

# De nationale rechter, de EU en de blik van MC Escher

NTB 2022/222

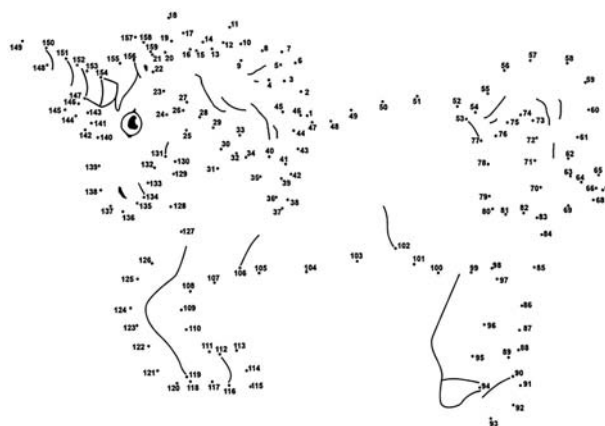
## 1. Inleiding

Het is voor mij een grote eer om de tiende Europa-lezing te mogen uitspreken. De vorige keren zat ik tussen u in de zaal. Voormalig Minister van Buitenlandse Zaken van Polen, Radosław Sikorski, Herman Van Rompuy, de eerste permanente voorzitter van de Europese Raad, de Eurocommissaris voor Mededinging, Margrethe Vestager, oud-president van Oostenrijk, Heinz Fischer, Jeroen Dijsselbloem, voormalig voorzitter van de Eurogroep, en Europarlementariër Judith Sargentini – een reeks van Europese leiders heeft hier uitgelegd hoe Europa van crisis naar crisis strompelt.

Of strompelt: via de EGKS, de EEG en nu de Europese Unie zijn we intussen een heel eind gekomen. Europese integratie heeft de inwoners van de lidstaten welvarender en veiliger gemaakt. Precies zoals Jean Monnet, grondlegger van de integratie, al had voorspeld. Europa wordt gebouwd, stap voor stap, via concrete prestaties, die zorgen voor de facto solidariteit tussen de lidstaten. En dit proces gaat via crises. Dat is altijd zo geweest. En dat zal ook zo blijven. We zien dat ook deze maanden weer. Oekraïense steden worden door de Russische oorlog kapot gemaakt, maar ons Europese huis wordt door de gezamenlijke reacties ... iets steviger. Kijk naar de opeenvolgende sanctiepakketten,<sup>2</sup> de opvang van Oekraïners in de EU via het invoeren van de tijdelijke beschermingsrichtlijn,<sup>3</sup> en defensiesamenwerking.<sup>4</sup> Wij mogen ons gelukkig prijzen – en dat mag misschien wat vaker gezegd worden – dat er in onze Unie ook leiders zijn, die streven naar het juiste en bereid zijn tot compromissen die dit in elk geval een stap dichterbij brengen.

Ik had hier vandaag op deze plek eerlijk gezegd ook weer zo een leider verwacht. Dan had ik me samen met u weer kunnen laven aan de inzichten van de architecten van Europa, de mannen en vrouwen die elke dag weer werken aan de bouwtekeningen van ons Europese huis, een huis dat net als de *Sagrada Familia* nooit af is, maar wel steeds mooier wordt. Nou vooruit, die beeldspraak is een beetje overdreven. Want laten we eerlijk zijn: de bouwtekeningen die

op ministerraden, op Europese toppen en via talloze bilateraal tjes in elkaar worden geknutseld lijken soms meer op kleurplaten. Die van vroeger, weet u nog? Een wit vel met stippeltjes en cijfertjes daarnaast. Kent u ze nog? Het was een kwestie van de cijfers in de goede volgorde met elkaar verbinden en dan kwam er iets moois naar voren. Zolang je maar zorgvuldig en vlijtig werkte.



Was het nog maar zo eenvoudig. Daar wil ik het vandaag over hebben. Want kijk, aan zo'n kleurplaat van vroeger mocht elk kind zijn eigen invulling geven. Die serieuze Europese kleurplaat, waar we het hier over hebben, die moet er in elk land, in elke provincie of gemeente, bij elke rechter uiteindelijk ongeveer hetzelfde uitzien. Maar wie verbindt de besluiten van de Europese Raden, de richtlijnen van de Europese Commissie, de besluiten van het Europees Parlement, de stippen op de horizon, tot eenduidige rechtsregels waaraan elke instantie, elk bedrijf en elke burger zich kan houden?

Dat is het werk van ambtenaren, die via nationale wet- en regelgeving en uitvoeringsmaatregelen de stippels die onze politieke leiders hebben gezet, moeten verbinden tot een mooie afbeelding. Van rechters, die de kleurplaat voorgelegd krijgen door twee partijen die in de afbeelding beiden toch echt iets héél anders menen te zien. Van wetenschappers, die dit alles onderzoeken en ons met hun inzichten weer verder helpen. Dat ik als bestuursrechter hier vandaag mag staan, in plaats van daar te zitten, beschouw ik als een eerbetoon aan ons allen. En aan mijn vader, maar daar kom ik straks op terug.

Allereerst, goed om te beseffen: de verdere inkleuring van de Europese afbeelding gebeurt *nationaal*, in zevenentwintig lidstaten.

