

ANNOTATIE

# **Xero Flor w. Polsce sp. z. o.o. t. Polen (EHRM, nr. 4907/18) – Het EHRM mengt zich in de Poolse rechtsstaat-crisis**

***Mr. drs. J.J.J. Sillen***

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 07-05-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD0000490718 (EHRC-2021-0130)*

## **1. Inleiding**

Op 1 december van vorig jaar wees de Grote Kamer van het EHRM arrest in de zaak *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*. Daarin schiep het Straatsburgse Hof een kader voor de toetsing van de benoeming van rechters aan het art. 6-vereiste dat een ieder recht heeft op toegang tot een gerecht dat ‘bij de wet is ingesteld’. In mijn annotatie bij dat arrest merkte ik op dat de praktische betekenis van dit toetsingskader vermoedelijk snel zou toenemen vanwege de diverse klachten die bij het Hof aanhangig zijn tegen Polen als gevolg van de rechtsstaatcrisis aldaar.<sup>[1]</sup> Het onderhavige arrest is het eerste dat daarover gaat en het genoemde toetsingskader vindt daarin meteen toepassing. In dit arrest beslist het Straatsburgse Hof dat eiser geen toegang heeft gehad tot een gerecht dat bij de wet is ingesteld toen zijn zaak door het Poolse Constitutionele Hof niet-ontvankelijk werd verklaard, omdat de benoeming van een van de rechters in dat Hof onregelmatig was. In deze annotatie bespreek ik kort de achtergrond van het conflict ten aanzien van het Constitutioneel Hof (2), de zaak die ertoe leidde dat het EHRM zich daarover moet buigen (3), het toetsingskader van het EHRM (4) en de wijze waarop het dat toepast (5). Tot slot maak ik enkele opmerkingen over de *concurring opinion* van de Poolse rechter in het EHRM. Deze betoogt dat art. 6 EVRM zó zou moeten worden uitgelegd dat de nationale rechter de bevoegdheid moet hebben om

regelgeving, waaronder wetten, te toetsen aan de Grondwet (6).

## **2. Het conflict omtrent het Constitutioneel Hof**

De Poolse rechtsstaatcrisis begon met de benoeming van nieuwe rechters in het Constitutionele Hof in het najaar van 2015.[2] Drie ambten hebben een rol bij die benoemingen. De *Sejm* – de Poolse Tweede Kamer – kiest rechters in dat Hof. De gekozen rechters leggen vervolgens een eed af ten overstaan van de president van de Republiek. Na die eed laat de president van het Constitutionele Hof hen in dat rechterlijk college toe.

Tot de verkiezingen van 25 oktober 2015 beschikten de linkse partijen – onder leiding van *Civic Platform* – over een meerderheid in de *Sejm*. Deze parlementaire coalitie bracht een nieuwe wet op het Constitutionele Hof tot stand. Deze bevatte gewijzigde bepalingen over de benoeming van rechters. Uitgangspunt daarvan was, kort gezegd, dat een vacature in het Hof moest worden vervuld door het parlement dat zitting had op de dag dat die vacature ontstond. De wet bevatte echter een overgangsbepaling volgens welke alle vacatures die in 2015 ontstonden werden opgevuld door het zittende parlement, ook al ontstonden die vacatures pas tijdens de zittingsperiode van de nieuwe *Sejm*, die op 12 november 2015 voor het eerst bijeenkwam. Concreet betekende dit dat de *Sejm* in oude samenstelling vijf vacatures in het Hof te vervullen had, terwijl twee daarvan ontstonden tijdens de zittingsperiode van de nieuwe *Sejm*.

Enkele maanden vóór de parlamentsverkiezingen van 25 oktober 2015 vonden de verkiezingen voor een nieuwe president van de Republiek plaats. Deze werden gewonnen door een kandidaat van de rechtse politieke partij PiS. De nieuwe president weigerde alle nieuw benoemde rechters de eed af te nemen. Nadat zijn politieke partij bij de parlamentsverkiezingen een absolute meerderheid had verworven, trok de nieuw samengestelde *Sejm* de wetsbepaling in op grond waarvan de oude *Sejm* twee rechters had gekozen ter vervulling van vacatures die pas na de parlamentsverkiezingen ontstonden. Enkele dagen later nam de nieuwe *Sejm* een resolutie aan die de benoeming van alle vijf door de oude *Sejm* benoemde rechters ongeldig verklaarde. Vervolgens benoemde het parlement op 2 december vijf nieuwe rechters. Vier van hen legden al in de nacht van 2 naar 3 december de eed af ten overstaan van de president van de Republiek. In de ochtend van 3 december meldden deze rechters zich bij het Constitutionele Hof, maar zij werden door de president van dat gerecht niet toegelaten.

