

University of Groningen

Case note: ECLI:EU:C:2019:857

Glerum, Vincent

Published in:

SEW: Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Glerum, V. (2020). Case note: ECLI:EU:C:2019:857. 119. Casenote over: Hof van Justitie Europese Unie, 15/10/2019, C-128/18 - Dorobantu, ECLI:EU:C:2019:857 *Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2020(6), 401-406.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

JURISPRUDENTIE

HOF VAN JUSTITIE

119 *Het Hof van Justitie herhaalt en expliciteert zijn eerdere rechtspraak over de criteria voor de beoordeling van de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat*

Zaak C-128/18, Dorobantu

Arrest van 15 oktober 2019,
ECLI:EU:C:2019:857; conclusie van A-G
M. Campos Sánchez-Bordona van 30 april
2019, ECLI:EU:C:2019:334

Prejudiciële verwijzing – Politie en justitiële samenwerking in strafzaken – Kaderbesluit 2002/584/JBZ – Europees aanhoudingsbevel – Gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging – Art. 4 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Verbod van onmenselijke of vernederende behandeling – Detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat – Beoordeling door de uitvoerende rechterlijke autoriteit – Criteria

1. Feiten en juridische achtergrond

Dorobantu is een Roemeen die in Roemenië wordt verdacht van vermogensdelicten en valsheid in geschrifte en die in Duitsland is aangehouden ter uitvoering van een Roemeens Europees aanhoudingsbevel (EAB). In eerste instantie heeft het *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*, de bevoegde Duitse uitvoerende rechterlijke autoriteit, de overlevering aan Roemenië toelaatbaar verklaard. In haar beslissing heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit de tweetraps-toets uit het arrest *Aranyosi en Căldăraru* toegepast op de detentieomstandigheden in Roemeense gevangenissen. Als Dorobantu veroordeeld zou worden tot een vrijheidsstraf en als hij deze straf in het open of halfopen regime zou ondergaan, dan zou hij worden geplaatst in een meermanscel met 2 m² persoonlijke ruimte per persoon. Volgens de uitvoerende rechterlijke autoriteit zijn de detentieomstandigheden sinds 2014 verbeterd. Weliswaar beantwoordt een oppervlakte van 2 m² per persoon niet aan de rechtspraak van het EHRM, maar die ontoereikende oppervlakte wordt tot op grote hoogte gecompenseerd door andere detentieomstandigheden. Daarbij komt dat Roe-

menië een doeltreffend mechanisme heeft ingevoerd voor toezicht op de detentieomstandigheden. Ten slotte heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit erop gewezen dat, in geval van weigering van de overlevering, de feiten waarvan Dorobantu wordt verdacht onbestraft zouden blijven, wat volgens haar in strijd zou zijn met de doelstelling om de doeltreffendheid van de strafrechtspleging in de Unie te waarborgen.

Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* heeft de beslissing van het *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* vernietigd wegens schending van het grondwettelijke recht van Dorobantu op de rechter die de wet hem toekent.² De uitvoerende rechterlijke autoriteit had namelijk prejudiciële vragen moeten stellen aan het Hof van Justitie over de minimumeisen die op grond van art. 4 Handvest aan de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat moeten worden gesteld. In het licht van de vraag of de rechtspraak van het EHRM de reikwijdte van art. 4 Handvest al 'abschließend geklärt' heeft, is volgens het *Bundesverfassungsgericht* van belang dat zij in haar beslissing niet eens het arrest *Muršić/Kroatië* heeft betrokken.

In dat arrest heeft het EHRM geoordeeld dat een persoonlijke ruimte van minder dan 3 m² per persoon in een meermanscel een 'strong presumption' van schending van art. 3 EVRM oproept, welk vermoeden kan worden weerlegd als de beperkingen van de persoonlijke ruimte 'short, occasional and minor' zijn, gepaard gaan met 'sufficient freedom of movement outside the cell and adequate out-of-cell activities', terwijl de instelling waarin de betrokkene gedetineerd is in het algemeen 'an appropriate detention facility' is en er geen andere 'aggravating aspects of the conditions of his or her detention' zijn.³ Bovendien heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit rekening gehouden met factoren die tot nu toe niet uitdrukkelijk door het EHRM zijn erkend als mogelijke compenserende factoren. Ten slotte hebben het Hof van Justitie en het EHRM zich tot nog toe niet uitgesproken over de vraag of het vermijden van straffeloosheid een relevant criterium is.⁴

Na terugwijzing door het *Bundesverfassungsgericht*, besluit het *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* een reeks prejudiciële vragen te stellen over de beoordeling van de detentieomstandigheden in de uitvaardigen-

de lidstaat. Die vragen worden door het Hof van Justitie geherformuleerd:

(1) als er in het algemeen een reëel gevaar van onmenselijke of vernederende detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat bestaat, hoe intensief en hoe omvangrijk moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit dan toetsen of de opgeëiste persoon een dergelijk reëel risico loopt: alomvattend of beperkt tot evidente gebreken;

(2) moet zij bij deze toetsing rekening houden met een vereiste van een minimumoppervlakte per gedetineerde; hoe moet deze ruimte worden berekend met het oog op meubels en sanitair; zijn daarbij andere detentieomstandigheden relevant, zoals de hygiëne of de bewegingsvrijheid in de inrichting;

(3) moet zij bij die toetsing rekening houden met wettelijke en organisatorische maatregelen ter verbetering van het toezicht op de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat;

(4) mag zij de eventuele niet-inachtneming van minimumvereisten voor detentieomstandigheden door de uitvaardigende lidstaat afwegen tegen de doeltreffendheid van de justitiële samenwerking en de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning?

