

Article 25fa pilot End User Agreement

This publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act (Auteurswet) with explicit consent by the author. Dutch law entitles the maker of a short scientific work funded either wholly or partially by Dutch public funds to make that work publicly available for no consideration following a reasonable period of time after the work was first published, provided that clear reference is made to the source of the first publication of the work.

This publication is distributed under The Association of Universities in the Netherlands (VSNU)'Article 25fa implementation' pilot project. In this pilot research outputs of researchers employed by Dutch Universities that comply with the legal requirements of Article 25fa of the Dutch Copyright Act are distributed online and free of cost or other barriers in institutional repositories. Research outputs are distributed six months after their first online publication in the original published version and with proper attribution to the source of the original publication.

You are permitted to download and use the publication for personal purposes. Please note that you are not allowed to share this article on other platforms, but can link to it. All rights remain with the author(s) and/or copyrights owner(s) of this work. Any use of the publication or parts of it other than authorised under this licence or copyright law is prohibited. Neither Radboud University nor the authors of this publication are liable for any damage resulting from your (re)use of this publication.

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the Library through email: copyright@ubn.ru.nl, or send a letter to:

University Library
Radboud University
Copyright Information Point
PO Box 9100
6500 HA Nijmegen

You will be contacted as soon as possible.

Uitstel van een Brexit verwijzing

Jasper Krommendijk¹

Begin februari 2018 wilde een Amsterdamse kortgedingrechter de gedurfde stap zetten om twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU te stellen over de gevolgen van een Brexit voor het EU-burgerschap van Britse onderdanen in Nederland. Vanuit het perspectief van het Hof is het misschien beter dat de vragen uiteindelijk niet gesteld zijn aangezien het Hof daarmee in een lastige positie zou zijn geplaatst en zich prematuur over zeer politiek-explosieve rechtsvragen zou hebben moeten uitlaten waarover nog onderhandelingen gaande zijn. Tegelijkertijd laten Ierse verwijzingen zien dat de aanstaande Brexit op bepaalde punten onzekerheden oplevert die nu al voor juridische problemen zorgen die niet kunnen wachten tot er een akkoord ligt.

Begin februari 2018 was er tamelijk wat (internationale) media-aandacht voor het feit dat een Amsterdamse kortgedingrechter de gedurfde stap zette om twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) te stellen over de gevolgen van een Brexit voor het EU-burgerschap van Britse onderdanen in Nederland.² In deze zaak vorderden Britten die in Nederland wonen dat de Staat en de Gemeente Amsterdam bij terugtrekking van het VK uit de EU de EU-burgersrechten voor hen zouden blijven erkennen en beschermen. De media-aandacht was echter te voorbarig, want het ging hier slechts om een tussenvonnissen waarin de Amsterdamse rechter zijn voornemen uitsprak om de Brexit-kwestie te verwijzen en partijen de gelegenheid gaf om op dit voornemen en de conceptvragen te reageren. Twee weken later besloot de rechter de vragen uiteindelijk toch niet te stellen omdat hij instemde met het verzoek van de Staat (en de Gemeente Amsterdam) om hoger beroep tegen het eerste tussenvonnissen toe te laten in uitzondering op de regel dat hoger beroep tegen tussenvonnissen niet is toegestaan. Dit is verrassend omdat partijen niet in de gelegenheid waren gesteld om zich uit te laten over het voornemen om prejudiciële vragen te stellen.³ De rechtbank laat het nu aan het Amsterdamse hof om te beoordelen of de kwestie verwezen wordt. Ook valt overigens niet uit te sluiten dat de rechtbank later zelf nog gelegenheid krijgt de vragen alsnog te verwijzen.⁴

De Staat wilde hoger beroep instellen omdat hij vond dat de onderhandelingen over de Brexit nog gaande zijn en dat daarin 'geen ruimte is voor een oordeel van de voorzieningenrechter'.⁵ Ook wees hij er op dat er nog geen terugtrekkingsakkoord ligt en dat de vragen daardoor een

hypothetisch karakter zouden hebben, wat een reden voor het HvJ EU is om vragen niet-ontvankelijk te verklaren. De Staat betoogde ook dat er sprake was van een fictief geschil dat louter zou zijn opgezet om de zaak voorgelegd te krijgen aan het HvJ EU.

