

ANNOTATIE

Repubblika / Il-Prim Ministru (HvJ EU, zaak C-896/19) – Rechterlijke onafhankelijkheid en het EU-beginsel van non-regressie

Mr. drs. J.J.J. Sillen

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 20-04-2021, ECLI:EU:C:2021:311 (EHRC-2021-0126)

1. Inleiding

In 2016 zette de Europese Commissie de eerste stappen tegen Polen vanwege wijzigingen in de rechterlijke organisatie van dat land. Volgens de Commissie vormden deze een inbreuk op het Unierecht, omdat zij de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht aantastten. Dat oordeel steunde onder meer op het feit dat met deze veranderingen de invloed van de Poolse regering op de benoeming van rechters toenam. De Poolse regering meende echter dat die invloed – zelfs ná deze wijzigingen – veel geringer was dan in diverse andere lidstaten van de EU, waaronder Nederland. Zo mag de Poolse president slechts kandidaten tot rechter benoemen die door de Poolse Raad voor de Rechtspraak zijn voorgedragen, terwijl de Nederlandse regering (formeel) volledige keuzevrijheid heeft bij zulke benoemingen, althans wat betreft de benoeming van rechters in de rechtbanken en de hoven.[1] Nederland is bovendien niet het enige land waarin de politieke ambten grote invloed hebben op rechtersbenoemingen. Zo geschieden benoemingen in de Duitse hoogste federale gerechten door de ter zake bevoegde federale minister op voordracht van een commissie van deelstaatministers en leden van de Bondsdag.[2] De bindende voordracht van rechters in het Duitse constitutionele hof – het *Bundesverfassungsgericht* – geschiedt door het federale parlement: de helft van de rechters wordt gekozen door de leden van de Bondsdag, de andere

helpt door de leden van de Bondsraad.[3]

Hoewel het hier te bespreken arrest over Malta gaat, lijken de overwegingen van het Hof met name geschreven met het oog op het genoemde Poolse verweer. De Grote Kamer van het Luxemburgse Hof spreekt in dit arrest uit dat ook van schending van het Unierecht sprake is als een lidstaat de bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid vermindert. Daarmee introduceert het Hof een rechtsstatelijk non-regressie-beginsel in het EU-recht.[4] De juridische betekenis van het genoemde Poolse verweer boet daardoor aan betekenis in. In deze annotatie bespreek ik kort de Maltese casus die aan dit belangrijke arrest ten grondslag ligt (2). Vervolgens behandel ik het nieuwe toetsingskader van het Hof (3). Daarna leg ik uit waarom daardoor de juridische betekenis van het Poolse verweer is verkleind (en waarom dat verweer überhaupt niet helemaal *to-the-point* was) (4). Tot slot ga ik kort in op de betekenis van het arrest voor Nederland (5).

2. Casus

Toen Malta in 2004 lid werd van de Europese Unie werden rechters aldaar benoemd door de President op voordracht van de minister-president. De minister-president werd in zijn keuze voor een kandidaat slechts beperkt door enkele grondwettelijke functie-eisen. In 2016 veranderde dat. Toen kwam een wijziging van de Maltezer Grondwet tot stand die bepaalde dat aan de benoeming van een rechter een advies van een onafhankelijke ‘commissie voor rechterlijke benoemingen’ voorafgaat. In die commissie hebben zitting: de opperrechter (voorzitter), de procureur-generaal, de auditeur-generaal, de ombudsman en de president van de kamer van advocaten. Deze commissie voert sollicitatiegesprekken met kandidaat-rechters en beoordeelt hun geschiktheid. Op basis daarvan beveelt zij een kandidaat voor benoeming aan. De Grondwet bepaalt vervolgens dat de minister-president slechts van dat advies mag afwijken als hij een verklaring in het staatsblad publiceert waarin hij zulk afwijken motiveert en hij in het parlement een vergelijkbare verklaring aflegt. Republika, een vereniging die opkomt voor rechtsbescherming en rechtsstaat in Malta, betwist bij de Maltese rechter de rechtmatigheid van deze grondwettelijke regeling.[5] Zij beroept zich daarbij op de Luxemburgse jurisprudentie over rechterlijke onafhankelijkheid.[6] De Maltese rechter stelt daarover vervolgens prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

3. Het nieuwe toetsingskader van het Hof

Het Hof beantwoordt de prejudiciële vragen aan de hand van art. 19 VEU en concludeert dat Malta die bepaling niet schendt. Het toetst daarbij aan twee criteria die het uit die bepaling afleidt: het nieuwe non-regressiebeginsel én de reeds bekende eis van rechterlijke onafhankelijkheid.

