

Automatische erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen in het Europa van nu: de noodzaak van een nieuwe blik op wederzijds vertrouwen na *J/H Limited*

C.G. van der Plas, A.F. Veldhuis & B.H.B. Verheul*

Abstract

*This article explores the concept of mutual trust in the context of the recognition and enforcement of judgments under Brussels Ibis. Backslidings in the rule of law in Member States such as Hungary and Poland have cast doubts on the reliability of mutual trust in judicial cooperation. The Court of Justice of the European Union (CJEU) has further complicated the issue of mutual trust in its ruling in *J/H Limited*. The CJEU held that judgments from third countries, that have been or could have been capable of being subject to an inquiry in adversarial proceedings in a Member State, result in a ‘judgment’ within the meaning of Article 2a Brussels Ibis.*

This article critically assesses whether the concept of mutual trust justifies the (indirect) automatic recognition and enforcement of third-country judgments under Brussels Ibis. It examines the content of the principle of mutual trust and argues that – although mutual trust is of fundamental importance for European integration – mutual trust must be balanced with adequate safeguards to protect fundamental rights in accordance with the jurisprudence of the European Court of Human Rights. While the public policy exception of Article 45 of Brussels Ibis is generally scrutinized for its effectiveness in addressing human rights violations, the analysis reveals that the current safeguards might not always be efficient in the context of third-country judgments under Brussels Ibis. By re-evaluating the principle of mutual trust in the context of third-country judgments, the article underscores the necessity of a more nuanced approach to mutual trust.

* Prof. mr. C.G. (Cathalijne) van der Plas is hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Universiteit Leiden, advocaat-partner bij JahaeRaymakers en redacteur van dit tijdschrift, mr. A.F. (Floor) Veldhuis is PhD-fellow aan de Universiteit Leiden en mr. B.H.B. (Bryan) Verheul is docent aan de Universiteit Leiden en start daar per 1 juli 2024 als PhD-fellow; hij heeft zijn masterscriptie geschreven over *J/H Limited* en wederzijds vertrouwen.

1. Inleiding

‘Europe will not be made all at once, or according to a single plan. It will be built through concrete achievements which first create a de facto solidarity.’¹ Dat zijn de beroemde woorden van Schuman, woorden die als startschot worden gezien voor de creatie van de Europese Unie (‘EU’). De door Schuman bedoelde solidariteit – ook wel genoemd de *European spirit* van bij elkaar horen en elkaar steunen² – is inmiddels een fundamenteel beginsel binnen de EU. Om solidariteit te laten voortbestaan, is wederzijds vertrouwen in elkaars rechtsstelsels en gerechten essentieel.³ Het beginsel van wederzijds vertrouwen komt daarom prominent naar voren in Europese secundaire wetgeving en uitspraken van het Hof van Justitie van de EU (‘HvJ EU’).⁴ Wederzijds vertrouwen beoogt Europese integratie: het dwingt lidstaten te veronderstellen dat de juridische oplossingen van de ene lidstaat uitwisselbaar zijn met die van de andere lidstaat, ondanks inhoudelijke en procedurele verschillen tussen beide rechtsstelsels.⁵ Op die manier wordt gestreefd naar eenheid waarbij tegelijkertijd de diversiteit tussen de verschillende lidstaten wordt gerespecteerd (in de internationale literatuur⁶ ook wel aangeduid als: ‘all different,

1 Schuman Declaration 9 May 1950.

2 Zie over de *European spirit* M. Krijtenberg, *Schuman's Europe: his frame of reference* (diss. Leiden), 2012, p. 180, 209, 218 en 232 en over het solidariteitsbeginsel K. Lenaerts & S. Adam, ‘Solidariteit als leidraad en uitdaging voor een sociaal Europa’, *SEW* 2021/7-8, p. 297.

3 Lenaerts & Adam 2021, p. 319 (zie noot 2); HvJ EU 16 februari 2022, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 (*Hongarije/EU*), r.o. 129; HvJ EU 16 februari 2022, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98 (*Polen/EU*), r.o. 147; S. Prechal, ‘Mutual Trust Before the Court of Justice in the European Union’, *European Papers* 2017/1, p. 92.

4 Zie J. Snell, ‘The Single Market: Does Mutual Trust Suffice?’, in: E. Brouwer & D. Gerard (red.), *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*, EUI Working Papers, Max Weber Programme 2016/10, p. 13; M. Weller, ‘Mutual Trust within Judicial Cooperation in Civil Matters: A Normative Cornerstone – A Factual Chimera – A Constitutional Challenge’, *NIPR* 2017/1, p. 1; X.E. Kramer, *Procedure Matters: Construction and Deconstruction in European Civil Procedure* (oratie Erasmus Universiteit Rotterdam), Den Haag: Eleven International Publishing 2013, p. 18. Enkele voorbeelden van secundaire EU-wetgeving zijn: Verordening (EU) 2019/1111 betreffende de bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kindertoevoer, *PbEU* 2019, L 178/1 (‘Brussel-IIter’), preambule nr. 3, 54-55; Verordening (EU) 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2012, L 351/1 (‘Brussel-Ibis’), preambule nr. 26; Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen lidstaten (2002/584/JBZ), *PbEG* 2002, L 190/1 (‘Kaderbesluit EAB’), preambule nr. 10; Verordening (EU) 604/2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend, *PbEU* 2013, L 180/31 (‘Dublin-III’), preambule nr. 22.

5 Zie de oratie van één van de auteurs van dit artikel C.G. van der Plas, *Het IPR als onderdeel van de internationale architectuur: over een januskop en contact met de burens* (oratie Universiteit Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2023, p. 8.

6 Zie E. Storskrubb, ‘Mutual Trust and the Limits of Abolishing *Exequatur* in Civil Justice’, in: Brouwer & Gerard (2016) (zie noot 4), p. 20.

but equal’).⁷ In het Europese internationaal privaatrecht speelt het beginsel van wederzijds vertrouwen ook een belangrijke rol: het wordt onder andere gezien als de rechtvaardiging voor het op basis van Verordening Brussel-Ibis (‘Brussel-Ibis’) geldende vrije verkeer van vonnissen in burgerlijke en handelszaken binnen de EU.⁸

Het beginsel van wederzijds vertrouwen (‘wederzijds vertrouwen’) is echter in een ander daglicht komen te staan met de veranderende politieke verhoudingen en de democratische terugval in relatief jonge EU-lidstaten, zoals Polen en Hongarije.⁹ Twijfels over onder andere de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in die landen doen (opnieuw¹⁰) de vraag rijzen of wederzijds vertrouwen hebben in – kort gezegd – elkaars rechterlijke uitspraken gerechtvaardigd is. In het kielzog daarvan rijst de vraag of voldoende juridische mogelijkheden bestaan voor een lidstaatrechter om in gevallen van twijfel de erkenning en tenuitvoerlegging van een vonnis te weigeren. Deze vragen rijzen niet uitsluitend in intra-EU context.¹¹ In het arrest *J/H Limited* van 2022 heeft het HvJ EU aanvaard – althans zo wordt aangenomen¹² – dat ook vonnissen uit niet-EU lidstaten (‘derdelandsvonnissen’) vrij kunnen circuleren in de EU, mits deze derdelandsvonnissen na een procedure op summere tegenspraak door een lidstaatrechter in de

7 Oratie Van der Plas 2023, p. 8 (zie noot 5); C. Rizcallah, ‘Le principe de confiance mutuelle dans l’union européenne: un principe en péril’, *Dalloz, Les Cahiers de la Justice* 2022/3, p. 448; Storskrubb 2016, p. 20 (zie noot 6).

8 Zie punt 6 en 26 van de preambule van Brussel-Ibis.

9 Zie bijv. EU 2023 Justice Scoreboard, p. 41-42 en figuur 49 en 51 en voor wat betreft recente ontwikkelingen in Slowakije: <https://www.transparency.nl/nieuws/2024/02/rechtsstaat-in-slowakije-ernstig-onder-druk/>. Ook diverse auteurs verwijzen naar deze *rule of law crises*: zie M. Luining, ‘Op zoek naar een salomonsoordeel: herstel en verbetering van de Poolse rechtsstaat’, *AA* 2024/0423; L. Bohacek, ‘Mutual Trust in EU Law: Trust “in What” and “Between Whom”’, *EJLS* (14/1) 2022, p. 105; E. Xanthopoulou, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice: A Role for Proportionality?*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 36; P. Popelier, G. Gentile & E. van Zimmeren, ‘Bridging the Gap between Facts and Norms: Mutual Trust, the European Arrest Warrant and the Rule of Law in an Interdisciplinary Context’, *European Law Journal* (27) 2021, p. 168; M. Hazelhorst, ‘Mutual Trust Under Pressure: Civil Justice Cooperation in the EU and the Rule of Law’, *Netherlands International Law Review* (65) 2018, p. 104; P. Ronsfeld, ‘Mutual Recognition and Mutual Trust’, in: M. Jesse, *European Societies, Migration and the Law – the ‘Others’ amongst ‘Us’*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, p. 149; C. Whytock, ‘Faith and Scepticism in Private International Law: Trust, Governance, Politics and Foreign Judgments’, *Erasmus Law Review* 2014/3, p. 119.

10 Zie bijvoorbeeld reeds eerder over Roemenië en Bulgarije respectievelijk Beschikkingen 2006/928/EG en Beschikking 2006/929/EG over de voortgang in die landen met betrekking tot hervormingen van het justitieel stelsel en de bestrijding van corruptie en georganiseerde misdaad.

11 Daarmee bedoelen wij beslissingen van lidstaatrechters in of samenhangende met een bodemprocedure in die lidstaat die in een andere lidstaat worden erkend en tenuitvoergelegd.

12 HvJ EU 7 april 2022, C-568/20, ECLI:EU:C:2022:264, *NIPR* 2022-288 (*J/H Limited*), *NJ* 2022/213, m.nt. L. Strikwerda, nr. 7-9, *JBPr* 2022/68, m.nt. T.A.G. Bens, nr. 9, M. Zilinsky, ‘Tenuitvoerlegging van derdelands rechterlijke beslissingen en de Verordening Brussel I-bis’, *WPNR* 2022/7379, p. 545-546. Zie verder H. Muir Watt, ‘Exequatur sur exequatur vaut parfaitement (CJEU, 4 avril 2022, aff. C-568/20, *J/H Limited*)’, *Revue Critique de Droit International Privé* 2023/1 (nr. 1), p. 139-152; B. Hess, ‘Exequatur sur exequatur (ne) vaut? Der EuGH erweitert die Freizügigkeit von Drittstaatenurteilen nach Art. 39 ff. EuGVVO’, *IPRax* 2022, p. 349-351; V. Lazic & P. Mankowski, *The Brussels I-bis Regulation. Interpretation and Implementation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2023, nr. 1.182-1.183.

vorm van een beslissing in de zin van artikel 2 sub a van Brussel-Ibis zijn vervat (hierna: ‘beslissing’).¹³ In dat verband heeft één van de auteurs van dit artikel zich in een eerdere publicatie afgevraagd of een ‘beslissing’ van een rechter van het huidige Poetin-vriendelijke Hongarije¹⁴ tot erkenning en tenuitvoerlegging van een Russisch vonnis dat op ‘Yukos-achtige’¹⁵ wijze tot stand is gekomen,¹⁶ alsnog in andere lidstaten kan worden tegengehouden. De Hongaarse rechter fungeert in dat voorbeeld als rechter van de ‘poortwachterslidstaat’. Gaat de executant met het Hongaarse ‘erkenningvonnis’ in de hand naar een Nederlandse rechter, dan moet de Nederlandse rechter vertrouwen op de beoordeling van de Hongaarse rechter. De vraag rijst of wederzijds vertrouwen zo ver strekt. Als dat zo is, wordt het belang van weigeringsgronden voor erkenning en tenuitvoerlegging (zoals de openbare-orde-exceptie) nog groter.¹⁷ Dat het huidige Poetin-vriendelijke Hongarije de deur openzet daar waar Nederland hem gesloten zou houden, is immers helaas niet ondenkbaar.¹⁸

Deze ontwikkelingen vragen om een nieuwe blik op wederzijds vertrouwen. Wij richten ons in dit artikel op het erkennings- en tenuitvoerleggingssysteem van Brussel-Ibis. Na een korte

-
- 13 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 47. Deze uitspraak is op veel kritiek gestuit (zie de annotaties in noot 12). In working papers over de herziening van Brussel-Ibis wordt bovendien geadviseerd om *J/H Limited* terug te draaien door de zogenaamde ‘merger judgments’ expliciet van het toepassingsgebied van Brussel-Ibis uit te sluiten, zie de working paper 2022/5 in noot 16 hierna, p. 18 en de Vienna Working Paper (20 March 2024) in noot 16 hierna, p. 22-23.
- 14 Zie bijvoorbeeld: ‘Hongaarse regering gaat zelf rechters benoemen’, nos.nl 12 december 2018; ‘The Hungarian government threatens EU values, institutions, and funds, MEPs say’, europarl.europa.eu 18 januari 2024; ‘The Rule of Law: the uncertain gamble on conditionality’, 13 maart 2023, <https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/660-the-rule-of-law-the-uncertain-gamble-on-conditionality>; B. Lobina, ‘Between a Rock and a Hard Place: The Impact of Rule of Law Backsliding on the EU’s Response to the Russo-Ukrainian War’, *European Papers* 2023/8, p. 1145-1146; L. Puleo & R. Coman, ‘Explaining judges’ opposition when judicial independence is undermined: insights from Poland, Romania and Hungary’, *Democratization* (31/1) 2024, p. 47-69.
- 15 Zie Oratie Van der Plas 2023, p. 9 (zie noot 5) met verwijzing naar HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, *NIPR* 2019-63, *NJ* 2019/364, m.nt. Th. M. de Boer, *JOR* 2019/165, m.nt. P.M. Veder. De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het Hof Amsterdam waarin is geoordeeld dat aan het Russische faillissementsvonnis geen rechtsgevolgen kunnen worden toegekend in Nederland vanwege strijd met de (procedurele en materiële) openbare orde, omdat de (belasting)regels die door Russische autoriteiten zijn geschonden het kennelijke oogmerk hadden om uiteindelijk het faillissement van Yukos Oil uit te lokken.
- 16 Of daarvoor een verkapte of zuivere exequatur nodig is, weten wij overigens niet. Als *J/H Limited* zo moet worden uitgelegd dat ook zuivere exequaturs binnen het toepassingsbereik van Brussel-Ibis vallen (zie later in § 2) en in Hongarije een zuivere exequatur is vereist, kan het Hongaarse vonnis mogelijk in de EU vrij circuleren. Als *J/H Limited* zo moet worden uitgelegd dat uitsluitend verkapte exequaturs binnen het toepassingsbereik van Brussel-Ibis vallen en in Hongarije een zuivere exequatur is vereist, bestaat echter het risico dat landen zoals Hongarije hun nationale procedures aanpassen, zie de update op Conflict of Laws.net van M. Weller, ‘Conference Report from Luxemburg: On the Brussels Ibis Reform’ met verwijzingen naar twee working papers: ‘Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects’, *MPILux Research Papers* 2021/4 (Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law); ‘The Reform of the Brussels Ibis Regulation’, *MPILux Research Paper* 2022/5. Zie voorts Hess e.a., ‘The Reform of the Brussels Ibis Regulation – Additional Proposals’, Vienna Working Paper (20 March 2024).
- 17 Muir Watt 2023, p. 139-152 (zie noot 12).
- 18 Oratie Van der Plas 2023, p. 9 (zie noot 5).