In dit artikel wordt, na een korte schets van de procedure bij de Rechtbank Amsterdam, ingegaan op de vraag of deze actie van de Staat problematisch is op grond van het Europees recht, meer in het bijzonder artikel 267 VWEU waarin de prejudiciële procedure is geregeld. Verder wordt ook meer inhoudelijk ingegaan op het initiële voornemen om te verwijzen en met name op het argument dat de vragen hypothetisch zouden zijn en daarmee niet gesteld worden moeten worden. Om dit laatste te beoordelen worden de voorgenomen vragen van de Amsterdamse voorzieningenrechter vergeleken met een eerdere verwijzing van de Ierse High Court in een *Dublin*-zaak en de voorgenomen prejudiciële verwijzing van het Ierse Supreme Court in een zaak waarin het ging om de uitlevering van een verdachte naar het VK op grond van een Europees arrestatiebevel (*EAB*).⁶ Zowel de Ierse als de Amsterdamse vragen laten zien dat nationale rechters nu al voor juridische dilemma's worden geplaatst voordat Brexit een feit is.

De Amsterdamse casus

De zaak bij de Amsterdamse kortgedingrechter was aangespannen door vijf Britse burgers die in Nederland wonen alsmede de stichting 'Brexpats – Hear our voice', die de belangen behartigt van deze burgers en een netwerkvereniging van Brits-Nederlandse ondernemers. Eisers vorderden kort gezegd dat de Staat en de Gemeente Amster-

De rechtbank overwoog inderdaad een deel van de door eisers voorgestelde vragen te verwijzen omdat zij twijfelde over de uitleg van artikel 20 VWEU

dam de EU-burgerschapsrechten waaronder hun reis- en verblijfsrecht en hun recht op privéleven en gezins- en familieleven, van de in Nederland wonende Britten respecteert na een Brexit. Ook vorderden zij dat de Staat niet instemt met een terugtrekingsakkoord waarin de burgerschapsrechten niet zijn gegarandeerd.⁷ Eisers verzochten de rechter ook om hierover prejudiciële vragen te stellen, omdat zij van mening zijn dat het nodig is vragen over de uitleg van artikel 20 VWEU te stellen om deze vorderingen te kunnen beoordelen.

De rechtbank overwoog dus inderdaad een deel van de door eisers voorgestelde vragen te verwijzen, omdat zij twijfelde over de uitleg van artikel 20 VWEU. Enerzijds zou deze bepaling zo kunnen worden uitgelegd dat Britten na de Brexit hun Unieburgerschap verliezen aangezien artikel 20 VWEU een koppeling maakt tussen het burgerschap van een EU-lidstaat en het EU-burgerschap.⁸ Anderzijds merkte de rechter op dat het niet is uitgesloten dat Britten die in een andere EU-lidstaat wonen zogenaamde verworven rechten hebben opgebouwd, mede ook op grond van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De rechter wees ook op HvJ EU-rechtspraak waaruit blijkt dat *nationale* maatregelen die leiden tot het verlies van de

nationaliteit van een lidstaat, en daarmee het EU-burgerschap, in lijn moeten zijn met het evenredigheidsbeginsel.⁹ Gezien deze twijfel over de uitleg van artikel 20 VWEU legt de rechter middels zijn eerste tussenvonnissen de volgende twee vragen aan de partijen voor om op te reageren: 1. Leidt de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de EU tot een van rechtswege intredend verval van het EU-burgerschap van de Britse onderdanen en daarmee tot een verval van de aan dat EU-burgerschap te ontleen rechten en vrijheden, indien en voor zover in de onderhandelingen tussen de Europese Raad en het Verenigd Koninkrijk niet anders wordt overeengekomen? 2. Indien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt, dienen dan voorwaarden of beperkingen te worden gesteld aan het behoud van de aan het EU-burgerschap te ontleen rechten en vrijheden? Deze twee vragen zijn nu dus van tafel omdat de rechter later instemde met het verzoek van de Staat om hoger beroep in te stellen.

