

EUROPEES RECHT

AAK20198819

Valentin E.P. Vandendaele, Kristel A.M. van Kruisbergen

In deze bijdrage staan wij stil bij recente ontwikkelingen die verband houden met de Brexit, de rechtsstaat in Polen en CETA, het vrijhandelsakkoord tussen Canada en de Europese Unie (EU). Bij het schrijven van deze bijdrage was het nog lang niet duidelijk hoe de Brexit-saga zou eindigen. Het Hof van Justitie (Hof) gaf het Verenigd Koninkrijk (VK) echter wel een duidelijke optie: de Brexit stopzetten en in de EU blijven. Dat gebeurde in het arrest *Wightman e.a.* (van 10 december 2018, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999), dat het voorwerp uitmaakt van het eerste deel van deze bijdrage. Wat de rechtsstaat betreft, is een korte bespreking van het arrest *LM* (van 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586) te vinden in V.E.P. Vandendaele, 'Europees recht', *Ars Aequi KwartaalSignaal* 2018, afl. 149, p. 8761-8763. In het tweede deel van deze bijdrage ligt de focus op de nationale interpretatie en toepassing van dat arrest in

de uitspraak van de Ierse High Court in de zaak *Celmer No.5 (The Minister for Justice and Equality v. Celmer (No.5))* [2018] IEHC 639). Tot slot volgt in het derde deel van deze bijdrage een korte verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Y. Bot van 29 januari 2019, advies 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, in verband met CETA.

Het arrest *Wightman e.a. (Brexit)*

Een lidstaat van de EU kan beslissen zich uit de EU terug te trekken. Uit artikel 50 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) volgt dat een lidstaat dit wel dient te doen 'overeenkomstig zijn grondwettelijke bepalingen' (lid 1) en dat het de Europese Raad zijn voornemen moet meedelen (lid 2, eerste zin). Dat laatste deed het VK op 29 maart 2017. Daarop volgden onderhandelingen over een terugtrekkingsakkoord in navolging van artikel 50 lid 2 VEU. Uit lid 3 van datzelfde artikel blijkt dat de uitbreiding dan een feit is wanneer het terugtrekkingsakkoord in werking treedt of, bij gebrek aan een dergelijk akkoord, na verloop van een verlengbare termijn van twee jaar na de kennisgeving van het voornemen tot terugtrekking uit de EU. Voordat het zo ver is, kan de lidstaat zich echter nog bedenken en die kennisgeving weer intrekken. Dat volgt niet met zo veel woorden uit artikel 50 VEU, maar het Hof heeft dat verduidelijkt in het arrest *Wightman e.a.*

Het Hof wees dit arrest naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Court of Session, Inner House, First Division (Scotland) (de verwijzende rechter). De vraag was of, onder welke voorwaarden en met welke gevolgen een lidstaat de kennisgeving van zijn voornemen tot terugtrekking uit de EU eenzijdig kan herroepen. De verwijzende rechter vroeg ook om een versnelde procedure onder artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

En een snelle procedure is wat hij zou krijgen. De verwijzende rechter stelde zijn prejudiciële vraag op 3 oktober 2018, de president van het Hof besloot op 19 oktober 2018 dat het Hof een versnelde procedure zou volgen en op 10 december 2018 velde het Hof reeds zijn arrest. Net op tijd voor de bijeenkomst van het Britse Lagerhuis op 11 december (zie ook Oliver Garner, 'The ECJ Confirms that Article 50 Notification can be Unilaterally Revoked', *DCU Brexit Institute*. Laatst geraadpleegd op 31 januari via <http://dcubrexitinstitute.eu/>). De leden van het Lagerhuis zouden dan stemmen over het terugtrekkingsakkoord waar de Britse regering en de EU over hadden onderhandeld. Het arrest stelde die leden ertoe in staat met kennis over hun opties te stemmen. Dit gevolg was overigens een argument van de verwijzende rechter om aan te geven dat de prejudiciële vraag academisch noch prematuur zou zijn (*Reclaiming Motion by Andy Wightman MSP and Others Against Secretary of State for Exiting the European Union* [2018] CSH 62, punt 27).

In het arrest *Wightman e.a.* gaf het Hof aan dat een lidstaat de kennisgeving van zijn voornemen tot terugtrekking uit de EU inderdaad eenzijdig kan intrekken. Althans voor de deadline uit artikel 50 lid 3 VEU, overeenkomstig

de grondwettelijke bepalingen van die lidstaat, door middel van een schriftelijke mededeling aan de Europese Raad en op ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke wijze (punten 73 en 74). Het Hof haalt hier meerdere argumenten voor aan en zoals het bij de uitlegging van een bepaling van Unierecht betamelijk is, baseert het Hof zich daarbij op de bewoordingen, doelstellingen, context en ontstaansgeschiedenis van artikel 50 VEU (punt 47).

