Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 8 juli 2021 [1]

Zaak C-132/20

BN,
DM,
EN
tegen
Getin Noble Bank S.A.,
in tegenwoordigheid van
Rzecznik Praw Obywatelskich

[verzoek van de Sąd Najwyższy (hoogste rechterlijke instantie in burgerlijke en strafzaken, Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 267 VWEU – Begrip ‚rechterlijke instantie' – Begrip ‚bij wet ingesteld' – Rechterlijke onafhankelijkheid – Relevantie van de prejudiciële vragen – Artikel 19, lid 1, VEU – Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Soort beoordeling – Procedure voor de benoeming van een nationale rechter – Zuiveringsmaatregelen – Onafzetbaarheid van rechters"

I. Inleiding

1. „*Alle rechters moeten worden opgehangen*!" Zo luidt het advies van een Engelse filosoof en politicoloog toen hem werd gevraagd wat er na de val van de communistische regimes eerst zou moeten gebeuren om hervorming van het rechtsstelsel en het gerechtelijke apparaat in Midden- en Oost-Europa teweeg te brengen, dat een voormalige president van de Tsjechische nationale bank in herinnering roept. [2]

2. De zwarte humor van deze grappig bedoelde opmerking over de omstandigheden zal vooral worden gewaardeerd door degenen die de grote maatschappelijke omwenteling in de voormalige communistische landen van dichtbij hebben meegemaakt. Waarschijnlijk zijn zij beter in staat om in te zien hoe lachwekkend het contrast is tussen nieuwbakken politici die op het punt staan de volgende hervormers van de maatschappij te worden, en een zojuist uit het westen gearriveerde adviseur rond wie zij zich scharen. Zij staan allemaal te trappelen om het wondermiddel te aanschouwen waarmee de wetgeving en rechters moeten worden aangepakt. Hoe kan de

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Tůma, Z., „Soudce nelze novelizovat" (rechters kunnen niet worden veranderd), in: Kokeš, M., en Pospíšil, I. (red.), *In dubio pro libertate: Úvahy nad ústavními hodnotami a právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea*, Masarykova Univerzita, Brno, 2009, blz. 247.

(fluwelen) revolutie ook doordringen in de communistische rechterlijke macht? Zij moeten het echter doen met een geestig bedoelde opmerking. Ook zonder deze gewelddadige connotaties en wanneer dit advies gewoon wordt beschouwd als een voorstel voor een volledige reorganisatie van het personeel van rechterlijke instanties, is het niet meer dan een grap die nauwelijks iets toevoegt, gezien de complexe realiteit in een Europees land aan het einde van de twintigste eeuw dat aan het begin staat van een vreedzame maatschappelijke transitie.

3. „*Alle rechters moeten aan een onderzoek worden onderworpen*!" Een dergelijk voorstel van een lidstaat van de Europese Unie dertig jaar later en ongeveer zestien jaar na de toetreding van die lidstaat tot de Europese Unie, roept een interessante déjà vu op. In tegenstelling tot de persoonlijke overpeinzingen van een voormalige hoge ambtenaar over de voorbije transitieperioden, die zijn toegevoegd bij wijze van pakkende inleiding van zijn bijdrage aan een feestbundel als eerbetoon aan een illustere rechter die bij deze gebeurtenissen betrokken was, is het voorstel voor een onderzoek naar de leden van de rechterlijke macht kennelijk niet bedoeld als grap. Het lijkt te gaan om een serieus onderzoek naar de huidige en toekomstige werkwijze van (ten minste enkele rechters van) de Sąd Najwyższy (hoogste rechterlijke instantie in burgerlijke en strafzaken, Polen), de verwijzende rechter in de onderhavige zaak.

4. In casu vraagt de verwijzende rechter zich af of omstandigheden die verband houden met de eerste benoeming van een rechter in een lidstaat op een tijdstip waarop die staat nog onder een niet-democratisch regime viel en vóór diens toetreding tot de Europese Unie, en het aanblijven van die rechter binnen de rechterlijke macht van die staat na de val van het communistische regime, twijfels kunnen doen rijzen over de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van die rechter in de zin van artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"). Met zijn volgende vragen breidt deze rechter in wezen dezelfde vraag uit tot daaropvolgende benoemingen van rechters in Polen, waarbij hij suggereert dat er andere procedurekwesties waren die gevolgen hadden kunnen hebben voor deze benoemingen. Aldus blijkt dat de verwijzende rechter zich in wezen afvraagt of hij een indirecte onderzoeksprocedure mag opstarten, met betrekking tot de filtering van cassatieberoepen bij de hoogste nationale rechter, voor mogelijk alle Poolse rechters die vóór 2018 zijn benoemd, met het oog op de door het Unierecht gewaarborgde rechterlijke onafhankelijkheid.

5. Daarnaast gaat aan deze punten een belangrijke vraag over de ontvankelijkheid vooraf. De verwijzingsbeslissing in de onderhavige zaak is ingediend door een rechter van wie de recente benoeming in een rechterlijk ambt wordt bestreden. Zij zou onregelmatig zijn geweest en een flagrante schending van het nationale recht opleveren. Is die rechter, die als enkelvoudige kamer zitting houdt in de Sąd Najwyższy en de ontvankelijkheid van bij die instantie ingestelde beroepen toetst, een rechterlijke instantie in de zin van de autonome definitie van een dergelijke instantie van artikel 267 VWEU?

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

6. Volgens artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU voorzien „[d]e lidstaten [...] in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren".

7. Krachtens artikel 267 VWEU kan alleen een rechterlijke instantie van een lidstaat het Hof van Justitie van de Europese Unie verzoeken om een prejudiciële beslissing.

8. Titel VI van het Handvest, met als opschrift „Rechtspleging", bevat artikel 47, met als opschrift „Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht", dat luidt als volgt:

„Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.

Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. [...]

[...]"

9. Artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten[3], zoals gewijzigd, bepaalt:

„1. De lidstaten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers.

2. De in lid 1 bedoelde middelen dienen wettelijke bepalingen te omvatten waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen."

B. Nationaal recht

10. In zijn verwijzingsbeslissing verwijst de verwijzende rechter naar een aantal bepalingen van nationaal recht. Voor deze conclusie zijn vooral de volgende bepalingen van belang.

11. Artikel 379, punt 4, van de Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (wetboek van burgerlijke rechtsvordering van 17 november 1964; hierna: „k.p.c.") bepaalt dat de procedure onder meer ongeldig is indien de samenstelling van de rechterlijke instantie in strijd was met de toepasselijke regelgeving of indien bij de behandeling van een zaak een rechter was betrokken die van rechtswege was uitgesloten.

12. Overeenkomstig artikel 398^{9}, lid 1, punt 3, k.p.c. wordt een cassatieberoep onder meer toegelaten indien de bestreden beslissing is gegeven in een ongeldige procedure.

13. Krachtens artikel 398^{13} k.p.c. onderzoekt de Sąd Najwyższy het cassatieberoep binnen de omvang en de gronden van het beroep. Binnen deze omvang van het beroep neemt die rechter echter ambtshalve de ongeldigheid van de procedure in aanmerking.

[3] PB 1993, L 95, blz. 29.

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

14. Op 3 maart 2017 hebben verzoekers in het hoofdgeding bij de Sąd Okręgowy w Świdnicy (rechter in eerste aanleg Świdnica, Polen; hierna: „Sąd Okręgowy") een procedure aanhangig gemaakt tegen verweerster, Getin Noble Bank S.A. Verzoekers voeren aan dat verweerster moet worden veroordeeld tot betaling aan verzoekers gezamenlijk van een bedrag van 175 107,10 Poolse zloty (PLN), vermeerderd met de wettelijke vertragingsrente vanaf de datum van neerlegging van de vordering tot op de datum van betaling. Op 3 april 2008 hebben partijen een overeenkomst inzake een aan een vreemde valuta (Zwitserse frank; hierna: „CHF") gekoppeld hypothecair krediet gesloten. Verzoekers hebben aangevoerd dat het in die overeenkomst opgenomen indexeringsmechanisme oneerlijk was, evenals het in de overeenkomst vervatte pakketverzekeringsbeding voor het geval dat de vestiging van de hypotheek gedurende de eerste drie maanden van de kredietverstrekking zou worden geweigerd.

15. Bij beslissing van 21 augustus 2018 heeft de Sąd Okręgowy de vorderingen van verzoekers gedeeltelijk toegewezen. Deze rechterlijke instantie heeft geoordeeld dat de contractuele bedingen van de betwiste kredietovereenkomst oneerlijk zijn, aangezien zij de bank de mogelijkheid bieden de wisselkoers van de CHF vrijelijk vast te stellen. Zij heeft verzoekers gezamenlijk een bedrag van 16 120,12 PLN toegekend, vermeerderd met de wettelijke vertragingsrente.

16. Verzoekers hebben tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld bij de Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (rechter in tweede aanleg Wrocław, Polen; hierna ook: „Sąd Apelacyjny"). Bij zijn beslissing van 28 februari 2019 heeft de Sąd Apelacyjny het hoger beroep verworpen en de feitelijke vaststellingen en de juridische beoordeling van de rechter in eerste aanleg bevestigd.

17. Verzoekers hebben tegen de beslissing in hoger beroep (hierna: „bestreden beslissing") cassatieberoep ingesteld bij de Sąd Najwyższy, waar de procedure momenteel aanhangig is. In het huidige stadium van de bij hem aanhangige procedure moet de verwijzende rechter nagaan of het beroep ontvankelijk is.

18. De verwijzende rechter merkt op dat de lidstaten krachtens artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13 moeten voorzien in de mogelijkheid om beroep in te stellen (bij een overheidsinstantie of een rechterlijke instantie) teneinde vast te stellen of contractuele bedingen oneerlijk zijn. De nationale wetgever in Polen heeft dienaangaande in een gerechtelijke procedure voorzien. Bijgevolg moet een nationale instantie die zaken onderzoekt op grond van richtlijn 93/13 volgens de verwijzende rechter voldoen aan de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde normen van de Europese Unie om als een rechterlijke instantie te worden beschouwd.

19. De verwijzende rechter merkt voorts op dat bepaalde rechters, waarvan de onafhankelijkheid volgens hem in twijfel kan worden getrokken, deel uitmaakten van de rechtsprekende formatie die de bestreden beslissing heeft gegeven. Drie van hen (rechters FO, GP en HK) zijn benoemd tot rechter van de Sąd Apelacyjny bij besluiten van de president van de Republiek Polen van respectievelijk 23 januari 1998, 12 maart 2015 en 16 april 2012. Deze benoemingen waren gebaseerd op een besluit van de Krajowa Rada Sądownictwa (nationale raad voor de rechtspraak; hierna: „KRS"), die daarbij is opgetreden in samenstellingen die later door de Trybunał Konstytucyjny (grondwettelijk hof, Polen) als onverenigbaar met de grondwet zijn verklaard. De Trybunał Konstytucyjny heeft in zijn arrest geoordeeld dat de uitlegging dat de ambtstermijn van de leden van de KRS die zijn gekozen uit de rechters van de gewone rechterlijke instanties, individueel van aard is, niet in overeenstemming is met artikel 187, lid 3, van de grondwet van de

Republiek Polen.[4] Een ander probleem met dit stelsel was volgens de verwijzende rechter dat de besluiten van de KRS niet gemotiveerd hoefden te worden en niet voor de rechter konden worden aangevochten.

20. Voorts wijst de verwijzende rechter erop dat een van deze drie rechters (rechter FO) ten tijde van het communistische regime is benoemd, althans voor het eerst. De toenmalige wijze van benoeming van rechters en de regelingen inzake het toezicht op en de mogelijkheid van de ontzetting van rechters uit hun ambt waren volgens de verwijzende rechter niet in overeenstemming met de maatstaven van een democratische rechtsstaat. De verwijzende rechter is tevens van mening dat de regelingen die na 1989 in het Poolse recht zijn ingevoerd, niet hebben geleid tot de ontwikkeling van doeltreffende instrumenten voor de toetsing van de benoeming van rechters tijdens het communistische tijdperk of van eventuele schendingen door de rechters van het beginsel van onafhankelijkheid.

21. Tegen deze achtergrond vraagt de verwijzende rechter zich af of hij, gelet op het arrest A.K. e.a. van het Hof, de onafhankelijkheid van bovengenoemde rechters dient te toetsen en, zo ja, welke maatstaf hij in dit verband zou moeten aanleggen.

22. Aangezien de Sąd Najwyższy dus twijfels heeft over de wijze waarop de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde beginselen inzake de onafhankelijkheid van de nationale rechterlijke macht moeten worden uitgelegd en toegepast, heeft hij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten artikel 2, artikel 4, lid 3, artikel 6, leden 1 en 3, en artikel 19, lid 1, tweede alinea, [VEU], gelezen in samenhang met artikel 47, leden 1 en 2, van het [Handvest], artikel 267, derde alinea, [VWEU], artikel 38 van het Handvest en artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn [93/13], aldus worden uitgelegd dat er sprake is van een onafhankelijke, onpartijdige en bevoegde rechterlijke instantie in de zin van het Unierecht indien daarin een persoon zitting heeft die voor het eerst of opnieuw (bij een hoger rechtscollege) tot rechter is benoemd door een politiek orgaan van de uitvoerende macht van een staat met een totalitair, ondemocratisch en communistisch bestuursstelsel [‚Rada Państwa Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej' (Staatsraad van de Volksrepubliek Polen)], op voordracht van de minister van Justitie van deze staat, met name gelet op 1) het gebrek aan transparantie van de gehanteerde benoemingscriteria, 2) het feit dat een rechter te allen tijde uit zijn ambt kon worden ontzet, 3) de niet-deelname aan de benoemingsprocedure van een orgaan van rechterlijk zelfbestuur en 4) de niet-deelname aan deze procedure van passende overheidsorganen, samengesteld door middel van democratische verkiezingen, hetgeen het vertrouwen kon ondermijnen dat de rechterlijke macht in een democratische samenleving bij de justitiabelen moet wekken?

2) Is het voor de beantwoording van de in punt 1 gestelde vraag relevant dat de benoeming voor verdere rechterlijke functies (in hogere rechtscolleges) mogelijk heeft plaatsgevonden op grond van de inaanmerkingneming van een passende dienstperiode (anciënniteit), alsmede op basis van een beoordeling van de werkzaamheden van de betrokkene in de functie waarvoor deze, althans voor het eerst, is benoemd door de in vraag 1 genoemde politieke organen en op basis van de in dat punt beschreven procedure, hetgeen het vertrouwen kon ondermijnen dat de rechterlijke macht in een democratische samenleving bij de justitiabelen moet wekken?

[4] Arrest van 20 juni 2017, K 5/17, OTK-A 2017.

3) Is het voor de beantwoording van de in punt 1 gestelde vraag relevant dat de benoeming voor verdere rechterlijke functies (in hogere rechtscolleges, met uitzondering van de Sąd Najwyższy) niet afhankelijk is gesteld van de aflegging van een rechterlijke ambtseed tot eerbiediging van de waarden van de democratische samenleving en dat de voor het eerst benoemde persoon heeft gezworen het politieke stelsel van een communistische staat en de zogenoemde ‚rechtsorde van het volk' te zullen behoeden, hetgeen het vertrouwen kon ondermijnen dat de rechterlijke macht in een democratische samenleving bij de justitiabelen moet wekken?