Hoger beroep, artikel 267 VWEU en de zaak *Cartesio*

Op het eerste gezicht wringt er iets in de in de inleiding beschreven gang van zaken. De Staat lijkt de rechterlijke autonomie om te verwijzen aan te tasten door tussentijds hoger beroep in te stellen tegen een beslissing (of voorstellen) om te verwijzen. Dit komt niet vaak voor. Ik ben niet bekend met vergelijkbare gevallen in Nederland in de laatste twintig jaar.¹⁰ Volgens de Staat zou er wel een verwijzingsbeslissing van een laagste Nederlandse rechter zijn vernietigd door een hogere Nederlandse rechter. De Staat verwees gedurende de Amsterdamse procedure naar een uitspraak van het Hof Den Haag uit 1997 waarin dit Hof eerdere uitspraken van de Rechtbank Den Haag vernietigde.¹¹ Echter in deze zaak werden slechts de door de rechtbank gestelde voorlopige voorzieningen vernietigd en niet zozeer de gestelde prejudiciële vragen.¹² Kortom, we hebben hier te maken met een vrij zeldzaam fenomeen.

Auteur

1. J. Krommendijk LL.M. is Universitair docent Europees recht aan de Radboud Universiteit en werkt aan een Veni-onderzoek (2017-2021) naar de interactie tussen het HvJ EU en Nederlandse, Britse en Ierse rechters.

Noten

2. Rb. Amsterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:605; Zie onder meer 'British group wins right to take Brexit case to European court', 7 februari 2018, www.theguardian.com.
3. Rb. Amsterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:605, r.o. 5.28; Rb. Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:933, r.o. 2.6.
4. In r.o. 3.2. houdt de rechter iedere verdere beslissing aan. Het hoofdgeding over de vorderingen van eisers dat de Staat hun rechten na de Brexit respecteert is namelijk nog aanhangig bij de voorzieningenrechter

na het hoger beroep. Die kan dan altijd nog beslissen om vragen te stellen.
ECLI:NL:RBAMS:2018:933, r.o. 3.2.
5. Rb. Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:933, r.o. 2.7.
6. High Court 8 November 2017 [2017] IEHC 677 (*M.A./The International Protection of Appeals Tribunal & ors*). Het HvJ EU heeft het verzoek om deze verwijzing versneld af te doen, afgewezen. HvJ EU 20 december 2017, C-661/17, ECLI:EU:C:2017:1024 (*M.A.*); Supreme Court 1 februari 2018 [2018] IESC 3 (*Minister for Justice/O'Connor*), geregistreerd bij het HvJ EU als C-191/18.
7. Zie voor de dagvaarding, www.bureaubrandeis.com/wp-content/uploads/2018/01/Brexit-dagvaarding-geanonimiseerd.pdf.
8. 'Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit.' ECLI:NL:RBAMS:2018:605, r.o. 5.14.
9. HvJ EU 2 maart 2010, C-135/08,

ECLI:EU:C:2010:104 (*Rottman*); zie recent ook HvJ EU 14 november 2017, C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862 (*Lounes*); ECLI:NL:RBAMS:2018:605, r.o. 5.15-5.21.
10. Uit een boekbijdrage over de prejudiciële procedure uit 1987 zou wel naar voren komen dat het eerder in Nederland nog wel eens voorkwam dat er beroep werd ingesteld tegen verwijzingsbeslissingen van lagere rechters en dat die in sommige gevallen ook door de hogere rechter zijn vernietigd. Zie de verwijzing naar W. Alexander, 'The attitude of the Court of Justice to an appeal against the judgments making the reference' (in: H.G. Schermers et al. (red), *Article 177 EEC: Experiences and problems*, Asser: Amsterdam 1987, p. 221-223), in: Michal Bobek, 'Cartesio. Appeals against an order to refer under Article 234 (2) EC Treaty revisited', *Civil Justice Quarterly* 2010, p. 307-316.
11. De uitspraak van de rechtbank verwijst hier niet naar overigens; Hof 's-Gravenhage

