

Kroniek van het Europees strafrecht

Michiel Luchtman¹

De uitdagingen die op de EU en haar lidstaten afkomen zijn niet gering. Tegelijkertijd valt op dat de vele actoren die betrokken zijn bij de verdere ontwikkeling van de rechtsruimte elkaar steeds minder makkelijk vinden. Op het niveau van beleidsontwikkeling worden nieuwe initiatieven steevast ontdaan van een 'Europees verhaal'. Steeds meer is er sprake van een *géométrie variable*, waarin bepaalde lidstaten een uitzonderingspositie wordt gegund. Dossiers op het vlak van harmonisatie van straf- en strafprocesrecht komen maar niet gereed. Andere dossiers, zoals die van het EOM, worden ontdaan van alles wat naar centralisatie riekt. Decentralisatie en inbedding in het nationale recht is het devies. Waar enerzijds samenwerking meer dan ooit nodig is, zendt de wetgever dus als boodschap dat het nationale recht zo goed als het kon is gerespecteerd. Dat is een lastige boodschap om te verkopen. Nog opvallender is dat ook de zo vaak geprezen rechterlijke samenwerking in Europa averij heeft opgelopen.

1. Inleiding

De laatste kroniek van het Europees strafrecht verscheen in april 2014.² Sindsdien zijn er een aantal belangrijke ontwikkelingen geweest. De Europese Unie staat geopolitiek zwaar onder druk en heeft bovendien te maken met een toenemende Eurosceptis. Tegelijkertijd wordt de noodzaak tot samenwerking als gevolg van de verschillende internationale crises alleen maar groter. In dat tegenstrijdige krachtenveld hebben zich de afgelopen twee jaar een paar belangrijke ontwikkelingen voltrokken, vooral op het institutionele vlak. Bijzondere aandacht krijgen in deze kroniek de nieuwe meerjaren-agenda op strafrechtelijk terrein en het Nederlands voorzitterschap (par. 2), de volle rechtsmacht van Commissie en Hof per 1 december 2014 (par. 3), de bijzondere positie van het Verenigd Koninkrijk (par. 4) en het advies van het Hof van Justitie over de toetreding van de EU tot het EVRM (par. 5). Verder wordt er stil gestaan bij de lopende en nieuwe dossiers op het vlak van de harmonisatie van het straf- en strafprocesrecht (par. 6 en 7), de strafrechtelijke samenwerking (par. 8) en de Europese rechtshandhavers (par. 9). Ik sluit af met een paar opmerkingen over het EU Grondrechtenhandvest (par. 10) en rechterlijke samenwerking in Europa (par. 11). Ik meld tenslotte dat in deze kroniek niet kan worden ingegaan op de belangrijke ontwikkelingen op het vlak van gegevensbescherming, ook in relatie tot de Verenigde Staten, passenger name records en dataretentie.

2. Een nieuw Meerjarenprogramma en het Nederlands voorzitterschap

Op 26 en 27 juni 2014 stelde de Europese Raad de strategische prioriteiten vast voor de komende jaren.³ De verdere verdieping en ontwikkeling van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht wordt tot een van de vijf topprioriteiten gerekend. Men legt daarbij het accent op omzetting van aangenomen instrumenten en op consolidatie, maar ook op verdere uitbouw van de rechtsruimte door de bescherming van fundamentele rechten (inclusief gegevensbescherming), op samenwerking met derde landen, op terrorisme, de migratieproblematiek en de bestrijding van migratiecriminaliteit. Deze prioriteiten zijn door (toen) aankomend EU-voorzitter Nederland goedkeurend ontvangen. In de brief van de Minister van Buitenlandse Zaken over het Nederlands EU-voorzitterschap van januari 2015 schrijft de minister dat deze agenda door Nederland wordt ondersteund.⁴ Nederland zet, in de woorden van de minister, in op een Unie die zich richt op hoofdzaken, en op een Unie die verbindt en is gebaseerd op fundamentele rechten en draagvlak onder haar burgers. De prioriteit wordt gelegd bij het zonder averij omzetten en tot stand brengen van de al bestaande plannen. De tijd van hoogdravende ambities is voorlopig voorbij.

De strategische plannen zijn deels weer ingehaald door de actualiteit, vooral door de aanslagen in Parijs afgelopen november en de steeds verder escalerende crises in Libië, Syrië en Irak. In de door de Commissie in april

2015 gepresenteerde Europese veiligheidsagenda is al te lezen dat zo'n agenda zou moeten leiden tot een EU-ruimte van interne veiligheid waar personen worden beschermd met volledige inachtneming van de grondrechten.⁵ Die mededeling legt sterk de nadruk op terrorisme, georganiseerde criminaliteit en cybercriminaliteit. Het recente programma van het Nederlands voorzitterschap ontwikkelde zich intussen ook in die richting.⁶ Voorop staan daarin een integrale aanpak van migratie en internationale veiligheid. Tegelijkertijd zijn de eerdere verwijzingen naar een gezamenlijke binnenruimte, fundamentele rechten en burgerschap goeddeels uit de Nederlandse tekst verdwenen.⁷ Tot de aangescherpte

De tijd van hoogdravende ambities is voorlopig voorbij

Nederlandse prioriteiten behoort een herziening van het Kaderbesluit terrorismebestrijding uit 2002/2008 (*infra* par. 7), alsmede 'betere regels over vuurwapens' en het voorstel voor een European Criminal Records Information System voor derdelanders. Het Europees Openbaar Ministerie wordt met geen woord genoemd. Het voorzitterschap wil daarover niet meer kwijt dan dat het zich zal inzetten op een aantal lopende dossiers (*infra* 9).⁸

3. 1 december 2014

Hoewel vaak wordt gezegd dat met het Verdrag van Lissabon de strafrechtspleging een volwaardig beleids- en bevoegdheidssterrein van de EU is geworden, verraden sommige bepalingen in het Werkingsverdrag of de Protocolen bij het Verdrag van Lissabon nog altijd het bijzondere karakter ervan. Zo kennen de artikelen 82 (3) en 83 (3) EUWV een noodremprocedure, die kan worden gestart wanneer een lidstaat van mening is dat een harmoniserende maatregel fundamentele aspecten van zijn strafrechtstelsel raakt. En blijkt Protocol 2 betreffende de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid geldt voor het starten van de zogenaamde gele-kaartprocedure terzake van strafrechtelijke maatregelen een lagere drempel

dan voor andere terreinen.⁹

Er moet ook worden gewezen op Protocol 36 betreffende de overgangsbepalingen. In artikel 10 van dat Protocol is namelijk te lezen dat de beperkingen in de rechtsmacht van het Hof van Justitie, zoals die golden onder artikel 35 van het Verdrag van Amsterdam, blijven gelden tot 1 december 2014, voor zover het althans gaat om strafrechtelijke maatregelen die tot stand kwamen vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Daardoor bleef een belangrijk instrument van Europese integratie – de prejudiciële procedure – in haar toepassingsbereik beperkt. Voor Nederland waren die gevolgen overigens beperkt. Nederland legde reeds in 1999 op basis van artikel 35 lid 2 VEU(oud) een verklaring af die voorzag in de bevoegdheid van alle rechters tot het stellen van vragen, alsmede een verplichting daartoe voor de hoogste rechters.¹⁰ Ook de Europese Commissie heeft pas sinds 1 december 2014 de bevoegdheid om op grond van artikel 258 VWEU infractieprocedures te starten ten aanzien van pre-Lissabon instrumenten die nadien niet zijn 'gelissaboniseerd'.

4. De Brexit, de Britse opt-outs and opt-back-in

De datum van 1 december 2014 was nog om een andere reden belangrijk. De positie van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk in de Europese Unie is een bijzondere, ook wat betreft de strafrechtelijke aspecten ervan. Een eventuele Brexit als gevolg van het op 23 juni 2016 te houden referendum is voorafgegaan door langdurige onderhandelingen omtrent de positie van het Verenigd Koninkrijk in de Europese Unie. In het daarover onlangs gesloten akkoord staat weinig over de Europese strafrechtelijke samenwerking en de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.¹¹ Daarvoor zijn echter twee andere, bij het werkingsverdrag horende protocollen belangrijk.

