

# Het Nederlandse strafrecht in de ban van het Unierecht

Michiel Luchtman & Rob Widdershoven\*

\* Prof. mr. M.J.J.P. Luchtman is hoogleraar Transnationale rechtshandhaving en fundamentele rechten bij de Universiteit Utrecht. Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht bij diezelfde universiteit. Beiden zijn verbonden aan het Utrecht Centre for Regulation and Enforcement of EU Law (Renforce).

- 1 Dat is ook thans nog het geval. Vgl. art. 1 en 1a WED, waarin overtredingen van voorschriften van diverse EU-verordeningen als economisch delict worden aangemerkt. Bovendien heeft de normstelling van veel wetten waarvan de overtreding in die bepalingen als economisch delict wordt aangemerkt Europese wortels, onder veel meer die van de Algemene Douanewet, de Arbeidstijdenwet, de Landbouwwet, de Sanctiewet, de Wet precursors voor explosieven, de Telecommunicatiewet, de Wet financieel toezicht, de Elektriciteitswet, de Gaswet, de Wet gewasbescherming en biociden, de Wet milieubeheer et cetera.
- 2 Kaderbesluit 2002/584/JHA, betreffende het Europese arrestatiebevel en de procedures tot overlevering tussen de lidstaten, *PbEU* 2002, L 190/1.
- 3 Richtlijn 2013/48/EU, betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures, *PbEU* 2013, L 294/1, respectievelijk Richtlijn (EU) 2016/343, betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn, *PbEU* 2016, L 65/1. Zie par. 3 voor andere richtlijnen waarin procedurele waarborgen van verdachten zijn geharmoniseerd.

Het Nederlandse strafrecht europeaniseert in hoog tempo. De EU-invloed op de strafrechtspleging is al veel groter dan velen denken. Zo is de betekenis van het Handvest van de Grondrechten en de rechtspraak van het Hof van Justitie sterk toegenomen, terwijl de directe betekenis van het EVRM vermoedelijk zal gaan afnemen. Dit artikel brengt de belangrijkste ontwikkelingen ter zake in kaart.

## 1 Inleiding

Het Nederlandse strafrecht europeaniseert in een hoog tempo. Was de invloed van het Unierecht in het afgelopen millennium beperkt tot de strafbaarstelling van de overtreding van enkele normen uit Europese secundaire regelingen in de Wet op de Economische Delicten of in een andere bijzondere wet,<sup>1</sup> inmiddels heeft het Unierecht, door middel van eerst kaderbesluiten en – sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 – richtlijnen, de werking van een instrument als overlevering binnen de EU<sup>2</sup> en van fundamentele procedurele waarborgen van verdachten als het recht op (gefinancierde) rechtsbijstand en het vermoeden van onschuld, op hoofdlijnen geharmoniseerd.<sup>3</sup> Aan die europeaniseringsdrift van het strafrecht komt voorlopig ook geen einde.

Als gevolg van deze ontwikkelingen krijgen strafrechtadvocaten, de opsporingsdiensten, het Openbaar Ministerie en strafrechters steeds vaker te maken met algemene leerstukken van Unierecht, zoals de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, de leerstukken van voorrang, rechtstreekse werking en conforme uitlegging, en de EU-rechtelijke fundamentele rechten van het Handvest van de grondrechten van

de EU (hierna: Hv of Handvest). Een van de gevolgen daarvan is dat de betekenis van de fundamentele EU-rechten van het Handvest en de rechtspraak van het Hof van Justitie daaromtrent steeds verder toeneemt, en de (directe) betekenis van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM juist afneemt.

## Aan de europeaniseringsdrift van het strafrecht komt voorlopig geen einde

In dit artikel brengen wij de belangrijkste ontwikkelingen in kaart.<sup>4</sup> Eerst gaan we kort in op enkele algemene leerstukken van Unierecht die voor een goed begrip van het vervolg noodzakelijk zijn (par. 2). Vervolgens komt de vraag aan de orde wanneer (welke) elementen van het Nederlandse strafrecht binnen de 'werkingssfeer van het Unierecht' vallen, waardoor die Europese algemene leerstukken, inclusief de grondrechten van het Handvest, van toepassing zijn (par. 3). Daarna bespreken we de verhouding tussen de rechten van het Handvest en nationale grondrechten (par. 4), de verhouding tussen het Handvest en het EVRM vanuit de optiek van de nationale rechter (par. 5) en

– daarmee samenhangend – de institutionele verhoudingen tussen beide Europese rechters (par. 6). In dat kader besteden we ook aandacht aan de implicaties van het binnenkort ook voor Nederland vermoedelijk in werking tredende Protocol 16, dat voor hoogste nationale rechters de mogelijkheid creëert om aan het EHRM advies te vragen over de uitlegging en toepassing van het EVRM.<sup>5</sup> Ten slotte komt de betekenis van de doorwerkingsinstrumenten van Unierecht, rechtstreekse werking en EU-rechtconforme uitlegging voor het strafrecht aan de orde (par. 7). We ronden het verhaal af met een slotbeschouwing (par. 8).

## De relatie tussen de nationale rechtsorde en het Unierecht is tweeledig. Enerzijds ondersteunt het Unierecht de nationale strafrechtspleging. Anderzijds heeft de nationale rechtsorde als taak om al dat Unierecht daadwerkelijk te realiseren

### 2 Het Unierecht in de nationale rechtsorde: algemene leerstukken

De EU-rechtsorde kan worden gekarakteriseerd als een gedeelde of samengestelde rechtsorde, waarbinnen het Unierecht en het nationale recht worden geacht loyaal samen te werken teneinde het Unierecht daadwerkelijk te realiseren.<sup>6</sup> Binnen die gedeelde rechtsorde worden op EU-niveau al sinds eind jaren vijftig van de vorige eeuw Europese normen en regels vastgelegd in de Verdragen (thans het VEU en VWEU, waarvan het Handvest een bijlage is) en in daarop gebaseerde secundaire Unieregeling, te weten verordeningen, richtlijnen en (tot december 2009) kaderbesluiten.<sup>7</sup> Het VWEU bevat de fundamentele verkeersvrijheden (vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal), die ook voor het strafrecht van belang kunnen zijn, en biedt drie specifieke juridische grondslagen voor het vaststellen van Europese richtlijnen voor strafrechtelijke samenwerking, te weten: artikel 82, tweede lid, VWEU, op basis waarvan ter bevordering van de wederzijdse erkenning van vonnissen en rechterlijke beslissingen minimumvoorschriften kunnen worden vastgesteld over

diverse aspecten van strafvordering; artikel 83, eerste lid, VWEU, op basis waarvan minimumvoorschriften kunnen worden vastgesteld betreffende de bepaling van strafbare feiten en sancties in verband met (kort gezegd) bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie; en artikel 83, tweede lid, VWEU, op grond waarvan minimumvoorschriften kunnen worden vastgesteld met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en sancties op een terrein dat door het Unierecht geharmoniseerd is. In paragraaf 3 worden voorbeelden van EU-regelgeving op basis van deze te onderscheiden grondslagen vermeld. Zowel de Verdragen als de secundaire EU-regelgeving hebben voorrang op het nationale recht, hetgeen, indien nodig, voor en door de rechter kan worden afgedwongen door de doorwerkingsinstrumenten van EU-recht, namelijk conforme uitlegging en, met uitzondering van kaderbesluiten, rechtstreekse werking. Als gezegd wordt de betekenis van deze instrumenten voor het strafrecht in paragraaf 7 nader besproken.

De relatie tussen de nationale rechtsorde en het Unierecht is tweeledig. Enerzijds ondersteunt het Unierecht de nationale strafrechtspleging.<sup>8</sup> Anderzijds heeft de nationale rechtsorde als taak om al dat Unierecht daadwerkelijk te realiseren. Met uitzondering van – binnenkort<sup>9</sup> – het Europees Openbaar Ministerie is en blijft de strafrechtspleging primair een nationale aangelegenheid en heeft de EU alleen een functionele competentie, die is gekoppeld aan de totstandbrenging van een Europese rechtsruimte (art. 3 lid 2 VEU). Met het oog op die taak moeten nationale autoriteiten (wetgever, politie, Openbaar Ministerie, rechterlijke macht) verordeningen operationaliseren,<sup>10</sup> richtlijnen (en voorheen kaderbesluiten) omzetten in nationale wetgeving en toepassen en mogen zij niet in strijd handelen met de Verdragen, inclusief het Handvest. Het realiseren van het Unierecht impliceert ook de handhaving van die normen en het verlenen van rechtsbescherming als die normen mogelijk geschonden worden.<sup>11</sup> Of, en zo ja, welke betekenis het strafrecht en de strafrechtelijke actoren in dit verband hebben, hangt op grond van het beginsel van procedurele of handhavingsautonomie in principe af van het nationale recht.<sup>12</sup> Volgens dit beginsel is de vraag hoe de lidstaat een onderdeel van Unierecht handhaaft – strafrechtelijk, bestuursrechtelijk, civielrechtelijk of een combinatie –

- 4 We laten de strafrechtelijke samenwerking buiten beschouwing en richten ons vooral op de gevolgen voor Nederlandse strafzaken zonder grensoverschrijdend element.
- 5 *Trb.* 2013, 241 (Engelse versie), 2014, 74 (Franse versie).
- 6 S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Hoofdstuk I. Inleiding', in S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 4-5; L.F.M. Besselink, *A Composite European Constitution*, Groningen: Europa Law Publishing 2007; M. Luchtman, *Transnationale Rechts-handhaving – Over fundamentele rechten in de Europese strafrechtelijke samenwerking*, Den Haag: Boom juridisch 2017; J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht (diss. Leiden)*, Leiden: Universiteit Leiden 2016.
- 7 In het pre-Lissabon VEU was het kaderbesluit het reguleringsinstrument in de strafrechtelijke 'derde pijler'. De rechtsgevolgen van de toen vastgestelde kaderbesluiten blijven onder het Verdrag van Lissabon gehandhaafd zolang die besluiten niet zijn ingetrokken (Protocol 36 bij het Verdrag van Lissabon, art. 9). In par. 3 wordt een aantal nog steeds geldende belangrijke kaderbesluiten vermeld. Hun doorwerking komt aan de orde in par. 5.
- 8 Denk aan de voortvluchtige verdachte die op basis van die Europese instrumenten veel sneller en eenvoudiger kan worden opgespoord, opgepakt en aan Nederland overgedragen dan voorheen.
- 9 De deelname van Nederland aan de nauwere samenwerking tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie is inmiddels bevestigd, zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 33709, 15.
- 10 Onder 'operationaliseren' vallen alle nationale handelingen die noodzakelijk zijn om een verordening te laten werken in de nationale rechtsorde. Daaronder valt de aanwijzing van de nationale instantie die de verordening zal uitvoeren, vaak ook de vaststelling van de aanvullende nationale regels en de toepassing ervan in het concrete geval. Vgl. Prechal & Widdershoven 2017, p. 10-15. Overigens zijn verordeningen rechtstreeks toepasselijk in de nationale rechtsorde en kunnen zij zonder nadere nationale maatregel ten gunste of ten laste van rechts-subjecten worden toegepast. Vgl. HR 2 november, ECLI:NL:HR:2004:AR1797.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

en welke procedureregels daarbij precies gelden, zolang het Unierecht ter zake geen bindende normen heeft vastgesteld, een kwestie van nationaal recht.

Deze ‘autonomie’ wordt echter op twee manieren begrensd. In de eerste plaats geldt zij alleen zolang het Unierecht geen bindende normen heeft vastgesteld en, zoals in paragraaf 3 nader zal worden besproken, heeft de Unie inmiddels heel veel voor het strafrecht relevante bindende EU-regels vastgesteld, waaronder het meergenoemde Handvest. Die raken in toenemende mate ook het strafprocesrecht. In de tweede plaats geldt, ook als een secundaire Unieregel niets over de handhaving ervan bepaalt, dat de lidstaten verplicht zijn om overtredingen van Unierecht gelijkwaardig (als overtredingen van vergelijkbare nationale regels), doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig te handhaven. Deze verplichting heeft het Hof van Justitie geformuleerd in de zaak *Griekse Mais* in 1989 en betreft, in het geval de Unieregeling strafrechtelijk wordt gehandhaafd, de hele strafrechtketen (opsporing, onderzoek, sanctionering).<sup>13</sup> De

betreffende eisen zijn vanaf medio jaren negentig voorgeschreven in vrijwel alle secundaire EU-regelingen en zijn voor de fraudebestrijding gecodificeerd in artikel 325 VWEU. Zij gelden op grond van *Griekse Mais* zelf echter ook als zij in een bepaalde secundaire regeling niet zijn opgenomen.