bespreking van dit systeem en het arrest *J/H Limited* (§ 2) en een bespreking van de functies en reikwijdte van wederzijds vertrouwen (§ 3) geven wij antwoord op de volgende vraag: ‘Rechtvaardigt wederzijds vertrouwen de (indirecte) automatische erkenning en tenuitvoerlegging van derdelandsvonnissen op grond van Brussel-Ibis zoals door het HvJ EU aangenomen in *J/H Limited*’? Het antwoord op die vraag luidt in beginsel bevestigend (einde § 3). Jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (‘EHRM’) vereist echter dat schendingen van fundamentele rechten moeten kunnen worden getoetst, ook als wederzijds vertrouwen uitgangspunt is. Er moeten daarom voldoende controlemechanismen (ook wel ‘veiligheidskleppen’) beschikbaar zijn. In § 4 onderzoeken wij of in dit verband de openbare-orde-exceptie in artikel 45 Brussel-Ibis volstaat als veiligheidsklep. Na een analyse van jurisprudentie van het HvJ EU en het EHRM komen wij tot een ontkennende beantwoording. Na suggesties voor een oplossing in § 4 komen wij tot een afsluiting van dit artikel in § 5.

2. Erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen binnen de EU

2.1 *Wederzijdse erkenning in de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht*

Bij de oprichting van de Europese Gemeenschap hebben lidstaten zich verplicht om in onderhandeling te treden over de vereenvoudiging van de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen.¹⁹ Van het beoogde vrije verkeer van vonnissen zou de interne markt goed kunnen profiteren.²⁰ De eerste stap daartoe werd gezet met het EEX-Verdrag van 1968, waarin een systeem van automatische erkenning en een geharmoniseerde exequaturprocedure werd ingevoerd.²¹ Met het Verdrag van Amsterdam van 1997²² werd vervolgens de ‘handhaving en ontwikkeling’ van een Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht (‘RVVR’) toegevoegd aan de doelstellingen van de EU, waardoor zij voortaan niet alleen een interne markt maar ook een rechtsruimte vormde.²³ Daarmee werd het fundament gelegd voor de justitiële samenwerking tussen lidstaten op het gebied van strafzaken, bestuursrechtelijke aangelegenheden en

19 Zie art. 293 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 25 maart 1957, *Tvb* 1957, nr. 91 (‘Verdrag van Rome’).

20 Rapport van P. Jenard betreffende het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel 27 september 1968, *PbEG* 1979, C 59/1, p. 3. Zie ook M. Hazelhorst, *Free Movement of Civil Judgements in the European Union and the Right to a Fair Trial* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Den Haag: Asser Press 2017, p. 32-33; X.E. Kramer, ‘Cross-border Enforcement in the EU: Mutual Trust Versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure’, *International Journal of Procedural Law* 2011/2, p. 4.

21 Zie art. 26 van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging in burgerlijke en handelszaken (72/454/EEG), *PbEG* 1972, L 299/32 (‘EEX-Verdrag’). Wederzijds vertrouwen komt nog niet in dit verdrag voor, maar in het rapport Jenard valt op p. 46 wel te lezen: ‘Het ontbreken van een hernieuwd onderzoek van de zaak zelf impliceert een volledig vertrouwen in de rechtspraak van de staat van herkomst’.

22 Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, *PbEG* 1997, C 340/1.

23 J.J. Rijpma, *Vrij verkeer van personen, de Schengenruimte en de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht: up or out?*, Leiden: Universiteit Leiden 2021, p. 7.

burgerlijke zaken.²⁴ De belangrijkste doelstelling van de RVVR is de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen. Wederzijdse erkenning werd later als fundamenteel rechtsbeginsel van EU-recht en hoeksteen van zowel de interne markt als de RVVR verankerd in het Verdrag van Lissabon.²⁵ Sindsdien wordt wederzijdse erkenning ook wel gezien als een integratie-/reguleringsmethode die tot doel heeft de grensoverschrijdende samenwerking tussen lidstaten binnen de RVVR met secundaire regelgeving te bespoedigen. Door lidstaten als ‘all different, but equal’ te behandelen, kunnen obstakels voor integratie als gevolg van een gebrek aan harmonisatie worden overwonnen.²⁶ Voor deze wederzijdse erkenning is echter een vorm van wederzijds vertrouwen nodig. Het idee is dat het lidmaatschap van de EU de eerbiediging van EU-(grond)rechten²⁷ door alle lidstaten veronderstelt. Dat creëert wederzijds vertrouwen, dat als basis dient voor wederzijdse erkenning.²⁸ Of daadwerkelijk vertrouwen bestaat, doet niet ter zake.

In 1999 heeft de Europese Raad in Tampere een speciale bijeenkomst gehouden waarin de doelstellingen en strategieën van de RVVR zijn besproken.²⁹ De Europese Raad heeft de Raad en de Commissie toen gevraagd om een programma te ontwikkelen voor de implementatie van de beoogde wederzijdse erkenning. In 2001 zag het eerste programma – het Haags Programma – het licht.³⁰ Het Haags Programma is daarna opgevolgd door het Stockholm Programma en twee strategierichtlijnen.³¹ Kern van deze programma’s is enerzijds afschaffing van exequaturprocedures in verschillende rechtsgebieden en anderzijds de versteviging van wederzijds vertrouwen tussen lidstaten. In het verlengde van deze programma’s is een reeks secundaire wetgeving verschenen op grond waarvan exequaturprocedures (gedeeltelijk) zijn afgeschaft.³² Voor wat betreft de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burger-

24 Verdrag van Amsterdam en daarover Weller 2017, p. 2 (zie noot 4); Oratie Kramer 2013, p. 17 (zie noot 4).

25 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *PbEG* 2007, C 306/1 (ook wel: ‘VWEU’), met name art. 67, 70, 81 en 82.

26 Zie hierover V. Mitsilegas, ‘Conceptualizing Mutual Trust in European Criminal Law: the Evolving Relationship between Legal Pluralism and Rights Based Justice in the EU’, in: Brouwer & Gerard 2016 (zie noot 4), p. 23; T. van den Sanden, ‘Het principe van wederzijds vertrouwen in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht’, *SEW* 2014/5, p. 236.

27 Bij de Europese Raad van Nice werd een Handvest van grondrechten ondertekend als voorbereiding op de grootste uitbreiding van de EU met tien nieuwe lidstaten, waaronder Tsjechië, Cyprus, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Slowakije en Slovenië. Het handvest staat nu bekend als het EU-Handvest, zie Verdrag van Nice, *PbEG* 2001, C 80/1.

28 Zie Mitsilegas 2016, p. 24 (zie noot 26).

29 Zie Europese Raad van Tampere 15 en 16 oktober 1999, Conclusies van het Voorzitterschap, onder VI.

30 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 10 mei 2005, ‘Het Haags programma: tien prioriteiten voor de komende vijf jaar. Het partnerschap voor Europese vernieuwing op het gebied van vrijheid, veiligheid en recht’, COM(2005) 184 def.

31 Europese Raad, Het programma van Stockholm – een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, 2010/C 115/01, *PbEU* 2010, C 115/1; Europese Raad, Conclusies 26/27 juni 2014 EUCO 79/14 (voor de periode 2015-2020); Europese Raad, een nieuwe strategische agenda voor de EU van 20 juni 2019 (voor de periode 2019-2024).

32 Bijv. Verordening (EG) nr. 805/2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *PbEU* 2004, L 143/15; Verordening (EG) nr. 1896/2006 tot invoering van een Europese

lijke en handelszaken is de vereenvoudiging van het erkennings- en tenuitvoerleggingsregime ingezet met de Brussel I-verordening.³³ Anders dan onder het EEX-Verdrag mocht een rechter geen zelfstandig onderzoek meer doen naar weigeringsgronden voor erkenning en tenuitvoerlegging, maar moest het vonnis nog wel uitvoerbaar worden verklaard.³⁴ Bij de plannen voor een herschikking van Brussel-I was het aanvankelijk de bedoeling om naast de vereiste verklaring van uitvoerbaarheid ook de weigeringsgronden af te schaffen, zodat geen enkele belemmering meer zou bestaan voor de erkenning en tenuitvoerlegging.³⁵ Daartoe waren de lidstaten echter niet bereid.³⁶ De exequaturprocedure werd afgeschaft, maar de weigeringsgronden bleven gehandhaafd. Inmiddels zijn er voorbereidende handelingen verricht om ook Brussel-Ibis te herzien.³⁷ De handhaving van de weigeringsgronden staat daarbij voornamelijk niet ter discussie.

2.2 *Derlandsvonnissen en J/H Limited*

Het automatische erkennings- en tenuitvoerleggingssysteem van Brussel-Ibis ziet op burgerlijke en handelszaken en is formeel van toepassing op ‘elke door een gerecht van een lidstaat gegeven beslissing’.³⁸ De term ‘beslissing’ moet ruim worden geïnterpreteerd: het gaat niet alleen om beslissingen in procedures die ten gronde zijn gevoerd, maar ook om uitspraken over voorlopige en bewarende maatregelen of verstekvonnissen.³⁹ Enige voorwaarde is dat de rechterlijke uitspraak onderwerp is of kon zijn geweest van een procedure op tegenspraak.⁴⁰ Uit artikel 36 Brussel-Ibis volgt dat een beslissing zonder vorm van proces in andere lidstaten wordt erkend.⁴¹ Een beslissing is verder in andere lidstaten uitvoerbaar zonder dat een verklaring van

betalingsbevelprocedure, *PbEU* 2006, L 399/1; Verordening (EG) nr. 861/2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, *PbEU* 2007, L 199/1.

33 Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1 (‘Brussel-I’).

34 Zie art. 38 Brussel-I.

35 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2010) 748, p. 4. Zie ook Green Paper on the review of Council Regulation no 44/2001, (COM)2009 175 final.

36 Zie Storskrubb 2016, p. 18 (zie noot 6); X.E. Kramer, ‘Cross-border Enforcement and the Brussels I-bis Regulation: Towards a New Balance between Mutual Trust and National Control of Fundamental Rights’, *NILR* (60/3) 2013, p. 343-373, § 3.1.

37 Zie Conference Report Brussels Ibis Reform en Working Paper 2022, p. 18 (noot 16).

38 Zie voor het materiële toepassingsgebied art. 1 lid 1 Brussel-Ibis en voor het formele toepassingsgebied art. 36 en 39 Brussel-Ibis. Het formele toepassingsgebied is bij erkenning en tenuitvoerlegging ruimer dan bij de regeling voor bevoegdheid. Onder het begrip ‘beslissing’ vallen geen schikkingen, zie HvJ EG 2 juni 1994, C-414/92, ECLI:EU:C:1994:221, *NIPR* 1995-246 (*Solo Kleinmotoren GmbH/Emilio Boch*). Temporeel bezien zijn de regels voor erkenning en tenuitvoerlegging van toepassing op beslissingen geweest na 10 januari 2015.

39 Lazić & Mankowski 2023, nr. 7.012 (zie noot 12) onder verwijzing naar HvJ EU 20 juni 2022, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488, *NIPR* 2022-544, r.o. 49 en HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 24, 26.

40 Zie noot 13.

41 Dit was ook al zo bij de voorlopers van Brussel-Ibis. De partij die in een andere lidstaat een beslissing inroept moet bij dat gerecht of de aangezochte instantie wel een afschrift van de beslissing overleggen, zodat

uitvoerbaarheid (exequatur) vereist is.⁴² Deze automatische erkenning en tenuitvoerlegging kan slechts worden verhinderd door een geslaagd beroep op één van de weigeringsgronden die zijn neergelegd in artikel 45 lid 1 Brussel-Ibis (zie § 4).⁴³

Gelet op het formele toepassingsgebied vallen derdelandsvonnissen zelf niet onder het automatische erkennings- en tenuitvoerleggingsregime van Brussel-Ibis. Aangenomen werd dat hetzelfde geldt voor een door een lidstaatrechter – al dan niet op basis van een executieverdrag – verleend verlot tot tenuitvoerlegging van een derdelandsvonnis ('zuiver exequatur'). Dit wordt wel aangeduid als het verbod van dubbele exequatur; een exequatur heeft slechts territoriale werking en kan dus niet opnieuw van een exequatur worden voorzien in een andere lidstaat.⁴⁴ Aangenomen werd voorts dat dit verbod ook geldt voor een uitspraak van een lidstaatrechter waarin de verweerder wordt veroordeeld conform de veroordeling in het derdelandsvonnis ('verkapt exequatur').⁴⁵ Dat is ook niet zo vreemd, want behalve de vorm (exequatur of 'eigen' uitspraak) bestaat er geen wezenlijk verschil tussen de exequaturprocedure en de verkapte exequaturprocedure; in beide procedures wordt het derdelandsvonnis getoetst aan de hand van een aantal (erkennings)voorwaarden, maar blijft een onderzoek ten gronde in beginsel achterwege.⁴⁶ Dat verbod staat echter – op zijn zachtst gezegd – sinds *J/H Limited* op losse schroeven.⁴⁷

Voor zover relevant ging het volgende aan *J/H Limited* vooraf. In Jordanië is J in twee definitieve vonnissen veroordeeld tot betaling van een bedrag van 10 miljoen USD aan de bank H Limited. H Limited vraagt in het Verenigd Koninkrijk⁴⁸ om een betalingsbevel.⁴⁹ De procedure tot het verkrijgen van een betalingsbevel (een *order-for-payment procedure*; niet te verwarren met de EU-Betalingsbevelprocedure⁵⁰) is een procedure op summier tegenspraak, waarbij de rechter op verzoek van de executant beoordeelt of de veroordeling van de gedaagde in een derde

de echtheid daarvan kan worden vastgesteld (art. 37 lid 1 sub a). Ook geeft deze partij een certificaat af van het gerecht van oorsprong (art. 37 lid 1 jo. 53).

