



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen: convergentie en divergentie in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM**

Ouwerkerk, J.W.

### **Citation**

Ouwerkerk, J. W. (2021). Grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen: convergentie en divergentie in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM. *Sew: Tijdschrift Voor Europees En Economisch Recht*, 2021(12), 615-627. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3250250>

Version: Publisher's Version  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3250250>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen: convergentie en divergentie in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM

201

J. Ouwerkerk\*

*Onder welke omstandigheden mogen Europese aanhoudingsbevelen worden geweigerd en maakt het uit of deze vraag aan het HvJ EU of aan het EHRM wordt voorgelegd? Deze bijdrage brengt de toetsingskaders van beide hoven in kaart en concludeert dat het EHRM recent, door gebruik van de Bosphorus-doctrine in EAB-zaken, een nieuwe weg is ingeslagen die explicieter dan voorheen respect voor de autonomie van het Unierecht betoont.*

én onmogelijkheden om van overlevering af te zien op andere of ruimere gronden dan waarin expliciet wettelijk is voorzien. Met name het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) is in de afgelopen jaren door nationale rechters meermaals verzocht zich daaromtrent uit te laten. Op klachten van individuen zijn die grenzen echter ook bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) aan de orde gekomen. In hoeverre convergeren de toetsingskaders die beide rechterlijke colleges daartoe hebben ontwikkeld en hoe valt dit te beoordelen? Dat is de tweeledige vraag die in deze bijdrage centraal staat.

Daartoe vangt deze bijdrage aan met een beknopte beschrijving van de totstandkoming en de inhoud van het KB EAB (paragraaf 2). Vervolgens wordt in kaart gebracht welke aanvullende grenzen EU-lidstaten thans blijkens HvJ EU-rechtspraak mogen en moeten stellen aan de verplichting tot overlevering die uit het KB EAB voortvloeit en op basis van welke argumenten (paragraaf 3). De bevindingen worden vervolgens vergeleken met de grenzen die in EHRM-rechtspraak worden gesteld. Na een overzicht van het recent gewijzigde EHRM-kader voor grondrechtentoetsing in EAB-zaken (paragraaf 4) zal worden gereflecteerd op de samenhang en interactie tussen die rechtspraak met de rechtspraak van het HvJ EU (paragraaf 5). Deze bijdrage zal worden afgesloten met een conclusie (paragraaf 6).

## I. Inleiding

Sinds de inwerkingtreding van het mechanisme van het Europees aanhoudingsbevel staat continu ter discussie wat nu precies de grenzen zijn van de verplichting tot wederzijdse erkenning die aan dit mechanisme ten grondslag ligt. Uitgaande van een hoog niveau van onderling vertrouwen tussen de EU-lidstaten schrijft het toepasselijke Kaderbesluit 2002/584 (hierna: KB EAB) immers voor dat lidstaten gehouden zijn om de middels een Europees aanhoudingsbevel opgeëiste persoon over te leveren aan de lidstaat die het Europees aanhoudingsbevel (hierna ook: EAB) uitvaardigde.<sup>1</sup> Van die regel kan naar het heet enkel worden afgeweken wanneer zich een omstandigheid voordoet die op grond van het KB EAB een dwingende of optionele reden voor weigering geeft of wanneer een ingevolge het KB EAB toegelaten garantie niet wordt afgegeven door de uitvaardigende lidstaat. Hoe duidelijk dit ook mag klinken, in de praktijk van de overlevering hebben zich niettemin met terugkerende regelmaat vragen voorgedaan over de precieze toepassing van deze weigeringsgronden alsook over mogelijkheden

## 2. ‘Overlevering, tenzij’. De regeling van het Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel

De vaststelling van Kaderbesluit 2002/584 betreffende het Europees aanhoudingsbevel markeerde het begin van een nieuw tijdperk voor de justitiële samenwerking in

\* Jannemieke Ouwerkerk is hoogleraar Europees strafrecht aan de Universiteit Leiden.

