.

Vaak intervenueert ons land in gezelschap van gelijkgezinde landen als België, Denemarken, Zweden en Finland. Helaas laten de grote lidstaten Frankrijk en Duitsland zich niet zien; lidstaten uit Zuid- en Midden-Europa evenmin. En dat terwijl de Europese samenwerking gediend is met een sterke en breed opgezette coalitie die zich inzet voor de rechtsstaat. Een coalitie die daarmee recht doet aan de wens van de Europese burger, getuige de jongste Eurobarometer, dat democratie en rechtsstaat actief worden beschermd.

51 Bijv. HvJ 8 juli 2021, C-120/20, ECLI:EU:C:2021:553 (*Koleje Mazowieckie*).

52 *Koleje Mazowieckie*, punt 37.

53 In Luxemburg althans. Het Straatsburgse Hof heeft die lacune inmiddels op onduidelzinnige wijze gestopt: EHRM 7 mei 2021, appl.nr. 4907/18 (*Xero Flor/Polen*).

54 Zie bijv. het overzicht van de Poolse rechtersvereniging Themis, *In-depth Report: Challenging the principles of primacy and direct applicability of EU law by the Polish authorities, 6 months after the CJEU's rulings of July 2021* (25 januari 2022), op <http://themis-sedziowie.eu>.

55 Zie E. Zlatan, ‘Polish president in bid for EU “unity” in face of Russia threat’, *EUobserver* 8 februari 2022.

56 Zie bijv. ‘Zbigniew Ziobro compares the European Union to the Soviet Union’, *Polish News* 11 juni 2021.

57 Zo ook het *Jaarbericht 2020 van de Nederlandse procesvertegenwoordiging bij de EU-Hoven*, p. 10, 45.