42 Art. 39 Brussel-Ibis.

43 Daarnaast kan op grond van art. 41 lid 2 Brussel-Ibis ook een beroep worden gedaan op weigeringsgronden waarin het recht van de aangezochte lidstaat voorziet, voor zover zij niet onverenigbaar zijn met de weigeringsgronden van art. 45 Brussel-Ibis, zie voetnoot 31 in Oratie Van der Plas 2023 (zie noot 5), met verwijzing naar T&C Rv, commentaar op art. 41 Brussel-Ibis (Krzeminski 2022), alsook A-G Pikamaë in zijn conclusie bij *J/H Limited*, § 46.

44 Oratie Van der Plas 2023, p. 5 (zie noot 5); Muir Watt 2023, p. 147 e.v. (zie noot 12); Lazic & Mankowski 2023, nr. 1.182-1.183 (zie noot 12); Zilinsky 2022, p. 546 (zie noot 12).

45 Magnus/Mankowski/*Merret*, Brussels Ibis Regulation (2023) Art. 2, note 12.

46 In Nederland geldt de verkapte exequaturroute van art. 431 lid 2 Rv, zie Zilinsky 2022, p. 546 (zie noot 12) en noot 63 hierna.

47 HvJ EU *J/H Limited* 2022 met de hiervoor in noot 12 genoemde annotaties en K.J. Krzeminski, '*Actio iudicati* onder de Brussel I-bis Vo: een open deur of een geopend "achterdeurtje"?', *NIPR* 2022/4, p. 650-659.

48 Het Verenigd Koninkrijk was vanwege Brexit op het moment van de prejudiciële procedure geen lidstaat meer van de EU, maar de zaak viel onder het overgangsregime van art. 67(2)a van het VK-EU-terugtrekkingsakkoord, zie Zilinsky 2022, p. 544 (zie noot 12).

49 *Arab Jordan Investment Bank PLC and HSBC Bank Middle East Limited v. Jabra Ibrahim Sharbain* [2019] EWHC 860 (Comm), r.o. 1-4.

50 EG nr. 1896/2006 (zie noot 32).

land kan worden bekrachtigd in *summary proceedings*.⁵¹ De Engelse rechter wijst de vorderingen toe en geeft een certificaat af zoals bedoeld in artikel 53 Brussel-Ibis.⁵² De bank – H Limited – gaat vervolgens naar de Oostenrijkse rechter om in Oostenrijk het Engelse vonnis ten uitvoer te leggen.⁵³ In Oostenrijk worden uiteindelijk door het Oberste Gerichtshof prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld. Het Oberste Gerichtshof vraagt zich met name af of het betalingsbevel van de Engelse rechter (waarin de Jordaanse vonnissen zijn bekrachtigd) als ‘beslissing’ kan worden aangemerkt en daarmee in andere lidstaten direct uitvoerbaar is.⁵⁴

In de beantwoording van de prejudiciële vragen richt het HvJ EU zijn aandacht eerst op het begrip ‘beslissing’. Volgens het HvJ EU vallen uitspraken onder Brussel-Ibis als het gaat om rechterlijke beslissingen die in de lidstaat van herkomst op diverse wijzen het onderwerp zijn geweest of konden zijn geweest van een procedure op tegenspraak voordat in een andere lidstaat om erkenning en tenuitvoerlegging wordt verzocht.⁵⁵ Deze ruime uitleg wordt bevestigd door het stelsel van Brussel-Ibis en de doelstellingen daarvan.⁵⁶ Het HvJ EU verwijst in dat verband naar (i) het doel van een snelle, eenvoudige erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen, (ii) wederzijds vertrouwen en (iii) het gesloten stelsel van uitzonderingen.⁵⁷ Nu tenminste een summier onderzoek op tegenspraak is voorafgegaan aan het verkrijgen van het in het hoofdgeding bedoelde betalingsbevel, moet volgens het HvJ EU dan ook worden aangenomen dat het Engelse betalingsbevel een ‘beslissing’ is. Het betalingsbevel is daarmee ook in andere lidstaten, zoals Oostenrijk, uitvoerbaar.

Dat deze uitspraak van een rechter in een lidstaat is geweest ter uitvoering van een derdelandsvonnis doet aan die conclusie niet af, volgens het HvJ EU.⁵⁸ Het HvJ EU overweegt dat lidstaten in beginsel vrij zijn om voorwaarden en procedures te bepalen op grond waarvan de gerechten kennis kunnen nemen van geschillen. Als gevolg daarvan hebben bepaalde typen procedures en rechterlijke beslissingen in een bepaalde lidstaat niet noodzakelijkerwijs een equivalent in andere lidstaten.⁵⁹ In deze overweging weerspiegelt het beginsel van wederzijds vertrouwen: ‘all different, but equal’. Het door de verwijzingsrechter genoemde arrest *Owens Bank* staat aan dit oordeel niet in de weg, aldus het HvJ EU.⁶⁰ Allereerst heeft Brussel-Ibis niet tot doel procedureregels te uniformeren, en is dus de kwalificatie van het Engelse betalingsbevel als ‘beslissing’ op geen enkele manier afhankelijk van de vraag of de procedure die tot het bevel

51 De eiser moet aantonen dat er ‘no real prospect of successful defense and no other compelling reasons for trial’ bestaat, zie de uitspraak in noot 49, r.o. 10.

52 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 12.

53 Oratie Van der Plas 2023, p. 5 (zie noot 5).

54 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 12-20.

55 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 24.

56 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 27.

57 Zie achtereenvolgens voor (i) r.o. 28, (ii) r.o. 29-30 en (iii) r.o. 31 en voor een uitgebreide bespreking van de overwegingen de in noot 12 genoemde annotaties.

58 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 32, 33.

59 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 32, 33.

60 HvJ EG 20 januari 1994, C-129/92, ECLI:EU:C:1994:13, *NIPR* 1994-282, *NJ* 1994/351, m.nt. J.C. Schultsz (*Owens Bank*), waarin is geoordeeld dat de litispendingeregeling van het EEX-Verdrag niet van toepassing is op in verdragsluitende staten aanhangige procedures of daarin opgekomen geschilpunten, die betrekking hebben op de erkenning en tenuitvoerlegging van derdelandsvonnissen in burgerlijke en handelszaken (execuaturprocedures).

heeft geleid zelf binnen de werkingssfeer van de verordening valt.⁶¹ Voorts wordt in *Owens Bank* een duidelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds de niet-toepasselijkheid van het (ten tijde van *Owens Bank* nog geldende) EEX-Verdrag op de erkenning en tenuitvoerlegging van derdelandsvonnissen en anderzijds de toepasselijkheid van het Verdrag, thans Brussel-Ibis, op elke door een gerecht van een verdragsluitende staat gegeven ‘beslissing’.⁶²

De uitspraak van het HvJ EU in *J/H Limited* ziet specifiek op het Engelse betalingsbevel, maar door verschillende auteurs wordt aangenomen dat ook (andere) verkapte exequatur – zoals bijvoorbeeld die van Nederland⁶³ – op basis hiervan als ‘beslissing’ moeten worden aangemerkt.⁶⁴ Ook ten aanzien van zuivere exequatur wordt in de literatuur wel betoogd dat zij sinds dit arrest vrij kunnen circuleren binnen de EU, mits de exequaturprocedure een summier onderzoek op tegenspraak mogelijk maakt.⁶⁵ Hoewel het voor de praktijk van groot belang is of *J/H Limited* alleen betekenis heeft voor verkapte exequaturprocedures⁶⁶ of ook voor zuivere exequaturprocedures,⁶⁷ volstaan wij hier met de constatering dat de meningen daarover uiteen lopen.⁶⁸ Slotsom en uitgangspunt voor ons hiernavolgende betoog is dat het HvJ EU met

61 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 37.

62 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 38.

63 Lazić & Mankowski 2023, nr. 1.182-1.183 (zie noot 12); Zilinsky 2022, p. 546 (zie noot 12). Bens wijst in haar annotatie bij *J/H Limited* in *JBPr* 2022/68, nr. 11 daarnaast op Cyprus. Naast Cyprus en Nederland, lijkt in de huidige samenstelling van de EU alleen Ierland een procedure te kennen die vergelijkbaar is met de verkapte exequaturprocedure, en dus resulteert in een ‘eigen’ uitspraak in plaats van een exequatur. Zie voor een overzicht van de verschillende systemen in de lidstaten: ‘Cross-border enforcement of judgments against states – jurisdiction-by-jurisdiction guide’ (12 maart 2024, IBA Litigation Committee), waarbij wij de kanttekening plaatsen dat niet alle EU-lidstaten in dit overzicht zijn opgenomen en de EU-Enforcement-Atlas van de International Union of Judicial Officers, te vinden op <http://www.enforcementatlas.eu>, p. 43-44, waarbij wij de kanttekening plaatsen dat in dit overzicht soms ten onrechte ‘yes’ staat bij de vraag of een exequatur vereist is (zie bijv. Nederland, met in de opmerkingen een nuance voor wat betreft art. 431 Rv) en bij sommige landen slechts een ‘yes’ staat en verdere toelichting ontbreekt.

64 HvJ EU *J/H Limited* 2022, de in noot 12 genoemde annotaties en Lazić & Mankowski 2023, nr. 1.182-1.183 (zie noot 12).

65 Zie de annotatie van Bens in *JBPr* 2022/68, nr. 11; Muir Watt 2023, p. 139-152 (zie noot 12); Hess 2022, p. 349-351 (zie noot 12). In zuivere exequaturprocedures van de meeste lidstaten is – anders dan bij *Owens Bank* (waar de Engelse rechter slechts een ‘stempel’ zette op een vonnis uit een derde land dat onder de *common law* viel, namelijk: Sint-Vincent) – een summiere beoordeling vereist die (veel) gelijkenissen vertoont met de toets die in verkapte exequaturprocedures moet worden aangelegd, zie ook Lazić & Mankowski 2023, nr. 1.182-1.183 (zie noot 12).

66 En soortgelijke constructies, zie noot 63.

67 In hoeverre forumshoppen mogelijk is, hangt echter onder andere af van de vraag of in *J/H Limited* ook moet worden gelezen dat een *actio iudicati* (verkapte exequatur) wordt beheerst door de bevoegdheidsregels van Brussel-Ibis. Dit onderwerp leent zich voor een afzonderlijke publicatie.

68 Zie voor een beperkte uitleg van *J/H Limited* (alleen verkapte exequatur) Lazić & Mankowski 2023, nr. 1.182-1.183 (zie noot 12) en voor een ruime uitleg (ook zuivere exequatur) onder meer Muir Watt 2023, p. 139-152 (zie noot 12), Hess 2022, p. 349-351 (zie noot 12) en Bens in *JBPr* 2022/68, nr. 11. Het debat spitst zich daarbij toe op de vraag wat er staat in het arrest *Owens Bank* en hoe dat arrest zich verhoudt tot *J/H Limited*, zie ook voetnoot 30 in de Oratie Van der Plas 2023 (zie noot 5). De ruime uitleg is overigens wel goed verklaarbaar gelet op de analyse van het beginsel van wederzijds vertrouwen in § 3.2.

J/H Limited de deur heeft opengezet voor derdelandsvonnissen die – na de mogelijkheid van een procedure op (summiere) tegenspraak in een lidstaat – binnen de EU vrij kunnen circuleren.

Terug naar het arrest. Het HvJ EU wijst nog op de mogelijkheid om een beroep te doen op één van de weigeringsgronden van artikel 45 Brussel-Ibis: de openbare-orde-exceptie. Het HvJ EU benadrukt dat lidstaten vrij zijn om de eisen van de openbare orde naar nationale opvattingen in te vullen, maar dat de afbakening van dit begrip een kwestie van uitleg van Brussel-Ibis betreft.⁶⁹ Met het oog op *révision au fond* kan de openbare-orde-exceptie slechts worden ingeroepen als de erkenning en/of tenuitvoerlegging van de in een andere lidstaat gegeven beslissing een kennelijke schending zou opleveren van een rechtsregel die in de rechtsorde van de aangezochte lidstaat van essentieel belang wordt geacht of van een in die rechtsorde als fundamenteel erkend recht.⁷⁰ Een dergelijke schending kan er onder andere in bestaan dat de verweerder in de tenuitvoerleggingsprocedure niet de gelegenheid heeft gehad om zich doeltreffend te verdedigen voor het gerecht in de lidstaat van herkomst.⁷¹ Het HvJ EU spitst dat ten slotte toe op de zaak van *J/H Limited*: als J kan bewijzen dat hij zich in de lidstaat van herkomst (Verenigd Koninkrijk) niet heeft kunnen verweren tegen de vorderingen die ten grondslag liggen aan de Jordaanse vonnissen waarop het (Engelse) betalingsbevel in het hoofdgeding betrekking heeft, zou de tenuitvoerlegging (in Oostenrijk) kunnen worden geweigerd. Het is aan de verwijzende rechter om deze beoordeling te maken. Na *J/H Limited* is de procedure in Oostenrijk voortgezet. J heeft daarin betoogd dat erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen die zijn genomen in verkapte exequaturprocedures, zoals de Engelse betalingsbevelprocedure, altijd moet worden geweigerd, omdat slechts wordt gekeken naar toepasselijke erkenningsvoorwaarden en er (dus) geen inhoudelijke toets plaatsvindt.⁷² Volgens het Oberste Gerichtshof kan dit echter niet in zijn algemeenheid worden aangenomen: J had stellingen moeten innemen die specifiek refereren aan de Engelse betalingsbevelprocedure. Vervolgens oordeelt het Oberste Gerichtshof dat J in de Engelse betalingsbevelprocedure daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om de onderliggende vorderingen te betwisten.⁷³

69 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 42 onder verwijzing naar HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, *NIPR* 2000-126, *NJ* 2003/626, m.nt. Vlas (*Krombach*), r.o. 22 en 23 en HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471, *NIPR* 2015-398, *NJ* 2017/32, m.nt. Strikwerda (*Diageo Brands*), r.o. 43.