Iedereen die als kind zo'n kleurboek in handen heeft gehad, weet: er kan veel fout gaan. Bewust of onbewust. Misschien hebben de leiders de stippels niet goed gezet en is het onmogelijk om deze te verbinden tot iets wat ook maar lijkt op een plaatje. Misschien geeft elke leider er in zijn eigen land al een eigen uitleg aan.

1 Corinna Wissels is sinds 1 maart 2013 staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Tevens is ze raadsheer-plv. in het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en lid en een van de vijf voorzitters van het arbitragepanel dat bevoegd is geschillen te beslechten over het terugtrekkingsakkoord tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk. Daarnaast is ze voorzitter van het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Europees recht.

Deze bijdrage is de Leiden Europa Lezing 2022, uitgesproken op 21 juni 2022.

2 Zie 'Beperkende EU-maatregelen tegen Rusland vanwege Oekraïne (sinds 2014)', [www.consilium.europa.eu/nl/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/](http://www.consilium.europa.eu/nl/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/).

3 Zie 'Oekraïne: Raad unaniem akkoord over tijdelijke beschermingsmaatregel voor vluchtelingen', [www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/03/04/ukraine-council-introduces-temporary-protection-for-persons-fleeing-the-war/](http://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/03/04/ukraine-council-introduces-temporary-protection-for-persons-fleeing-the-war/).

4 Zie 'EU-samenwerking inzake veiligheid en defensie', [www.consilium.europa.eu/nl/policies/defence-security/](http://www.consilium.europa.eu/nl/policies/defence-security/).

Dat is Europa in een notendop: wat op Europees niveau wordt bedacht en vastgesteld, is beïnvloed door wat nationaal in de zevenentwintig lidstaten wenselijk wordt geacht. Het resultaat is altijd een compromis: soms mooi, vaker rommelig, meestal nodig. Zodra dit compromis door de lidstaten moet worden toegepast, blijkt hoe lastig het is die stippels goed te verbinden tot een echte afbeelding. Soms is het probleem dat er al een nationale kleurplaat bestond. Hoe leg je deze nieuwe Europese kleurplaat op de oude? Dan komt het politiek soms beter uit om de stippels niet helemaal te verbinden zoals de bedoeling was, of buiten de lijnen te kleuren. Soms wordt ook gekozen om te krassen of het plaatje gewoon te verscheuren. Europa wordt dus niet alleen gemaakt op Europees niveau. Zonder nationale invulling en inkleuring is er geen Europa. Alles wat Europees wordt bedacht, moet uiteindelijk in de lidstaten worden vormgegeven, vastgelegd en toegepast. En wat in Europa wordt bedacht, vindt meestal ook zijn oorsprong in de lidstaten. Wat 'uit Brussel komt', zoals dat vaak wordt genoemd, is meestal geboren in Berlijn, Parijs, Madrid of Den Haag – ja ook Den Haag – al dan niet in een vruchtbare combinatie met andere hoofdsteden. Dus als we over Europa spreken, hebben we het ook altijd over de lidstaten. Er is geen Europa zonder de lidstaten. En er zijn geen lidstaten zonder... of in elk geval: de lidstaten functioneren dankzij Europa. De EU en de lidstaten: de twee niveaus bestaan, maar zijn stevig verstrengeld en beïnvloeden elkaar over en weer. Vandaag wil ik een ode brengen aan het nationale niveau. Een ode aan al die ambtenaren, die hard werken om te zorgen dat hun eigen land als onderdeel van de EU blijft functioneren. Zij moeten de regelgeving uit Europa implementeren in eigen land. Daarbij moeten ze óók nog rekening houden met de wensen van lokale, regionale of nationale politici. Kijken ze naar de kleurplaat, dan zien ze tussen de Europese stippels dus ineens toch ook weer nationale stippels verschijnen. En dat vraagt soms veel creativiteit. Vaak levert het een mooi plaatje op dat goed is in te passen binnen die Europese tekening. Maar soms niet. Wat als de nationale en Europese lijnen botsen? Naar de rechter! De nationale rechter kan bepalen of die nationale inkleuring van de kleurplaat nog past binnen de bedoeling van het Europese plaatje of dat er toch te veel buiten de lijnen is gekrast. Als het nodig is, kan of moet de nationale rechter hulp inroepen van het Hof van Justitie in Luxemburg. Zo komen we uit bij de rechtsstatelijke laag van de wisselwerking tussen, en verstrengeling van, het nationale en Europese. De nationale rechter en Europa, de nationale rechter als Europese rechter. Dat klinkt ingewikkeld. En dat is het ook. Het is wel leuk!

## 2. Er is niet één versie van het EU recht, er zijn achtentwintig versies

De nationale rechter is ook Europese rechter. Sinds het Verdrag van Lissabon van 2007 blijkt dat impliciet uit artikel 19 van het Verdrag van de Europese Unie.<sup>5</sup> Maar het debat over de

verhouding tussen de Europese en nationale rechtssystemen is zo oud als het Verdrag van Rome, al zeventig jaar, en dit debat gaat gewoon door. We hebben nu eenmaal te maken met een duizelingwekkend complex en meerlagig systeem dat voortdurend in ontwikkeling is. Kunnen we wel spreken van het Unierecht, alsof het één enkel bouwwerk is? Misschien moeten we wel accepteren dat er achtentwintig versies zijn. Er is het Unierecht, zoals bedacht in Brussel en uitgelegd in Luxemburg. En de zevenentwintig expressies daarvan in de lidstaten. Het Hof van Justitie heeft al zeventig jaar de taak om de autonomie, voorrang en uniformiteit van het Unierecht te waarborgen. Het is aan de nationale rechter om dat Unierecht toe te passen in concrete zaken en effectieve rechtsbescherming te bieden aan de burger.