Zo dient de zich terugtrekkende lidstaat de Europese Raad zijn 'voornemen' mee te delen (art. 50 lid 2 VEU). En een voornemen, aldus het Hof, 'is van nature noch definitief noch onherroepelijk' (punt 49). Dat een lidstaat tot een terugtrekkingsbeslissing dient te komen overeenkomstig zijn grondwettelijke bepalingen (art. 50 lid 1 VEU), impliceert bovendien dat die beslissing 'uitsluitend afhankelijk [is] van zijn soevereine wil' (punt 50). Verder heeft artikel 50 VEU onder meer als doel 'het verankeren van het soevereine recht van een lidstaat om zich uit de Unie terug te trekken' (punt 56). Dat dit recht inderdaad soeverein is, is dan weer een argument voor het recht van de lidstaat 'om de kennisgeving van zijn voornemen tot terugtrekking uit de Unie in te trekken' voor de deadline van artikel 50 lid 3 VEU (punt 57). Bij gebrek aan uitdrukkelijke regeling van deze intrekking, zijn de regels uit artikel 50 lid 1 VEU van toepassing en dient de lidstaat zijn recht op intrekking uit te oefenen overeenkomstig zijn grondwettelijke bepalingen (punt 58).

Met betrekking tot de context van artikel 50 VEU stelt het Hof vast dat het VEU en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) tot doel hebben 'een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa tot stand te brengen' (punt 61). Het Hof benadrukt ook het belang van de waarden van vrijheid en democratie en stelt dat de lidstaten van de EU 'uit vrije wil de genoemde waarden hebben onderschreven' (punten 62 en 63). Vervolgens wijst het Hof erop dat 'de eventuele terugtrekking van een lidstaat uit de Unie aanzienlijke gevolgen kan hebben voor de rechten van alle burgers van de Unie' (punt 64). Uit het feit dat 'een staat niet kan worden gedwongen om tegen zijn wil toe te treden tot de Unie', volgt volgens het Hof bovendien dat die staat ook niet kan worden gedwongen 'om zich tegen zijn wil terug te trekken uit de Unie' (punt 65). Het Hof grijpt dan terug naar de doelen en waarden zoals geformuleerd in punten 61 en 62 van zijn arrest. Het stelt met name dat het tegen deze doelen en waarden in zou gaan om een lidstaat uit de EU te dwingen ondanks een democratische beslissing van die lidstaat om de kennisgeving van zijn voornemen tot terugtrekking uit de EU weer in te trekken (punt 67).

Tot slot is het Hof van mening dat ook de ontstaansgeschiedenis van artikel 50 VEU zijn uitlegging ondersteunt. De voorganger van die bepaling was artikel I-60 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, dat nooit in werking is getreden. Er waren meerdere voorstellen om in dat artikel een mogelijkheid te creëren om een lidstaat uit de EU te dwingen. Deze voorstellen werden echter niet aangenomen omdat de beslissing tot terugtrekking vrijwillig en unilateraal moest blijven

(punt 68). Daaruit volgt volgens het Hof dat een lidstaat de kennisgeving van zijn voornemen tot terugtrekking uit de EU nog moet kunnen intrekken voor de deadline van artikel 50 lid 3 VEU (punt 69). Ten slotte is bij het opstellen van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa rekening gehouden met het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (punt 70). En uit dat tweede verdrag blijkt dat een kennisgeving van terugtrekking uit een verdrag ‘te allen tijde kan worden herroepen voordat zij van kracht is geworden’ (punt 71).

De Europese Commissie en de Raad van de Europese Unie hadden nog gepleit tegen het eenzijdige karakter van het recht van een lidstaat om de kennisgeving van zijn voornemen tot terugtrekking uit de EU in te trekken. Volgens deze instellingen zou een lidstaat misbruik kunnen maken van een dergelijk eenzijdig recht. Wanneer de termijn uit artikel 50 lid 3 dreigt te verstrijken, zou de lidstaat met name zijn kennisgeving kunnen intrekken om de Europese Raad vervolgens weer in kennis te stellen van zijn voornemen om zich uit de EU terug te trekken. Aldus zou de lidstaat een nieuwe termijn kunnen afdwingen. Bovendien zou de lidstaat kunnen dreigen zijn kennisgeving in te trekken om druk uit te oefenen op zijn Europese onderhandelingspartners. Advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona stelde daar in zijn conclusie (van 4 december 2018, ECLI:EU:C:2018:978, C-621/18 (*Wightman e.a.*)) nog de beginselen van goede trouw en loyale samenwerking uit artikel 4 lid 3 VEU als beperking van het recht op intrekking tegenover (punt 148). Het Hof doet dat niet en beperkt zich tot de stelling dat de intrekking ondubbelzinnig en onvoorwaardelijk dient te zijn (Oliver Garner, *supra*). Maar misschien heeft de advocaat-generaal wel gelijk wanneer hij oppert dat het misbruik waar de Commissie en de Raad het over hebben, weinig waarschijnlijk is (punt 156).

