

Hogere evenwichtskunst in het Europees Aanhoudingsbevel. Meer rechtsbescherming en ook meer Europa?

20

T. van den Brink en T. Marguery*

Recente jurisprudentie over het Europees Aanhoudingsbevel laat een verschuiving zien in de afweging tussen rechtsbescherming (fundamentele rechten) en effectieve rechtshandhaving. Ook verschuiven de verhoudingen tussen de EU en de lidstaten. Deze 'hogere evenwichtskunst' vereist een derde verschuiving: naar een grotere rechtsvormende rol voor de EU-wetgever.

I. Inleiding

In deze tijden waarin het Europeesrechtelijk discours gedomineerd wordt door de aankomende Brexit,¹ kan het geen kwaad om in herinnering te brengen dat we het aan het Verenigd Koninkrijk te danken hebben dat wederzijdse erkenning het leidende beginsel voor de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht is geworden.² In het EU-strafrecht is het Europees Aanhoudingsbevel (EAB) nog steeds het voornaamste instrument dat gebaseerd is op wederzijdse erkenning (dat op zijn beurt weer is gebaseerd op het beginsel van wederzijds vertrouwen).³ In de afgelopen periode is de europeanisering van het juridisch kader rond het EAB in een stroomversnelling gekomen. De bron van die ontwikkeling ligt in de eerste plaats bij de EU-wetgever die in het post-Lissabon-tijdperk – dankzij een verbeterde wetgevingsprocedure – een reeks richtlijnen heeft kunnen aannemen ter bescherming van het individu.⁴ Recenter heeft het Hof van Justitie met een reeks uitspraken een evenzeer cruciale bijdrage geleverd aan de bescherming van verdachte personen en veroordeelden in het kader van het EAB. Van fundamen-

tele betekenis in dit verband is de uitspraak in *Aranyosi* en *Căldăraru*.⁵ Deze uitspraak (zie uitgebreider *infra*) heeft ertoe geleid dat uitvoerende instanties een uitzondering kunnen (en zelfs: moeten) maken op het beginsel van wederzijds vertrouwen als de opgeëiste persoon het gevaar van een onmenselijke of vernederende behandeling zou lopen in het verzoekende land. De impact van deze uitspraak is aanzienlijk gebleken. Rechterlijke autoriteiten vragen inmiddels op uitgebreide schaal informatie op van uitvaardigende instanties over zaken als beschikbare celruimte, gezondheidszorg en de behandeling van specifieke groepen gedetineerden. Bovendien zijn overleveringsprocedures daadwerkelijk beëindigd in geval van ontbrekende garanties.

Aranyosi en *Căldăraru* heeft het karakter van wederzijdse erkenning in het EAB aldus wezenlijk veranderd.⁶ Het is bovendien de trigger geweest voor een reeks andere uitspraken van het Hof van Justitie over het EAB (waarvan een opmerkelijk groot deel gebaseerd is op prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam). In deze bijdrage staat de vraag centraal wat de betekenis is van de genoemde jurisprudentie voor de afweging tussen rechtsbescherming (bescherming van fundamentele rechten) en effectieve rechtshandhaving en voor de verhouding tussen de EU en de lidstaten. Hoe verschuiven de evenwichten op deze punten?

Allereerst wordt in het hierna volgende ingegaan op de uitspraken in *Aranyosi* en *Căldăraru* (paragraaf 2); vervolgens wordt de daaropvolgende jurisprudentie geanalyseerd in paragraaf 3. Gegeven het vele dat reeds is verschenen over de verhouding tussen wederzijdse erkenning, wederzijds vertrouwen en de bescherming van fundamentele rechten naar aanleiding van de uitspraken, kan in paragraaf 4 een beknopt overzicht worden gegeven van de waardering daarvan in de literatuur. De nieuwe juris-

* Ton van den Brink en Tony Marguery zijn verbonden aan het Europa Instituut Utrecht en onderzoekscentrum RENFORCE van de Universiteit Utrecht. Zij bedanken Janneke Feenstra, Iris de Kok en Lisette Mustert voor hun hulp.

1 Zie onder meer de reeks artikelen die over het onderwerp in dit tijdschrift is verschenen.

2 V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 116.

3 Vooraf de relatie tussen wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning, en met name de causale relaties daartussen, heeft veel aandacht in de literatuur.

4 Richtlijn 2012/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures, *PbEU* 2012, L 142/1; Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming, *PbEU* 2013, L 294/1; Richtlijn 2010/64/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures, *PbEU* 2010, L 280/1.

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

6 Deze verandering is veelal als een verschuiving van blind vertrouwen naar weerlegbaar vertrouwen gekwalificeerd.

prudentie roept echter ook de institutionele vraag op hoe de verhouding tussen de EU, de uitvaardigende lidstaat en de uitvoerende lidstaat verandert. Deze vraag krijgt over het algemeen minder aandacht, maar is evenzeer van fundamenteel belang voor de betekenis van wederzijdse erkenning in het EU-strafrecht en zal daarom in paragraaf 5 uitgebreider worden behandeld. In de conclusie gaan we in op de vraag hoe de beide evenwichten met elkaar verzoend kunnen worden, of – in de woorden van de titel van deze bijdrage – hoe op twee touwen tegelijk gebalanceerd kan worden.

2. *Aranyosi en Căldăraru* en de aanloop ernaartoe

De jaren 2013 en 2014 lijken vanuit het perspectief van het EAB al een eeuwigheid geleden. Begin 2013 deed het Hof uitspraken in de bekende zaken *Radu* en *Melloni* en in 2014 volgde het bekende advies over de toetreding van de EU tot het EVRM. De gemeenschappelijke noemer was de sterke nadruk op het EAB als instrument voor effectieve rechtshandhaving. In de zaak *Radu* oordeelde het Hof van Justitie dat het recht om gehoord te worden als onderdeel van het recht op een eerlijk proces niet aan de verplichting tot overlevering in de weg staat, ook al is de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat niet vooraf gehoord.⁷ Een maand later deed het Hof uitspraak in de welbekende zaak *Melloni*.⁸ Deze zaak betrof de bescherming van opgeëiste personen in geval van verstekvonnissen. Het Hof oordeelde dat het Handvest geen hoger niveau van bescherming biedt van de rechten van opgeëiste personen dan de bepalingen over verstekvonnissen uit het (inmiddels aangevulde)⁹ Kaderbesluit zelf. Bovendien werd het de uitvoerende lidstaat niet toegestaan om een hoger niveau van bescherming te bieden op basis van nationale fundamentele rechten. De boodschap van het Hof in Advies 2/13 was vergelijkbaar.¹⁰ Daarin stelde het Hof dat het beginsel van wederzijds vertrouwen impliceert dat een lidstaat niet van een andere lidstaat mag eisen dat deze een hoger nationaal niveau van grondrechtenbescherming biedt dan door het Unierecht wordt verzekerd. Evenmin mag een lidstaat, behoudens uitzonderlijke gevallen, nagaan of een andere lidstaat in een concreet geval daadwerkelijk de door de Unie gewaarborgde grondrechten heeft geëerbiedigd. Niet alleen de effectiviteit van instrumenten die op wederzijdse erkenning zijn gebaseerd, maar ook de autonomie van het EU-recht vormde de basis van deze redenering.