Op basis van het bij het Verdrag van Lissabon horende Protocol 21 betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland ten aanzien van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht neemt het VK niet deel aan onderhandelingen over nieuwe maatregelen inzake de rechtsruimte en creëren de in dat kader tot stand gebrachte maatregelen voor het VK ook geen verplichtingen. Deze regeling bood het Verenigd Koninkrijk de ruimte om bijvoorbeeld niet deel te nemen aan de Richtlijn inzake de

Auteur

1. Prof. mr. M.J.J.P. Luchtman is hoogleraar Transnationale rechtshandhaving en fundamentele rechten aan de Universiteit Utrecht. Deze kroniek bestrijkt de periode april 2014 tot 1 maart 2016. Een paar ontwikkelingen van daarna zijn nog vermeld.

Noten

2. *NJB* 2014/801, afl. 15, p. 1082-1092.
3. Zie ook de mededeling van de Europese Commissie inzake 'The EU Justice agenda for 2020 – Strengthening trust, mobility and social growth within the Union', COM(2014) 144.

4. *Kamerstukken II* 2014/15, 34139, 1.

5. COM(2015) 185; zie ook het werkprogramma van de Commissie voor 2016, COM(2015) 610.

6. Programma van het Nederlands voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie, 1 januari-30 juni 2016.

7. Daarover staat in het document, p. 13: 'Nederland zal aan [fundamentele rechten] specifiek aandacht besteden tijdens het voorzitterschap met een seminar over de toepassing van het Handvest in het wetgevings- en beleidsproces van de lidstaten.'

8. Programma, p. 17.

9. Zie art. 7 lid 2 van dat Protocol. Die

procedure werd gebruikt bij het Commissievoorstel over het Europees Openbaar Ministerie; zie de vorige kroniek Europees strafrecht.

10. *PbEG* 1999, L 114/56. Er gaan overigens geluiden op dat de Nederlandse rechters, in het bijzonder de hoogste Nederlandse strafrechters, van die bevoegdheid te weinig gebruik maken, ook wanneer geen sprake is van een zogenaamde *acte clair* of *acte éclairé*; zie bijvoorbeeld Jahae & Dieben, 'Prejudiciële vragen aan het HvJ EU: liever geen pottenkijkers?', *Strafblad* 2015, p. 182-191. Momenteel is in Straatsburg een zaak aanhangig waarin wordt geklaagd

over het feit dat de Hoge Raad ten onrecht zou hebben nagelaten een prejudiciële vraag aan het Luxemburgse Hof te stellen; zie *Baydar vs. Nederland*, appl. nr.

55385/14. Daarmee zou art. 6 EVRM zijn geschonden. De onderliggende strafzaak betrof een vervolging voor art. 197a Sr.

11. Zie de conclusies van de Europese Raad van 18 en 19 februari j.l., document EU/CO 1/16, waaraan als bijlage de teksten van het compromis zijn gehecht.

raadsman bij politieverhoor.¹² Dat is alleen anders als het VK binnen drie maanden na indiening van een voorstel aangeeft deel te willen nemen aan de aanneming en toepassing van zo'n maatregel ('opt-in'). De gekozen rechtsgrondslag van een instrument heeft dus mede gevolgen voor de toepasselijkheid van een maatregel in het Verenigd Koninkrijk. De hierna nog te noemen richtlijn marktmissbruik is bijvoorbeeld gebaseerd op artikel 83 (2) EUWV. Dat bood het VK de mogelijkheid om niet aan de onderhandelingen deel te nemen, ook al is Londen het belangrijkste financiële centrum van de EU. Omgekeerd was een gevolg van de nieuwe rechtsgrondslag van een EU-richtlijn inzake de informatie-uitwisseling over verkeersovertradingen (artikel 91 EUWV in plaats van artikel 87 EUWV)¹³ dat het VK wel aan deze nieuwe maatregel gebonden raakte.¹⁴ Artikel 4 van het Protocol biedt de mogelijkheid om na aanneming van een maatregel alsnog deel te nemen, overeenkomstig de procedures van versterkte samenwerking (artikel 331 EUWV).

Ten tweede is de positie van het VK bijzonder, omdat artikel 10 Protocol 36 bepaalt dat het VK tot uiterlijk zes maanden vóór 1 december 2014 kon verklaren niet meer gebonden te willen zijn aan alle rechtsinstrumenten die in het kader van de politieke en justitiële samenwerking van vóór het Verdrag van Lissabon tot stand kwamen. Op 9 juli 2013 werd inderdaad een verklaring afgegeven waarin het Verenigd Koninkrijk aangaf de per 1 december 2014 geldende bevoegdheden van de Commissie en het Hof op het gebied van de politieke samenwerking en de justitiële samenwerking in strafzaken niet te zullen aanvaarden. Dientengevolge zouden de instrumenten op het gebied van politieke samenwerking en justitiële samenwerking in strafzaken per 1 december 2014 ophouden van toepassing te zijn op het Verenigd Koninkrijk. Op basis van artikel 10 lid 5 Protocol 36 kon het VK echter aangeven weer deel te willen nemen aan afzonderlijke instrumenten, een en ander conform de voorschriften van voornoemd Protocol 21 of, afhankelijk van het geval, Protocol 19 (over het Schengenacquis). Hierdoor ontstaat er voor het VK dus een keuzemogelijkheid, ook al moet het VK vervolgens wel weer worden 'toegelaten' tot die instrumenten. Daarvoor is – afhankelijk van de materie – een beslissing vereist van de Raad of de Europese Commissie.

Op 20 november 2014 is een lijst uitgevaardigd waarop de 35 instrumenten stonden waaraan het VK gebonden wenste te blijven. Daarop staan onder meer het Europees Aanhoudingsbevel, de andere instrumenten op het terrein van wederzijdse erkenning, Europol en Eurojust. In het Publicatieblad van de EU werden de besluiten gepubliceerd met daarin de juridische en financiële gevolgen van een en ander.¹⁵ Men heeft voor de 35 instrumenten waaraan het VK gebonden blijft (en dus ook de volledige bevoegdheid van het Hof en de Commissie aanvaardt) een regeling gemaakt die hiaten in het temporele toepassingsbereik ervan voorkomt. Ook een lijst van 59, vóór 'Lissabon' aangenomen instrumenten waaraan het VK inmiddels niet meer gebonden is verscheen in het publicatieblad.¹⁶ Daartoe behoort onder meer het gewijzigde Kaderbesluit terrorismebestrijding 2002/457 en een aantal andere kaderbesluiten op het terrein van het materieel strafrecht.

5. De toetreding van de EU tot het EVRM

De toetreding van de Europese Unie tot het EVRM is een van de andere hete hangijzers in het Europees strafrecht. Het behoeft geen betoog dat ook dit onderwerp de strafrechtspleging in de kern raakt. Toetreding tot het EVRM is niet alleen een uit artikel 6 VEU voortvloeiende verplichting, maar ook een sterke bijdrage aan een uniforme grondrechtenbescherming in Europa.¹⁷ Op dit moment nog kan het voorkomen dat, waar uitvoering wordt gegeven aan unierecht, eenzelfde zaak zowel in Luxemburg, als in Straatsburg uitkomt, zonder dat is gegarandeerd dat beide hoven over die zaak hetzelfde denken. Dat heeft tot nu toe geen brokken opgeleverd, maar in het verleden behaalde resultaten bieden als bekend geen garantie voor de toekomst. Op het vlak van het migratierecht wijkt de koers van Luxemburg bijvoorbeeld af van die van Straatsburg, terwijl ook het Duitse constitutionele hof onlangs een duit in het zakje deed, zoals hieronder nog zal blijken (*infra* 11).