Zoals hiervoor aangegeven is het aan de nationale rechter om rechtsbescherming te bieden als de door het Unierecht toegekende rechten (mogelijk) geschonden zijn. Als de lidstaat – vrijwillig of door het Unierecht gedwongen – het strafrecht heeft ingezet om overtredingen van Unierecht aan te pakken, is die nationale rechter de strafrechter. Zoals bekend heeft het Unierecht voor de nationale rechter een ‘hulplijn’ met het Hof van Justitie gecreëerd ten einde een uniforme toepassing van dat recht te garanderen, namelijk de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU.<sup>14</sup> De door de nationale (straf)rechter te verwijzen prejudiciële vragen kunnen de geldigheid van secundaire EU-regels betreffen, of de uitlegging van het gehele Unierecht. In het eerste geval is de nationale rechter van oordeel dat een secun-

<sup>11</sup> Vgl. recent HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (LM).

<sup>12</sup> A. Klip, *European criminal law – An integrative approach*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 67 e.v.; A.J.C. de Moor-van Vugt & R.J.G.M. Widdershoven, Hoofdstuk V. Bestuurlijke handhaving, in: Prechal & Widdershoven (red.) 2017, p. 263-326, i.h.b. 266-271.

<sup>13</sup> HvJ EG 21 september 1989, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse Mais*).

<sup>14</sup> Zie Klip 2016, p. 335 e.v.; H. Jahae & Th. Dieben, ‘Prejudiciële vragen aan het HvJ EU: Liever geen pottenkijkers?’, *Strafblad* 2015, p. 182-191. M. Broberg & N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2014; R. Ortley & R.J.G.M. Widdershoven, Hoofdstuk VI. Rechtsbescherming, in: Prechal & Widdershoven (red.) 2017, p. 345-360.

daire regeling (vermoedelijk) in strijd is met hoger Unierecht, bijvoorbeeld een Handvestrecht, en geldt zowel voor lagere als hogere nationale rechters een verwijzingsplicht in die zin dat niet zij, maar alleen het Hof van Justitie een EU-regeling ongeldig mag verklaren.<sup>15</sup> Wat betreft vragen van interpretatie geldt voor de nationale lagere rechters een verwijzingsbevoegdheid en voor de hoogste rechter – in strafzaken: de Hoge Raad – een verwijzingsplicht.<sup>16</sup> Van verwijzing kan op grond van de *Cilfit*-rechtspraak door de hoogste rechter alleen worden afgezien als de vraag van EU-recht niet relevant is voor de zaak,<sup>17</sup> sprake is van een *acte éclairé* (de vraag is al beantwoord door het hof) of van een *acte claire* (over de toepassing van het EU-recht bestaat redelijkerwijs geen twijfel).<sup>18</sup> Voor het strafrecht is van belang dat sinds 2008 op het terrein van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een prejudiciële spoedprocedure bestaat voor prejudiciële vragen die van belang zijn voor de rechtspositie van een gedetineerde persoon (art. 267, vierde alinea, VWEU). Binnen deze procedure lukt het het hof om vragen te beantwoorden binnen zo'n twee tot drie maanden.

### 3 Nationaal strafrecht binnen de werkingssfeer van het Unierecht

In deze paragraaf geven wij aan wanneer het Nederlandse strafrecht binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Dat is van belang voor de toepasselijkheid van het Handvest en ook voor de andere hiervoor genoemde algemene leerstukken. Bovendien bieden we *en passant* ook inzicht in de veelheid van Europese regels waarin inmiddels eisen worden gesteld aan het nationale strafrecht, hoewel we zeker niet uitputtend zijn.

Het Handvest is op 1 december 2009 in werking getreden. Dat betekent niet dat de EU voor die tijd geen fundamentele rechten erkende. Dat deed zij wel al vanaf eind jaren zestig, als algemene beginselen van EU-recht.<sup>19</sup> Deze beginselen golden voor de EU-instellingen altijd en voor de lidstaten als zij handelden 'binnen de werkingssfeer van het Unierecht'.<sup>20</sup> Hun juridische status was dezelfde als die van de Verdragen en was dus hoger dan die van secundaire EU-regelgeving. In de loop van de jaren heeft het Hof van Justitie alle rechten en vrijheden van het EVRM als beginsel van Unierecht erkend, ook in de context van het strafrecht.<sup>21</sup>

Deze rechten maken als algemene beginselen van EU-recht nog steeds deel uit van het recht van de Unie (art. 6 lid 3 VEU).

Door de inwerkingtreding van het Handvest worden de betreffende rechten nu ook zelfstandig als fundamenteel recht erkend. Het Handvest heeft 'dezelfde juridische waarde' als de Verdragen (art. 6 lid 1 VEU) en gaat dus boven secundaire EU-regelgeving. De voor het strafrecht belangrijkste rechten van het Handvest zijn: het recht op leven (art. 2), het verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (art. 3), het recht op vrijheid en veiligheid (art. 6), de eerbiediging van het privéleven (art. 7), de bescherming van persoonsgegevens (art. 8), het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (art. 47), het vermoeden van onschuld en de rechten van verdediging (art. 48), het legaliteits- en evenredigheidsbeginsel inzake delicten en straffen (art. 49) en het ne-bis-in-idem-beginsel (art. 50).

## Nationaal recht raakt soms wel aan Unierecht, maar dan staat nog niet vast dat het ook Unierecht ten uitvoer legt. Voor dat laatste is een zeker verband vereist tussen nationaal recht en Unierecht

Al deze rechten zijn altijd bindend voor de EU-instellingen en voor de lidstaten alleen wanneer zij 'het recht van de Unie ten uitvoer brengen' (art. 51 lid 1 Hv). In de zaak *Åkerberg Fransson* heeft het Hof van Justitie bepaald dat de frase 'het recht van de Unie ten uitvoer brengen', conform de hiervoor vermelde reikwijdte van de algemene beginselen van EU-recht, moet worden begrepen als 'handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht'.<sup>22</sup> Wanneer dat precies het geval is, is niet altijd makkelijk vast te stellen. Nationaal recht raakt soms wel aan Unierecht, maar dan staat nog niet vast dat het ook Unierecht ten uitvoer legt. Voor dat laatste is een zeker verband vereist tussen nationaal recht en Unierecht. Daarvoor moet worden nagegaan of een nationale regeling 'de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, wat de aard van deze regeling is en of zij niet andere doelstellingen nastreeft dan die waarop het Unierecht ziet, ook wanneer die regeling dit recht indirect kan

15 HvJ EG 22 oktober 1989, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*).

16 Vgl. M. de Werd, 'Europees strafrecht vraagt om méér regie van rechters', *NJB* 2017/1459, afl. 27, p. 1894-1896, die stelt dat de lagere strafrechter vaker gebruik zou moeten maken van zijn verwijzingsbevoegdheid en verwijzing naar het Hof van Justitie niet altijd zou moeten overlaten aan de Hoge Raad. Tegen de tijd dat de strafzaken bij de Hoge Raad zijn aangekomen, is het leed immers vaak al geleden.

17 Een vraag is bijvoorbeeld irrelevant voor de zaak als zij, gelet op de kwestie die in de nationale procedure aan de orde is, van zuiver hypothetische aard is of als de vraag geen relatie heeft met het geschil voor de nationale rechter. Vgl. HvJ EG 16 december 1981, 244/80, ECLI:EU:C:1981:302 (*Foglia*), en HvJ EG 16 juli 1992, C-83/91, ECLI:EU:C:1992:3332 (*Melicke I*).

18 HvJ EU 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*).

19 Vgl. HvJ EG 12 november 1969, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57 (*Stauder*); HvJ EG 17 december 1970, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*); HvJ EG 14 mei 1974, C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51 (*Nold*). Zie voor deze voorgeschiedenis: H. van Eijken, J.M. Emaus, M.J.J.P. Luchtman & R.J.G.M. Widdershoven 'The European Citizen as Bearer of Fundamental Rights in a Multi-Layered Legal Order', in: A. van den Brink et al. (red.), *Sovereignty in the Shared Legal Order of the EU. Core Values of Regulation and Enforcement*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2015, p. 249-297.

20 HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*); HvJ EG 18 december 1997, C-309/96, ECLI:EU:C:1997:631 (*Annibaldi*).

21 Bijv. HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*), over het lex-mitior-beginsel; HvJ EU 16 juli 2009, C-344/08, ECLI:EU:C:2009:482 (*Thomas Rubach*), over het vermoeden van onschuld.

22 HvJ EU 7 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:105, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*).

beïnvloeden, en of er een Unierechtelijke regeling bestaat die specifiek is voor deze materie of deze kan beïnvloeden.<sup>23</sup>

Binnen de rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen drie categorieën situaties worden geïdentificeerd, waarbij de lidstaten binnen de werkingssfeer van het Unierecht handelen en dus de Handvestrechten en ook de rechten en vrijheden van het EVRM als beginselen van Unierecht van toepassing zijn.<sup>24</sup>

## Een aanzienlijk deel van het materieel strafrecht en strafprocesrecht is te beschouwen als een omzetting van Unierecht

**a Agent-situatie:** de lidstaten handelen binnen de reikwijdte van het Unierecht als en voor zover zij specifieke rechten en verplichtingen, toegekend of voorgeschreven door secundaire EU-regelgeving, toepassen. Deze categorie omvat de nationale operationalisering en toepassing van EU-verordeningen, alsmede – en belangrijker voor het strafrecht – de omzetting van richtlijnen en kaderbesluiten en de toepassing van de nationale omzettingswetgeving. De reikwijdte van deze categorie moet niet worden onderschat, omdat inmiddels een aanzienlijk deel van het materieel strafrecht en strafprocesrecht is te beschouwen als een omzetting van Unierecht. Wat betreft de inhoud hiervan kan onderscheid worden gemaakt tussen (i) grensoverschrijdende instrumenten, (ii) procedurele waarborgen voor verdachten en slachtoffers en (iii) geharmoniseerde strafbare feiten, sancties en leerstukken behorend tot het algemeen deel.

De *grensoverschrijdende instrumenten* (i) zijn gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning en schrijven voor dat de lidstaten de rechterlijke beslissingen van andere lidstaten binnen de reikwijdte ervan in beginsel automatisch moeten erkennen en afdwingen. Het bekendste voorbeeld is het Europese arrestatiebevel (EAB), geregeld in het in paragraaf 1 al genoemde Kaderbesluit 2002/584, dat de overlevering van verdachte personen binnen de EU vrijwel volledig regelt, inclusief de betekenis in dat kader van sommige procedurele waarborgen, zoals onder welke voorwaarden een verstekveroordeling aan de basis kan liggen van een overlevering. Andere kaderbeslui-

ten en richtlijnen regelen de wederzijdse erkenning van onder meer de executie van beslissingen tot bevrozing van voorwerpen en bewijs, van financiële sancties, van confiscatiebeslissingen,<sup>25</sup> van rechterlijke uitspraken waarbij gevangenisstraf wordt opgelegd, van toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis en van Europese onderzoeksbevelen.<sup>26</sup> Voor al deze grensoverschrijdende instrumenten geldt dat nationale autoriteiten (ook de rechters) bij de toepassing ervan optreden als agent van het Unierecht en het Handvest dus van toepassing is. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat zij een Europees arrestatiebevel niet ten uitvoer mogen leggen als op grond van overtuigend bewijs mag worden aangenomen dat de over te leveren persoon vanwege de detentieomstandigheden in het uitvaardigende land een reëel gevaar loopt om te worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van artikel 4 Handvest.<sup>27</sup>

De *procedurele waarborgen voor verdachten* (ii) zijn geregeld in de op artikel 82, eerste lid, VWEU gebaseerde richtlijnen en dienen ter facilitering van de wederzijdse erkenning van de hiervoor genoemde grensoverschrijdende instrumenten. Dat laatste betekent evenwel niet dat ze alleen van toepassing zijn in geval van grensoverschrijdende samenwerking. Integendeel, de richtlijnen gelden ook in strafzaken waarin geen enkel grensoverschrijdend element is te ontdekken. Onderwerpen die inmiddels door richtlijnen worden geharmoniseerd zijn onder meer het recht op vertolking en vertaling, het recht op informatie, het recht op een advocaat in strafrechtelijke en EAB-procedures, alsmede op gefinancierde rechtsbijstand in die zaken en diverse aspecten van het vermoeden van onschuld (inclusief *nemo tenetur*) en het recht om ter zitting aanwezig te zijn.<sup>28</sup> Deze richtlijnen codificeren de rechtspraak van het EHRM betreffende de genoemde rechten, waarbij zij deze rechtspraak wel preciseren door middel van concrete regels. Als gevolg van deze (nadere) regulering door richtlijnen, treden de strafrechtelijke actoren (en ook de Raad voor de Rechtsbijstand bij de verlening van gefinancierde rechtsbijstand) bij de toepassing van deze onderwerpen op als agent van het Unierecht en valt die toepassing dus onder de bescherming van het Handvest.