Het viel op basis van deze ferme lijn wellicht¹¹ niet te verwachten dat het Hof meer ruimte zou gaan bieden voor de bescherming van fundamentele rechten. Toch is dat wel wat er gebeurde, in wezen al met de uitspraak in de zaak *Lanigan* die al als een voorbode van *Aranyosi* en *Căldăraru* valt te zien.¹² Aan de ene kant legde het Hof in deze uitspraak nog steeds veel nadruk op het EAB als mechanisme voor effectieve rechtshandhaving. Hoewel het Kaderbesluit duidelijke termijnen bevat, moet de uitvoerende lidstaat nog steeds over de tenuitvoerlegging van het Europees Aanhoudingsbevel beslissen als die termijnen zijn verstreken. Bovendien, en belangrijker nog, mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit na het verstrijken van de gestelde termijnen de hechtenis van de gezochte persoon handhaven, zelfs wanneer de totale duur van de hechtenis die termijnen overschrijdt. Die overschrijding moet echter wel voldoen aan de eisen van artikel 6 Hv (recht op vrijheid en veiligheid). Dat betekent dat de hechtenis alleen mag worden gehandhaafd als de procedure voor de tenuitvoerlegging van het EAB voldoende voortvarend is geweest en de hechtenis niet ‘buitensporig’ lang duurt. Factoren die in dit kader in aanmerking moeten worden genomen zijn het eventuele stilzitten van de autoriteiten van de betrokken lidstaten; de rol van de opgeëiste persoon; de straf die is opgelegd (of die hij kan oplopen) en het eventuele bestaan van vluchtgevaar. *Lanigan* is daarmee niet alleen vanwege het grondrechtelijke aspect maar ook vanwege het institutionele aspect de voorbode van *Aranyosi* en *Căldăraru*: de verhouding tussen de uitvaardigende en de uitvoerende lidstaat verandert doordat de laatste zich een oordeel moet vormen over de aspecten van de procedure die zich (deels) in de uitvaardigende lidstaat hebben afgespeeld. In de uitspraak van het Hof in *Aranyosi* en *Căldăraru* komen het grondrechtelijke aspect en het institutionele aspect nog nadrukkelijker naar voren.¹³ De Duitse rechter, die als uitvoerende instantie ernstige bedenkingen had over de detentieomstandigheden in Hongarije en Roemenië, stelde vragen aan het Hof van Justitie. Die bedenkingen waren gebaseerd op veroordelingen door het EHRM en op het gebrek aan informatie waar de rechter de autoriteiten in beide landen om had verzocht. Het Hof werd daardoor gedwongen om zijn algemene vaststelling dat wederzijdse erkenning in uitzonderlijke omstandigheden kan worden beperkt (uit Advies 2/13) concreet te maken.¹⁴ Dit leverde echter een spagaat op: volgens de lijn die het Hof zelf had uitgezet biedt het Kaderbesluit een gesloten systeem van weigeringsgronden, terwijl een schending van grondrechten daarin niet als weigeringsgrond is opgenomen.

7 HvJ EU 29 januari 2013, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39 (*Radu*).

8 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Stefano Melloni/Ministerio Fiscal*).

9 Kaderbesluit 2009/299/JBZ van de Raad van 26 februari 2009 tot versterking van de procedurele rechten van personen, tot bevordering van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen gegeven ten aanzien van personen die niet verschenen zijn tijdens het proces, *PbEU* 2009, L 81/24.

10 HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Advies 2/13 betreffende de toetreding van de EU tot het EVRM.

11 De latere jurisprudentie haakte wel aan bij de opening die Advies 2/13 bood in de hierboven aangehaalde formulering ‘behoudens uitzonderlijke omstandigheden’.

12 HvJ EU 16 juli 2015, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474 (*Lanigan*).

13 Eerder aangehaald.

14 HvJ EU, C-404/15, r.o. 82 (*Aranyosi*); Advies 2/13, r.o. 191.

Het Hof legde om die reden een grote nadruk op de dialoog tussen de uitvoerende en de uitvaardigende autoriteiten om de laatste in staat te stellen aan te tonen dat de detentieomstandigheden in het concrete geval geen onmenselijke of vernederende behandeling opleveren. Daartoe stelde het Hof een stappenschema voor dat de uitvaardigende autoriteiten moeten volgen. Zij moeten allereerst vaststellen of er vanwege de algemene detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat een reëel gevaar bestaat van een onmenselijke of vernederende behandeling. Een dergelijk reëel gevaar kan zien op specifieke detentiecentra of specifieke groepen gedetineerden en moet op basis van objectieve, betrouwbare, nauwkeurige en naar behoren bijgewerkte gegevens vastgesteld worden. Indien inderdaad sprake is van een dergelijk gevaar moet de uitvoerende autoriteit ‘concreet en nauwkeurig’ beoordelen of er zwaarwegende en op feiten berustende gronden bestaan om aan te nemen dat de betrokkene dit gevaar daadwerkelijk zal lopen. De beoordeling van die vraag is de basis voor de dialoog tussen de uitvoerende en de uitvaardigende autoriteit en de laatste moet ‘alle noodzakelijke aanvullende gegevens’ verstrekken, eventueel binnen een door de uitvoerende autoriteit gestelde termijn.¹⁵ Het is echter niet uitgesloten dat deze dialoog niet tot een bevredigende uitkomst leidt. In dat geval kan de uitvoerende autoriteit de procedure ‘beëindigen’, hetgeen in de praktijk hetzelfde effect heeft als een weigering.¹⁶

3. Na *Aranyosi*: rechterlijke harmonisatie

Na *Aranyosi* en *Căldăraru* heeft het Hof in een reeks uitspraken diverse bepalingen en begrippen uit het Kaderbesluit nader uitgelegd. Dat was dus pas nadat het Kaderbesluit al meer dan tien jaar operationeel was. Toch is dit verklaarbaar: voorheen werd ervan uitgegaan dat het beginsel van wederzijds vertrouwen tot gevolg had dat het recht van de uitvaardigende lidstaat in beginsel leidend zou moeten zijn. De uitvoerende lidstaat zou er bijvoorbeeld op moeten (kunnen) vertrouwen dat het EAB inderdaad door een rechterlijke instantie was uitgevaardigd. Door de nieuwe lijn van jurisprudentie waarin het Hof kernbegrippen en -bepalingen uit het Kaderbesluit een Europeesrechtelijke uitleg geeft, vermindert aldus de leidende rol van het recht van de uitvaardigende lidstaat. In *Lanigan* was daarin al een substantiële stap gezet voor wat betreft de hechtenis van opgeëiste personen.¹⁷