20 november 1997, ECLI:NL:GHSGR:1997:AH6445, JB 1997/272, m.nt. Heringa.
12. In deze zaak vocht de suikerfabrikant Emesa een *voorgenomen* herziening aan van een besluit van de EU Raad van Ministers dat het Emesa mogelijk maakte om riet-suiker vrij van douaneheffingen in de EG in te voeren. De rechtbank had een voorlopige voorziening getroffen, in afwachting van de antwoorden van het HvJ op gestelde prejudiciële vragen over de geldigheid van deze voorgenomen herziening, waarin het de Nederlandse regering had verboden om in de EU Raad van Ministers mee te werken aan de herziening van dit besluit. Het Gerechtshof draaide deze voorlopige voorziening terug aangezien de Raad nog niet het definitieve besluit had genomen en deze ook nog niet in het Publicatieblad was gepubliceerd. Zie HvJ EG 8 februari 2000, C-17/98, ECLI:EU:C:2000:70 (*Emesa*).

Hoewel in eerste instantie de nodige vraagtekens kunnen worden geplaatst bij deze poging van de Staat om een gang naar het HvJ EU te voorkomen of uit te stellen, blijkt uit nadere bestudering van de Grote kamer-uitspraak van het HvJ EU in *Cartesio* dat er *juridisch* niets mis mee is.¹³ In deze zaak ging het om een Hongaarse regel die toestaat dat afzonderlijk hoger beroep wordt ingesteld tegen een verwijzingsbeslissing. De Hongaarse appelrechter kon deze beslissing wijzigen, vernietigen of de lagere rechter gelasten de behandeling van de geschorste nationale procedure te hervatten. Het HvJ EU stelde in deze zaak dat de verwijzende rechter niet belet mag worden om zijn 'autonome bevoegdheid' om prejudiciële vragen te stellen uit te oefenen en dat 'alleen' deze lagere rechter kan besluiten over het al dan niet handhaven, wijzigen of intrekken van de vragen als gevolg van het hoger beroep: 'Het staat dus aan de verwijzende rechter om de consequenties te trekken uit een vonnis in hoger beroep'.¹⁴ Het HvJ EU achtte zich vervolgens bevoegd om de door de lagere Hongaarse rechter gestelde vragen toch te beantwoorden zolang deze vragen niet zijn ingetrokken of gewijzigd door de lagere rechter, ondanks dat het onzeker was of überhaupt hoger beroep ingesteld was.¹⁵

In de Amsterdamse *Brexit*-zaak is er echter geen sprake van regels of een praktijk die afbreuk doen aan artikel 267 VWEU, zoals in *Cartesio*. Wat de *Brexit*-zaak, ten eerste, anders maakt is het feit dat de vragen nog niet daadwerkelijk verwezen waren door de Amsterdamse rechter en daarmee nog niet in Luxemburg lagen. Een tweede verschil is dat het instellen van het hoger beroep geenszins de lagere rechter verplichtte om de vragen niet te stellen. De Amsterdamse rechter besloot namelijk geheel zelfstandig de vragen (nog) niet te stellen. Deze overweegt namelijk, zij het enigszins ambigu: 'Op zichzelf wordt daardoor de verwijzingsuitspraak niet opgeschort, en een verwijzing naar het HvJ EU niet geschorst. Maar

het zou in strijd zijn met fundamentele beginselen van een behoorlijke rechtspleging als, hangende dit door gedaagden aangekondigde appel, de in het eerste tussenvonnis al geformuleerde vragen nu reeds aan het HvJ EU zouden worden voorgelegd. Daarvan wordt dus afgezien'.¹⁶ Het is precies deze situatie van een lagere rechter die zelf zijn verzoek 'wil' intrekken, die A-G Poaires Maduro aanstipt in zijn conclusie bij *Cartesio* en die hij onderscheidt van een situatie waarin een lagere rechter 'verplicht' wordt dat te doen.¹⁷ Kortom, juridisch gezien is er niets problematisch aan de hand in de Amsterdamse zaak aangezien de rechter vrijwillig af zag van het daadwerkelijk stellen van de vragen.¹⁸