4) Moeten artikel 2, artikel 4, lid 3, artikel 6, leden 1 en 3, en artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU, gelezen in samenhang met artikel 47, leden 1 en 2, van het Handvest, artikel 267, derde alinea, VWEU, artikel 38 van het Handvest en artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13, aldus worden uitgelegd dat er sprake is van een onafhankelijke, onpartijdige en bevoegde rechterlijke instantie in de zin van het Unierecht indien daarin een persoon zitting heeft die voor het eerst of opnieuw (bij een hoger rechtscollege) tot rechter is benoemd onder kennelijke schending van de grondwettelijke bepalingen van de betrokken lidstaat van de Europese Unie, gelet op de ongrondwettelijke personele bezetting van het orgaan dat deze (vervolgens tot rechter benoemde) persoon als kandidaat-rechter heeft voorgedragen [Krajowa Rada Sądownictwa (nationale raad voor de rechtspraak)], zoals vastgesteld door het grondwettelijk hof van de betrokken lidstaat, hetgeen bijgevolg het vertrouwen kon ondermijnen dat de rechterlijke macht in een democratische samenleving bij de justitiabelen moet wekken?

5) Moeten artikel 2, artikel 4, lid 3, artikel 6, leden 1 en 3, en artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU, gelezen in samenhang met artikel 47, leden 1 en 2, van het Handvest, artikel 267, derde alinea, VWEU, artikel 38 van het Handvest en artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13, aldus worden uitgelegd dat er sprake is van een onafhankelijke, onpartijdige en bevoegde rechterlijke instantie in de zin van het Unierecht indien daarin een persoon zitting heeft die voor het eerst of opnieuw (bij een hoger rechtscollege) tot rechter is benoemd en die als kandidaat voor dit ambt is voorgedragen in een procedure voor het orgaan dat belast is met de beoordeling van de kandidaten (Krajowa Rada Sądownictwa), indien deze procedure niet voldeed aan de criteria inzake de openbaarheid en transparantie van de regels voor de selectie van kandidaten, hetgeen het vertrouwen kon ondermijnen dat de rechterlijke macht in een democratische samenleving bij de justitiabelen moet wekken?

6) Moeten artikel 19, lid 1, tweede alinea, artikel 2, artikel 4, lid 3, en artikel 6, lid 3, VEU, gelezen in samenhang met artikel 47, leden 1 en 2, van het Handvest, artikel 267, derde alinea, VWEU, artikel 38 van het Handvest en artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13, aldus worden uitgelegd dat de rechter in laatste aanleg van de betrokken lidstaat (Sąd Najwyższy) verplicht is om ter waarborging van de daadwerkelijke rechterlijke bescherming en als middel om het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers te voorkomen in elk stadium van de procedure ambtshalve te beoordelen of:

   a) de in punt 1 en punt 4 genoemde rechterlijke instantie voldoet aan de criteria inzake de onafhankelijkheid, de onpartijdigheid en de bevoegdheid van rechterlijke instanties in de zin van het Unierecht, ongeacht de invloed die uitgaat van de beoordeling van de in die punten genoemde criteria op de beslissing tot vaststelling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding, en of

   b) de procedure voor de in punt 1 en punt 4 genoemde rechterlijke instantie rechtsgeldig is?

7) Moeten artikel 2, artikel 6, leden 1 en 3, en artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU, gelezen in samenhang met artikel 47, leden 1 en 2, van het Handvest, artikel 267, derde alinea, VWEU, artikel 38 van het Handvest en artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13, aldus worden uitgelegd dat de grondwettelijke bepalingen van de betrokken lidstaat betreffende de rechterlijke organisatie en de benoeming van rechters die in de weg staan aan de beoordeling of een rechter geldig is benoemd zich overeenkomstig het Unierecht kunnen verzetten tegen de vaststelling dat een rechterlijke instantie of een daarin zitting hebbende rechter om de in de vragen 1 tot en met 5 uiteengezette redenen niet onafhankelijk is?"

23. In zijn verwijzingsbeslissing heeft de Sąd Najwyższy verzocht het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof te behandelen volgens een versnelde procedure.

24. Bij beschikking van de president van het Hof van 8 februari 2020 is het verzoek van de verwijzende rechter om behandeling volgens de versnelde procedure afgewezen.

25. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Rzecznik Praw Obywatelskich (ombudsman, Polen), de Poolse regering en de Europese Commissie. Deze partijen hebben daarnaast ter terechtzitting op 2 maart 2021 pleidooi gehouden.

IV. Analyse

26. In deze zaak heeft de verwijzende rechter een aantal vragen gesteld over de uitlegging van artikel 19, lid 1, VEU (gelezen in samenhang met artikel 2 VEU) en artikel 47 van het Handvest. Volgens hem kunnen enkele van de rechters die de bestreden beslissing hebben gegeven, wegens de procedure waarbij zij voor het eerst in een rechtsprekende functie zijn benoemd, niet voldoen aan het uit die bepalingen voortvloeiende vereiste van onafhankelijkheid.

27. Met een wonderbaarlijke, bijna Bijbelse omkering [5] trekken de Rzecznik Praw Obywatelskich en, in mindere mate, de Commissie, de onafhankelijkheid van de verwijzende rechter zelf, die in casu een alleensprekende rechter is, in twijfel. De Rzecznik Praw Obywatelskich stelt met name dat de benoeming van de verwijzende rechter in een rechterlijk ambt een flagrante schending van het nationale recht vormde. Aangezien de verwijzende rechter niet aan het vereiste van onafhankelijkheid voldoet, kan hij volgens de Rzecznik Praw Obywatelskich dus niet worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU.

28. Door de verschillende juridische vraagstukken die in de onderhavige procedure direct (door de prejudiciële vragen) of indirect (met de excepties van niet-ontvankelijkheid) worden opgeworpen, loopt een rode draad: de rechterlijke onafhankelijkheid.

29. In deze conclusie begin ik daarom met enkele inleidende opmerkingen over het begrip „rechterlijke onafhankelijkheid" in de rechtsorde van de Europese Unie (A). Vervolgens ga ik in op de argumenten inzake de vermeende niet-ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing (B) en, na te hebben geconcludeerd dat het verzoek ontvankelijk is, buig ik mij tot slot over de gegrondheid van de prejudiciële vragen (C).

[5] Mattheus 7:12 – „Al wat gij wilt, dat u de mensen doen voor u, alzo ook gij aan hen" of, in een modernere vertaling „wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet". Dezelfde „gouden gedragsregel" is echter ook in verschillende andere religies een fundamenteel principe.

A. Dimensies van rechterlijke onafhankelijkheid: artikel 267 VWEU, artikel 47 van het Handvest en artikel 19, lid 1, VEU

30. De rechterlijke onafhankelijkheid is ongetwijfeld een wezenlijk bestanddeel van het beginsel van de rechtsstaat. Artikel 2 VEU erkent dit beginsel als een van de „grondbeginselen" van de Europese Unie. Het vereiste van rechterlijke onafhankelijkheid is ook neergelegd, zij het impliciet, in maar liefst drie bepalingen van primair Unierecht: artikel 267 VWEU, artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest.

31. Deze bepalingen worden alle drie in het kader van de onderhavige procedure ingeroepen. Op het eerste gezicht lijken zij inderdaad op het onderhavige geval van toepassing. Hoewel dat er zeker niet aan in de weg staat dat tegelijkertijd andere bepalingen van toepassing zijn, met name sectoraal secundair recht (dat eveneens bepalingen bevat op het gebied van rechterlijke bescherming[6]), of zelfs secundaire rechtsinstrumenten die uitdrukkelijk betrekking hebben op rechterlijke onafhankelijkheid[7], is het van essentieel belang dat er duidelijkheid bestaat over de samenhang tussen deze drie cruciale Verdragsbepalingen inzake de rechterlijke onafhankelijkheid.

32. Ten eerste is het onderhavige verzoek ingediend krachtens artikel 267 VWEU, dat elke „rechterlijke instantie van een der lidstaten" toestaat het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing. In dit verband blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof dat de onafhankelijkheid van een verwijzend orgaan een bepalend criterium is voor de vraag of dit orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU is. Dat betekent in wezen dat het orgaan wordt beschermd tegen tussenkomsten of druk van buitenaf die de onafhankelijkheid van de oordeelsvorming van zijn leden in aan hen voorgelegde geschillen in gevaar zouden kunnen brengen.[8]

33. Ten tweede vloeit het vereiste van onafhankelijkheid van de rechterlijke instanties ook voort uit artikel 47 van het Handvest, dat voorziet in een subjectief recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een eerlijk proces voor elke partij bij een proces. In casu staat vast dat richtlijn 93/13, die in casu materieel van toepassing is, verzoekers in het hoofdgeding een subjectief recht verleent, zodat artikel 47 van het Handvest van toepassing is.

34. Ten derde heeft het Hof in betrekkelijk recente, maar inmiddels vaste rechtspraak geoordeeld dat uit de in artikel 19, lid 1, VEU neergelegde verplichting voor de lidstaten om te voorzien in de nodige rechtsmiddelen teneinde daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden te verzekeren, volgt dat de onafhankelijkheid van elke nationale rechterlijke instantie die op deze gebieden eventueel bevoegd is, moet worden gewaarborgd. Zoals het Hof heeft benadrukt, is de waarborg van onafhankelijkheid *onlosmakelijk* verbonden met de

6 Zoals in casu artikel 7 van richtlijn 93/13, aangehaald in punt 9 supra.

7 Met enkele secundaire rechtsstelsels, zelfs wanneer zij transversaal toepasselijk zijn, dat wil zeggen los van enige (materiële) sectorale wetgeving. Zij zijn in casu echter duidelijk niet van toepassing; zie bijvoorbeeld beschikking 2006/928/EG van de Commissie van 13 december 2006 tot vaststelling van een mechanisme voor samenwerking en toetsing van de vooruitgang in Roemenië ten aanzien van specifieke ijkpunten op het gebied van de hervorming van het justitiële stelsel en de bestrijding van corruptie (PB 2006, L 354, blz. 56), die nader is onderzocht in mijn conclusie in de zaak Asociația „Forumul judecătorilor din România" e.a. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 en C-355/19, EU:C:2020:746, punten 183-225).

8 Zie onder meer arrest van 17 juli 2014, Torresi (C-58/13 en C-59/13, EU:C:2014:2088, punten 17 en 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

rechterlijke opdracht.[9] Dienaangaande hoef ik alleen op te merken dat de nationale instantie die de bestreden beslissing heeft gegeven, de Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, onbetwistbaar een rechterlijke instantie is die bevoegd is op onder het Unierecht vallende gebieden.

35. Deze „verveelvoudiging" van de rechtsgrondslagen in het licht van het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid weerspiegelt het constitutionele belang en het transversale karakter ervan in een rechtsgemeenschap. Dit kan echter ook tot enige verwarring leiden. De vraag kan worden gesteld of deze bepalingen voorzien in verschillende soorten „rechterlijke onafhankelijkheid", zodat bijvoorbeeld een nationale rechterlijke instantie op grond van een van deze bepalingen kan worden beschouwd als onafhankelijk, maar als niet onafhankelijk genoeg op grond van een andere bepaling.

36. Zoals ik nader heb uiteengezet in mijn conclusie in de zaak WB e.a., is dit niet het geval: in het Unierecht bestaat slechts één beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid.[10] Aangezien de drie betrokken bepalingen (artikel 267 VWEU, artikel 47 van het Handvest en artikel 19, lid 1, VEU) qua functie en doel van elkaar verschillen, kan het soort toets dat moet worden verricht om na te gaan of het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid in acht is genomen, echter uiteenlopen. In het bijzonder variëren de intensiteit van de toetsing door het Hof van de eerbiediging van dat beginsel en de drempel voor de vaststelling van een schending.[11]

37. Artikel 19, lid 1, VWEU verplicht de lidstaten onder meer te „voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming [...] te verzekeren". Het gaat dus om een bepaling die hoofdzakelijk betrekking heeft op de structurele en systeemaspecten van de nationale rechtskaders: krachtens artikel 19, lid 1, VEU is het van belang te weten of het gerechtelijk apparaat van een lidstaat het in artikel 2 VEU neergelegde beginsel van de rechtsstaat eerbiedigt. De elementen van de analyse van het Hof die betrekking hebben op de algemene institutionele en constitutionele structuur van de nationale rechterlijke macht, zijn mijns inziens in deze context de belangrijkste. Elementen van een concreet geval kunnen vaak dienen ter verduidelijking van een ruimere vraag, maar zijn op zich niet afdoende.

38. De drempel voor schending van deze bepaling ligt hoog. De vraag is immers of de aan het Hof ter kennis gebrachte kwestie(s) de goede werking van het nationale gerechtelijk apparaat kan (of kunnen) bedreigen, waardoor het vermogen van de betrokken lidstaat om justitiabelen toereikende rechtsmiddelen te bieden, in gevaar komt.

39. Artikel 19, lid 1, VEU voorziet in een buitengewoon rechtsmiddel voor buitengewone omstandigheden. Het doel ervan is niet om alle mogelijke problemen met betrekking tot de nationale rechterlijke macht te vatten, a fortiori op zichzelf staande fouten bij de uitlegging of de toepassing van nationale bepalingen in een overigens gezond en met het Unierecht verenigbaar rechtsstelsel. Artikel 19, lid 1, VEU wordt slechts geschonden door inbreuken van een zekere ernst en/of systeemaard waarvoor het nationale rechtsstelsel waarschijnlijk geen passend rechtsmiddel kan bieden.

40. Artikel 47 van het Handvest is daarentegen een bepaling die een subjectief recht van elke partij bij een procedure op een doeltreffende voorziening in rechte en op een eerlijk proces bevat, en aan de orde komt wanneer een zaak krachtens artikel 51, lid 1, van het Handvest binnen de

[9] Zie arresten van 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punten 37-42), en 20 april 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, punt 51).

[10] Gevoegde zaken C-748/19–C-754/19, EU:C:2021:403, punten 161 en 162.

[11] Ibidem, punten 163-169.

werkingssfeer van het Unierecht valt. Tegen deze achtergrond vereist de toetsing van de „onafhankelijkheid" van een rechterlijke instantie in het kader van artikel 47 van het Handvest een grondige beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Kwesties die verband houden met enig structureel of systeemkenmerk van het nationale rechtsstelsel zijn slechts relevant voor zover zij van invloed kunnen zijn op de individuele procedure.

41. De intensiteit van de toetsing door het Hof van de onafhankelijkheid van de betrokken rechterlijke instantie is in dit verband gematigd: niet elke schending van het recht vormt een schending van artikel 47 van het Handvest. Daartoe is een zekere ernst vereist. Zodra echter aan de vereiste mate van ernst is voldaan, is er genoeg reden om van schending van artikel 47 van het Handvest te spreken, aangezien voor de waarborging van het uit het Unierecht voortvloeiende subjectieve recht aan geen enkele andere voorwaarde hoeft te zijn voldaan. In het bijzonder is het niet nodig dat de vastgestelde schending van systeemaard is of gevolgen heeft die verder gaan dan het concrete geval.