Voorschriften op het terrein van de *positie van het slachtoffer* in het strafproces bestaan al langer. Tegenwoordig schrijft Richt-

23 HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), par. 24-25; HvJ EU 16 mei 2017, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz*).

24 Een vergelijkbare indeling vindt men bij K. Lenaerts & J.A. Gutiérrez-Fons, 'The European Court of Justice and Fundamental Rights in the Field of Criminal Law', in: V. Mitsilegas e.a. (red.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 7-26.

25 Een voorstel voor een verordening is aanhangig; zie het voorstel voor een Verordening inzake de wederzijdse erkenning van bevelen tot bevrozing en confiscatie, COM/2016/0819.

26 Respectievelijk Kaderbesluit 2003/577/JHA (bevrozingsbeslissingen), Kaderbesluit 2005/214/JHA (financiële sancties), Kaderbesluit 2006/783/JHA (confiscatiebeslissingen); Kaderbesluit 2008/960/JHA (gevangenisstraf), Kaderbesluit 2009/829/JHA (toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis) en Richtlijn 2014/41/EU (Europees onderzoeksbevel).

27 HvJ EU 5 april 2016, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 (*Aranyosi en Caldaru*).

28 Respectievelijk Richtlijn 2010/64/EU (vertolking en vertaling), Richtlijn 2012/13/EU (informatie), Richtlijn 2013/48/EU (recht op advocaat), Richtlijn 2016/1919/EU (rechtsbijstand) en Richtlijn 2016/343/EU (vermoeden van onschuld).

lijn 2012/29/EU voor dat lidstaten maatregelen nemen op onder meer het terrein van de informatievoorziening richting slachtoffers, hun correcte bejegening in het kader van een strafprocedure, hun mogelijkheden tot participatie daarin en de bescherming van bijzonder kwetsbare slachtoffers.<sup>29</sup> Voor specifieke strafbare feiten, zoals mensenhandel, seksueel misbruik van kinderen, seksuele uitbuiting en kinderpornografie of terroristische misdrijven kunnen nog aanvullende voorschriften bestaan.<sup>30</sup>

Ten slotte is er de harmonisatie van *strafbare feiten en sancties* (iii). Zoals in paragraaf 2 aangegeven kan deze plaatsvinden op grond van artikel 83, eerste lid, VWEU (zware criminaliteit met grensoverschrijdende dimensie) of artikel 83, tweede lid, VWEU (overtreding van door andere EU-regelgeving vastgestelde harmonisatieregels). Een willekeurig voorbeeld van de tweede groep is Richtlijn 2008/99/EG, inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht,<sup>31</sup> dat de nationale strafbaarstelling voorschrijft van handelingen die in strijd zijn met krachtens diverse andere EU-regelingen geharmoniseerde milieunormen, zoals het lozen of uitstoten van materie in de lucht, de grond of in water, het inzamelen, vervoeren, verwijderen of overbrengen van afvalstoffen en het doden, vernietigen, bezitten of vangen van beschermde plant- en diersoorten. De richtlijn schrijft ook voor dat rechtspersonen voor deze overtredingen aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld. Een voorbeeld uit de eerste groep is Richtlijn (EU) 2017/541, inzake terrorismebestrijding en ter vervanging van het Kaderbesluit terrorismebestrijding 2002/475/JBZ. Deze richtlijn harmoniseert onder meer de definitie van terrorisme en daarmee verwante misdrijven zoals financiering van terrorisme en ronselen, en schrijft bijvoorbeeld ook minimale maximumstraffen voor. Een ander voorbeeld is Richtlijn 2011/36/EU,<sup>32</sup> inzake de bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan. Deze richtlijn harmoniseert de strafbare feiten op het betreffende gebied, alsmede de minimale maximumstraffen, de aansprakelijkheid van rechtspersonen, de rechtsmacht in grensoverschrijdende situaties, et cetera.<sup>33</sup> Voor zover deze richtlijnen – die met vele kunnen worden aangevuld – bepaalde onderwerpen regelen, handelen de strafrechtelijke autoriteiten bij toepassing van

deze regels als agenten van het Unierecht en valt hun handelen in zoverre dus binnen de reikwijdte van het Handvest.

Voor de reikwijdte van de categorie agentsituaties is wel van belang dat het Hof van Justitie heeft bepaald dat het Handvest niet geldt, indien en voor zover een lidstaat in geval van minimumharmonisatie door een richtlijn (vrijwillig) verdergaande nationale maatregelen heeft getroffen.<sup>34</sup> Dit oordeel is logisch omdat het nationale ‘extra’ niet binnen de reikwijdte van het Unierecht valt, maar kan voor de uitvoering van de omzettingwetgeving in de lidstaat wel problematisch zijn, omdat hiervoor deels het Handvest en de (ongeschreven) beginselen van Unierecht gelden en deels (voor het nationale ‘extra’) niet (zie hieronder).

## Een nationale regeling valt ook binnen de reikwijdte van het Unierecht als de lidstaat afwijkt van de fundamentele verkeersvrijheden van goederen, personen, diensten en kapitaal, en van het recht op Unieburgerschap

**b Afwijkingen van fundamentele verkeersvrijheden:** een nationale regeling valt ook binnen de reikwijdte van het Unierecht als de lidstaat afwijkt van de fundamentele verkeersvrijheden van goederen, personen, diensten en kapitaal, en van het recht op Unieburgerschap. Dit betekent dat het Handvest en de (ongeschreven) EU-rechtsbeginselen moeten worden gerespecteerd, wil een beperking van deze rechten kunnen worden gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang.<sup>35</sup> De fundamentele verkeersvrijheden en het Unieburgerschap gelden overigens alleen als een burger (als verdachte of slachtoffer) grensoverschrijdend gebruik maakt van deze rechten.<sup>36</sup>

Hoewel deze categorie voor het strafrecht niet van heel groot belang is, kan zij soms een rol spelen. Een voorbeeld biedt de zaak *Calfa*,<sup>37</sup> waarin de vraag aan de orde was of de imperatieve strafsancie van uitzetting uit Griekenland voor het leven voor onderdanen uit andere lidstaten die op het grondgebied van Griekenland schuldig zijn verklaard voor het kopen en in bezit hebben van verdovende middelen

29 Richtlijn 2012/29/EU van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ, *PbEU* L 315/57.

30 Vgl. Richtlijn 2011/36/EU van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad, *PbEU* L 101/1.

31 Richtlijn 2008/99/EG, *PbEU* 2008, L 328/28. Zie voor andere voorbeelden, Richtlijn 2014/57/EU, betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik, *PbEU* 2014, L 173/179, en Richtlijn (EU) 2017/1371, betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt, *PbEU* 2017, L 198/29.

32 *PbEU* 2011, L 101/9.

33 Zie voor nog een ander voorbeeld het voorstel voor een Richtlijn inzake de strafrechtelijke bestrijding van het witwassen van geld, COM(2016)826 def.

34 HvJ EU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 (*Hernandez*).

35 Zie reeds HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*), alsmede – onder de werking van het Handvest – HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger*).

36 Zie HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), voor wat betreft de fundamentele verkeersvrijheden. Zie voor het Unieburgerschap, H. van Eijcken, *European Citizenship*, Groningen: Europa Law Publishing 2014, p. 80-86.

37 HvJ EU 19 januari 1999, C-348/96, ECLI:EU:C:1999:6 (*Calfa*). Zie ook HvJ EU 21 september 1999, C-378/97, ECLI:EU:C:1999:439 (*Wijsenbeek*), waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de strafbaarstelling van de weigering om bij een binnen-Europese vlucht zijn paspoort te tonen, niet in strijd was met het vrije verkeer van personen, maar dat de lidstaten hiervoor geen onevenredige straf, zoals een gevangenisstraf mogen opleggen, omdat dat wel een belemmering van het vrije verkeer zou impliceren.

voor eigen gebruik, verenigbaar was met het vrije verkeer van diensten (art. 56 VWEU). In de uitspraak stelt het Hof van Justitie dat het strafrecht de fundamentele verkeersvrijheden niet mag beperken, tenzij hiervoor een rechtvaardiging op grond van een dwingende reden van algemeen belang bestaat, bijvoorbeeld de openbare orde. In casu oordeelde het hof dat deze strafsancie het vrije verkeer van dienstverrichting teniet deed, omdat Calfa zich niet meer vrijelijk naar Griekenland zou kunnen begeven om diensten aan te bieden, en dat dit niet werd gerechtvaardigd door de openbare orde. Daarmee was de strafsancie in strijd met het vrije verkeer van diensten. Vergelijkbaar is de zaak *Gambelli*,<sup>38</sup> waarin het ging om forse strafrechtelijke sancties die volgens de Italiaanse wetgeving konden worden opgelegd aan de deelnemers aan via internet vanuit andere lidstaten aangeboden sportwedenschappen en aan tussenpersonen die deze deelname faciliteerden. Het Hof van Justitie merkte ook deze sancties aan als een beperking van het vrije verkeer van diensten en had aanzienlijke twijfel over de noodzaak en evenredigheid ervan, ook al liet het hof het eindoordeel in deze zaak aan de nationale rechter. In beide zaken kwam het hof niet toe aan de vraag of de beperking van het vrije verkeer mogelijk in strijd was met een fundamenteel recht als beginsel van Unierecht (anders dan het evenredigheidsbeginsel), omdat op dat punt niets was aangevoerd. Dat neemt niet weg dat die fundamentele rechten, zoals thans gecodificeerd in het Handvest, wel in acht moeten worden genomen bij de beperking van dat vrije verkeer.<sup>39</sup>

Binnen de zogenoemde Schengenzone worden het vrije verkeer van personen en diverse aspecten van politieke samenwerking en strafrechtelijke rechtshulp die daarmee samenhangen geregeld door de Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO). Op grond van Protocol 19 bij het VEU/VWEU is het Schengenacquis opgenomen binnen het kader van de Europese Unie, waardoor de toepassing van deze overeenkomst binnen de reikwijdte van het Unierecht valt en dus onder de bescherming van het Handvest. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *Spasic*,<sup>40</sup> waarin het grensoverschrijdende, maar qua bescherming beperkte ne-bis-in-idem-beginsel van artikel 54 SUO door het Hof van Justitie werd beoordeeld als een beperking op het algemene beginsel van artikel 50

Handvest, die binnen de grenzen van artikel 52, eerste lid, Handvest overigens wel toelaatbaar werd geacht.

## Het Handvest is van toepassing op de effectuering en handhaving, inclusief sanctionering, van regels van materieel Unierecht, ook al zijn over die handhaving geen specifieke Europese regels in secundair EU-recht gesteld

**c De nationale effectuering en handhaving van Unierecht:** ten slotte is het Handvest van toepassing op de effectuering en handhaving, inclusief sanctionering, van regels van materieel Unierecht, ook al zijn over die handhaving geen specifieke Europese regels in secundair EU-recht gesteld (in dat geval zouden ze vallen onder categorie a, de agent-situatie). Dit kan worden afgeleid uit (opnieuw) *Åkerberg Fransson*.<sup>41</sup> In die zaak oordeelde het Hof van Justitie dat de nationale sanctionering van btw-fraude door een combinatie van fiscale boetes en strafsancies binnen de werkingssfeer van het Unierecht viel – en dat daarom het ne-bis-in-idem-beginsel van artikel 50 Handvest van toepassing was – ook al schreven de relevante EU-regels niet de oplegging van concrete nationale sancties voor. Redengevend hiervoor was dat uit diverse bepalingen van Richtlijn 2006/112/EG, en uit artikel 4, derde lid, VEU, voortvloeit dat een lidstaat moet waarborgen dat de btw op zijn grondgebied volledig wordt geïnd en fraude wordt bestreden en dat de lidstaten volgens artikel 325 VWEU onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad moeten bestrijden met maatregelen die afschrikwekkend en doeltreffend zijn.