De vraag is echter of het *politiek* gezien 'chique' is dat de Staat hoger beroep instelde tegen het eerste tussenvonnis. De actie van de Staat lijkt er op gericht te voorkomen dat de zaak in Luxemburg belandt en is daarmee dus niet in lijn met de geest van *Cartesio*. Den Haag heeft in het verleden een vergelijkbare strategie toegepast in asielzaken. Zo heeft de Staatssecretaris van Justitie strategisch gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid om alsnog een verblijfsvergunning te verstrekken aan personen in wier zaak vragen waren gesteld. Dit om op die manier te voorkomen dat Luxemburg inhoudelijk op de vraag in zou gaan aangezien een HvJ EU-uitspraak mogelijk verstrekende gevolgen zou kunnen hebben voor beleid- en wetgeving.¹⁹ In dergelijke gevallen is de zaak ingetrokken door de nationale rechter (of niet-ontvankelijk verklaard door het HvJ EU) omdat er geen geschil meer is waarvoor een antwoord noodzakelijk is. Het is ook wel eens voorgekomen, vergelijkbaar met de Amsterdamse *Brexit*-zaak, dat vragen uiteindelijk niet zijn gesteld nadat een rechter wel een voornemen daartoe had uitgesproken.²⁰ Deze gang van zaken leidt tot ongenoegen bij rechters, die vaak al veel tijd kwijt zijn geweest aan concepten van verwijzingsuitspraken. Ook bij de asielrechtspijk, die graag principiële vragen beantwoord ziet, leiden dergelijke

acties tot gefronste wenkbrauwen.²¹ Politiek gezien kunnen er dus vragen worden gesteld bij het instellen van hoger beroep door de Staat.

Hoe vergelijkbaar is deze Brexit-kwestie met deze asielzaken c.q. in hoeverre is het instellen van hoger beroep vanuit een politiek perspectief discutabel? Op zich kan er wel begrip worden opgebracht voor de houding van de Staat, vooral omdat het gaat om onderhandelingen die nog gaande zijn en er nog geen Brexit-akkoord op tafel ligt. Inmenging van de rechter in dit delicate politieke proces lijkt de kwestie onnodig te compliceren. Aan de andere kant kan ook wel sympathie worden opgebracht voor het standpunt van eisers dat burgerrechten niet zomaar wegonderhandeld kunnen worden. In dat licht is het dan ook toe te juichen dat de Amsterdamse rechter niet is meegegaan met de door de Staat van stal gehaalde 'political questions doctrine', waar de Amsterdamse rechter terecht en met goede argumenten korte metten van maakt en individuele rechtsbescherming centraal stelt.²²

Fictief geschil en hypothetische vragen?

Na te hebben vastgesteld dat er vanuit Europeesrechtelijk perspectief niets mis is met de gang van zaken en dat men er vanuit een politiek perspectief wellicht anders over kan denken is het nog belangrijk om te kijken naar het initiële voornemen om te verwijzen. Was er nu sprake van een fictief geschil dat louter zou zijn opgezet om de zaak voorgelegd te krijgen aan het HvJ EU, zoals de Staat betoogde? Bij een fictief geschil komt meteen de gedachte op van de welbekende *Foglia*-zaken waarin een Italiaanse wijnproducent en een wijnkoper een contract hadden opgesteld louter met het idee om een Franse belastingmaatregel aan te kunnen vechten bij het HvJ EU.²³ Onderling hadden zij geen geschil en waren zij het zelfs eens en voerden praktisch dezelfde argumenten aan bij de rechter. Van een dergelijk vooropgezet plan is in deze Amsterdamse casus natuurlijk geen sprake. Desalniettemin lijkt alles door eisers in het werk te zijn gezet om de zaak verwezen te krijgen, wat op zichzelf geen probleem is. Eisers hadden namelijk 'zeer gedetailleerde vragen [voor het HvJ EU] voorgesteld', zoals de Amsterdamse rechter constateert.²⁴ Daarnaast zijn de eisers (financieel) geholpen door Jolyom Maugham, die voorheen werkzaam was in het kabinet van advocaat-generaal Van Gerven bij het HvJ EU, en die ook