3.1. Het begrip ‘aanhoudingsbevel’

Het EAB is een aanvullend instrument. Als een aanhouding binnen de eigen jurisdictie niet mogelijk is omdat de gezochte persoon zich in een andere EU-lidstaat bevindt, dan biedt het EAB uitkomst. Het verlengt als het ware de armen van rechtshandhavers voorbij de nationale grenzen waarbinnen zij opereren. Dit veronderstelt dat het EAB een secundair instrument is. Uit de tekst van het Kaderbesluit blijkt dit echter niet expliciet. In de zaak *Bob-Dogi* ontbrak een nationaal aanhoudingsbevel, wat de vraag oproep of een EAB op zichzelf kan staan. Het betrof een Hongaars EAB dat volgens een vereenvoudigde procedure was uitgevaardigd, dat wil zeggen: zonder voorafgaand nationaal aanhoudingsbevel.¹⁸ Artikel 8 lid 1 onderdeel c van het Kaderbesluit bepaalt echter dat het EAB vermeldt op welk vonnis of aanhoudingsbevel het EAB betrekking heeft. Het Hof oordeelde dat het begrip ‘aanhoudingsbevel’ in artikel 8 impliceert dat een afzonderlijk, nationaal aanhoudingsbevel nodig is. Het Hof baseerde dit oordeel niet alleen op de tekst en de doelstellingen van het Kaderbesluit, maar met name ook op het rechtsbeschermingsbelang: het biedt de garantie dat de gezochte persoon kan profiteren van de waarborgen en grondrechten die verbonden zijn aan een nationaal aanhoudingsbevel.¹⁹ Het ontbreken van een nationaal aanhoudingsbevel resulteert echter niet in de toepassing van een (nieuwe) weigeringsgrond. In plaats daarvan moet de conclusie zijn dat niet is voldaan aan een van de geldigheidseisen van het EAB. De uitvoerende lidstaat moet de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat vervolgens de kans bieden om het EAB aan te vullen. Op dit punt is *Bob-Dogi* dus duidelijk een loot van dezelfde stam als de zaken *Aranyosi* en *Căldăraru*.

3.2. De begrippen ‘rechterlijke beslissing’ en ‘rechterlijke autoriteit’

De begrippen ‘rechterlijke beslissing’ en ‘rechterlijke autoriteit’ zijn kernbegrippen in het overleveringsrecht, aangezien het Kaderbesluit bepaalt dat een EAB een rechterlijke beslissing is (artikel 1 lid 1) die is uitgevaardigd door een rechterlijke autoriteit (artikel 6 lid 1). De uitspraak in de zaak *Poltorak* is de eerste in een reeks van (tot nu toe) drie zaken waarin het Hof deze begrippen voorziet van een Europeesrechtelijke inhoud. *Poltorak* is een Poolse staatsburger die zich in Nederland bevond en in Zweden was veroordeeld tot een celstraf. Zweden vaardigde een EAB uit, maar de Rechtbank Amsterdam had twijfels over het EAB aangezien het was uitgevaardigd door het ‘algemeen bestuur’ van de Zweedse politie. Kon deze autoriteit wel als rechterlijke autoriteit in de zin van artikel 1 Kaderbesluit worden gezien en het EAB als een rechterlijke beslissing in de zin van artikel 6 Kaderbe-

¹⁵ C-404/15, r.o. 95.

¹⁶ Het stappenplan is verder uitgewerkt in het recent vernieuwde Commissiehandboek van 6 oktober 2017 voor de toepassing van het Europees Aanhoudingsbevel, *OJ* 2017, C 335/1, p. 33 (ten tijde van het afronden van dit artikel was het handboek nog niet in het Nederlands beschikbaar).

¹⁷ Zie supra noot 12.

¹⁸ HvJ EU 1 juni 2016, C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385 (*Bob-Dogi*).

¹⁹ *Ibid.*, r.o. 52-55.

sluit? Het Hof begon zijn antwoord op prejudiciële vragen van deze strekking met een verwijzing naar de uitspraak in *Aranyosi* en de daarin neergelegde cruciale rol van de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning. Het Hof leidt uit deze beginselen af dat het begrip ‘rechterlijke autoriteit’ een autonoom Unierechtelijk begrip is waarvan de invulling niet kan worden overgelaten aan individuele lidstaten. Op grond van de *bewoordingen* van de bepaling (het begrip ‘rechterlijk’ kan vanwege de scheiding der machten geen betrekking hebben op politiediensten), de *context* (de scherpe scheiding tussen justitiële en politieke samenwerking in het EU-recht) en het *doel* van het Kaderbesluit (het uitvaardigen van een EAB moet onderworpen worden aan rechterlijke toetsing) stelt het Hof vast dat politiediensten niet binnen het begrip ‘rechterlijke autoriteit’ vallen. Alleen autoriteiten die in de lidstaten deelnemen aan de strafrechtsbedeling, met uitsluiting van de politiediensten, kunnen als zodanig worden aangemerkt.

In zaak *Özçelik* ging het om een EAB dat eveneens was afgegeven door een politieke autoriteit. In dit geval was het EAB echter bekrachtigd door een officier van justitie.²⁰ Uit aanvullende informatie was gebleken dat het Hongaarse OM met deze handeling het aanhoudingsbevel toetst en bevestigt. In dit licht is het weinig verrassend dat het Hof van Justitie dit geval wel accepteert als een rechterlijke beslissing. De bekrachtiging biedt volgens het Hof de garantie dat het EAB gebaseerd is op een beslissing die rechterlijk is getoetst.²¹ Dat rechtvaardigt in de ogen van het Hof bovendien het uitgangspunt van een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop het Kaderbesluit is gebaseerd.

De derde zaak in dit verband is de zaak *Kovalkovas*.²² Hier ging het om een EAB uitgevaardigd door het Litouwse Ministerie van Justitie. Ook dit kon volgens het Hof niet gelden als rechterlijke autoriteit in de zin van het Kaderbesluit. Het Hof benadrukte in dit verband niet alleen de trias politica, maar vooral ook het belang dat de uitvaardiging van het EAB onderworpen is aan rechterlijk toezicht in het licht van de bescherming van fundamentele rechten.

De reeks van uitspraken heeft aldus meer duidelijkheid gegeven over de begrippen ‘rechterlijke autoriteit’ en ‘rechterlijke beslissing’. We weten nu dat het autonome Unieconcepten zijn die van een EU-rechtelijke definitie zijn voorzien. Bovendien heeft het Hof deze definitie op concrete uitvaardigende instanties toegepast (hetgeen het Hof in lijn met het karakter van de prejudiciële procedure overigens aan de verwijzende rechter over had kunnen laten).