42. Ten slotte heeft artikel 267 VWEU een ander doel, hoewel het eveneens deel uitmaakt van dit landschap. Ik zal hieronder daarop ingaan. Hoewel in het Unierecht slechts één soort rechterlijke onafhankelijkheid bestaat, is niettemin het belangrijkste punt van dit deel van deze conclusie dat de precieze factoren, de relevantie, het belang en het relatieve gewicht ervan, waarmee in een concreet geval rekening zal worden gehouden, logischerwijs zullen verschillen, gelet op de Unierechtelijke bepaling op grond waarvan de onafhankelijkheidsvraag aan de orde wordt gesteld.

B. Ontvankelijkheid

43. Er zijn verschillende argumenten aangevoerd met betrekking tot de ontvankelijkheid van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing. Enkele daarvan betreffen de vraag of de instantie die het onderhavige verzoek heeft ingediend, kan worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU (1), andere hebben betrekking op de relevantie van de gestelde vragen (2). Deze argumenten zal ik achtereenvolgens onderzoeken.

1. Is de verwijzende rechter een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU?

44. De Rzecznik Praw Obywatelskich werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid tegen het verzoek om een prejudiciële beslissing op wegens de benoeming van de rechter die als enkelvoudige kamer zitting houdt en de prejudiciële vragen heeft gesteld. De Rzecznik Praw Obywatelskich merkt in het bijzonder op dat de verwijzende rechter is benoemd bij besluit van de Poolse president en dat hij de benoeming heeft aanvaard ondanks dat het desbetreffende besluit van de KRS (van 28 augustus 2018) voorlopig was opgeschort door de Naczelny Sąd Administracyjny (hoogste bestuursrechter, Polen) (beschikkingen van 27 september 2018 en 8 oktober 2018). Voorts geeft de Rzecznik Praw Obywatelskich aan dat de verwijzende rechter uiteindelijk pas is benoemd nadat de Poolse minister van Justitie/procureur-generaal – voor wie die rechter eerder had gewerkt en met wie hij zeer sterke banden heeft – zich persoonlijk en volgens de Rzecznik Praw Obywatelskich onrechtmatig in de procedure heeft gemengd om zijn aanstelling te ondersteunen.

45. Op basis daarvan is de Rzecznik Praw Obywatelskich van mening dat de verwijzende rechter niet als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU moet worden beschouwd. In het bijzonder betwijfelt de Rzecznik Praw Obywatelskich of de verwijzende instantie in de zin van die bepaling kan worden beschouwd i) als een rechterlijke instantie die *bij wet is ingesteld* en ii) aan het vereiste van *onafhankelijkheid* voldoet.

46. Daarnaast is de verwijzende rechter volgens de Commissie benoemd in omstandigheden (die het voorwerp zijn van een verzoek om een prejudiciële beslissing dat thans bij het Hof in behandeling is [12]) waarin er sprake lijkt te zijn geweest van een flagrante schending van de wetgeving van een lidstaat die van toepassing is op de benoemingen van rechters. De Commissie lijkt echter van mening dat in dit stadium nog niet volledig is komen vast te staan dat de verwijzende rechter niet voldoet aan de voorwaarden om als rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU te kunnen worden aangemerkt.

47. Wat de ontvankelijkheid van het verzoek betreft, deel ik het standpunt van de Commissie, zij het om andere redenen. De onderliggende redenen voor mijn conclusie op dit punt zijn immers niet van *incidentele* aard, zoals de Commissie suggereert, maar veeleer van *begripsmatige* aard. Het antwoord dat ik voorstel, heeft weinig te maken met de beoordeling van de vraag of de benoeming van de verwijzende rechter zelf regelmatig was. Daarover heb ik ernstige twijfels. Integendeel, of is voldaan aan de voorwaarde inzake het bestaan van een rechterlijke instantie is steeds beoordeeld met betrekking tot de *instantie* zelf en niet met betrekking tot de *personen* die zitting hebben in de instantie die het verzoek heeft ingediend, en dat moet ook zo blijven.

48. In mijn onderbouwing van deze conclusie zal ik eerst de traditionele benadering van het Hof in het kader van dit onderzoek uiteenzetten (a), waarna ik uitleg waarom ik van mening ben dat die benadering gehandhaafd moet worden, zelfs bij buitengewone gevallen als het onderhavige (b).

a) (Onafhankelijke) instantie (die bij wet is ingesteld)

49. Het begrip „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU is een autonoom Unierechtelijk begrip dat los van de in het nationale recht vastgestelde benamingen en kwalificaties moet worden gedefinieerd. Daartoe past het Hof van oudsher de zogenoemde Dorsch-criteria toe: er wordt beoordeeld of de verwijzende instantie bij wet is ingesteld, of zij een permanent karakter heeft, of haar rechtsmacht verplicht is, of haar procedures op tegenspraak worden gevoerd, of zij de regels van het recht toepast en of zij onafhankelijk en onpartijdig is. [13]

50. In de zin van artikel 267 VWEU heeft het begrip „rechterlijke instantie” een *functioneel* karakter: aan de hand daarvan kan worden bepaald welke nationale instanties, voor zover zij rechterlijke taken vervullen, de *gesprekspartners* van het Hof kunnen worden in het kader van een prejudiciële procedure. Deze procedure vormt de hoeksteen van het bij de Verdragen van de Unie ingestelde rechtsstelsel, dat tot doel heeft de eenvormige uitlegging van het Unierecht te verzekeren door tussen het Hof en de rechterlijke instanties van de lidstaten een dialoog tot stand te brengen, die aldus de mogelijkheid biedt de coherentie, de volle werking en de autonomie van het Unierecht te verzekeren en, in laatste instantie, de eigenheid van het door de

[12] Zaak C-487/19, W. Ż. (PB 2019, C 337, blz. 4). In zijn conclusie in die zaak heeft advocaat-generaal Tanchev geconcludeerd dat de benoemingen van rechters door de Poolse president in strijd met de schorsing van de benoemingsprocedure bij beschikking van de Naczelny Sąd Administracyjny, een kennelijke en opzettelijke schending van de nationale regels vormden, hetgeen een flagrante schending van de procedure voor de benoeming van rechters oplevert (EU:C:2021:289, punten 87-89).

[13] Arrest van 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punt 23). Zie korter geleden bijvoorbeeld arrest van 9 juli 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Verdragen geschapen recht in acht te nemen.[14] Deze dialoog tussen rechters is van constitutionele betekenis aangezien het Hof en de rechterlijke instanties van de lidstaten binnen hun rechterlijke bevoegdheid „toezien" op de eerbiediging van die rechtsorde van de Unie, zoals blijkt uit artikel 19, lid 1, VEU.[15]

51. Aangezien het begrip „rechterlijke instantie" tot doel heeft een onderscheid te maken tussen de als *rechterlijke* instantie handelende instanties en de instanties die in een andere hoedanigheid handelen, moet de analyse van de vraag of een nationale instantie aan de Dorsch-criteria voldoet, noodzakelijkerwijs worden toegespitst op vragen van structurele en institutionele aard. Doorslaggevend is in dit verband de aard, de positie en de werking van *deze instantie* binnen het institutionele kader van de lidstaten.[16]

52. Daarentegen is deze analyse nooit bedoeld geweest om na te gaan of (een of meer) *personen* die deel uitmaken van deze instelling en zitting hebben in de desbetreffende verwijzende rechtsprekende formatie, elk individueel aan de Dorsch-criteria voldoen. De nadruk is altijd gelegd op de verwijzende instantie[17], ook in de gevallen waarin deze instantie slechts uit één persoon bestond.[18]

53. Hetzelfde geldt voor de toetsing aan de twee specifieke Dorsch-criteria die in het kader van de onderhavige zaak problemen zouden kunnen opleveren: een bij wet ingestelde rechterlijke instantie, alsmede de onafhankelijkheid ervan.

54. Wat in de eerste plaats het *criterium* van een „*bij wet ingestelde*" rechterlijke instantie betreft, is het volgens de (toegegeven, niet bijzonder uitgebreide) rechtspraak de verwijzende instantie waartoe degenen behoren die de verwijzingsbeslissing hebben genomen die, om aan dit criterium te voldoen, bij de wet van de lidstaat moet zijn ingesteld. Het doel van dit criterium was de ontvankelijkheid uit te sluiten van verwijzingsverzoeken van krachtens overeenkomsten opgerichte instanties (met name bepaalde vormen van arbitrageformaties).[19]

55. Zo heeft het Hof in het baanbrekende arrest Nordsee zijn analyse gericht op de rechtsgrondslag van het functioneren van de verwijzende instantie (een scheidsgerecht dat was ingesteld ingevolge een tussen partijen gesloten overeenkomst) en geoordeeld dat zij geen rechterlijke instantie was, gelet op de onvoldoende nauwe banden tussen de arbitrage en het stelsel van rechtsbescherming van de lidstaat via de gewone rechter.[20] Een soortgelijke benadering heeft het Hof gevolgd in recentere zaken waarin het een vraag heeft onderzocht over de aard van de door de verwijzende instantie uitgeoefende taken.[21]

[14] Zie in dat verband onlangs arrest van 2 maart 2021, A.B. e.a. (Benoeming van de rechters bij de Sąd Najwyższy – Beroep) (C-824/18, EU:C:2021:153, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[15] Zie in dat verband advies 1/09 (Overeenkomst over de invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punt 66).

[16] Zie tevens mijn conclusie in de zaak Pula Parking (C-551/15, EU:C:2016:825, punten 85 en 86) en de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de gevoegde zaken Torresi (C-58/13 en C-59/13, EU:C:2014:265, punt 53).

[17] Te beginnen met zaken zoals het arrest van 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, EU:C:1966:39, punt 273), is het geen toeval dat steeds de term „instantie" wordt gebruikt (*organisme* in het Frans; *Einrichtung* in het Duits), waarmee het relevante orgaan wordt bedoeld.

[18] Bijvoorbeeld al in het arrest van 11 juni 1987, X (14/86, EU:C:1987:275, punten 6 en 7), over een verzoek om een prejudiciële beslissing dat was ingediend door een Italiaanse pretore, een alleensprekende rechter die in wezen in dat stadium van de procedure optrad als onderzoeksrechter.

[19] Zie voor een algemeen overzicht bijvoorbeeld Broberg, M., en Fenger, N., *Preliminary references to the European Court of Justice*, 2e druk, Oxford University Press, Oxford, 2014, blz. 61 en 62.

[20] Arrest van 23 maart 1982, Nordsee/Reederei Mond (102/81, EU:C:1982:107, punten 7-16).

[21] Zie onder meer arresten van 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Altaa (C-377/13, EU:C:2014:1754, punt 24); 17 juli 2014, Torresi (C-58/13 en C-59/13, EU:C:2014:2088, punt 20), en 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punt 18).

56. Het is juist dat de beoordeling door het Hof over de aard van de verwijzende instantie de laatste jaren is geëvolueerd en strenger is geworden.[22] Wellicht kan niet meer worden gesteld, zoals het bekende geval van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer die enkele jaren geleden heeft opgemerkt, dat het „een zeer rekbare en weinig wetenschappelijke rechtspraak [is] die enkel op het concrete geval van toepassing is, met dermate vage omtrekken dat Sancho Panza een prejudiciële vraag zou kunnen stellen als gouverneur van het eiland Barataria".[23] Tegelijkertijd is echter (terecht) enige flexibiliteit behouden gebleven, teneinde nationale instanties die *daadwerkelijk* rechterlijke taken vervullen, in staat te stellen gebruik te maken van de prejudiciële procedure, ongeacht de naam die krachtens het nationale recht aan die instanties wordt gegeven of het etiket dat erop wordt geplakt.[24]

57. Deze benadering lijkt mij des te meer gerechtvaardigd gezien het feit dat het criterium „bij wet ingesteld" in de zin van artikel 267 VWEU in verschillende talen wordt uitgedrukt in bewoordingen die verwijzen naar de „oorsprong in de wet" van de verwijzende instantie.[25] Hiermee wordt nogmaals benadrukt dat de kernvraag is of de instantie is *opgericht* op basis van nationale wetgeving en niet of de specifieke rechtsprekende formatie binnen deze instantie in een concreet geval in overeenstemming met het nationale recht handelt. Het polysemische karakter van het Engelse woord *law*, waarmee zowel wetgeving (een wet) als een stelsel van regels kan worden bedoeld[26], kan in deze context dus misleidend zijn.

58. In casu wordt het Hof in wezen verzocht om nader in te gaan op het criterium „bij wet ingesteld" in de zin van artikel 267 VWEU. In die zin zou dit criterium niet meer alleen vereisen dat de verwijzende rechterlijke *instantie* bij wet is ingesteld (in de zin van *bij wetgeving*), in tegenstelling tot een overeenkomst, maar ook dat wordt getoetst of de *benoeming* van de individuele verwijzende *rechter rechtmatig* is en dat andere elementen die verband houden met de rechtmatigheid van het functioneren van die instantie worden beoordeeld.

59. Mijns inziens is een dergelijke ontwikkeling niet redelijk. Zoals hierboven is uiteengezet, heeft het specifieke begrip rechterlijke instantie die „bij wet is ingesteld" in het kader van de criteria van artikel 267 VWEU altijd een iets andere betekenis gehad. Het is juist dat er een begrip is met dezelfde (of bijna dezelfde) naam, te weten een gerecht dat bij (of overeenkomstig) de wet is ingesteld, dat deel uitmaakt van de toetsing of in een concreet geval het recht op een eerlijk proces is geschonden in de zin van artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM")[27], dat thans feitelijk is overgenomen in artikel 47 van het Handvest.[28]

[22] Zie in het bijzonder arresten van 9 oktober 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punten 27-38), en 21 januari 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, met name punt 55).

[23] Conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak De Coster (C-17/00, EU:C:2001:366, punt 14).

[24] Zie met name arrest van 17 juli 2014, Torresi (C-58/13 en C-59/13, EU:C:2014:2088, punten 15-30), en beschikking van 23 oktober 2018, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne (C-296/18, niet gepubliceerd, EU:C:2018:857, punt 6). Zie meer in het algemeen hierover, en met verdere verwijzingen, mijn conclusie in de zaak Ministerstwo Sprawiedliwości (C-55/20, EU:C:2021:500, punten 31-62).

[25] Zie onder meer in het Duits (*gesetzliche Grundlage der Einrichtung*), Spaans (*origen legal*), Frans (*origine légale*), Italiaans (*origine legale*) en Portugees (*origem legal*).

[26] Zoals het Hof onlangs heeft opgemerkt in een zaak waarin een vergelijkbare uitleggingsproblematiek aan de orde was, zij het in een andere context, in het arrest van 15 maart 2017, Al Chodor e.a. (C-528/15, EU:C:2017:213, punt 31).

[27] EHRM, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson tegen IJsland (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, §§ 229-234), zoals onlangs is bevestigd in EHRM, 7 mei 2021, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. tegen Polen (CE:ECHR:2021:0507JUD000490718, §§ 243-247).

[28] Zie de heel recente conclusie van advocaat-generaal Tanchev in de zaak W. Ż. (C-487/19, EU:C:2021:289, punten 70-80).

60. Zoals uit de hierboven reeds uiteengezette overwegingen blijkt [29], is het doel van de twee bepalingen – artikel 47 van het Handvest enerzijds en artikel 267 VWEU anderzijds – echter verschillend. De vraag welke gerechtelijke gesprekspartners in de vorm van de instanties van een lidstaat zich tot het Hof kunnen wenden, betreft immers niet de vraag of een gerecht in elk concreet geval op rechtmatige wijze is samengesteld teneinde de op het Unierecht gebaseerde subjectieve rechten te beschermen. In het laatste geval moet de toetsing van de rechtmatigheid van de samenstelling van het gerecht uiteraard op het niveau van het concrete geval plaatsvinden, terwijl dit in het eerste geval niet zo hoeft te zijn.