Hoe het ook zij, de Britse premier Theresa May stelde de stemming in het Britse Lagerhuis uit. Haar terugtrekkingsakkoord zou naar eigen zeggen niet de goedkeuring van een meerderheid gehaald hebben. Het uitstel mocht echter niet baten. Op 15 januari 2019 verwierp het Britse Lagerhuis het terugtrekkingsakkoord alsnog met een overgrote meerderheid. Hoe het nu verder moet, was bij het schrijven van deze bijdrage nog niet duidelijk. Wat wel duidelijk is, is dat wanneer een lidstaat zoals het VK kennis geeft van zijn voornemen tot terugtrekking uit de EU, het recht van de EU ‘onverkort van kracht blijft in die staat tot zijn daadwerkelijke terugtrekking uit de Unie’ (arrest van 19 september 2018, RO, ECLI:EU:C:2018:733, C-327/18 PPU, punt 45; zie ook arrest van 23 januari 2019, ECLI:EU:C:2019:53, C-661/17 (*M.A. e.a.*), punt 54).

De zaak *Celmer No.5* (de rechtsstaat)

Sinds een aantal jaar lijken enkele lidstaten van de EU druk te zetten op de rechtsstaat in hun respectievelijke landen. Met name worden Polen en Hongarije als voorbeelden genoemd van dergelijke lidstaten. Met betrekking tot Polen nam de Commissie in 2017 een met redenen

omkleed voorstel aan (COM(2017)835 final) (commissievoorstel) waarin het onder meer stelde dat een aantal nationale maatregelen de rechterlijke onafhankelijkheid in het geding brachten. De Commissie concludeerde dat er sprake was van een ‘duidelijk gevaar voor een ernstige schending’ van de rechtsstaat. Het commissievoorstel was de eerste stap in de artikel 7-procedure tegen Polen. Zie hierover V.E.P. Vandendaele, ‘Europees recht’, *Ars Aequi KwartaalSignaal* 2018, afl. 149, p. 8761-8763.

In de zaak *LM* stelde de Ierse High Court prejudiciële vragen over de gevolgen van de aldus geïdentificeerde problemen in Polen voor de uitvoering van drie Europese aanhoudingsbevelen van de Poolse rechterlijke instanties tegen *LM*. In de eerste nationale zaak in dat verband (*The Minister for Justice and Equality v. Celmer* [2018] IEHC 119) (*Celmer No.1*) stelde de High Court, mede op grond van de informatie uit het commissievoorstel, dat de problemen met betrekking tot de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht bij uitlevering van *LM* aan uitvaardigende lidstaat Polen, tot een reëel gevaar zouden kunnen leiden voor een schending van *LM*'s recht op een eerlijk proces uit artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest). De High Court stelde het Hof prejudiciële vragen om te achterhalen of dit voldoende reden was om de uitvoering van de Europese aanhoudingsbevelen (automatisch) op te schorten.

Het Hof was duidelijk en stelde in het *LM*-arrest dat de uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel alleen automatisch kan worden geweigerd als bij besluit onder artikel 7 lid 2 VEU is ‘geconstateerd dat in de uitvaardigende lidstaat sprake is van ernstige en voortdurende schending van de in artikel 2 VEU neergelegde beginselen, zoals die welke inherent zijn aan de rechtsstaat, en de Raad daarna de toepassing van het kaderbesluit 2002/584 ten aanzien van die lidstaat heeft opgeschort’ (punt 72). Dit is vooralsnog nooit gebeurd.