<sup>1</sup> Kaderbesluit 2002/584/JBZ van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (PbEG 2002, L 190/1).

strafzaken tussen lidstaten van de Europese Unie.<sup>2</sup> Het KB EAB vormde het eerste EU-instrument in een reeks waarin is voorgeschreven dat de autoriteiten van EU-lidstaten elkaar in strafzaken hulp en bijstand verlenen op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning.<sup>3</sup> Door middel van het KB EAB werd het tot dan toe geldende regime van uitlevering (dat in relaties tot derde staten nog altijd geldt) in de relaties tussen EU-lidstaten vervangen door een regime van zogeheten overlevering. Uitgangspunt van dit regime is – ingevolge het beginsel van wederzijdse erkenning – dat een verzoek tot overlevering, mits door een EU-lidstaat uitgevaardigd in de vorm van een Europees aanhoudingsbevel,<sup>4</sup> binnen een voorgeschreven, relatief korte termijn van maximaal zestig dagen<sup>5</sup> wordt ingewilligd door de EU-lidstaat aan wie het EAB is gericht of op wiens grondgebied de opgeëiste persoon wordt aangetroffen.

In vergelijking tot de kaders voor uitlevering, voorziet het overleveringskader in een bescheidener aantal gevallen waarin de aangezochte staat (in EU-terminologie aangeduid als ‘tenuitvoerleggingsstaat’ of ‘uitvoerende staat’) niet aan het bevel tot overlevering mag of hoeft te voldoen. Zo kan ook de snelheid van de overleveringsprocedure worden gewaarborgd, want hoe minder gronden tot weigering beschikbaar zijn, hoe minder er in de uitvoerende lidstaat kan en mag worden getoetst. Meest kenmerkend zijn in dit verband de vergaande afschaffing van het vereiste van dubbele strafbaarheid<sup>6</sup> en de afschaffing van de politieke exceptie.

Verscheidene andere – uit het uitleveringsrecht bekende – weigeringsgronden zijn behouden gebleven (artikelen 3, 4 en 4bis KB EAB). Tot de dwingende weigeringsgronden behoort bijvoorbeeld de omstandigheid dat de opgeëiste persoon nog niet de leeftijd heeft bereikt waarop hij naar het recht van de aangezochte, uitvoerende lidstaat strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gehouden voor enig strafbaar feit of dat de opgeëiste persoon reeds eerder veroordeeld is voor het feit waarvoor overlevering wordt verzocht en de eventueel opgelegde sanctie reeds heeft ondergaan. Een voorbeeld van een optionele weigeringsgrond is het gegeven dat ter zake het feit dat aan het EAB ten grondslag ligt reeds een strafvervolging loopt in de uitvoerende lidstaat zelf of dat de uitvoerende lidstaat zelf eveneens rechtsmacht heeft over dit feit, maar het recht op strafvervolging ervan naar nationaal recht is verjaard. Daarnaast staat het KB EAB in sommige geval-

len toe dat overlevering afhankelijk wordt gemaakt van een garantie van de uitvaardigende staat (artikel 5 KB EAB), bijvoorbeeld dat een verdachte die een eigen onderdaan is na een eventuele veroordeling tot een gevangenisstraf zal mogen terugkeren om de straf in het thuisland te ondergaan.

Een algemene mensenrechtenexceptie/grondrechtenexceptie ontbreekt in het KB EAB.<sup>7</sup> Het heeft vanaf de aanvang vragen doen rijzen over de precieze verhouding tussen de vergaande verplichting tot overlevering en de verplichting voor lidstaten om zowel nationale als Europese grondrechten te waarborgen. Onder welke omstandigheden mogen en moeten lidstaten vanwege een (dreigende) grondrechtenschending afzien van overlevering? De navolgende paragraaf geeft om te beginnen een overzicht van het EU-kader op dit punt.

