

ANNOTATIE

X en Y (HvJ EU, C-562/21 PPU) – (Potentiële) berechting niet- onafhankelijk Pools gerecht blokkeert niet automatisch overlevering aan Polen

mr. dr. S.M.A. Lestrade

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 22-02-2022,
ECLI:EU:C:2022:100 (EHRC-2022-0072)*

Prejudiciële vragen

1. In onderhavige zaken heeft de Rechtbank Amsterdam aan het Hof van Justitie EU opnieuw prejudiciële vragen gesteld over de tenuitvoerlegging van Europese arrestatiebevelen (hierna: EAB's) in de context van de aanhoudende rechtsstaatcrisis in Polen en het recht op een eerlijk proces. Eerder beantwoordde het Hof hierover al een reeks vragen in de zaken *L & P*.^[1] De rechtbank vraagt nu meer concreet welke toets een rechter moet aanleggen bij de tenuitvoerlegging van een EAB als hij over informatie beschikt die duidt op fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht van de verzoekende lidstaat. Het gaat in de zaak *X* om een executie-EAB. Meer specifiek is daarin de vraag hoe moet worden omgegaan met het gegeven dat berechting in Polen heeft plaatsgevonden zonder dat er een doeltreffende voorziening in rechte was tegen een eventuele schending van het recht op 'een gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld'. De zaak *Y* betreft een vervolgings-EAB. Er is hierbij nog geen sprake van een berechting, maar wel speelt een reëel gevaar van berechting door een 'niet vooraf bij wet ingesteld gerecht'. De samenstelling van rechters is in dit geval nog niet duidelijk, aangezien de zaken in Polen op willekeurige wijze worden toebedeeld. Helder is evenwel dat de opgeëiste persoon geen effectief rechtsmiddel

voor handen heeft als uiteindelijk sprake zou zijn van niet rechtmatig benoemde rechters.

‘Rule of law’

2. De ‘rule-of-law’-problematiek in Polen blijft tot hoofdbrekens leiden. Moet op nationaal niveau strafrechtelijke samenwerking worden geweigerd gelet op de structurele en fundamentele gebreken in de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht? Die vraag wordt des te prangender nu de aanpak van problemen in Polen op EU-niveau zo langzaam geschiedt.[2] De Commissie is meerdere inbreukprocedures tegen Polen begonnen om onrechtsstatelijke hervormingen in de rechterlijke macht ongedaan te maken. Voorts is de Commissie een ‘rule-of-law’-procedure gestart in 2016. Dit proces heeft geleid tot aanbevelingen. Aangezien de situatie echter eerder verslechterde dan vooruitgang boekte, heeft de Commissie in 2018 een Artikel-7 procedure aanhangig gemaakt. Deze procedure kan leiden tot de schorsing van rechten van een lidstaat. De zaak is met steun van het Europees Parlement voorgelegd aan de Raad en is al vaak besproken door de lidstaten, maar het is nog niet tot een uiteindelijke stemming gekomen.[3] Verder is vanuit de EU getracht invloed uit te oefenen door het conditionaliteitsmechanisme in werking te stellen.[4] Dit mechanisme maakt het uitkeren van EU-geld afhankelijk van het adequaat functioneren van de rechtsstaat. Officieel ging dit conditionaliteitsregime op 1 januari 2021 al in, maar op verzoek van Polen en Hongarije zou het pas worden toegepast na beoordeling van de rechtmatigheid ervan door het Hof. Het Hof heeft op 16 februari 2022 geoordeeld dat EU-landen inderdaad mogen worden gekort als zij de rechtsstatelijke waarden niet nakomen (bijvoorbeeld als rechters niet onafhankelijk hun werk kunnen doen).[5] De vraag is evenwel of de Commissie met deze uitspraak het conditionaliteitsinstrument voortvarend wil inzetten. De vluchtelingencrisis als gevolg van de oorlog tussen Rusland en Oekraïne zal de bereidheid hard op te treden tegen Polen waarschijnlijk niet doen toenemen. De EU zal mogelijk op dit moment een conflict met Polen uit de weg gaan opdat zo constructief mogelijk kan worden samengewerkt bij de opvang van Oekraïense vluchtelingen. De ene crisis lijkt zo de andere crisis te overschaduwen.[6]