61. Het is dus niet erg verstandig om het begrip „gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld" in artikel 47 van het Handvest simpelweg automatisch een-op-een over te nemen in artikel 267 VWEU, omdat zij toch grotendeels hetzelfde klinken, zonder goed na te denken over de verschillen in strekking en doel van deze begrippen.

62. Met betrekking tot het *vereiste van onafhankelijkheid* in artikel 267 VWEU heeft het Hof steeds vastgesteld dat hiervoor „*regels* nodig [zijn], onder andere met betrekking tot de samenstelling van de rechterlijke instanties en de benoeming, de ambtstermijn en de gronden voor verschoning, wraking en afzetting van hun leden. Die regels moeten geschikt zijn om bij de justitiabelen elke legitieme twijfel erover weg te nemen dat deze instanties zich niet laten beïnvloeden door externe factoren en onpartijdig zijn ten opzichte van de met elkaar strijdende belangen". [30] Het Hof heeft tevens verduidelijkt dat het in beginsel niet aan het Hof staat uit te gaan van de veronderstelling dat de wijze waarop de nationale bepalingen inzake de waarborging van de onafhankelijkheid van de rechterlijke instanties worden toegepast, in strijd zou zijn met de nationale rechtsorde of de beginselen van de rechtsstaat. [31]

63. De analyse van het Hof is dus ook op dit punt toegespitst op het rechtskader en de waarborgen die daarin zijn opgenomen ter bescherming van de mogelijkheid voor rechters om hun ambt uit te oefenen zonder enige vorm van (directe of indirecte, feitelijke of potentiële) druk. [32] De nadruk lag steeds op de vraag of de verwijzende instantie structureel onafhankelijk is van de partijen in een bij haar aanhangig geding [33] en geen externe aanwijzingen krijgt, zoals wanneer de bedoelde instantie institutioneel deel uitmaakt van de overheid. [34]

64. Zo hebben bepaalde partijen in een recente zaak twijfels geuit over de vraag of de verwijzende rechter, die als alleensprekende rechter zitting hield, voldeed aan de maatstaven inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Unie omdat hij uit de aard der zaak zelf belang had bij de oplossing van het geding. De vraag had namelijk betrekking op de status van Italiaanse *giudici di pace* (vrederechters). Na beoordeling van de relevante nationale regels heeft het Hof dit bezwaar echter verworpen en de zaak ontvankelijk verklaard. Het heeft vastgesteld dat Italiaanse vrederechters „hun ambt – onder voorbehoud van tuchtrechtelijke regelingen – uitoefenen in volledige onafhankelijkheid en zonder druk van buitenaf die van invloed kan zijn op hun

[29] Punten 36-42 supra.

[30] Zie korter geleden arrest van 20 april 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Cursivering van mij.

[31] Arrest van 4 februari 1999, Köllensperger en Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52, punt 24). Dit arrest weerspiegelt de benadering van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op dit gebied. Zie EHRM, 6 november 2018, Ramos Nunes de Carvalho e Sá tegen Portugal (CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, § 186).

[32] Zie met name arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punten 22-32).

[33] Arrest van 19 september 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punt 49).

[34] Instanties die zijn belast met het behandelen van administratieve beroepen kunnen zich dus niet krachtens artikel 267 VWEU tot het Hof wenden. Zie bijvoorbeeld arrest van 30 maart 1993, Corbiau (C-24/92, EU:C:1993:118, punten 15-17), of 30 mei 2002, Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punten 34-38).

beslissingen". Zonder vast te stellen welke positie de verwijzende rechter specifiek inneemt, heeft het Hof hieraan toegevoegd dat „er geen twijfel over [bestaat] dat de vrederechter voldoet aan de [voorwaarde] betreffende zijn wettelijke grondslag".[35]

b) Belang van een permanente dialoog

65. Het komt erop neer dat een nieuwe uitlegging van het begrip „rechterlijke instantie" voor de toepassing van artikel 267 VWEU op grond waarvan het Hof verplicht zou zijn de specifieke situatie te onderzoeken van de personen die deel uitmaken van deze nationale instanties, zou indruisen tegen zowel de aard als het doel van de prejudiciële procedure. Anders dan in het geval van artikel 47 van het Handvest, en mogelijk ook van artikel 19, lid 1, VEU, voor zover er sprake is van een zekere mate van ernst, had de analyse op grond van artikel 267 VWEU steeds enkel betrekking op de identificatie van de bevoegde institutionele gesprekspartners van het Hof, en niet op de rechtmatigheid van alle afzonderlijke elementen van de bij de verwijzende rechter aanhangige procedure. De prejudiciële procedure is namelijk tot op zekere hoogte geformaliseerd en betreft dus een formele procedure: artikel 267 VWEU brengt een dialoog tot stand tussen gerechtelijke *instanties* en niet tussen de *personen* waaruit deze instanties zijn samengesteld.

66. Ik voeg nog vier andere systeemredenen toe waarom dit volgens mij zo moet blijven, zelfs bij zeer problematische gevallen als het onderhavige.

67. In de eerste plaats zou het onlogisch (en contraproductief) zijn als het Hof uitdrukkelijk weigert een gerechtelijke dialoog aan te gaan met instanties die weliswaar, zeker formeel, op nationaal niveau rechterlijke taken uitoefenen en verzoeken om bijstand bij de uitlegging en toepassing van het Unierecht in het bij hen aanhangige geding. Ik hoef er in dit verband niet aan te herinneren dat het antwoord van het Hof op hun vragen bindend is voor zowel de verwijzende rechter als andere nationale rechterlijke instanties die wellicht met dezelfde rechtsvragen worden geconfronteerd.[36] Door een prejudicieel verzoek krachtens artikel 267 VWEU in te dienen verbindt de verwijzende rechter zich derhalve ertoe de uitlegging van het Hof van de Unierechtelijke bepalingen die in casu van toepassing kunnen zijn, te volgen.

68. In de tweede plaats mag de verschillende *procespartijen* niet hun recht op de juiste toepassing van de toepasselijke Unierechtelijke bepaling worden ontnomen vanwege (gestelde, mogelijke of waarschijnlijke) problemen betreffende de rechtmatigheid en morele rechtschapenheid van de nationale rechter of rechters die in een zaak bevoegd is of zijn. Een institutionele en algemene benadering van het begrip „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 267 VWEU lijkt mij dan ook meer in overeenstemming met het onder meer in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte.

69. In de derde plaats is het Hof, meer concreet, niet goed in staat om de onpartijdigheid en de morele integriteit van de specifieke rechters op nationaal niveau te beoordelen in de vorm van een beoordeling van de ontvankelijkheid op grond van artikel 267 VWEU. Afgezien van het feit dat een dergelijke poging uitlegging van het toepasselijke nationale recht vereist, alsmede het feit

[35] Arrest van 16 juli 2020, Governo della Repubblica italiana (Status van de Italiaanse vrederechters) (C-658/18, EU:C:2020:572, in het bijzonder punten 43 en 55). Vergelijk de onderhavige zaak met eerdere zaken, die in wezen betrekking hadden op dezelfde problematiek, waarin het Hof het verzoek niet-ontvankelijk heeft verklaard, maar enkel omdat de verwijzende rechter naar nationaal recht kennelijk onbevoegd was. Hoewel sommige partijen de onpartijdigheid aan de orde hebben gesteld, wordt in de beschikkingen van het Hof geen melding gemaakt van dergelijke argumenten; zie beschikkingen van 6 september 2018, Di Girolamo (C-472/17, niet gepubliceerd, EU:C:2018:684), en 17 december 2019, Di Girolamo (C-618/18, niet gepubliceerd, EU:C:2019:1090).

[36] Zie op dit punt in het algemeen en onder verwijzing naar de relevante rechtspraak mijn conclusie in de zaak Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:340, punten 59-62).

dat de bewijskracht van eventuele feitelijke gegevens en de uitlegging van bepalingen van nationaal recht door partijen kunnen worden betwist, neemt dit niet weg dat er een grondig en diepgaand onderzoek bij de beoordeling van de ontvankelijkheid moet plaatsvinden. Aldus wordt de gegrondheid van een klacht die onder artikel 47 van het Handvest dan wel onder artikel 19 VEU valt, reeds onderzocht bij de beoordeling van de ontvankelijkheid, waarbij de analyse eventueel circulair wordt. [37]

70. In de vierde plaats, en ten slotte, rijst de vraag van de horizontale samenhang van de rechtspraak van het Hof. In normale omstandigheden zouden sommigen, ikzelf incluis, vreemd opkijken van een voorstel dat het Hof de „kwaliteit" beoordeelt van de individuele rechter van een nationale rechterlijke instantie die een verzoek om een prejudiciële beslissing indient, om te beslissen of het dit verzoek aanvaardt of afwijst. Respecteren de rechters die het verzoek hebben ingediend, de wet en oefenen zij hun ambt uit met de vereiste integriteit? Zou er bij een concreet geval sprake kunnen zijn van een belangenconflict? Kan een rechter tegen wie een tuchtprocedure is ingeleid nog wel een verzoek indienen in een andere zaak? Hoe zit het met een rechter die wordt verdacht van corruptie en tegen wie reeds strafonderzoeken zijn ingesteld, maar die niet officieel is geschorst? Is het Hof verplicht al deze vragen te onderzoeken wanneer het krachtens artikel 267 VWEU ingediende verzoeken „filtert"?

71. De laatste jaren was het Hof, met name gelet op de crisis op het gebied van de rechtsstaat in verschillende lidstaten, niet alleen gehouden om zijn rechtspraak te ontwikkelen teneinde richtsnoeren te bieden voor situaties en scenario's die we nooit voor mogelijk hadden gehouden, maar ook om uitzonderingen vast te stellen op de regels die normaliter van toepassing zijn vanwege uitzonderlijke gevallen. Zoals ik elders reeds heb uiteengezet, kan er in dergelijke gevallen volgens mij geen sprake van een dubbele maatstaf zijn, aangezien de situaties objectief verschillend zijn. [38]

72. In casu wordt het Hof echter in wezen verzocht om de algemeen toepasselijke Dorsch-criteria, die transversaal van toepassing zijn op alle zaken ongeacht de rechterlijke instantie van een lidstaat, opnieuw uit te leggen en de draagwijdte en argumenten (van de partijen) die reeds in het stadium van de beoordeling van de ontvankelijkheid op grond van artikel 267 VWEU kunnen worden aangevoerd, uit te breiden. Om alle in dit deel van de onderhavige conclusie genoemde redenen denk ik niet dat een dergelijke benadering geboden of noodzakelijk is, zelfs niet in het licht van uitzonderlijke gevallen als het onderhavige.

73. Gelet op het voorgaande kom ik tot de conclusie dat eventuele gebreken in de procedure voor de benoeming van de rechter die in de onderhavige zaak het verzoek heeft ingediend [39], en/of zijn persoonlijke en beroepsmatige banden met de minister van Justitie/procureur-generaal [40], niet tot de niet-ontvankelijkheid van het onderhavige verzoek zouden moeten leiden.

74. Aan deze conclusie zijn evenwel twee belangrijke voorbehouden verbonden.

[37] Zie verder met betrekking tot soortgelijke vragen die rijzen in het kader van het arrest van 9 juli 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535), mijn conclusie in de zaak WB e.a., punten 115-120.

[38] Zie mijn conclusie in de zaak WB e.a., punt 154.

[39] Voor de volledigheid, zonder dat dit mijns inziens gevolgen heeft voor het karakter van de onderhavige zaak, zou hieraan kunnen worden toegevoegd dat het bestaan van procedurele onregelmatigheden bij deze benoemingsprocedure, na de terechtzitting in de onderhavige zaak, is bevestigd in de arresten van de Naczelny Sąd Administracyjny (hoogste bestuursrechter, Polen) van 6 mei 2021, II GOK 2/18, II GOK 3/18, II GOK 5/18, II GOK 6/18 en II GOK 7/18. Wegens deze procedurele onregelmatigheden heeft deze rechterlijke instantie de bestreden besluiten van de KRS nietig verklaard, zonder zich evenwel uit te spreken over de geldigheid van de besluiten van de Poolse president houdende benoeming van de betrokken rechters.

[40] Zie in verband met de problemen die uit het oogpunt van artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest voortvloeien uit deze „onheilige alliantie" van de rollen, mijn conclusie in de zaak WB e.a., in het bijzonder de punten 178-192.

75. Ten eerste moet zeer duidelijk worden benadrukt dat een dergelijke conclusie voor de specifieke toepassing van artikel 267 VWEU geenszins betekent dat de verwijzende rechterlijke instantie rechtmatig is samengesteld en/of dat, meer bepaald, de verwijzende rechter rechtmatig is benoemd. De door de Rzecznik Praw Obywatelskich aangevoerde punten zijn mijns inziens inderdaad verontrustend. Dit geldt des te meer wanneer de beweringen van de Rzecznik Praw Obywatelskich worden onderzocht in de ruimere institutionele en constitutionele context – waarvan het Hof zich zeer goed bewust is – van de stand van de rechtsstaat in Polen.

76. Deze factoren zouden in voorkomend geval echter relevant kunnen zijn in het kader van een beoordeling van de onafhankelijkheid van de verwijzende rechter op grond van artikel 19, lid 1, VEU en/of artikel 47 van het Handvest, en kunnen leiden tot de conclusie dat deze twee bepalingen zijn geschonden. Zoals hierboven is uiteengezet, zijn deze factoren daarentegen doorgaans niet relevant voor de vaststelling of een nationale instantie een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU is. De suggestie dat formele, institutionele partners met elkaar in gesprek moeten blijven, ook al heeft een van hen ernstige twijfels over de persoonlijke kwaliteiten van sommige van de personen die tot de andere partij behoren, komt voort uit heel andere overwegingen dan erkenning van de andere partij (ook impliciet).

77. Ten tweede sluit ik niet uit dat een andere conclusie kan worden getrokken indien het belang van de factoren met betrekking tot de persoonlijke situatie van een of meer rechters van een nationale rechterlijke instantie die formeel een verzoek krachtens artikel 267 VWEU indienen, verder reikt dan de betrokken persoon of personen, en gevolgen heeft voor het functioneren in het algemeen van de nationale instantie waartoe de rechters behoren. In een dergelijk geval zou echter de nadruk liggen op en zou het onderzoek zijn toegespitst op de verwijzende *instantie*, in overeenstemming dus met de logica van het arrest Dorsch en de in deze conclusie voorgestelde institutionele benadering. Wanneer bij de beoordeling van de Dorsch-criteria wordt gekozen voor een institutionele benadering betekent dat niet dat de institutionele *context* niet hoeft te worden meegenomen. Tot op zeker hoogte is een instelling de optelsom van de personen waaruit ze is samengesteld. Het is duidelijk dat de manier van benoeming tot een rechterlijk ambt van degenen die deel uitmaken van een (vermoedelijk) rechterlijke instantie, tot deze context behoort.

78. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen ten aanzien van een ingesloten of gekaapt orgaan van een lidstaat dat eenvoudigweg niet meer als een rechterlijke instantie kan worden betiteld. Zij kan zich eventueel voordoen wanneer door de opeenstapeling van problemen met betrekking tot bijvoorbeeld de aanstelling bij die (formeel rechterlijke) instantie, de politieke invloed die wordt uitgeoefend op de besluitvorming ervan en andere eventuele elementen, een patroon zichtbaar wordt waarbij er geen sprake meer is van een onafhankelijke rechterlijke instantie die haar naam waardig is. In een dergelijk geval moet evenwel worden geconcludeerd dat de *instantie als zodanig* niet langer als een rechterlijke instantie kan worden aangemerkt, zelfs niet in het kader van de aanzienlijk lichtere benadering van artikel 267 VWEU, hetgeen betekent dat het Hof niet langer als gesprekspartner van een dergelijke instantie kan optreden. Die instantie zou dan aan geen enkele dialoog meer kunnen deelnemen.

79. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de Sąd Najwyższy, in enkelvoudige kamer, voor de onderhavige procedure nog altijd kan worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU.

2. Is de verwijzingsbeslissing „relevant" in de zin van artikel 267 VWEU?

80. Een andere vraag betreffende de ontvankelijkheid van de zaak die in het kader van de onderhavige procedure is opgeworpen, heeft betrekking op de „relevantie" (of de „noodzaak") van de prejudiciële vragen.

81. Volgens vaste rechtspraak is de reden voor de prejudiciële verwijzing niet het formuleren van rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken, maar de behoefte aan de werkelijke beslechting van een geschil. [41] In dit verband is het uitsluitend de taak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid voor de te geven rechterlijke beslissing draagt, om, rekening houdend met de bijzonderheden van de zaak, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. [42]

82. Bijgevolg geldt voor prejudiciële vragen over het Unierecht een vermoeden van relevantie: het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een prejudiciële vraag van een nationale rechterlijke instantie wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, het vraagstuk van hypothetische aard is, of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. [43]

83. Wat, meer bepaald, het criterium van relevantie/noodzakelijkheid betreft, is het vaste rechtspraak dat dit criterium vereist dat bij de door de verwijzende rechter te geven beslissing *rekening kan worden gehouden* met het prejudiciële arrest. [44]

84. In het recente arrest Miasto Łowicz, waarin vragen over de rechtsstaat zijn gerezen, zoals in casu, heeft het Hof benadrukt dat voor de vaststelling van de relevantie voor de toepassing van artikel 267 VWEU sprake moet zijn van een zodanig verband tussen het bij de verwijzende rechter aanhangige geding en het Unierecht waarvan om uitlegging wordt verzocht „dat die uitlegging objectief noodzakelijk is voor de door de verwijzende rechter te nemen beslissing". [45] Dat verband bestaat volgens het Hof wanneer: i) het geding ten gronde een verband vertoont met het Unierecht; ii) de vraag de uitlegging betreft van Unierechtelijke procedureregels die van toepassing kunnen zijn, of iii) het van het Hof gevraagde antwoord de verwijzende rechter een uitlegging van het Unierecht kan verschaffen die hem in staat stelt om procedurele kwesties van nationaal recht op te lossen alvorens uitspraak ten gronde te kunnen doen. [46]

85. De onderhavige prejudiciële verwijzing valt niet onder de eerste twee categorieën, aangezien er geen Unierechtelijke bepaling van materiële of procedurele aard bestaat die van toepassing is op de bij de verwijzende rechter aanhangige zaak en over de uitlegging of de geldigheid waarvan de verwijzende rechter twijfels heeft. Het is juist dat de verwijzende rechter zich beroept op artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13 en op artikel 38 van het Handvest, als bepalingen die

41 Zie in dat verband arrest van 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punt 194 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Zie arrest van 24 november 2020, Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte) (C-510/19, EU:C:2020:953, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

43 Ibidem, punt 26.

44 Zie onder meer arresten van 13 september 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, punt 24), en 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punt 31).

45 Arrest van 26 maart 2020, Miasto Łowicz en Prokurator Generalny (C-558/18 en C-563/18, EU:C:2020:234, punt 48).

46 Ibidem, punten 49-51.

ook van toepassing kunnen zijn op het hoofdgeding. Het zou echter nogal wat van de verbeelding vragen en een uitgebreide transitieve redenering vereisen om van de werkingssfeer van die bepalingen te komen bij de inhoud van de vragen die deze rechter feitelijk heeft voorgelegd.

86. De onderhavige zaak lijkt hoe dan ook onder de derde categorie te vallen. De verwijzende rechter heeft immers een antwoord van het Hof op de gestelde vragen nodig om een procedurele kwestie van nationaal recht op te lossen alvorens uitspraak ten gronde te kunnen doen in het bij hem aanhangige geding.

87. Volgens de in de loop van deze procedure aan het licht gekomen gegevens bestaat het onderzoek van de cassatieberoepen bij de Sąd Najwyższy in beginsel uit twee fasen. Om te beginnen beoordeelt deze rechterlijke instantie, als *alleensprekende rechter*, de ontvankelijkheid van het beroep. Krachtens artikel 398[9], lid 1, punt 3, k.p.c. wordt een cassatieberoep onder meer toegelaten indien de bestreden beslissing is gegeven in een ongeldige procedure. Volgens artikel 379, punt 4, k.p.c. is een procedure onder meer ongeldig indien de samenstelling van de rechterlijke instantie in strijd was met de toepasselijke regelgeving of indien bij de behandeling van een zaak een rechter was betrokken die was uitgesloten. Pas wanneer een beroep ontvankelijk is verklaard, onderzoekt de Sąd Najwyższy in een later stadium in een meervoudige kamer van *drie rechters* de gegrondheid van het beroep.

88. Zoals de Poolse regering en de Commissie ter terechtzitting hebben verduidelijkt, moet de rechter die de ontvankelijkheid van het beroep beoordeelt, bevestigen dat is voldaan aan een van de vier ontvankelijkheidsvoorwaarden van artikel 398[9], lid 1, k.p.c. om de procedure voort te zetten. Daartoe zal de met deze voorfase belaste rechter een specifieke en afzonderlijke (positieve of negatieve) beslissing moeten nemen over de ontvankelijkheid, waarmee deze fase van de voorafgaande beoordeling eindigt.

89. Gelet op het voorgaande kan niet worden geconcludeerd dat de gestelde vragen irrelevant zijn voor de door de verwijzende rechter te geven beslissing. De kwestie inzake de regelmatige samenstelling van de rechterlijke instantie waarvan de beslissing wordt onderzocht, is immers een van de cassatiegronden. Als zodanig moet zij door de verwijzende rechter, in voorkomend geval ambtshalve, worden beoordeeld en moet elke conclusie op dit punt afzonderlijk worden gemotiveerd. Een dergelijke vraag vormt dus wel degelijk een element in limine litis van de verenigbaarheid van het nationale recht met het Unierecht waar de verwijzende rechter op in moet gaan om te kunnen beslissen of het cassatieberoep ontvankelijk is.

90. Bijgevolg ben ik van mening dat de gestelde vragen *relevant* zijn en dus ontvankelijk, aangezien het antwoord van het Hof op deze vragen de verwijzende rechter in staat stelt uitspraak te doen in een bij hem aanhangige zaak.

C. Ten gronde

91. Met zijn vragen, waarvan sommige samen kunnen worden onderzocht, werpt de verwijzende rechter voor het Hof een aantal vragen op met betrekking tot het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid, dat voortvloeit uit artikel 19, lid 1, VEU, gelezen in samenhang met artikel 2 VEU, en artikel 47 van het Handvest. Hoewel de verwijzende rechter in zijn vragen verschillende andere bepalingen aanvoert, ben ik van mening dat een afzonderlijke bespreking van deze andere bepalingen er niet voor zal zorgen dat de opgeworpen vragen verder worden verduidelijkt.

92. De vragen van de verwijzende rechter hebben in de eerste plaats betrekking op het soort analyse dat deze rechter moet uitvoeren – in twee verschillende vormen, in abstracto en in concreto – om na te gaan of het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid in acht is genomen. Deze problematiek heeft een transversaal karakter en komt ook naar voren in de verschillende vragen die zijn opgeworpen. Daar zal ik derhalve eerst op ingaan in mijn inleidende opmerkingen (1). Vervolgens behandel ik in dit verband de specifieke vragen. Om te beginnen zal ik beoordelen of bepaalde feiten met betrekking tot de eerste benoeming in het rechterlijke ambt van personen die rechtsprekende taken uitoefenen, afbreuk kunnen doen aan hun onafhankelijkheid voor de toepassing van artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest, of het nu gaat om een benoeming ten tijde van het communistische regime (2), of in een later stadium, in het kader van de beweerdelijk gebrekkige procedurele stelsels die tot 2018 van kracht waren (3). Tot slot zal ik ingaan op de twijfels van de verwijzende rechter over de vraag of hij in beginsel ambtshalve vragen over de onafhankelijkheid moet opwerpen en of het beginsel van onafzetbaarheid van rechters dit zou kunnen verhinderen (4).

1. Inleidende opmerkingen: beoordeling van de rechterlijke onafhankelijkheid

93. De verwijzende rechter verzoekt het Hof met zijn vragen in de eerste plaats om te preciseren hoe moet worden beoordeeld of het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid wordt geëerbiedigd. Voor een beter begrip van de door de verwijzende rechter opgeworpen punten zal ik kort herinneren aan de twijfels die deze rechter dienaangaande heeft geuit.

94. In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing merkt de verwijzende rechter op dat het Hof in zijn eerdere rechtspraak heeft gepreciseerd dat, om vast te stellen of een nationale rechterlijke instantie „onafhankelijk" is, met name rekening moet worden gehouden met de wijze van benoeming en de ambtstermijn van haar leden. In het bijzonder heeft het Hof geoordeeld dat het, ongeacht het constitutionele model dat voor de benoeming is gekozen, evenwel „noodzakelijk [blijft] om te waarborgen dat benoemingsbeslissingen worden vastgesteld op grond van zodanige basisvoorwaarden en procedureregels dat daardoor bij de justitiabelen geen gegronde twijfel kan rijzen over de vraag of de betrokken rechters, als zij eenmaal zijn benoemd, zich niet laten beïnvloeden door externe factoren en onpartijdig zijn ten opzichte van de met elkaar strijdende belangen". [47]

95. Dienaangaande merkt de verwijzende rechter op dat het Hof in het arrest A.K. e.a. in wezen heeft aangegeven dat bij het onderzoek van de gestelde schendingen van het onafhankelijkheidsbeginsel rekening moet worden gehouden met alle relevante elementen en in voorkomend geval met de specifieke gronden of doelstellingen die ter rechtvaardiging van de betrokken maatregelen worden aangevoerd. Het belang van de relevante elementen mag immers niet op zich en afzonderlijk worden onderzocht, maar moet gezamenlijk worden beoordeeld in het licht van het bredere juridische en institutionele landschap. [48]

96. De verwijzende rechter zet evenwel uiteen dat niet duidelijk is hoe feitelijk moet worden nagegaan of het onafhankelijkheidsbeginsel in acht is genomen. Deze rechter is in het bijzonder van mening dat de beoordeling in abstracto of in concreto kan worden verricht. Wat de feiten van het hoofdgeding betreft, zet de verwijzende rechter uiteen dat een beoordeling in abstracto tot gevolg zou hebben dat elke zaak waarin een rechter door middel van een onregelmatige

[47] Arrest van 19 november 2019, A.K. e.a. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Sąd Najwyższy) (C-585/18, C-624/18 en C-625/18, EU:C:2019:982, punten 127 en 130-134 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest A.K. e.a.").

[48] Ibidem, punten 152 en 153.

procedure is benoemd, aanleiding zou geven voor problemen, los van de gevolgen voor het specifieke geval. Derhalve zijn de functie, het gedrag en de loopbaan van een bepaalde rechter die deel uitmaakt van een rechtsprekende formatie in deze context niet relevant. Daarentegen kan in concreto worden nagegaan of het onafhankelijkheidsbeginsel in acht is genomen, hetgeen vereist dat wordt aangetoond dat er een verband bestaat tussen een onrechtmatige procedure voor rechterlijke benoeming en een feitelijk of potentieel gevolg voor de uitkomst van een bepaalde zaak.

97. Mijns inziens lijkt het door de verwijzende rechter opgeworpen probleem te berusten op een onvolledige lezing van het betrokken arrest. De verwijzende rechter wijst slechts op één aspect van het arrest A.K. e.a. en brengt vervolgens een valse scheiding aan door te stellen dat de analyse in abstracto en de analyse in concreto elkaar uitsluiten, terwijl hij niets zegt over de context en het doel van een dergelijke beoordeling. In hun context bezien, vormen deze twee benaderingen mijns inziens geen alternatieven, maar vullen ze elkaar aan of zijn ze zelfs cumulatief.

98. Ten eerste heeft het Hof, door te verwijzen naar „alle relevante omstandigheden", geen enkel(e) soort of categorie relevante elementen uitgesloten. In het kader van de beoordeling van de afhankelijkheid van de rechtspraak heeft het Hof volgens mij enkel vastgesteld dat een beoordeling op basis van louter de „law in books" niet volstaat. [49] Vaak is het noodzakelijk dat ook wordt gekeken naar hoe deze regels concreet worden toegepast. [50] Zo kunnen en, in voorkomend geval, moeten zowel formele en institutionele elementen (die essentieel zijn voor een abstracte analyse) als concretere elementen en elementen van het specifieke geval (die de kern vormen van een beoordeling in concreto) in aanmerking worden genomen.

99. Gelet op de verscheidenheid aan situaties waarin een vraag over onafhankelijkheid van de rechterlijke macht aan de orde kan worden gesteld, is het onmogelijk om a priori te zeggen welk soort elementen zwaarder moet wegen. Het belang van deze elementen – die, nogmaals, sowieso gezamenlijk moeten worden beoordeeld – hangt uiteraard af van de specifieke kenmerken van het concrete geval.

100. Bovendien is de algemene *context* waarin de regels van toepassing zijn en de wijze waarop zij verband houden met of de interactie ervan met andere regels en spelers net zo belangrijk. Onafhankelijkheid of afhankelijkheid is per definitie relationeel: het gaat om de onafhankelijkheid of de afhankelijkheid van iets of iemand. Metaforisch gesproken kan de beoordeling ervan dus niet worden beperkt tot een microscopische studie van een plakje worst zonder rekening te houden met de rest van de worst, de wijze waarop en de plaats waar die normaal wordt bewaard, de afstand tot en relatie met andere voorwerpen in de voorraadkast, terwijl er achteloos aan voorbij wordt gegaan dat er in de hoek van de kast een grote vleeseter op aan het azen is.

101. Ten tweede, en misschien nog belangrijker, is het gewoon onmogelijk om *los van* de in casu toepasselijke Unierechtelijke bepaling ex ante een algemeen geldig criterium vast te stellen voor de beoordeling van de rechterlijke onafhankelijkheid. Wanneer wordt getracht om in abstracto definitief vast te stellen wanneer precies een bepaalde rechterlijke instantie „onafhankelijk" is, zonder het *doel* van de vraag te kennen (dat wil zeggen of die in de zin van artikel 267 VWEU,

[49] Vergelijk EHRM, 6 oktober 2011, Agrokompleks tegen Oekraïne (CE:ECHR:2011:1006JUD002346503, § 136). Meer in het algemeen over dit punt: Spano, R., „The rule of Law as lodestar of the European Convention on Human Law: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary", *European Law Journal*, 2021, blz. 9.