Op diezelfde 3 december 2015 deed het Constitutionele Hof uitspraak een in zaak over de benoeming van de vijf rechters door de oude *Sejm*. Het Hof sprak uit dat benoeming van de drie rechters die vacatures vervulden die waren ontstaan tijdens de zittingsperiode van de

oude *Sejm* geldig was, maar dat benoeming van twee andere rechters ongeldig was; dat de president verplicht is de eed af te nemen van geldig benoemde rechters; en dat de resolutie van de nieuwe *Sejm* – waarin deze verklaarde dat de benoeming van alle vijf rechters door de oude *Sejm* ongeldig was – zélf ongeldig was. Het Hof besloot vervolgens de twee door de nieuwe *Sejm* rechtsgeldig gekozen rechters die de kans hadden gekregen de eed af te leggen, als leden van het Constitutioneel Hof toe te laten.

Vervolgens verhardden de posities verder. De nieuwe *Sejm* nam wetgeving aan die het Constitutionele Hof het werken onmogelijk maakte. Zo bepaalde het bijvoorbeeld dat het Hof zaken moest horen door tenminste 13 van de 15 rechters, terwijl volgens het Hof er slechts 12 rechtmatige benoemde rechters waren. Het Constitutionele Hof negeerde die wetgeving vervolgens, waarna de minister-president de verplichtte publicatie van uitspraken van het Hof weigerde.[3] In juli 2016 nam de *Sejm* een wet aan die de president van het Constitutioneel Hof verplichtte rechters tot het Hof toe te laten die ten overstaan van de president van de Republiek de eed hadden afgelegd. Daarmee dwong het parlement het Hof feitelijk de drie andere door de nieuwe *Sejm* gekozen rechters toe te laten. Het Hof op zijn beurt verklaarde die wet ongrondwettig.

Op 19 december 2016 liep de benoemingstermijn van de zittende president van het Constitutionele Hof af. Op grond van vlak daarvoor tot stand gekomen wetgeving wees de president van de Republiek een van de twee door de nieuwe *Sejm* benoemde (en door de oude president van het Constitutionele Hof toegelaten) rechters tot president van het Hof. Deze liet vervolgens ook de andere drie door de nieuwe *Sejm* gekozen rechters toe als lid van het Hof. Eén van die rechters is M.M. Een half jaar later werd deze tevens tot vicepresident van het Constitutionele Hof benoemd. In zijn nieuwe samenstelling oordeelde een kamer van het Constitutionele Hof dat de benoeming van (onder meer) M.M. als rechter grondwettig was.

### **3. De casus**

De casus die aan dit arrest ten grondslag ligt, is veel minder politiek gekleurd. Klager is een producent van graszoden. Zijn productiegebied wordt echter deels vernield door wild uit een nabij gelegen bos waarvan de Staat eigenaar is. Een wettelijke regeling geeft klager daarom recht op schadevergoeding ten laste van de Staat. Hij meent echter dat de wijze waarop zijn schade volgens deze regeling moet worden berekend in strijd is met de Grondwet. Bij de lagere rechter krijgt hij ongelijk. Vervolgens wendt hij zich tot het Constitutioneel Hof met het verzoek de regeling ongrondwettig te verklaren. Een kamer van het Constitutionele Hof – met M.M. als voorzitter – verklaart zijn klacht echter niet ontvankelijk. Tegen die beslissing komt klager op bij het EHRM. Met verwijzing naar *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland* betoogt

hij dat vanwege de deelname van M.M. zijn zaak niet is gehoord door een gerecht dat bij de wet is ingesteld.[4]