Wederzijds vertrouwen

3. Het Hof benadrukt wederom het wezenlijk belang van het beginsel van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning om de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht binnen de EU te kunnen waarborgen. Dit uitgangspunt brengt mee dat lidstaten er, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, van uit kunnen gaan dat andere lidstaten de grondrechten eerbiedigen.[9] Het Hof geeft drie daarbij samenhangende redenen: 1) de noodzaak om grondrechten van slachtoffers te eerbiedigen; 2) het bestrijden van straffeloosheid; 3) het niet doorkruisen van de bevoegdheid van de Raad in het kader van de Artikel-7 procedure.[10] In het verlengde hiervan is informatie over de verergering van structurele gebreken met

betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als zodanig niet voldoende om de tenuitvoerlegging van een EAB te weigeren.[11]

Twee stappentoets

4. Bij de beoordeling van een (potentiële) grondrechtenschending verwijst het Hof naar de twee-stappentoets in *LM*.^[12] De eerste stap is *in abstracto* bepalen of er een reëel gevaar is dat het recht op een eerlijk proces wordt geschonden. In de onderhavige zaak wordt niet betwist dat er structurele en fundamentele gebreken zijn die de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Polen aantasten. Met betrekking tot de tweede stap moet worden bezien of er gronden bestaan om aan te nemen dat in het concrete geval van overlevering het recht van de opgeëiste persoon op een eerlijk proces zal worden geschonden.^[13] Bij deze beoordeling kan rekening worden gehouden met de persoonlijke situatie van de opgeëiste persoon, de aard van het betrokken strafbare feit en de feitelijke context waarin het EAB is uitgevaardigd zoals verklaringen of handelingen van overheidsinstanties die de behandeling van een individueel geval kunnen beïnvloeden.^[14]

Dialogo

5. Het Hof stuurt aan op het ten volle benutten van de middelen in artikel 8 lid 1 en 15 van het Kaderbesluit EAB. Deze artikelen hebben betrekking op de inhoud van het EAB en de mogelijkheid aanvullende gegevens op te vragen. Het Hof verduidelijkt in deze uitspraak dat de uitvaardigende autoriteit verplicht is aanvullende gegevens te verstrekken indien wordt gevreesd voor schending van het recht op een eerlijk proces. Elke gedraging waaruit blijkt dat de uitvaardigende autoriteit op dit punt niet loyaal samenwerkt, kan worden gebruikt bij de beoordeling van het concrete gevaar.^[15] Tegelijkertijd is het ook aan de opgeëiste persoon gegevens aan te dragen op basis waarvan kan worden aangenomen dat er zwaarwegende en op feiten berustende gronden zijn om aan te nemen dat het recht op een eerlijk proces in het geding is.^[16]

Twee verschillende benaderingen; toetsing in abstracto en in concreto

6. De afgelopen jaren is een trend waar te nemen waarin het Hof strenger toeziet op de bescherming van grondrechten in het strafproces. Enerzijds doet het Hof dat via een 'procedurele lijn' waarbij het de bescherming van grondrechten tracht af te dwingen door toe te zien op procedurele voorwaarden en te eisen dat bepaalde besluiten door een onafhankelijke instantie worden genomen dan wel door te voorzien in rechterlijke controle.^[17] Anderzijds is er een lijn waarin fundamentele rechten als zelfstandige grond fungeren. Daarin accepteert het Hof het niet naleven van fundamentele rechten in een lidstaat in uitzonderlijke omstandigheden als weigeringsgrond bij strafrechtelijke samenwerking,

ondanks het uitgangspunt van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen.[18]

7. In de EAB-jurisprudentie is de ‘procedurele lijn’ onder meer terug te zien in de zaken *OG en PI* en *AZ*.^[19] Daarin oordeelt het Hof dat EAB’s alleen mogen worden uitgevaardigd dan wel tenuitvoergelegd door een rechterlijke autoriteit. Als deze autoriteit niet een rechter is, maar een autoriteit die ‘anderszins deelneemt aan de strafrechtsbedeling’ (zoals het openbaar ministerie), dan moet deze onafhankelijk zijn van de uitvoerende macht en moet er een beroep in rechte openstaan.^[20] Het Hof acht het van betekenis dat een onafhankelijke autoriteit toeziet op de procedure omdat de overlevering gepaard gaat met een inbreuk op het recht op vrijheid. Het is in het verlengde daarvan van belang dat de rechter kan controleren of het EAB evenredig is.^[21] Het Hof is in het kader van de procedurele lijn streng en toetst hier *in abstracto*. Als het niet de juiste autoriteit is die een EAB uitvaardigt, dan blokkeert dit EU-samenwerking, ook al is in het concrete geval de onafhankelijkheid van de autoriteit niet in het geding (en heeft de uitvoerende macht geen individuele bemoeienis gehad). Het hanteert in dit opzicht aldus een meer institutionele benadering. De rechterlijke onafhankelijkheid wordt gezien als middel om de binding van de overheid aan het recht te verzekeren.^[22]