In het negatieve advies van het Hof van Justitie van 18 december 2014 over het compromis inzake de toetreding van de EU tot het EVRM speelt het risico van zo'n uiteenlopende koers van de twee Europese Hoven waarschijnlijk ook een rol, overigens zonder dat het Hof er zelf een oplossing voor aanreikt. Het Hof herhaalt in dat advies dat de Verdragen tot oprichting van de Unie een nieuwe rechtsorde met eigen instellingen in het leven

De gekozen rechtsgrondslag van een instrument heeft gevolgen voor de toepasselijkheid van een maatregel in het Verenigd Koninkrijk

hebben geroepen, ten gunste waarvan de lidstaten op een steeds breder terrein hun soevereine rechten hebben beperkt en waarvan niet alleen deze staten, maar ook hun onderdanen de subjecten zijn.¹⁸ Daaruit vloeit een aantal specifieke kenmerken van de EU rechtsorde voort, waaronder 'de fundamentele premisse dat elke lidstaat met alle andere lidstaten een reeks gemeenschappelijke waarden deelt waarop de Unie berust, en dat elke lidstaat erkent dat de andere lidstaten deze waarden met hem delen, zoals is bepaald in artikel 2 VEU. Deze premisse impliceert en rechtvaardigt dat de lidstaten er onderling op vertrouwen dat de andere lidstaten deze waarden erkennen en het Unierecht, dat deze waarden ten uitvoer brengt, dus in acht nemen.'¹⁹ Het Hof gaat verder: 'De autonomie van het Unierecht ten opzichte van het recht van de lidstaten en het internationaal recht vereist dat deze grondrechten worden uitgelegd in het licht van de structuur en de doelstellingen van de Unie,' in het bijzon-

der de doelstellingen van artikel 3 VEU en dus het vrije verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen, het burgerschap van de Unie en de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.

Deze overwegingen, die in de lijn liggen van 's Hof's uitspraak in *Melloni*, verklaren waarom het hof verderop overweegt dat de toepassing van nationale grondrechten geen afbreuk mag doen aan het beschermingsniveau van het Handvest en aan de voorrang, de eenheid en de nuttige werking van het Unierecht en dat er daarom verdere afstemming tussen artikel 53 EVRM en 53 Handvest nodig is. Bovendien verklaren ze, wanneer het specifiek om transnationale samenwerking gaat, waarom het Luxemburgse Hof moeite heeft met gevallen waarin het EVRM zou voorschrijven dat de lidstaten in hun onderlinge betrekkingen, ook wanneer deze betrekkingen door het Unierecht worden geregeld, controleren of een andere lidstaat de grondrechten eerbiedigt. Precies dit laatste was aan de orde in het migratierecht waarin het Luxemburgse Hof – heel kort gezegd – de verantwoordelijkheid van de uitzettende staat voor schendingen van artikel 3 EVRM beperkt tot gevallen waarin 'ernstig moet worden gevreesd dat het systeem van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in de verantwoordelijke lidstaat tekortschieten [mijn cursief]';²⁰ terwijl de Straatsburgse rechter een andere koers lijkt te varen.²¹ Het eindresultaat van het negatieve advies is wel dat dit probleem voorlopig blijft bestaan. Zie ik het goed, dan is sindsdien in dit dossier geen wezenlijke vooruitgang meer geboekt.

6. Harmonisatie van strafprocesrecht

Onderhandelingen op dit terrein verlopen moeizaam. Er wordt, sinds het verschijnen van de vorige kroniek, nog steeds onderhandeld over de voorstellen inzake richtlijnen voor procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklagde zijn in een strafprocedure,²² voorlopige (gefinancierde) rechtsbijstand voor verdachten en beklagden wie de vrijheid is ontnomen en rechtsbijstand in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel,²³ en de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij het proces aanwezig te zijn.²⁴ Inmiddels is in Nederland omzettingsswetegeving in voorbereiding voor Richtlijn 2013/48/EU,²⁵ en deed de Hoge Raad op 22 december afgelopen jaar een belangrijke uitspraak in de

Salduz-jurisprudentie.²⁶ Ik verwijs verder naar de kroniek van Joost Nan in deze aflevering.

7. Harmonisatie van materieel strafrecht²⁷

Op het terrein van de harmonisatie van het materieel strafrecht is ten eerste vermeldenswaard het recente voorstel voor een richtlijn inzake terrorismebestrijding en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/475/JBZ.²⁸ Het voorstel

Het is precies vanwege deze verdere verschuiving naar de voorfase dat de vraag kan worden gesteld hoe dit voorstel zich verhoudt tot fundamentele rechten als de vrijheid van meningsuiting

behelst een update van het geldende kaderbesluit, maar ook de implementatie van VN Veiligheidsraadresolutie 2178(2014) en het Aanvullend Protocol bij het Raad van Europa verdrag inzake de voorkoming van terrorisme,²⁹ dat ook door de Europese Unie werd ondertekend. Belangrijke punten in het voorstel zijn de aandacht voor zogenaamde 'foreign fighters' en de uitbreiding van de strafbaarstelling van de financiering van terrorisme tot buiten het verband van een terroristische organisatie. Het huidige kaderbesluit voorziet niet in de verplichting om het met terroristisch oogmerk naar derde landen reizen strafbaar te stellen, noch in de verplichte strafbaarstelling van het volgen van een training voor terroristische doeleinden. Bovendien vereist het geldende kaderbesluit alleen de strafbaarstelling van terrorismefinanciering in het kader van een terroristische groep, maar bijvoorbeeld niet de financiering die wordt verstrekt ten behoeve van alle strafbare feiten die verband houden met terroristische activiteiten, waaronder werving, training of naar het buitenland reizen voor terrorisme.³⁰ Daarnaast is er specifieke

12. Zie de considerans, onder 58, van Richtlijn 2013/38/EU, *PbEU* 2013 L 294/1.

Vreemd genoeg neemt het VK weer wel deel aan andere richtlijnen die uitvoering geven aan de routekaart voor verdedigingsrechten, bijvoorbeeld Richtlijn 2012/13/EU betreffende het recht op informatie in strafprocedures, *PbEU* 2012 L 142/1.

13. Zaak C-43/12, 6 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:298, over Richtlijn 2011/82/EU, *PbEU* 2011 L 288/1.

14. Zie Richtlijn 2015/413/EU, *PbEU* 2015, L 68/9.

15. Zie *PbEU* [2014] L 343 en L 345.

16. *PbEU* [2014] C 430/17.

17. Barkhuysen & Bos, 'Negatief advies van het Hof van Justitie over de toetreding van de EU tot het EVRM', *NJB* 2015/637, afl. 13, p. 804-811 (805), met verdere verwijzingen.

18. Advies 2/13, par. 157.

19. Par. 168.

20. Vergelijk gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10 (*N. S. e.a.*), par. 86.

21. EHRM 4 november 2014, appl. nr. 29217/12 (*Tarakhel vs. Zwitserland*), par. 100-105, waar het ging om uitzetting van een gezin met jonge kinderen. Daarover, met verdere verwijzingen, Van Eijken e.a., 'The European citizen as bearer of funda-

mental rights in a multi-layered legal order', in: T. van den Brink, M. Luchtman & M. Scholten (red.), *Sovereignty in the shared legal order of the EU - Core values of regulation and enforcement*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 276-278.

22. COM(2013) 822.

23. COM(2013) 824.

24. COM(2013) 821.

25. *Kamerstukken II* 2014/15, 34157.

26. HR 22 december 2015, *NJ* 2016/52, m.nt. Klip.

27. De afgelopen kroniekperiode werden gepubliceerd in het Publicatieblad: Richtlijn 2014/57/EU van 16 april 2014 betreffende

strafrechtelijke sancties voor marktmissbruik (richtlijn marktmissbruik), *PbEU* L 173/179; Richtlijn 2014/62/EU van 15 mei 2014 betreffende de strafrechtelijke bescherming van de euro en andere munten tegen valsemunterij, *PbEU* L 151/1; en Richtlijn (EU) 2015/849 van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, *PbEU* L 141 (zogenoemde vierde Witwasrichtlijn).

28. COM(2015) 625.

29. European Treaty Series 217.

30. Zie COM(2015) 625, p. 7.

ke aandacht voor slachtoffers van terroristische misdrijven. De rechtsbasis van dit voorstel is dan ook een combinatie van artikel 83 (1) VWEU en 82 (2) VWEU.