### 3. Grondrechtelijke grenzen aan de plicht tot overlevering: het EU-kader

Zoals uit het voorgaande blijkt, staat het KB EAB zelf toe dat in bepaalde gevallen wordt afgezien van de plicht tot overlevering. Zo voorziet het KB EAB immers in enkele expliciete wettelijke gronden tot weigering en mogelijkheden voor garanties. Daarnaast geldt een aantal formele voorwaarden (bijvoorbeeld betreffende de ernst van het strafbare feit dat aan een EAB ten grondslag kan worden gelegd, artikel 2 lid 1 KB EAB) waaraan moet zijn voldaan wil overlevering toelaatbaar zijn. Daarmee moge duidelijk zijn welke *wettelijke* grenzen het KB EAB zelf stelt aan de plicht tot overlevering, de overleveringspraktijk heeft laten zien dat meermaals vragen zijn gerezen over weigering op *andere gronden* dan die welke wettelijk zijn vastgelegd alsmede over het stellen van *andere voorwaarden* aan overlevering dan waartoe het KB EAB ruimte laat. Het betreft dan veelal gronden en voorwaarden in de sfeer van de mensenrechten of grondrechten. In de navolgende paragrafen zal ik in navolging van de in het Handvest gebruikte terminologie steeds de term ‘grondrechten’ gebruiken. Ik beschouw die in het kader van deze bijdrage als inwisselbaar met de term ‘mensenrechten’.

2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (*PbEG* 2002, L 190/1).

3 Dat de justitiële samenwerking in strafzaken tussen EU-lidstaten moest worden genormeerd door het beginsel van wederzijdse erkenning, werd besloten tijdens een zogeheten top van de Europese Raad in 1999, zie de conclusies van het voorzitterschap van 15 en 16 oktober 1999 (Tampere Conclusies), par. 33. Voorbeelden van andere kaderbesluiten en richtlijnen die het beginsel van wederzijdse erkenning toepassen op specifieke strafrechtelijke beslissingen zijn onder andere Kaderbesluit 2008/909/JBZ van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd (*PbEU* 2008, L 327/27) en Richtlijn 2014/41/EU van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken (*PbEU* 2014, L 130/1).

4 Middels een standaardformulier, zie Kaderbesluit 2002/584/JBZ van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (*PbEG* 2002, L 190/13-18).

5 Artikel 17 KB EAB. De termijn van zestig dagen begint te lopen na de aanhouding van de opgeëiste persoon (lid 3). Blijkt die dan in te stemmen met overlevering naar de uitvaardigende lidstaat, dan dient de beslissing over overlevering binnen tien dagen na instemming te worden genomen (lid 2). De geldende termijnen kunnen ingevolge het vierde lid met dertig dagen worden verlengd als ze niet haalbaar blijken.

6 Dubbele strafbaarheid mag door de uitvoerende lidstaat enkel worden vereist en getoetst als sprake is van een feit dat valt buiten de maar liefst 32 categorieën van strafbare feiten (lijstfeiten), genoemd in artikel 2 lid 2 KB EAB.

7 Overigens koos Nederland er bij de implementatie van het KB EAB voor om wel een algemene mensenrechtenexceptie op te nemen, zie artikel 11 Overleveringswet.

