



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Europees recht

TSOMIDIS, T.; Wamel, D.R. van

### Citation

TSOMIDIS, T., & Wamel, D. R. van. (2022). Europees recht. *Ars Aequi Kwartaalsignaal*, 2022(162), 9594-9597. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3512873>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3512873>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## EUROPEES RECHT

AAK20229594

## Theo Tsomidis &amp; David van Wamel

2021 was onmiskenbaar een crisisjaar. Niet alleen was de coronacrisis nog steeds aanwezig, ook de *Rule of Law*-crisis in Europa verergerde. In dit *KwartaalSignaal* is er opnieuw aandacht voor die tweede crisis, met name in Polen. Ditmaal vanuit zowel het gecombineerde perspectief van het Europese Hof van Justitie in Luxemburg als dat van het Europese Hof van de Rechten van de Mens in Straatsburg. Beide hebben zich namelijk opnieuw over de situatie in Polen moeten buigen. Ook is in dit *KwartaalSignaal* plaats ingeruimd voor een overwinning voor regenbooggezinnen.

**Poland is not yet lost**

Poland is not yet lost, the national anthem of Poland goes. Despite the reaffirmation these thrilling lyrics offer to a nation that survived numerous partitions in its long history, EU law experts have every reason to doubt whether a functional constitutional order will be restored anytime soon around the basin of Vistula.

After its double election victory in 2015, the ruling PiS party took firm steps to tighten its grip on the judiciary. First, it used unconstitutional means to increase its leverage over the Constitutional Tribunal (the issue was discussed in ECtHR 7 May 2021, [4907/18](#) (*Xero Flor v Poland*)). Second, it used the judgments of the Constitutional Tribunal to justify seizing unfettered power over new members of the National Council of the Judiciary (NCJ), the body mandated to recommend candidates for judicial appointments. Third, the Polish Government relied on the new NCJ it had created to appoint loyalist judges to crucial posts, including the newly created chambers of the Supreme Court of the country, the Disciplinary and the Extraordinary Review Chamber.

As the constitutional crisis in Poland unfolded, many aspects of the contested ‘reforms’ were discussed by the European Court of Human Rights (ECtHR) and the EU Court of Justice (CJEU). Many complaints raised before these courts were related to the legitimacy and independence of the newly created chambers that adjudicated domestic proceedings involving the applicants. In July 2021, a complaint by Ms. Reczkowicz allowed Strasbourg to rule that Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court could not be considered as an independent tribunal with the meaning of article 6 of the European Convention of Human Rights (ECHR) (ECtHR 22 July 2021, [43447/19](#) (*Reczkowicz v Poland*)).

This autumn, in the case of *W.Z.* (CJEU 6 October 2021, [C-487/19](#), [ECLI:EU:C:2021:798](#) (request for a preliminary ruling from the Sąd Najwyższy) and the case of *Dolińska – Ficek and Ozimek v. Poland* (ECtHR 8 November 2021, [49868/19](#)), the CJEU and the ECtHR respectively had the

chance to rule for the first time on the independence of the Extraordinary Review Chamber. It is the special status of this Chamber that makes these two rulings particularly important. Not only is this Chamber responsible for sensitive electoral disputes, it also has the power to virtually dominate all other Polish tribunals by exercising its jurisdiction to revise legally binding judgments issued by other courts, including other chambers of the Supreme Court. Seen in this light, the independence of the Extraordinary Chamber (or lack thereof) becomes a litmus test for the independence of the Polish judiciary as a whole. The applicants in both cases were Polish judges, whose complaints had been decided domestically by judges of the Extraordinary Chamber. In both cases, the sitting judges of the Extraordinary Chamber had been appointed by the president of Poland following NCJ’s resolution No 331/2018, notwithstanding Poland’s Supreme Administrative Court order suspending that resolution pending final judicial review of its validity.

In *W.S.*, the applicant filed an appeal before the Extraordinary Review Chamber against the NCJ’s resolution upholding his transfer to a different judicial post. *W.S.* asked the recusal of all sitting judges. The petition for recusal was to be decided by the Civil Chamber of the Polish Supreme Court, but in the meantime a single judge of the Extraordinary Chamber rejected *W.S.*’ appeal as inadmissible without having access to the case file and without hearing his arguments. The judges of the Civil Chamber asked the CJEU in Luxembourg to provide a preliminary ruling on the question whether EU law required that the order dismissing *W.S.*’ appeal be declared void in view of the irregularities surrounding the sitting judge’s appointment to the Extraordinary Review Chamber, casting doubt on his independence (par. 121).