De voorgestelde richtlijn verlegt de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid nog verder naar de voorfase, doordat bijvoorbeeld de uitlokking van het publiekelijk uitlokken van een terroristisch strafbaar feit strafbaar moet worden gesteld. Het is precies vanwege deze verdere verschuiving naar de voorfase dat de vraag kan worden gesteld hoe dit voorstel zich verhoudt tot fundamentele rechten als de vrijheid van meningsuiting. Bovendien is er een spanning waarneembaar met het eerder door de Raad geformuleerde uitgangspunt dat 'handelingen die enkel een abstract gevaar voor het beschermde recht of belang inhouden, alleen strafbaar [mogen] worden gesteld indien dat passend is in het licht van de bijzondere betekenis van het recht of belang dat het voorwerp uitmaakt van bescherming'³¹ waarover verder met geen woord in het voorstel wordt gerept.³²

Het EU-Hof heeft weinig woorden nodig om te oordelen dat deze Nederlandse omzetting niet door de beugel kan

Ik vermeld ten slotte de stand van zaken bij het voorstel voor een richtlijn betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt.³³ Ten aanzien van één belangrijk punt in de onderhandelingen, namelijk de vraag of de richtlijn ook de BTW bestrijkt, wees het Hof van Justitie op 8 september 2015 een belangrijk arrest. In *Taricco* bepaalde het hof dat volgens artikel 325 VWEU de lidstaten onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad, moeten bestrijden met afschrikkende en doeltreffende maatregelen. Zij moeten in het bijzonder ter bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad, dezelfde maatregelen treffen als die welke zij treffen ter bestrijding van fraude waardoor hun eigen financiële belangen worden geschaad. Er bestaat een rechtstreeks verband tussen de inning van de btw-ontvangsten met inachtneming van het toepasselijke Unierecht en de terbeschikkingstelling van de overeenkomstige BTW-middelen van de begroting van de Unie. Elk mankement in de inning van de BTW-ontvangsten leidt namelijk potentieel tot verlaging van de BTW-middelen van de Unie. Dat betekent dat lidstaten, teneinde de financiële belangen van de Unie te beschermen (vergelijk artikel 325 VWEU), weliswaar vrij zijn in hun keuze van de op te leggen sancties, maar dat soms strafsancities noodzakelijk kunnen zijn om bepaalde gevallen van ernstige BTW-fraude daadwerkelijk en op afschrikkende wijze te bestrijden.³⁴ Naar aanleiding van deze uitspraak is er nu binnen de Raad en het Parlement discussie over de vraag of de nieuwe richtlijn niet toch de BTW moet omvatten

(dat was tot dusverre niet zo).³⁵ Die discussie is van groot belang voor de bevoegdheden van het EOM, die immers direct op deze richtlijn zullen zijn gebaseerd (zie het meest recente EOM voorstel, *infra* 9).

8. Wederzijdse erkenning

Op het terrein van de wederzijdse erkenning moet in de eerste plaats worden vermeld dat de tekst voor een richtlijn inzake het Europees Onderzoeksbevel inmiddels is gepubliceerd in het Publicatieblad.³⁶ Op het terrein van de overlevering kan verder natuurlijk niet onvermeld blijven dat Nederland van het Hof van Justitie een tik op de vingers kreeg. In een zaak die ging om een executieoverlevering, vroeg België de overlevering ter zake van, onder meer, het 'dragen van een verboden wapen', een feit dat naar Nederlands recht wordt gestraft met een geldboete van de derde categorie. In artikel 7 lid 1 onder b OLW staat echter dat het voor overlevering moet gaan om de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf van minstens vier maanden wegens een feit dat zowel naar het recht van de uitvaardigende lidstaat als naar dat van Nederland strafbaar is en waarop een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden is gesteld [mijn cursivering]. Nederland stelt in gevallen als deze dus een dubbele voorwaarde voor erkenning van het EAB. Er moet een straf van vier maanden zijn opgelegd en bovendien moet het feit ook in Nederland strafbaar zijn met ten minste twaalf maanden. De reden daarvoor is gelegen in de wens overleveringen voor bagatelfeiten te kunnen weigeren. Maar de laatste voorwaarde ontbreekt in het kaderbesluit zelf (vergelijk artikel 2 lid 1 en 4 KB EAB). Daardoor brengt Nederland beperkingen aan op de plicht tot erkenning waarin het kaderbesluit niet voorziet. Het EU-Hof heeft weinig woorden nodig om te oordelen dat deze Nederlandse omzetting niet door de beugel kan.³⁷ Dat kan bezwaarlijk als een verrassend oordeel worden gezien.

De minister heeft een reparatiewet aangekondigd.³⁸ De Rechtbank Amsterdam signaleerde evenwel intussen – en mijns inziens in lijn met de uitspraak van het Hof – dat de Overleveringswet bij niet-lijstfeiten in gevallen van executieoverlevering ook niet de voorwaarde mag stellen van een strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat met een maximale vrijheidsstraf van ten minste twaalf maanden. Ook dat verhoudt zich slecht tot het kaderbesluit. De rechtbank loste het probleem via een kaderbesluit conforme interpretatie op.³⁹ Tegen de achtergrond van artikel 2 OLW en artikel 28 OLW brengt een wetssystematische uitleg van artikel 7 lid 1 aanhef en onder b OLW dan mee, dat – in de woorden van de rechtbank – in geval van executieoverlevering ter zake van een niet-lijstfeit niet de voorwaarde van een strafbedreiging in de uitvaardigende lidstaat met een vrijheidsstraf met een strafmaximum van ten minste twaalf maanden geldt. Bovendien is bij die uitleg ook een kaderbesluitconforme uitleg van artikel 7 lid 1 aanhef en onder a sub 2° OLW (vervolgingsoverlevering) mogelijk.

In zaak C-237/15 PPU (*Lanigan*), gaat het over de vraag of het mogelijk is om over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel te beslissen, alsmede de hechtenis van de gezochte persoon te handhaven wanneer er binnen de in artikel 17 KB EAB gestelde termijnen geen definitieve beslissing is gekomen over de tenuitvoerleg-

ging van dat aanhoudingsbevel. In antwoord op de eerste vraag stelt het Hof dat het verstrijken van termijnen uiter-aard niet betekent dat de uitvoerende staat niet langer over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel mag beslissen of dat die lidstaat niet langer verplicht is de procedure voor de tenuitvoerlegging ervan voort te zetten.

Daarna toetst het Hof of de hechtenis kan worden gehandhaafd mede in het licht van artikel 6 van het Handvest. Het stelt vast dat het kaderbesluit geen verband legt tussen de invrijheidstelling van die persoon en het verstrijken van de termijnen waarbinnen de beslissing moet worden genomen. De hechtenis kan in zo'n geval dus voortduren. Ook wanneer de totale duur van de hechtenis de in het kaderbesluit genoemde termijnen overschrijft, is er geen sprake van strijd met artikel 6 Handvest, voor zover die duur niet buitensporig is in het licht van de kenmerken van de in het hoofdgeding gevolgde procedure. Het is aan de verwijzende rechter om dit na te gaan. Daaraan moet, neem ik aan, worden toegevoegd dat de in het nationale recht genoemde maximumtermijnen van hechtenis niet overschreden kunnen worden (vergelijk artikel 22 OLV). Van een rechtmatige vrijheidsbenaming kan daarbuiten hoe dan ook geen sprake zijn. Wanneer de uitvoerende rechterlijke autoriteit besluit een einde te maken aan de hechtenis van die persoon, moet zij zijn voorlopige invrijheidstelling vergezeld doen gaan van de maatregelen die zij nodig acht om zijn vlucht te voorkomen, en zich ervan vergewissen dat de materiële voorwaarden voor zijn daadwerkelijke overlevering gehandhaafd blijven zolang geen definitieve beslissing over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel is genomen.