Het non-regressiebeginsel

Hoewel het Hof het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid afleest uit art. 19 VEU, heeft het beginsel een veel bredere grondslag. Het betreft 'een algemeen beginsel van Unierecht dat uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeit';[7] het is een element van 'de rechtsstaat', op welke 'waarde' volgens art. 2 VEU de Unie is gebaseerd. Art. 19 VEU concretiseert dat beginsel slechts.[8] Het (jongere) art. 47 Hv 'bevestigt' het bestaan van dat beginsel 'opnieuw'.[9] Op die bredere grondslag grijpt het Hof terug om te komen tot een non-regressie-beginsel ten aanzien van rechterlijke onafhankelijkheid.

Volgens art. 49 VEU kunnen lidstaten slechts tot de Unie toetreden als zij de in art. 2 VEU omschreven waarden eerbiedigen. Die eerbiediging is van groot belang voor 'het onderlinge vertrouwen tussen de lidstaten en, in het bijzonder, hun rechterlijke instanties', aldus het Hof.[10] Het leidt daaruit af dat het onderschrijven van die waarden 'een voorwaarde is voor het genot van alle rechten' die uit het Unielidmaatschap voortvloeien. Daaruit volgt dat een lidstaat zijn nationale recht 'niet zodanig [mag] wijzigen dat afbreuk wordt gedaan aan de bescherming van de waarde van de rechtsstaat, welke waarde met name is geconcretiseerd in artikel 19 VEU'.[11] Uit deze regel leidt het Hof dan uiteindelijk af dat art. 19 VEU een non-regressiebeginsel bevat ten aanzien van de rechterlijke onafhankelijkheid: lidstaten moeten ervoor zorgen dat zij 'elke teruggang in hun wettelijke regeling van de rechterlijke organisatie vermijden, door geen regels vast te stellen die de onafhankelijkheid van de rechters zouden ondermijnen'.[12] Het Hof concludeert: 'dat artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen nationale bepalingen betreffende de rechterlijke organisatie die in de betrokken lidstaat een teruggang kunnen betekenen voor de bescherming van de waarde van de rechtsstaat, in het bijzonder van de waarborgen voor de onafhankelijkheid van rechters'.[13]

In het onderhavige geval stelt het Hof vast dat van een achteruitgang in de regeling van de rechterlijke onafhankelijkheid in het Maltese recht door de grondwetswijziging van 2016 geen sprake is. Vóór die grondwetswijziging gold dat de minister-president bij rechterlijke benoemingsvoordrachten slechts werd beperkt in zijn keuze door enkele grondwettelijke functie-eisen. Ná 2016 heeft hij bovendien rekening te houden met een onafhankelijk advies over de geschiktheid van de kandidaten. De grondwetswijziging vermindert het beschermingsniveau van de onafhankelijkheid van de Maltese rechters dus niet, maar verhoogt het juist.[14]

De 'oude' eis van rechterlijke onafhankelijkheid

Vervolgens toetst het Hof de nieuwe regeling aan de inmiddels bekende Unierechtelijke eis van rechterlijke onafhankelijkheid. Het Hof stelt daarbij allereerst vast dat de vrijheid van de minister-president in zijn voordrachtskeuze is beperkt door de (eerder genoemde) functie-eisen. Vervolgens gaat het in op de bevoegdheid van de minister-president om van adviezen van de nieuw ingestelde commissie voor rechterlijke benoemingen af te wijken. Het stelt vast dat de minister-president van die afwijkingsbevoegdheid alleen gebruik kan maken als hij dat motiveert, ook ten overstaan van het parlement. Het Hof overweegt daarover: ‘Voor zover de minister-president deze bevoegdheid slechts in zeer uitzonderlijke gevallen uitoefent en zich houdt aan de strikte en daadwerkelijke naleving van die motiveringsplicht, kan deze bevoegdheid geen aanleiding geven tot gerechtvaardigde twijfels over de onafhankelijkheid van de gekozen kandidaten.’^[15] Het Hof concludeert vervolgens dat het Maltese recht ‘op zichzelf’ niet aanleiding kan geven voor ‘gerechtvaardigde twijfels [...] omtrent de ongevoeligheid van de benoemde rechters voor externe factoren’ en dus geen schending van art. 19 VEU inhoudt.