In its judgment, Luxembourg was reminiscent of the general principles set out in the landmark case *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (CJEU 27 February 2018, [C-64/16](#), [ECLI:EU:C:2018:117](#)) that operationalized the rule of law principle. Under article 19(1) TEU, member states are obliged to provide effective judicial protection in the fields covered by Union Law. In this respect, it is necessary that courts deciding issues in the areas covered by EU law retain their independence from undue external influence. This requirement of independence also encompasses the manner in which courts are composed and their members appointed (par. 128). Especially regarding the judge who declared *W.S.*’ appeal inadmissible, the CJEU stressed that the disregard of Polish authorities for the judicial order suspending the NCJ resolution that proposed the appointment of the sitting judge cannot be ignored as it undermines the effectiveness of the system of judicial cooperation established under 267 TFEU (par. 141-143). The Luxembourg court also took note of the doubts surrounding the independence of the NCJ which proposed the appointment of the judge concerned. The fact that the term of office of members previously serving at the NCJ had been prematurely terminated and that 23 out of 25 currently serving members of the NCJ were

selected by the executive and the legislature could raise doubts about the body's independence (par. 146, 150). The CJEU left it to the referring court to assess whether in light of these circumstances the judge concerned had been appointed in clear breach of fundamental rules of domestic law and whether these irregularities raise doubts as to the imperviousness of the Extraordinary Chamber judge who decided W.S.' appeal. If this is the case, the primacy of EU law would require that the referring court declare void the decision of the judge concerned.

In *Dolinska-Ficek* the applicants appealed before the Extraordinary Chamber against the NCJ's resolutions that rejected their candidature for higher judicial posts. The Extraordinary Review Chamber dismissed their appeals, upholding the contested NCJ resolutions. The applicants lodged a complaint before the ECtHR arguing that the court that had dismissed their appeal was not an independent tribunal established by law within the meaning of article 6 ECHR. In deciding the case, the ECtHR largely relied on its previous judgment in *Reczkowicz* and the test it had developed in *Ástráðsson v. Iceland* (ECtHR 1 December 2020, [26374/18](#)). According to that test, the Court had to establish first whether the way the judges concerned were appointed to the Extraordinary Chamber amounted to a manifest breach of Polish legislation. The Strasbourg court held that two fundamental breaches of domestic law had taken place. First, the NCJ that proposed the concerned judges' appointment had not been independent from the executive and legislature. Taking note of the January 2020 resolution of the Polish Supreme Court, according to which the NCJ could not be considered independent, the ECtHR disregarded as arbitrary the judgment of the Polish Constitutional Tribunal suggesting the opposite (par. 317) and accepted that the change in the process of electing members of the NCJ amounted to a manifest breach of Polish legislation (par. 320). Second, Strasbourg held that the appointment of the judges concerned by the Polish president following to the NCJ resolution 331/208, before the conclusion of the judicial review of this resolution and notwithstanding the order of the Supreme Administrative Court suspending its effects, also amounted to a manifest breach of Polish legislation, the nature of which suggested an attitude of 'utter disregard for the authority, independence and role of the judiciary' (par. 330). The ECtHR went on to hold that both breaches of domestic law were of such gravity that they undermined the very principle of the separation of powers (par. 349). Considering all circumstances, the ECtHR concluded that the Extraordinary Review Chamber was not an independent tribunal established by law and found a violation of article 6 ECHR.

The recent judgments by both European courts deliver a blow to the legitimacy of the notorious Extraordinary Review Chamber that had been worrying European lawyers already before its formal establishment. They also send a clear message to Poland to resolve the lack of independence of the NCJ. The ECtHR is expected to rule on the premature termination of NCJ's members' office in

the case of *Grzęda v. Poland* ([43572/18](#)). If there is a further lesson and source of hope from the new chapter of this Polish saga, it is that there are still several Polish judges who are willing to stand their ground, challenge measures that affect them and defend the rule of law in Poland at high personal cost. The litigation of the ECtHR and the CJEU would not be possible without these brave men and women. It is thanks to them that we can still whisper: Poland is not yet lost.