Wat betreft de overlevering vermeld ik verder dat er momenteel meerdere interessante prejudiciële vragen bij het Hof aanhangig zijn. De Rechtbank Amsterdam is momenteel tamelijk actief op dit terrein en heeft vragen gesteld over de uitleg van artikel 6 OLV, meer in het bijzonder over de relatie tussen het weigeren van de overlevering en het overnemen van de tenuitvoerlegging van een elders opgelegde vrijheidsstraf,⁴⁰ over de (al dan niet autonome) uitleg van de in het aan artikel 12 OLV ten grondslag liggende kaderbesluit gebezigde begrippen,⁴¹ en over de overgangsregeling in artikel 5:2 WETS bij implementatie van Kaderbesluit 2008/909/JBZ.⁴²

Bovendien zijn er nu zaken aanhangig waarin expliciet de verhouding tussen wederzijdse erkenning en de bescherming van mensenrechten (buiten *ne bis in idem* en verstekzaken) aan de orde wordt gesteld. Die verhouding was altijd al problematisch (denk ook aan het hierbo-

ven aangehaalde advies van het Hof van Justitie inzake de toetreding tot het EVRM), omdat een expliciete weigeringsgrond in het kaderbesluit EAB ontbreekt. Ik volsta hier met het aanhalen van de conclusie van A-G Bot in de gevoegde zaken *Aranyosi* en *Căldăraru*.⁴³ In beide zaken is de vraag aan de orde of de uitvoerende rechterlijke autoriteiten de overlevering van de betrokkene mogen weigeren indien het mogelijk of waarschijnlijk is dat de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat vernederend zijn, doordat het gevangeniswezen in die lidstaat structurele gebreken vertoont. De zaak speelt tegen de achtergrond van meerdere Straatsburgse oordelen, ten aanzien van verschillende EU-lidstaten (!), dat slechte detentieomstandigheden vanwege overbevolking in strijd kunnen komen met artikel 3 EVRM. In het licht van artikel 3 EVRM kan weigering van de uitlevering vanwege de detentieomstandigheden in de verzoekende staat eveneens aangewezen zijn.⁴⁴

Niettegenstaande deze Straatsburgse koers en niettegenstaande artikel 52 (3) Handvest, waarover hij zwijgt, komt de A-G tot een andere uitkomst. Dat is wellicht zo, omdat hij, met een beroep op de bewoordingen van het kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel, de overlevering als iets fundamenteel anders ziet dan de uitlevering. De A-G ziet ook geen reden om de koers te volgen die het Luxemburgse Hof in het migratierecht inzette, toen het oordeelde in het arrest *N. S. e.a.* dat een asielzoeker niet mag worden overgedragen bij structurele tekortkomingen in de lidstaat waar de asielzoeker na zijn verwijdering zou worden vastgehouden.⁴⁵ Een verklaring daarvoor lijkt te zijn dat het – kort gezegd – onder het Dublin-systeem van overdracht gaat om een keuze tussen meerdere bevoegde lidstaten, terwijl het materiële en het formele strafrecht niet uitgebreid zijn geharmoniseerd op het niveau van de Unie en dus beheerst blijven door de 'territorialiteit van de strafwet'.⁴⁶ Dat betekent dat weigering van overlevering kan leiden tot straffeloosheid en andere perverse prikkels, zoals forumshopping door verdachten en veroordeelden. Daarmee wordt dan inbreuk gemaakt op andere belangen die bescherming verdienen in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.

De A-G concludeert vervolgens op basis van een analyse van de tekst en het systeem van het kaderbesluit dat weigering van de overlevering op grond van artikel 1 lid 3 KB EAB niet mogelijk is. De A-G acht het daarentegen wel gerechtvaardigd dat de kwestie van de evenredigheid van het Europees aanhoudingsbevel kan worden opgeworpen voor de *uitvaardigende* rechterlijke autoriteit.

Toch volgt dan, enigszins apodictisch, dat, niettegenstaande de plicht tot erkenning, '[d]e uitvoerende autori-

31. Zie de Modelbepalingen, die als aanzet moeten dienen voor de beraadslagingen van de Raad op het gebied van het strafrecht, Raadsdocument 16542/09, 27, onder 5, besproken in de vorige kroniek.

32. Vergelijk de reactie van de Commissie Meijers op dit voorstel, www.commissie-meijers.nl/nl/comments/401.

33. COM(2012) 363.

34. C-105/14 (*Taricco e.a.*),

ECLI:EU:C:2015:555.

35. Raadsdocument 14281/15 van 24 november 2015.

36. Richtlijn 2014/41/EU van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken, *PbEU* L 130/1. Omzettingswetgeving is in voorbereiding.

37. HvJ EU 25 september 2015 C-463/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:634.

38. *Kamerstukken II* 2015/16, 32317, 351.

39. Rb. Amsterdam 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7460. Daarover ook Elst & Van Sliedregt, *Handboek internationaal strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

40. Zie C-579/15 (*Popławski*).

41. C-108/16 (PPU) (*Dworzecki*).

42. C-582/15 (*Van Vemde*).

43. Gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU (*Aranyosi en Căldăraru*),

concl., ECLI:EU:C:2016:140.

44. Vergelijk EHRM 23 oktober 2008 (*Sol-datenko vs. Ukraine*), appl. nr. 2440/07 (risico van foltering in detentie na uitlevering aan Turkmenistan).

45. *Supra* noot 20.

46. Concl., par. 58.

teit niet verplicht is om een Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen dat niet voldoet aan de vereisten die expliciet of impliciet worden gesteld door het kaderbesluit, dat een specifiek aspect van de wederzijdse erkenning regelt.⁴⁷ De uitvaardigende autoriteit is gebonden aan bepaalde algemene beginselen die de rechtsruimte beheersen en die de uniforme toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning mogelijk maken. Daartoe behoort ook het evenredigheidsbeginsel. De A-G vervolgt dat het er nu om gaat 'te bepalen of de kwestie van de evenredigheid op het specifieke domein van het strafrecht moet worden opgeworpen in het kader van de "horizontale" dialoog tussen soevereine rechtsprekende instanties. Ik wil in dit verband meteen preciseren dat het evenredigheidsbeginsel een algemeen beginsel van Unierecht is, en dat volgens mij daarom het Hof – en alleen het Hof – bevoegd is om zo nodig de draagwijdte en de contouren ervan te bepalen. Het staat derhalve aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit om het Hof hierover in voorkomend geval een prejudiciële vraag te stellen.'⁴⁸ De A-G stelt ten slotte fijntjes vast dat er uiteindelijk geen andere oplossing bestaat dan dat de instellingen van de Unie stappen ondernemen teneinde de regeling van het Europees aanhoudingsbevel te versterken. De Commissie heeft in 2011 al de betreuzwaardige detentieomstandigheden in bepaalde lidstaten vastgesteld en zij heeft gewezen op de gevolgen daarvan voor de toepassing van het kaderbesluit,⁴⁹ maar noch zij, noch de Raad heeft enige actie ondernomen om ervoor te zorgen dat de lidstaten aan al hun verplichtingen zouden voldoen.⁵⁰

Zie ik het goed, dan plaatst de A-G de problematiek van overvolle gevangenen in het licht van een deugdelijk nationaal vervolgingsbeleid.⁵¹ Die toets past eerst en vooral in de uitvaardigende staat, desnoods in afwijking van een nationale vervolgingsplicht (legaliteitsbeginsel) (!). De uitvoerende staat kan alleen weigeren met tussenkomst van het Hof van Justitie, via een prejudiciële procedure. De A-G signaleert dat de laatste daardoor feitelijk moet optreden zoals een mensenrechtenhof zou doen.⁵² Indien juist, dan is dit zonder meer een innovatieve benadering, maar ook één die mijns inziens niet alle problemen oplost. Hoe moet bijvoorbeeld worden geoordeeld wanneer, vanwege de ernst van het feit, niet van het uitvaardigen van een EAB kan worden afgezien? En op basis van welk criterium moeten de uitvoerende nationale en Europese rechters, in onderlinge samenwerking, dan precies beslissen? Het criterium dat de A-G aanreikt bij executieoverlevering lijkt mij enigszins circulair en in ieder geval weinig sturend. Van evenredigheid is volgens hem sprake wanneer: 'de uitvoeringsomstandigheden niet leiden tot een bestraffing die zo zwaar is dat zij niet te vergelijken is met die waarvan sprake zou zijn geweest indien de opgelegde straf ten uitvoer was gelegd in normale omstandigheden.'⁵³

9. Eppo en Olaf⁵⁴

De *European Public Prosecutor's Office* (EPPO, oftewel het EOM) en de administratieve anti-fraude eenheid, OLAF, van de Europese Commissie zijn (of worden) beide bevoegd op het terrein van het onderzoek naar fraude tegen de financiële belangen van de Europese Unie. In de vorige rubriek berichtte ik al dat het EOM-voorstel bij wei-

nigen de handen op elkaar krijgt. Inmiddels zijn de onderhandelingen gestaag voortgegaan. Over de belangrijke artikelen 1-35 is onder het Luxemburgs voorzitterschap een broos compromis bereikt in de raad; die artikelen zijn voorlopig even 'bevroren'.⁵⁵ De artikelen gaan over de organisatie van het EOM en haar relaties met de lidstaten, haar taken en bevoegdheden, alsmede bepalingen inzake de rechtsbescherming.