Let wel: die nationale rechter past in de eerste plaats nationaal recht toe. Daarvoor is hij opgeleid. Dat is zijn taak. Als daarbij Unierecht om de hoek komt kijken, zal hij daar rekening mee moeten houden. Lang niet altijd zal meteen duidelijk zijn dat het Unierecht een rol speelt. Niet voor de advocaten, niet voor de rechter. Zeker als het om een lokaal geschil gaat.

Bent u daar nog? Of denkt u al aan de borrel straks? Ik geef een voorbeeld uit de praktijk van de Afdeling bestuursrechtspraak. Over horeca.

## 3. De horecavergunning en slecht levensgedrag

Burgemeesters verlenen vergunningen aan horecaondernemers in hun gemeente. De ondernemer die een café wil beginnen, mag niet van 'slecht levensgedrag' zijn. Die eis staat in de Drank- en Horecawet.<sup>6</sup> Maar wanneer is iemand van slecht levensgedrag? Dat is niet gedefinieerd.

Is de ondernemer veroordeeld voor een opiumdelict of witwassen, dan begrijpt iedereen dat de burgemeester hem liever niet ziet als baas van een café. In het belang van de openbare orde wil hij alleen betrouwbare horeca-exploitanten. Maar hoe beoordeelt de burgemeester die betrouwbaarheid in de praktijk? Is alleen sprake van slecht levensgedrag als de ondernemer strafrechtelijk is veroordeeld? Of is verdenking van een strafbaar feit al voldoende om een vergunning te weigeren? Wat als de aanvrager van de vergunning als zestienjarige puber is betrapt met drugs of een vals identiteitsbewijs. Telt dat nog mee? Burgemeesters geven al jaren invulling aan dit begrip 'slecht levensgedrag'. Alle feiten en omstandigheden kunnen ze daarbij betrekken. Alles telt dus mee. Dat was algemeen aanvaard en ook goedgekeurd door de bestuursrechter. Een lokaal probleem, dat wordt opgelost op basis van nationale en gemeentelijke regelgeving.

Europa is ver weg. Zeker. Totdat Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt in beeld kwam. Beter bekend als de dienstenrichtlijn.<sup>7</sup> De dienstenricht-

5 Zie o.a. K. Lenaerts, 'New Horizons for the Rule of Law Within the EU', *German Law Journal* (21) 2020, p. 29-34.

6 Sinds 1 januari 2022 de Alcoholwet, artikel 8, eerste lid sub c.

7 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* 2006, L 376/36).

lijn? Ja, die van de spreekwoordelijke Poolse loodgieter, ooit bedacht om het voor burgers van de Unie makkelijker te maken diensten te verlenen in andere lidstaten. Maar wat heeft de dienstenrichtlijn te maken met een ondernemer uit Leiden die hier op het Rapenburg een café wil runnen? De richtlijn regelt dienstverlening over grenzen heen. Denk aan de aannemer, die vanuit Nederland diensten verleent in België of Frankrijk. De richtlijn regelt ook *vestiging* van een dienstverlener. Dezelfde Nederlandse aannemer moet in staat worden gesteld een bedrijf in België te vestigen.

Hebben we het dan alleen over vestiging van een dienstverlener uit de ene lidstaat in de andere? Of is de dienstenrichtlijn ook van toepassing op de Nederlandse vrouw die in de gemeente Waddinxveen een theesalon wil beginnen? In het Unierecht noemen we dit de zuiver interne situatie.

Toen ik in 2013 begon bij de Afdeling bestuursrechtspraak, dacht ik dat de dienstenrichtlijn niet zozeer bedoeld was voor dit soort zuiver interne situaties. Al was ik daar ook weer niet helemaal zeker van. Partijen deden er steeds vaker een beroep op. Soms konden we de vraag nog omzeilen en losten we het geschil op een andere manier op. Of we gebruikten de formulering “Aangenomen al dat de dienstenrichtlijn van toepassing is”.<sup>8</sup> Dan liepen we de eisen uit de dienstenrichtlijn voor de zekerheid langs. Als aan die eisen was voldaan, konden wij in het midden laten of het Unierecht wel van toepassing was. Ook rechters kunnen pragmatisch zijn.