2. Oordeel van het Hof

Na de prejudiciële verwijzing is Dorobantu in Roemenië bij verstek veroordeeld voor de feiten die aan het vervolgings-EAB ten grondslag lagen, is dat EAB vernietigd en is een nieuw EAB uitgevaardigd ter tenuitvoerlegging van de opgelegde vrijheidsstraf. De verwijzende rechter heeft daarop de prejudiciële vragen gehandhaafd en heeft op verzoek van het Hof van Justitie verduidelijkt dat, behoudens de antwoorden op die vragen, 'de toestemming voor de tenuitvoerlegging en de tenuitvoerlegging van het [nieuwe EAB] zeker waren'. Het Hof trekt daaruit de conclusie dat de verwijzende rechter uitspraak moet doen over de tenuitvoerlegging van een geldig EAB en dat de prejudiciële vragen dus beantwoord moeten worden (punten 37-40).

Bij die beantwoording brengt het Hof allereerst zijn algemene uitgangspunten in herinnering: wederzijdse erkenning, wederzijds vertrouwen, de uitzondering op die beginselen en de tweetraps-toets uit het arrest

Aranyosi en Căldăraru die het Hof heeft afgeleid uit art. 1 lid 3 Kaderbesluit 2002/584/JBZ (dat verwijst naar de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen, zoals neergelegd in art. 6 VEU), gelezen in samenhang met art. 4 Handvest. Het Hof constateert dat de prejudiciële vragen berusten op de premisse dat gedetineerden in Roemenië in het algemeen een reëel gevaar van onmenselijke of vernederende detentieomstandigheden lopen (de eerste trap van de toets). Het voegt daaraan toe dat de verwijzende rechter de juistheid van deze premisse moet toetsen aan de hand van ‘naar behoren bijgewerkte gegevens’, een opmerking die wellicht is ingegeven door de relatieve ouderdom van de EHRM-arresten waarop de verwijzende rechter zijn veronderstelling heeft gebaseerd.⁵ Uitgaande van de vaststelling van een reëel gevaar in het algemeen, moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit ‘concreet en nauwgezet’ onderzoeken of er ‘zwaarwegende en op feiten berustende gronden’ bestaan om aan te nemen dat de betrokkene na zijn overlevering aan de uitvoerende lidstaat een dergelijk reëel gevaar zal lopen (de tweede trap van de toets). Het Hof overweegt uitdrukkelijk dat de tweetrapstoets uit het arrest *Aranyosi en Căldăraru* ‘in wezen’ overeenkomt met de inhoud die het EHRM aan art. 3 EVRM heeft toegekend. Ter ondersteuning verwijst het Hof naar het arrest *Romeo Castaño/België* (punten 45-57).⁶ Vervolgens gaat het Hof in op de intensiteit en omvang van de individuele toetsing (vraag 1) in het licht van art. 1 lid 3 Kaderbesluit 2002/584/JBZ, gelezen in samenhang met art. 4 Handvest. De laatste bepaling correspondeert met art. 3 EVRM, zodat – op grond van art. 52 lid 3 Handvest – de inhoud en reikwijdte van de eerste bepaling dezelfde zijn als die van de tweede, waarbij die inhoud en reikwijdte niet alleen worden bepaald door de tekst van de bepaling, maar ook door de rechtspraak van het EHRM. Wat betreft de intensiteit overweegt het Hof dat de relevante materiële detentieomstandigheden *alomvattend* moeten worden beoordeeld, omdat, gelet op het absolute karakter van art. 4 Handvest, een toetsing die beperkt is tot evidente gebreken niet de eerbiediging van de menselijke waardigheid zou waarborgen. Wat betreft de omvang van de toetsing verwijst het Hof naar zijn arrest *Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)*.⁷ In dat arrest heeft het Hof een verdeling van verantwoordelijkheden geïntroduceerd voor wat betreft de eerbiediging

van art. 4 Handvest met betrekking tot detentieomstandigheden in de uitvoerende lidstaat. De uitvoerende rechterlijke autoriteit is niet verplicht om de detentieomstandigheden te onderzoeken in *alle* inrichtingen van de uitvoerende lidstaat waar de betrokkene zou *kunnen* worden gedetineerd, maar alleen in die inrichtingen waarin hij ‘naar concreet voornemen’ zal worden gedetineerd. Voor de detentieomstandigheden in andere inrichtingen blijven – alleen – de rechters in de uitvoerende lidstaat verantwoordelijk (punten 58-69).

Wat betreft de rol van de persoonlijke ruimte van een gedetineerde in een meermanscel bij de toetsing van de detentieomstandigheden (vraag 2) ‘baseert’ het Hof zich op de criteria die het EHRM heeft geformuleerd in het arrest *Muršić/Kroatië*. Art. 4 Handvest komt immers overeen met art. 3 EVRM (zie hierboven). Bovendien ontbreken op Unieniveau minimumvoorschriften over de persoonlijke ruimte in een meermanscel. Het Hof verwijst daartoe naar het criterium van 3 m² persoonlijke ruimte, naar de ‘strong presumption’ van een schending en naar de drie compenserende factoren (zie verder par. 1). Verder herhaalt het Hof wat het in het arrest *Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)* al had overwogen, namelijk dat de ‘relatief korte duur van een detentieperiode’ de behandeling niet onttrekt aan de werkingssfeer van art. 3 EVRM. Vervolgens wijst het Hof op de criteria voor gevallen waarin een gedetineerde in een meermanscel beschikt over 3 tot 4 m² persoonlijke ruimte en over meer dan 4 m² persoonlijke ruimte. In de eerste categorie van gevallen blijft de ruimte een belangrijke factor en kan sprake zijn van een schending van art. 3 EVRM wanneer het gebrek aan ruimte gepaard gaat met andere slechte materiële detentieomstandigheden, zoals het ontbreken van toegang tot een binnenplaats of tot frisse lucht en daglicht, slechte ventilatie, te lage of te hoge binnentemperaturen, gebrek aan privacy op het toilet of slechte sanitaire en hygiënische omstandigheden. In de tweede categorie van gevallen blijven de andere aspecten van de materiële omstandigheden van belang voor de beantwoording van de vraag of de detentieomstandigheden voldoen aan art. 3 EVRM.