Als gezegd, geeft het Straatsburgse Hof klager gelijk. Dat het Hof dat doet, illustreert het verstrekkende karakter van zijn rechtspraak over de art. 6-eis van een bij de wet ingesteld gerecht: het Hof neemt die schending aan zonder dat klager aannemelijk heeft hoeven maken dat hij reden heeft te vermoeden dat hij door de betrokkenheid van M.M. bij de behandeling van zijn zaak in een nadeliger positie is gebracht dan waarin hij zou hebben verkeerd als een andere, correct benoemde rechter zijn zaak had behandeld. In *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland* benadrukte het Hof dan ook dat de gevolgen van een schending van deze art. 6-eis niet uitsluitend moeten worden gezien in verhouding tot de individuele klager, maar juist ook in relatie tot het 'grote publiek'. Het Hof rechtvaardigt dit afwijken van zijn zaaksgerichte benadering met een beroep op het 'wezenlijke rol die de rechterlijke macht speelt in een democratische rechtsstaat', in het bijzonder 'bij het onderhouden van de *checks and balances* die eigen zijn aan de machtenscheiding'.[5]

#### **4. Het toetsingskader van *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland***

Het Hof moet dus de vraag beantwoorden of klagers recht om zijn zaak voor te leggen aan een gerecht dat bij de wet is ingesteld is geschonden door de betrokkenheid van M.M. Als gezegd biedt het IJslandse arrest daarvoor het toetsingskader dat bestaat uit drie stappen.

Ten eerste is voor een schending vereist dat bij de benoeming van de rechter sprake was van 'een duidelijke schending van het nationale recht, dat wil zeggen: van een schending die objectief en eenvoudig kan worden vastgesteld'.[6] Maatgevend is dus of het nationale recht is gevolgd. Is het nationale recht niet geschonden, dan geldt hetzelfde voor art. 6 EVRM. Het Hof houdt echter de mogelijkheid open dat ook zonder schending van het nationale recht het recht op een gerecht dat bij de wet is ingesteld is geschonden, namelijk als de gevolgde procedure 'tot gevolgen leidt die onverenigbaar zijn met doel en strekking' van art. 6 EVRM.[7]

Ten tweede is voor een schending van art. 6 EVRM vereist dat de overtreding van rechtsregels bij de benoeming van een rechter gevolgen heeft voor 'de mogelijkheid van de rechterlijke macht om zijn taken uit te oefenen zonder ongepaste beïnvloeding, en zo de rechtsstaat en de machtenscheiding kan beschermen'.[8] Dat betekent dat schendingen van 'louter technische aard die geen invloed hebben op de legitimiteit van de benoemingsprocedure voor rechters' niet kunnen leiden tot een schending van art. 6 EVRM.

Tot slot hecht het Hof grote waarde aan de eventuele gevolgen die de nationale rechter heeft verbonden aan de schendingen van het nationale recht, mits de nationale rechter daarbij de relevante jurisprudentie van het Straatsburgse Hof heeft meegenomen.[9] De gedachte zal zijn

– het Hof spreekt dat niet uitdrukkelijk uit – dat als de nationale rechter adequaat redres heeft geboden, voor het vaststellen van een schending van art. 6 geen noodzaak meer is.

## 5. Toepassing van het toetsingskader

Het zwaartepunt bij de toepassing van het toetsingskader in deze zaak ligt bij het eerste criterium: was bij benoeming van M.M. sprake van een duidelijke schending van het nationale recht? Het Hof meent van wel en leunt daarbij sterk op de uitspraken van het Poolse Constitutionele Hof in zijn samenstelling onder zijn oude president. Het EHRM stelt drie schendingen van het nationale recht vast.[10] Ten eerste acht het de benoeming van M.M. en twee andere rechters door de nieuw samengestelde *Sejm* in strijd met de Poolse Grondwet. Deze bepaalde volgens het Constitutioneel Hof immers dat het parlement slechts rechters mag benoemen ter vervulling van vacatures die tijdens zijn parlementperiode zijn ontstaan. De plekken van deze drie rechters waren echter opengevallen tijdens de zittingsperiode van de vorige *Sejm*. Ten tweede wáren die plekken reeds rechtmatig ingevuld door het ‘oude’ parlement. Ten derde heeft de president van de Republiek het nationale recht geschonden door de rechtmatig benoemde rechters niet meteen de eed af te nemen, terwijl hij dat wel deed bij de onrechtmatig benoemde rechters. Het argument van de regering dat het Constitutionele Hof onder zijn nieuwe president de gewraakte benoemingen wel rechtmatig achtte (door het afleggen van de eed ten overstaan van de president van de Republiek als een constitutief vereiste voor de benoeming tot rechter te beschouwen), schuift het Hof terzijde. Het wijst erop dat het Constitutionele Hof daarmee afwijkt van zijn oude jurisprudentie, terwijl van twee van de rechters die dat arrest wezen tot de onrechtmatig benoemde rechters behoorden.[11] Daarmee staat voor het EHRM vast dat bij de benoeming van M.M. sprake was van een objectief en eenvoudig vast te stellen schending van het nationale recht.