70 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 43-44 onder verwijzing naar HvJ EG *Krombach* 2000, r.o. 36, 37 en HvJ EU *Diageo Brands* 2015, r.o. 43, 44.

71 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 45 onder verwijzing naar HvJ EG 2 april 2009, C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219, *NIPR* 2009-129, *NJ* 2013/272 (*Gambazzi*), r.o. 27, 37, 45 en 46.

72 OGH 19 mei 2022, 3 Ob 71/22w, r.o. 17-18, <https://bit.ly/3M4Dd2S>. Dit betoog van J komt overeen met het standpunt dat Zilinsky heeft ingenomen in *WPNR* 2022/7379, p. 546. Zilinsky betoogt daarin kort gezegd dat iedere beslissing die volgt op een verkapte exequaturprocedure kan worden geweigerd in een aangezochte lidstaat met een beroep op de openbare-orde-exceptie, omdat in verkapte exequaturprocedures geen inhoudelijke toets plaatsvindt. Overigens heeft Zilinsky later op LinkedIn kenbaar gemaakt dat hij dit eindarrest van het OGH niet heeft kunnen meenemen in zijn bijdrage.

73 OGH *J/H Limited*, r.o. 19. J had in de Engelse procedure onder meer gewezen op het ontbreken van een vorderingsrecht van de eiser, de frauduleuze wijze waarop de vonnissen waren verkregen en het ontbreken van een volmacht in de Jordaanse procedure. De Engelse rechter is inhoudelijk op deze bezwaren ingegaan, zo oordeelt het Oberste Gerichtshof in het verlengde van de eerdere vaststellingen van de rechtbank in eerste aanleg. A-G Pikamaë had deze toets in zijn conclusie voor *J/H Limited* niet als inhoudelijk aangemerkt,

J/H Limited heeft veel pennen in beweging gebracht,⁷⁴ maar aan de achterliggende vraag naar de reikwijdte van wederzijds vertrouwen in *derdelandscontext* is in die publicaties nog relatief weinig aandacht besteed.⁷⁵ Rechtvaardigt wederzijds vertrouwen de automatische erkenning en tenuitvoerlegging van derdelandsvonnissen op grond van Brussel-Ibis zoals door het HvJ EU aangenomen in *J/H Limited*? Met de hiernavolgende analyse van wederzijds vertrouwen vanuit een internationaal privaot/publiek-perspectief proberen wij deze vraag te beantwoorden.⁷⁶

3. Wederzijds vertrouwen als rechtvaardiging voor *J/H Limited*

3.1 Een analyse van het beginsel wederzijds vertrouwen

Hiervoor kwam aan de orde dat wederzijds vertrouwen als basis dient voor de verwezenlijking van één van de doelstellingen binnen de RVVR: wederzijdse erkenning. Wederzijds vertrouwen is echter in de loop der jaren geëvolueerd naar een fundamenteel beginsel van EU-recht, zo wordt door vele auteurs aangenomen op basis van het Advies 2/13 van het HvJ EU over de mogelijke toelating van de EU tot het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens ('EVRM').⁷⁷ In het verlengde van een eerdere uitspraak van het HvJ EU in *N.S.* – een zaak die ging over de vraag of asielzoekers op grond van de Dublin-verordening naar Griekenland konden worden teruggestuurd⁷⁸ – bevestigt het HvJ EU in Advies 2/13 het fundamenteel belang van wederzijds vertrouwen, niet alleen voor bepaalde RVVR-instrumenten, maar voor de gehele Europese rechtsorde. Van een reguleringsbeginsel en normatief beginsel dat als basis dient voor vele verordeningen,⁷⁹ heeft wederzijds vertrouwen een meer constitutioneel karakter gekregen.⁸⁰ In Advies 2/13 neemt het HvJ EU tot uitgangspunt dat de juridische constructie van de EU berust op de fundamentele premisse dat elke lidstaat met alle andere lidstaten een reeks gemeenschap-

maar als een oordeel over de weigeringsgronden die kunnen worden ingeroepen in de Engelse betalingsbevelprocedure, zie § 35. Zie ook <https://capil.org/2022/07/25/h-limited-the-austrian-sequel/>.

74 Zie noot 12.

75 In internationale literatuur is overigens wel veel aandacht besteed aan wederzijds vertrouwen zoals hierna in § 3.1 zal blijken, maar de meeste literatuur ziet niet op de derdelandscontext.

76 Zie ook de oproep daartoe in Oratie Van der Plas 2023, p. 9 (zie noot 5).

77 Advies 2/13 van het HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454. Zie bijv. K. Lenaerts, 'The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice', *The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture*, All Souls College, University of Oxford, 30 januari 2015, p. 6; Bohacek 2022, p. 106, 112 (zie noot 9); M. Moraru, 'Mutual Trust from the Perspective of National Courts A Test in Creative Legal Thinking', in: Brouwer & Gerard 2016 (zie noot 4), p. 44-45, 56; A. Miglionico & F. Maiani, 'One Principle to Rule Them All? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice', *Common Market Law Review* (57/1) 2022, p. 8; K. Lenaerts, 'La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust', *Common Market Law Review* (54/3) 2017, p. 808, 811 en 813.

78 HvJ EU 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 (*N.S.*) over de Dublin II-verordening, nr. 343/2003 (Dublin II is sinds 1 januari 2014 vervangen door Dublin III, zie noot 4). Zie hierna verder over deze zaak § 4.1.

79 Bohacek 2022, p. 111 (zie noot 9).

80 Prechal 2017, p. 76 en 79 (zie noot 3); Bohacek 2022, p. 106 en 112 (zie noot 9); Moraru 2016, p. 44-45 en 56 (zie noot 77); Lenaerts 2015, p. 6 (zie noot 77); D. Gerard, 'Mutual Trust as Constitutionalism', in: Brouwer & Gerard 2016 (zie noot 4), p. 76-78.

pelijke waarden deelt waarop de EU berust en dat elke lidstaat erkent dat de andere lidstaten deze waarden met elkaar delen, zoals is bepaald in artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie ('VEU' of 'Verdrag van Maastricht').⁸¹ Deze premisse impliceert en rechtvaardigt dat de lidstaten onderling erop vertrouwen dat andere lidstaten deze waarden erkennen en het Unierecht, dat deze waarden ten uitvoer brengt, dus in acht nemen.⁸² Hieruit kunnen twee, onafhankelijke, negatieve verplichtingen worden afgeleid: (i) lidstaten mogen van een andere lidstaat geen hoger niveau van nationale bescherming van de grondrechten eisen dan het niveau waarin het EU-recht voorziet, en (ii) lidstaten mogen, behoudens uitzonderlijke gevallen, niet controleren of die andere lidstaat in een specifiek geval daadwerkelijk de EU-grondrechten heeft geëerbiedigd.⁸³ Hoewel het beginsel zelf geen rechtsgevolgen genereert, kan het gebruik ervan volgens Bohacek bij de interpretatie van het EU-recht wel resulteren in een positieve verplichting om te vertrouwen op de toereikendheid van juridische procedures van andere lidstaten, met name bij wederzijdse erkenning.⁸⁴ Een behoorlijke status heeft het beginsel dus verworven, terwijl het beginsel geen afgebakende definitie kent in primaire EU-wetgeving.⁸⁵ In internationale literatuur is veel aandacht besteed aan het – door Weller genoemde – 'rather opaque, yet almost omnipresent buzzword of mutual trust'.⁸⁶ De omvang van deze bijdrage staat ons slechts toe een kort overzicht te geven van de belangrijkste literatuur over de functies en reikwijdte van dit begrip. Na dit overzicht wordt ingegaan op de vraag of wederzijds vertrouwen de uitkomst in *J/H Limited* rechtvaardigt.

Aan het beginsel van wederzijds vertrouwen worden verschillende functies en/of dimensies toegeschreven. Zo noemt Storskrubb onder meer de normatieve dimensie van het beginsel.⁸⁷ De normatieve functie houdt in dat in het kader van de uitleg en rechtvaardiging van bepaalde regelgeving of jurisprudentie van het HvJ EU wordt verondersteld dat lidstaten vertrouwen hebben in elkaars rechtssystemen. Dit laatste – ook wel 'formele'⁸⁸ – vertrouwen gaat uit van

81 Advies 2/13, § 168.

82 Advies 2/13, § 168.

83 Lenaerts 2013, p. 813-814 (zie noot 77). Dit was ook de reden waarom de EU niet is toegetreden tot het EVRM: toetreding tot het EVRM zou kunnen inhouden dat lidstaten moeten nagaan of een andere lidstaat de grondrechten heeft geëerbiedigd, ondanks wederzijds vertrouwen, met als gevolg dat het onderliggende evenwicht van de EU en de autonomie van de Europese rechtsorde zou worden ondermijnd, zie daarover verder: Prechal 2017, p. 91-92 (zie noot 3). Sinds 2014 hebben onderhandelingen plaatsgevonden, die vrij recent tot een nieuwe (concept-)overeenkomst hebben geleid. De prangende vraag over de verenigbaarheid van *mutual recognition/mutual trust* met het EVRM blijft echter grotendeels onbeantwoord, zie E. Di Franco & M. Correia de Carvalho, 'Mutual Trust and the EU Accession to the ECHR: Are We Over The Opinion 2/13 Hurdle?', *European Papers* 2023/8, nr. 3, p. 1233.

84 Bohacek 2022, p. 114 (zie noot 9).

85 Met primaire wetgeving worden de EU-verdragen bedoeld, waaronder het Verdrag van Rome en het Verdrag van Maastricht. In secundaire wetgeving (waaronder o.a. verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen vallen) wordt wederzijds vertrouwen vaak wel genoemd in de preambule, zie noot 4.

86 M. Weller, 'Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law', *Journal of Private International Law* 2015/1, p. 68.

87 E. Storskrubb, 'Mutual Trust and The Dark Horse of Civil Justice', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2018, p. 180.

88 E. Brouwer 'Mutual Trust and Judicial Control in the Area of Freedom, Security, and Justice: an Anatomy of Trust', in: Brouwer & Gerard (2016) (zie noot 4), p. 62; Van den Sanden 2014, p. 243 (zie noot 26).

de veronderstelling dat alle lidstaten in staat zijn om op hun grondgebied effectieve bescherming van EU-grondrechten te bieden,⁸⁹ omdat lidstaten partij zijn bij verschillende verdragen (zoals het EU-Handvest en het EVRM) en hierdoor gebonden zijn aan de plichten die hieruit voortvloeien. De bescherming van deze grondrechten vormt de grens van wederzijds vertrouwen: zodra deze grondrechten voldoende beschermd zijn, verhindert wederzijds vertrouwen dat de erkenning van een ‘beslissing’ mag worden geweigerd vanwege materiële en procedurele verschillen of andere redenen.⁹⁰ Daarom is het stelsel van wederzijdse erkenning met als basis wederzijds vertrouwen zo geschikt als verdere harmonisatie ontbreekt.⁹¹

De veronderstelling van formeel vertrouwen creëert een horizontaal vermoeden van naleving door lidstaten van EU-grondrechten, een vermoeden dat alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan worden weerlegd. Het is dit formele vertrouwen waarop alle EU-instrumenten binnen de RVVR zijn gebaseerd en dat door het HvJ EU wordt gebruikt bij de uitleg van begrippen uit die instrumenten.⁹² Prechal meent dat dit formele vertrouwen door het HvJ EU vaak als contextueel argument wordt gebruikt voor een bepaalde interpretatie van secundaire wetgeving.⁹³ Het HvJ EU doet dat niet alleen bij de uitleg van een bepaald begrip of artikel, maar ook meer in het algemeen om leemtes op te vullen of het bereik van bepaalde verordeningen te vergroten.⁹⁴ Een voorbeeld daarvan is de zaak *Turner*.⁹⁵ In die zaak oordeelde het HvJ EU dat een *anti-suit injunction* verboden is, omdat een dergelijk (nationaal) verbod indruist tegen het vertrouwen in elkaars rechtsstelsels waarop (nu) Brussel-Ibis is gebaseerd. Het bijzondere was dat het in die zaak niet ging om de uitleg van een bepaalde (bevoegdheids)bepaling, maar dat het verbod op *anti-suit injunctions* werd afgeleid uit de strekking van Brussel-Ibis.⁹⁶

Onder meer Brouwer en Storskrubb hebben bepleit dat wederzijds vertrouwen zou moeten worden gekoppeld aan de daadwerkelijke bescherming van fundamentele rechten (‘materieel vertrouwen’).⁹⁷ Natuurlijk wordt de naleving van de fundamentele rechten zoals neergelegd in artikel 2 VEU gecontroleerd tijdens het EU-toetredingsproces, maar het tij kan daarna keren.⁹⁸ Daarom is in internationale literatuur betoogd dat een systeem gebaseerd op formeel vertrouwen een aantal mechanismen vereist die ‘vertrouwen van wensdenken kunnen vertalen naar een meer concrete realiteit’.⁹⁹ Onder meer als oplossingen worden genoemd een minder strikte uitleg en/of uitbreiding van weigeringsgronden, het versterken van de dialoog tussen verschil-

89 Storskrubb 2016, p. 19 (zie noot 6).

90 Lenaerts 2015, p. 19 (zie noot 77).

91 Zie hiervóór § 2.

92 Brouwer 2016, p. 62 (zie noot 88).

93 Prechal 2017, p. 79 (zie noot 3).

94 Miglionico & Maiani 2022, p. 33 (zie noot 77).

95 HvJ EG 27 april 2004, C-159/02, ECLI:EU:C:2004:228, *NIPR* 2004-146, *NJ* 2007/152, m.nt. Vlas (*Turner*). Zie ook HvJ EG 10 februari 2009, C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69, *NIPR* 2009-128, *NJ* 2013/37 (*West Tankers*); HvJ EU 7 september 2023, C-590/21, ECLI:EU:C:2023:633, *NIPR* 2023-743, *NJ* 2024/57, m.nt. Van der Plas (*Charles Taylor*).