Maar in 2014 konden we er niet meer omheen. Een Amsterdamse ondernemer met een raamprostitutiebedrijf in de Jordaan liep aan tegen de gemeentelijke eisen voor vergunningverlening. En een man met een fluisterboot die bedrijfsborrels en rondvaarten wilde organiseren buiten de grachtengordel, kreeg geen vergunning. Beiden kwamen in hoger beroep terecht bij de Afdeling bestuursrechtspraak. In beide zaken zou het voor de uitkomst kunnen uitmaken of de dienstenrichtlijn wel of niet van toepassing was. Dus besloten we hierover vragen te stellen aan het Hof van Justitie.<sup>9</sup>

Anderhalf jaar later, in oktober 2015, kwam het antwoord.<sup>10</sup> Volgens het Hof was – anders dan wij dachten – geen sprake van een zuiver interne situatie. De ramen werden verhuurd aan Bulgaarse prostituees. De dienstontvangers kwamen dus uit een andere lidstaat. En dat levert volgens het Hof een grensoverschrijdend element op. En wat die fluisterboot betreft: ook daarin zag het Hof een grensoverschrijdend element. Buitenlanders zouden wel eens kunnen willen meevaren op die boot. En daarmee was de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn gegeven.

De Afdeling bestuursrechtspraak kon met dit antwoord deze twee zaken prima oplossen door de verplichtingen uit de richtlijn toe te passen. Dat was het probleem niet. Maar of de dienstenrichtlijn ook geldt in zuiver interne situaties, daarover hadden we nog steeds geen duidelijkheid. Dat was wat teleurstellend.

In januari 2016 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak dezelfde vraag opnieuw gesteld,<sup>11</sup> ditmaal in een procedure over een bestemmingsplan van de gemeente Appingedam. Er is toen uitdrukkelijk gewezen op het feit dat het Hof de vorige keer onze vraag niet had beantwoord. Het verlossende woord kwam in januari 2018.<sup>12</sup> De dienstenrichtlijn geldt ook in zuiver interne situaties.

Wat ik hiervan persoonlijk vind, is niet zo relevant. Als nationale rechter weet ik nu dat ik de dienstenrichtlijn er vaker bij moet pakken, ook in een lokaal geschil over exploitatievergunningen. De richtlijn legt concrete verplichtingen op aan het bestuur. En die verplichtingen komen bovenop – of soms in plaats van – nationale of gemeentelijke verplichtingen.

Wat betekent dit voor de burgemeester in mijn voorbeeld over de horecaverunning? Hij mag nog steeds eisen dat de horecaondernemer niet van slecht levensgedrag is. Maar er gelden grenzen. Die hebben te maken met rechtszekerheid, transparantie, objectiviteit en evenredigheid, zoals vastgelegd in de dienstenrichtlijn. Hoe de verplichtingen uit de dienstenrichtlijn passen bij het criterium ‘slecht levensgedrag’ heeft de Afdeling bestuursrechtspraak onlangs in een uitspraak uiteengezet.<sup>13</sup> Menig burgemeester of gemeentebestuur zal zich nu achter de oren krabben. Met deze inkleuring door de dienstenrichtlijn is de toepassing van de Drank- en Horecawet in de praktijk wat complexer.

Voor de horecaondernemer is dit goed nieuws. Hij weet nu beter wat hij kan verwachten als hij een vergunning aanvraagt of wil verlengen. En niet iedere misstap uit het verleden zal hem kunnen worden tegengeworpen. Dat leert de horecaondernemer. Wat leren wij ervan?

De Europese en nationale rechtssystemen zijn vervlochten. De nationale en Europese rechter hebben samen de kleurplaat verder ingekleurd. De nationale rechter door de vragen te stellen, de Europese door ze te beantwoorden. Dat zeg ik er even expliciet bij, want tsja ... als de nationale rechter de vragen niet stelt, kan de Europese ze ook niet beantwoorden.

U kent de aloude adagia: dankzij de *rechtstreekse werking* kan de burger zich direct op het Unierecht beroepen. En bij een conflict tussen Unierecht en nationaal recht, heeft het Unierecht *voorrang*. Is een nationale regel in strijd met het Unierecht, dan moet deze conform de Unierechtelijke regel worden uitgelegd. Lukt dat niet, dan zal de nationale rechter de nationale regel buiten toepassing moeten laten. De burger moet bovendien bij de nationale rechter terecht kunnen als hij rechten wil ontlenen aan het Unierecht. Met dank aan het beginsel van *effectieve rechtsbescherming*. Dat is het Unierecht in een notendop. Zonder deze ‘gouwe ouwen’ zou de Europese Unie niet meer zijn dan een gewone internationale organisatie.

Maar zonder *vertrouwen* gaat het ook niet. Zoals het voorbeeld van de horecaverunning, de rondvaartboten en

8 ABRvS 21 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT2130, r.o. 2.6.1.

9 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488 (Trijber) en ECLI:NL:RVS:2014:2495 (Harmsen).

10 HvJ EU 1 oktober 2016, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (Trijber en Harmsen).

11 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75.

12 HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (Visser Vastgoed/Appingedam).

13 ABRvS 25 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1493.

Appingedam aantonen: de Europese Unie functioneert alleen bij de gratie van loyale samenwerking.

Maar als je mekaar niet vertrouwen kan, waar blijf je dan? Artikel 4, derde lid van het Verdrag betreffende de Europese Unie is helder. De Unie en de lidstaten respecteren en steunen elkaar bij de uitvoering van de taken die uit de verdragen voortvloeien. Samenwerking impliceert een vertrouwensband tussen de samenwerkende partijen. Maar helaas: dit vertrouwen in de EU, en ook het vertrouwen tussen lidstaten onderling, vertoont scheuren. De meest ultieme scheur is natuurlijk de Brexit. Polen en Hongarije zorgen al jaren voor een andere in het oog springende scheur in de vertrouwensband tussen de EU en twee van haar lidstaten. De juridische stappen van de Unie tegen Polen en Hongarije gaan velen niet ver genoeg.<sup>14</sup> Terecht. Het is hoe dan ook al ongekend dat überhaupt stappen nodig zijn.