Vervolgens moet het Hof de vraag beantwoorden of de schending van het nationale recht gevolgen heeft voor ‘de mogelijkheid van de rechterlijke macht om zijn taken uit te oefenen zonder ongepaste beïnvloeding, en zo de rechtsstaat en de machtenscheiding kan beschermen’. Het Hof beantwoordt die vraag positief. Het wijst erop dat de *Sejm* en de president van de Republiek zich bij de benoeming van M.M. niet hielden aan de bindende rechtspraak van het Constitutionele Hof. Bovendien probeerden zij deze rechtspraak te omzeilen, onder meer door nieuwe rechters te kiezen en in te zweren uren voordat het Constitutionele Hof zou oordelen over de rechtmatigheid van de rechters die zij zouden vervangen en door arresten van het Constitutionele Hof niet op de voorgeschreven wijze te publiceren. Bovendien probeerden deze ambten door middel van wetgeving het Constitutionele Hof te dwingen om de nieuw gekozen rechters toch toe te laten.[12] Daarmee hebben wetgever en bestuur ongeoorloofde druk uitgeoefend op het Constitutionele Hof die zó ernstig is dat daarmee de legitimiteit van de rechterlijke benoemingsprocedure is aangetast.

Het derde element van de driestaptoets – eventueel redres door de nationale rechter - leidt niet tot een andere conclusie. Zulk redres was namelijk naar nationaal recht niet mogelijk, zo erkende ook de regering.[13] Daarmee staat vast dat indien het Constitutionele Hof rechtspreekt in een samenstelling met M.M., het Hof volgens het EHRM niet heeft te gelden als een gerecht dat bij de wet is ingesteld.[14]

### **6. Art. 6 EVRM en de bevoegdheid van de nationale rechter om de wet aan de Grondwet te toetsen**

De Poolse rechter Wojtyczek schrijft bij deze uitspraak een uitvoerige *concurring opinion*. Daarin betoogt hij dat deze zaak voor het Straatsburgse Hof aanleiding had moeten zijn om een historische uitspraak te doen met dezelfde ‘*power of argument, brio and magnitude*’ als de bekende zaak *Marbury v. Madison*, waarin het Amerikaans Hoogerechtshof in 1803 de bevoegdheid aanvaardde om de wet aan de Grondwet te toetsen.[15] Ik bespreek zijn *concurring opinion* omdat zij voor Nederland interessant is én volgens mij de onstuimige ontwikkeling illustreert waarin de rechtsstaatcrisis in (voornamelijk) Polen het Europese denken over de plaats van de rechter in democratische rechtsstaat ons heeft gebracht, en nog belangrijker: welke rol supra- en internationale organisaties zichzelf daarin toedichten.