96 X.E. Kramer, ‘De harmoniserende werking van het Europees procesrecht: de diskwalificatie van de *anti-suit injunction* – een beschouwing naar aanleiding van HvJ EG 27 april 2004, zaak C-159/02, *NIPR* 2004/146 (*Turner*)’, *NIPR* 2005/2, p. 136.

97 Brouwer 2016, p. 62 (zie noot 88); Storskrubb 2016, p. 19 (zie noot 6).

98 Bohacek 2022, p. 118 (zie noot 9).

99 Vertaald citaat uit Popelier, Gentile & Van Zimmeren 2021, p. 179 (zie noot 9).

lende rechters op nationaal en Europees niveau en harmonisatie in de vorm van minimumvoorwaarden.¹⁰⁰ Wederzijds vertrouwen is een *mindset* die nodig is voor Europese samenwerking en integratie, maar niet een dogmatisch beginsel dat blindelings moet worden gevolgd, vooral als het vertrouwen niet overeenkomt met de werkelijkheid (zie verder § 4).¹⁰¹

Een andere vraag die in internationale literatuur aan bod is gekomen, is de vraag in wie en wat wederzijds vertrouwen moet bestaan.¹⁰² Volgens Bohacek is het in de sociale wetenschappen bekende adagium over vertrouwen, waarbij ‘A erop vertrouwt dat B X doet’ ook van toepassing op wederzijds vertrouwen in de EU. A en B zijn de subjecten en X is het object van vertrouwen.¹⁰³ Te beginnen met het object van vertrouwen: in primaire EU-wetgeving is geen grondslag voor wederzijds vertrouwen te vinden. Het begrip is door het HvJ EU ontwikkeld en wordt vooral ingezet om de toepassing van wederzijdse erkenning te ondersteunen en/of te rechtvaardigen.¹⁰⁴ Leidend voor het object is daarmee Advies 2/13.¹⁰⁵ Brouwer heeft uiteengezet dat wederzijds vertrouwen betrekking heeft op verschillende objecten.¹⁰⁶ Soms wordt de nadruk gelegd op een specifieke uitspraak of maatregel in een bepaald geval (‘specifiek vertrouwen’), terwijl op andere momenten vertrouwen in het gehele rechtssysteem van een ander land vereist is (‘algemeen vertrouwen’).¹⁰⁷ Als zodanig omvat het object van vertrouwen volgens haar een algemeen vertrouwen dat zich manifesteert via verschillende subobjecten van specifiek vertrouwen. Het vertrouwen kan bovendien betrekking hebben op verleden, heden of toekomst (of een andere lidstaat de EU-wetgeving heeft nageleefd, naleeft of zal naleven).¹⁰⁸

De volgende vraag die Bohacek heeft beantwoord is in wie lidstaten vertrouwen moeten hebben.¹⁰⁹ Kort gezegd geldt dat alleen lidstaten als subjecten worden aangemerkt door het HvJ EU. Wederzijds vertrouwen ziet daarom niet op vertrouwen in (rechtssystemen van) derde landen.¹¹⁰ In de praktijk komt het volgens Bohacek neer op de rechterlijke en administratieve autoriteiten die vertrouwen moeten hebben als zij EU-recht toepassen. Individuele EU-burgers worden niet als subject aangemerkt, maar kunnen wel degelijk een rol spelen. Er zijn twee perspectieven waarmee rekening moet worden gehouden, aldus Storskrubb.¹¹¹ Wanneer rechters van de ene lidstaat verplicht zijn de uitspraken van rechters van een andere lidstaat te vertrou-

100 Miglionico & Maiani 2022, § 3.4 (zie noot 77); Storskrubb 2016, p. 20 (zie noot 6); Mitsilegas 2016, p. 32-34 (zie noot 26); Storskrubb 2018, p. 197-201 (zie noot 87); Lenaerts 2015, p. 9 (zie noot 77) (over het voorbeeld van Richtlijn 2013/48); Kramer 2011, p. 14-19 (zie noot 20).

101 Vrij vertaald naar Lenaerts 2015, p. 3 (zie noot 77). Zie voorts Xanthopoulou 2020, p. 44 (zie noot 9); Storskrubb 2018, p. 181 (zie noot 87).

102 M. Schwarz, ‘Let’s talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU’s area of freedom, security and justice’, *European Law Journal* (24) 2018, p. 131 e.v.; Bohacek 2022, § III en IV (zie noot 9); Brouwer 2016, p. 60-62 (zie noot 88).

103 Bohacek 2022, § III (zie noot 9).

104 Bohacek 2022, p. 137 (zie noot 9).

105 Advies 2/13, § 168.

106 Brouwer 2016, p. 61 (zie noot 88).

107 Dit algemene vertrouwen komt goed naar voren bij de erkenning van een vonnis (Brussel-Ibis) of bij de overlevering van een veroordeeld persoon (Kaderbesluit 2002/584/JBZ).

108 Brouwer 2016, p. 61 (zie noot 88).

109 Bohacek 2022, § IV (zie noot 9).

110 Whytock 2014, p. 114 (zie noot 9) en de aldaar opgenomen voetnoot 39.

111 Storskrubb 2018, p. 181 (zie noot 87).

wen en te erkennen, brengt dat een vermoeden van vertrouwen op systeemniveau mee. Wanneer in een bepaald geval twijfels rijzen over de vraag of de fundamentele rechten (waaronder het recht op een eerlijk proces) zijn gewaarborgd, kan het vermoeden van vertrouwen worden bekritiseerd vanuit het perspectief van het individu en zijn of haar recht op bescherming van de grondrechten. De spanningen tussen deze twee niveaus zijn duidelijk zichtbaar in de uitspraken van het HvJ EU over de andere gebieden van samenwerking binnen de RVVR, namelijk het strafrecht en het asiel- en immigratiebeleid (zie hierna § 4.1).¹¹²

3.2 Wederzijds vertrouwen: een rechtvaardiging voor de uitkomst in J/H Limited?

In *J/H Limited* overweegt het HvJ EU dat lidstaten in beginsel vrij zijn om de voorwaarden en procedures te bepalen waaronder nationale gerechten kennis kunnen nemen van hun geschillen.¹¹³ Als gevolg daarvan hebben bepaalde typen procedures en rechterlijke uitspraken in bepaalde lidstaten niet noodzakelijkerwijs een equivalent. Vanuit de gedachte ‘all different, but equal’ is daarom op zichzelf te begrijpen dat het niet uitmaakt dat in de ene lidstaat een zuiver exequatur nodig is, terwijl in een andere lidstaat een ‘beslissing’ wordt genomen op basis van een verkapte exequaturprocedure. Juist wanneer harmonisatie ontbreekt, mogen dergelijke procedurele verschillen niet aan wederzijdse erkenning in de weg staan, omdat wederzijds vertrouwen in elkaars rechtsstelsels wordt verondersteld.¹¹⁴ Het HvJ EU lijkt onder wederzijds vertrouwen ook te verstaan dat de ene lidstaat erop moet vertrouwen dat de andere lidstaat een derdelandsvonnis aan een kritische beoordeling onderwerpt voordat het een (erkenning) beslissing geeft (ofwel: een verplichting te vertrouwen op de juiste uitoefening van de poortwachtersfunctie).¹¹⁵ Dat past ons inziens bij de wijze waarop wederzijds vertrouwen vorm heeft gekregen in de EU; lidstaten worden geacht te vertrouwen op de toereikendheid van juridische procedures in andere lidstaten. Dit vertrouwen op systeemniveau betekent dus ook dat erop moet worden vertrouwd dat de rechter van de poortwachterslidstaat de EU-grondrechten eerbiedigt bij het geven van een ‘beslissing’ ten aanzien van een derdelandsvonnis op basis van nationale of verdragsrechtelijke erkenningsvoorwaarden. Dat die erkenningsvoorwaarden verschillen per lidstaat, doet dan niet meer ter zake.

Op dezelfde manier kan worden betoogd dat lidstaten ook vertrouwen moeten hebben in de toereikendheid van zuivere exequaturprocedures, voor zover die zijn gevoerd of hadden kunnen worden gevoerd op basis van tegenspraak. Zo menen Hay en Muir Watt dat wederzijds vertrouwen inhoudt dat een lidstaat erop vertrouwt dat een andere lidstaat het oordeel van een derde land goed heeft beoordeeld, ongeacht de vorm (zuivere of verkapte exequatur).¹¹⁶ In

112 Storskrubb 2018, p. 187 (zie noot 87); Prechal 2017, p. 84-90 (zie noot 3).

113 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 34.

114 Zie § 3.1.

115 Gezegd zou kunnen worden dat het HvJ EU in *J/H Limited* wederzijds vertrouwen heeft gebruikt als contextueel argument om tot een oplossing te komen voor een probleem dat niet is geregeld door de EU-wetgever. Net als het toestaan van een *anti-suit injunction* zou het weigeren van een ‘beslissing’ op basis van deze Engelse procedure het wederzijds vertrouwen kunnen ondermijnen (zie r.o. 30 in *J/H Limited*).

116 P. Hay, ‘Recognition of a Recognition Judgment Within the European Union: “Double Exequatur” and the Public Policy Barrier’, in: *Resolving International Conflicts* (Liber Amicorum Tibor Várady), Central European University Press Budapest – New York 2009, p. 149.

beide gevallen treedt de betreffende rechter als poortwachter op en zou – op basis van formeel wederzijds vertrouwen – kunnen worden aangenomen dat daarbij de EU-grondrechten worden geëerbiedigd. Het HvJ EU heeft zich over de vraag of een beslissing genomen in een zuivere exequaturprocedure die is gevoerd of had kunnen worden gevoerd op basis van tegenspraak¹¹⁷ ook onder het toepassingsbereik van Brussel-Ibis valt, nog niet uitgelaten. Ons inziens is echter denkbaar dat het HvJ EU op basis van het formele wederzijdse vertrouwen daarop een bevestigend antwoord geeft. Slotsom is dat derdelandsvonnissen – na de mogelijkheid van een procedure op (summiere) tegenspraak in een lidstaat – binnen de EU vrij kunnen circuleren op basis van wederzijdse erkenning, gebaseerd op formeel wederzijds vertrouwen. Maar kan deze conclusie ook worden getrokken op basis van materieel wederzijds vertrouwen? Hay schrijft: ‘If there were true commonality of values, “trusting one’s friends” would be easy.’¹¹⁸ Daarin schuilt het probleem. In rechtssystemen van lidstaten zoals Polen en Hongarije bestaat weinig materieel vertrouwen.¹¹⁹ Dit gebrek aan vertrouwen kan zich ook uitstrekken tot de uitoefening van de poortwachtersfunctie. De toets van het derdelandsvonnissen wordt in de meeste lidstaten uitgevoerd op basis van een summiere toets aan de hand van een beperkt aantal nationale of verdragsrechtelijke erkenningsvoorwaarden.¹²⁰ *Trust-enhancing measures*,¹²¹ zoals bepaalde minimumvoorwaarden ten aanzien van de erkenning van derdelandsvonnissen, ontbreken op EU-niveau.¹²² Dat kan ertoe leiden dat schendingen van fundamentele rechten (al dan niet bewust) worden gemist. Op grond van EHRM-rechtspraak moeten dergelijke schendingen wel aan de orde kunnen worden gesteld, ook als Brussel-Ibis daarin niet voorziet. Biedt de openbare-orde-exceptie van artikel 45 Brussel-Ibis voldoende bescherming in deze derdelandscontext? Die vraag beantwoorden wij in § 4.2-4.4 na een bespreking van het relevante beoordelingskader.

4. Over controlemechanismen: de rol van de openbare orde-exceptie van Brussel-Ibis

4.1 *Intermezzo; verhouding wederzijds vertrouwen (EU-recht) en bescherming fundamentele rechten (EVRM)*

Het HvJ EU en het EHRM staan los van elkaar, maar niet helemaal. Hoewel de grondrechten uit het EVRM als algemene beginselen deel uitmaken van het EU-recht en de EU verplicht is (op enig moment) toe te treden tot het EVRM, is de EU op dit moment geen partij bij het EVRM. De EU kan daarom niet aansprakelijk worden gesteld bij het EHRM.¹²³ De EU-lidstaten zijn echter wel partij en kunnen wel worden gehouden aan hun EVRM-verplichtingen.

117 En daarmee dus anders is dan *Owens Bank*, omdat daarin geen tegenspraak mogelijk was, zie noot 60.

118 Hay 2009, p. 161 en p. 163 (zie noot 116) en de aldaar opgenomen voetnoot 80.

119 Zie hiervoor noot 9 en 14.

120 Zie noot 64.

121 Lenaerts 2015, p. 9 (zie noot 77).

122 Zie over de wenselijkheid daarvan: T. Marguery, ‘Rebuttal of Mutual Trust and Mutual Recognition in Criminal Matters: Is “Exceptional” Enough?’, *European Papers* 2016/1, nr. 3, p. 943-964 en verdere literatuur in noot 102.