### 3.1. *Geen wettelijke grondrechtenexceptie in het Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel*

Zoals al aangegeven, ontbreekt in het KB EAB een expliciete grondrechtenexceptie. Dat de bescherming van grondrechten er in overleveringssituaties wel toe doet, blijkt op zichzelf uit de inhoud van overwegingen 12 en 13 van de preambule en artikel 1 lid 3 KB EAB. Uit die inhoud volgt dat toepassing van de regeling van het kaderbesluit niet mag leiden tot een aantasting van de verplichting van lidstaten tot eerbiediging van de in het Unierecht erkende grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen. De verwijzing in beide bepalingen naar artikel 6 (oud) VEU<sup>8</sup> maakte daarbij duidelijk dat de verplichtingen voortvloeiende uit het EVRM en zoals uitgelegd door het EHRM de absolute ondergrens vormen van de vereiste bescherming die in procedures van overdracht geboden moet worden. Het is waar dat de overleveringsprocedure, net zomin als de uitleveringsprocedure, geen strafprocedure vormt, met als gevolg dat artikel 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces) er niet op van toepassing is.<sup>9</sup> Uitgangspunt is voorts dat staten enkel verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor schendingen van het EVRM die door die staat zelf zijn begaan, en dus niet voor schendingen elders en door een andere staat begaan.<sup>10</sup> Niettemin bepaalde het EHRM reeds in 1989 in *Soering/Verenigd Koninkrijk* (dus ver voor de vaststelling van het KB EAB in 2002) dat dit in een situatie van uitlevering of overlevering anders kan liggen. Uit de algemene verplichting ex artikel 1 EVRM om ‘een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht’ de rechten en vrijheden vervat in het EVRM te verzekeren, leidt het EHRM af dat een (dreigende) schending van grondrechten in het land dat om de overdracht van een verdachte of veroordeelde vraagt, onder omstandigheden de plicht oplevert om medewerking aan die overdracht te weigeren. Wordt in een dergelijk geval de overdracht toch toegestaan, dan is ook de uitleverende/overleverende staat aansprakelijk voor de schending die reeds was gepleegd of die plaatsvindt na de feitelijke overbrenging van de opgeëiste persoon.<sup>11</sup> Verderop in deze bijdrage zal worden uiteengezet welk toetsingskader het EHRM heden ten dage hanteert voor overleveringsprocedures.

Wat het ontbreken van een wettelijke grondrechtenexceptie nu precies betekende voor de autoriteiten van EU-lidstaten wanneer in concrete gevallen twijfels ontstonden over de waarborging van grondrechten in de uitvaardigende lidstaat, bleef ondanks de bekende Straatsburgse ondergrens lange tijd onduidelijk, mede vanwege de dwingende boodschap die uitging van de verheffing van het

beginsel van wederzijdse erkenning tot ‘hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Unie’.<sup>12</sup> Inmiddels heeft het HvJ EU daaromtrent duidelijkheid gegeven.

### 3.2. *Omtrekken van een beperkte Unierechtelijke grondrechtenexceptie*

Langs de weg van prejudiciële verwijzingen is het HvJ EU in de afgelopen jaren met terugkerende regelmaat gevraagd zich uit te laten over de precieze grenzen aan de plicht tot overlevering in gevallen waarin zorgen bestaan over de waarborging van nationale en/of Europese grondrechten. Het moest tot 2016 duren voor het HvJ EU expliciet accepteerde dat in aanvulling op de in het KB EAB voorziene uitzonderingen een (dreigende) grondrechtenschending tot uitstel of afstel van overlevering mocht leiden. De bevestiging ervan in daaropvolgende rechtspraak, hebben de omtrekken zichtbaar gemaakt van een expliciete *case law-based* grondrechtenexceptie. Direct moet worden benadrukt dat deze exceptie geenszins als algemene grondrechtenexceptie kan worden gekwalificeerd. Tot op heden is die immers enkel aanvaard in het verband van het verbod op onmenselijke of vernerende behandeling of bestraffing en met betrekking tot het recht op een onpartijdig gerecht – en steeds met de kanttekening dat die enkel in uitzonderlijke gevallen kan worden toegepast. Ter onderstreping daarvan herhaalt het HvJ EU keer op keer dat de regeling van het EAB bedoeld was om het uitleveringsregime te vervangen door een op het beginsel van wederzijdse erkenning gebaseerd regime, dat wil zeggen een ‘vereenvoudigde en efficiëntere regeling’ om de overlevering van verdachten en veroordeelden ‘te vergemakkelijken en te bespoedigen’.<sup>13</sup> Ingevolge artikel 1 lid 2 KB EAB zijn lidstaten dan ook gehouden ‘elk Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen’.<sup>14</sup> Weliswaar voorziet het KB EAB zelf in ruimte om van dit uitgangspunt af te wijken (in de vorm van weigeringsgronden en te stellen van garanties), het HvJ EU blijft tot op heden ferm onderstrepen dat gehoor geven aan een verzoek tot overlevering absoluut de regel blijft, en weigering de uitzondering – en dan ook nog een uitzondering die in de woorden van het HvJ EU ‘strikt moet worden uitgelegd’.<sup>15</sup> Bezien in samenhang met rechtspraak van het HvJ EU waarin ruimte voor weigering niet werd toegestaan, moet bovendien worden geconcludeerd dat aanvullende grondrechtelijke uitzonderingen enkel worden aanvaard voor zover zij *Unierechtelijk* te rechtvaardigen zijn.