4. De betekenis van het nieuwe toetsingskader voor Polen

Het non-regressiebeginsel is dé noviteit van deze uitspraak. Wat betekent de introductie van dat beginsel voor het Poolse verweer dat zijn regeling van de rechterlijke organisatie de rechterlijke onafhankelijkheid beter beschermt dan de Nederlandse of Duitse regeling?

Beantwoording van die vraag vereist inzicht in de verhouding tussen dit nieuwe beginsel en de ‘oude’ eisen van rechterlijke onafhankelijkheid. Wat die onderlinge verhouding is, zegt het Hof niet uitdrukkelijk. Zij kan echter wel uit het arrest worden afgeleid. Pas nadat het Hof heeft vastgesteld dat aan *beide* eisen is voldaan, concludeert het Hof dat de Maltese regeling met art. 19 VEU verenigbaar is. Kennelijk is dus sprake van cumulatieve criteria: aan art. 19 VEU is pas voldaan als de nieuwe nationale wettelijke regeling ten opzichte van de oude geen achteruitgang betekent voor de bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid én ook anderszins de rechterlijke onafhankelijkheid voldoende in acht is genomen. Dat betekent dat het Hof strenger is geworden: niet langer is voldoende dat enkel aan de ‘oude’ eisen is voldaan; tevens is vereist dat sprake is van non-regressie.

Door het cumulatieve karakter van beide eisen vermindert de *juridische betekenis* van het Poolse verweer. De nieuwe Poolse regeling verminderde op diverse punten de bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid. Zo koos voortaan de Poolse Tweede Kamer – en niet rechters – de meerderheid van de leden van de Raad voor de Rechtspraak, die rechters voor benoeming voordraagt. Dat betekent dat sprake is van schending van het beginsel van non-regressie, zodat niet is voldaan aan art. 19 VEU, ongeacht of de nieuwe regeling van de rechterlijke organisatie in Polen meer waarborgen omvat dan in Nederland of Duitsland.

Hoewel de *juridische betekenis* van het door Polen gevoerde verweer door de introductie van het non-regressie-beginsel aan betekenis inboet, hoeft uiteraard niet hetzelfde te gelden voor haar *politieke betekenis*. Op het eerste gezicht is het immers merkwaardig dat een land door de Commissie voor het EU-Hof wordt gesleept vanwege een regeling van de rechterlijke organisatie die méér waarborgen biedt dan de regeling in een ander land, terwijl dat andere land niet met strafsancities wordt bedreigd. Die indruk is echter onterecht. Bij toetsing aan de ‘oude’ eis van rechterlijke onafhankelijkheid beoordeelt het Hof van Justitie namelijk niet alleen de juridische regeling, maar ook haar toepassing bezien in de relevante politieke context. Ook in dit arrest is dat zichtbaar, hoewel het hier prejudiciële vragen betreft die uit toetsing van een wettelijke regeling als zodanig voortvloeien en dus niet uit een concrete toepassing daarvan, zoals bij een inbreukprocedure bijvoorbeeld het geval kan zijn. Het Hof overweegt immers dat de Maltese regeling – als zodanig – met het Unierecht verenigbaar is, mits de minister-president slechts ‘in zeer uitzonderlijke gevallen’ van zijn afwijkingsbevoegdheid gebruik maakt en de bijbehorende motiveringsplicht ‘strikt en daadwerkelijk’ naleeft. In de Poolse zaken was het juist de wettelijke regeling – *bezien in de politieke context waarin zij werd toegepast* – die het Hof er toe bracht een schending van het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid aan te nemen.[16] Het Poolse verweer dat zijn regeling van de rechterlijke onafhankelijkheid *als zodanig* meer waarborgen biedt dan de regeling in Nederland of Duitsland is daarmee niet *to-the-point*: omdat daarbij geen acht wordt geslagen op de toepassing en context van die regeling, sluit die constatering immers niet uit dat Polen in strijd handelt met het Unierecht, en Nederland en Duitsland niet.