3.3. *Persoonlijk gedagvaard en officieel in kennis gesteld*

In 2009 heeft de EU-wetgever een aanvullend Kaderbesluit aangenomen.²³ Het bevat regels voor EAB’s die gebaseerd zijn op verstekvonnissen. Kern van die regels is dat opgeëiste personen gebruik hebben kunnen maken van hun recht om aanwezig te zijn bij het proces.²⁴ De uitvaardigende autoriteiten moeten de garantie bieden dat de betrokkene verzet of beroep kan instellen tegen een verstekvonnis als die rechten niet voldoende beschermd zijn geweest. In de zaak *Dworzecki* ging het om een EAB op basis van een verstekvonnis waarbij de dagvaarding voor het proces was uitgereikt aan een volwassen huisgenoot van de opgeëiste persoon. De vraag was of dit voldeed aan de vereisten van artikel 4bis Kaderbesluit. Het Hof concludeerde ook hier dat de uniforme toepassing van het EU-recht vereist dat de begrippen waar het hier om ging (‘persoonlijk gedagvaard’ en ‘anderszins officieel in kennis gesteld’) als autonome begrippen van EU-recht moeten worden gezien en dus een EU-rechtelijke invulling hebben. Gelet op de doelen van het aanvullende kaderbesluit – met name om een hoog niveau van bescherming te bieden van het recht op een eerlijk proces – oordeelt het Hof de Poolse wijze van dagvaarding als onvoldoende. Die wijze garandeert immers niet dat ‘op ondubbelzinnige wijze’ kan worden vastgesteld dat de betrokkene de informatie over het proces ‘daadwerkelijk’ heeft ontvangen.²⁵ Dit hangt van de feitelijke omstandigheden af. Het Hof spreekt zich dus niet in principiële zin uit tegen de Poolse dagvaardingsregels. De formule laat ruimte voor de uitvoerende lidstaat om vast te stellen dat het EAB toch aan de vereisten voldoet indien uit andere omstandigheden blijkt (bijvoorbeeld door het horen van de opgeëiste persoon) dat de informatie over het proces betrokkene toch heeft bereikt.

3.4. *‘Proces dat tot de beslissing heeft geleid’*

Artikel 4bis van het Kaderbesluit bepaalt dat de uitvoerende instanties overlevering mogen weigeren ‘indien de betrokkene niet in persoon is verschenen *op het proces dat tot de beslissing heeft geleid*’ (cursivering TvdB) en niet is voldaan aan een van de procedurevoorschriften om het recht om het proces bij te wonen te garanderen. De betekenis van dit begrip is evenmin evident. In de recente zaak *Tupikas* was een EAB aan de orde waarbij de betrokkene in persoon was verschenen op het proces in eerste aanleg, maar over de aanwezigheid van de betrokkene tijdens de behandeling van het vervolgeng ingestelde hoger beroep bevatte het EAB geen gegevens. Aansluiting zoekend bij jurisprudentie van het EHRM, ziet de weigeringsgrond volgens het Hof juist op de rechterlijke beslis-

20 HvJ EU 10 november 2016, C-453/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:860 (*Özçelik*).

21 Ibid., r.o. 36.

22 HvJ EU 10 november 2016, C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861 (*Kovalkovas*).

23 Kaderbesluit 2009/299/JBZ van de Raad van 26 februari 2009 tot versterking van de procedurele rechten van personen, tot bevordering van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen gegeven ten aanzien van personen die niet verschenen zijn tijdens het proces, *PbEU* 2009, L 81/24.

24 Of – als dit onvoldoende het geval is geweest – de garantie krijgt om een verzetprocedure in te stellen na overlevering.

25 HvJ EU 24 mei 2016, C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346, r.o. 47 (*Dworzecki*).

sing waarbij de zaak ten gronde definitief wordt afgedaan, in dit geval dus het hoger beroep. Het begrip ‘proces dat tot de beslissing heeft geleid’ moet worden uitgelegd als (1) de *definitieve* uitspraak over (2) de *schuld* van de betrokkene en (3) de *veroordeling*, op basis van (4) een *onderzoek*, in feite en in rechte, van belastend en ontlastend materiaal. Dat laatste kan ook inhouden dat de individuele situatie van de betrokkene in aanmerking wordt genomen.

Deze uitspraak heeft vervolgens de vraag opgeroepen of diverse specifieke procedures aan deze definitie voldoen. Op dezelfde dag als de uitspraak in *Tupikas* deed het Hof uitspraak in de zaak *Zdziaszek*.²⁶ Daarin moest het Hof beoordelen of een verzamelvonnis – een vonnis waarin straffen werden samengevoegd, maar waarin de vraag of de betrokkene de strafbare feiten al dan niet heeft begaan niet meer aan de orde was – ook onder de bescherming van artikel 4bis van het Kaderbesluit valt. Dat is volgens het Hof inderdaad het geval, voor zover de vaststelling van de totaalstraf geen louter formele berekening vormt maar een beoordelingsmarge omvat en de rechter de situatie en de persoon van de betrokkene kan meewegen. Inmiddels heeft de Amsterdamse Rechtbank, en overigens ook een Ierse rechter,²⁷ alweer de volgende prejudiciële vragen gesteld over uitspraken die de opschorting van de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf herroepen.²⁸ Hoewel uit de uitspraak in *Zdziaszek* en ook uit jurisprudentie van het EHRM aanwijzingen vallen te halen dat dergelijke uitspraken buiten de bescherming van artikel 4bis vallen. Een van de redenen om de vraag toch te stellen is dat dergelijke vonnissen wel ‘rechtstreeks de situatie van de betrokkene’ raken en dit was een centrale overweging in zowel *Tupikas* als *Zdziaszek*.

3.5. Weigeringsgrond eigen onderdanen en gelijkgestelde EU-burgers

Artikel 4 lid 6 Kaderbesluit beschermt de eigen onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat. Lidstaten mogen de tenuitvoerlegging van een EAB weigeren als het gaat om de tenuitvoerlegging van een onherroepelijke vrijheidsstraf (in geval van een EAB op grond van een strafrechtelijk onderzoek wordt wel overgeleverd, maar moet de garantie worden afgegeven dat een eventuele straf in de uitvoerende lidstaat mag worden uitgezeten). Om straffeloosheid te voorkomen, moet de uitvoerende lidstaat de straf overnemen van de verzoekende lidstaat. Deze weigeringsgrond, in de Nederlandse Overleveringswet geïmplementeerd als een verplichte weigeringsgrond, heeft al de nodige vragen en problemen opgeleverd.²⁹

Nu staat het vereiste van strafovername centraal. Dit vereiste leidt in Nederland tot een onoplosbaar dilemma in zaken waarin niet gegarandeerd kan worden dat Nederland de straf over kan nemen. Enerzijds moet de overlevering van een ingezetene die gelijkgesteld wordt met een Nederlander op grond van de Overleveringswet geweigerd worden, anderzijds kan niet altijd de garantie worden gegeven dat Nederland de straf overneemt van de uitvaardigende lidstaat. In het geval van *Poplawski* was duidelijk dat een dergelijk verzoek uitgesloten was (het ging *in casu* om een Poolse EAB uitgevaardigd tegen een gezochte persoon met de Poolse nationaliteit).³⁰