Bij gebreke van Unierechtelijke minimumvoorschriften moeten ook bij de berekening van de persoonlijke ruimte de criteria van het EHRM in aanmerking worden genomen: sanitaire voorzieningen mogen niet worden meegenomen, maar de ruimte die wordt

ingenomen door de meubels wel, zij het dat gedetineerden de mogelijkheid moeten hebben om zich normaal in de cel te bewegen.

Onder verwijzing naar het arrest *Melloni*,⁸ wijst het Hof er nog op dat lidstaten weliswaar *hogere* eisen aan de detentieomstandigheden mogen stellen dan voortvloeien uit art. 4 Handvest en art. 3 EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM, maar dat de uitvoerende rechterlijke autoriteiten bij de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB alleen mogen toetsen aan de *minimum*eisen die uit die bepalingen voortvloeien en niet aan de eisen die uit nationaal recht voortvloeien (punten 70-79).

Met de mogelijke relevantie van maatregelen die het toezicht op de detentieomstandigheden verbeteren – bijvoorbeeld de invoering van een ombudsmansysteem of van rechters die bevoegd zijn voor de tenuitvoerlegging van sancties – (vraag 3), maakt het Hof vervolgens korte metten. Zoals het Hof al in het arrest *Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)* heeft overwogen, kunnen zulke maatregelen – maatregelen die leiden tot een toetsing achteraf door (met name) een rechter – de uitvoerende lidstaat aansporen om de detentieomstandigheden te verbeteren. Daarom kunnen zij een onderdeel uitmaken van een alomvattende beoordeling door de uitvoerende rechterlijke autoriteit, maar zij kunnen niet het gevaar *uitsluiten* dat de opgeëiste persoon na zijn overlevering wordt onderworpen aan een behandeling in strijd met art. 4 Handvest. Dergelijke maatregelen ontheffen de uitvoerende rechterlijke autoriteit dus niet van haar plicht om in elk individueel geval na te gaan of overlevering de betrokkene zou blootstellen aan een reëel gevaar van onmenselijke of vernederende detentieomstandigheden (punten 80-81).

Tot slot komt het Hof toe aan de vraag of een reëel gevaar van onmenselijke of vernederende behandeling kan worden afgewogen tegen de doeltreffendheid van de justitiële samenwerking en de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning (vraag 4). Ook hiermee maakt het Hof korte metten: de absolute aard van het verbod van onmenselijke of vernederende behandeling verzet zich daartegen. Daarom rechtvaardigt de noodzaak om art. 4 Handvest te eerbiedigen bij wijze van uitzondering een beperking van de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning (punten 82-84).

3. Noot

3.1. Duiding van het arrest

In wezen waren alle vragen in de zaak *Dorobantu* al beantwoord – impliciet of expliciet – in de arresten *Aranyosi en Căldăraru* en *Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)*.

In het laatste arrest wees het Hof al op het criterium van 3 m² persoonlijke ruimte in een meermanscel, op het ‘ernstige vermoeden’ van een schending van art. 3 EVRM wanneer de persoonlijke ruimte minder dan 3 m² bedraagt en op de factoren die een beperking van de persoonlijke ruimte kunnen compenseren. In dat arrest had het Hof ook al geoordeeld dat de relatief korte duur van een detentieperiode de behandeling niet automatisch onttrekt aan de werkingssfeer van art. 3 EVRM en dat de mogelijkheid van het aanwenden van een rechtsmiddel om de rechtmatigheid van de detentieomstandigheden aan te vechten de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet onthefte van haar verplichting om na te gaan of de opgeëiste persoon na overlevering zal worden blootgesteld aan onmenselijke of vernederende detentieomstandigheden.

Dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de detentieomstandigheden ‘alomvattend’ moet toetsen, dat zij zich met andere woorden niet mag beperken tot *evidente* gebreken, lijkt nieuw. Deze wijze van toetsing lag echter al besloten in de kwalitatieve eisen die het Hof in het arrest *Aranyosi en Căldăraru* aan de toepassing van de twee-trapstoets had gesteld.⁹ Het is overigens moeilijk voor te stellen dat het Hof op dit punt anders had kunnen oordelen, gelet op het absolute karakter van het verbod van onmenselijke of vernederende behandeling. Als de uitvoerende rechterlijke autoriteit alleen rekening zou mogen houden met evidente gebreken inzake de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat, dan zou in wezen een reëel gevaar van een *flagrante* schending van art. 4 Handvest worden geëist en zou art. 4 Handvest dus *minder* bescherming bieden dan art. 3 EVRM zoals uitgelegd door het EHRM.

In het arrest *Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)* wees het Hof al op het ontbreken van minimale Unierechtelijke regels over detentieomstandigheden. Mede gelet op art. 52 lid 3 Handvest, ‘baseert’ het Hof in het onderhavige arrest daarom de minimumeisen inzake de (berekening van de) persoonlijke ruimte per gedetineerde in een meermanscel op de criteria die het EHRM in het arrest *Muršić/*