8. De ‘fundamentele rechtenlijn’ was voor het eerst zichtbaar in de gevoegde zaken *Aranyosi & Căldăraru*. Daarin oordeelt het Hof dat lidstaten bij een reëel algemeen en concreet gevaar van onmenselijke behandeling gedurende de detentie verplicht zijn onderzoek te doen, de overlevering moeten uitstellen en zelfs de overleveringsprocedure kunnen beëindigen indien het bestaan van dit gevaar niet binnen een redelijke termijn kan worden uitgesloten.^[23] In de zaken *LM, L & P* en onderhavige zaak *X & Y* oordeelt het Hof dat een reëel gevaar van schending van het door artikel 47 Hv gewaarborgde recht op een eerlijk proces eveneens grond kan opleveren de overlevering te weigeren.^[24] Ten aanzien van de fundamentele rechtenlijn verlangt het Hof, zoals opgemerkt, een concrete toets.^[25] In dat geval kan alleen worden overgegaan tot weigering van het EAB als in het individuele geval sprake is van (een dreigende) schending van grondrechten.^[26] Het Hof stelt hierbij het rechtszoekende perspectief op rechterlijke onafhankelijkheid op de voorgrond. Anders dan de institutionele benadering, moet bij dit perspectief concreet worden nagegaan of in het individuele geval sprake is van schending van het recht op een eerlijk proces.^[27]

Criminaliteitsbestrijding versus rechtsbescherming

9. De vraag is of de huidige koers van het Hof, waarin het met de ‘procedurele lijn’ en de ‘fundamentele rechtenlijn’ twee uiteenlopende benaderingen hanteert, de beste oplossing biedt bij de zorgen die er zijn omtrent grondrechtenbescherming in het strafproces en de ‘rule of law’-problematiek in Polen. Bij fundamentele gebreken inzake de rechterlijke onafhankelijkheid kan het lastig zijn aan te tonen dat in het concrete geval sprake zal zijn van

schending van grondrechten. Het is bovendien niet consequent dat het Hof de rechterlijke onafhankelijkheid in het ene geval vanuit het rechtszoekende perspectief beoordeelt, en in het andere geval vanuit institutioneel oogpunt.

10. Bij de 'fundamentele rechtenlijn' weegt het Hof diverse belangen tegen elkaar af. Enerzijds het beginsel van wederzijdse erkenning, het belang van het slachtoffer, het voorkomen van straffeloosheid en de positie van het Hof versus de Raad in de 'rule-of-law'-problematiek. Anderzijds het waarborgen van de grondrechten van de verdachte. Bij die weging lijkt al snel het individuele belang van de verdachte het onderspit te delven. De benadering van het Hof valt in het licht van criminaliteitsbestrijding te verklaren. Als de niet-rechtmatige benoeming van Poolse rechters automatisch de strafrechtelijke samenwerking zou blokkeren, zou dit er ook toe kunnen leiden dat 'doorsnee' drugscriminelen, mensenhandelaren, inbrekers of zedendelinquenten niet meer strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, terwijl hier mogelijk geen 'concreet' gevaar van schending van het recht op een eerlijk strafproces speelt. Dat gevaar kan wel aanwezig zijn bij politiek gevoelige delicten of bij verdachten dan wel veroordeelden die zich actief hebben afgezet tegen het Poolse regime.

11. Ten aanzien van de procedurele lijn kan het Hof zich in zekere zin 'permitteren' te kiezen voor een institutionele benadering zonder dat dit strafrechtelijke samenwerking binnen de EU permanent belemmert. De uitspraak in *OG en PI* heeft de EAB-procedure in Nederland, maar bijvoorbeeld ook in Duitsland gewijzigd. Het is niet meer de Nederlandse officier van justitie die een EAB uitvaardigt, die bevoegdheid is nu neergelegd bij de rechter-commissaris. Door aanpassing van de procedure kan de overleveringspraktijk weer doorgang vinden en is eveneens gewaarborgd dat een onafhankelijke rechter zich buigt over de (proportionaliteit van een) beslissing die het recht op vrijheid raakt.