123 J. Krommendijk & G.M.B. de Vries, ‘De wisselwerking tussen het HvJ EU en het EHRM: een hernieuwde liefde?’, *SEW* 2021/12, p. 560 e.v.

De verhouding tussen enerzijds de waarborging van de door het EVRM gewaarborgde fundamentele rechten ('fundamentele rechten') en anderzijds de waarborging daarvan binnen het EU-recht is al jaren onderwerp van een dialoog tussen het HvJ EU en het EHRM.¹²⁴ In algemene zin kan daarover worden opgemerkt dat het HvJ EU van oordeel is dat formeel wederzijds vertrouwen de waarborging van fundamentele rechten veronderstelt en dat lidstaten behoudens uitzonderlijke gevallen niet mogen controleren bij een andere lidstaat of daadwerkelijk fundamentele rechten worden geëerbiedigd.¹²⁵ De uitzonderingen in secundaire wetgeving op wederzijdse erkenning zijn daarom beperkt of moeten strikt worden uitgelegd.¹²⁶ Het EHRM richt zich daarentegen op de daadwerkelijke eerbiediging van fundamentele rechten. Uit rechtspraak van het EHRM volgt dat potentiële schendingen van fundamentele rechten altijd moeten kunnen worden getoetst, ook als daarvoor geen grondslag bestaat in het EU-instrument vanwege wederzijds vertrouwen.¹²⁷ Om schuring te voorkomen, hebben zowel het HvJ EU als het EHRM stappen gezet.

Zo heeft het HvJ EU – om de Europese autonomie te bewaren¹²⁸ – door de loop der jaren een eigen kader voor de toetsing van fundamentele rechten ontwikkeld en waar nodig in secundaire wederzijdse erkenningsinstrumenten extra veiligheidskleppen ingebouwd. In *N.S.* heeft het HvJ EU een uitzondering op het wederzijds vertrouwen binnen het Gemeenschappelijke Europese Asielbeleid aanvaard: als ernstig moet worden gevreesd dat het systeem van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in de verantwoordelijke lidstaat tekortschieten (*systemic flaws*), waardoor overgedragen asielzoekers onmenselijk of vernederend worden behandeld in de zin van artikel 4 van het EU-Handvest, mogen lidstaten geen asielzoekers terugsturen.¹²⁹ Daarmee werd buiten de verordening om een veiligheidsklep gecreëerd, die inmiddels ook in de Dublin III-verordening is gecodificeerd.¹³⁰ Ook in strafzaken over de wederzijdse erkenning van arrestatiebevelen zijn fundamentele rechten een steeds belangrijker

124 Zie onder meer Krommendijk & De Vries 2021, p. 565 (zie noot 123).

125 Zie hiervoor § 3.1

126 Zie kritisch over de in noot 32 genoemde verordeningen L. van Bochove, 'Het ontbreken van de openbare orde-exceptie in de nieuwe generatie Europese procesrechtelijke verordeningen in het licht van artikel 6 lid 1 EVRM', *NIPR* 2007/4, p. 337.

127 EHRM 23 mei 2016, zaaknr. 17502/07 (*Avotins/Letland*) voor Brussel-I en onder verwijzing naar meerdere uitspraken EHRM 20 oktober 2022, zaaknr. 20256/20 (*Dolenc/Slovenië*), § 55-59. Zie voorts Xanthopoulou 2020, p. 26-45 (zie noot 9); Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, *Advies herziening van artikel 431 Rv inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen buiten verdrag en verordening*, 21 februari 2023, en de reactie van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht op het advies van de Staatscommissie Internationaal Privaatrecht, 31 oktober 2023, § 12.

128 J.W. Ouwerkerk, 'Grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen: convergentie en divergentie in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM', *SEW* 2021/12, p. 620 en de annotatie van J. Krommendijk, 'Bivolaru t. Frankrijk (EHRM, nr. 40324/16) – Bosphorus bijt in Bivolaru: over EHRM-toetsing tenuitvoerlegging EU-arrestatiebevelen' van 7 juni 2021 op <http://www.ehrc-updates.nl/commentaar/211497>.

129 HvJ EU 21 december 2011, C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865 (*N.S.*), r.o. 86 (in het verlengde van *M.S.S. v Belgium and Greece*). Als gevolg van deze uitspraak werden asielzoekers niet langer aan Griekenland overgedragen. Op 8 december 2016 heeft de Europese Commissie in Aanbeveling (EU) 2016/2256 (*PbEU* 2016, L 340) lidstaten in overweging gegeven de overdracht naar Griekenland te hervatten.

130 Zie art. 3(2) Dublin-III.

rol gaan spelen.¹³¹ Op grond van het Kaderbesluit EAB geldt dat lidstaten in beginsel verplicht zijn tot overlevering van een voor een bepaald misdrijf veroordeelde of verdachte persoon.¹³² In de preambule van het EAB staat dat de overlevering vanwege het wederzijds vertrouwen slechts kan worden geweigerd als sprake is van een ernstige en voortdurende schending van de in artikel 2 VEU neergelegde beginselen, welke schending door de Europese Raad wordt geconstateerd op grond van (de procedure van) artikel 7 lid 1 en 2 VEU (ook bekend als de *Rule of Law*-procedure).¹³³ Door het HvJ EU is echter (buiten het Kaderbesluit om) aanvaard om ook zonder een afgeronde artikel 7 VEU-procedure de overlevering te weigeren als de fundamentele rechten van verdediging in het geding zijn.¹³⁴ Daarvoor moet een tweeledige toets worden aangewend, zo blijkt uit onder meer *LM* en *LP*, twee zaken over de vraag of de overlevering van een in Ierland aangehouden persoon aan Polen kon worden geweigerd vanwege het gevaar van schending van het fundamentele recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijk gerecht.¹³⁵ Deze toets bestaat uit twee elementen: (i) de rechter moet vaststellen of in de uitvaardigende lidstaat structurele problemen bestaan op het gebied van de bescherming van grondrechten¹³⁶ (algemene toets) en (ii) de rechter moet vaststellen of ten aanzien van de persoon in het concrete geval ook een reëel risico bestaat dat zijn grondrechten na overlevering worden geschonden (individuele toets).¹³⁷ Voor het uitvoeren van de toets moeten inlichtingen worden ingewonnen bij de betreffende uitvaardigende lidstaat.¹³⁸ Tot slot kan worden opgemerkt over de openbare-orde-exceptie van Brussel-Ibis dat het HvJ EU steeds meer aansluiting heeft gezocht bij de rechtspraak van het EVRM over het door artikel 6 EVRM beschermde recht op een eerlijk proces.¹³⁹

131 Zie hierover onder meer Mitsilegas 2016, p. 23-37 (zie noot 26); Moraru 2016, p. 42-44 (zie noot 77); Xanthopoulou 2020, p. 30-36 (zie noot 9); Miglionico & Maiani 2022, p. 18-22 (zie noot 77).

132 Kaderbesluit EAB (zie noot 4).

133 Zie considerans 10 Kaderbesluit EAB. Als de aanbevelingen van de Europese Raad die worden gedaan op grond van art. 7(1) en (2) VEU niet tot het gewenste resultaat leiden, kan het stemrecht van de betreffende lidstaat worden ontnomen. Voor dergelijke maatregelen is echter een unaniem besluit nodig. Daarom is de procedure in effectiviteit gelimiteerd, zie daarover: R. Janse, 'Het indirecte belang van art. 7 VEU', *NJB* 2018/32, p. 1701 e.v.

134 Voor een overzicht van de ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ EU in EAB-zaken verwijzen wij naar Xanthopoulou 2020, p. 27-45 (zie noot 9).

135 HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586 (*LM*). Zie ook HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 en C-412/20, ECLI:EU:C:2020:1033 (*LP*) en het vonnis van de Rb. Amsterdam die de prejudiciële vragen had gesteld, Rb. Amsterdam 10 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:420. Zie hierover ook: P.A.M. Verrest, 'Zorgen om de rechtsstaat in Polen bij uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel', *NtEr* 2021/3-4, p. 84-85.

136 HvJ EU *LM* 2018, r.o. 61-67.

137 HvJ EU *LM* 2018, r.o. 68-78. Deze individuele toets is alleen niet nodig als de Europese Raad op grond van art. 7(2) VEU besluit de toepassing van het systeem van de EAB ten aanzien van een bepaalde lidstaat op te schorten, zie HvJ EU *LM* 2018, r.o. 69-73 en HvJ EU 2020 *LP*, r.o. 59.

138 HvJ EU *LM* 2018, r.o. 76-77. Kritisch hierover: Verrest 2021, p. 84 (zie noot 135); E. Fillius & J.W. Ouwkerk, 'De Poolse rechtsstaat en het Europees aanhoudingsbevel: wie is/zijn er nu aan zet?', *Nederlandrechtstaat.nl*, 23 december 2020.

139 G. Biagioni, 'Avotins v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights', *European Papers* 2016/2, § III.2.

Het door het HvJ EU ontwikkelde toetsingskader laat onverlet dat het EHRM beoordeelt of lidstaten hun EVRM-verplichtingen nakomen. Het EHRM onderschat de toegevoegde waarde van de EU echter niet en heeft in 2005 de *Bosphorus*-presumptie in het leven geroepen:¹⁴⁰ als kan worden aangenomen dat de EU een gelijkwaardige bescherming van fundamentele rechten biedt, mag ervan worden uitgegaan dat ook de EU-lidstaten deze fundamentele rechten eerbiedigen.¹⁴¹ De *Bosphorus*-presumptie geldt als: (i) de lidstaat wiens handelen ter discussie staat geen discretionaire bevoegdheid of beoordelingsmarge op grond van het EU-recht heeft en (ii) de lidstaat het in het EU-recht beschikbare systeem van grondrechtenbescherming volledig heeft benut.¹⁴² De eerste voorwaarde is inmiddels een gegeven voor Brussel-Ibis- en EAB-zaken.¹⁴³ Lidstaten mogen wel enige beoordelingsruimte hebben, mits die bevoegdheid wordt uitgeoefend binnen de strikte kaders van het HvJ EU.¹⁴⁴ Voor de tweede voorwaarde is onder meer van belang dat een EU-lidstaat prejudiciële vragen stelt aan het HvJ EU als twijfel bestaat over de toepassing van het EU-recht. Het EHRM lijkt daar echter wisselend mee om te gaan.¹⁴⁵ Of de presumptie nu opgaat of niet, in alle gevallen beoordeelt het EHRM of een schending van fundamentele rechten kan worden vastgesteld.¹⁴⁶ Als de presumptie niet opgaat, toetst het EHRM direct aan het EVRM. Als de presumptie wel opgaat, is de vraag of deze kan worden weerlegd. De presumptie is weerlegbaar als sprake is van een manifeste tekortkoming in de nakoming van EVRM-verplichtingen in de lidstaat wiens handelen ter discussie staat.¹⁴⁷ Volgens Ouwerkerk betekent dat in EAB-context dat handelingen ter uitvoering van de EAB-regeling als zodanig worden vermoed EVRM-conform te zijn, tenzij in een individueel geval de rechtsbescherming kennelijk tekortschiet.¹⁴⁸ Hetzelfde geldt voor Brussel-Ibis, zo volgt uit *Avotins/Letland*.¹⁴⁹ In deze uitspraak gaat het EHRM eerst in algemene zin in op het systeem van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen. Het EHRM is 'mindful of the importance of the mutual recognition mechanisms and of the mutual trust which they require', maar waarschuwt dat 'limiting to exceptional cases the power of the State in which recognition is sought to review the observance of fundamental rights by the State of origin of the judgment

140 EHRM 30 juni 2005, zaaknr. 45036/98 (*Bosphorus Airlines/Ierland*), m.nt. R. Lawson in: *NJCM-Bulletin*, jrg. 30 2005/7, § 155. Zie ook Krommendijk & De Vries 2021, § 3.2 (zie noot 123).

141 Zie noot 140.

142 Zie EHRM 6 december 2012, zaaknr. 12323/11 (*Michaud/Frankrijk*), § 113-115.

143 Zie EHRM *Avotins/Letland* 2016 (Brussel-Ibis, maar zie hierna § 4.3 voor derdelandscontext); EHRM 17 april 2018, zaaknr. 21055/11 (*Pirozzi/België*); EHRM 25 maart 2021, zaaknr. 40324/16 en 12623/17 (*Bivolaru and Moldovan/Frankrijk*) (voor EAB).

144 Ouwerkerk 2021, p. 621 (zie noot 128); J. Callewaert, 'The European Arrest Warrant under the European Convention on Human Rights: A Matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility', *ZEuS-Sonderband* 2021, p. 108.

145 Zie voor een verdere bespreking Ouwerkerk 2021, § 4.1.2 (zie noot 128) en Krommendijk & De Vries 2021, § 3.2 (zie noot 123).