Volgens het Hof is het Unierecht erop gebaseerd dat lidstaten de gemeenschappelijke waarden van de Unie, genoemd in artikel 2 van het Unieverdrag, delen en respecteren.<sup>15</sup> Denk aan menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, rechtsstaat en mensenrechten. Deze waarden zijn wezenlijk om een ruimte zonder binnengrenzen mogelijk te maken en in stand te houden. Wat moeten of kunnen we doen als blijkt dat het met die waarden in sommige lidstaten niet goed gaat? Het antwoord daarop is zelden eenvoudig. Raakt dit ook het werk van de nationale rechter? Zeker, en steeds vaker. Ik geef twee voorbeelden uit de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht: het Europees aanhoudingsbevel en de overdracht van asielzoekers in het kader van Dublin.<sup>16</sup>

#### 4. Het Europees aanhoudingsbevel

Doel van het Europees aanhoudingsbevel is een snelle en efficiënte overlevering van verdachten binnen de Unie.<sup>17</sup> Het systeem is simpel. Uitgangspunt is de plicht tot overlevering. Als een rechter uit Frankrijk de Nederlandse rechter vraagt een verdachte over te leveren, dan geeft die Nederlandse rechter daar in beginsel gehoor aan. Mits aan een aantal voorwaarden is voldaan. Zo moet het strafbare feit waarvan deze persoon wordt verdacht in beide landen strafbaar zijn. En de verdachte mag niet al voor hetzelfde feit zijn veroordeeld.<sup>18</sup> Maar de overlevering kan *niet* worden geweigerd, als gevreesd moet worden voor schending van grondrechten in het land dat om overlevering vraagt. Althans dat is niet geregeld. Het uitgangspunt is namelijk

dat we die waarden van de Unie allemaal delen en naleven.<sup>19</sup> En dan wordt het lastig.

Neem de situatie in Polen. Kan de Amsterdamse rechter een Poolse verdachte wel overleveren aan een strafrechter in Polen? Ook als er serieuze twijfels bestaan over het functioneren van de rechtsstaat en de onafhankelijkheid van de Poolse rechter? Hierover zijn vragen gesteld aan het Hof van Justitie, eerst door een Ierse rechter, daarna ook door de Amsterdamse Internationale Rechtseenheidskamer.

Het Hof is voorzichtig en houdt vast aan het uitgangspunt van gedeelde waarden. Dat begrijp ik. Anders zou deze vorm van strafrechtelijke samenwerking al snel naar de prullenbak kunnen. Maar soms moet toch worden besloten niet over te leveren. Daarvoor gelden strenge voorwaarden. Het Hof geeft de nationale overleveringsrechter een bijna onmogelijke opdracht mee. Deze moet in twee stappen onderzoek doen.<sup>20</sup>

##### Stap 1: systeemfalen

De overleveringsrechter moet onderzoeken of er sprake is van *systeemfalen*. Er moet sprake zijn van een reëel gevaar van schending van het recht op een eerlijk proces, omdat de rechterlijke instanties in Polen niet onafhankelijk zijn. Maar met de constatering dat sprake is van een structureel en fundamenteel gebrek in het gerechtelijk apparaat zijn we er nog niet. Want dan nog kan de rechter een overlevering niet automatisch weigeren. Dit kan alleen als op Europees niveau, door de Europese Raad op grond van art. 7 lid 2 Verdrag van de Europese Unie is vastgesteld dat er sprake is van ernstige en voortdurende schending van de in artikel 2 neergelegde waarden.

Zo ver zijn we nog niet. Al helemaal niet na de recente goedkeuring van de ruim 35 miljard euro uit het coronaherstelfonds aan Polen. Ook al gaat die beslissing gepaard met enkele rechtsstatelijke garanties.<sup>21</sup> Dus ondanks de systemische gebreken moet de nationale rechter in beginsel overleveren aan Polen. Tenzij.

##### Stap 2: reëel gevaar op aantasting van het recht op een eerlijk proces

En zo komen we bij stap 2, een onderzoek naar de risico's op individueel niveau. De overleveringsrechter moet concreet en nauwkeurig beoordelen of er in het specifieke geval zwaarwegende en op feiten berustende gronden zijn om aan te nemen dat de betrokken verdachte in Polen gevaar zal lopen. Hoe moet de rechter dat doen? Door bij zijn Poolse collega's alle gegevens op te vragen die nodig zijn om

14 Zie 'Rechtsstaat in Hongarije en Polen: EP maakt balans op van EU-acties', [www.europarl.europa.eu/news/nl/agenda/briefing/2022-04-04/6/rechtsstaat-in-hongarije-en-polen-ep-maakt-balans-op-van-eu-acties](http://www.europarl.europa.eu/news/nl/agenda/briefing/2022-04-04/6/rechtsstaat-in-hongarije-en-polen-ep-maakt-balans-op-van-eu-acties).