De structuur van het op te richten Europees Openbaar Ministerie is meer nog dan in het oorspronkelijke voorstel gedecentraliseerd.⁵⁶ Naar de laatste stand van zaken is het EOM een ondeelbaar orgaan van de Unie, dat optreedt als één dienst met een gedecentraliseerde structuur (artikel 7). In die structuur zet het zogenaamde college, waarin de hoofdaanklager en één Europees aanklager per lidstaat zitting hebben, de hoofdlijnen uit. Het is het college uitdrukkelijk verboden om operationele besluiten te nemen in individuele zaken. Onder het college vallen vaste kamers die de onderzoeken en vervolgingen aansturen die door de gedelegeerde Europees aanklagers worden gevoerd. De laatsten ontvangen hun instructies van de vaste kamers via de Europees aanklager van de lidstaat waar het onderzoek wordt gevoerd en die lid is van de betreffende vaste kamer (artikel 11). De feitelijke onderzoeken worden dan dus uitgevoerd door de gedelegeerde Europees aanklagers. Zij mogen ook aanklager naar nationaal recht zijn ('double hats'; artikel 12 lid 3).

Zie ik het goed, dan plaatst de A-G de problematiek van overvolle gevangenen in het licht van een deugdelijk nationaal vervolgingsbeleid

Deze keuze voor decentralisatie, in combinatie met de vele verwijzingen naar nationaal recht, heeft natuurlijk gevolgen. Vooral bij grensoverschrijdende zaken zal veelvuldig een beroep moeten worden gedaan op buitenlandse collega's binnen de EOM-structuur (vergelijk artikel 26). In dat geval neemt de gedelegeerde Europees aanklager die de zaak behandelt een besluit over de vaststelling van een maatregel in een andere staat en wijst hij deze toe aan een gedelegeerde Europees aanklager in de lidstaat waar die maatregel moet worden uitgevoerd. De structuren die daarvoor zijn bedacht zijn zeer gecompliceerd en houden in feite het midden tussen samenwerking op basis van instrumenten voor wederzijdse erkenning (bijvoorbeeld het EAB), dan wel samenwerking binnen gemeenschappelijke onderzoeksteams. Daarmee verdwijnt de winst die het EOM naar mijn idee zou kunnen boeken in termen van slagkracht voor een heel aanzienlijk deel. De vraag is bovendien wat de gevolgen van dit model zijn voor de rechten van verdachten en andere betrokkenen (slachtoffers, getuigen, enz.).⁵⁷

Over het voorstel valt nog heel veel meer te zeggen.⁵⁸ Niettemin heeft het Nederlandse parlement nog steeds grote moeite met de figuur van een EOM op zich. Veelvuldig wordt de vraag gesteld waarom andere, niet-strafrechtelijke middelen niet volstaan (*ultimum remedium*).⁵⁹ Ik denk niet dat dat de juiste benadering is. De materiële bevoegdheid van het EOM strekt zich uit tot, onder meer, omkoping, witwassen, fraude. Dat zijn delicten die ook naar Nederlands recht strafbaar zijn. Men is bovendien bang voor een latere uitbreiding van de bevoegdheid van het EOM tot ernstige grensoverschrijdende misdaad. Daarvoor is dan evenwel de instemming van Nederland vereist (zie artikel 86 lid 4 VWEU). Bovendien, ik kan niet anders dan signaleren dat in dossiers die als alternatief worden aangereikt evenmin veel vooruitgang wordt geboekt.

Een van die dossiers betreft het voorstel voor een verordening in verband met de aanstelling van een Toezichthouder op de procedurewaarborgen bij OLAF.⁶⁰ Het is in al het EOM-geweld wat op de achtergrond geraakt. Met het voorstel wordt beoogd de procedurewaarborgen die men in OLAF-onderzoeken geniet verder te versterken. Er zal een Toezichthouder op de procedurewaarborgen worden ingesteld die is belast met twee taken, namelijk a. het behandelen van klachten, ingediend door personen tegen wie een onderzoek loopt, wegens schending van hun procedurerechten, en b. het machtigen van OLAF om onderzoeken te verrichten ten aanzien van leden van EU-instellingen. Het voorstel is interessant, omdat het ook een antwoord tracht te geven op het probleem van de toelaatbaarheid van administratief bewijsmateriaal in een strafzaak (of andere nationale procedure). OLAF is immers geen opsporingsinstantie. Als administratieve onderzoeksdienst is het werk dat ze verricht niet altijd toelaatbaar als bewijs in een nationale strafzaak.⁶¹ Dat betekent feitelijk dat dan al het werk moet worden overgedaan. De gedachte van het voorstel lijkt te zijn dat wanneer OLAF zelf al de door fundamentele rechten gediceerde standaarden in acht neemt, dit probleem wordt verkleind. Daarmee geeft het voorstel ook een (begin van een) antwoord op de problematiek die in de hierna te bespreken zaak *WebMindLicenses* aan de orde is.

10. Fundamentele rechten: het Grondrechtenhandvest⁶²

In de vorige kroniek besteedde ik aandacht aan de zaken *Melloni* en *Åkerberg Fransson*. In de laatste zaak overwoog het Hof ten aanzien van artikel 51 lid 1 Handvest dat in

gevallen waarin het optreden van de lidstaten niet volledig door het Unierecht wordt bepaald, nationale autoriteiten nog steeds nationale grondrechten mogen toepassen, op voorwaarde dat deze toepassing niet afdoet aan het door het Handvest geboden beschermingsniveau, zoals uitgelegd door het Hof, noch aan de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht. De recente uitspraak C-419/14 (*WebMindLicenses*), van 17 december 2015 is een goede illustratie van de gevolgen van deze ruime uitleg. In die zaak ging het om een in Hongarije gevestigd bedrijf dat ervan werd verdacht via schijnconstructies de BTW-regels te hebben omzeild die uitvoering geven aan Europese richtlijnen. WML verweet de belastingdienst gebruik te hebben gemaakt van materiaal dat buiten haar mede-weten was verkregen door afluistering van telefoongesprekken en inbeslagname van e-mails in een parallelle Hongaarse strafprocedure waartoe zij geen toegang had gekregen. Dergelijk materiaal kan in de fiscale procedure niet, althans niet op die manier, worden verkregen. Over de rechtmatigheid van de verkrijging van die gegevens had de strafrechter zich nog niet uitgelaten.

Aan het Hof werd de vraag voorgelegd of het Handvest hieraan beperkingen stelt. Het Hof stelt vast dat dit inderdaad het geval is. Krachtens de artikelen 7, 47 en 52 lid 1 Handvest moet de nationale rechter die de wettigheid toetst van de beslissing tot navordering van de BTW twee zaken moet nagaan. Ten eerste, of het *afluisteren* van telefoongesprekken en de inbeslagname van e-mails bij de wet vastgestelde en in de strafprocedure noodzakelijke onderzoeksmiddelen waren en, ten tweede, of het gebruik door de belastingdienst van de met deze middelen *verkregen* bewijzen eveneens bij wet was toegestaan en noodzakelijk was. Bovendien is het zijn taak om na te gaan of de belastingplichtige in overeenstemming met het algemene beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging in de administratieve procedure de mogelijkheid heeft gehad om toegang tot deze bewijzen te hebben en over deze bewijzen te worden gehoord. Het Hof gaat verder: 'Indien de nationale rechter vaststelt dat deze belastingplichtige deze mogelijkheid niet heeft gehad of dat deze bewijzen in de strafprocedure zijn verkregen of in de administratieve procedure zijn *gebruikt* met schending van artikel 7 van het Hv, moet hij deze bewijzen buiten beschouwing laten en deze beslissing nietig verklaren indien zij als gevolg daarvan grondslag mist. Deze bewijzen moeten eveneens buiten beschouwing worden gelaten wanneer deze rechter niet gemachtigd is te controle-

47. Concl., par. 163.

48. Concl., par. 164-165.

49. Zie het Groenboek over de toepassing van EU-strafwetgeving op het gebied van detentie, COM(2011) 327.

50. Concl., par. 181.

51. Vergelijk concl., par. 173.

52. Concl., par. 175.

53. Concl., par. 169.

54. Over Eurojust en Europol, die ook worden hervormd, zie Raadsdocument 6643/15 van 27 februari 2015, respectievelijk het Raadsdocument 14957/2/15 REV 2

van 11 maart 2016. De documenten geven de stand van zaken in de raad weer.