Kroatië uit art. 3 EVRM heeft afgeleid. Volgens het *Bundesverfassungsgericht* was de toepassing van deze criteria niet *clair* of *éclairé*, omdat noch in het arrest *Aranyosi en Căldăraru* noch in voorgaande arresten¹⁰ een ‘völlständige Übertragung’ van die criteria had plaatsgevonden. Op zichzelf is dit juist, maar het lag wel voor de hand dat het Hof die criteria zou overnemen in plaats van zelf criteria vast te stellen. Volgens A-G M. Campos Sánchez-Bordona is het niet aan het Hof, maar aan de wetgever om cijfermatige normen op te stellen voor de persoonlijke ruimte per gedetineerde. Bovendien heeft het Hof volgens hem niet de bijzondere expertise op het terrein van gevangensystemen en de praktische kennis van de detentieomstandigheden in de lidstaten die het EHRM wel heeft.¹¹ Aan deze argumenten kan men toevoegen dat het EHRM de criteria uit het arrest *Muršić/Kroatië* in een lange reeks van arresten heeft toegepast.¹² Die rijke casuïstiek vergemakkelijkt de toepassing van de criteria door uitvoerende rechterlijke autoriteiten. Al lang vóór het arrest *Dorobantu* pasten sommige uitvoerende rechterlijke autoriteiten de criteria uit het arrest *Muršić/Kroatië* toe bij de beoordeling van de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat.¹³ Zij hoefden er geen rekening mee te houden dat het Unierecht *minder* bescherming zou bieden dan art. 3 EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM, en zij hielden blijkbaar – en terecht – geen ernstige rekening met de mogelijkheid dat het Unierecht op dit punt *meer* bescherming zou bieden. Meer Unierechtelijke bescherming roept immers een groter risico van straffeloosheid in het leven.

In de arresten *Aranyosi en Căldăraru* en *Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)* wees het Hof erop dat de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat moeten worden getoetst aan het *beschermingsniveau van het Unierecht*.¹⁴ Uit de verwijzing in punt 88 van het eerste arrest naar het arrest *Melloni* en naar *Advies 2/13*¹⁵ volgde impliciet al dat toetsing aan een – *hoger* – nationaalrechtelijke beschermingsniveau niet was toegelaten. In het arrest *Dorobantu* expliciteert het Hof een en ander. Het staat de lidstaten *in het algemeen* vrij om meer bescherming te bieden dan uit de minimumeisen van art. 4 Handvest en art. 3 EVRM voortvloeit. Wat betreft art. 4 Handvest volgt dit uit de omstandigheid dat Unierechtelijke minimumvoorschriften over de detentieomstandigheden ontbreken.¹⁶ Wat betreft art. 3 EVRM volgt dit uit art. 53 EVRM. Het staat de lidstaten echter niet vrij

om *in het kader van de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB* te toetsen aan een hoger nationaal beschermingsniveau. Een hoger nationaal beschermingsniveau inzake detentieomstandigheden in de *uitvaardigende* lidstaat zou op zichzelf een positieve invloed op het wederzijdse vertrouwen en dus op wederzijdse erkenning kunnen hebben.

Toepassing van het hogere nationale beschermingsniveau van de *uitvoerende* lidstaat bij de toetsing van de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat zou daarentegen de justitiële samenwerking kunnen bemoeilijken. Houdt de uitvaardigende lidstaat zich aan het beschermingsniveau van art. 4 Handvest en art. 3 EVRM maar past de uitvoerende lidstaat een hoger nationaal beschermingsniveau toe, dan zou geen overlevering kunnen plaatsvinden. De uitvoerende lidstaat zou dan bovendien het risico lopen om een ‘safe haven’ te worden voor verdachten of veroordeelden uit lidstaten zonder hoger nationaal beschermingsniveau. Een en ander betekent dat het *minimum*beschermingsniveau van art. 3 EVRM en dus het *minimum*beschermingsniveau van art. 4 Handvest *in het kader van de tenuitvoerlegging van een EAB* tegelijkertijd het *maximum*beschermingsniveau van art. 1 lid 3 Kaderbesluit 2002/584/JBZ, gelezen in samenhang met art. 4 Handvest, opleveren.

Klaarblijkelijk houdt in de opvatting van het Hof art. 1 lid 3 Kaderbesluit 2002/584/JBZ, gelezen in samenhang met art. 4 Handvest, een *volledige* harmonisatie in van het beschermingsniveau met betrekking tot de detentieomstandigheden in meermanscellen in de uitvaardigende lidstaat.¹⁷ Dit is vergelijkbaar met de uitleg die het Hof van Justitie in het arrest *Melloni* aan art. 4 bis lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ heeft gegeven. Deze bepaling houdt een volledige harmonisatie in van het beschermingsniveau van de procedurele rechten van personen die bij verstek zijn veroordeeld.¹⁸ Daarom is toepassing van nationale beschermingsniveaus niet toegelaten: daardoor komen immers de voorrang, eenheid en werking van het Unierecht in het gedrang.¹⁹ Na het arrest *Dorobantu* heeft het Hof van Justitie in het arrest *Pelham e.a.* – onder verwijzing naar onder meer het arrest *Melloni* – nog eens bevestigd dat een volledige harmonisatie de toepassing van nationale beschermingsmaatstaven uitsluit.²⁰

In het arrest *Dorobantu* zegt het Hof van Justitie uitdrukkelijk dat een reëel gevaar van een schending van art. 4 Handvest niet mag worden afgewogen tegen de doeltreffendheid van de regeling. Anders gezegd,

de opgeëiste persoon mag niet worden blootgesteld aan een reëel gevaar van schending van art. 4 Handvest om het risico van straffeloosheid te vermijden. Dit oordeel is niet verrassend. Het *absolute* karakter van art. 4 Handvest sluit immers op zichzelf al elke belangenafweging uit. Bovendien zou door het toelaten van een belangenafweging het Unierechtelijke beschermingsniveau onder het minimumbeschermingsniveau van art. 3 EVRM zinken. Het is immers vaste rechtspraak van het EHRM dat een reëel gevaar van schending van die bepaling niet mag worden afgewogen tegen de ernst van de feiten waarvan de betrokkene wordt verdacht.²¹ Al in het arrest *Aranyosi en Căldăraru* wordt in punt 88 – via het arrest *Bouyid/België*²² – naar deze rechtspraak verwezen.