Proportionaliteitstoets

12. Tegelijkertijd is kritiek mogelijk op de twee uiteenlopende benaderingen van het recht op een eerlijk proces. Het is mijns inziens mogelijk de 'rule of law'-problematiek in Polen óók meer vanuit institutioneel perspectief te benaderen zonder dat dit de strafrechtelijke samenwerking direct blokkeert. Bij het zoeken van een balans tussen criminaliteitsbestrijding en de bescherming van grondrechten beschouwt het Hof het instrument van het EAB 'geïsoleerd'. Ouwkerk pleit voor een meer integrale beoordeling waarbij het Hof andere EU-samenwerkingsinstrumenten in aanmerking neemt bij de balans tussen rechtshandhaving en rechtsbescherming. Hierbij kan met name worden gedacht aan de instrumenten voor de overdracht van strafvervolgning en de overdracht van straftenuitvoerlegging. Het is mogelijk dat in het geval waarin bij overlevering een risico dreigt van schending, de keuze voor een ander samenwerkingsinstrument zowel een grondrechtenschending als straffeloosheid

voorkomt.[28]

13. Het is opvallend dat het Hof binnen de ‘procedurele lijn’ het belang van een proportionaliteitstoets door een onafhankelijke autoriteit voorop plaatst bij de beoordeling van een EAB, terwijl het binnen de ‘fundamentele rechtenlijn’ geen evenredigheidstoets hanteert. Met Ouwerkerk zou ik voorstander zijn van een meer integrale beoordeling van het EAB-instrument. Die integrale beoordeling kan als fundament dienen van een uitgebreider proportionaliteitstoets. Als er in een overleveringsprocedure zorgen zijn omtrent het waarborgen van grondrechten, kunnen lidstaten met elkaar in dialoog over de mogelijkheid een andere vorm van samenwerking in te zetten.[29] De structurele en fundamentele rechtsproblematiek kan op die manier vanuit institutioneel perspectief worden meegewogen bij de beoordeling van een EAB uit Polen. Op die manier wordt enerzijds niet tekortgedaan aan het verwezenlijken van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en kunnen tegelijkertijd mensenrechten beter worden gewaarborgd.

S.M.A. Lestrade, universitair hoofddocent straf(proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen (Onderzoekscentrum Staat en Recht / SteR)[30]

[1] *L & P*, HvJ EU (GK) 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, *EHRC Updates* m.nt. Lestrade ‘Ondanks de aanhoudende rechtsstaatcrisis in Polen mogen Poolse EAB’s niet structureel worden geweigerd’.

[2] Zie kritisch hierover H. de Waele in zijn annotatie bij *Hongarije t. Parlement*, HvJ EU (GK) 3 juni 2021, C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426 in AA 2021-1118, ‘Nieuwe ontwikkelingen in de Europese rechtsstaatcrisis. Hongarije verliest een slag, maar wie wint de oorlog?’.

[3] Zie over de actuele stand van zaken ook https://www.europanu.nl/id/vkofgo42frun/poolse_democratie_en_rechtsstaat_onder.

[4] Het instrument is gebaseerd op Verordening (EU) 2020/2092 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2020 inzake een algemeen conditionaliteitsregime ter bescherming van de Uniebegroting, *PbEU* 2020, L 433I, p. 1-10.

[5] *Hongarije t. Parlement en Raad*, HvJ EU 16 februari 2022, zaak C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 en *Polen t. Parlement en Raad*, HvJ EU 16 februari 2022, zaak C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98. Zie kritisch over de lang slepende procedure en de ‘overbodigheid’ van het oordeel van het HvJ: Henri de Waele in zijn blog van 22 februari 2022, <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/flat-justitia-pereat-mundus-het-oordeel-van-het-europees-hof-van-justitie-over-het-rechtsstatelijk-conditionaliteitsmechanisme-en-de-weg-voorwaarts/>.

[6] Zie bijvoorbeeld <https://www.theguardian.com/world/2022/mar/25/poland-ukraine-russia-eu> en Polish Justice Minister Slams EU Over Funds in Ukraine Refugee Crisis - Bloomberg, maar zie tegelijkertijd ook het andere geluid EU liberals leader: Ukraine no excuse for Polish rule of law problems – EURACTIV.com.

[7] X & Y, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 40-41.

[8] X & Y, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 46.

[9] X & Y, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 48.

[10] X & Y, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 60-61; 62 en 63-65.

[11] X & Y, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 51.