De Overleveringswet bepaalt slechts dat Nederland zich in een dergelijk geval bereid moet verklaren de straf over te nemen.³¹ Het Hof achtte dit een onvoldoende waarborg tegen straffeloosheid. Het biedt immers geen garantie dat de straf daadwerkelijk wordt overgenomen, of – als blijkt dat dit onmogelijk is – om de weigering te herzien. Dit roept de vraag op of deze bepaling uit de Overleveringswet buiten toepassing moet blijven wegens strijd met het Kaderbesluit. Die vraag, die dus de fundamentele vraag betreft of het Kaderbesluit, als onderdeel van het oude recht van de derde pijler van de EU, voorrang heeft boven nationaal recht, beantwoordde het Hof (in tegenstelling tot de advocaat-generaal) echter niet. In plaats daarvan wees het Hof op de plicht tot kaderbesluitconforme uitleg, en bepaalde dat de uitvoerende instantie ‘zelf’ moet garanderen dat de aan die persoon opgelegde straf *daadwerkelijk* ten uitvoer zal worden gelegd wanneer de overlevering wordt geweigerd.³² De Amsterdamse Rechtbank is intussen echter tot de conclusie gekomen dat een kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet onmogelijk is, omdat het tot een *contra-legem*-interpretatie zou leiden. Er zijn om die reden wederom prejudiciële vragen gesteld, en ditmaal heeft de rechtbank wel expliciet de vraag gesteld of zij in dit geval voorrang aan het Kaderbesluit moet geven.³³

4. Nieuw evenwicht tussen wederzijdse erkenning en bescherming van fundamentele rechten

De ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof wordt in de literatuur vooral bezien vanuit het nieuwe evenwicht tussen wederzijdse erkenning en de bescherming van fundamentele rechten. De verschuiving wordt in het algemeen als zeer positief gewaardeerd. Zo ziet Montaldo

26 HvJ EU 10 augustus 2017, C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629 (*Zdziaszek*).

27 HvJ EU, C-376/17 (*Lipinski*).

28 Rb. Amsterdam 28 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7037.

29 In de zaak *Koslowski* werd bepaald welke factoren de lidstaten in acht moeten nemen om EU-burgers met eigen onderdanen gelijk te stellen (HvJ EG 17 juli 2008, C-66/08, ECLI:EU:C:2008:437 (*Koslowski*)), terwijl het Hof in de zaak *Wolzenburg* oordeelde dat aan ingezetenen extra eisen kunnen worden gesteld om de mate van integratie in het gastland te kunnen vaststellen, zonder dat dit strijdig is met het EU-non-discriminatiebeginsel (HvJ EG 6 oktober 2009, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616 (*Wolzenburg*)).

30 HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Poplawski*).

31 Artikel 6 lid 3 en 4 Overleveringswet.

32 Daarmee de conclusie van A-G Bot volgend, in HvJ EU, conclusie van A-G Y. Bot van 3 maart 2016, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:140 (*Aranyosi en Căldăraru*).

33 Rb. Amsterdam 28 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7038.

in de jurisprudentie een volwassener benadering van de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen door de vervanging van het ‘theoretisch dogma’ van vertrouwen door decentrale toetsing op nationaal niveau.³⁴ Concreet is onder meer de mogelijkheid om de *individuele situatie* te kunnen beoordelen als een positief aspect van de jurisprudentie aangemerkt. Ook tussen de EU-lidstaten en de Commissie was de juistheid van het nieuwe evenwicht door het Hof in *Aranyosi* en *Căldăraru* al de focus van de discussie, maar de standpunten tussen deze partijen liepen meer uiteen dan in de literatuur, zo heeft Sørensen goed in kaart gebracht.³⁵

De *Aranyosi*- en *Căldăraru*-lijn in de jurisprudentie is in de literatuur dus vooral toegejuicht. Wel heeft het de nodige (vervolg)vragen opgeroepen. De aansluiting op de jurisprudentie van het EHRM is in dit verband een van de punten.³⁶ Ook is de vraag opgeworpen in hoeverre de aanpak van toepassing is buiten de sfeer van detentie-omstandigheden en niet-absolute fundamentele rechten. Moet de EU bijvoorbeeld ook regels stellen aan de duur van voorlopige hechtenis?³⁷

Naast dergelijke, specifiekere, vragen is er ook een verdergaand appèl gedaan op de EU om de waarden van de rechtsstaat beter te waarborgen in de lidstaten. Kochenov is wat dat betreft het meest alarmistisch. Het onvermogen van de EU om rechtsstatelijke waarden af te dwingen in de lidstaten ziet hij als een fundamenteel probleem voor het onderling vertrouwen tussen de lidstaten.³⁸ Ook Van Ballegooij en Ward bepleiten een grotere rol van de EU op dit punt.³⁹ Vooral de EU-wetgever, maar ook het Hof, komt in hun ogen een belangrijke rol toe. Hiermee raken we echter niet alleen aan het evenwicht tussen de bescherming van fundamentele rechten enerzijds en wederzijds vertrouwen en effectieve rechtshandhaving anderzijds. Evenzeer wordt zo het evenwicht tussen de autoriteit van de EU en van de lidstaten geraakt. In de ‘artikel 7-procedure’ die de Commissie recent heeft opgestart tegen Polen komt dit pregnant tot uitdrukking. Dat het zetten van deze stap zoveel voeten in de aarde heeft gehad, moet vooral verklaard worden uit de soevereiniteitsgevoeligheid ervan. Anders dan in de reguliere inbreukprocedure, moet echter ook de Raad nog instemmen met een schorsing van stemrechten. Daardoor wordt het zonder meer lastiger om lidstaten daadwerkelijk te sanctioneren. Het legt echter wel de basis voor de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor het functioneren van de rechtsstaat

in andere lidstaten. Die gedeelde verantwoordelijkheid moet positief gewaardeerd worden, omdat het reflecteert dat de Europese rechtsruimte gebaseerd is op wederzijds vertrouwen en dat de lidstaten een mechanisme tot hun beschikking hebben in het geval dat dat vertrouwen in gevaar komt. In de volgende paragraaf gaan we terug naar de jurisprudentie van het Hof om de betekenis daarvan voor de verhoudingen tussen de lidstaten en de EU en voor de verhoudingen tussen de lidstaten onderling.

5. De EU, de uitvaardigende en de uitvoerende lidstaat: naar nieuwe verhoudingen

Evenals andere systemen die gebaseerd zijn op wederzijdse erkenning, heeft het Kaderbesluit een institutionele driehoek gecreëerd tussen de uitvaardigende lidstaat, de uitvoerende lidstaat en het EU-niveau.⁴⁰ De hiervoor besproken jurisprudentie heeft substantiële gevolgen voor de relaties tussen de ‘punten’ van deze driehoek. De positie van de EU is in deze driehoek veranderd door rechterlijke harmonisatie. Met dit laatstgenoemde begrip wordt de ontwikkeling aangeduid op basis waarvan de procedure van overlevering steeds meer wordt gefundeerd op gezamenlijke regels en uitgangspunten doordat het Hof open begrippen uit het Kaderbesluit op een uniforme wijze uitlegt. Het belang van nationaal recht, en de mogelijke verschillen tussen rechtssystemen van de lidstaten die daaruit voortvloeien, neemt daardoor af. In combinatie met harmonisatie op basis van wetgeving,⁴¹ is dus precies de situatie ontstaan die Peers in 2004 al bepleitte. Zijn stelling was immers dat wederzijdse erkenning in het strafrecht alleen zou kunnen werken bij een voldoende basis van gedeelde regels.⁴² De redenering dat het noodzakelijke wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten alleen kan worden gebouwd op een stelsel van gedeelde regels (dus: harmonisatie) botst echter met het aanvankelijke idee dat wederzijds vertrouwen verondersteld mag worden vanwege ‘de gemeenschappelijke gehechtheid aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden en de rechtsstaat’.⁴³ Dit laatste uitgangspunt is immers veel

34 S. Montaldo, ‘On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice’, *European Papers* 2016/1, afl. 3, p. 993.

35 H.B.F.M. Sørensen, ‘Mutual Trust-Blind Trust or General Trust with Exceptions: The CJEU Hears Key Cases on the European Arrest Warrant’, *Pecs Journal of International and European Law* 2016/1, p. 56.