De uitlevering kan echter ook worden geweigerd wanneer de persoon in kwestie bij uitlevering een ‘reëel gevaar loopt dat zijn grondrecht op een onafhankelijk gerecht zal worden geschonden en derhalve zijn [...] grondrecht op een eerlijk proces in de kern zal worden aangetast’ (punt 59). De uitvoerende rechter moet in dat geval beoordelen ‘of er een reëel gevaar van schending van het grondrecht op een eerlijk proces bestaat dat verband houdt met het feit dat de rechterlijke instanties van bedoelde staat niet onafhankelijk zijn wegens structurele of fundamentele gebreken in die staat’ en ‘of er in de omstandigheden van het specifieke geval zwaarwegende en op feiten berustende gronden zijn om aan te nemen dat de gezochte persoon dit gevaar na zijn overlevering aan de uitvaardigende lidstaat zal lopen’ (punten 61 en 68). De uitvoerende rechterlijke instantie is ‘verplicht om bij de uitvaardigende rechterlijke autoriteit alle aanvullende gegevens op te vragen die zij voor de beoordeling van het bestaan van een dergelijk gevaar noodzakelijk acht’ (punt 76).

Na de uitspraak van het Hof verzocht de High Court de Poolse uitvaardigende rechterlijke autoriteiten om aanvullende informatie over de situatie in Polen en de

eventuele gevolgen van deze situatie voor LM (*Minister of Justice and Equality v. Celmer (No.4)* [2018] IEHC 484). Het contrast tussen de reacties van de verschillende Poolse rechters is interessant. De president van de Districtsrechtbank in Warschau, Joanna Bitner, verklaarde dat de rechters in Polen onafhankelijk zijn en dat de Poolse Grondwet gerespecteerd wordt. Bovendien hebben uitspraken van politici over LM volgens haar geen impact op een nog te nemen rechterlijke beslissing (*Celmer No.5*, punten 86-87 en 114). Piotr Gaciar, een andere rechter van de Districtsrechtbank in Warschau, verklaarde daarentegen dat de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen wel degelijk in gevaar is. Wel was hij het er met rechter Bitner over eens dat uitspraken of verklaringen van politici geen invloed hebben op het vermogen van de rechters om op een onafhankelijke manier te beslissen (*Celmer No.5*, punten 89 en 114; brief van rechter Gaciar in het arrest van Arthur C. Laatst geraadpleegd op 3 februari 2018 via <http://monitorkonstytucyjny.eu/>). Schijnbaar is er in Polen toch onenigheid over de invloed van de nationale hervormingen op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.

In *Celmer No.5* gebruikt de High Court de aldus verkregen informatie bij de beoordeling of de uitvoering van de Europese aanhoudingsbevelen moet worden geweigerd. In eerste instantie volgt de High Court de uitspraak van het Hof. Het beoordeelt eerst de algemene situatie in Polen en gaat na of er een systematische tekortkoming is in de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke instanties. Vervolgens schat de High Court het individuele risico van LM in om een oneerlijk proces te krijgen.

Het lijkt er echter sterk op dat de High Court een andere maatstaf gebruikt om na te gaan of er een reëel gevaar van een voldoende grote schending van het recht op een eerlijk proces is. De juiste test zou volgens de High Court die van een 'flagrante rechtsweigerings of schending' zijn. Het Hof gebruikt in *LM* – in tegenstelling tot advocaat-generaal E. Tanchev in zijn conclusie van 28 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:517, C-216/18 PPU (*LM*) – daarentegen niet de letterlijke bewoording van een 'flagrante schending'. Volgens het Hof moet het gaan om een reëel gevaar van aantasting van de 'kern' van het recht op een eerlijk proces. Volgens de High Court is er echter geen verschil tussen die eis en de voorwaarde van een 'flagrante schending'. Dit valt mede af te leiden uit de gelijkstelling van artikel 47 Handvest met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. En voor dit artikel 6 hanteert het Hof voor de Rechten van de Mens de test van een 'flagrante schending' (punten 21 en 22). Bovendien zijn excepties op het beginsel van wederzijds vertrouwen met betrekking tot Europese aanhoudingsbevelen slechts bij uitzondering toegestaan. Ook dat zou de strengere test van een 'flagrante rechtsweigerings' rechtvaardigen (punt 25). Volgens de High Court was het dus niet de intentie van het Hof om een lagere standaard aan te nemen dan die van een 'flagrante rechtsweigerings'. De 'kern' van een recht, aldus de High Court, verwijst naar de test van een 'flagrante rechtsweigerings' (punt 24).