3.2. *Tweetrapstoets conform art. 3 EVRM?*

Volgens het Hof van Justitie komt de tweetrapstoets voor de beoordeling van de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat ‘in wezen overeen met de inhoud die het [EHRM] aan artikel 3 EVRM heeft toegekend’ (punt 56). Ter onderbouwing van dat oordeel wijst het Hof van Justitie naar het EHRM-arrest *Romeo Castaño/België*. Volgens het Hof van Justitie volgt uit dit arrest dat een rechter van een EVRM-partij de overlevering niet mag weigeren op grond van een gevaar van onmenselijke of vernederende detentieomstandigheden zonder dat hij heeft getracht structurele gebreken in de detentieomstandigheden en een reëel individueel gevaar van schending van art. 3 EVRM in de uitvaardigende lidstaat vast te stellen, kortom zonder dat hij de tweetrapstoets heeft aangelegd.

Het arrest *Romeo Castaño/België* gaat over de positieve procedurele verplichtingen met betrekking tot de strafvervolgning van iemand die van een levensdelict wordt verdacht die uit art. 2 EVRM (het recht op leven) voortvloeien, in dit geval de procedurele verplichting van België om – in dit geval op basis van het EAB – samen te werken met Spanje, de lidstaat waarin tegen de opgeëiste persoon een strafvervolgning wegens – onder meer – moord aanhangig is. Die verplichting is een inspanningsverplichting. Van niet-naleving van die verplichting is alleen sprake, als de aangezochte staat niet op behoorlijke wijze heeft gereageerd op het verzoek om samenwerking of niet legitiem een weigeringsgrond heeft ingeroepen.²³

Op dit laatste punt schoot België te kort. Belgische rechters hadden twee keer geweigerd om een vervolgings-EAB tegen de ver-

dachte ten uitvoer te leggen, de eerste keer in 2013 en de tweede keer in 2016. De tweede weigering berustte in hoofdzaak op de beoordeling uit 2013. De Belgische rechter had volgens het EHRM geen gedetailleerd en geactualiseerd onderzoek verricht naar de detentieomstandigheden in 2016 en had niet getracht een reëel individueel gevaar van een schending of structurele gebreken met betrekking tot de detentieomstandigheden vast te stellen.²⁴ De weigering van de overlevering had dus onvoldoende feitelijke basis, zodat België niet had voldaan aan de procedurele verplichting om samen te werken met Spanje.

Het arrest *Romeo Castaño/België* zegt op zichzelf niets over de verplichtingen van de uitvoerende rechterlijke autoriteit in gevallen waarin art. 2 EVRM niet aan de orde is, zoals in het geval van Dorobantu, die al is *veroordeeld* wegens *vermogensdelicten* en *valsheid in geschrifte*.

Niettemin is verdedigbaar dat de tweetrapstoets in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM. Een van de vaste overwegingen van het Straatsburgse Hof is immers dat – afgezien van situaties waarin *elke* persoon die naar de staat van bestemming wordt verwijderd een reëel risico van schending van art. 3 EVRM loopt²⁵ – de verwijzing naar de algemene mensenrechtentoestand in de staat van bestemming onvoldoende is om een verbod op uitlevering te rechtvaardigen. Daarom moet de persoonlijke situatie van de betrokkene bij de beoordeling worden betrokken.²⁶ Weliswaar stelt het EHRM niet de eis dat eerst een algemeen reëel gevaar komt vast te staan, maar daar staat tegenover dat (1) een algemeen gevaar ook al kan voortvloeien uit gebreken met betrekking tot een of meer bepaalde gebeurtenissen of bepaalde groepen en (2) het Hof van Justitie de uitvoerende rechterlijke autoriteit verplicht om ambtshalve te onderzoeken of sprake is van een reëel individueel gevaar, terwijl het EHRM de bewijslast op de betrokkene legt.²⁷

3.3. *Risico van straffeloosheid*

Tussen het verbod op afweging van een reëel gevaar van schending van art. 4 Handvest tegen de doeltreffendheid van het EAB enerzijds en het maximumbeschermingsniveau inzake detentieomstandigheden anderzijds bestaat een nauw verband. Het uitstellen van de beslissing over de overlevering en – eventueel – het beëindigen van de overleveringsprocedure vanwege een individueel reëel gevaar van schending van art. 4 Handvest roepen een risico van straffeloos-

heid in het leven. Zou het de lidstaten als uitvoerende lidstaat vrijstaan om meer bescherming te eisen dan het minimumniveau van art. 3 EVRM, dan zou het risico van straffeloosheid des te groter worden, zeker in een geval als dat van Dorobantu waarin het EAB strekt tot tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf.

De bestaande Unierechtelijke instrumenten sluiten dat risico in een geval als dat van Dorobantu niet uit. Art. 4 punt 6 Kaderbesluit 2002/584/JBZ voorziet weliswaar in tenuitvoerlegging van de straf in de uitvoerende lidstaat,²⁸ maar toepassing van deze bepaling vereist dat de betrokkene een zekere band heeft met die lidstaat. Bovendien heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit een beoordelingsmarge bij de beslissing om deze bepaling al dan niet toe te passen. Kaderbesluit 2008/909/JBZ inzake de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen eist dat de erkenning de reclassering van de gevonniste persoon bevordert (art. 4 lid 2), dat – behoudens uitzonderingen – de gevonniste persoon daarmee instemt (art. 6 lid 1 en 2) en dat – behoudens uitzonderingen – de bevoegde autoriteit van de tenuitvoerleggingsstaat daarmee instemt (art. 4 lid 1 onder c). Op grond van de uitvoeringsvoorwaarde van art. 54 Schengenverdragsvereenkomst (SUO) mag de uitvoerende lidstaat de betrokkene vervolgen voor de feiten waarvoor de betrokkene al onherroepelijk is veroordeeld in de uitvaardigende lidstaat, maar hij is daartoe niet verplicht. Bovendien moet de uitvoerende lidstaat dan rechtsmacht hebben.