146 Ouwerkerk 2021, § 4.1.3 (zie noot 128).

147 Ouwerkerk 2021, p. 620 (zie noot 128) en de aldaar opgenomen voetnoot 37.

148 Ouwerkerk 2021, p. 620 (zie noot 128).

149 Zie voor de achtergrond en verdere bespreking van dit arrest bijv. J.M. Emaus, 'Grensoverschrijdend contracteren binnen de Europese Unie: de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken gebaseerd op het beginsel van wederzijds vertrouwen, getoetst aan het EVRM', *Contracteren* 2017/1, p. 3-12.

could, in practice, run counter to the requirement imposed by the Convention'.¹⁵⁰ Het systeem van wederzijdse erkenning mag geen afbreuk doen aan fundamentele rechten die betrokkenen toekomen op grond van het EVRM. Voor de vraag of het recht op een eerlijk proces in een individuele zaak is geschonden, is de *Bosphorus*-presumptie van belang.¹⁵¹ Het EHRM geeft duidelijk aan dat deze presumptie kan worden weerlegd als de bescherming van fundamentele rechten kennelijk gebrekkig is.¹⁵² Daarom geldt dat in geval van een ernstige en gegronde klacht van het schenden van het recht op een eerlijk proces, de rechter bij wie om erkenning en tenuitvoerlegging wordt verzocht van een 'beslissing', verplicht is deze klacht te onderzoeken, ook als EU-recht daarvoor geen grondslag biedt.¹⁵³ In *Avotins/Letland* concludeert het EHRM uiteindelijk dat de presumptie niet was weerlegd.¹⁵⁴

4.2 De openbare-orde-exceptie van Brussel-Ibis in het licht van de door het EHRM gestelde eisen¹⁵⁵

Aangenomen wordt dat schendingen van fundamentele rechten via de openbare orde-exceptie kunnen worden aangekaart en dat de openbare-orde-exceptie van Brussel-Ibis in beginsel voldoende bescherming biedt in het licht van de door het EHRM gestelde eisen.¹⁵⁶ Voor een succesvol beroep op de openbare orde-exceptie is vereist dat de erkenning van een in een andere lidstaat gegeven 'beslissing' op onaantvaardbare wijze zou botsen met de rechtsorde van de aangezochte lidstaat doordat inbreuk wordt gemaakt op een fundamenteel beginsel.¹⁵⁷ De openbare-orde-exceptie wordt strikt uitgelegd.¹⁵⁸ Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen de weigeringsgronden de effecten van automatische erkenning en tenuitvoerlegging blokkeren. Het gevolg is dat een beroep op de openbare-orde-exceptie zelden slaagt.¹⁵⁹ Het

150 EHRM *Avotins/Letland* 2016, § 113-114. Met 'limiting to exceptional cases' refereert het EHRM aan de bewoordingen van het HvJ EU in Advies 2/2013, zie L. Glas, 'Avotins t. Letland: de grenzen aan wederzijds vertrouwen volgens en tussen het EHRM en het HvJ EU', in: H. de Waele, J. Krommendijk & K. Zwaan (red.), *Tien jaar EU-Grondrechtenbandvest in Nederland. Een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 65.

151 Zie noot 140.

152 Voor een voorbeeld EHRM *Bivolaru en Moldovan/Frankrijk* 2021.

153 EHRM *Avotins/Letland* 2016, § 116. Zie verder EHRM (*Dolenc/Slovenije*) 2022, § 55-59 en de verwijzingen naar deze uitspraak in Advies Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht 2023, voetnoot 125 (zie noot 127) en Reactie Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht 2023, § 12 (zie noot 127).

154 EHRM *Avotins/Letland* 2016, § 121.

155 Zie hierover ook Hazelhorst 2017, p. 82-87 (zie noot 20).

156 Zie Storskrubb 2018, p. 193-195 (zie noot 87), Hazelhorst 2018, p. 114 (zie noot 9) en Biagioni 2016, § III.2 (zie noot 139) voor een overzicht van de aansluiting die het HvJ EU zoekt bij de door het EHRM gestelde eisen in zaken zoals HvJ EG *Krombach* 2000 en HvJ EU *Diageo Brands* 2015.

157 HvJ EU *Charles Taylor* 2023, r.o. 35 onder verwijzing naar eerdere rechtspraak.

158 HvJ EU *Charles Taylor* 2023, r.o. 32 onder verwijzing naar eerdere rechtspraak; Hazelhorst 2017, p. 82-87 (zie noot 20).

159 Zie voor een recent voorbeeld waarin het beroep op de openbare-orde-exceptie wel is geslaagd: HvJ EU *Charles Taylor* 2023, r.o. 39.

EHRM lijkt deze strikte uitleg te aanvaarden.¹⁶⁰ Hoewel vervelend voor de verweerder,¹⁶¹ heeft het EHRM ook geen bezwaar tegen het uitputtingsbeginsel.¹⁶² Alleen voor wat betreft de soms zware bewijslast kan de vraag worden gesteld of de openbare-orde-exceptie voldoende bescherming biedt. Zeker in geval van schendingen van het recht op een behandeling door een onafhankelijke, onpartijdige rechter kan een verweerder moeilijkheden ervaren met het leveren van bewijs.¹⁶³ Weller heeft daarom voorgesteld om de bewijslast van de openbare-orde-exceptie te verlagen als de ‘beslissing’ afkomstig is uit een lidstaat die systematische gebreken kent ten aanzien van de bescherming van (bepaalde) fundamentele rechten.¹⁶⁴ Of het HvJ EU met een dergelijke bewijslastverlaging akkoord zou gaan, vragen wij ons af. Het HvJ EU lijkt niet bereid te zijn voor een bepaalde lidstaat in algemene zin (en daarmee: ook voor andere zaken) vast te stellen dat het recht op een behandeling door een onafhankelijke rechter wordt geschonden.¹⁶⁵ Er moet steeds in het concrete geval worden vastgesteld dat een reëel risico bestaat op schending van mensenrechten. Hoewel dat tot een zware bewijslast kan leiden, is deze toets ons inziens in lijn met de jurisprudentie van het EHRM. Het EHRM gebruikt bij schendingen van artikel 6 EVRM de *flagrant denial of justice test*, die eveneens streng is en vaststelling van een concreet risico op schending van fundamentele rechten vereist.¹⁶⁶ Als een verweerder na een mislukt beroep op de openbare-orde-exceptie naar het EHRM was gegaan, had hij – ook als de *Bosphorus*-presumptie zou zijn weerlegd – een concreet risico moeten aantonen.¹⁶⁷ In dat opzicht is de bewijslast vergelijkbaar en lijkt het erop dat de openbare-orde-exceptie in het licht van de door het EHRM gestelde eisen voldoende bescherming biedt. Overigens laat dit ons inziens onverlet dat zowel de bewijslevering als het uitputtingsbeginsel de (oorspronkelijk) verweerder in een lastig (kosten)parket kunnen brengen.¹⁶⁸

4.3 De openbare-orde-exceptie van Brussel-Ibis in derdelandscontext

Het HvJ EU benadrukt in *J/H Limited* dat de rechter van de aangezochte lidstaat – gelet op het verbod van *révision au fond* – niet de erkenning van een ‘beslissing’ van een rechter van de poortwachterslidstaat mag weigeren ‘enkel op de grond dat de door [die rechter] toegepaste rechtsregel afwijkt van die welke de rechter van de aangezochte lidstaat zou hebben toegepast indien het geding bij hem aanhangig was gemaakt’.¹⁶⁹ Het is dus aan de poortwachterslidstaat

160 Biagioni 2016, § III.2 (zie noot 139).

161 Zie hierna noot 168.

162 EHRM *Avotins/Letland* 2016, § 118.

163 EHRM 1 oktober 1982, zaaknr. 8692/79 (*Piersack/België*).

164 Weller 2017, p. 20 (zie noot 4).

165 HvJ EU *LP* 2020; Verrest 2021, p. 87-88 (zie noot 135) onder verwijzing naar andere voorbeelden.

166 Zie bijv. EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 8139/09 (*Othman(Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk*), § 260.

167 Zie ook Ouwerkerk 2021, § 4.2 (zie noot 128).

168 Kritisch daarover: X.E. Kramer ‘Private International Law responses to corruption—approaches to jurisdiction and foreign judgments and the international fight against corruption’, *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Nr. 139, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2012, p. 99-142, p. 129; A. Stadler, ‘Das Europäische Zivilprozessrecht—Wie viel Beschleunigung verträgt Europa? Kritisches zur Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel und ihrer Grundidee’, *IPRax* (24) 2004, p. 8.

169 HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 43.

om op basis van nationaalrechtelijke of verdragsrechtelijke voorwaarden te beoordelen of het derdelandsvonnis kan worden erkend; inhoudelijke verschillen mogen gelet op wederzijds vertrouwen niet aan erkenning in de weg staan. Uit *J/H Limited* lijkt voorts te volgen dat de openbare-orde-exceptie in de aangezochte lidstaat slechts kan worden ingeroepen als de verweerder in de *tenuitvoerleggingsprocedure in de poortwachterslidstaat* niet de gelegenheid heeft gehad om zich doeltreffend te verdedigen, bijvoorbeeld doordat hij zich niet heeft kunnen verweren tegen de vorderingen die aanleiding hebben gegeven voor de procedure in het derde land.¹⁷⁰ De beoordeling van het derdelandsvonnis is aan de rechter van de poortwachterslidstaat en daarin mag de rechter van de aangezochte lidstaat niet treden. Gelet op wederzijds vertrouwen moet immers worden verondersteld dat de poortwachtersrechter bij de beoordeling van het derdelandsvonnis de EU-grondrechten eerbiedigt (§ 3.2). Als inderdaad moet worden aangenomen dat schendingen van fundamentele rechten in de derdelandsprocedure niet meer aan de orde kunnen komen bij de openbare-orde-exceptie van artikel 45 Brussel-Ibis, rijst de vraag of dat toelaatbaar is gelet op de door het EHRM gestelde eisen.

Het risico bestaat namelijk dat potentiële schendingen van fundamentele rechten in een derdelandsprocedure – al dan niet bewust¹⁷¹ – worden gemist door de rechter van de poortwachterslidstaat. Deze kunnen later niet meer aan de orde worden gesteld bij de aangezochte rechter. Daarom zou een verweerder op grond van de openbare-orde-exceptie hooguit kunnen betogen dat de poortwachterslidstaat zelf het recht op een eerlijk proces heeft geschonden doordat hij schendingen van fundamentele rechten in het derde land heeft gemist, maar de bewijslast daarvan lijkt ons onevenredig hoog. Gedacht zou kunnen worden aan een Hongaarse rechter die zich (gedwongen door het politieke klimaat) onthoudt van een kritische beoordeling bij de erkenning van een – op Yukos-achtige wijze totstandgekomen¹⁷² – Russisch vonnis en daarmee niet meer (volledig) onafhankelijk oordeelt in de zin van artikel 6 EVRM. De beperkte toets die in de meeste verkapte (of zuivere) exequaturprocedures plaatsvindt, maakt het voor de verweerder lastig om aan te tonen dat de Hongaarse rechter bij de beoordeling van het derdelandsvonnis partijdig is geweest. De Hongaarse rechter hoeft (of mag)¹⁷³ zelf geen inhoudelijk oordeel te geven, maar kan volstaan met een summier toets op basis van de in Hongarije toepasselijke erkenningsvoorwaarden. Als de verweerder er niet in slaagt om aan te tonen dat de Hongaarse rechter bij de erkenning van het Russische vonnis zelf het recht op een eerlijk proces heeft geschonden, kan het Russische vonnis vrij circuleren in de EU. De schendingen van fundamentele rechten in Rusland blijven onaangetast, omdat de openbare-orde-exceptie van artikel 45 Brussel-Ibis dan geen soelaas biedt. Wij vragen ons af of dat verenigbaar is met *Avotins/Letland*. Iedere lidstaat is gehouden om serieuze klachten over potentiële schendingen

170 Zie hiervoor § 2 en HvJ EU *J/H Limited* 2022, r.o. 45-46 ('in de tenuitvoerleggingsprocedure', en 'hij zich in de lidstaat van herkomst niet heeft kunnen verweren') onder verwijzing naar HvJ EG *Gambazzi* 2009, r.o. 27, 37, 45 en 46.

171 Vanwege de beoordelingsruimte die lidstaten hebben bij het erkennen van derdelandsvonnissen op basis van nationale of verdragsrechtelijke voorwaarden en de veelal summier toets die op basis daarvan plaatsvindt, is de kans dat bewust of onbewust schendingen van fundamentele rechten in derde landen over het hoofd worden gezien ons inziens groter.

172 Zie noot 15.

173 Wij hebben niet kunnen vaststellen of in Hongarije ook een verbod op *révision au fond* geldt.

van fundamentele rechten te onderzoeken, ook als het EU-recht daarvoor geen grondslag biedt. Niet alleen Hongarije als poortwachterslidstaat, maar ook de aangezochte lidstaten.

Als J voor de Oostenrijkse rechter had betoogd dat hij in Jordanië geen eerlijk proces heeft gehad, kan ons inziens de Oostenrijkse rechter gehouden zijn om deze klacht te onderzoeken, ook al biedt Brussel-Ibis daarvoor geen ruimte. Voor deze stelling vinden wij steun in (tenminste) drie andere arresten van het EHRM. In de zaak *Pellegrini/Italië* moest het EHRM oordelen over de vraag of het beginsel van hoor en wederhoor dat was geschonden in Vaticaanstad (derde land) een reden moest zijn voor de Italiaanse rechter om het vonnis uit Vaticaanstad te weigeren.¹⁷⁴ Het EHRM oordeelde dat het de taak is van de Italiaanse rechter om zich er voldoende van te vergewissen dat de procedure in Vaticaanstad in lijn was met de in artikel 6 lid 1 EVRM vervatte rechten.¹⁷⁵ Omdat de Italiaanse rechter dat had nagelaten, was sprake van een schending van artikel 6 EVRM door Italië.¹⁷⁶ Diezelfde benadering zien we terug in de meer recente zaak *Dolenc/Slovenië*, waarin het EHRM oordeelde dat de Sloveense rechters bij de erkenning van een Israëliische uitspraak tegen een Sloveense chirurg te weinig aandacht hebben besteed aan de aantasting van de procedurele rechten van de chirurg in de Israëliische schadevergoedingsprocedure, hetgeen resulteert in een schending van artikel 6 lid 1 EVRM.¹⁷⁷ Relevant is ook de zaak *T.I./Verenigd Koninkrijk*, waarin het EHRM oordeelde dat een verdragsstaat niet kan ontkomen aan EVRM-verplichtingen wanneer een andere betrokken staat ook verdragsstaat is bij het EVRM. Een asielzoeker uit Sri Lanka was door het Verenigd Koninkrijk uitgezet naar Duitsland, waar hij eerder al asiel was geweigerd en waar was besloten om hem terug te sturen naar Sri Lanka.¹⁷⁸ Het EHRM oordeelde dat het Verenigd Koninkrijk ervoor had moeten zorgen dat de uitzetting naar Duitsland niet zou resulteren in een behandeling die in strijd is met artikel 3 EVRM in een derde land.¹⁷⁹ Uit deze arresten kan ons inziens worden afgeleid dat rechter van de aangezochte lidstaat ‘beslissingen’ van de rechter van de poortwachterlidstaat over derdelandsvonnissen moet weigeren als het EVRM in het derde land is geschonden. Wederzijds vertrouwen (in de uitoefening van de poortwachtersfunctie) ontslaat de rechter van de aangezochte lidstaat niet van de verplichting om serieuze klachten over potentiële schendingen van fundamentele rechten in de derdelandsprocedure te onderzoeken.