55. De onderhandelingen onder het Nederlands voorzitterschap gaan verder over de financiële bepalingen, de staff provisions, de relatie met partners, en de algemene bepalingen; zie het Raadsdocument 6667/16 van 3 maart jl.

56. Voor het meest recente voorstel, zie Raadsdocument 15100/15 van 2015 december 2015 (art. 1-36).

57. Daarover onder meer M. Luchtman & J. Vervaele, 'European Agencies for Criminal

Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)', *Utrecht Law Review* 10 (5), p. 132-150.

58. Zie bijv. Asp e.a., *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm: ECPI 2015, en Erkelens, Meij en Pawlik, *The European Public Prosecutor's Office – An extended arm or a two-headed dragon?*, Den Haag: TMC Asser/Springer 2015.

59. Zie bijvoorbeeld de discussies in *Kamerstukken II* 2014/15, 32317, 316; *Kamer-*

stukken II 2015/16, 32317, 398; *Kamerstukken I* 2015/16, 33709, T.

60. COM(2014) 340.

61. Zie daarover ook art. 11 (2) Verordening (EU) nr. 883/2013; zie ook art. 31 van het laatste EOM voorstel, *supra* noot 56.

62. Ik wijs nog op het lezenswaardige proefschrift van Christina Peristeridou, *The principle of legality on European criminal law*, Antwerpen: Intersentia 2015.

ren of zij in de *strafprocedure* zijn verkregen in overeenstemming met het Unierecht of wanneer hij zich niet op zijn minst ervan kan vergewissen op basis van een toetsing die reeds door een strafgerecht is verricht in een procedure op tegenspraak, dat deze bewijzen zijn verkregen in overeenstemming met dat recht [mijn cursief].⁶³

Dit is een andere, ogenschijnlijk strengere benadering dan die van de Nederlandse rechter. Dat betreft dan vooral de toets of het afuisteren zelf – dus de vergaring van de gegevens – rechtmatig was, alsmede de koppeling tussen de rechtmatigheidstoetsing en bewijsuitsluiting.⁶⁴ Het eerste aspect is in de systematiek van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens bijvoorbeeld niet aan de orde; dat regime richt zich op de verstrekking.⁶⁵ Of de verschillen in de praktische uitwerking ook zo groot zijn zal moeten blijken.⁶⁶ Niettemin, *WebMindLicences* geeft aan dat we komende jaren de focus voor wat betreft mensenrechtenstandaarden niet meer alleen moeten richten op het EHRM, maar ook op Luxemburg. De ruime werkingssfeer van artikel 51 lid 1 Handvest, waarmee het Hof overigens aansluiting zoekt bij zijn bestaande jurisprudentie, de handhavingsplicht die op lidstaten rust ter uitvoering van EU-recht (denk aan de harmonisatie van het materieel strafrecht), alsmede de autonome uitleggingsbevoegdheid van het Hof gaan ook de strafrechtspleging naar mijn verwachting diepgaand beïnvloeden. Dat is zeker zo wanneer Nederland als gevolg van de omzetting van de voormelde richtlijnen inzake de verdedigingsrechten in een veel groter aantal situaties dan nu uitvoering geeft aan Unierecht, ook in zaken waarin geen enkel grensoverschrijdend element is te ontdekken.

Naast de voormelde uitspraken die gaan over het toepassingsbereik van het Handvest, wijs ik op de beperkingssystematiek die in het Handvest is neergelegd. Daarover gaat de belangrijke uitspraak van het Hof in *Spasic*, waarin de verhouding tussen artikel 54 Schengen Uitvoeringsovereenkomst (SUO) en artikel 50 van het Handvest aan de orde was.⁶⁷ *Spasic* was kort gezegd op 6 december 2013 vanuit Oostenrijk naar Duitsland overgeleverd voor een vervolging vanwege oplichting, op 20 maart 2009, te Milaan. Hij voerde aan dat hij in Duitsland niet meer kon worden vervolgd voor dat feit, aangezien hij voor diezelfde feiten reeds door het *Tribunale ordinario di Milano* was veroordeeld tot geldboete en gevangenisstraf, en dat die veroordeling onherroepelijk en uitvoerbaar zou zijn. Op 23 januari 2014 betaalde *Spasic* via een bankoverschrijving het bedrag van € 800. De gevangenisstraf zat hij nog niet uit, maar dat kwam ook omdat naar Italiaans recht de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf wordt opgeschort, indien deze minder dan drie jaar bedraagt zoals in *casu* het geval was. Formeel was daarmee niet aan de zogenaamde 'enforcement clause' van artikel 54 SUO voldaan, die eist dat de straf reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd.

Het Hof komt tot de conclusie dat die beperking de toets van artikel 52 lid 1 Hv kan doorstaan. De beperking heeft allereerst een wettelijke basis, namelijk in artikel 54 SUO. Maar de beperking eerbiedigt ook de wezenlijke inhoud van het *ne bis in idem*-beginsel. De tenuitvoerleggingsvoorwaarde beoogt te voorkomen dat iemand ongestraft blijft wanneer de beoordelende staat de onherroepelijk opgelegde straf niet laat uitvoeren. De vele

instrumenten op het vlak van wederzijdse erkenning kunnen namelijk niet voorkomen dat personen die in een andere lidstaat onherroepelijk zijn veroordeeld hun straf toch ontlopen. Artikel 54 SUO fungeert daarom, volgens het hof, als het ware als een slot op de deur dat straffeloosheid voorkomt. Het gebruik van die instrumenten hangt namelijk uiteindelijk af van een beslissing van de lidstaat van de rechterlijke instantie die een onherroepelijk strafrechtelijk vonnis heeft gewezen.⁶⁸ Daarom gaat de tenuitvoerleggingsvoorwaarde niet verder dan noodzakelijk is en is de beperking van artikel 50 Hv te rechtvaardigen.

De uitspraak is vatbaar voor kritiek. Er is al opgemerkt dat de uitspraak in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning verbaast. Als het Hof aan de 'voorzijde' van het *ne bis in idem*-beginsel erkent dat bijvoorbeeld een transactie een latere tweede vervolging blokkeert, waarom wordt dan niet aan de 'achterzijde' geaccepteerd dat staten onderling grote verschillen kennen ten aanzien van de tenuitvoerlegging van sancties (de opschorting van de vrijheidsstraf *in casu*) en die dan ook moeten erkennen?⁶⁹ Bovendien, de redenering van het Hof sluit nauw aan bij de stand van de wetgeving op dit moment, niet bij wat de EU op het vlak van strafrechtelijke samenwerking allemaal vermag. Daardoor biedt het hof de wetgever meer ruimte dan uit het perspectief van grondrechtenbescherming wenselijk is, wanneer althans grondrechten ook de wetgevende macht moeten binden.