15 HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586 (I.M.).

16 Volgens artikel 67 VWEU is de Unie een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, waarin de grondrechten en verschillende rechtstelsels en -tradities van de lidstaten worden geëerbiedigd.

17 2002/584/JBZ Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (PB EG 2002, L 190/1).

18 De drie absolute weigeringsgronden zijn neergelegd in artikel 3 van het Kaderbesluit, de facultatieve uitzonderingen zijn neergelegd in de artikelen 4 en 4bis.

19 C. Wissels & R. Grimbergen, 'Als je mekaar niet meer vertrouwen kan, waar blijf je dan? Enkele gedachten over het arrest L.M. en het wederzijds vertrouwensbeginsel', in: H. de Waele, J. Krommendijk & K. Zwaan (red.), *10 jaar EU-grondrechten Handvest in Nederland: Een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 247-270.

20 Zie het arrest I.M., r.o. 61-67.

21 Op 17 juni 2022 hebben de ministers van Economische Zaken en Financiën van de EU de toewijzing aan Polen van 35,4 miljard euro voor het door Polen ingediende Corona herstelplan goedgekeurd. Zie ook 'NextGenerationEU: ministers keuren beoordeling Pools herstelplan door Europese Commissie goed', [www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/06/17/recovery-fund-ministers-welcome-assessment-of-poland-s-national-plan/](http://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/06/17/recovery-fund-ministers-welcome-assessment-of-poland-s-national-plan/).

dit te kunnen beoordelen. Maar welke vragen stelt de overleveringsrechter aan zijn Poolse collega? Stuur hij een mail: *beste collega, door wie bent u benoemd en bent u wel onafhankelijk? En wat betekent dat straks voor deze verdachte?*

De Internationale overleveringskamer heeft onlangs geoordeeld dat twee Poolse verdachten moeten worden overgeleverd.<sup>22</sup> In hun specifieke situatie was geen reëel gevaar dat hun grondrecht op een eerlijk proces zou worden geschonden. Uit antwoorden van het Hof van Justitie leidde de Amsterdamse rechter af dat er een bewijslast ligt bij de betrokken Polen.<sup>23</sup> Zij moeten zelf feiten en omstandigheden aanvoeren, waaruit blijkt dat de systemische gebreken in de Poolse rechtsstaat een concrete invloed zullen hebben op de behandeling van hun strafzaak. En dat hadden deze twee niet aangetoond.

## 5. Overdracht van asielzoekers in het kader van Dublin

Dezelfde discussie is er ook in het asielrecht. De Dublinverordening regelt welke lidstaat in de Unie verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek.<sup>24</sup> Meestal is dat de lidstaat waar de asielzoeker de Unie binnen komt. Het doel is asielshoppen te voorkomen. Eén lidstaat is verantwoordelijk. De lidstaat die volgens dit verdelingssysteem niet verantwoordelijk is, kan bij de verantwoordelijke lidstaat vragen om overname. Ook hier is het uitgangspunt wederzijds vertrouwen. Het vertrouwen dat de asielprocedures in alle lidstaten eerlijk en correct worden toegepast en het niveau van bescherming en opvang voldoende is. Maar dat vertrouwen is niet absoluut. Als bekend is dat in een bepaalde lidstaat de asielprocedure of opvangvoorzieningen leiden tot onmenselijke behandeling, dan is overdracht niet mogelijk.

Neem Griekenland. Iedereen kent de beelden in Moria. We weten al jaren dat de opvang van asielzoekers en de inrichting van de asielprocedure daar niet goed gaat. Er is echt sprake van systeemfalen. Terugsturen naar Griekenland is daarom sinds 2011 in zijn algemeenheid verboden. Met dank aan de twee Europese hoven in Straatsburg en Luxemburg.<sup>25</sup>

Denk ook aan Hongarije. Sinds een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2015 worden ook geen asielzoekers meer overgedragen aan Hongarije.<sup>26</sup> De Europese Commissie is nog in gesprek met Hongarije om zijn asielregelgeving aan te passen aan de Europese vereisten.

22 Rb. Amsterdam 6 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1793 en ECLI:NL:RBAMS:2022:1794.

23 HvJ EU, 22 februari 2022, C-562/21 PPU en C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100.

24 Verordening (EU) 604/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten worden ingediend (*PbEU* 2013, L 180/31).

25 EHRM 21 januari 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609 (*M.S./S. v. België en Griekenland*); HvJ EU 21 december 2011, gevoegde zaken C-411/10 (*N.S.*) en C-493/10, (*M.E. e.a.*) ECLI:EU:C:2011:685.

26 ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3663.

Over Italië is ook al jaren discussie. De algemene situatie en leefomstandigheden van asielzoekers in Italië kennen tekortkomingen en zijn zorgelijk. Maar er is geen sprake van systematische tekortkomingen. Het is nog geen Griekenland. Overdracht in het kader van Dublin is dus toegestaan.<sup>27</sup> Kortom: de lat ligt hoog. Het moet gaan om systematische tekortkomingen. Kleinere procedurefouten of tijdelijke tekortkomingen in de opvang zijn niet voldoende. Dan zou het Dublinsysteem namelijk een forse deuk oplopen en een beloning zijn voor slecht functionerende lidstaten. Dublin piept en kraakt dus. Pakken we de kaart van Europa erbij, dan worden de scheuren in het wederzijds vertrouwen in een oogopslag zichtbaar. Griekenland, Hongarije, Malta,<sup>28</sup> Kroatië,<sup>29</sup> Italië, Polen ...