### Een overwinning voor regenbooggezinnen

In het *VMA*-arrest (HvJ EU 14 december 2021, C-490/20, [ECLI:EU:C:2021:1008](#)) ging het om de vrouwen V.M.A. en K.D.K. die respectievelijk de Bulgaarse en Britse nationaliteit bezaten. Zij woonden in Spanje waar zij waren gehuwd en in 2019 moeders waren geworden van S.D.K.A. In de Spaanse geboorteakte van S.D.K.A. werden beide moeders als ouders vermeld. V.M.A. als 'Moeder A' en K.D.K. als 'Moeder'. Om voor S.D.K.A. een Bulgaars identiteitsdocument te bemachtigen – zij had al de Bulgaarse nationaliteit nu Bulgaars recht een persoon de Bulgaarse nationaliteit verleent indien één van de ouders de Bulgaarse nationaliteit heeft – probeerde V.M.A. de daarvoor benodigde geboorteakte te verkrijgen. Daarom stuurde V.M.A. een officiële Bulgaarse vertaling van het uittreksel uit het Spaanse register van de burgerlijke stand betreffende de geboorteakte van S.D.K.A. aan de gemeente Sofia. Deze laatste verzocht echter om bewijs dat aantoonde wie de biologische moeder van S.D.K.A. was. Het Bulgaarse geboorteaktemodel bevat namelijk slechts één kolom voor de 'moeder' en een andere voor de 'vader'. In elk kan slechts één naam worden ingevuld. De gemeente Sofia weigerde de geboorteakte af te geven omdat V.M.A. de informatie over de identiteit van de biologische moeder van S.D.K.A. niet had overgelegd en de vermelding van twee ouders van het vrouwelijke geslacht in een geboorteakte in strijd is met de openbare orde van de Republiek Bulgarije, die zich verzet tegen een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht. De rechter die met het beroep van V.M.A. tegen dit besluit werd geconfronteerd wilde, kortgezegd, van het Europees Hof van Justitie (hierna: Hof) weten of de weigering om de geboorteakte voor S.D.K.A. te verlenen in strijd was met het Unierecht.

Het Hof concludeert dat een lidstaat, in het geval van een minderjarige Unieburger die onderdaan is van die lidstaat en wiens door zijn of haar gastland afgegeven geboorteakte twee personen van hetzelfde geslacht als ouders aanwijst, verplicht is om die Unieburger een identiteitskaart of een paspoort te verstrekken zonder eerst een door haar opgestelde geboorteakte te eisen en om het door het gastland afgegeven document te erkennen waarmee de minderjarige Unieburger met beide ouders het recht van vrij verkeer kan uitoefenen (de 'Verplichting').

Daartoe overweegt het Hof allereerst dat S.D.K.A. Bulgaars staatsburger en dus Unieburger is. Bulgarije moet daarom vanwege artikel 21, lid 1, VWEU en artikel 4, lid 3, van Richtlijn 2004/38/EG haar een identiteitskaart

of een paspoort verstrekken met haar familienaam zoals deze blijkt uit de Spaanse geboorteakte, ongeacht of er een nieuwe geboorteakte is opgesteld. Bulgarije kan dit niet weigeren met een beroep op het Bulgaarse recht dat vereist dat vóór de afgifte daarvan een Bulgaarse geboorteakte wordt opgesteld. Een dergelijk identiteitsbewijs moet een kind zoals S.D.K.A. in staat stellen zijn recht ex artikel 21, lid 1, VWEU uit te oefenen om vrij te reizen en te verblijven met elk van zijn twee moeders, van wie de status als ouders door het gastland is vastgesteld tijdens een verblijf dat in overeenstemming is met Richtlijn 2004/38/EG (r.o. 39-46). Unieburgers hebben immers het recht om zowel in het gastland als in de lidstaat van herkomst, wanneer ze naar hiernaar terugkeren, samen met hun familieleden een normaal gezinsleven te leiden. Nu in het onderhavige geval Spanje op wettige wijze had vastgesteld dat S.D.K.A. biologisch of juridisch afstamt van haar twee ouders, zoals bevestigd in de geboorteakte, moeten alle lidstaten erkennen dat V.M.A. en K.D.K., als ouders van een minderjarige Unieburger voor wie zij daadwerkelijk zorgdragen, het recht hebben om het kind te vergezellen wanneer het zijn recht van vrij verkeer uitoefent. Lidstaten moeten de door Spanje vastgestelde afstemming dus erkennen, zodat S.D.K.A. met haar ouders het recht van vrij verkeer uit kan oefenen. Daarvoor moeten de ouders beschikken over een document, zoals een geboorteakte, waarmee zij met het kind kunnen reizen. Dit kan het best opgesteld worden door het gastland en moet vervolgens door andere lidstaten worden erkend. (r.o. 47-50). Hoewel het een lidstaat vrijstaat het huwelijk en het ouderschap al dan niet open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht nu de burgerlijke staat van personen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, moeten zij bij de uitoefening daarvan het Unierecht eerbiedigen en aldus de burgerlijke staat van personen erkennen die wettig door een andere lidstaat is vastgesteld (r.o. 51-52).

Voorts kon de weigering door Bulgarije om voor S.D.K.A. een identiteitsbewijs af te geven niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de openbare orde of bescherming van de Bulgaarse nationale identiteit. De Verplichting gaat namelijk niet in tegen de Bulgaarse nationale identiteit en vormt ook geen bedreiging voor de openbare orde. Bulgarije wordt immers niet verplicht het ouderschap open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht en hoeft, anders dan voor de uitoefening van de Unierechten van het kind, niet te erkennen dat het kind afstamt van de personen die als ouders zijn vermeld in de geboorteakte van het gastland. (r.o. 56-57). Daarnaast zou een weigering om S.D.K.A. een identiteitsbewijs te verschaffen in strijd zijn met de door de artikelen 7 en 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie gewaarborgde grondrechten om een kind de relatie met een van zijn ouders te ontzeggen in het kader van de uitoefening van zijn recht van vrij verkeer, dan wel om de uitoefening van dit recht feitelijk onmogelijk of uiterst moeilijk te maken omdat zijn ouders van hetzelfde geslacht zijn (r.o. 65).