Aangrijpingspunt voor Wojtyczeks *concurring opinion* was het Poolse verweer dat art. 6 EVRM op een procedure als de onderhavige – waarin slechts de rechtmatigheid van wetgeving *in abstracto* wordt betwist en niet bijvoorbeeld een rechterlijke uitspraak ter discussie staat – niet van toepassing is. Zou het Hof hebben geoordeeld dat de aangevallen wet ongrondwettig was, dan wijzigde die beslissing namelijk niet rechtstreeks de rechtspositie van eiser, terwijl dat volgens de Poolse regering wél een vereiste is om te spreken van een rechterlijke instantie.[16] Omdat art.6 EVRM volgens de Poolse regering dus niet van toepassing was op de procedure bij het Constitutionele Hof, kon het EHRM volgens haar dus niet toekomen aan de vraag of het Constitutioneel Hof met de benoeming van M.M. nog wel een gerecht is dat bij de wet is ingesteld. Het Straatsburgse Hof gaat in dat verweer niet mee. Het stelt dat voor de vraag of art. 6 EVRM van toepassing is op een gerechtelijke procedure – ook als het een procedure voor een constitutioneel hof betreft – beslissend is ‘of de uitkomst van die procedure beslissend is voor de vaststelling van klagers burgerlijke rechten en verplichtingen’.[17] Volgens het EHRM is dat het geval: het neemt daarbij in aanmerking dat áls het Constitutioneel Hof de aangevallen regeling ongrondwettig had verklaard, klager daarmee zijn zaak bij de gewone rechter had kunnen heropenen en daar alsnog schadevergoeding had kunnen vragen.[18]

Volgens Wojtyczek had het Straatsburgse Hof verder moeten gaan. Hij wijst erop dat de rechtspraak over de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op constitutionele hoven verre van

eenduidig is. Deze zaak was volgens hem een goede gelegenheid om op dat gebied helderheid te verschaffen. Daartoe herformuleert hij de voorliggende rechtsvraag. De toepasselijkheid van art.6 EVRM zou in deze zaak volgens hem niet afhankelijk moeten zijn van de vraag of de uitspraak van het Constitutioneel Hof ‘beslissend’ is voor de vaststelling van klagers burgerlijke rechten en verplichtingen, maar van de vraag of voor die vaststelling *de beoordeling van de grondwettigheid van wetgeving* noodzakelijk was.[19] Op die manier zou het Hof uitdrukkelijk hebben kunnen uitspreken dat de bevoegdheid om wetgeving aan de Grondwet te toetsen (mits noodzakelijk voor de vaststelling van iemands burgerlijke rechten of verplichtingen of voor de beoordeling van de gegrondheid van een tegen iemand ingestelde strafvervolgning) door art. 6 EVRM wordt voorondersteld.[20]

Maakt het Hof deze redenering tot de zijne, dan zal dat – zo erkent ook Wojtyczek - verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor de Verdragsstaten.[21] Voor Nederland zou dat bijvoorbeeld betekenen dat art.120 Gw buiten toepassing moet blijven als de grondwettigheid van een wet beslissend is voor ‘de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen’ van eiser of voor het bepalen ‘van de gegrondheid van een strafvervolgning’. Vanwege de bijzondere karakteristieken van de constitutionele hoven meent Wojtyczek tegelijkertijd dat de art. 6-eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en een eerlijk proces dan aanzienlijk zullen moeten worden afgezwakt.[22] Beide omstandigheden maken het naar mijn mening onaannemelijk dat het Hof op korte termijn de door Wojtyczek gewenste stap zal zetten.

Mr. drs. J.J.J. Sillen

Hoofddocent staats- en bestuursrecht

Radboud Universiteit

[1] *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*, EHRM (GK) 1 december 2020, nr. 26374/18, ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, *EHRC Updates* 2021/8, m.nt. Sillen.

[2] Zie par. 4-63.

[3] Publicatie geschiedde later toch, maar met vermelding dat de uitspraak niet rechtsgeldig was.

[4] Daarnaast is hij van oordeel dat lagere rechters een prejudiciële vraag aan het Hof hadden moeten stellen. Dat zij dat niet hebben gedaan, acht hij eveneens in strijd met art. 6 EVRM. Het Hof geeft hem daarin gelijk. Ik bespreek dat aspect echter niet.

- [5] *Guðmundur Andri Ástráðsson*, reeds aangehaald, par. 283.
- [6] Par. 249
- [7] Par. 249.
- [8] Par. 250.
- [9] Par. 251.
- [10] Par. 268-270.
- [11] Par. 272-273.
- [12] Par. 280-282 en 285-286.
- [13] Par. 288.
- [14] Par. 289-291.
- [15] Par. 20 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.
- [16] Par. 179-181.
- [17] Par. 191.
- [18] Par. 208.
- [19] Par 15.1-7 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.
- [20] Par. 16 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.
- [21] Par. 17 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.
- [22] Par. 17.4 van de Partly dissenting, partly concurring opinion van Judge Wojtyczek.