Voor zover al sprake is van een levensdelict, biedt de positieve verplichting tot samenwerking die uit art. 2 EVRM voortvloeit in geval van een executie-EAB geen oplossing voor de beoordelingsmarge, het instemmingsver-eiste of de bevoegdheid tot strafvervolgning, omdat die verplichting in het teken staat van het strafrechtelijk onderzoek of de strafvervolgning in de uitvaardigende lidstaat.

Verdedigbaar is dat het beginsel van loyale samenwerking (art. 4 lid 3 VEU) de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat ertoe dwingt om bij beantwoording van de vraag of zij art. 4 punt 6 Kaderbesluit 2002/584/JBZ zal toepassen, met de tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat zal instemmen of een vervolging in de uitvoerende lidstaat zal instellen, terdege rekening te houden met het doel van het mechanisme van het EAB ‘opdat het gepleegde strafbare feit niet onbestraft blijft en [de betrokkene] wordt vervolgd of de hem opgelegde vrijheidsstraf ondergaat’.²⁹

Intussen is het de vraag of de rol van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit tot nu toe niet onderbelicht is gebleven. Bij de beslissing om al dan niet een EAB uit te vaardigen moet zij namelijk ‘in het bijzonder’ nagaan of aan de voorwaarden voor het uitvaardigen van een EAB is voldaan en of de uitvaardiging evenredig is.³⁰ Omdat de primaire verantwoordelijkheid van de uitvaardigende lidstaat voor de waarborging van de grondrechten voor de uitvaardigende rechterlijke autoriteit ‘aanleiding kan zijn om het door haar uitgevaardigde EAB in te trekken’,³¹ is het verdedigbaar dat die verantwoordelijkheid ook aanleiding kan zijn om af te zien van de uitvaardiging van een EAB. In deze redenering zou de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in voorkomend geval ook moeten nagaan of de tenuitvoerlegging van het EAB de betrokkene zou blootstellen aan een reëel gevaar van schending van art. 4 Handvest. Als onderdeel van de strafrechtsbedeling in de uitvaardigende lidstaat mag zij bekend worden verondersteld met de detentieomstandigheden in die lidstaat en als uitvaardigende rechterlijke autoriteit moet zij bekend zijn met de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie (maar zie hieronder). Kan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit niet garanderen dat de betrokkene na zijn overlevering in overeenstemming met art. 4 Handvest zal worden gedetineerd, dan zou zij volgens deze redenering moeten afzien van het uitvaardigen van het EAB. Bij twijfel zou zij, mits zij een ‘rechterlijke instantie’ in de zin van art. 267 VWEU is, een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie kunnen stellen.

Een verplichting om af te zien van het uitvaardigen van een EAB heeft overigens alleen zin voor zover alle rechterlijke autoriteiten door de hele Unie heen op de hoogte zijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie en deze rechtspraak ook op uniforme wijze toepassen. Anders zou een uitvaardigende rechterlijke autoriteit in de verleiding kunnen komen om een gokje te wagen en een EAB uit te vaardigen in de hoop dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit het EAB toch ten uitvoer legt ondanks de slechte detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat. De voorwaarde dat alle rechterlijke autoriteiten op de hoogte zijn van de rechtspraak van het Hof en deze rechtspraak uniform toepassen lijkt overbodig, maar uit een recent onderzoek naar de toepassing van art. 4 bis Kaderbesluit 2002/584/JBZ (de weigeringsgrond inzake verstekvonnissen) blijkt dat – vooral niet-gespecialiseerde

– rechterlijke autoriteiten niet altijd bekend zijn met de rechtspraak van het Hof.³²

3.4. Tot slot

Uit de antwoorden op een vragenlijst van de Commissie blijkt dat uitvoerende rechterlijke autoriteiten van negen (West-Europese) lidstaten in 2017 en 2018 weigeringen van de overlevering hebben uitgesproken en/of de beslissing over de overlevering hebben uitgesteld vanwege de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat.³³ Nederland behoort ook tot deze lidstaten, maar heeft de vragenlijst niet beantwoord. Voor zover al nodig, expliciteert het arrest *Dorobantu* op welke wijze de rechterlijke autoriteiten de detentieomstandigheden in meermanscellen moeten beoordelen. De recent gelanceerde *Criminal Detention Database* van het Fundamental Rights Agency van de EU, die informatie bevat over de detentieomstandigheden in elke lidstaat, kan hen daarbij verder op weg helpen.³⁴

V.H. Glerum³⁵

Voetnoten

- HvJ EU 5 april 2016, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 (*Aranyosi en Căldăraru*).
- Zie Simon Voß, ‘The Conflict Between European Law and National Constitutional Law Using the Example of the European Arrest Warrant’, *E.P.L.* 2019, afl. 1, p. 25-42.
- EHRM 20 oktober 2016 (Grote kamer), ECLI:CE:ECHR:2016:1020JUD000733413, § 136-138 (*Muršić/Kroatië*). Art. 3 EVRM bepaalt: ‘Niemand mag worden onderworpen aan folteringen of aan onmenselijke of verederende behandelingen of bestraffingen.’
- Bundesverfassungsgericht* 19 december 2017, 2 BvR 424/17.
- Het meest recente arrest betreft vrijheidsbeneming in de periode 2012-2014 (EHRM 21 juni 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0621JUD008052913 (*Eze/Roemenië*)).
- EHRM 9 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117 (*Romeo Castaño/België*).
- HvJ EU 25 juli 2018, C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:589 (*Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)*).
- HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*).
- Conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona van 30 april 2019, C-128/18, ECLI:EU:C:2019:334 (*Dorobantu*), punt 53.
- De uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* dateert van vóór het arrest *Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)*.
- Conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona van 30 april 2019, C-128/18, ECLI:EU:C:2019:334, punt 72 (*Dorobantu*).
- Zie bijv. EHRM 3 december 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:1203JUD002319017 (*Petrescu/Portugal*).
- Zie bijv. Rb. Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7499 (5 dagen nadat het arrest *Muršić/Kroatië* was gewezen en