36 S. Prechal, ‘Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union’, *European Papers* 2017/2, afl. 1, p. 75-92, op p. 88; T. Marguery, ‘Rebuttal of Mutual Trust and Mutual Recognition in Criminal Matters: Is “Exceptional” Enough?’, *European Papers* 2016/1, afl. 3, p. 943-963.

37 S. Peers, ‘Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?’, beschikbaar via: <http://eulawanalysis.blogspot.nl/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html>.

38 D. Kochenov, ‘EU Law Without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?’, *Yearbook of European Law* 2015, p. 15.

39 W. van Ballegooij & P. Bárd, ‘Mutual Recognition and Individual Rights: Did the Court Get it Right?’, *New Journal of European Criminal Law* 2016/7, afl. 4, p. 439-464.

40 T. van den Brink, ‘Horizontal Federalism, Mutual Recognition and the Balance Between Harmonization, Home State Control and Host State Autonomy’, *European Papers* 2016/1, afl. 3, p. 921-941.

41 Zie de richtlijnen genoemd in noot 4.

42 S. Peers, ‘Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council got it wrong?’, *CML Rev.* 2004/41, p. 5-36.

43 Programma van de Raad van 15 januari 2001 met maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, *PbEG* 2001, C 12/10.

generieker van aard. De uitspraak in *Aranyosi* en *Căldăraru* is niet noodzakelijkerwijs het bewijs dat dit uitgangspunt is losgelaten. Immers, het Hof heeft daarin weliswaar van de eerbiediging van fundamentele rechten een vermoeden gemaakt dat weerlegd kan worden, maar die weerlegging is aan hoge eisen verbonden.

Toch kan de uitspraak wel als rechterlijke harmonisatie worden gekenmerkt: niet van de materiële eisen die aan detentie kunnen worden gesteld (die vloeien immers al uit het Handvest, het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM voort), maar wel van de procedurele aanpak van problemen ten aanzien van detentieomstandigheden.⁴⁴ Het Hof heeft immers een concreet en gedetailleerd stappenplan voorgeschreven en bovendien aangegeven welke elementen moeten worden afgewogen. Ook de uitspraken na *Aranyosi* en *Căldăraru* leveren rechterlijke harmonisatie op. Deze uitspraken betreffen echter rechterlijke harmonisatie *binnen* het Kaderbesluit, omdat het is gebaseerd op de bepalingen en begrippen uit het Kaderbesluit. Ook deze uitspraken reguleren belangrijke zaken ten aanzien van het strafproces (wie mag een EAB uitvaardigen, hoe moet het recht het strafproces bij te wonen worden gewaarborgd, enz.) die niet rechtstreeks en ondubbelzinnig uit het Kaderbesluit voortvloeien. Daarmee ontstaan de contouren van een geharmoniseerd Europeesrechtelijk strafprocesrecht dat van toepassing is in transnationale situaties. Gelijkheid in plaats van wederzijdse erkenning in het kader van het EAB. Het contrast met de uitgangspunten zoals de Commissie die in 2000 hanteerde is groot.⁴⁵ De Commissie vond destijds nog dat erkenning plaats moest vinden ook als 'een andere staat een bepaalde zaak misschien niet op dezelfde of een vergelijkbare manier behandelt'.⁴⁶ Uitvoerende landen zouden beslissingen uit andere lidstaten zelfs moeten accepteren als zij in een vergelijkbaar geval een heel andere beslissing zouden hebben gegeven, volgens de Commissie toen. Het systeem dat de Commissie destijds voor ogen stond was dus een systeem om diversiteit tussen de landen – oftewel rechtspluralisme – te kunnen hanteren, niet om die te elimineren.

Die benadering is sterk bekritiseerd en met goede redenen. Het belang om de naleving van fundamentele rechten te kunnen waarborgen, de motor achter de ontwikkeling in de jurisprudentie, is zwaarwegend (zoals Peers al vroeg aangaf). Mitsilegas heeft daar nog het probleem van 'morele afstand' (*moral distance*) aan toegevoegd: het probleem voor de uitvoerende lidstaat dat rechterlijke beslissingen moeten worden uitgevoerd die tot stand zijn gekomen op basis van normen die niet de

uitkomst van deliberatie in de uitvoerende lidstaat zijn en niet per se overeenkomen met de daar geldende maatschappelijke en juridische normen.⁴⁷ Daarmee is wederzijdse erkenning zonder aanvullende regels volgens Mitsilegas niet alleen een probleem van bescherming van fundamentele rechten, maar ook van democratische legitimatie.

In dit licht is de koers van het Hof van Justitie wellicht weinig verrassend. Bovendien kon het Hof terugvallen op zijn gevestigde jurisprudentie dat begrippen uit EU-wetgeving, voor zover deze niet verwijzen naar nationale wetgeving, moeten worden beschouwd als autonome begrippen van EU-recht. Het is echter niet zonder meer vanzelfsprekend dat dit uitgangspunt ook wordt toegepast op EU-wetgeving gebaseerd op wederzijdse erkenning. Immers, de oorsprong van dit uitgangspunt ligt binnen de interne markt, waar de kwalificatie van begrippen als autonome concepten van EU-recht is ingegeven vanuit de noodzaak van 'eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht'.⁴⁸ Eenvormige toepassing van het EU-recht past beter bij harmonisatie dan bij regimes gebaseerd op wederzijdse erkenning. Deze gedachtegang is mede leidend geweest voor de aanvankelijke benadering van de Amsterdamse Rechtbank om niet uit te gaan van de autonome status van de begrippen uit het Kaderbesluit, zo bleek uit de verwijzingsbeslissing in *Dworzecki*.⁴⁹ Ook de opzet van de Titel over Justitiële samenwerking in Strafzaken biedt aanknopingspunten voor deze lezing. Daarin wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen wederzijdse erkenning en harmonisatie. Wederzijdse erkenning is het leidende beginsel ('berust op' zegt artikel 82 VWEU) en harmonisatie het secundaire instrument dat alleen met voorzichtigheid mag worden ingezet.⁵⁰ Deze overwegingen laten zien dat het constitutionele belang van de jurisprudentie niet beperkt is tot de bescherming van fundamentele rechten van gezochte personen. De jurisprudentie heeft evenzeer constitutionele implicaties voor de verdeling van autoriteit tussen de lidstaten enerzijds en de EU anderzijds. Daarmee is de constitutionele legitimiteit van het EU-strafrecht in het geding. De legitimiteit van het EU-strafrecht is echter evenzeer een punt van aandacht in de zin van politiek en publiek draagvlak. Zo plaatst Klip de kwestie van de legitimiteit van het EU-strafrecht tegen de achtergrond van het opkomend nationalisme en de vluchtelingencrisis.⁵¹ Deze ontwikkelingen leiden tot tegenstand tegen EU-strafrecht gebaseerd op wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen. Omdat effectief optreden tegen grensoverschrijdende criminaliteit nodig is en een minimumniveau van bescherming van fundamentele rechten toch gegaran-