8 Het huidige artikel 6 VEU, gewijzigd bij inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, behelst hetzelfde, zij het dat daarin tevens de sindsdien bindende kracht van het EU-Grondrechtenhandvest (hierna: Handvest) als primair Unierecht is erkend (artikel 6 lid 1 VEU).

9 Zie bijv. EHRM 7 oktober 2008, ECLI:CE:ECHR:20081007DEC00413805, NJ 2009/523, m.nt. A.H. Klip (*Modenero Angora/Spanje*) en EHRM 24 maart 2015, ECLI:CE:ECHR:20150324DEC001356613, par. 32 (*Martuzevičius/Verenigd Koninkrijk*).

10 EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:19890707JUD001403888, par. 86, NJ 1990/158, m.nt. E.A. Alkema (*Soering/Verenigd Koninkrijk*).

11 EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:19890707JUD001403888, par. 91, NJ 1990/158, m.nt. E.A. Alkema (*Soering/Verenigd Koninkrijk*).

12 Europese Raad, conclusies van het voorzitterschap van 15 en 16 oktober 1999 (*Tampere Conclusions*), par. 33.

13 HvJ EU 25 oktober 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 39-40 (*LM*) inclusief de daarin gegeven verwijzingen naar (soort)gelijke overwegingen in eerdere uitspraken.

14 Vgl. tevens HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, par. 36 (*L en P*).

15 Zoals bijvoorbeeld duidelijk gesteld in HvJ EU 25 oktober 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 41 (*LM*).

### 3.2.1. Beperkte ruimte voor aanvullende grondrechtenbescherming op grond van nationaal recht

Dit betekent ten eerste dat een hoger niveau van *nationaalrechtelijke* grondrechtenbescherming de plicht tot overlevering *niet* inperkt. De lidstaten beschikken weliswaar over enige speelruimte om in een overleveringsprocedure en in het kader van vervolgbeslissingen nationale grondrechten te effectueren waaromtrent het Unierecht en het KB EAB niets regelen, maar die speelruimte bestaat volgens het HvJ EU enkel voor zover die de beslissing tot overlevering niet in negatieve zin beïnvloedt. In de zaak *Melloni* wilden de uitvoerende Spaanse autoriteiten van de uitvaardigende Italiaanse autoriteiten de garantie dat de bij verstek gewezen veroordeling van Melloni na overlevering zou worden herzien, dit conform de nationale uitleg van het grondwettelijke recht op een eerlijk proces. Daarmee zou echter wel een hoger niveau van bescherming worden geboden dan ingevolge volledig geharmoniseerd Unierecht (artikel 4bis KB EAB) is vereist. Nu in dit geval dat hogere niveau van grondrechtenbescherming ertoe zou leiden dat de overlevering van Melloni geen doorgang zou vinden – Italië kon de gevraagde garantie niet geven – zou handhaving ervan volgens het HvJ EU ‘de voorrang, eenheid en werking van het recht van de Unie’ in gevaar brengen.<sup>16</sup> Van een dergelijk gevaar was geen sprake in de zaak *Jeremy F.* waarin de Franse autoriteiten een rechtsmiddel wilden bieden waar ingevolge Unierecht geen rechtsmiddel geboden hoeft te worden. *Jeremy F.* was reeds door Frankrijk overgeleverd aan het Verenigd Koninkrijk in verband met een verdenking wegens kinderontvoering. Na zijn overlevering ontstond de verdenking dat er meer aan de hand was en wensten de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk *Jeremy F.* te vervolgen voor ontucht met een minderjarige, een strafbaar feit met een fors hoger strafmaximum. Deze wijziging behoeft echter ingevolge het KB EAB de goedkeuring van de Franse autoriteiten.<sup>17</sup> Die goedkeuring werd verleend, maar *Jeremy F.* ging ertegen in beroep. Ontvangst in dat beroep zou een opschortende werking hebben. En alhoewel in het toepasselijke Unierecht niet in een dergelijk opschortend beroepsrecht is voorzien, stond het HvJ EU de Franse autoriteiten in dit geval toe een hoger beschermingsniveau te hanteren. Het betreft een onderwerp dat (in tegenstelling tot het onderwerp van de zaak *Melloni*) niet volledig is geharmoniseerd. Bovendien is de beslissing tot overlevering al