- ambtshalve!); High Court of Ireland 3 april 2017, *Minister for Justice and Equality v. Jaworski* [2017] IEHC 417.
- HvJ EU, punt 88 (*Aranyosi en Căldăraru*); HvJ EU, punt 59 (*Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)*).
 - HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punt 192.
 - Vgl. HvJ EU 5 december 2017, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 (*M.A.S. en M.B.*). Zie over de vraag of de EU een wetgevende bevoegdheid heeft op het gebied van detentieomstandigheden C. Ladensburger, ‘The Principle of Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice. Some Reflections on its Corollaries’, in: K. Lenaerts e.a. (red.), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford: Hart Publishers 2019, p. 171-172 en A. Soo, ‘Common standards for detention and prison conditions in the EU: recommendations and the need for legislative measures’, *ERA Forum* 2020, afl. 3, p. 334 en 339-340.
 - De rechtsgrondslagen van Kaderbesluit 2002/584/JBZ – art. 31 lid 1 onder a en b (oud) en art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU – bevatten geen beperking tot minimumharmonisatie.
 - Zie bijv. conclusie A-G M. Bobek van 25 juli 2018, C-310/16, ECLI:EU:C:2018:623, punten 73-75 (*Dziveve.e.a.*); conclusie A-G E. Sharpston van 6 december 2018, C-566/17, ECLI:EU:C:2018:995, noot 112 (*Związek Gmin Zagłębia Miedziowego*).
 - HvJ EU, punten 44 en 60-64 (*Melloni*).
 - HvJ EU 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624, punten 80-81 (*Pelham e.a.*).
 - EHRM 15 november 1996 (Grote kamer), ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD00224193, § 80-81 (*Chahal/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 28 februari 2008 (Grote kamer), ECLI:CE:ECHR:2008:0228JUD003720106, § 127 (*Saadi/Italië*); EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000914607, § 124-125 (*Harkins en Edwards/Verenigd Koninkrijk*).
 - EHRM 28 september 2015 (Grote kamer), ECLI:CE:ECHR:2015:0928JUD002338009, § 81 (*Bouyid/België*).
 - EHRM, § 81 (*Romeo Castaño/België*), onder aanhaling van EHRM 29 januari 2019 (Grote kamer), ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507, § 232-236 (*Güzelyurtlu e.a./Cyprus en Turkije*).
 - EHRM, § 86 (*Romeo Castaño/België*).
 - Zie bijv. EHRM 23 oktober 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1023JUD000244007, § 72 (*Soldatenko/Oekraïne*).
 - EHRM 9 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000359810, § 89-90 (*Kislov/Rusland*).
 - Zie punt 3.3 van mijn noot bij *Aranyosi en Căldăraru*, *SEW* 2016, afl. 7/8, p. 355. Ook L. Glas komt tot de conclusie dat het verschil in aanpak tussen het EHRM en het Hof gering is: ‘*Avotiņš t. Letland*: de grenzen aan wederzijds vertrouwen volgens en tussen het EHRM en het HvJ EU’, in: J. Krommendijk, H.C.F.J.A. de Waele & K.M. Zwaan, *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 77.
 - Zie HvJ EU, punt 85 (*Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)*).
 - Zie over dat doel o.m. HvJ EU 6 december 2018, C-551/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:991, punt 39 (*IK*); HvJ EU, punt 85 (*Generalstaatsanwaltschaft (detentieomstandigheden in Hongarije)*).
 - HvJ EU 27 mei 2019, gevoegde zaken

- C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, punt 71 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*)).
- 31 HvJ EU 25 juli 2018, C-268/17, ECLI:EU:C:2018:602, punten 27-29 (*AY (Aanhoudingsbevel – getuigen)*)).
- 32 Kei Hannah Brodersen, Vincent Glerum & André Klip, *The European Arrest Warrant and In Absentia Judgments*, The Hague: Eleven International Publishing 2020, p. 122-124, p. 153-154.
- 33 Council document 8850/19, 2 May 2019. De betrokken lidstaten: België, Denemarken, Duitsland, Ierland, Italië, Luxemburg, Malta, het Verenigd Koninkrijk en Zweden.
- 34 fra.europa.eu/en/databases/criminal-detention/criminal-detention/home.
- 35 Prof. mr. dr. Vincent Glerum is bijzonder hoogleraar internationaal en Europees strafrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en stafjurist Europees strafrecht bij de rechtbank Amsterdam.

120 Het arrest Banco de Santander: naar een verstrenging van het onafhankelijkheidsbegrip onder artikel 267 VWEU?

Zaak C-274/14, Banco de Santander

Arrest van 21 januari 2020 (Grote kamer), ECLI:EU:C:2020:17; conclusie van A-G G. Hogan van 1 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:802

Prejudiciële verwijzing – Staatssteun – Belastingstelsel – Vennootschapsbelasting – Aftrek – Afschrijving van goodwill voor de verwerving door fiscaal in Spanje gevestigde ondernemingen van deelnemingen van ten minste 5% in fiscaal buiten Spanje gevestigde ondernemingen – Artikel 267 VWEU – Ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing – Definitie ‘rechterlijke instantie’ – Onafhankelijkheid – Onbevoegdheid van het Hof