in Ierland een poging heeft ondernomen om Brexit te stoppen. Maugham was erg open over de inzet om de zaak in Luxemburg te krijgen.²⁵ Het is ook niet verrassend dat Christiaan A. Alberdingk Thijm een van de advocaten van eisers was aangezien hij ruime ervaring heeft met prejudiciële verwijzingen.²⁶ Zoals gezegd is er met deze gang van zaken op zichzelf niets mis, aangezien het voor de hand ligt dat de betrokken Britse burgers raadsliden kiezen die bekwaam zijn in de juridische problematiek van de Brexit en het inzetten op een verwijzing naar het HvJ EU. Kort-

Voor het standpunt van eisers dat burgerrechten niet zomaar wegonderhandeld kunnen worden kan ook wel sympathie worden opgebracht

om, het argument van de Staat dat er sprake is van een fictief *Foglia*-achtig geschil klopt dus niet en het inzetten op een verwijzing is op zichzelf geen probleem.

Een relevantere vraag, mede met het oog op de behandeling van het hoger beroep door het gerechtshof, is in hoeverre de vragen mogelijk hypothetisch zijn en als gevolg daarvan uiteindelijk door het HvJ EU niet-ontvankelijk worden verklaard.²⁷ Het verweer van eisers dat er geen hypothetisch geschil is, maar dat er sprake is van 'een ten dele reëel dreigende, en ten dele nu al aanwezige aantasting van hun fundamentele rechten en vrijheden op individueel niveau' lijkt op het eerste gezicht vergezocht.²⁸ De reële dreiging zou er uit bestaan dat in Nederland woonachtige Britten als gevolg van de onzekerheid over hun toekomstige rechtspositie min of meer gedwongen worden een beslissing te nemen over een eventuele nationalisering tot Nederlander, die weer gevolgen kan hebben voor het behoud van hun Britse nationaliteit na een Brexit.²⁹ Het staat buiten kijf dat er op dit moment

13. HvJ 16 december 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*); vergelijk ook HvJ EG 24 maart 2009, C-525/06,

ECLI:EU:C:2009:179 (*De Nationale Loterij NV*); HvJ EG 4 juni 2009, C-129/08, ECLI:EU:C:2009:347 (*Cloet*)

14. *Cartesio*, punten 95-97.

15. *Ibidem*, punten 80-87.

16. ECLI:NL:RBAMS:2018:933, r.o. 2.11.
17. Zie A-G Maduro in HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:294 (*Cartesio*), punt 18.

18. Wel kan nog gewezen worden op het feit dat het in sommige EU-lidstaten niet mogelijk is om hoger beroep tegen verwij-

zingen van lagere rechters in te stellen. Dit is, onder meer, het geval in Denemarken en België. Zie K. Lenaerts, Ignace Maselis & Kathleen Gutman, *EU procedural law*, Oxford University Press, 81.

19. Zie bijv. HvJ EU 10 juni 2011, C-155/11, ECLI:EU:C:2011:387 (*Imran*); C-158/13 (*Rajaby*); zie hierover ook Möriz Baumgärtel, 'Part of the game': government strategies against European litigation concerning migrant rights', in: T. Gammeltoft-Hansen & T. Aalberts (eds.), *The Changing Practices of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

20. Zie hierover ook Kees Groenendijk,

'Waarom rechters niet naar Luxemburg gaan: politieke structuur of rechtscultuur?' in R. Baas et al. (eds.), *Rechtspleging en rechtsbescherming. Liber amicorum voor prof. dr. Leny E. de Groot-van Leeuwen*, Wolters Kluwer, 2015.