44 De Rechtbank Amsterdam heeft het stappenplan van *Aranyosi* en *Căldăraru* inmiddels ook buiten de context van detentieomstandigheden toegepast, Rb. Amsterdam 17 oktober 2017, nog niet gepubliceerd.

45 Mededeling van de Commissie van 13 september 2005 over wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen in strafzaken, COM(2000)495 def.

46 Paragraaf 3.2 van de Mededeling. Dit standpunt kwam volledig overeen met de latere benadering van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken *Gözütok* en *Brügge*, C-187/01 en C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87, r.o. 33.

47 V. Mitsilegas, *EU criminal law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 129.

48 HvJ EG 18 januari 1984, C-327/82, ECLI:EU:C:1984:11, r.o. 11 (*Ekro*).

49 Rb. Amsterdam 24 februari 2016.

50 Artikel 82 lid 2 VWEU bevat een driedelige beperking: harmonisatie alleen 'voor zover nodig'; alleen minimumharmonisatie en er moet rekening gehouden worden met de verschillen in rechtsstelsels en -tradities.

51 A. Klip, *European Criminal law. An integrative Approach*, Maastricht: Intersentia 2016, p. 544.

deerd moet worden, ligt de oplossing volgens Klip echter wel degelijk in verdergaande integratie.

Het risico van deze oplossing is echter dat die in het politieke en publieke domein wordt opgevat als (weer) een voorbeeld van ongecontroleerde machtsuitbreiding van de Europese Unie. Hierin schuilt een groot gevaar voor het politieke en publieke draagvlak voor de EU in bredere zin, omdat het punt van de sluipende bevoegdheidsuitbreiding (in de Engelstalige literatuur bekend onder begrippen als *'creeping competences'* of *'integration by stealth'*)⁵² een zwakke plek in het functioneren van de EU vormt.⁵³ Deze zwakke plek is echter niet onopgemerkt gebleven. Het Verdrag van Lissabon, het huidige constitutionele kader voor de EU, is immers het (uiteindelijke) resultaat van de oproep van de Europese Raad van Laken in 2001 waarin een duidelijkere afbakening van bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten in het vooruitzicht werd gesteld. Daarbij werd expliciet de noodzaak benoemd dat een hertekende bevoegdheidsverdeling niet zou mogen leiden tot een sluipende bevoegdheidsuitbreiding van de Unie.

Dit streven is met het Verdrag van Lissabon aldus onderdeel geworden van het constitutionele 'weefsel' van de EU.⁵⁴ Dit heeft consequenties voor de verdere ontwikkeling van het Europees straf(proces)recht. Vooral rechterlijke harmonisatie door het Hof van Justitie is in dat verband problematisch, omdat daaraan immers noch een uitdrukkelijke wilsuiving van de lidstaten noch een politiek-democratisch besluitvormingsproces ten grondslag ligt. Nieuwe stappen van de EU in het algemeen en op dit gebied in het bijzonder vergen niet alleen een afweging van de beleidsinhoudelijke belangen die in het geding zijn, maar ook van de effecten op het evenwicht tussen de EU en de lidstaten. Dat hoeft niet per se een rem op de ontwikkelingen te betekenen. De gang van zaken rond de oprichting van het Europees Openbaar Ministerie (EOM) illustreert dit. Dit dossier heeft vanaf het begin sterk in het teken gestaan van de effecten op de nationale (strafrechtelijke) autonomie. Het voorstel van de Commissie leverde een aanzienlijk aantal negatieve subsidiariteitsbezwaren van nationale parlementen op.⁵⁵ Dat was echter niet het einde van het EOM. Een nieuw voorstel onder de procedure voor nauwere samenwerking werd uiteindelijk wel aangenomen.⁵⁶ Hoewel Nederland aanvankelijk ook kritisch was, en niet behoorde tot de landen die het EOM hebben opgericht, heeft de huidige regering besloten om er wel bij aan te sluiten.⁵⁷ Ook de rol van de *uitvoerende lidstaat* verandert als gevolg van de jurisprudentie van het Hof. Het ligt voor de hand om die verandering te kwalificeren als een versterking van de uitvoerende lidstaat. Immers, deze hoeft niet langer 'blind' te vertrouwen op de juistheid en de recht-

matigheid van uitgevaardigde EAB's, maar heeft effectieve middelen in handen gekregen om na te gaan of het wederzijds vertrouwen waarop het Kaderbesluit is gebaseerd in het concrete geval daadwerkelijk gerechtvaardigd is.

De toetsing van het EAB door de uitvoerende lidstaat is dus substantiëler van aard geworden.

Tegelijk is de uitvoerende lidstaat afhankelijker geworden van de autoriteiten in de uitvaardigende lidstaten. Informatie die noodzakelijk is om na te gaan of aan de eisen is voldaan, moet doorgaans door de uitvaardigende autoriteiten aangeleverd worden. Een uitzondering vormt de beantwoording van de vraag of er een algemeen risico bestaat op schending van fundamentele rechten vanwege slechte detentieomstandigheden in de zin van de *Aranyosi*-rechtspraak. Daarvoor wordt doorgaans informatie gebruikt die niet van de uitvaardigende lidstaat afkomstig is, zoals uitspraken van het EHRM en (vooral) rapportages van het Antifoltercomité (CPT) van de Raad van Europa. Als er daadwerkelijk sprake is van een reëel gevaar van een onmenselijke of vernederende behandeling, dan moeten de uitvoerende lidstaten 'concreet en nauwkeurig' nagaan of de betrokkenen dit gevaar in concreto zullen lopen. De afhankelijkheid van de uitvaardigende staat is daarmee niet alleen een informatieafhankelijkheid. De uitvoerende autoriteiten staan steeds nadrukkelijker voor de beoordeling van de kwesties die zich in de uitvaardigende lidstaten (en daarmee buiten hun eigen jurisdictie) afspelen of afgespeeld hebben. Dit geldt niet alleen voor de *Aranyosi*-vragen naar detentieomstandigheden. Ook de *Lanigan*-vraag of opgeëiste personen in hechtenis moeten blijven, moet – althans ten dele – worden beantwoord door te kijken naar de procedure in de uitvaardigende lidstaat. Dit effect hebben de andere uitspraken van het Hof evenzeer.