Zoals al aangegeven in paragraaf 2 worden de in artikel 325 VWEU voorgeschreven Unierechtelijke handhavingseisen, samen met evenredigheid, voorgeschreven in talloze secundaire verordeningen en richtlijnen, waarbij soms specifiek wordt bepaald dat de lidstaten doeltreffende, afschrikwekkend en evenredige *strafrechtelijke* sancties moeten toepassen.<sup>42</sup> In al die gevallen – zo leert ook de privaatrechtelijke zaak *Textdata Software*<sup>43</sup> – valt de handhaving onder de werkingssfeer van het Unierecht en dus

38 HvJ EU 6 november 2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*).

39 Dat de eerbiediging van Europese en zelfs nationale fundamentele rechten in beginsel een rechtvaardiging voor de beperking van het vrije verkeer kan opleveren, blijkt bijvoorbeeld uit HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 (*Schnidberger*), en HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (*Omega Spielhallen*).

40 HvJ EU 27 mei 2014, C-129/14, ECLI:EU:C:2014:586 (*Spasic*).

41 HvJ EU 7 mei 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).

42 Bijvoorbeeld in Richtlijn 2014/57/EU van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik, en in Richtlijn 2008/99/EG van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.

43 HvJ EU 26 september 2013, C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588 (*Textdata Software*).

onder de bescherming van het Handvest. Ter onderbouwing van dit standpunt kan ook nog worden gewezen op de pré-Handvestzaak *Berlusconi*,<sup>44</sup> waarin het Hof van Justitie van oordeel was dat de strafrechtelijke handhaving van bepaalde Unieregels binnen de reikwijdte van het Unierecht viel – en dus de *lex-mitior*-regel (een onderdeel van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel) als beginsel van Unierecht van toepassing was – terwijl de EU-regeling in kwestie alleen de toepassing van ‘geschikte sancties’ voorschreef. Ten slotte wijzen wij op de zaak *Berlioz*,<sup>45</sup> waarin de sanctionering met behulp van bestuurlijke boetes van de verplichting om ten behoeve van een verzoek om administratieve bijstand in fiscale zaken informatie te verstrekken, binnen de werkingssfeer van het Unierecht viel, omdat de relevante Richtlijn 2011/16/EU voorschreef dat de lidstaat alle ‘maatregelen’ moest nemen ‘die noodzakelijk zijn om de goede werking van de regeling voor administratieve bijstand te garanderen’.

De conclusie uit het voorgaande is dat als een secundaire EU-regeling maar een vage referentie naar de handhaving van de regeling bevat, deze handhaving, ook als daartoe het strafrecht wordt ingezet, binnen de reikwijdte van het Unierecht en dus van het Handvest valt. Het is zelfs de vraag of zo’n vage referentie wel nodig is, omdat – zoals in paragraaf 2 al aangegeven – de eisen van een doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige handhaving zijn ontleend aan de zaak *Griekse Maïs* en op grond van die zaak ook gelden als in de betreffende EU-regeling helemaal niets is bepaald over die handhaving. Vooral nog lijkt het Hof van Justitie echter waarde te hechten aan een geschreven Unierechtelijke grondslag voor deze of vergelijkbare vage handhavingseisen, voordat het Handvest van toepassing is.

Wat hiervan verder zij, als gevolg van de gebiedsuitbreiding in *Åkerberg Fransson* valt de strafrechtelijke handhaving van materiële EU-regels in elk geval onder de bescherming van het Handvest – in het bijzonder artikel 47 t/m 50 Handvest – als die regels een vage referentie naar die handhaving bevatten. Dat geldt niet alleen voor strafbare feiten waarvan de strafbaarstelling is voorgeschreven op grond van artikel 83, eerste of tweede lid, VWEU (zie hiervoor, onder a), maar ook als Nederland ‘vrijwillig’ ervoor heeft gekozen om de overtreding van een secundaire Unieregeling via het strafrecht te handhaven.

#### 4 Het Handvest, nationale grondrechten en de strafrechtspleging

De sterk toegenomen invloed van het EU-recht op de strafrechtspleging zorgt voor de nodige afbakeningsproblemen. Het Unierecht kan overlappen met nationale grondwettelijke standaarden, zodat de vraag rijst hoe die verschillende bronnen van grondrechtenbescherming zich tot elkaar verhouden (vgl. art. 53 Hv). Bovendien rijst de vraag in hoeverre het nationale recht – en de beleidskeuzes die eraan ten grondslag liggen of de handhavingspraktijk die erop gebaseerd is – een inbreuk op de door het Handvest gegarandeerde rechten kan rechtvaardigen.

#### Het Unierecht kan overlappen met nationale grondwettelijke standaarden, zodat de vraag rijst hoe die verschillende bronnen van grondrechtenbescherming zich tot elkaar verhouden

De gedachte achter de ruime werkingssfeer van het Handvest is dat de in de rechtsorde van de Unie gewaarborgde grondrechten toepassing moeten kunnen vinden in alle situaties die door het Unierecht worden beheerst.<sup>46</sup> Maar het omgekeerde geldt ook: als het Unierecht niet toepasselijk is, geldt het Handvest niet. Het is niet altijd eenvoudig om situaties die vallen onder de toepassing van het Unierecht te onderscheiden van situaties waarin dat niet het geval is.<sup>47</sup> Ten eerste, veel Europese normen introduceren als gezegd minimumnormen. Maar bovendien zal een situatie die wel binnen de reikwijdte van een EU-norm valt, niet altijd eenvoudig zijn te isoleren van de strafprocedure waarin deze wordt toegepast. Zo kreeg het Hof van Justitie in *Gueye* de vraag voorgelegd of het kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure – de voorloper van de in paragraaf 3 genoemde richtlijn – zich verzette tegen de verplichte oplegging van een straatverbod van een bepaalde minimumduur voor plegers van huiselijk geweld, in het geval de slachtoffers daarvan zich verzetten tegen het opleggen daarvan.<sup>48</sup> Het hof oordeelde dat dit niet het geval is, omdat de betreffende nationale regels niet de doelstellingen van het kaderbesluit doorkruisten. Hoewel dat kaderbesluit

44 HvJ EU 3 mei 2005, C-387/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*).

45 HvJ EU 16 mei 2017, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz*).

46 HvJ EU 7 mei 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), par. 19.

47 HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13 ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*).

48 HvJ EU 15 september 2011, gevoegde zaken C-483/09 en C-1/10, ECLI:EU:C:2011:583 (*Gueye en Salmerón-Sánchez*).



de bescherming en participatie van slachtoffers beoogde te verbeteren, richtte het zich vooral op de procedurele elementen ervan en niet op de meer materieelrechtelijke legislatieve keuzes met betrekking tot de aard en hoogte van straffen. Het Handvest was bijgevolg niet toepasselijk.

Ook in gevallen waarin een situatie wél binnen de reikwijdte van het Handvest komt, kan er ruimte blijven voor de toepassing van nationale grondwettelijke maatstaven. *Melloni* ging over de behandeling van een Italiaans aanhoudingsbevel in Spanje ter fine van de tenuitvoerlegging van een *Melloni* bij verstek opgelegde vrijheidsstraf.<sup>49</sup> Vanwege de hoge Spaanse grondwettelijke maatstaven – die in dergelijke gevallen, anders dan het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel zelf, een *retrial* voorschreven – stelde de Spaanse rechter de vraag welke ruimte het kaderbesluit bood om die hoge maatstaven te kunnen effectueren. Die ruimte was er volgens het hof in dit geval niet. De regeling inzake de omgang met verstekvonnissen in het kaderbesluit is uitputtend en – zo stelt het hof vast – voldoet ook aan de eisen van de artikelen 47 en 48 lid 2 Handvest en het corresponderende artikel 6 EVRM. In een dergelijk geval kan met hogere nationale grondwettelijke standaarden geen rekening worden gehouden. Ook artikel 53 Handvest doet daar niet aan af. Weliswaar staat het nationale autoriteiten en rechterlijke instanties vrij om de nationale grondrechtenbescherming toe te passen wanneer een handeling van Unierecht nationale uitvoeringsmaatregelen vereist, maar het beschermingsniveau van het Handvest (zoals uitgelegd door het hof) en de voorrang, eenheid en werking van het recht van de Unie mogen niet in het gedrang komen.<sup>50</sup>

### Ook in gevallen waarin een situatie wél binnen de reikwijdte van het Handvest komt, kan er ruimte blijven voor de toepassing van nationale grondwettelijke maatstaven

*Melloni* betrof een situatie die min of meer uitputtend door het Unierecht was geregeld. Dat was anders in *Taricco*. Die zaak ging kort gezegd over de strikte Italiaanse regels

inzake de stuiting van verjaringstermijnen die serieuze hindernissen opwierpen voor de strafrechtelijke aanpak van btw-fraude en deze in een aantal gevallen zelfs onmogelijk maakten.<sup>51</sup> Zo'n situatie valt volgens het hof – in lijn met *Åkerberg Fransson* – binnen de reikwijdte van het Unierecht en daarmee binnen de werkingssfeer van het Handvest. Het hof stelt vast dat als – zulks ter beoordeling van de nationale rechter – het Italiaanse recht ertoe leidt dat 'feiten die ernstige fraude uitmaken, in een groot aantal gevallen niet strafrechtelijk worden bestraft', deze rechter die bepalingen buiten toepassing moet laten vanwege strijdigheid met artikel 325 leden 1 en 2 VWEU. Het hof maakt vervolgens korte metten met het argument dat het buiten toepassing laten van de stuitingsregels in strijd zou komen met artikel 49 Hv (het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel). De niet-toepassing van de stuitingsregels betekent namelijk nog niet dat de betrokkenen nu kunnen worden veroordeeld voor feiten die op het moment van handelen (of nalaten) nog geen strafbaar feit waren of dat ze kunnen worden geconfronteerd met de toepassing van sancties waarin op het moment van dat handelen niet was voorzien.

De uitspraak stuitte op een storm van kritiek. Die kritiek richtte zich op de vaagheid van de formulering waarmee het hof de zaak teruglegt bij de nationale rechter, maar ook op 's hofs overwegingen met betrekking tot het legaliteitsbeginsel. Volgens het Italiaanse constitutionele hof zijn de verjaringsregels (inclusief de stuiting ervan) namelijk van materiële aard. Ze vallen binnen de reikwijdte van het materiële legaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in de Italiaanse grondwet. In *Taricco II* zet het Italiaanse constitutionele hof de verhoudingen op scherp en legt het Hof van Justitie de vraag voor in hoeverre de uitkomst in *Taricco I* ook geldt wanneer een duidelijke wettelijke grondslag ervoor ontbreekt en deze uitkomst in strijd komt met het legaliteitsbeginsel, alsmede de grondbeginselen van de Italiaanse constitutionele orde.<sup>52</sup>

Het Hof van Justitie handhaaft in zijn uitspraak belangrijke delen van zijn overwegingen in *Taricco I*, maar voegt ook nieuwe elementen toe. Net als in *Taricco I* stelt het dat uit artikel 325 VWEU de verplichting voortvloeit om ernstige gevallen van btw-fraude strafrechtelijk te bestraffen met sancties die afschrikwekkend en doeltreffend zijn en op eenzelfde wijze als

49 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*).

50 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), par. 60.

51 HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*). Uitvoerig: M. Timmerman, *Legality in Europe – On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2018.