[12] LM, HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, «EHRC» 2018/190 m.nt. K.A.M. van Kruisbergen en J. Krommendijk en JV 2018/203 m.nt. F.T.C. Dölle en J.A. Nijland.

[13] X & Y, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 67-83.

[14] X & Y, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 50 en 97. De Rechtbank Amsterdam heeft deze concrete toets inmiddels toegepast en de overlevering van de Poolse veroordeelde X en de Poolse verdachte Y toegestaan, zie Rb Amsterdam, 6 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1793 en ECLI:NL:RBAMS:2022:1794.

[15] X & Y, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 85.

[16] X & Y, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, r.o. 88.

[17] Zie ook J.H. Crijns, S.M.A. Lestrade, J.W. Ouwerkerk en K.M. Pitcher, Het OM uit positie? De institutionele positionering van het Openbaar Ministerie ter discussie, *Strafblad* 2022 *nog te verschijnen*, par. 4.

[18] Vgl. A.P. van der Mei, 'Het Europees aanhoudingsbevel, Recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie', *Strafblad* 2018(1). Hij signaleert drie lijnen en maakt onderscheid tussen 1) het uitleggen van begrippen; 2) het gebruiken van fundamentele rechten als instrument voor de uitleg van het Kaderbesluit en 3) fundamentele rechten die een zelfstandige grond opleveren.

[19] OG en PI, HvJ EU (GK) 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 en C-82/19, ECLI:EU:C:2019:456, «EHRC» 2019/181 m.nt. Lestrade en AZ, HvJ (GK) 24 november 2020,

zaak C-510/19, ECLI:EU:C:2020:953, *EHRC Updates* m.nt. Lestrade.

[20] Zie uitgebreid over deze jurisprudentie ook J.W. Ouwerkerk, S.M.A. Lestrade, K.M. Pitcher, J.H. Crijns en J.M. ten Voorde, *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht, Een verkennende studie naar een toekomstbestendige vormgeving van de rol en de positie van het openbaar ministerie in de EU-brede justitiële samenwerking in strafzaken*, Onderzoek in opdracht van WODC, Den Haag: 2021.

[21] *OG en PI*, HvJ EU (GK) 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 en C-82/19, ECLI:EU:C:2019:456, «EHRC» 2019/181 m.nt. Lestrade, r.o. 71 en 75.

[22] Zie ook J.J.J. Sillen, 'Straatsburg, Luxemburg en twee perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid' in *SEW* 2021/12, par. 1.

[23] *Aranyosi en Căldăraru*, HvJ EU 5 april 2016, zaken C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198, «EHRC» 2016/157 m.nt. Van der Wilt.

[24] *LM*, HvJ 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, «EHRC» 2018/190 m.nt. K.A.M. van Kruisbergen en J. Krommendijk en *JV* 2018/203 m.nt. F.T.C. Dölle en J.A. Nijland; *L & P*, HvJ (GK) 17 december 2020, C-354/20 en C-412/20, ECLI:EU:C:2020:1033, *EHRC Updates* m.nt. Lestrade; *X & Y*, HvJ EU (GK) 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100.

[25] Vgl. noot Lestrade in «EHRC» bij *OG en PI*, HvJ EU (GK) 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18, C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 onder punt 7 en noot Lestrade in *EHRC Updates* bij *L & P*, HvJ EU (GK) 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 onder punt 5 en A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Cambridge: Intersentia 2021, p. 650.

[26] Zie kritisch hierover P. Bárd en W. van Ballegooij in hun blog van 10 April 2018 op <https://verfassungsblog.de/judicial-independence-as-a-precondition-for-mutual-trust/> (laatst bezocht april 2022).

[27] Zie ook J.J.J. Sillen, 'Straatsburg, Luxemburg en twee perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid' in *SEW* 2021/12, par. 1.

[28] J. Ouwerkerk, Grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen: convergentie en divergentie in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM, in *SEW* 2021/12.

[29] J. Ouwerkerk, Grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen: convergentie en divergentie in de rechtspraak

van het HvJ EU en het EHRM, in *SEW* 2021/12. Zie ook J. Ouwerkerk, 'Are Alternatives to the European Arrest Warrant Underused? The Case for an Integrative Approach to Judicial Cooperation Mechanisms in the EU Criminal Justice Area', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (29) 2021, afl. 2, p. 87-101.

[30] De auteur dankt prof. P.H.P.H.M.C. van Kempen voor zijn nuttige *feed back* op deze annotatie.