Daarmee is ook al veel gezegd over de veranderde positie van de uitvaardigende lidstaat. Het EAB is voor de uitvaardigende lidstaat niet langer meer eenzijdig een verlengstuk van nationale rechtshandhaving. Uitvaardigende autoriteiten hebben een informatieplicht en een verantwoordingsplicht tegenover de uitvoerende autoriteiten, die op straffe van weigering of beëindiging van de procedure geëffectueerd kan worden.

6. Conclusie

In het Europees Aanhoudingsbevel ligt een balans opgesloten tussen effectieve rechtshandhaving, geholpen door instrumenten van wederzijdse erkenning, enerzijds en bescherming van fundamentele rechten anderzijds. Te-

52 G. Majone, *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford: Oxford University Press 2006.

53 Vooral Weatherill heeft onderzoek gedaan naar dit onderwerp. Zie bijvoorbeeld: S. Weatherill, 'Competence Creep and Competence Control', *Yearbook of European Law* 2004/23, afl. 15 en 'Competence and Legitimacy', in: C. Barnard & O. Odudu (red.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 18-34.

54 T. van den Brink, 'De begrenzing van de Europese Unie als een gedeelde constitutionele opdracht', *SEW* 2014, afl. 6, p. 266-275.

55 Europese Commissie, Herziening van het voorstel voor een raadsverordening tot oprichting van een Europees openbaar ministerie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, COM(2013)851 def.

56 De tekst van de verordening is te vinden via: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9941_2017_REV_1&from=NL.

57 www.volkskrant.nl/buitenland/ommezwaai-nederland-doet-toch-mee-met-europees-om-a4521917.

gelijk omvat het Kaderbesluit een balans tussen de autoriteit van de EU en van de (uitvaardigende en uitvoerende) lidstaten. De vaststelling en uitwerking van de normen voor het functioneren van het EAB is daarmee een kwestie van koorddans op twee touwen tegelijk. Met de in dit artikel besproken jurisprudentie heeft het Hof van Justitie de voeten verplaatst op beide touwen. Het Hof kon zijn rol als koorddanser niet ontlopen, maar is het wel terecht dat het in deze rol is gemanoeuvreerd? De uitspraken van het Hof moeten in de eerste plaats begrepen worden als een reactie op het onvermogen van sommige lidstaten om zelfs de meest basale fundamentele rechten te kunnen beschermen. Zorgen om detentieomstandigheden die onder de grens van artikel 4 Hv liggen, zijn wijdverspreid. Griekenland, Hongarije, Roemenië, Bulgarije, Slowakije en Polen, maar ook Frankrijk, Italië, Portugal en België behoren tot de landen ten aanzien waarvan problemen zijn gerezen.⁵⁸ Het betreft dus een probleem dat niet alleen de betrokken individuen raakt, maar ook het systeem van het EAB (zoals het Hof ook opmerkt) en is daarmee schadelijk voor de lidstaten, maar ook voor de EU zelf. Met andere woorden: *Aranyosi* en *Căldăraru* waren niet nodig geweest als de lidstaten zich aan de minimumstandaarden hadden gehouden die het Handvest en het EVRM opleggen. Dat geldt ook voor de niet-absolute fundamentele rechten waarover het Hof uitspraken heeft gedaan. De eerste verantwoordelijkheid ligt dus bij deze lidstaten.

De tweede verantwoordelijke instantie is niet het Hof van Justitie, maar de EU-wetgever. De complexe, dubbele afweging die hier aan de orde is, vergt een open en democratisch gelegitimeerd besluitvormingsproces. Dit pleit voor herziening van het Kaderbesluit, en mogelijk voor een uitbreiding van de wetgeving op het gebied van de harmonisatie van procedurele rechten.⁵⁹ In het Europees Parlement zijn in dit verband de harmonisatie van detentieomstandigheden en de opname van de weigeringsgrond op basis van schending van fundamentele rechten aan de orde geweest. Dat laatste zou in ieder geval het

ongemak van het Hof kunnen wegnemen dat het Kaderbesluit een gesloten systeem van weigeringsgronden biedt, terwijl er toch ruimte moet kunnen zijn om niet mee te werken aan overleveringen als dat tot schendingen van fundamentele rechten zou leiden.

De EU-wetgever zou bovendien ontbrekende definities kunnen invullen, zodat die niet – langer – hoeven te worden gebaseerd op de rechtspraak van het Hof. Maar de EU-wetgever kan er dan ook voor kiezen om bij bepaalde begrippen en normen expliciet aansluiting te zoeken bij het nationale recht. Dat zou immers passen bij het uitgangspunt dat de bescherming van fundamentele rechten in het EU-strafrecht niet uitputtend hoeft te worden geharmoniseerd. Ruimte om – boven het gemeenschappelijke minimumniveau – een hoger niveau van bescherming te bieden of andere vormen te kiezen voor die bescherming, geeft de lidstaten de mogelijkheid om eigen accenten te leggen en rekening te houden met de eigenheid van hun strafrechtssystemen. Daarmee zou het beginsel van wederzijdse erkenning iets terugkrijgen van zijn oorspronkelijke karakter als beginsel dat bedoeld is om met verschillen tussen de lidstaten om te gaan, in plaats van die op te willen heffen.

Wederzijdse erkenning is niet alleen een rechterlijk *beginsel*, maar vooral ook een *mechanisme* waarvan de precieze inhoud de uitkomst is van wetgevingsprocessen. Een verschuiving van de rechtsvormende rol ten gunste van de EU-wetgever waarborgt dat niet alleen de bescherming van fundamentele rechten en effectieve rechtshandhaving wordt afgewogen, maar ook de effecten van EU-wetgeving op de verhouding tussen de EU en de lidstaten. Voor het huidige Brexit-proces, om weer terug te komen bij het begin van dit artikel, is dat ook een relevante constatering. De waarde van het EAB wordt in het Verenigd Koninkrijk immers niet bestreden, maar wel bestaan er fundamentele bezwaren tegen de rol van het Hof van Justitie en is de inzet van de Britse regering erop gericht die rol zo veel mogelijk te beperken wanneer de Brexit een feit is.⁶⁰

58 A. Willems, *Improving Detention Conditions in the EU - Aranyosi's Contribution*, paper gepresenteerd tijdens de EUSA Fifteenth Biennial Conference, 4-6 mei 2017, Miami, beschikbaar via: www.ejls.eu/22/232UK.htm, p. 3.

59 Zoals ook bepleit in het Europees Parlement in maart 2014, 'European added value of revising the European Arrest Warrant', beschikbaar via: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/510979/IPOL-JOIN_ET\(2013\)510979_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/510979/IPOL-JOIN_ET(2013)510979_EN.pdf).

60 Zie in het bijzonder het Rapport van de European Union Committee in het House of Lords, 'Brexit: judicial oversight of the European Arrest Warrant', 6th Report of Session 2017-19 van 27 juli 2017, beschikbaar via: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/lddeucom/16/16.pdf>.