52 HvJ EU 5 december 2017, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 (*M.A.S. en M.B.*), ('*Taricco II*').

soortgelijke nationale fraude. Als de nationale verjaringsregels daaraan in de weg staan, moeten die regels worden aangepast. Maar dan overweegt het hof – en dat is nieuw – dat zolang de materie slechts ten dele door het Unierecht wordt genormeerd en een gedeelde bevoegdheid van de EU en haar lidstaten is, de nationale rechter niet gehouden is de betreffende bepalingen buiten toepassing te laten als – kort gezegd – het (ruimere) nationale legaliteitsbeginsel daaraan in de weg staat.<sup>53</sup>

De uitkomst in *Taricco II* lijkt in strijd met de wel in het arrest genoemde overwegingen in *Melloni*. Het leidt *de facto* immers tot straffeloosheid (althans in lopende, vóór *Taricco* gestarte strafprocedures). Zonder twijfel wordt zo de in dat laatste arrest verwoorde eis van de werking van het Unierecht (doeltreffende sancties) sterk gerelativeerd met een beroep op het gedeelde karakter van de Europese rechtsorde. Doordat het hof waarde hecht aan de aanwezigheid van specifieke, op de voorliggende situatie betrekking hebbende Europese wetgeving, wordt de in *Melloni* geïntroduceerde toetsing dus vooral een vraagstuk van voorrang (alsmede – maar dat was in *Taricco* niet aan de orde – van het beschermingsniveau van het Handvest).

Dat het hof bij de uitleg en toepassing van het Handvest een verband legt met de aanwezigheid van specifieke EU-regelgeving, lijkt ook te volgen uit een aantal uitspraken uit maart 2018 over het ne-bis-in-idem-beginsel. Die zaken zijn in zekere zin spiegelbeeldig aan *Taricco II*, omdat (opnieuw) Italië zich hier juist op het Europese doeltreffendheidsvereiste beriep.<sup>54</sup> In de uitspraken stelt het hof vast dat combinaties van straf- en bestuursrechtelijke sancties een beperking van artikel 50 Hv vormen en daarom een rechtvaardiging behoeven, ook al maakt juist die combinatie van sancties de handhaving van de toepasselijke EU-regels doeltreffend en afschrikwekkend. Wanneer het EU-recht de lidstaten vrij laat in de keuze in hoe zij uitvoering wensen te geven aan de eis van doeltreffende, effectieve en evenredige handhaving van Unierecht (via het strafrecht, het bestuursrecht, het civiele recht, of combinaties van al die terreinen), zal de uit artikel 52 lid 1 Hv voortvloeiende subsidiariteitstoets daarop worden afgestemd. Het hof laat de lidstaten zo – overigens wel binnen de andere eisen van artikel 52 lid 1 Hv – een zekere beoordelingsmarge, ook als dat een beperking van het ne-bis-in-idem-beginsel (art. 50 Hv) betekent.

We concluderen dat *Åkerberg Fransson* het startpunt was van een ontwikkeling die voorlopig nog niet ten einde zal zijn. Vanwege de ruime werkingssfeer die het hof gaf aan het begrip ‘uitvoering van het Unierecht’ (met name via de hiervoor, in paragraaf 3, genoemde categorie c), komen zaken snel binnen de reikwijdte van het Handvest. Strafrecht is handhavingsrecht en bovendien zeer gevoelige materie. Juist daarom waren conflicten met constitutionele hoven te verwachten, zeker wanneer het Unierecht grenzen stelt aan de toepassing van nationale constitutionele rechten. De zojuist besproken rechtspraak kan worden gezien als een aanzet tot een oplossing daarvan. Weliswaar claimt het hof de bevoegdheid om zich – via het Handvest of andere leerstukken van EU-recht – ook over zo’n gevoelig terrein uit te laten, maar het lijkt bereid – wanneer specifieke EU-regelgeving ontbreekt (dus buiten de hiervoor genoemde agent-situatie) – zich terughoudend op te stellen.<sup>55</sup> Dat betekent dan overigens wel een flinke nuancering van de in *Melloni* verwoorde eisen.

**Strafrecht is handhavingsrecht en bovendien zeer gevoelige materie. Juist daarom waren conflicten met constitutionele hoven te verwachten, zeker wanneer het Unierecht grenzen stelt aan de toepassing van nationale constitutionele rechten**

### 5 Het Handvest of het EVRM?

Uit het voorgaande blijkt het toegenomen belang van het Unierecht en het Handvest voor het strafrecht en de strafrechtspleging. Het Handvest is van toepassing op de strafrechtelijke handhaving van normen die direct of indirect (via omzetting van richtlijnen) aan het Unierecht zijn ontleend. Daaronder valt een groot deel van het bijzonder strafrecht, maar ook commune delicten als terrorisme (en alles wat daarmee samenhangt), mensenhandel, witwassen et cetera. Los daarvan vallen diverse procedurele waarborgen voor de verdachte in alle zaken binnen de bescher-

<sup>53</sup> HvJ EU 5 december 2017, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 (*M.A.S. en M.B.*), (*Taricco II*), par. 43-45.

<sup>54</sup> HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197 (*Luca Menci*); HvJ EU 20 maart 2018, gevoegde zaken C-596/16 en C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192 (*Di Puma en Zecca*); HvJ EU 20 maart 2018, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson Real Estate SA*).

<sup>55</sup> Daarover M. Luchtman, ‘The ECJ’s recent case law on ne bis in idem – Implications for law enforcement in a shared legal order’, *Common Market Law Review* 2018 [ter perse].

56 HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454 (*Advies 2/13*).

57 Het grootste en meest langdurige verschil betrof de vraag of bedrijven bij doorzoekingen beroep konden doen op art. 8 EVRM (als beginsel van Unierecht). Volgens het Hof van Justitie in de zaak *Hoechst* (C-46/87, ECLI:EU:C:1989:337) kon dat niet, volgens EHRM 16 december 1992, 13710/88 (*Niemitz*) wel. In C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603 (*Roquette Frères*) heeft het Hof van Justitie zich bij de EHRM-rechtspraak aangesloten.

58 Zie de toelichting op het Handvest, p. 33.

59 Duidelijke rechtspraak waarin het Hof van Justitie een met het EVRM corresponderend Handvestrecht ruimer invult dan het EHRM bestaat nog niet. Wel kan men stellen dat de relativisering van het ne-bis-in-idem-beginsel in geval van gecombineerde bestraffing met een bestuurlijke punitieve sanctie en een strafsancie, die het Hof van Justitie heeft in zaak *Menci* (C-524/13, ECLI:EU:C:2018:197) heeft 'overgenomen' van de EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:JUDO02413011 (*A en B tegen Noorwegen*), potentieel minder ver gaat dan het EHRM, omdat het Hof van Justitie deze relativisering beschouwt als een beperking van het beginsel die onder omstandigheden binnen het kader van art. 52, eerste lid, Hv, gerechtvaardigd is, terwijl het EHRM haar ziet als een invulling van het beginsel.

60 S. Prechal, 'The Court of Justice and effective judicial protection: what has the Charter changed?', in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law. Public and Private Perspective*, Springer: Berlin 2016, p. 143-157.

61 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 5 april 2017, gevoegde zaken C-217/15 en C-350/15, ECLI:EU:C:2017:264 (*Orsi en Baldetti*); HvJ EU 28 juli 2016, C-543/14, ECLI:EU:C:2016:605 (*Ordre des barreaux francophones et germanophone*); HvJ EU 7 mei 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).

62 HvJ EU 18 december 2014, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453 (*Abdida*); HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*).

ming van het Handvest, zoals het recht op een advocaat en gefinancierde rechtsbijstand, het vermoeden van onschuld (inclusief het nemo-tenetur-beginsel) en tolkenbijstand. Verder geldt het Handvest ook bij allerlei grensoverschrijdende instrumenten, zoals het EAB, confiscatiebesluiten en de grensoverschrijdende executie van financiële sancties en vrijheidsstraffen. Dit alles roept de vraag op welke rol nog weggelegd is voor het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Daarop gaan we hierna in.

Alle EU-lidstaten zijn aangesloten bij het EVRM en zijn derhalve in heel hun handelen gebonden aan het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Als zij handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht zijn zij bovendien gebonden aan het Handvest en de rechtspraak van het Hof van Justitie. De fundamentele rechten en vrijheden van het EVRM hebben allen een pendant in het Handvest. Tussen beide hoogste Europese hoven bestaat geen hiërarchische relatie. Die zou er zijn gekomen als de Unie, zoals voorgeschreven in artikel 6, tweede lid, VEU, zou zijn togetreden tot het EVRM. Als gevolg van het negatieve advies van het Hof van Justitie over de ontwerp-overeenkomst betreffende de toetreding van de EU tot het EVRM is die toetreding voorlopig echter van de baan.<sup>56</sup> Daarom is het de vraag of en hoe beide Europese hoven hun rechtspraak op elkaar afstemmen, of er voor de Nederlandse rechter in zaken die zowel onder de bescherming van het Handvest als van het EVRM vallen een voorkeursvolgorde tussen beide verdragen bestaat.

Hoewel een hiërarchische relatie tussen beide Europese hoven ontbreekt, bestaan er tussen de rechtspraak van beide geen grote verschillen, omdat zij deze in de praktijk op elkaar afstemmen.<sup>57</sup> Het EHRM doet dat vrijwillig. Voor het Hof van Justitie is van belang dat artikel 52, derde lid, Handvest bepaalt dat, voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door het EVRM aan worden toegekend. Volgens de toelichting op die bepaling worden inhoud en reikwijdte van de gewaarborgde rechten niet alleen bepaald door de tekst van het EVRM, maar ook door de rechtspraak van het EHRM.<sup>58</sup> Op grond van artikel 52, derde lid, Handvest mag het Handvest/Hof van Justitie wel een ruimere bescherming bieden dan het EVRM/EHRM.<sup>59</sup> Het door het Handvest geboden

beschermingsniveau mag echter nooit lager zijn dan het niveau dat door het EVRM wordt gewaarborgd.<sup>60</sup> Hoewel het Hof van Justitie zijn rechtspraak, meer of minder expliciet, afstemt op die van het EHRM, beoordeelt het hof zaken uitsluitend in het licht van de bepalingen van het Handvest. Heeft de nationale rechter in een zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht een prejudiciële vraag gesteld over de betekenis van een EVRM-recht (die nog steeds worden erkend als beginselen van Unierecht), dan converteert het Hof van Justitie dat EVRM-recht in het corresponderende recht van het Handvest. In dat verband stelt het hof in vaste rechtspraak uitdrukkelijk dat de mensenrechten en fundamentele vrijheden van het EVRM, zolang de Unie geen partij bij dat verdrag is, 'geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument zijn'.<sup>61</sup> Wel acht het hof zich op grond van artikel 52, derde lid, Hv verplicht om de rechtspraak van het EHRM in aanmerking te nemen en Handvestrechten uit te leggen in het licht van het corresponderende EVRM-recht en de daarbij behorende rechtspraak van het EHRM.<sup>62</sup>

**In strafrechtelijke zaken binnen de werkingssfeer van het Unierecht is een lidstaat zowel gebonden aan het Handvest als aan het EVRM. Dat roept de vraag op of er in dat geval voor de nationale strafrechter een voorkeursvolgorde tussen beide verdragen bestaat**

In strafrechtelijke zaken binnen de werkingssfeer van het Unierecht is een lidstaat zowel gebonden aan het Handvest als aan het EVRM. Dat roept de vraag op of er in dat geval voor de nationale strafrechter een voorkeursvolgorde tussen beide verdragen bestaat. Naar onze opvatting bestaat die volgorde inderdaad en wel in die zin dat de nationale rechter zaken binnen de werkingssfeer van het Unierecht – en zoals in paragraaf 3 aangegeven valt heel veel nationaal strafrecht inmiddels binnen die werkingssfeer – primair moet beoordelen binnen het kader van het Handvest (dat door de rechter wel conform de EHRM-

rechtspraak moet worden uitgelegd). Deze opvatting is in de eerste plaats ingegeven door het verschil in de wijze van doorwerking van beide instrumenten. Anders dan een internationaal verdrag als het EVRM, waarvan de doorwerking in de nationale rechtsorde wordt bepaald door het nationale constitutionele recht, in Nederland artikel 93 en 94 Grondwet, wordt de nationale doorwerking van het Unierecht – en dus ook van het Handvest – bepaald door het Unierechtelijke voorrangsbeginsel. Op grond daarvan bepaalt het Unierecht zelf en niet het nationale constitutionele recht onder welke voorwaarden het in de lidstaten van toepassing is.<sup>63</sup> Aldus prevaleert het Unierecht boven het nationale constitutionele recht, en komt men in het geval het Handvest op grond van het voorrangsbeginsel van toepassing is, logischerwijs niet meer toe aan de vraag of het EVRM op grond van dat nationale recht (art. 93/94 Gw) wellicht ook rechtstreeks werkt. Voor een land als Nederland met een monistisch stelsel wat betreft de doorwerking van het internationaal recht, lijkt deze stellingname wellicht overdreven principieel. Dat is echter niet het geval voor landen met dualistisch stelsel, waarin het Handvest op grond van het Unierecht wel voorrang heeft, terwijl internationaal recht (inclusief het EVRM en EHRM-uitspraken) pas geldt nadat het in de nationale rechtsorde is omgezet (transformatie).<sup>64</sup>