1. Inleiding

Het principe van de rechterlijke onafhankelijkheid is in de afgelopen twee jaar sterk geëvolueerd in het recht van de Europese Unie. Waar dit beginsel vroeger enkel aan bod kwam in de rechtspraak over artikel 267 VWEU en het recht op effectieve rechtsbescherming,¹ is er recentelijk een nieuwe lijn van rechtspraak ontwikkeld die de onafhankelijkheid van nationale rechters beschermt via de tweede alinea van artikel 19 § 1 VEU en onder artikel 47 Handvest. Deze nieuwe reeks van rechtspraak vond zijn startpunt in het arrest *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*² en is daarna verder uitgewerkt in *L.M.*,³ *Commissie/Polen*,⁴ en *A.K., CP en DO*.⁵ Deze arresten behandelden het principe van rechterlijke onafhankelijkheid niet

vanuit de vraag of het nationale orgaan voldeende onafhankelijk was om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen, maar vanuit het grondrecht van een individu om zijn zaak door een onafhankelijke rechter beoordeeld te weten. Ten gevolge van dit duale gebruik van rechterlijke onafhankelijkheid in de rechtspraak van het Hof, rees in de rechtsleer de vraag of het onafhankelijkheidsbegrip in deze afzonderlijke toetsen op eenzelfde manier moest worden ingevuld.⁶ In het arrest *Banco de Santander*,⁷ dat hier besproken wordt, heeft het Hof duidelijk gemaakt dat dit – in beginsel – zo is. In wat volgt worden kort de feiten uiteengezet die aanleiding hebben gegeven tot de prejudiciële vragen. Vervolgens worden de conclusie van advocaat-generaal Hogan en het arrest van het Hof besproken. In het vierde deel van deze noot wordt duidelijk gemaakt wat het belang van dit arrest is en welke gevolgen eruit kunnen worden getrokken.

2. Feiten en prejudiciële vraag

De prejudiciële vraag in deze zaak werd gesteld door het Spaanse *Tribunal Económico-Administrativo Central de Madrid* (hierna: de TEAC) en betreft in essentie de interpretatie van de beslissing 2011/5/EC van 28 oktober 2009 van de Commissie. De feiten kunnen als volgt worden samengevat. In mei van 2002 heeft Banco de Santander 100% van de aandelen van AKB Holding overgenomen. De prijs van deze overname betrof € 1 099 999 999, terwijl de boekwaarde van AKB slechts geschat werd op € 183 909 000. Dit overschot creëerde een financiële goodwill van € 916 091 000. Gelet op deze goodwill heeft Banco de Santander in de boekjaren 2002 en 2003 aftrekken geclaimd. Na een belastinginspectie werd een deel van de aftrek in boekjaar 2002 verminderd en werd de aftrek in boekjaar 2003 volledig geweigerd. Deze beslissing van de belastingdienst werd door Banco de Santander aangevochten bij de TEAC. In het kader van dit geschil, heeft de TEAC de prejudiciële vragen gesteld die tot het hier besproken arrest hebben geleid.

3. Conclusie van de advocaat-generaal en arrest van het Hof

De feiten van deze zaak werden hierboven slechts zeer summier weergegeven,⁸ aangezien het Hof, in navolging van de advocaat-generaal, heeft besloten om de vragen van de TEAC niet-ontvankelijk te verklaren. Zowel het Hof als de advocaat-generaal waren namelijk van oordeel dat dit orgaan niet

voldeed aan het in artikel 267 VWEU gestelde vereiste van onafhankelijkheid.

Advocaat-generaal Hogan vatte zijn conclusie aan met het feit dat het Hof van Justitie in het arrest *Gabalfrisa* van 2000 een prejudiciële vraag van een orgaan dat sterk gelijkt op de TEAC wel ontvankelijk had verklaard.⁹ Sindsdien had het EU-recht echter niet stilgestaan en was het principe van de rechterlijke onafhankelijkheid sterk ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof. Gelet op deze ontwikkelingen kon de TEAC niet als onafhankelijk orgaan worden beschouwd. De advocaat-generaal wees op twee aspecten van de TEAC die de onafhankelijkheid aantastten. Het eerste aspect hield in dat de voorzitter en de leden van de TEAC door de Spaanse ministerraad worden aangesteld en ook door deze raad weer kunnen worden afgezet, door het uitvaardigen van een koninklijk besluit. De rechtspraak van het Hof vereist nochtans dat de gevallen waarin de leden van een rechterlijke instantie kunnen worden afgezet, in uitdrukkelijke wetsbepalingen worden genoemd en dat deze bepalingen garanties bieden die verder gaan dan de algemene regels die van toepassing zijn in het bestuursrecht en het arbeidsrecht bij onrechtmatige afzetting.¹⁰ Dergelijke waarborgen golden niet ten aanzien van de voorzitter en de leden van de TEAC. In essentie konden zij zonder meer uit hun functie worden ontheven door de ministerraad.¹¹

Het tweede aspect dat twijfels deed rijzen over de onafhankelijkheid van de TEAC was de mogelijkheid tot instellen van een buitengewoon beroep tot harmonisatie van de rechtspraak. Dit was een beroep dat kon worden ingesteld door de Spaanse belastingautoriteiten bij een bijzondere kamer van de TEAC wanneer zij van mening waren dat een eerdere uitspraak of eerdere uitspraken van die instantie onjuist was of waren. De wet laat echter enkel toe dat een dergelijk beroep wordt ingesteld door de fiscaal directeur-generaal van het Ministerie van Economische Zaken en Financiën, hoewel deze persoon zelf deel zal uitmaken van deze bijzondere kamer. Bovendien zetelt ook de directeur-generaal van de afdeling van de rijksbelastingdienst in deze kamer, ook al is het een beslissing van zijn of haar dienst die aanleiding heeft gegeven tot het beroep bij de TEAC. Volgens de advocaat-generaal deden deze aspecten van het buitengewoon beroep twijfels ontstaan over de onafhankelijkheid van de TEAC en konden zij als vorm