genomen. De feitelijke overlevering heeft zelfs al plaatsgevonden en zal niet worden teruggedraaid, wat ook de uitkomst van de beroepsprocedure zou zijn. Hieruit kan de regel worden afgeleid dat lidstaten op grond van nationale grondrechten aanvullende weigeringsgronden en voorwaarden mogen toepassen, maar enkel voor zover die niet strijdig zijn met het Unierecht en niet in negatieve zin van invloed zijn op de beslissing tot overlevering.<sup>18</sup>

### 3.2.2. De ontwikkeling van een beperkte Unierechtelijke grondrechtenexceptie: de tweestapstoets van het HvJ EU

Dat het HvJ EU aanvullende grondrechtelijke uitzonderingen enkel aanvaardt voor zover zij *Unierechtelijk* te rechtvaardigen zijn, betekent ten tweede – en in het licht van het voorgaande *mutatis mutandis* – dat de plicht tot overlevering slechts aanvullend kan worden ingeperkt uit hoofde van *Unierechtelijke* grondrechten en enkel voor zover het door het HvJ EU ontwikkelde toetsingskader dat toelaat. Het uitgangspunt van het in 2002 vastgestelde overleveringsregime, inclusief de strikte uitlegging van uitzonderingen op de plicht tot overlevering, staan daarmee nog altijd fier overeind. Een (dreigende) schending van grondrechten in de uitvaardigende lidstaat levert in beginsel nog altijd geen grond tot weigering op. Het is immers in de eerste plaats de uitvaardigende lidstaat zelf die verantwoordelijk is voor de waarborging van de grondrechten van de opgeëiste persoon na diens overbrenging; en het vertrouwensbeginsel vereist dat de uitvoerende lidstaat ervan uitgaat dat de uitvaardigende lidstaat die verantwoordelijkheid neemt.<sup>19</sup> Anders gezegd: er mag en moet op worden vertrouwd dat de opgeëiste persoon zijn rechten na zijn overbrenging kan uitoefenen in de uitvaardigende lidstaat.

In dat licht verbaast het niet dat de grondrechtenexceptie die het HvJ EU in zijn rechtspraak sinds 2016 (voor het eerst in de uitspraak in *Aranyosi en Căldăraru*<sup>20</sup>) heeft ontvouwd enkel toepasselijk is in uitzonderlijke gevallen van (dreigende) grondrechtenschendingen.<sup>21</sup> Daarnaast is deze grondrechtenexceptie tot op heden enkel erkend in het kader van het verbod van onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (artikel 4 Handvest)<sup>22</sup> en in het kader van het recht op een onafhankelijk gerecht (wat verband houdt met het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 47 Handvest).<sup>23</sup> De beperkte toepassing tot uitzonderlijke gevallen wordt door het HvJ EU