Bovendien is het om twee redenen ook voor Nederland van belang dat de nationale (straf)rechters binnen de reikwijdte van het Unierecht primair toetsen aan het Handvest. In de eerste plaats omdat de nationale (straf)rechter vragen van interpretatie van een recht van het Handvest prejudicieel kan (lagere rechter) of moet (hoogste rechter) verwijzen naar het Hof van Justitie.<sup>65</sup> Om van deze procedure gebruik te kunnen maken, moet de rechter zich dan natuurlijk wel bewust zijn dat een recht van het Handvest in het geding is. In de tweede plaats, omdat het Hof van Justitie op enig moment aan een recht van het Handvest een ruimere bescherming zou kunnen toekennen dan het EHRM aan het corresponderende recht biedt. De hiervoor genoemde rechtspraak over het ne-bis-in-idem-beginsel zou als een voorbeeld daarvan kunnen worden gezien, nu combinaties van bestuurs- en strafrechtelijke sancties door Straatsburg onder voorwaarden kunnen worden uitgezonderd van de reikwijdte van het ne-bis-in-idem-

beginsel, als neergelegd in artikel 4 Protocol 7 bij het EVRM,<sup>66</sup> maar door Luxemburg worden gezien als een beperking van het beginsel, zoals gecodificeerd in artikel 50 Hv, en dus een rechtvaardiging behoeven.<sup>67</sup> Het voorgaande betekent concreet dat, zoals dat nu veelal al gebeurt door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in bestuursrechtelijke zaken, ook nationale strafrechters een beroep op een EVRM-recht (ambtshalve) zouden moeten converteren in een beroep op het corresponderende recht van Handvest, dat vervolgens overigens wel conform het EVRM en de rechtspraak van het EHRM wordt ingevuld.<sup>68</sup> Op dat punt valt naar ons gevoel in het strafrecht nog een wereld te winnen.

## Ook nationale strafrechters zouden een beroep op een EVRM-recht (ambtshalve) moeten converteren in een beroep op het corresponderende recht van Handvest, dat vervolgens overigens wel conform het EVRM en de rechtspraak van het EHRM wordt ingevuld

### 6 Naar Straatsburg of naar Luxemburg?

Een volgende vraag is hoe de taakverdeling tussen het EHRM in Straatsburg en het Hof van Justitie in Luxemburg zich verder zal ontwikkelen bij strafzaken die binnen de werkingssfeer van het Unierecht, en dus van het Handvest, vallen. Deze vraag is uiteraard van belang voor mogelijke klagers, maar binnenkort vermoedelijk, als gevolg van Protocol 16 bij het EVRM, ook voor de nationale rechter.

De taakverdeling tussen beide hoogste Europese rechters wordt thans bepaald door de zogenoemde *Bosphorus*-uitspraak van het EHRM, zoals die is verduidelijkt in vooral de zaken *Michaud* en *Avotiņš*.<sup>69</sup> Deze rechtspraak betreft de situatie dat een klacht bij het EHRM betrekking heeft op het handelen van een lidstaat bij de uitvoering van het Unierecht. Volgens het EHRM biedt in die situatie de EU/het Hof van Justitie een 'equivalent' bescherming van fundamentele rechten als het EVRM/EHRM en

63 HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*); HvJ EU 15 juli 2964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

64 M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 350.

65 Aldus ook A-G Knigge in zijn conclusie van 29 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1996, waarin hij de Hoge Raad adviseert om over de betekenis van art. 6 EVRM en/of 48, tweede lid, Hv voor het recht op rechtsbijstand bij politieverhoor in een zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht, prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. In zijn arrest van 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, heeft de Hoge Raad deze conclusie niet gevolgd, primair omdat die verwijzing voor de concrete zaak niet noodzakelijk was, maar ook omdat de Hoge Raad van mening lijkt dat het stellen van een prejudiciële vraag zal leiden tot een langdurige en onaanvaardbare vertraging van de procedure. Die laatste opvatting is in de literatuur – onder meer door A.H. Klip in zijn annotatie onder het arrest in *NJ* 2016/52, en door C.W.A. Timmermans, 'Post-Salduz: prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over het EVRM', *RM Themis* 2017, afl. 5, p. 239-243 – terecht bekritiseerd, onder meer onder verwijzing naar de in par. 2 al genoemde prejudiciële spoedprocedure, waarin het Hof van Justitie in 2 á 3 maanden beslist.

66 EHRM 15 november 2016, 24130/11 en 29758/11 (*A en B tegen Noorwegen*).

67 Zie verder M. Luchtman, 'The ECJ's recent case law on *ne bis in idem* – Implications for law enforcement in a shared legal order', *Common Market Law Review* 2018 [ter perse].

68 Onder veel meer ABRvS 28 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX0615. Zie voor andere voorbeelden, Van den Brink e.a. 2017, p. 156.

69 EHRM 30 juni 2005, 45036/98 (*Bosphorus*); EHRM 6 december 2012, 12323/11 (*Michaud/Frankrijk*); EHRM 23 mei 2016, 17502/07 (*Avotiņš/Letland*).

geldt daarom in beginsel een ‘presumption of compliance’ van de EU met het EVRM. Deze presumptie is overigens weerlegbaar, maar alleen als de binnen de EU verleende bescherming ‘manifestly deficient’ is, een situatie die door het EHRM nog nooit is aangenomen. De *Bosphorus*-presumptie geldt echter onder twee voorwaarden. In de eerste plaats, zo blijkt uit *Michaud*,<sup>70</sup> moet de Unierechtelijke regeling de lidstaat geen beoordelingsmarge laten. Is dat wel het geval, zo is de gedachte, dan kan het EHRM beoordelen of de lidstaat deze marge op een EVRM-conforme wijze heeft ingevuld, zonder dat hij een oordeel hoeft te geven over de EVRM-conformiteit van de EU-rechtelijke regeling zelf. In de tweede plaats geldt de *Bosphorus* presumptie alleen als het volle potentieel van de prejudiciële procedure is benut.<sup>71</sup> Aan deze voorwaarde is uiteraard voldaan als de Handvest-conformiteit van het nationale handelen naar het Hof van Justitie is verwezen en deze uitspraak heeft gedaan,<sup>72</sup> maar ook – zo leert *Avotiņš* – als er voor de nationale rechter, gelet op het beroep van partijen, geen enkele aanleiding bestond om een prejudiciële vraag betreffende de conformiteit met het Handvest te verwijzen. In beide situaties is voor het EHRM hoogstens nog de vraag aan de orde of de uitspraak van het Hof van Justitie, respectievelijk het door het Unierecht voorgeschreven nationale handelen ‘manifestly deficient’ is. Zoals al aangegeven, heeft het EHRM dat tot nu toe nog nooit aangenomen.

### Hoe het EHRM de rechtspraak zal toepassen (of verfijnen) nu de EU/het Hof van Justitie de ontwikkeling van fundamentele rechten binnen de reikwijdte van het Unierecht serieus ter hand heeft genomen, is niet in alle opzichten duidelijk

Hoe het EHRM deze rechtspraak zal toepassen (of verfijnen) nu de EU/het Hof van Justitie de ontwikkeling van fundamentele rechten binnen de reikwijdte van het Unierecht serieus ter hand heeft genomen, is niet in alle opzichten duidelijk. Die onduidelijkheid betreft vooral de voorwaarde dat de Unierechtelijke regeling geen beoordelingsmarge mag laten, aangezien het inmiddels

duidelijk is dat (ook) het Hof van Justitie uitspraak kan doen en doet over de Handvestconforme invulling van die marge, ook in strafrechtelijke zaken. Dat doet het in de in paragraaf 3 genoemde strafrechtelijke agent-situaties,<sup>73</sup> maar ook als de (strafrechtelijke) handhaving van EU-regels in het geheel niet is gereguleerd (vgl. par. 3, situatie c).<sup>74</sup> Gelet daarop garandeert die eerste voorwaarde niet dat het EHRM uit het vaarwater van het Hof van Justitie blijft en lijkt ons, naarmate het Hof van Justitie die marges steeds vaker invult, een nuancering van de eerste voorwaarde op termijn voor de hand te liggen. Naar wij vermoeden zal de nadruk daarbij steeds meer komen te liggen op de tweede voorwaarde van *Bosphorus*, namelijk of het volle potentieel van de prejudiciële procedure is benut. Is een vraag over de Handvestconformiteit van een Uniehandeling door een nationale rechter van een van de lidstaten al verwezen naar het Hof van Justitie en heeft dat daarover uitspraak gedaan, dan zal een EVRM-klacht van een justitiabele over (indirect) dezelfde regeling, gelet op *Bosphorus*, door het EHRM niet-ontvankelijk worden verklaard (tenzij de uitspraak van het Hof van Justitie *manifestly deficient* is). Dat geldt, gelet op *Avotiņš*, ook als er voor de nationale rechter in een concrete zaak, gelet op het beroep van partijen, geen enkele aanleiding bestond om een prejudiciële vraag betreffende de conformiteit met het Handvest te verwijzen.

Verder is er de situatie dat een justitiabele een klacht bij het EHRM heeft ingediend, nadat de hoogste nationale rechter, ondanks een daartoe strekkend verzoek, de kwestie niet prejudicieel heeft verwezen naar het Hof van Justitie. In dat geval is – gelet op de EHRM-uitspraak in onder meer de zaak *Dhahbi*<sup>75</sup> – van belang of de nationale rechter die niet-verwijzing al dan niet heeft gemotiveerd onder verwijzing naar de *Cilfit*-uitzonderingen voor niet-verwijzing (niet relevant, *acte éclairé*, *acte claire*).<sup>76</sup> Ter motivering dat sprake is van een *acte claire* kan de nationale rechter ook verwijzen naar rechtspraak van het EHRM betreffende het met een Handvestrecht corresponderend EVRM-recht, omdat het Hof van Justitie het Handvestrecht conform die rechtspraak invult (zie par. 5). Is de niet-verwijzing aldus (en min of meer geloofwaardig) gemotiveerd, dan zal het EHRM de klacht niet-ontvankelijk verklaren. Is die niet-verwijzing niet gemotiveerd, dan volgt uit

70 EHRM 6 december 2012, 12323/11 (*Michaud / Frankrijk*) par. 113.

71 EHRM 23 mei 2016, 17502/07 (*Avotiņš / Letland*), par. 111.

72 Die situatie was aan de orde in EHRM 30 juni 2005, 45036/98 (*Bosphorus*).

73 Vgl. zaak C-404/15 en C-659/15 PPU (*Aranyosi & Caldaru*), ECLI:EU:C:2016:198 en zaak C-216/18 PPU (*LM*), ECLI:EU:C:2018:586, waarin het hof de marges van het Kaderbesluit 2002/584/JBZ, inzake het Europees arrestatiebevel, Handvestconform toepast en de nationale rechter die moet beslissen over de overlevering van een persoon tegen wie een arrestatiebevel is uitgevaardigd, de mogelijkheid biedt om van overlevering af te zien als de over te leveren persoon in de uitvaardigende staat wegens de detentieomstandigheden in die staat een reëel gevaar loopt om te worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van art. 4 Hv (*Aranyosi & Caldaru*), respectievelijk in de uitvaardigende staat een reëel gevaar dreigt dat het grondrecht op een eerlijk proces van art. 47 Hv wordt geschonden wegens structurele gebreken wat betreft de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in die staat (*LM*).

74 Zie de al meergenoemde HvJ EU 7 mei 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*) waarin het Hof van Justitie art. 50 Hv (*ne bis in idem*) uitlegt in verband met de in Zweden toegepaste gecombineerde bestraffing door een fiscale boete en een strafrechtelijke sanctie, terwijl de toepasselijke richtlijn niet eens voorschreef welke sancties de lidstaten moesten toepassen en evenmin een regeling bevatte over *ne bis in idem*.