[50] Zie voor een gedetailleerdere discussie en een kwalificatie van de potentiële scenario's mijn conclusie in de zaak Asociația „Forumul judecătorilor din România" e.a. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 en C-355/19, EU:C:2020:746, punten 240-248).

artikel 47 van het Handvest of artikel 19, lid 1, VEU is gesteld) of de *omstandigheden* van een concreet geval, lijkt het erop dat het Hof wordt verzocht om het spreekwoordelijke paard achter de wagen te spannen.

102. Zoals ik zojuist hierboven heb proberen uit te leggen en zoals ik reeds nader heb uitgewerkt in mijn conclusie in de zaak WB e.a., bestaat er weliswaar maar één beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid, maar wat precies wordt beoordeeld en welk toetsingsniveau wordt gebruikt, hangt af van welke Unierechtelijke bepaling feitelijk wordt toegepast: artikel 267 VWEU, artikel 19, lid 1, VEU of artikel 47 van het Handvest. [51]

103. In het kader van een analyse op grond van artikel 19, lid 1, VEU zal het Hof zich vooral richten op formele en institutionele elementen, terwijl een analyse op grond van artikel 47 van het Handvest zal zijn gericht op de elementen van het specifieke geval. Deze focus wordt bepaald door de logica van elk van deze bepalingen: structurele tekortkomingen van een lidstaat en/of schending van aan het Unierecht ontleende subjectieve rechten. Zoals ik reeds heb uitgelegd, gaat het niet om een keuze tussen twee opties: hoewel ze uiteraard niet hetzelfde zijn, kan de ene op de andere uitlopen. Het criterium „alle relevante omstandigheden" betekent dat elke omstandigheid relevant kan zijn (vergeef me voor het intrappen van deze open deur). De kern en het doel van de bepaling die in de concrete feitelijke en juridische context van een bepaalde zaak wordt onderzocht, bepalen uiteindelijk welke van die omstandigheden doorslaggevend zal zijn.

104. Samenvattend moet een nationale rechterlijke instantie bij de beoordeling of het in artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest neergelegde beginsel van de rechterlijke onafhankelijkheid in acht is genomen, alle relevante elementen in aanmerking nemen en in voorkomend geval rekening houden met de gronden en specifieke doelstellingen van de nationale maatregelen die op de situatie van toepassing kunnen zijn. In deze context kunnen zowel formele als institutionele elementen en elementen van het specifieke geval relevant zijn, afhankelijk van de kenmerken van het concrete geval en van de toepasselijke Unierechtelijke bepaling(en). Het belang van deze elementen mag niet op zichzelf of afzonderlijk worden beoordeeld, maar moet gezamenlijk worden beoordeeld in het licht van het bredere juridische en institutionele landschap.

105. Hiermee kom ik tot de behandeling van de specifieke punten die in de verschillende prejudiciële vragen aan de orde zijn gesteld.

2. Eerste, tweede en derde vraag

106. Met zijn eerste, tweede en derde vraag, die nauw met elkaar samenhangen en derhalve samen kunnen worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de omstandigheden met betrekking tot de eerste benoeming in een rechterlijk ambt van een van de rechters die de bestreden beslissing heeft gegeven (rechter FO), die heeft plaatsgevonden tijdens het communistische regime van de voormalige Volksrepubliek Polen (hierna: „PRL"), van invloed zijn op zijn onafhankelijkheid bij de huidige uitoefening van zijn rechtsprekende taak in de zin van artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest.

107. In dit verband wijst de verwijzende rechter erop dat een rechter in het communistische tijdperk in Polen bij zijn indiensttreding een eed moest afleggen tegenover de president van de bevoegde rechterlijke instantie dat hij onder meer de vrijheid, onafhankelijkheid en macht van de „democratische" Poolse Staat zou consolideren en de orde zou beschermen en versterken die was

[51] Punten 36-42 supra. Zie ook de punten 163-169 van mijn conclusie in de zaak WB e.a.

gebaseerd op de sociale, economische en politieke beginselen van de PRL, en de eerbiediging van de wet en de loyaliteit ten opzichte van die staat zou versterken. Volgens de destijds geldende bepalingen had de rechtsbedeling in de PRL tot taak de „volksdemocratie" en de ontwikkeling ervan naar het socialisme te beschermen. Rechterlijke instanties waren in het communistische tijdperk in Polen ook verplicht om door middel van hun werkzaamheden de burgers te scholen in de geest van trouw aan de PRL.

108. Volgens de verwijzende rechter voldeden de wijze waarop de rechters destijds werden benoemd en de regels met betrekking tot de wijze waarop zij werden gecontroleerd en de ambtsontheffingsmogelijkheden, niet aan de normen van een democratische rechtsstaat. In het bijzonder werden rechters tot 1989 benoemd en uit hun ambt ontzet door een uitvoerende instantie van een staat die werd gekenmerkt door een ondemocratisch machtsstelsel: de Rada Państwa Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. De regels inzake benoeming en ontheffing uit het ambt van rechters bevatten, naast de hoge mate van afhankelijkheid van de uitvoerende overheidsinstantie, ook geen transparante benoemingscriteria en boden geen ruimte voor organen van rechterlijk zelfbestuur of democratische verkozen instanties om deel te nemen aan de benoemingsprocedure. Deze procedures doen volgens de verwijzende rechter afbreuk aan het vertrouwen dat de rechterlijke macht in een democratische samenleving moet wekken.

109. Volgens de verwijzende rechter hebben de na 1989 in het Poolse recht aangebrachte wijzigingen nauwelijks bijgedragen aan de ontwikkeling van effectieve instrumenten voor de toetsing van benoemingen van rechters in het communistische tijdperk of van mogelijke inbreuken door rechters op het beginsel van onafhankelijkheid. Volgens de verwijzende rechter werden de benoemingen van rechters in het communistische tijdperk dus na 1989 niet algemeen getoetst en evenmin vond er een effectieve controle plaats van de individuele benoemingen van rechters, zelfs niet wanneer individuele rechters kennelijk het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid hadden geschonden.

110. De hierboven uiteengezette argumenten overtuigen mij niet.

111. Ik ben het zeker met de verwijzende rechter eens dat de procedures voor de benoeming van rechters, en meer in het algemeen de regels voor hun ambtstermijn en werkzaamheden in het tijdperk van de PRL, niet voldoende garanties boden om te voldoen aan de in de huidige Verdragen van de Europese Unie vervatte norm van rechterlijke onafhankelijkheid.

112. Voor het overige begrijp ik werkelijk niet wat *juridisch* gezien *heden ten dage* de relevantie is van die stellingen. Door een bepaald politiek wereldbeeld als juridisch argument te verpakken lijkt de verwijzende rechter iets te suggereren wat ofwel neerkomt op daadwerkelijke terugwerkende kracht of op volstrekt ongefundeerde insinuaties.

113. Ten eerste spreekt het vanzelf dat het Unierecht vóór de toetreding van Polen tot de Unie niet op Polen van toepassing was. Het staat eveneens buiten kijf dat nieuwe rechtsregels in de rechtsorde van de Unie, bij gebreke van specifieke bepalingen over terugwerkende kracht, niet van toepassing zijn op rechtssituaties die zijn ontstaan en definitief zijn geworden onder het oude recht, maar wel op de toekomstige gevolgen daarvan kunnen worden toegepast en van toepassing zijn op nieuwe rechtssituaties.[52] Ik begrijp dus niet hoe de regels en normen die voortvloeien uit

[52] Zie, met verdere verwijzingen, mijn conclusie in de zaak E.B. (C-258/17, EU:C:2018:663, punten 44-48).

artikel 19, lid 1, VEU en/of artikel 47 van het Handvest kunnen worden toegepast op benoemingen van rechters in Polen die vóór 1989 hebben plaatsgevonden, zonder dat er dan feitelijk sprake is van terugwerkende kracht. [53]

114. Ten tweede bestaat er in het Unierecht wel degelijk zoiets als aanhoudende rechtswerking. Er zou daarom eventueel een probleem van onafhankelijkheid in de zin van artikel 19, lid 1, VEU en/of artikel 47 van het Handvest kunnen rijzen indien de nationale regels waarnaar de verwijzende rechter verwijst, *nu* nog steeds een zeker effect kunnen hebben, ook al zijn zij al tientallen jaren niet meer van kracht. Wat de onderhavige zaak betreft, zou daarvoor moeten worden aangetoond dat er sprake is van een blijvend effect, een verband tussen deze voormalige nationale regels en het opkomen, in deze tijd, van legitieme en ernstige twijfels bij justitiabelen over de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van een rechter als FO.

115. In dit verband verschaft de verwijzingsbeslissing echter een nogal summiere toelichting (wat verrassend is, vooral gezien de omvang en gedetailleerdheid van de verwijzingsbeslissing) over *de identiteit* van de persoon, de instelling of instantie die thans buitensporige druk zou kunnen uitoefenen op rechter FO, en over *de redenen* waarom rechter FO geneigd zou kunnen zijn om voor die druk te zwichten. De verwijzende rechter lijkt veeleer uit te gaan van de veronderstelling dat rechters die tijdens het communistische tijdperk zijn benoemd, per definitie „voor altijd zijn bezoedeld", enkel omdat zij met het voormalige regime worden geassocieerd, en omdat zij, nooit opnieuw zijn benoemd en nooit een eed aan de nieuwe democratische staat hebben afgelegd, zoals in de derde vraag wordt gesuggereerd.

116. Zonder dat ik mij wil uitspreken over de gegrondheid van dergelijke „opvattingen", wil ik in de derde plaats alleen nog opmerken dat er in elk land in de loop van de geschiedenis constitutionele keuzes moesten worden gemaakt over de organisatie van nieuwe overheidsinstellingen en de ambtenaren ervan. [54] Toen Polen ongeveer dertig jaar geleden voor deze constitutionele keuze stond, heeft het – net als enkele andere landen in Midden-Europa – evenwel voor continuïteit gekozen. Vervolgens zijn de rechters die onder het oude regime in Polen waren benoemd, zowel op nationaal niveau als op Unieniveau geaccepteerd.

117. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, heeft de nieuwe democratische staat enerzijds erkend dat de in het tijdperk van de PRL benoemde rechters in beginsel in functie konden blijven, ondanks de vaststelling van bepaalde „zuiveringsmaatregelen" [55]. De Poolse regering heeft dit ter terechtzitting bevestigd.

118. Anderzijds werd deze situatie door de instellingen van de Unie geacht in overeenstemming met het Unierecht te zijn met het oog op de toetreding van Polen tot de Europese Unie. In dit verband mag niet worden vergeten dat de kandidaat-lidstaten dienden te voldoen aan de

[53] Zie echter arrest van 15 januari 2019, E.B. (C-258/17, EU:C:2019:17, punten 54 en 55).

[54] Hopelijk niet de in punt 1 van deze conclusie genoemde „oplossing".

[55] De Poolse term *lustracja* (hier vertaald als „zuivering") is een neologisme afgeleid van het Latijnse lustratio, zuivering door opoffering. Deze term werd gebruikt voor overgangsmaatregelen die in de postcommunistische staten in Midden- en Oost-Europa zijn vastgesteld om de institutionele en administratieve hervormingen en de politieke en sociale transformatie te vergemakkelijken. Deze maatregelen omvatten doorgaans screeningprogramma's voor de beoordeling van de integriteit en de capaciteiten van in bepaalde kernfuncties van de overheid werkzame personen (met inbegrip van rechters). Zie in het algemeen de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, „Measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems: Guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a State based on the rule of law" (doc. 7568), 3 juni 1996, en Horne, C. M., „Transitional justice: Vetting and lustration", in Lawther, C., Moffett, L., en Jacobs, D. (red.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, blz. 424-441.

zogenaamde „criteria van Kopenhagen”[56], waarvan er één betrekking had op het bestaan van stabiele instellingen die onder meer de democratie, de rechtsstaat en de bescherming van de mensenrechten zouden waarborgen.

119. In dit kader komen de vragen van de verwijzende rechter in wezen neer op de suggestie dat de constitutionele keuze die Polen decennia geleden heeft gemaakt en die de Europese Unie vanaf zijn toetreding tot de Unie heeft aanvaard, onjuist was. Ik herhaal dat ik me niet zal uitlaten over de politieke gevolgen van deze stelling. Wat de onderhavige zaak betreft, komt elke rechterlijke tussenkomst waarmee de beslissingen van een nationale rechter, zoals rechter FO, ongeldig zouden worden verklaard enkel omdat hij voor het eerst in de PRL als rechter is benoemd, in feite neer op een *nieuwe* „zuiveringsmaatregel”.

120. In de vierde plaats staat geen enkele Unierechtelijke bepaling het Hof toe om na te gaan hoe de lidstaten vóór hun toetreding zijn omgegaan met de politieke, juridische en bestuurlijke nalatenschap van de voormalige regimes.[57] Evenzo blijft de opzet van toepasselijke of nieuwe regels op het gebied van de rechterlijke organisatie, de benoeming van rechters of tuchtprocedures voor rechters standaard tot de institutionele keuzes van de lidstaten behoren.[58]

121. Dat betekent echter niet dat elke zuiveringsmaatregel die een lidstaat *thans* vaststelt, kan ontsnappen aan toetsing van de verenigbaarheid ervan met het Unierecht wanneer dit *van toepassing is*. In het bijzonder moet een maatregel die van invloed kan zijn op de werkzaamheden van nationale rechterlijke instanties die zich bezighouden met de door het Unierecht beheerste gebieden, in overeenstemming zijn met onder meer de beginselen van artikel 19, lid 1, VEU, die de in artikel 2 VEU neergelegde waarden weerspiegelen, zoals de beginselen van de rechtsstaat en de eerbiediging van de grondrechten.

122. Hoewel het Hof een dergelijke maatregel niet heeft kunnen toetsen, zijn in het verleden verschillende soorten zuiveringsmaatregelen beoordeeld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”). In dit verband heeft het EHRM geoordeeld dat zuiveringsmaatregelen gerechtvaardigd konden zijn indien daarmee doelstellingen werden nagestreefd die onder meer verband houden met de bescherming van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, de bevordering van het vertrouwen in de nieuwe democratische instellingen, het voorkomen van chaos, de transparantie van het openbaar bestuur, de duidelijkheid en de interne vrede in de samenleving, het economisch welzijn van het land en de rechten en vrijheden van anderen.[59] In dit verband heeft het EHRM ook gepreciseerd dat staten op geldige wijze zuiveringsmaatregelen kunnen vaststellen, aangezien „een democratische staat het recht heeft te eisen dat de ambtenaren trouw zijn aan de grondwettelijke beginselen waarop hij is gebaseerd”.[60]

123. Het EHRM heeft echter geoordeeld dat zelfs indien er geen sprake is van schending van de mensenrechten als zodanig, aan bepaalde voorwaarden moet zijn voldaan opdat dergelijke maatregelen in overeenstemming zijn met de bepalingen van het EVRM. Voor zover voor de onderhavige procedure van belang, beperk ik mij tot de opmerking dat het EHRM onder meer

[56] Zie de conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad van Kopenhagen (21 en 22 juni 1993). Zie thans artikel 49 VEU.