Bij dit alles is irrelevant dat K.D.K., als een van de ouders, staatsburger is van het Verenigd Koninkrijk (r.o. 66). Tot slot merkt het Hof nog op dat, indien mocht blijken dat S.D.K.A. niet de Bulgaarse nationaliteit bezit, K.D.K. en S.D.K.A. familieleden van V.M.A. zijn. Zij zijn, respectievelijk, de echtgenote en rechtstreekse bloedverwant zoals volgt uit artikel 2, punt 2, onder a) en c), van Richtlijn 2004/38/EG. Immers, een minderjarig kind wiens Unieburgerschap niet is vastgesteld en wiens door een lidstaat afgegeven geboorteakte twee personen van hetzelfde geslacht als zijn ouders aanwijst van wie er één Unieburger is, moet door alle lidstaten worden beschouwd als een rechtstreekse bloedverwant van die Unieburger (r.o. 67-68).

#### *Kort commentaar*

De situatie en de vragen die in *VMA* voorlagen waren zeer gevoelig en raakten aan zowel maatschappelijk als juridisch complexe materie. Er diende een balans te worden gevonden tussen het familieleven van regenbooggezinnen enerzijds, en de nationale identiteit van lidstaten anderzijds. Ook moest een evenwicht gevonden worden tussen de bescherming van het recht van vrij verkeer en de nationale bevoegdheid op het gebied van nationaliteit en familierecht. Daardoorheen gefietst kwamen nog eens de rechten van het kind. Ondanks deze complexiteit is het Hof erin geslaagd een helder signaal af te geven: wanneer familierelaties eenmaal in een lidstaat wettig zijn vastgesteld, moeten zij door de ander lidstaten worden erkend. Hier doet het beginsel van wederzijdse erkenning dus zijn intreden op het gebied van familierelaties. Met het *VMA*-arrest complementeert het Hof zijn *Coman*-rechtspraak. In *Coman* (HvJ EU 5 juni 2018, C-673/16, [ECLI:EU:C:2018:385](#)) maakte het Hof duidelijk dat een in een lidstaat wettig gesloten huwelijk dient te worden erkend door andere lidstaten, zelfs indien dit huwelijk gesloten is tussen twee personen van hetzelfde geslacht. Met *VMA* voegt het Hof daaraan toe dat dit ook geldt voor het ouderschap. Wanneer personen door een lidstaat zijn vastgesteld als ouders van een kind, dienen andere lidstaten dit te erkennen. Daarin wordt door het Hof aan de lidstaten geen enkele beoordelingsvrijheid gelaten. Interessant in dat kader is nog dat het Hof benadrukt dat *beide* ouders het recht hebben om het kind te vergezellen wanneer deze gebruik maakt van zijn recht van vrij verkeer en dat dit niet slecht toekomt aan één van de ouders. Deze rechtspraak komt erop neer dat regenbooggezinnen niet uit elkaar mogen worden gehaald. Een overwinning voor regenbooggezinnen dus. Dit is in lijn met de [LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025](#) van de Commissie waarmee het onder andere wil zorgen voor betere rechtsbescherming voor regenbooggezinnen. De Commissie zal daarom aandringen op wederzijdse erkenning van familierelaties in de EU. Het Hof probeert het een en ander in overeenstemming te brengen met de nationale identiteit van lidstaten en hun bevoegdheid wat betreft de burgerlijke staat van onderdanen, door aan te geven dat lidstaten het huwelijk en ouderschap niet open hoeven te stellen voor personen van hetzelfde geslacht. In dit kader is het echter de vraag hoe ver de door het Hof

in zijn rechtspraak verplichte wederzijdse erkenning van de burgerlijke status gaat. Dient dit te worden opgevat als een verplichting voor lidstaten om een huwelijk of ouderschap slechts te erkennen in het kader van reis- en verblijfsrechten? Of moet het worden begrepen als een verplichting om een huwelijk of ouderschap ook daarbuiten te erkennen? Volgens het Hof omvat artikel 21, lid 1, VWEU

immers het recht om ‘een normaal gezinsleven te leiden’ (*Coman*, r.o. 32; *VMA*, r.o. 47). Dit vergt wellicht meer dan enkel het vrij reizen en verblijven (zie A. Tryfonidou, ‘[The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: a Critical View of the ECJ’s V.M.A. ruling](#)’, *European Law Blog* 21 december 2021). ◀