75 EHRM 8 april 2014, 17120/09 (*Dhahbi / Italië*). Zie ook EHRM 20 september 2011, 3989/07 en 38353/07 (*Ullens de Schooten en Rezabek / België*), en EHRM 23 mei 2016, 17502/07 (*Avotiņš / Letland*).

76 Zie voor de *Cilfit*-uitzonderingen reeds par. 2.

onder meer *Dhabbi* dat de uitspraak van de hoogste rechter om die reden al in strijd is met artikel 6 EVRM, en zal de klacht in zoverre al worden gehonoreerd. Of het EHRM daarnaast nog een oordeel zal geven over de andere aspecten van de klacht weten wij niet zeker. Het meest waarschijnlijk lijkt ons dat het EHRM, ten einde uit het vaarwater van het Hof van Justitie te blijven, de verdere afwikkeling van de zaak overlaat aan de nationale rechtsorde. Denkbaar is echter ook dat het EHRM zich daarover wel uitsprekt, omdat niet vaststaat dat die nationale afwikkeling tot volledig rechtsherstel zal leiden. Al met al, en hoewel er een aantal onzekerheden is, verwachten wij dat klagers bij kwesties binnen de werkingssfeer van het Unierecht steeds minder vaak terecht kunnen bij het EHRM en dat het primaat in toenemende mate bij Luxemburg zal komen te liggen.

## Wij verwachten dat klagers bij kwesties binnen de werkingssfeer van het Unierecht steeds minder vaak terecht kunnen bij het EHRM en dat het primaat in toenemende mate bij Luxemburg zal komen te liggen

Aan dit primaat wordt onzes inziens niet afgedaan door Protocol 16 bij het EVRM. Dit Protocol is op 1 augustus 2018 in werking getreden en naar verwachting zal (ook) de Eerste Kamer binnenkort het wetsvoorstel tot goedkeuring ervan aannemen.<sup>77</sup> In dat geval ontstaat voor de Nederlandse hoogste nationale rechters, in de strafzaken de Hoge Raad, de mogelijkheid (geen verplichting) om over de uitlegging of toepassing van het EVRM (een niet-bindend) advies te vragen bij het EHRM. Het EHRM kan dat adviesverzoek in behandeling nemen, maar is daartoe niet verplicht. Gelet op hetgeen wij in paragraaf 5 hebben gesteld, achten wij het voor de hand liggend dat de Hoge Raad van deze procedure alleen gebruik maakt in zaken buiten de werkingssfeer van het Unierecht. Binnen die werkingssfeer bestaat immers al de verplichting om prejudiciële vragen over het corresponderende Handvestrecht te verwijzen naar het Hof van Justitie, een verplichting waar-

aan de adviesmogelijkheid bij het EHRM niet afdoet. Uiteraard is het theoretisch denkbaar dat de nationale rechter over de uitlegging van een fundamenteel recht dat zowel wordt gegarandeerd door het EVRM als het Handvest zowel een adviesaanvraag doet bij het EHRM als een prejudiciële vraag verwijst naar het Hof van Justitie.<sup>78</sup> Naar onze verwachting zal het EHRM in dat geval, als de zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, de adviesaanvraag niet in behandeling nemen. Dat lijkt ons in elk geval in de geest van de hiervoor genoemde *Bosphorus*-uitspraak van het EHRM. Zoals al aangegeven geldt volgens die rechtspraak de ‘presumption of compliance’ van de EU met het EVRM, tenminste als het volle potentieel van de prejudiciële procedure is benut. Als de zaak, zoals dat rechtens hoort, door de nationale rechter is verwezen naar het Hof van Justitie, lijkt ons aan deze voorwaarde te zijn voldaan en ligt het buiten behandeling laten van het adviesverzoek door het EHRM dus in de rede.

Ten slotte kan de vraag worden opgeworpen hoe het EHRM zal omgaan met een adviesaanvraag van een hoogste rechter over de uitlegging van het EVRM in de situatie dat de nationale rechter de zaak niet prejudicieel naar het Hof van Justitie heeft verwezen, maar het EHRM ambtshalve of anderszins vaststelt dat de zaak wel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Voor dat geval lijkt ons van belang of de mogelijke strijd met het Handvest in de nationale procedure door partijen is opgeworpen. Is dat niet gebeurd, dan geldt – gelet op *Avotijš* – dat is voldaan aan de voorwaarde dat het volle potentieel van de prejudiciële procedure is benut, en dat dus de ‘presumption of compliance’ van de EU-bescherming van fundamentele rechten met die van het EVRM van toepassing is. Daarom zal de adviesaanvraag door het EHRM vermoedelijk buiten behandeling worden gelaten. Is de mogelijke strijdigheid met het Handvest wel door de justitiabele opgeworpen, maar heeft de nationale rechter niettemin een adviesaanvraag bij het EHRM ingediend, omdat hij er ten onrechte van uitging dat de zaak buiten de werkingssfeer van het Unierecht viel, dan is de reactie van het EHRM onzeker. Het EHRM zou in dat geval de adviesaanvraag kunnen adresseren, maar zou er ook voor kunnen kiezen om de nationale rechter te wijzen op de meer geëigende weg, namelijk het alsnog verwijzen van een prejudiciële vraag naar het Hof van Justitie.

77 De Tweede Kamer heeft op 16 mei 2017 ingestemd met het voorstel tot goedkeuring van het protocol (*Handelingen II* 2016/17, p. 73). Zie over het protocol, J.H. Gerards, ‘Protocol 16 EVRM: advisering door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens’, *TvCR* 2017, afl. 4, p. 307-322, die verwacht dat de Eerste Kamer ook met de goedkeuringswet zal instemmen.

78 Hierop wordt ook gewezen door Gerards 2017, p. 312-313.

79 Daarover verder M.J. Borgers & F.C.W. de Graaf, ‘Europees strafrecht’, in: R.van Elst & E.van Sliedregt (red.), *Handboek internationaal strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 6-62; P.H.P.H.M.C. Van Kempen, ‘Communaire doorwerking en strafprocesrecht’, in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf 2006, p. 73-95 en vooral F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

80 De rechtsgevolgen van die kaderbesluiten blijven onder het Verdrag van Lissabon gehandhaafd zolang die besluiten niet zijn ingetrokken; art. 9 Protocol 36 bij het Verdrag van Lissabon.

81 Van omzetting kan overigens worden afgezien als de nationale wetgeving, zoals uitgelegd in de rechtspraak, al aan de richtlijn of het kaderbesluit voldoet.

82 Vgl. HvJ EU 24 mei 2016, C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346 (*Dworzecki*), par. 28.

83 HvJ EU 25 januari 2017, C-582/15, ECLI:EU:C:2017:37 (*Van Vemde*). In *Kozłowski* kwam het hof met een aanvulling, die te maken heeft met het facultatieve karakter van de bepaling waarover het ging. Daar bracht een autonome uitleg mee dat de lidstaten in ieder geval niet bevoegd zijn de daar aan de orde zijnde termen in hun nationaal recht tot omzetting van dit art. 4, punt 6 KB EAB een betekenis te geven die ruimer is dan die welke uit een dergelijke uniforme uitlegging volgt, HvJ EU 17 juli 2008, C-66/08, ECLI:EU:C:2008:437, (*Kozłowski*), par. 43.

84 HvJ EU 24 mei 2016, C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346 (*Dworzecki*), par. 28-30. Wij voorzien dat dit punt ook kan gaan spelen bij de uitleg van bijvoorbeeld art. 3 lid 3 sub b Richtlijn 2013/48 (verhoorsbijstand).

85 Vgl. over beide instrumenten in algemene zin, M.J.M. Verhoeven & J.H. Jans, 'Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking', in: Prechal & Widdershoven (red.) 2017, p. 63-122.

86 HvJ 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominiguez*); HvJ EU 10 oktober 2013, C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 (*Spedition Welter*); HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*David Smith*).

87 HvJ EU 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*).

88 Zie voor wat betreft richtlijnen, de standaardresten HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*), en HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*).

89 HvJ EU 5 juli 2016, C-614/14, ECLI:EU:C:2016:514 (*Ognyanov*).

90 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*).

91 HR 10 augustus 2007 (belastingkamer), ECLI:NL:HR:2007:AZ3758 (*Wandelvierdaagse*); HR 6 juni 2008 (belastingkamer), ECLI:NL:HR:2008:BD3139 (*Joustra*); HR 21 september 2012 (civiele kamer), ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (*Thuiscopie*). Deze rechtspraak is in lijn met HvJ EG 29 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla*), waarin het Hof van Justitie heeft bepaald dat de rechter met het oog op de verplichting tot conforme uitlegging zo nodig de wil van de wetgever, zoals die blijkt uit de *travaux préparatoires* behorende bij de nationale omzettingswetgeving, opzij moet zetten.

## 7 Doorwerking van kaderbesluiten en richtlijnen in de nationale strafrechtspiegeling

Ten slotte besteden we kort aandacht aan de doorwerking van het Unierecht in het strafrecht.<sup>79</sup> Zoals hiervoor, in paragraaf 3, is gebleken, vindt de europeanisering van het nationale strafrecht inmiddels plaats door middel van vooral richtlijnen, en voorheen (tot 1 december 2009) door middel van kaderbesluiten.<sup>80</sup> De bepalingen van al die richtlijnen en kaderbesluiten moeten door de nationale rechtsorde worden geëffectueerd. Daartoe geldt (en gold) dat zij binnen de daarin gestelde termijn moeten worden omgezet in het nationale recht. Die omzetting moet volledig en nauwkeurig geschieden in een dwingend nationaal normatief kader, in het strafrecht doorgaans de wet in formele zin.<sup>81</sup>

### Als een richtlijn of kaderbesluit eenmaal is omgezet in Nederlands recht, betekent dat niet dat daarmee de kous af is. Bij de interpretatie van het nationale recht blijft de Europese achtergrond ervan belangrijk

Als een richtlijn of kaderbesluit eenmaal is omgezet in Nederlands recht, betekent dat niet dat daarmee de kous af is. Bij de interpretatie van het nationale recht blijft de Europese achtergrond ervan – in het licht van de hieronder te bespreken doorwerkingsinstrumenten – belangrijk. Daarbij kunnen vragen rijzen over de uitleg van een Europese regeling die aan het nationale recht ten grondslag ligt. Bij de uitleg daarvan laat het Hof van Justitie zich niet leiden door het nationale recht. Integendeel, in vaste jurisprudentie luidt het dat de bewoordingen van een EU-bepaling die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Unie autonoom en uniform moeten worden uitgelegd vanwege zowel de uniforme toepassing van het Unierecht als het gelijkheidsbeginsel.<sup>82</sup> In dergelijke gevallen kijkt het hof naar de bewoordingen van die bepaling en de context ervan, alsmede naar de doelstellingen van de regeling waarvan

ze een onderdeel vormt,<sup>83</sup> en niet naar het nationale recht en de uitleggingsgegevens die daaraan te ontleen zijn. Ook wanneer in bepalingen van EU-recht deels wel wordt verwezen naar het nationale recht, zal het hof onderzoeken in welke mate de overige onderdelen van een bepaling wel autonome uitleg behoeven.<sup>84</sup>

Autonome uitleg is ook van belang bij de toepassing van de twee Europese instrumenten die de rechter ter beschikking staan om in het geval van incorrecte omzetting van secundaire EU-regelgeving de doorwerking ervan te verzekeren, de EU-rechtconforme uitlegging en de rechtstreekse werking.<sup>85</sup> Wat betreft de verhouding tussen beide heeft het Hof van Justitie in vaste rechtspraak bepaald dat de nationale rechter eerst moet nagaan of het instrument van de conforme uitlegging tot doorwerking van de richtlijn/het kaderbesluit kan leiden, en dat pas als dat niet mogelijk is, de rechter toekomt aan het instrument van de rechtstreekse werking.<sup>86</sup>

Het instrument van EU-rechtconforme uitlegging geldt zowel voor richtlijnen als voor kaderbesluiten. Dat laatste heeft het Hof van Justitie bepaald in de zaak *Pupino*.<sup>87</sup> Op grond ervan moeten de nationale rechter, het nationale recht 'zoveel mogelijk' uitleggen conform de bewoordingen en het doel van de richtlijn/het kaderbesluit.<sup>88</sup> De nationale rechter moet daarbij de regels van het nationale recht in hun geheel bezien, waarbij een lagere rechter zo nodig en op eigen gezag, de uitlegging van de hoogste nationale rechter buiten toepassing moet laten wanneer die uitlegging niet verenigbaar is met het Unierecht. Conforme interpretatie kan ook meebrengen dat de hoogste rechter zijn vaste rechtspraak moet wijzigen.<sup>89</sup> Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet de nationale rechter bij conforme uitlegging ervan uitgaan dat de wetgever de bedoeling heeft gehad om ten volle uitvoering te geven aan de uit een richtlijn (of kaderbesluit) voortvloeiende verplichtingen.<sup>90</sup> Uit dit uitgangspunt heeft de Hoge Raad in fiscale en civiele zaken afgeleid dat voor de mogelijkheden van conforme uitlegging de bewoordingen van de nationale wet bepalend zijn en niet eventueel afwijkende toelichtingen en uittalingen gedaan in het proces van totstandkoming van de wettelijke regeling die achteraf in strijd blijken met de richtlijn.<sup>91</sup> Dat ligt slechts anders als in zulke toelichtingen en uittalingen ondubbelzinnig uitdrukking is

gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van de richtlijn, een situatie die zich in Nederland nog nooit heeft voorgedaan en ook niet snel zal voordoen. Deze lijn geldt onzes inziens ook voor het strafrecht.