## 6. Rechters, loyale samenwerking en de prejudiciële dialoog

Dit brengt mij bij het laatste onderwerp: de samenwerking tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie in de prejudiciële procedure. Als een rechter twijfelt aan de uitleg van een Unierechtelijke bepaling en hij heeft die uitleg nodig voor de oplossing van het geschil, dan kan hij om uitleg vragen aan het Hof van Justitie. De lagere rechter *mag* dit doen, de hoogste rechter *moet* dit doen.<sup>30</sup> Op papier is dit een even simpele als effectieve methode om het doel te bereiken: de uniforme uitleg en toepassing van het Unierecht in alle zevenentwintig lidstaten.

In de praktijk is deze vorm van samenwerking complexer. Complex genoeg voor een aparte lezing ... maar ik zal me beperken. De soms hoogoplopende discussie over de verhouding tussen constitutionele hoven en het Hof van Justitie laat ik buiten beschouwing. Al was het maar omdat Nederland geen constitutioneel hof heeft.

Onlangs stelde ik aan studenten Europees bestuursrecht de vraag: wat weten jullie van de prejudiciële procedure? Na een stilte, een korte reactie: het duurt te lang en je krijgt geen antwoord op je vraag. In één zin de veelgehoorde kritiek op de prejudiciële procedure. Kritiek op deze samenwerking is soms terecht, en in ieder geval gezond. Maar in mijn ogen functioneert de prejudiciële procedure wonderbaarlijk goed. Nationale rechters uit alle lidstaten, van lagere tot hoogste, stellen het Hof ieder jaar weer meer vragen over het Unierecht. Omdat zij er behoefte aan hebben. Zij zoeken antwoorden om een concreet geschil te kunnen beslechten. In 2021 alleen al waren dat 567 vragen.

Kort over de kritiek.<sup>31</sup> Ja, het duurt lang voor de verwijzende rechter een antwoord krijgt. Anderhalf jaar gemiddeld. En al die tijd kan het nationale geschil niet worden opgelost. Andere vergelijkbare geschillen moeten worden aangehouden,

27 ABRvS 13 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1671.

28 ABRvS 14 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2791.

29 ABRvS 13 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1043.

30 Artikel 267 VWEU.

31 Zie o.a. J. Krommendijk, *National Courts and Preliminary References to the Court of Justice*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2021; M. Jacobs, M. Minder & B. Richter, 'Subject Matter Specialization of European Union Jurisdiction in the Preliminary Ruling Procedure' (20) 2019, *German Law Journal* p. 1214-1231.

totdat er duidelijkheid is uit Luxemburg. Dat is soms problematisch, zeker in zaken waarin snel duidelijkheid vereist is. Het Hof herformuleert de vragen van de verwijzende rechter. De frase “*wat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen*”, werkt bij sommige rechters als mansplaining tegenover een carrièrevrouw. Maar is herformuleren erg? Zelden. En het heeft een reden, de uniforme uitleg van het Unierecht. Het antwoord in een Nederlandse zaak is ook relevant voor alle andere lidstaten. Neem mijn eerdere voorbeeld over de zuiver interne situatie. Niet alleen in Nederland, ook in Italië of Zweden is nu duidelijk dat de dienstenrichtlijn daarop van toepassing is.

Het Hof heeft niet altijd goed zicht op de feiten in de nationale procedure en het toepasselijke nationale recht. Dat kan. Maar dan ligt er een opdracht aan de vragende rechter om het nationale recht en de feiten helder uit te leggen. Dat dit moeilijk is, weet iedere rechter die een prejudiciële verwijzing heeft geschreven. Maar onmogelijk is het niet. En vergeet niet: iedere lidstaat heeft een rechter bij het Hof, zodat elk rechtssysteem vertegenwoordigd is. Onderschat ook niet de kennis van het recht van de lidstaten die het Hof in huis heeft. Al speelt voor Nederland dan weer het probleem dat het aantal Nederlandse juristen dat bij het Hof werkt al jaren veel te klein is.

Dan het zwarte gat. Wat gebeurt er in de periode tussen de verwijzing, het stellen van de vraag en het arrest? Veel. Niet alleen partijen in het nationale geschil, ook alle lidstaten en de Europese Commissie, het Europees Parlement en de Raad mogen hun visie geven op de gestelde vraag. Dat kan betekenen dat een zaak een andere invalshoek krijgt, of een meer politieke lading. De verwijzende rechter staat aan de zijlijn en heeft daarop geen enkele invloed. Maar ook hiervoor is uniformiteit de reden. Het Hof moet een goed beeld krijgen van de gevolgen van een bepaald antwoord in de verschillende lidstaten.<sup>32</sup>