Het valt te betwijfelen of dit de juiste interpretatie is van het arrest *LM*. Na de uitspraak van het Hof benadrukten verschillende academici juist het verschil tussen het Hof en advocaat-generaal E. Tanchev wat de test van de 'flagrante schending' betreft (zie onder meer T. Ramphal, 'European Arrest Warrants and The Right to a Fair Trial: The Approach of the CJEU and ECtHR', *Oxford Human Rights Hub*. Laatst geraadpleegd op 31 januari via <http://ohrh.law.ox.ac.uk/> en P. Sonnevend, 'A Clever Compromise or a Tectonic Shift? The LM Judgment of the CJEU', *Verfassungsblog*. Laatst geraadpleegd op 31 januari via <https://verfassungsblog.de/>). Daarnaast speelt de vraag of het wenselijk is om de hoge standaard van een 'flagrante schending' te hanteren. Die test maakt het immers moeilijker om aan te tonen dat een persoon een oneerlijk proces kan krijgen door gebreken in het gerechtelijke systeem (zie ook M.A. Simonelli, 'How Flagrant is Flagrant? The latest judgment in the Celmer Saga', *Leiden Law Blog*. Laatst geraadpleegd op 31 januari via <https://leidenlawblog.nl/>).

Concreet is de High Court van mening dat er inderdaad sprake is van 'een reëel gevaar van een schending van het fundamentele recht op een eerlijk proces dat verband houdt met een gebrek aan onafhankelijkheid van de Poolse rechtbanken ten gevolge van systematische en algemene tekortkomingen' (eigen vertaling). De High Court verwijst naar zijn eerdere beoordeling in *Celmer No.1*, waarin het die mening reeds was toegedaan. Het stelt dat er geen reden is om aan te nemen dat de feiten in de tussentijd veranderd zijn (punten 92 en 93).

Vervolgens stelt de High Court dat de algemene tekortkomingen ook een effect zullen hebben op de onafhankelijkheid van de rechtbanken die de zaak van LM bij uitlevering zullen beslechten (punt 97). Dit is op zichzelf echter niet voldoende om een reëel gevaar van een 'flagrante rechtsweigerings' aan te tonen. Zelfs de uitspraken van de Poolse viceminister van Justitie, die LM onder andere een 'gevaarlijke crimineel' noemt, doen hier niet aan af (punt 117; zie ook *Celmer No.4*, punt 36).

De High Court concludeert dat er in het geval van LM geen reëel risico is op een flagrante schending van zijn recht op een eerlijk proces en beveelt vervolgens zijn overlevering op basis van de drie Europese aanhoudingsbevelen (punt 123).

Wellicht is dit een onverwachte uitkomst voor zij die de *Celmer*-saga vanaf het begin hebben gevolgd. Het verhaal eindigt hier echter niet. Ondertussen is immers hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak en dit hoger beroep is inmiddels ontvankelijk verklaard (*The Minister for Justice and Equality v. Celmer (No. 6)* [2018] IEHC 687).

In de tussentijd heeft het Hof ook een beschikking genomen in de zaak C-619/18 die de Commissie aanspande in verband met de Poolse wet inzake het Hooggerechtshof (beschikking van 17 december 2018, ECLI:EU:C:2018:1021, C-619/18 R (*Commissie / Polen*)). Deze wet verlaagt de pensioenleeftijd van rechters van het Hooggerechtshof en tast volgens de Commissie de rechterlijke onafhankelijkheid aan. De Commissie heeft om voorlopige maatregelen verzocht om de toepassing van die wet te schorsen. Het

Hof heeft dat verzoek toegewezen in navolging van de eerdere beschikking van zijn vicepresident, die de voorlopige maatregelen al provisioneel had toegewezen (beschikking van 19 oktober 2018, *Commissie/Polen*, C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:852). Het is nu afwachten tot de uitspraak van het Hof in de hoofdprocedure, maar het feit dat de voorlopige maatregelen zijn toegewezen laat zien dat ook het Hof de urgentie inziet van deze kwestie. De rechterlijke onafhankelijkheid lijkt aan belang te winnen en houdt de gemoederen van zowel de EU als haar lidstaten voorlopig bezig.

De conclusie van advocaat-generaal Y. Bot (CETA)

De conclusie van advocaat-generaal Y. Bot betreft afdeling F van hoofdstuk 8 van CETA met betrekking tot het mechanisme voor geschillenbeslechting tussen investeerders en staten (het ISDS-systeem). België maakte zich zorgen om de gevolgen van die afdeling 'voor de exclusieve bevoegdheid van het Hof om een definitieve uitlegging van het Unierecht te verstrekken, het algemene beginsel van gelijke behandeling en het vereiste van doeltreffendheid van het Unierecht, en het recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht' (punt 9). Advocaat-generaal Y. Bot is alvast van oordeel dat die afdeling verenigbaar is met het VEU, het VWEU en het Handvest (punt 272). Het wordt uitkijken naar het uiteindelijke advies van het Hof.