[57] Bij mijn weten bestaat er evenmin een bindende internationale overeenkomst ter zake, in het bijzonder een voor de Unie en/of haar lidstaten bindende internationale overeenkomst.

[58] Zie onder meer arrest van 20 april 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, punt 48).

[59] EHRM, 21 oktober 2014, Naidin tegen Roemenië (CE:ECHR:2014:1021JUD003816207, § 51). Zie tevens Verenigde Naties, Rule-Of-Law Tools for Post-Conflict States – Vetting: an operational framework, 2006, blz. 3-5, waarin wordt gesteld dat hervorming van het personeelsbeleid die erop is gericht ambtenaren met ernstige integriteitsgebreken uit te sluiten, ertoe bijdraagt het maatschappelijk vertrouwen te herstellen en overheidsinstellingen te legitimeren.

[60] EHRM, 26 september 1995, Vogt tegen Duitsland (CE:ECHR:1995:0926JUD001785191, § 59).

heeft geëist dat het nationale rechtskader: i) voldoende nauwkeurig is om de aansprakelijkheid van elk van de betrokkenen te *individualiseren*[61], ii) voldoende *procedurele waarborgen* voor de betrokkenen biedt[62], en iii) *tijdelijk* van aard is, aangezien de objectieve noodzaak om individuele rechten vanwege de overgangsmaatregelen te beperken, met de tijd vermindert[63].

124. De beslissingen van het EHRM kunnen mijns inziens grotendeels worden toegepast op de rechtsorde van de Unie.[64] Gelet op deze rechtspraak heb ik ernstige twijfels over de verenigbaarheid met het Unierecht van een rechterlijke beslissing als die door de verwijzende rechter wordt voorgesteld. Daarover hoeft niet verder te worden uitgeweid, maar ik zie meerdere potentiële vragen rijzen, met name met betrekking tot artikel 2 VEU (rechtsstaat) en de artikelen 47 en 48 van het Handvest (eerlijk proces).

125. Ik vind het hoe dan ook vooral opvallend dat een dergelijke maatregel pas tientallen jaren na de val van het voormalige regime en de oprichting van een nieuwe staat wordt genomen, maar wel met de reden, althans in theorie, dat moet worden afgerekend met het communistische verleden. Wat de ware motivering van deze voorstellen van Polen ook mag zijn, ik merk alleen nog op dat de lange periode die sindsdien is verlopen op zichzelf uitsluit dat dergelijke maatregelen objectief noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.[65] Het constitutionele moment waarop dergelijke maatregelen rechtmatig kunnen worden overwogen, is mijns inziens allang voorbij.

126. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het enkele feit dat bepaalde rechters voor het eerst zijn benoemd in het tijdperk van de PRL, op zich niet kan afdoen aan hun onafhankelijkheid op dit moment. Bijgevolg kunnen de in de eerste, tweede en derde vraag bedoelde omstandigheden geen twijfel doen rijzen over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een nationale rechter, zoals rechter FO, voor de toepassing van artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest.

3. Vierde en vijfde vraag

127. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het feit dat bepaalde leden van de rechtsprekende formatie die de bestreden beslissing hebben gegeven, voor deze rechterlijke instantie zijn benoemd op grond van de besluiten die de KRS heeft vastgesteld in een samenstelling die het gevolg is van wetgeving (zoals uitgelegd) die later door de Trybunał Konstytucyjny ongrondwettig is verklaard[66], van invloed is op de beoordeling of deze samenstelling van de rechtsprekende formatie in overeenstemming is met het onafhankelijkheidsvereiste. Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen tevens te

[61] EHRM, 24 juni 2008, Adamsons tegen Letland (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, § 116), en 3 september 2015, Sõro tegen Estland (CE:ECHR:2015:0903JUD002258808, §§ 60 en 61). Zie tevens resolutie 1096 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa van 27 juni 1996 over maatregelen om de nalatenschap van voormalige communistische stelsels te ontmantelen, blz. 12.

[62] EHRM, 14 februari 2006, Turek tegen Slowakije (CE:ECHR:2006:0214JUD005798600, § 115); 24 juni 2008, Adamsons tegen Letland (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, punt 116), en 24 april 2007, Matyjek tegen Polen (CE:ECHR:2007:0424JUD003818403, § 62).

[63] EHRM, 24 juni 2008, Adamsons tegen Letland (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, § 116), en 21 januari 2016, Ivanovski tegen Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië (CE:ECHR:2016:0121JUD002990811, § 185). Zie tevens de in dit laatste arrest opgenomen verklaring van de Commissie van Venetië [in § 108, onder a)] dat er, „door lang na het begin van het democratiseringsproces in een land zuiveringsmaatregelen te nemen, [...] twijfel [kan] rijzen over de werkelijke doelstellingen ervan. Wraak mag niet prevaleren boven de bescherming van de democratie. Er zijn dus overtuigende redenen vereist".

[64] Zoals tevens artikel 52, lid 3, van het Handvest en artikel 6, lid 3, VEU voorschrijven.

[65] In de zin van de vereisten van de hierboven in voetnoot 63 aangehaalde rechtspraak van het EHRM, gesteld al dat een dergelijk geval de drempel van een gerechtvaardigd doel en rechtmatigheid zou halen, zodra overtuigende motieven voor dergelijke maatregelen zouden worden vastgesteld.

[66] Zie punt 19 supra.

vernemen of een instantie, zoals de KRS ten tijde van de feiten, die niet-transparante en niet-openbare procedures inzake de benoeming van rechters heeft gevolgd, als onafhankelijk voor de toepassing van het Unierecht kan worden aangemerkt.

128. Deze twee vragen kunnen samen worden behandeld. Wellicht kunnen zij het beste in twee fasen worden behandeld: eerst sec de vraag, dat wil zeggen zonder rekening te houden met de algehele context, waarna de analyse wordt uitgebreid naar deze ruimere context. [67]

129. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof en het EHRM moet ten eerste worden opgemerkt dat niet elke fout die in de loop van de procedure voor de benoeming van een rechter kan optreden, twijfel kan doen rijzen over de onafhankelijkheid van die rechter.

130. In het arrest Simpson heeft het Hof opgemerkt dat een onregelmatigheid bij de benoeming van rechters schending van artikel 47 van het Handvest oplevert, „met name wanneer die onregelmatigheid door haar aard en ernst het reële risico doet ontstaan dat andere onderdelen van de overheid, in het bijzonder de uitvoerende macht, een onbehoorlijke discretionaire bevoegdheid kunnen uitoefenen die afbreuk doet aan de integriteit van het resultaat van het benoemingsproces en aldus bij de justitiabelen legitieme twijfel oproept over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de betrokken rechter of rechters". In die zaak werd de onregelmatigheid die de Raad had begaan bij de benoeming van een lid van het Gerecht voor ambtenarenzaken van de Europese Unie niet dermate ernstig geacht dat zij in strijd was met artikel 47 van het Handvest. [68]

131. Evenzo heeft de Grote kamer van het EHRM in de zaak Ástráðsson een driestappentoets uitgevoerd om te bepalen of een onrechtmatige benoeming van een rechter in strijd was met het recht op een „gerecht dat bij de wet is ingesteld" in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM. Het EHRM is in wezen nagegaan of: i) de interne regels inzake de benoeming van rechters kennelijk waren geschonden; ii) de schending betrekking had op een fundamenteel recht voor de benoeming van rechters, en iii) de schending daadwerkelijk door de nationale rechterlijke instanties was getoetst en hersteld. [69]

132. Wat, meer bepaald, het tweede bovengenoemde element betreft, heeft het EHRM benadrukt dat de schending moet worden beoordeeld „in het licht van het voorwerp en het doel van het vereiste van een ‚gerecht dat bij de wet is ingesteld', namelijk dat ervoor wordt gezorgd dat de rechterlijke macht in staat blijft zijn taken zonder ongeoorloofde inmenging te vervullen en aldus de rechtsstaat en de scheiding der machten in stand wordt gehouden". Zo heeft het EHRM geoordeeld dat „louter technische tekortkomingen die geen invloed hebben op de legitimiteit van de benoemingsprocedure, moeten worden geacht onder de relevante drempel te vallen". [70]

133. In casu hadden de door de Trybunał Konstytucyjny in zijn beslissing K 5/17 van 20 juni 2017 vastgestelde problemen betrekking op de duur van de ambtstermijn van bepaalde leden van de KRS, een van de instellingen die betrokken is bij de procedure voor de rechterlijke benoeming. De beoordelingen van die rechter blijken voor het merendeel van technische aard, althans in het licht van artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest. Noch de verwijzende rechter, noch

[67] Aldus ontstaat een casestudy waarbij rekening wordt gehouden met „alle relevante omstandigheden", zoals in de punten 98-100 van deze conclusie is uiteengezet.

[68] Arrest van 26 maart 2020, Heroverweging Simpson/Raad en HG/Commissie (C-542/18 RX-II en C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, met name punten 75-82).

[69] EHRM, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson tegen IJsland (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, §§ 244-252).

[70] Ibidem, § 246.

de Poolse regering heeft in het kader van de onderhavige procedure andersluidende concrete en duidelijke toelichtingen verstrekt. In antwoord op een vraag hierover ter terechtzitting heeft de Poolse regering verklaard dat volgens haar de onregelmatigheid in de samenstelling van de KRS niet automatisch gevolgen had voor de geldigheid van de tussen 2000 en 2018 vastgestelde besluiten van dit orgaan. Het is tevens onduidelijk hoe het oordeel van de Trybunał Konstytucyjny gevolgen zou kunnen hebben voor de publieke opinie over de onafhankelijkheid van de drie betrokken rechters.

134. Aan die conclusie kan niet worden afgedaan door het feit dat uit de rechtspraak blijkt dat het belangrijk is een dergelijk element vast te stellen.

135. Zo heeft het Hof in het arrest Commissie/Polen geoordeeld dat de betrokken nationale wettelijke regeling, die voorzag in een onmiddellijk van kracht geworden verlaging van de pensioenleeftijd van rechters van de Sąd Najwyższy en een discretionaire machtiging van de Poolse president op grond waarvan een rechter zijn ambt kan blijven uitoefenen, in strijd was met het beginsel van onafzetbaarheid van rechters dat inherent is aan hun onafhankelijkheid, en dat aldus artikel 19, lid 1, VEU werd geschonden. Gelet op de bijzondere kenmerken ervan en rekening houdend met de omstandigheden waarin zij is vastgesteld, is het Hof tot het oordeel gekomen dat deze regeling gerechtvaardigde twijfels kon doen rijzen over de werkelijke motieven die eraan ten grondslag lagen. Het Hof heeft met name opgemerkt dat verschillende elementen de indruk wekken dat de regeling zou kunnen zijn vastgesteld om een bepaalde groep rechters uit te sluiten of terzijde te schuiven.[71]

136. Evenzo moest het Hof in de arresten A.K. e.a. en Repubblika[72] beslissen over de samenstelling en het functioneren van twee overheidsinstanties die betrokken zijn bij de procedure voor de benoeming van rechters in hun respectieve lidstaten. Het Hof heeft in het bijzonder de omstandigheden van de benoeming van de leden van deze instanties, de wijze waarop deze instanties hun taken uitoefenen, het ruimere rechtskader dat de rol en de werkzaamheden van deze instanties regelen, en ten slotte het politieke landschap waarin deze instanties functioneren onderzocht.

137. In dit verband heeft het Hof in het arrest A.K. e.a. geoordeeld dat bepaalde elementen bij justitiabelen twijfel konden oproepen over de vraag of de betrokken instantie zich door externe factoren laat beïnvloeden, met name door de wetgever en de uitvoerende macht, ook al heeft het de betrokken beoordeling uiteindelijk aan de verwijzende rechter overgelaten. Daarentegen heeft het Hof in het arrest Repubblika met betrekking tot de relevante regels en de wijze waarop deze door de instellingen van een lidstaat waren toegepast, geen aanwijzingen gevonden voor een eventueel gebrek aan onafhankelijkheid van de betrokken instantie. Er was geen reden om aan te nemen dat de Poolse president in die lidstaat gebruik kon maken van zijn bevoegdheid om rechters te benoemen op een wijze die bij het bredere publiek aanleiding kon geven tot ernstige twijfel aan de onafhankelijkheid van de geselecteerde personen.

138. In de zaak WB e.a. wenste de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of een nationale wettelijke regeling volgens welke de minister van Justitie/procureur-generaal op basis van niet-openbaar gemaakte criteria rechters voor onbepaalde tijd kon detacheren bij een hogere rechterlijke instantie en die detachering op elk moment naar eigen inzicht kon beëindigen, verenigbaar is met onder meer artikel 19, lid 1, VEU, gelezen in samenhang met artikel 2 VEU. In mijn conclusie heb ik het standpunt ingenomen dat deze wettelijke regeling in strijd is met deze

71 Arrest van 24 juni 2019, Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de Sąd Najwyższy) (C-619/18, EU:C:2019:531, punten 82 en 85).

72 Arrest van 20 april 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, punt 51).

bepalingen, aangezien zij van invloed kan zijn op de wijze waarop bepaalde rechters hun ambt uitoefenen. In het bijzonder kunnen bepaalde rechters er volgens mij op grond van deze wettelijke regeling toe worden aangezet om uitspraak te doen ten gunste van de aanklager of, meer in het algemeen, in overeenstemming met de wensen van de minister van Justitie/procureur-generaal. Rechters van lagere rechterlijke instanties kunnen in de verleiding komen in die zin te oordelen doordat een beloning in de vorm van detachering bij een hogere rechterlijke instantie in het verschiet ligt, mogelijk in combinatie met verbeterde loopbaanvooruitzichten en een hoger salaris. Op hun beurt kunnen de bij de hogere rechterlijke instanties gedetacheerde rechters worden ontmoedigd om onafhankelijk op te treden, om te voorkomen dat zij het risico lopen dat hun detachering door de minister van Justitie/procureur-generaal wordt beëindigd. [73]

139. Anders dan in die zaken kunnen met betrekking tot een eventueel gebrek aan onafhankelijkheid van de drie betrokken rechters in de onderhavige zaak geen „motieven, middelen en gelegenheid" worden vastgesteld. In navolging van mijn conclusie met betrekking tot de omstandigheden van de eerste benoeming van een rechter in het tijdperk van de PRL vraag ik mij ook hier af *wie* thans ongeoorloofde druk op de drie betrokken rechters zou kunnen uitoefenen, zeker als gevolg van of gezien de vermeende fout in hun benoemingsprocedure, en *waarom* deze rechters, althans in de ogen van de justitiabelen, ertoe zouden kunnen worden gebracht aan die druk toe te geven.

140. Ten tweede ontstaat er echter een wat ander beeld wanneer de analyse daadwerkelijk naar „alle relevante omstandigheden" wordt uitgebreid, met name wanneer de eventuele „motieven, middelen en gelegenheid" in aanmerking worden genomen die ten grondslag liggen aan de beslissing van de Trybunał Konstytucyjny betreffende de (on)behoorlijke samenstelling van de KRS, waarop de verwijzende rechter al zijn vragen over de juistheid van de benoemingen van rechters in de periode van 2000 tot en met 2018 baseert. Een onderzoekendere of kritischere waarnemer zou zich daarbij wellicht eerder afvragen wat de werkelijke reden achter die beslissing is, of deze beslissing zelf door een onafhankelijke en naar behoren samengestelde rechterlijke instantie was gegeven [74], alsook in hoeverre in het algemeen beroep kan worden gedaan op beslissingen van een instelling die thans geneigd lijkt tot instrumenteel misbruik [75].