Het instrument van conforme uitlegging kent echter twee belangrijke beperkingen. In de eerste plaats acht het Hof van Justitie conforme uitlegging *contra legem* het nationale recht niet toelaatbaar.<sup>92</sup> De rechterlijke uitlegging moet dus passen binnen de letter van de nationale wettelijke bepaling. Van belang is wel dat het Hof van Justitie, zoals hiervoor al aangegeven, voor zowel richtlijnen als kaderbesluiten heeft bepaald dat vaste rechtspraak van de hoogste rechter niet wordt beschouwd als 'lex' in het kader van het contra-*legem*-verbod. Als die vaste rechtspraak in strijd blijkt met een richtlijn of het kaderbesluit, zoals die door het Hof van Justitie zijn uitgelegd, dan moet die hoogste rechter haar wijzigen.<sup>93</sup> In de tweede plaats wordt de verplichting tot conforme uitlegging beperkt door de algemene rechtsbeginselen, meer in het bijzonder (en tot nu toe uitsluitend)<sup>94</sup> het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht van artikel 7 EVRM en 49, eerste lid, Hv.<sup>95</sup> Vanwege deze beperking mag conforme uitlegging niet leiden tot een vestiging of verzwaring van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Concreet betekent dit bijvoorbeeld dat een door een richtlijn voorgeschreven ruime delictomschrijving, die in het nationale recht niet (correct) – te beperkt – is omgezet, strafrechtelijk niet kan worden gehandhaafd met behulp van conforme uitlegging. Die beperking geldt uiteraard niet voor richtlijnbevestigingen die rechten toekennen, bijvoorbeeld de diverse richtlijnen inzake procedurele waarborgen voor verdachten.

Is richtlijn- of kaderbesluitconforme uitlegging van het nationale recht niet mogelijk (want *contra legem* of in strijd met het verbod van terugwerkende kracht), dan is de vraag aan de orde of de doorwerking van die besluiten kan plaatsvinden met behulp van rechtstreekse werking. Voor kaderbesluiten geldt dat zij geen rechtstreekse werking kunnen hebben.<sup>96</sup> Dit was voor deze besluiten expliciet bepaald in het oude VEU (art. K.6, lid 2, onder b), maar geldt ook onder het Verdrag van Lissabon. Volgens dat overgangsrecht, opgenomen in artikel 9 van Protocol 36, worden de 'rechts-

gevolgen' van onder meer kaderbesluiten onder Verdrag van Lissabon gehandhaafd tot een kaderbesluit is ingetrokken. Onder die gehandhaafde 'rechtsgevolgen' valt ook de niet-rechtstreekse werking.<sup>97</sup>

Voor richtlijnen geldt deze verdragsrechtelijke beperking niet, maar dan kunnen twee andere beperkingen aan de rechtstreekse werking ervan in de weg staan. In de eerste plaats moet de betreffende bepaling uiteraard rechtstreeks werkend zijn, dat wil zeggen voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk geformuleerd. In het algemeen neemt het Hof van Justitie snel aan dat aan deze voorwaarden is voldaan. In de tweede plaats kunnen richtlijnen als zodanig, bij gebreke van nationale omzettingsmaatregelen, geen verplichtingen voor justitiabelen met zich brengen, hetgeen onder meer betekent dat de (organen van een) lidstaat een niet of niet correct omgezette richtlijn niet ten laste van een justitiabele kan (kunnen) toepassen.<sup>98</sup> Dit zogenoemde 'verbod van omgekeerde verticale rechtstreekse werking' is in strafrechtelijke context keihard en impliceert bijvoorbeeld dat dit instrument door de strafrechter niet kan worden gebruikt om de hiervoor genoemde door een richtlijn voorgeschreven ruime delictomschrijving, die niet correct (te beperkt) is omgezet, toe te passen. Het instrument van rechtstreekse werking kan wel worden gebruikt om te realiseren dat de justitiabele alsnog krijgt wat hem op basis van een EU-richtlijn toekomt. In een strafrechtelijke context zal het instrument vooral aan de orde zijn wanneer het nationale recht ten onrechte niet (correct) voorziet in een door het EU recht voorgeschreven exceptie op een strafbaarstelling,<sup>99</sup> of wanneer een richtlijnbevestiging aan de betrokkene een recht toekent, zoals de hiervoor genoemde richtlijnen op het terrein van de slachtoffer- en verdedigingsrechten doen.<sup>100</sup> In beide situaties moet de rechter de rechtstreeks werkende bepaling van de richtlijn toepassen en daarmee strijdige bepalingen van nationaal recht buiten toepassing laten.

## 8 Conclusies

De verhouding tussen de strafrechtspleging en het Europese recht is lang een vrij moeilijke geweest. De materie werd beschouwd als een zaak van de specialisten op het terrein van de strafrechtelijke samenwerking en het bijzonder strafrecht. Dat beeld is

- 92 HvJ EU 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*) (kaderbesluit); HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*) (richtlijn); HvJ EU 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*David Smith*) (richtlijn).
- 93 HvJ EU 5 juli 2016, C-614/14, ECLI:EU:C:2016:514 (*Ognyanov*) (kaderbesluit), HvJ 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*): Rejecting a Consistent Interpretation and Challenging the Effect of a General Principle of EU law in the Danish Legal Order', *Review of European Administrative Law* 2017, afl. 1, p. 135-151.
- 94 De vraag in hoeverre de formeelrechtelijke invullingen van het legaliteitsbeginsel – bijvoorbeeld art. 6 Hv – ook een beperking kunnen vormen op de plicht tot kaderbesluit conforme interpretatie ligt momenteel ter beantwoording voor in Luxemburg; zie Rechtbank Amsterdam 27 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5389.
- 95 Vgl. HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Popławski*).
- 96 Een variant op dit leerstuk ligt nu voor in Luxemburg. De zaak betreft de vraag of een bepaling van nationaal recht op basis van het beginsel van voorrang buiten toepassing mag worden gelaten vanwege strijd met het kaderbesluit; zie C-573/17 (*Popławski II*). De vraag die daarop overigens weer rijst is welke beperkingen het rechtszekerheidsbeginsel daaraan stelt.
- 97 HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Popławski*), par. 25-28.
- 98 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*); HvJ EG 12 december 1996, gevoegde zaken C-74/95 en C-129/95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Strafzaken tegen C*); HvJ EU 3 mei 2005, C-387/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*).
- 99 Zie voor een voorbeeld HR 31 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:115.
- 100 Zie voor een voorbeeld HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:968.



– terecht – aan het kantelen.<sup>101</sup> De strafrechtspleging schreeuwt om juristen die begrijpen, bijvoorbeeld, dat het tegenwoordig in heel veel gevallen (wij hebben ze hierboven, in par. 3, beschreven) waarschijnlijk juist is om in een requisitoir, pleidooi of uitspraak te verwijzen naar het Handvest dan naar het EVRM (par. 5), en die kunnen aangeven wat daarvan de gevolgen zijn.

## Het is waarschijnlijk niet overdreven als vooraanstaande juristen op het terrein van het Europees strafrecht spreken van een paradigmawissel, waarvan we de gevolgen nog niet volledig overzien

Er zijn ten minste<sup>102</sup> drie ontwikkelingen die de almaar toenemende interactie tussen strafrecht en Europees (EU-)recht verklaren. Ten eerste heeft de groeiende aandacht van de EU voor de harmonisering van het strafprocesrecht geleid tot een serie richtlijnen inzake verdedigings- en slachtofferrechten die een terrein bestrijken dat vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon grotendeels onaangeroerd was gebleven. In combinatie met het feit dat die richtlijnen vrijwel alle strafzaken bestrijken,<sup>103</sup> is hun belang moeilijk te onderschatten. Ze kennen verdedigingsrechten soms een ruimere reikwijdte toe dan wij gewend zijn. Ze openen in puur nationale strafzaken nog tijdens de procedure (en niet pas als alle rechtsmiddelen zijn uitgeput) de deur richting het Hof van Justitie (par. 2 en 5) en de Europese doorwerkingsinstrumenten (par. 7). Ze zullen leiden tot nieuwe manieren van strafvorderlijke rechtsvinding, omdat interpretatiemethoden als de wethistorische interpretatie niet altijd meer soelaas bieden of zelfs niet meer zijn toegestaan. Het is waarschijnlijk niet overdreven als vooraanstaande juristen op het terrein van het Europees strafrecht spreken van een paradigmawissel,<sup>104</sup> waarvan we de gevolgen nog niet volledig overzien.

Ten tweede weten we sinds *Åkerberg Fransson* hoe ruim de reikwijdte van het Unierecht en daarmee het Handvest is. Weliswaar zal in het overgrote deel van de gevallen aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie van Straatsburg, maar niet valt uit te sluiten dat in een aantal gevallen het Luxemburgse hof afwijkt van – verder gaat dan – de Straatsburgse collega's. De hiervoor genoemde recente rechtspraak inzake het ne-bis-in-idem-beginsel kan als een voorbeeld daarvan worden gezien.<sup>105</sup> Daarmee hangt samen, ten derde, dat valt te verwachten, zo denken wij althans, dat in zaken die binnen de reikwijdte van het Unierecht vallen zich een zekere werkverdeling tussen beide hoven gaat ontwikkelen op basis waarvan het primaat bij Luxemburg komt te liggen (hierboven, par. 6).

## Iedereen die in de strafrechtspleging werkzaam is of dat wil worden uit de voeten moet kunnen met de mogelijkheden (en moeilijkheden) die het Europese recht met zich brengt

Deze ontwikkelingen leiden ertoe dat iedereen die in de strafrechtspleging werkzaam is of dat wil worden uit de voeten moet kunnen met de mogelijkheden (en moeilijkheden) die het Europese recht met zich brengt. De ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het terrein van het strafrecht en – vooral – het strafprocesrecht komt pas nu echt op stoom. Maar ook aan de jurisprudentie op het terrein van de strafrechtelijke samenwerking kan al een schat aan informatie worden ontleend over leerstukken als conformance interpretatie (*Ognyanov*), autonome uitleg (*Van Vemde*), de reikwijdte van het Handvest (*Melloni*), enzovoorts. Het is goed dat dit tijdschrift voor die ontwikkeling de aandacht heeft gevraagd en de jurist van morgen wijst op het grote belang ervan.

101 Aldus ook J.A.W. Lensing, 'Grondrechten van de EU in de Nederlandse straf(proces)rechtelijke praktijk', *Strafblad* 2012, p. 19-31; V. Mitsilegas, *EU Criminal law after Lisbon – Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2016; Klip 2016, p. 534 e.v.

102 Er zijn er nog meer, maar die zijn moeilijker te overzien. We wijzen in ieder geval op de gevolgen van het in oprichting zijnde Europees Openbaar Ministerie voor een groeiende, al dan niet vrijwillige toenadering van rechtssystemen.

103 Beperkte uitzonderingen kunnen bestaan voor 'lichte feiten'; vgl. art. 2 (4) Richtlijn 2013/48/EU.

104 Mitsilegas, *EU Criminal law after Lisbon* 2016, p. 183-184.

105 *Supra* noot 59.