11. Ruziënde rechters?

De uitspraken in *Melloni* en *Åkerberg* zijn zonder twijfel *landmark cases*. De bandbreedtes die het hof formuleert voor de toepassing van nationale grondrechten zijn echter niet overal even goed gevallen, vooral niet in Karlsruhe, waar het *Bundesverfassungsgericht* is gevestigd. Juist in het strafrecht waar inbreuken op fundamentele rechten aan de orde van de dag zijn, heeft de rechtspraak van het Hv EU potentieel grote gevolgen. Immers, als een handeling van Unierecht nationale uitvoeringsmaatregelen vereist, blijft 'het de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties vrijstaan de nationale grondrechtenbescherming toe te passen, *mits* daardoor het beschermingsniveau van het Handvest, zoals door het Hof uitgelegd, en de voorrang, eenheid en werking van het recht van de Unie niet in het gedrang komen [mijn cursief].'⁷⁰

Een eerste signaal werd al gegeven in 2013.⁷¹ Op 15 december van het afgelopen jaar volgde een tweede, niet mis te verstaan teken van onvrede van de hoogste Duitse constitutionele rechter.⁷² In die zaak ging het om een Italiaans EAB. De opgeëiste persoon was een Amerikaans staatsburger en in 1992 door de rechtbank van Florence wegens cocaïnehandel veroordeeld tot dertig jaar cel, bij verstek. Het verzoek om overlevering werd toegestaan door de rechter in Düsseldorf. Het Bundesverfassungsgericht vernietigde die beslissing, omdat de overleverende rechter onvoldoende had onderzocht in hoeverre de opgeëiste persoon na overlevering een volledige, nieuwe behandeling van zijn zaak ten gronde zou krijgen (vergelijk artikel 4bis lid KB EAB). De Italiaanse autoriteit had wel garanties gegeven, maar de toezegging dat de inbreng van nieuw bewijsmateriaal in een nieuwe procedure na

overlevering in Italië niet uitgesloten was, was niet afdoende.⁷³

Voor de motivering van die beslissing valt op. Het Duitse hof baseert zijn beslissing namelijk op een *nationale* constitutionele standaard, de *Menschenwürde* (artikel 1 *Grundgesetz*/GG). Daaruit vloeit het strafrechtelijke schuldbeginsel voort. Om recht te doen aan dat beginsel moeten de Duitse uitvoerende autoriteiten, als daarvoor aanleiding is, daadwerkelijk toetsen of de 'von Art. 1 Abs. 1 GG geforderten Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten auch im ersuchenden Mitgliedstaat beachtet werden'.⁷⁴ Zo nee, dan moet van overlevering worden afgezien. Het Hof formuleert aldus een expliciete onderzoeksplicht voor

Over de Duitse constitutionele identiteit gaat, zo lijkt de gedachte, alleen de rechter in Karlsruhe

de uitvoerende autoriteit, die min of meer haaks staat op de hierboven verwoorde mening van A-G Bot in *Aranyosi*. Het is bepaald ook een andere lijn dan die van het Hof van Justitie in *Melloni*. Niettemin ziet het Duitse hof geen reden voor een verwijzing.⁷⁵ Over de Duitse constitutionele identiteit (vergelijk artikel 79 GG) – waartoe de *Menschenwürde* wordt gerekend – gaat, zo lijkt de gedachte, alleen de rechter in Karlsruhe.

We moeten dus concluderen dat er niet alleen licht waarneembaar is tussen de jurisprudentie van het Straatsburgse en Luxemburgse hof, maar dat ook de relaties tussen de Duitse constitutionele rechter en het Hof in Luxemburg meer gespannen lijken dan ooit.

12. Tot slot

Ondanks de in het lopende meerjarenprogramma uitgesproken wens om het, in mijn woorden, wat rustiger aan te doen, kan worden geconcludeerd dat het daarvan maar

niet komt. De uitdagingen die op de EU en haar lidstaten afkomen zijn niet gering. Tegelijkertijd valt op dat de vele actoren die betrokken zijn bij de verdere ontwikkeling van de rechtsruimte elkaar steeds minder makkelijk vinden. Op het niveau van beleidsontwikkeling worden nieuwe initiatieven stevast ontdaan van een 'Europees verhaal' (rechtsruimte, burgerschap, grondrechten, *supra* 2). Steeds meer is er sprake van een *géométrie variable*, waarin bepaalde lidstaten een uitzonderingspositie wordt gegund. Dossiers op het vlak van harmonisatie van straf- en strafprocesrecht komen maar niet gereed. Andere dossiers, zoals die van het EOM, worden ontdaan van alles wat naar centralisatie riekt. Decentralisatie en inbedding in het nationale recht is het devies. Waar enerzijds samenwerking meer dan ooit nodig is, zendt de wetgever dus als boodschap dat het nationale recht zo goed als het kon is gerespecteerd. Dat is een lastige boodschap om te verkopen. Nog opvallender is dat ook de zo vaak geprezen rechterlijke samenwerking in Europa averij heeft opgelopen. Was de verhouding tussen het Hof van Justitie en het Duitse constitutionele hof altijd al wat moeizaam, recente uitspraken doen de vraag rijzen wanneer het laatste hof echt een keer zal gaan bijten. Ook tussen Straatsburg en Luxemburg liggen de verhoudingen moeizamer dan twee jaar geleden. Het negatieve advies inzake de toetreding tot het EVRM is wellicht een voorbode van wat het Hof zal gaan beslissen in *Aranyosi* en *w.*⁷⁶ In dit krachtenveld houdt de Hoge Raad (de strafkamer) zich opvallend stil.⁷⁷

Niemand zal de uitdagingen ontkennen waarvoor de Europese Unie zich gesteld ziet op strafrechtelijk vlak. Niemand zal betwisten dat die uitdagingen niet meer door staten alleen kunnen worden opgelost. Tegelijkertijd lijkt het benodigde gemeenschappelijke draagvlak aan erosie onderhevig bij vrijwel alle belangrijke nationale en Europese actoren. Eigenlijk is, naar mijn mening, vooral het Hof van Justitie nog consequent in de koers die het reeds lang geleden uitzette. Maar dat Hof kan niet alles oplossen. Integendeel, steeds vaker gaan er stemmen op of het niet, gelet op het politieke klimaat, een stap terug moet doen, wat dat ook moge betekenen. Hier ligt naar mijn smaak de belangrijkste uitdaging voor de EU voor de komende jaren. •

63. Par. 91.

64. Over dat laatste, zie HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643, waarin de belastingkamer van de Hoge Raad de lat voor bewijs uitsluiting van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs in een fiscale procedure erg hoog legt ('zozeer indruist-criterium').

65. Vergelijk Rb. Den Haag (pres.) 26 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ0047. De door het Hof van Justitie voorgestane toets doet nog het meest denken aan die gebezigd in Rb. Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079, maar die is later weer vernietigd; zie CBB 9 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:193.

66. Wellicht neemt het HvJ EU genoeg

met het toetskader van het Cbb, onder 4.9: 'Uitgangspunt bij de beoordeling is dat de telefoontaps waaruit de in geding zijnde tapgegevens zijn verkregen, zijn geplaatst nadat de rechter-commissaris daarvoor een machtiging had verstrekt. De bevoegdheid tot verstrekking van de tapgegevens door de officier van justitie is wettelijk verankerd in de Wjsg. Bovendien voorziet de wet ter zake van de rechtmatigheid van deze verkrijging in een met voldoende waarborgen omklede rechterlijke procedure, zowel civielrechtelijk in het kader van de verstrekking van de gegevens als bestuursrechtelijk in het kader van de toetsing van het besluit tot boeteoplegging waaraan deze gegevens

ten grondslag zijn gelegd.'

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

68. *Spasic*, par. 69.

69. Vergelijk J. Vervaele, 'Schengen and Charter related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic', *Common Market law review* 2015, 52, p. 1339-1360; zie ook M. Wasmeier, 'Ne bis in idem and the enforcement condition', *New Journal of European Criminal Law* 2014, p. 534-555.

70. C-399/11 (*Melloni*),

ECLI:EU:C:2013:107, par. 60.

71. Zie: BVerfG 24 april 2013,

ECLI:DE:BVerfG:2013:rs20130424, par. 91,

waarover Van Eijken et al (2015), *supra* noot 21, p. 254-264, 278-282.

72. BVerfG 15 december 2015, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514.

73. Uitspraak, par. 109, 113.

74. Uitspraak, par. 83.

75. Uitspraak, par. 125: 'Der Rahmenabschluss über den Europäischen Haftbefehl verpflichtet, wie dargelegt, deutsche Gerichte und Behörden nicht, einen Europäischen Haftbefehl ohne Prüfung auf seine Vereinbarkeit mit den aus Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Anforderungen zu vollstrecken.'

76. *Supra* noot 43.

77. Vergelijk de noot van Klip, *supra* noot 26, en Jahae & Dieben, *supra* noot 10.