141. Kortom, de in de vierde en vijfde vraag bedoelde omstandigheden doen evenmin twijfels rijzen over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van nationale rechters voor de toepassing van artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest.

[73] Zie mijn conclusie in de zaak WB e.a., punten 171-196.

[74] Zie EHRM, 7 mei 2021, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. tegen Polen (CE:ECHR:2021:0507JUD000490718), waarin is geoordeeld dat bepaalde recente benoemingen bij de Trybunał Konstytucyjny onmiskenbaar in strijd met het nationale recht waren en dat de onrechtmatige externe invloed die de wetgever en de uitvoerende macht op deze instantie hebben uitgeoefend, de kern van het recht op een „gerecht dat bij de wet is ingesteld" als bedoeld in artikel 6, lid 1, EVRM aantast.

[75] Zie bijvoorbeeld het recente arrest van de Trybunał Konstytucyjny van 15 april 2021, K 20/20 (gezien de betrokken partijen bij deze zaak in zekere mate van belang), waarin de ongrondwettigheid is vastgesteld van een bepaling van de wet inzake de ombudsman, die bepaalt dat de zittende functionaris tot de benoeming van een nieuwe ombudsman in functie blijft, ook na afloop van zijn ambtstermijn. Het is moeilijk te begrijpen waarom een dergelijke bepaling, die op rechtmatige wijze institutionele continuïteit verzekert bij verschillende instanties binnen Europa, waaronder het Hof (zie artikel 5 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie), begripsmatig ongrondwettig zou zijn. Elk potentieel intellectueel vraagstuk kan in dit opzicht echter snel worden opgelost wanneer de context wordt begrepen, met name *waarom* een dergelijke beslissing noodzakelijk was en *wie* erom had gevraagd.

4. Zesde en zevende vraag

142. Met zijn zesde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of hij ambtshalve moet onderzoeken of de lagere rechterlijke instantie die de bestreden beslissing heeft gegeven, voldoet aan het in artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest verankerde onafhankelijkheidsvereiste om na te gaan of een bestreden beslissing eventueel ongeldig is.

143. Met zijn zevende vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of hij, gelet op de onherroepelijkheid van de benoeming van rechters waarin de Poolse grondwet voorziet, met het oog op dat doel de toetsing van de onafhankelijkheid van de rechters die de bestreden beslissing hebben gegeven, achterwege moet laten.

144. Gelet op de antwoorden op de voorgaande vragen behoeven deze vragen in beginsel niet te worden beantwoord.

145. Volledigheidshalve zal ik echter enkele opmerkingen maken over de punten die de verwijzende rechter in deze twee vragen aan de orde heeft gesteld. De verwijzende rechter vraagt zich in wezen af of hij in beginsel verplicht is ambtshalve punten inzake de onafhankelijkheid op te werpen en of het beginsel van onafzetbaarheid van rechters dit zou kunnen verhinderen.

146. Wat de zesde vraag betreft, is niet geheel duidelijk waarom zij überhaupt is gesteld, gelet op het feit dat de verwijzende rechter kennelijk krachtens het nationale recht verplicht is ambtshalve na te gaan of de rechterlijke instantie die de uitspraak in hoger beroep heeft gegeven, naar behoren is samengesteld.[76] Voor een eventuele toepassing van artikel 47 van het Handvest is het antwoord op de vragen van de verwijzende rechter echter terug te vinden in het arrest van het Hof in de zaak Simpson.[77]

147. In dat arrest heeft het Hof gepreciseerd dat uit artikel 47 van het Handvest, waarin het recht op een doeltreffende voorziening in rechte voor een onafhankelijk, onpartijdig en vooraf bij wet ingesteld gerecht en op een eerlijk proces is neergelegd, volgt dat „de Unierechter moet kunnen nagaan of een onregelmatigheid in de benoemingsprocedure in kwestie [van een rechter] heeft geleid tot schending van bedoeld grondrecht". Deze rechten impliceren eveneens dat „elke rechterlijke instantie moet nagaan of zij, gelet op haar samenstelling, een gerecht in vorenbedoelde zin is, wanneer er op dit punt ernstige twijfel rijst." Op basis van de eerdere rechtspraak heeft het Hof geoordeeld dat een dergelijke controle „een wezenlijk vormvoorschrift [vormt] waarvan de eerbiediging de openbare orde raakt en ambtshalve moet worden getoetst".[78]

148. De bewoordingen van dat arrest zijn duidelijk: wanneer *ernstige* twijfels rijzen over de samenstelling van de rechtsprekende formatie, bijvoorbeeld wegens een mogelijke fout in de benoemingsprocedure van een of meer betrokken rechters, moet *elke rechter in de Europese Unie* een dergelijke vraag opwerpen, zo nodig ambtshalve. Hoewel het arrest Simpson betrekking had op een gerechtelijke procedure voor het Hof, zijn de uit dat arrest voortvloeiende beginselen dus ook van toepassing op nationale rechterlijke instanties telkens wanneer artikel 47 van het Handvest van toepassing is.

[76] Zie punten 13 en 88 supra.

[77] Arrest van 26 maart 2020, Heroverweging Simpson/Raad en HG/Commissie (C-542/18 RX-II en C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, met name de punten 75-82).

[78] Ibidem, punten 53-58. Cursivering van mij.

149. Zoals hierboven is uiteengezet, lijkt het erop dat er in casu echter geen concrete factor is die erop wijst dat de rechters die de bestreden beslissing hebben gegeven niet onafhankelijk zouden zijn.

150. Wat vraag 7 betreft, zie ik, net als de Commissie, niet in hoe het beginsel van de onafzetbaarheid van rechters, dat volgens de verwijzende rechter verankerd is in de Poolse grondwet, de verwijzende rechter zou hebben belet een vraag over de onafhankelijkheid van de betrokken rechters aan de orde te stellen wegens een beweerdelijk onrechtmatige benoemingsprocedure.

151. De verwijzende rechter lijkt te suggereren dat zodra een rechter formeel is benoemd krachtens het nationale recht, die rechter niet uit zijn ambt kan worden ontzet en dat het benoemingsbesluit niet ongeldig kan worden verklaard, ondanks de eventuele onrechtmatigheid van die benoeming in het licht van de in de Unie geldende normen inzake onafhankelijkheid, aangezien daarmee in strijd zou worden gehandeld met het beginsel van onafzetbaarheid.

152. Ik begrijp weinig van de ogenschijnlijk door de verwijzende rechter gehanteerde uitgangspunten en van de daaruit getrokken conclusies.

153. Ten eerste, en nogmaals, lijkt deze rechter zich te richten op een specifiek punt dat volkomen los wordt beschouwd en uit dien hoofde stelt hij een onjuiste tegenstrijdigheid op een zeer hoog abstractieniveau vast. Hoewel een beslissing inzake de benoeming van een rechter in een rechterlijk ambt naar nationaal recht niet vatbaar is voor beroep en nietigverklaring, betekent dit geenszins dat de beslissingen van deze rechter niet kunnen worden getoetst of dat deze rechter niet uit zijn ambt kan worden ontzet in het kader van een tuchtprocedure of een andere relevante procedure, mits daarbij alle noodzakelijke regels en procedures in acht worden genomen.

154. In de tweede plaats zie ik niet in hoe het beginsel van onafzetbaarheid van een rechter, volgens de gebruikelijke uitlegging, in het hoofdgeding een probleem zou moeten vormen. Het staat aan de verwijzende rechter om zich uit te spreken over de ontvankelijkheid van een cassatieberoep voor de Sąd Najwyższy. Deze procedure is bijvoorbeeld duidelijk geen tuchtprocedure waarbij de ontheffing uit het ambt van de betrokken rechter of de oplegging van een andere disciplinaire sanctie tegen hem kan worden gelast. Bijgevolg zie ik geen *rechtstreekse* tegenstrijdigheid tussen het beginsel van de onafzetbaarheid van rechters en de mogelijkheid om een in hoger beroep gegeven uitspraak ongeldig te verklaren wegens een vermeende onregelmatige samenstelling van de rechtsprekende formatie.

155. Ten derde zie ik in dit verband evenmin een *indirecte* tegenstrijdigheid. Mijns inziens gaan de overwegingen in de verwijzingsbeslissing voorbij aan twee belangrijke elementen betreffende respectievelijk de aard van het beginsel van onafzetbaarheid en de samenhang ervan met de algemene rechtsbeginselen.

156. Enerzijds heeft het Hof steeds benadrukt dat er bepaalde garanties moeten zijn om diegenen te beschermen die tot taak hebben recht te spreken, zoals onafzetbaarheid, teneinde de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te waarborgen. Het beginsel van onafzetbaarheid vereist in het bijzonder dat „de rechters kunnen aanblijven zolang zij de verplichte pensioenleeftijd nog niet hebben bereikt of, indien hun ambt aan een bepaalde termijn is gebonden, tot deze termijn is verstreken”. [79]

[79] Zie arrest van 16 juli 2020, Governo della Repubblica italiana (Status van de Italiaanse vrederechters) (C-658/18, EU:C:2020:572, met name punten 47 en 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

157. Tegelijkertijd heeft het Hof evenwel gepreciseerd dat de onafzetbaarheid niet „absoluut" is of kan zijn. De onafzetbaarheid, en meer in het algemeen de rechterlijke onafhankelijkheid die zij beoogt te waarborgen, gaat gepaard met de verantwoordingsplicht van de rechter. Er kunnen immers uitzonderingen op dit beginsel worden gemaakt, indien daarvoor „legitieme en dwingende gronden zijn en het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen". Zo heeft het Hof eraan herinnerd, dat „doorgaans [wordt] erkend dat rechters uit hun ambt kunnen worden ontzet indien zij ongeschikt zijn om dat ambt te blijven vervullen wegens onbekwaamheid of een ernstig verzuim, mits daarbij de toepasselijke procedures in acht worden genomen". [80]

158. Het verband tussen enerzijds het beginsel van onafzetbaarheid en anderzijds het beginsel van onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en het recht op een effectieve rechterlijke bescherming en een eerlijk proces, werpt inderdaad delicate vraagstukken op over de samenhang. In elk afzonderlijk geval moet een passend evenwicht worden gevonden tussen deze belangen, die niet altijd dezelfde richting op wijzen. Dat evenwicht kan niet in abstracte termen worden vervat, zoals de verwijzende rechter in zijn zevende vraag heeft gesuggereerd.

159. Er is echter geen benadering denkbaar waarin het in het verzoek om een prejudiciële beslissing voorgestelde standpunt houdbaar is. Dat standpunt leidt in feite tot een paradox: om de onafhankelijkheid van rechters te waarborgen, moeten ook niet-onafhankelijke rechters worden beschermd.

160. Dat is een onhoudbaar standpunt. In een rechtsgemeenschap waarin de grondrechten van justitiabelen, zoals een effectieve rechterlijke bescherming en een eerlijk proces, moeten worden gewaarborgd, geldt precies het tegenovergestelde van wat de verwijzende rechter suggereert. Er kan zelfs worden gesteld dat de „afzetbaarheid" van niet-onafhankelijke rechters even belangrijk is als de „onafzetbaarheid" van onafhankelijke rechters. Dat er rechters bestaan die bepaalde politieke, economische of particuliere belangen dienen, raakt de kern van een rechtsstaat en een democratie die is gebaseerd op de scheiding der machten.

161. Daarmee bedoel ik niet dat elke rechter ipso facto uit zijn ambt moet worden ontzet en zijn beslissingen ongeldig moeten worden verklaard wanneer zijn benoeming twijfels over zijn onafhankelijkheid doet rijzen. Een rechtsstelsel moet evenwel de naleving van het beginsel van onafhankelijkheid van de rechterlijke macht kunnen afdwingen. Dit brengt mij bij mijn laatste punt.

162. Zoals ik hierboven heb vermeld, leveren niet alle onregelmatigheden in een rechterlijke benoemingsprocedure problemen van onafhankelijkheid op. Wat dat betreft is er geen sprake van automatisme. [81] Evenmin is er sprake van automatisme wat betreft de gevolgen van de vaststelling dat een persoon niet naar behoren is benoemd in een rechterlijk ambt, met name wanneer de onrechtmatigheid het gevolg is van een schending van het onafhankelijkheidsbeginsel. Volgens het Unierecht moet juist een redelijke correlatie worden vastgesteld tussen de geschonden regels of beginselen, de ernst van de gepleegde inbreuk en het soort en de reikwijdte van de beschikbare rechtsmiddelen (en zo nodig de aan de overtreders opgelegde sancties), rekening houdend met de feiten en omstandigheden van een zaak. [82]

[80] Ibidem, punt 48.

[81] Zie tevens het gemeenschappelijke, deels instemmende en deels afwijkende standpunt van rechters O'Leary, Ravarani, Kucsko-Stadlmayer en Ilievski bij EHRM, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson tegen IJsland (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418), in het bijzonder § 53.

[82] Zie over deze correlatie in het algemeen mijn conclusie in de zaak An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara e.a. (C-64/20, EU:C:2021:14, punten 34-63).

163. Bij de beoordeling of de nationale rechtsmiddelen ter zake de eerbiediging en de doeltreffendheid van het Unierecht waarborgen, is het zeker niet vreemd dat wordt getoetst aan de algemene beginselen van het Unierecht, zoals onder meer evenredigheid, rechtszekerheid, de eerbiediging van het gezag van gewijsde en eerlijkheid van de procedure.

164. Volgens mij bestaat er dan ook geen spanning tussen de eventuele vaststelling dat de benoeming van een rechter een procedureel gebrek vertoont (ook al kan dit gebrek bij justitiabelen twijfels doen rijzen over zijn onafhankelijkheid) en het beginsel van onafzetbaarheid van rechters.

V. Conclusie

165. Ik geef het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Sąd Najwyższy te beantwoorden als volgt:

„– Teneinde te beoordelen of het in artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verankerde beginsel van onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in acht is genomen, moet een nationale rechterlijke instantie alle relevante elementen in aanmerking nemen en in voorkomend geval rekening houden met de redenen en specifieke doelstellingen van de nationale maatregelen die op de situatie van toepassing kunnen zijn. In deze context kunnen zowel de formele en institutionele elementen als concretere elementen en elementen van het specifieke geval relevant zijn, afhankelijk van de bijzonderheden van het geval en de Unierechtelijke bepaling(en) die van toepassing kunnen zijn. Het belang van deze elementen mag niet op zichzelf of afzonderlijk worden beoordeeld, maar moet gezamenlijk worden beoordeeld in het licht van het bredere juridische en institutionele landschap.

– De in de eerste tot en met de vijfde vraag genoemde omstandigheden kunnen geen twijfel doen rijzen over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de nationale rechters voor de toepassing van artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten.

– Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten moet aldus worden uitgelegd dat het de nationale rechterlijke instanties verplicht na te gaan of een onregelmatigheid in een procedure voor de benoeming van een rechter kan leiden tot schending van de door het Unierecht verleende rechten. Wanneer er op dit punt reële en ernstige twijfel bestaat, is de rechterlijke instantie gehouden deze kwestie ambtshalve op te werpen. Het beginsel van onafzetbaarheid van rechters verzet zich er niet tegen dat de nationale rechterlijke instanties dit onderzoek verrichten."