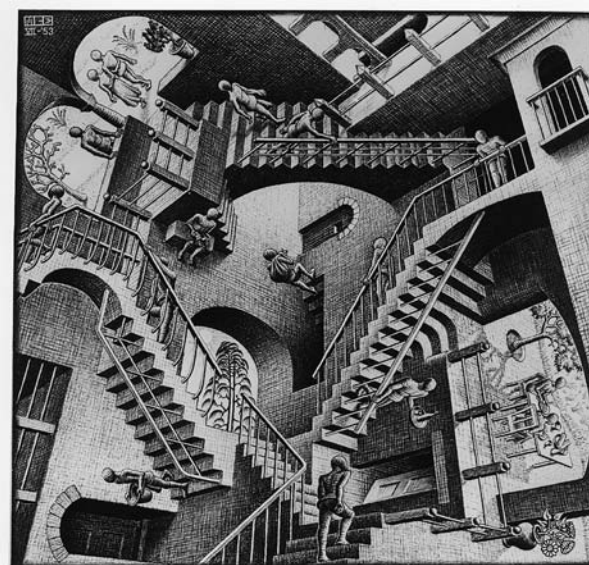
Dan de factor psychologie. De hoogste rechter moet vragen stellen aan het Hof, terwijl hij in eigen land verantwoordelijk is voor rechtseenheid en rechtsvorming. Dat kan wringen. En we noemen het dan wel rechterlijke dialoog, maar is het niet een monoloog? Zijn de verhoudingen niet eerder verticaal dan horizontaal? Ik zie het soms meer als een gesprek tussen ouder en kind. De uitleg die het Hof geeft is leidend, de nationale rechter moet volgen. En we weten allemaal dat het antwoord van een ouder soms meer het karakter heeft van een machtswoord. Een goede uitleg waarom iets wel of niet mag, is er niet altijd bij. En dan is de acceptatie soms wat lastig, zeker voor een hoogste nationale rechter.

Zelf denk ik genuanceerd over al deze kritiek. Het Hof is ook afhankelijk van het vertrouwen van de nationale rechter. Als deze geen vragen meer stelt, is dat problematisch voor het bestaansrecht van het Hof. Zolang de vragen relevant en duidelijk zijn, wordt het Hof in staat gesteld een helder antwoord te geven, waar de nationale rechter dan weer mee uit de voeten kan. Het Hof opereert niet in het luchtledige, de

verwijzende rechters zijn een inspiratiebron. Alleen zo kan het Hof de vele nationale rechtsbeginselen formuleren tot Europese.

## 7. Van kleurplaat naar Escher?

De samenwerking tussen de nationale rechter en het Hof is een gegeven. Het maakt het bouwwerk van de Unie nog complex, maar ook uniek. De kleurplaat waarmee we begonnen wordt zo stap voor stap een prachtige constructie. Af en toe onbegrijpelijk, maar vaak een fascinerend en mooi bouwwerk. Als je nog eens goed kijkt of van perspectief verandert, dan begrijp je het beter. Zoals een tekening van Escher. Dat Unierechtelijk bouwwerk moeten we koesteren.



M.C. Escher's "Relativiteit" © 2022 The M.C. Escher Company, Baarn. Alle rechten voorbehouden. [www.mcescher.nl](http://www.mcescher.nl)

Op deze Escher ziet u de verhouding tussen de nationale rechter en het Hof.<sup>33</sup> Het is niet alleen een trap naar beneden van het Hof naar de nationale rechter; het is ook de trap omhoog van de nationale rechter naar het Hof.

Is het wel omhoog of omlaag? Wie zal het zeggen? Doet het er eigenlijk toe? Van belang is dat de persoon de trap neemt – bij uitstek een goede verbinding tussen twee verdiepingen – en zo meewerkt aan dit complexe en prachtige bouwwerk. Zo is het ook met Europa. Want in de afgelopen zeventig jaar heeft het ons veel goeds gebracht. Met dank aan al die mensen, politici, ambtenaren, rechters en wetenschappers, die blijven werken aan het bouwwerk. Al die mensen die de trap op- of aflopen. Of hem in elk geval nemen.

Mijn vader was één van hen. Zijn werkende leven lang. In 1953 verhuisde hij als jonge econoom naar Luxemburg, waar hij kabinetschef werd van het Nederlandse lid van de Hoge Autoriteit, Dirk Spierenburg. Zijn schoonfamilie zei: “*Europa? Europa? Kun je niet beter naar Eindhoven en bij*

32 C.M. Wissels, ‘De Afdeling bestuursrechtspraak en de prejudiciële procedure: verantwoordelijkheid en regie’, (63) SEW 2015, afl. 11, p. 548-552.

33 M.C. Escher, Relativiteit Deel I, Houtsnede juli 1953.

*Philips gaan werken?"* Als dochter van een Europese ambtenaar van de eerste generatie zou je me erfelijk belast kunnen noemen. Of bevoorrecht. Maar als kind konden de eindeloze discussies aan de eettafel over Europese politiek mij lang niet altijd boeien. Ik vond het vaak maar ingewikkeld en technisch. Als ik me verveelde, keek ik naar de prent aan de muur tegenover me: een Escher. Sindsdien zijn de complexe discussies over Europa en de tekeningen van Escher voor mij altijd verbonden. De schoonheid van Escher zag ik vrij snel, die van Europa inmiddels ook. Op beide moeten we zuinig zijn.

Als mijn vader ons vandaag had kunnen zien zitten, dan had hij waarschijnlijk tevreden geconstateerd dat er nog steeds mensen zijn die verder werken aan dit Escheriaanse bouwwerk. Ieder vanuit de eigen, soms bescheiden rol. Dat is wat telt.