- 16 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, par. 60 (*Melloni*). Zie tevens HvJ EU 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 192 (*Advies 2/13*).
- 17 Een dergelijke wijziging doorbreekt namelijk het zgn. specialiteitsbeginsel en daarvoor is op grond van artikel 27 KB EAB toestemming vereist van de uitvoerende autoriteiten, die immers enkel toestemming verleenden voor overlevering in verband met de op het EAB vermelde feiten en niet voor andere feiten vóór overlevering begaan.
- 18 Dezelfde logica is terug te zien in de uitlegging van autonome begrippen van Unierecht zoals vervat in het KB EAB, zie bijvoorbeeld de uitlegging van het begrip ‘detentie’ (HvJ EU 28 juli 2016, C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610 (*JZ*)) en van het begrip ‘proces dat tot de beslissing heeft geleid’ (zie bijv. HvJ EU 22 december 2017, C-571/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:1026 (*Ardic*)).
- 19 HvJ EU 23 januari 2018, C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27, par. 50 (*Dawid Piotrowski*). Zie tevens HvJ EU 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 191 (*Advies 2/13*).
- 20 HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198 (*Aranyosi en Căldăraru*). Zie tevens HvJ EU 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 191 (*Advies 2/13*).
- 21 Vgl. HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198, par. 82 (*Aranyosi en Căldăraru*).
- 22 Idem.
- 23 HvJ EU 25 oktober 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*LM*); HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*).

gewaarborgd door van uitvoerende lidstaten een dubbele toetsing te verlangen die bovendien vergt dat de uitvaardigende autoriteiten in de gelegenheid worden gesteld de gerezen twijfels over de toelaatbaarheid van overlevering weg te nemen. In zijn uitspraak in *L en P* spreekt het HvJ EU van ‘een onderzoek in twee fasen’ (de zogeheten tweetrapstoets).<sup>24</sup>

#### Fase 1

In de eerste fase ligt de vraag voor of op basis van ‘objectieve, betrouwbare, nauwkeurige, en naar behoren bijgewerkte gegevens’ moet worden vastgesteld dat er een ‘reëel gevaar’ op schending bestaat wegens ‘structurele of fundamentele gebreken’ met betrekking tot ofwel de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat ofwel de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht aldaar.<sup>25</sup> Gegevens die aan de vereiste kwalificaties voldoen, kunnen met name worden ontleend aan ter zake relevante arresten van het EHRM (bijvoorbeeld meerdere recente arresten waarin volgens het EHRM de uitvaardigende lidstaat in kwestie verantwoordelijk werd gehouden voor schendingen van het aan de orde zijnde grondrecht), rechtspraak van de uitvaardigende lidstaat en documentatie van organen van de Raad van Europa (zoals de European Committee for the Prevention of Torture (CPT)) of de Verenigde Naties.<sup>26</sup>

#### Fase 2

Wordt een reëel gevaar op schending vastgesteld, dan volgt de tweede fase van het onderzoek waarin de uitvoerende lidstaat ‘concreet en nauwkeurig’ moet beoordelen of er ‘zwaarwegende en op feiten berustende gronden’ zijn om aan te nemen dat de opgeëiste persoon zelf een reëel risico loopt op verwezenlijking van de schending jegens hem.<sup>27</sup> De bewoordingen van het HvJ EU in *Aranyosi en Căldăraru* enerzijds en *LM en L en P* anderzijds wekken de suggestie dat in gevallen waarin artikel 47 Handvest in het geding is, het initiatief voor het aanvoeren van bewijzen in deze fase voor een belangrijk deel bij de opgeëiste persoon ligt. In *LM* spreekt het HvJ EU immers over een oordeel ‘in het licht van de specifieke zorgen die de betrokkene tot uitdrukking heeft gebracht en de eventueel door hem verstrekte inlichtingen’.<sup>28</sup> Staat daarentegen artikel 4 Handvest op het spel, dan lijkt de bal in overwegende mate bij de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat te worden gelegd. In *Aranyosi en Căldăraru* memoreert het HvJ EU immers niet enkel de positieve verplichting die volgens het EHRM besloten ligt in artikel 3 EVRM, maar spreekt het ook over een plicht om na

te gaan of sprake is van een reëel gevaar dat de opgeëiste persoon in kwestie aan een onmenselijke of vernederende behandeling zal worden onderworpen.<sup>29</sup> Mogelijk verklaart het absolute karakter van artikel 4 Handvest het verschil in dezen.