5. De betekenis voor Nederland

Wat is de betekenis van dit arrest voor Nederland? Het antwoord op die vraag kan niet met 100%-zekerheid gegeven worden. Toch doe ik een poging. Voor de overzichtelijkheid beperk ik mij daarbij tot de benoeming van rechters in de gewone rechterlijke macht. Al deze rechters worden benoemd door de regering (art. 117 lid 1 Gw). Voor rechters in de rechtbanken en de hoven geldt dat het bestuur van het gerecht waar een vacature is ontstaan, een (niet-bindende) lijst van aanbeveling opmaakt van (zo mogelijk) drie kandidaten, waarover de gerechtsvergadering kan adviseren. De Raad voor de Rechtspraak zendt deze lijst aan de minister van Veiligheid en Justitie, vergezeld van een advies (art. 5c Wvrra). Voor benoeming van raadsheren in de Hoge Raad bepaalt art. 118, eerste lid, Gw dat de regering een keuze moet maken uit een voordracht van drie kandidaten opgemaakt door de Tweede Kamer. Aan die voordracht gaat weer een (niet-bindende) aanbeveling van de Hoge Raad vooraf (die deze opstelt in overleg met de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad). Deze aanbeveling bevat de namen van tenminste zes personen. In de praktijk volgt de regering (en voor benoemingen in de Hoge Raad: ook de Tweede Kamer) de aanbevelingen van de rechterlijke ambten. Als dat

zo blijft, is deze regeling *feitelijk* vergelijkbaar met de Maltese regeling die het Hof in dit arrest met het EU-recht verenigbaar acht. Nederland zou naar mijn oordeel echter in de gevarenzone komen als (de Tweede Kamer en) de regering van de door de rechterlijke ambten gedane aanbevelingen zou afwijken, zeker als dat vaker zou gebeuren of voor zulk afwijken geen rationele argumenten worden gegeven.

Mr. drs. Joost Sillen

Universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht

Radboud Universiteit

[1] Zie hierna, onder 5.

[2] Art. 95 lid 2 GG. De Bondspresident benoemt uiteindelijk de voorgedragen kandidaat formeel (art. 60 lid 1 GG).

[3] Art. 94 lid 1 GG.

[4] Zie D.M. Kochenov & A. Dimitrovs, 'Solving the Copenhagen Dilemma. The Repubblica Decision of the European Court of Justice', *VerfBlog* 2021/4/28, <https://verfassungsblog.de/solving-the-copenhagen-dilemma/>.

[5] Op grond van de Maltese Grondwet is een ieder bevoegd tot het aanhangig maken van een vordering waarmee de grondwettigheid van wetten wordt betwist (art. 116 Gw).

[6] J.J.J. Sillen, 'Rechterlijke onafhankelijkheid als Unirechtelijk beginsel', in: H. de Waele, J. Krommendijk & K. Zwaan (red.), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 313-328.

[7] *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, HvJ EU (GK) 27 februari 2018, zaak C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, «EHRC» 2018/72 m.nt. J. Krommendijk, par. 35.

[8] *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, HvJ EU (GK) 27 februari 2018, zaak C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, «EHRC» 2018/72 m.nt. J. Krommendijk, par. 32.

[9] Par. 40.

[10] Par. 62.

[11] Par. 63.

[12] Par. 64.

[13] Par. 65.

[14] Par. 66-69.

[15] Par. 71.

[16] Bijv. *A.K. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Hoge Raad)*, HvJ EU (GK) 19 november 2019, C-624/18, C|625/18 en C-585/18, ECLI:EU:C:2019:982, *EHRC Updates* 2020/48, m.nt. J.J.J. Sillen, onder 4.