Tot slot merken wij het volgende op. Als schendingen van fundamentele rechten in de tenuitvoerleggingsprocedure van de poortwachterslidstaat worden gemist, kunnen twee lidstaten aansprakelijk worden gehouden bij het EHRM: (i) de poortwachterslidstaat, vanwege de gemiste schendingen van fundamentele rechten en (ii) de aangezochte lidstaat, omdat de schendingen van fundamentele rechten in het derde land via de openbare-orde-exceptie van artikel 45 Brussel-Ibis niet kunnen worden aangekaart, maar juist wel hadden moeten worden

174 EHRM 20 juli 2001, zaaknr. 30882/96 (*Pellegrini/Italië*), § 44. Zie hierover ook Hazelhorst 2017, p. 77-78, p. 178 (zie noot 20).

175 EHRM *Pellegrini/Italië* 2001, § 44.

176 EHRM *Pellegrini/Italië* 2001, § 47-48.

177 EHRM *Dolenc/Slovenië* 2022, § 55-59. Zie ook de verwijzingen naar deze uitspraak in Advies Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht 2023, voetnoot 125 (zie noot 127) en Reactie Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht 2023, § 12 (zie noot 127).

178 EHRM 7 maart 2000, zaaknr. 43844/98 (*T.I./Verenigd Koninkrijk*).

179 Zie Van Bochove 2007, p. 337 (zie noot 126).

onderzocht op grond van de jurisprudentie van het EHRM.¹⁸⁰ Het is de vraag of de *Bosphorus*-presumptie geldt in deze derdelandscontext. Als over de poortwachterslidstaat wordt geklaagd, lijkt waarschijnlijk dat de presumptie niet opgaat, omdat de rechter beoordelingsruimte heeft (nationale of verdragsrechtelijke erkenningsvoorwaarden). Het EHRM toetst dan direct aan het EVRM. Als over de rechter van de aangezochte lidstaat wordt geklaagd, kan worden betoogd dat die rechter uitvoering geeft aan de door het HvJ EU gestelde grenzen van de openbare-orde-exceptie van Brussel-Ibis (eerste voorwaarde, geen/weinig beoordelingsruimte). Om ook aan de tweede voorwaarde van de *Bosphorus*-presumptie te voldoen, moeten mogelijk prejudiciële vragen worden gesteld aan het HvJ EU teneinde helderheid te krijgen over de uitleg van de openbare-orde-exceptie in derdelandscontext.¹⁸¹ Bevestigt het HvJ EU de uitleg dat schendingen van fundamentele rechten in derde landen niet aan de orde kunnen komen vanwege wederzijds vertrouwen en komt de zaak uiteindelijk bij het EHRM terecht, dan gaat de presumptie op, maar rijst vervolgens de vraag of de openbare-orde-exceptie voldoende rechtsbescherming biedt in het individuele geval (of de presumptie kan worden weerlegd). Gelet op de hiervoor besproken rechtspraak zou de conclusie van het EHRM kunnen zijn dat de openbare-orde-exceptie in een individueel geval niet volstaat.¹⁸² Om de verweerder deze kostbare procedures te besparen en om potentiële aansprakelijkheid te voorkomen, zouden (lagere) rechters van aangezochte lidstaten alvast hierop kunnen anticiperen door de openbare-orde-exceptie in derdelandscontext zo toe te passen dat ook schendingen van fundamentele rechten in derde landen kunnen worden onderzocht (totdat hierover helderheid is verkregen van het HvJ EU via een prejudiciële procedure). Een ‘beslissing’ van het huidige Poetin-vriendelijke Hongarije tot erkenning en tenuitvoerlegging van een Russische vonnis dat op ‘Yukos-achtige’ wijze tot stand is gekomen,¹⁸³ kan dan alsnog in andere lidstaten worden tegengehouden.

4.4 *Kans voor de lopende herziening van Brussel-Ibis?*

Formeel wederzijds vertrouwen veronderstelt dat bij de erkenning van derdelandsvonnissen door de poortwachtersrechter EU-grondrechten worden geëerbiedigd. De nationale of verdragsrechtelijke erkenningsvoorwaarden verschillen echter en ook de aard van de (verkapte of zuivere) exequaturprocedure brengt risico's met zich mee, zoals schendingen van fundamentele rechten in de derdelandsprocedure die al dan niet bewust worden gemist. Het is de vraag of materieel vertrouwen de uitkomst in *J/H Limited* rechtvaardigt. De openbare-orde-exceptie lijkt bovendien in derdelandscontext niet verenigbaar met het EVRM. Als *J/H Limited* gehandhaafd wordt door de Europese wetgever bij de hervorming van Brussel-Ibis en verkapte (en eventueel zuivere) exequaturs niet worden uitgesloten van Brussel-Ibis,¹⁸⁴ zou nog aan een andere oplossing kunnen worden gedacht.¹⁸⁵ Zo zou kunnen worden bepaald dat – om van een ‘beslissing’ te

180 Zie ook Hazelhorst 2017, p. 223 (zie noot 20).

181 Zie onder meer de in noot 12 genoemde annotaties.

182 Bijvoorbeeld omdat art. 6 EVRM in het derde land is geschonden.

183 Zie noot 15.

184 Zie reeds noot 13.

185 Zie overigens over de verhouding van Brussel-Ibis en het Haags Verdrag betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen in burgerlijke en handelszaken van 2 juli 2019 (welke verhouding in het kader van de derdelandscontext nog interessante vragen kan oproepen die in dit artikel bui-

kunnen spreken – iedere poortwachterslidstaat in een verkapte of zuivere exequaturprocedure (expliciet) moet toetsen in welke mate fundamentele rechten door het derde land zijn geëerbiedigd in de procedure die heeft geleid tot het derdelandsvonnis.¹⁸⁶ Aanknopingspunten hiervoor kunnen worden gevonden in een uitspraak van het HvJ EU in de zaak *JR*.¹⁸⁷ Een Litouws staatsburger was veroordeeld in niet-EU-lidstaat Noorwegen (*het derde land*) en Litouwen (*de poortwachterslidstaat*) heeft deze veroordeling op grond van een verdrag tussen Noorwegen en Litouwen erkend. Omdat *JR* naar het buitenland was gevlucht, heeft de Litouwse rechter een EAB uitgevaardigd en werd *JR* in Ierland gearresteerd (Ierland is hier de *aangezochte lidstaat* die al dan niet gevolg moet geven aan het EAB). Aan het HvJ EU is vervolgens de vraag gesteld of een EAB kan worden uitgevaardigd voor de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf van een derde land (Noorwegen) die op grond van een verdrag is erkend door de poortwachterslidstaat (Litouwen). Het HvJ EU overweegt in deze zaak – net als in *J/H Limited* – dat de uitvaardiging van Litouwen als beslissing onder het EAB moet worden aangemerkt, maar stelt daaraan wel voorwaarden. Eén van die voorwaarden is dat de derde staat (dus Noorwegen) bij de vaststelling van het vonnis de grondrechten van de veroordeelde in acht heeft genomen. Het HvJ EU neemt hier – anders dan in *J/H Limited* – de betrouwbaarheid van het derde land als uitgangspunt. De eerbiediging van de rechten van verdediging, die voortvloeien uit het recht op een eerlijk proces, is daarbij van belang.¹⁸⁸ Het is aan de poortwachterslidstaat – hier: Litouwen – om die toets uit te voeren. Ierland kan vervolgens als aangezochte lidstaat bij twijfel over de naleving daarvan verzoeken om gegevens die zij nodig heeft om een beslissing over de overlevering te kunnen nemen.¹⁸⁹ Vertaald naar de situatie van *J/H Limited* zou dit betekenen dat de Engelse rechter in de Engelse betalingsbevelprocedure *moet* hebben getoetst of de derdelandsvonnissen uit Jordanië op basis van een eerlijk proces tot stand zijn gekomen. Bij gebreke daarvan is geen sprake van een ‘beslissing’.¹⁹⁰ Bij twijfel over de juistheid van de uitvoering van die toets mag de Oostenrijkse rechter inlichtingen inwinnen bij de Engelse rechter.¹⁹¹ De Engelse rechter kan de Oostenrijkse rechter dan van een extra toelichting voorzien.¹⁹² Indien de twijfel niet is

ten beschouwing blijven): M. Wilderspin & L. Vysoka, ‘The 2019 Hague Judgments Convention through European lenses’, *NIPR* 2020/1, p. 34 e.v.

186 Op die manier wordt het beslissingsbegrip beperkt voor de derdelandscontext.

187 HvJ EU 17 maart 2021, C-488/19, ECLI:EU:C:2021:206 (*JR*); Oratie Van der Plas 2023, p. 7-8 (zie noot 5).

188 HvJ EU *JR* 2021, r.o. 58.

189 HvJ EU *JR* 2021, r.o. 58-59. Het HvJ EU lijkt daarna in meer algemene zin te overwegen dat over de vraag of in Noorwegen een eerlijk proces heeft plaatsgevonden niet veel twijfel kan bestaan, omdat Noorwegen ook gebonden is aan bepaalde verdragen die een eerlijk proces waarborgen (*obiter dictum* in r.o. 60).

190 Hoe dit verder praktisch geregeld moet worden, laten wij hier buiten beschouwing. Denkbaar zou zijn om hiervoor een vakje op te nemen in het art. 53-certificaat.

191 Brussel-Ibis zou mogelijk moeten worden uitgebreid met een weigeringsgrond op grond waarvan een verweerder kan betogen dat de toets niet juist is uitgevoerd.

192 Zie kritisch over de mogelijkheid om inlichtingen in te winnen in intra-EU-context de bronnen in noot 138, met name Verrest 2021, p. 84 (zie noot 135) (‘In het geval van Polen moet er dan een soort dialoog gevoerd worden met de uitvaardigende rechter over diens eigen onafhankelijkheid en over de positie van de rechtsprekende macht waarvan hij deel uitmaakt; dat is behoorlijk ongemakkelijk’). Daarover merken wij op dat in derdelandscontext de inlichtingen zien op schendingen van fundamentele rechten in het derde land. Er kan een dialoog worden gevoerd tussen beide rechters over de derdelandsprocedure. Heeft een rechter

weggenomen, kan de Oostenrijkse rechter besluiten de uitspraak niet aan te merken als ‘beslissing’. Op deze manier wordt aan de voorkant een extra voorwaarde gesteld als aanvulling op nationale of verdragsrechtelijke erkenningsvoorwaarden.¹⁹³ Dergelijke *trust-enhancing measures* kunnen materieel vertrouwen tussen lidstaten bevorderen.¹⁹⁴ De harmonisatie dwingt iedere poortwachtersrechter om alert te zijn op schendingen van fundamentele rechten in een derde land en dat uitdrukkelijk in zijn beslissing te motiveren. Bovendien maakt de toets het voor de aangezochte rechter vervolgens beter controleerbaar of in de tenuitvoerleggingsprocedure van de poortwachtersrechter eventuele schendingen van het recht op een eerlijk proces in de derdelandsprocedure zijn geadresseerd. Dit zorgt op de lange termijn voor meer materieel vertrouwen tussen de lidstaten, omdat procedurele en materiële verschillen deels zijn weggenomen en de geharmoniseerde beoordeling van de ene lidstaat inzichtelijk en controleerbaar is voor de andere lidstaat.

5. Ter afsluiting

Vertrouwen komt te voet en gaat te paard. Brussel-Ibis is gebaseerd op formeel wederzijds vertrouwen, maar juist in deze tijd, waarin materieel vertrouwen tussen lidstaten onder druk staat, zijn veiligheidskleppen nodig die ‘vertrouwen van wensdenken kunnen vertalen naar een meer concrete realiteit’.¹⁹⁵ Dat geldt in het bijzonder voor de problematiek die na *J/H Limited* ten aanzien van derdelandsvonnissen is ontstaan. De veiligheidsklep van de openbare orde onder Brussel-Ibis kan ten aanzien van derdelandsvonnissen onder druk komen te staan. De uitwerking daarvan is lastig te rijmen met rechtspraak van het EHRM en wij menen dat lidstaten nu al gehouden kunnen zijn om schendingen van fundamentele rechten in een derdelandsprocedure te onderzoeken, ook als de openbare-orde-exceptie daarvoor geen ruimte biedt. In dit artikel hebben wij voorts een suggestie voor een *trust-enhancing measure* gedaan in de vorm van een verplichte ‘poortwachterstoets’. Deze toets kan wellicht materieel vertrouwen tussen lidstaten bevorderen. Dat is van wezenlijk belang: juist in tijden van crisis kan het helpen om de *European spirit* van bij elkaar horen en elkaar steunen opnieuw te vinden.

kwade zin gehad en ‘bewust’ een schending van fundamentele rechten in het derde land gemist (daarop lijkt Verrest te doelen), dan kan de dialoog eventueel bewijsmateriaal opleveren voor een beroep op de openbare-orde-exceptie van Brussel-Ibis vanwege mogelijke partijdigheid van de poortwachtersrechter. De mogelijkheid om inlichtingen in te winnen kan daarom wellicht ook een soort afschrikwekkende werking hebben: misschien voelt een poortwachtersrechter die – om wat voor reden dan ook – balanceert op de rand tussen partijdigheid en onpartijdigheid zich gedwongen om de juiste keuze te maken, omdat het derdelandsvonnis van een kenbaar kritische beoordeling moet worden voorzien.

193 Als een dergelijke toets in strijd is met de nationale of verdragsrechtelijke erkenningsvoorwaarden, kan de betreffende staat de keuze maken om een nationale erkenningsbeslissing te nemen, die geen effect heeft in de EU.

194 Zie noot 100 en 122.

195 Popelier, Gentile & Van Zimmeren 2021, p. 179 (zie noot 9).