21. Zie verder Jasper Krommendijk, 'The preliminary reference dance between the CJEU and Dutch courts in the field of migration', *European Journal of Legal Studies*, 2018.

22. ECLI:NL:RBAMS:2018:605, r.o. 5.3-5.5. Zie hierover ook R. van der Hulle in noot JB 2018/45.

23. HvJ 11 maart 1980, C-104/79, ECLI:EU:C:1980:73 (*Foglia/ Novello I*); 16

december 1981, C-244/80, ECLI:EU:C:1981:302 (*Foglia/ Novello II*).

24. ECLI:NL:RBAMS:2018:605, r.o. 5.26.

25. Jolyom Maugham, 'Why I helped bring the Dutch case over Britons' EU rights', 18 januari 2018, www.theguardian.com.

26. Zie bijv. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5195 (*VOB*); HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media*).

27. Zie bijv. HvJ EU 28 februari 2018, C-3/17, ECLI:EU:C:2018:130 (*Sporting Odds*), punten 50-51.

28. ECLI:NL:RBAMS:2018:605, r.o. 5.10.

29. *Ibidem* r.o. 5.6 en 5.7.

onzekerheid is waar Britten last van hebben, hoewel men nog wel kan twisten of er ook reeds op dit moment sprake is van een daadwerkelijke aantasting van fundamentele rechten.³⁰ Bovendien is het onduidelijk in hoeverre een antwoord op de vraag welke rechten Britten ontnemen aan het EU-recht nog relevant is als het terugtrekkingsakkoord daarover in detail iets regelt, zoals ook het voortgangsrapport van 8 december 2017 en het voorstel van de Commissie van 28 februari 2018 illustreren.³¹ Gezien het premature stadium van de vragen acht ik de kans aanwezig dat het HvJ EU de vragen, mochten deze inderdaad verwezen worden door het Hof Amsterdam, niet-ontvankelijk zou

Een logischere route om de burgerschapskwestie bij het HvJ EU te krijgen vóór de Brexit is de mogelijkheid om op grond van artikel 218 lid 11 VWEU advies in te winnen bij het HvJ EU over de verenigbaarheid van 'een voorgenomen overeenkomst' met de Verdragen

hebben verklaard.³² Dit reflecteert ook het idee dat de rechter niet zou moeten interveniëren in de totstandkoming van besluiten, maar dat controle van de geldigheid van dergelijke besluiten pas achteraf kan plaatsvinden. Daar komt nog eens bij, en dit is misschien een enigszins naïeve veronderstelling, dat alle onderhandelende partijen gebonden zijn grondrechten te waarborgen op grond van hun eigen Grondwet, het EVRM en het EU-recht.³³ Men zou dus verwachten dat er van de gestelde aantasting van fundamentele rechten uiteindelijk geen sprake zal zijn. De initiële Amsterdamse vragen verschillen ook met de eerder genoemde Ierse verwijzingen. In de EAB-zaak was bijvoorbeeld de vraag of de verdachte O'Connor naar het

VK kan worden uitgeleverd wanneer het zeer waarschijnlijk is dat deze na de beoogde datum van uittreding van het VK op 29 maart 2019 nog in detentie zal zitten. De voorgenomen vragen in deze zaak zijn minder hypothetisch dan de Amsterdamse burgerschapsvragen, ook al geldt wederom dat het op dit moment onduidelijk is wat de toekomstige afspraken tussen de EU en het VK zijn ten aanzien van het EAB-regime en wat dientengevolge de rechten van O'Connor zijn.³⁴ Het is namelijk zo dat de Ierse rechter al vóór de Brexit de beslissing van de Ierse autoriteiten moet toetsen in het licht van deze onzekerheid, die mogelijk nadelige consequenties kan hebben voor O'Connor. In de Amsterdamse zaak ligt er daarentegen nog geen beslissing. De EAB-kwestie is ook in zoverre anders dan de Brexit-zaken omdat het hier gaat om vrijheidsbeneming en het absolute grondrecht van recht op persoonlijke vrijheid in het geding is.

Een logischere route om de burgerschapskwestie bij het HvJ EU te krijgen vóór de Brexit is de mogelijkheid om op grond van artikel 218 lid 11 VWEU advies in te winnen bij het HvJ EU over de verenigbaarheid van 'een voorgenomen overeenkomst' met de Verdragen. Dit verzoek kan worden gedaan door een lidstaat, het Europees Parlement, de Raad of de Commissie. Het inwinnen van zo'n advies kan (en moet zelfs)³⁵ gedaan worden voordat de overeenkomst geheel is uitonderhandeld.

Afsluiting

Vanuit het perspectief van het HvJ EU is het misschien beter dat de vragen uiteindelijk niet gesteld zijn aangezien het HvJ EU daarmee in een lastige positie zou zijn geplaatst en zich prematuur over zeer politiek-explosieve rechtsvragen zou hebben moeten uitlaten waarover nog onderhandelingen gaande zijn.³⁶ Tegelijkertijd laten (vooral) de Ierse verwijzingen zien dat de aanstaande Brexit op bepaalde punten onzekerheden oplevert die nu al voor juridische problemen zorgen die niet kunnen wachten tot er een akkoord ligt. Het lijkt er op dat het HvJ EU uiteindelijk genoodzaakt zal zijn zich te mengen in de Brexit-discussie als gevolg van vragen van nationale rechters voordat de precieze contouren van de uittreding een feit zijn. Als dat niet in de Ierse zaken is, dan vast in andere zaken, vooral op het terrein van het strafrecht en asierecht.³⁷ Een HvJ EU-uitspraak vóór 29 maart 2019, waarin het HvJ EU ingaat op juridische kwesties post-Brexit, is dus waarschijnlijk, tenzij het HvJ EU dergelijke vragen, op bijvoorbeeld procesrechtelijke gronden, zal proberen te ontwijken. •

30. Vergelijk ook R. van der Hulle in noot JB 2018/45, randnummer 10.

31. Zie ook S. Peers, 'Ending the limbo: the case for ring-fencing EU27 and UK citizens' rights after Brexit – with a proposed text', 1 maart 2018, *EU Law Analysis*.

32. Vergelijk R. McCrea, 'Brexit EU citizenship rights of UK nationals and the Court of Justice', 8 februari 2018, <https://ukconstitutionallaw.org>; zie ook Kochenov die het heeft over 'a most dubious reference in a moot case submitted in abuse of Article 267

TFEU': D. Kochenov, 'Misguided 'associate EU citizenship' talk as a denial of EU values', 2 maart 2018, *Verfassungsblog*.

33. Daarnaast zou men ook kunnen betogen dat het terugtrekkingsakkoord niet zomaar de burgerschapsrechten mag aantasten, aangezien het primaire EU-recht boven het secundaire EU-recht gaat. A. Arnall, 'UK nationals and EU citizenship: References to the European Court of Justice and the February 2018 decisions of the District Court, Amsterdam', 28 maart 2018, *EU Law Analysis*.

34. Supreme Court 1 February 2018 [2018] IESC 3 (*Minister for Justice/O'Connor*), punten 5.5-5.25.

35. Zie HvJ EG 13 december 1995, Advies 3/94 (*Framework Agreement on Bananas*).

36. Zie ook de waarschuwing aan het HvJ EU van Garner dat mocht het HvJ EU op grond van een teleologische uitleg van art. 20 VWEU concluderen dat Britten hun burgerschapsrechten behouden dit erg ver gaat, zelfs 'beyond judicial activism'. O. Garner, 'Does Member State withdrawal from the

European Union extinguish EU citizenship?', 19 februari 2018, *European Law Blog*.

37. Dit soort vragen komen natuurlijk met name op in het kader van de samenwerking tussen lidstaten in de Ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht waaronder de strafrechtelijke samenwerking en asiel vallen. Het is op deze twee laatste terreinen dat het HvJ EU ook versneld middels een spoedprocedure uit de vierde alinea van art. 267 VWEU (PPU) antwoord kan geven in soms minder dan twee maanden.