Welke gegevens kunnen in het kader van de tweede fase van belang zijn? Staan de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat ter discussie, dan kan bijvoorbeeld relevant zijn om te weten in welke detentiefaciliteit de opgeëiste persoon na zijn overlevering terecht zal komen, of welke bejegening een verdachte of veroordeelde te wachten staat in verband met de feiten waarvan hij wordt verdacht of waarvoor hij is veroordeeld. Is het de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de uitvaardigende lidstaat die vragen oproept over de toelaatbaarheid van overlevering, dan kan eveneens relevant zijn welk strafbaar feit precies aan het EAB ten grondslag ligt, maar ook van welke persoonlijke omstandigheden en context sprake is (zijn over de zaak bijvoorbeeld uitlatingen gedaan door overheidsinstanties die een verwezenlijking van het gevaar indiceren?<sup>30</sup>) en welke rechter de strafzaak gaat beoordelen of de zaak opnieuw gaat behandelen (als daar bij een verstekveroordeling recht op bestaat).<sup>31</sup> In de zaken *LM* en *L en P* ging het om de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Polen (de uitvaardigende lidstaat in alle drie de zaken). De politieke beladenheid van de situatie aldaar maakt in het kader van de tweede fase dan ook mede relevant of de strafvervolgving of strafrechtelijke veroordeling die aan een EAB ten grondslag ligt, voortkomt uit de politieke functies of voorkeuren van de opgeëiste persoon in kwestie. Om het onderzoek in de tweede fase naar behoren te verrichten, verlangt het HvJ EU onder verwijzing naar artikel 15 lid 2 KB EAB dat de uitvoerende autoriteit nadere informatie opvraagt bij de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat, al is het maar om op de hoogte te geraken van recente wijzingen; het HvJ EU spreekt in *LM* van een dialoog tussen de uitvoerende en de uitvaardigende autoriteit.<sup>32</sup>

Het is met name de tweede fase van toetsing die de lat voor weigering van een EAB zeer hoog legt, zeker als het gaat om (dreigende) schendingen van het recht op een onafhankelijk gerecht. De dialoog die de uitvoerende autoriteiten in deze fase dienen aan te gaan, verlangt dat zij collega’s in de uitvaardigende lidstaat bevragen op hun (mate van) onafhankelijkheid, zowel in afgeronde zaken (in het geval van executie-EAB’s) als in lopende strafzaken (in het geval van vervolgings-EAB’s). Aan de aard van de kwestie is dan inherent dat antwoorden daarop, zo die al worden verstrekt, niet vanzelfsprekend

24 HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, par. 53 (*L en P*).

25 HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198, par. 89 (*Aranyosi en Căldăraru*); HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, par. 54 (*L en P*).

26 HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198, par. 89 (*Aranyosi en Căldăraru*).

27 HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198, par. 92 (*Aranyosi en Căldăraru*); HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, par. 55 (*L en P*).

28 HvJ EU 25 oktober 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 75 (*LM*).

29 HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198, par. 90 en 94 (*Aranyosi en Căldăraru*).

30 HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, par. 69 (*L en P*).

31 Vgl. HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, par. 66-68 (*L en P*).

32 HvJ EU 25 oktober 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 76-77 (*LM*). Zie voorts HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198, par. 95-96 (*Aranyosi en Căldăraru*) en HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, par. 55 (*L en P*).

geloofwaardig worden geacht. De vraag is voorts hoe een opgeëist persoon eigenlijk aan bewijzen kan komen om, bijvoorbeeld, te bewijzen dat hijzelf een concreet gevaar loopt om in de uitvaardigende lidstaat door een partijdig gerecht te worden berecht. Toch heeft het HvJ EU in *L en P* aan het vereiste van de tweede stap vastgehouden. Loslaten van dat vereiste zou volgens het HvJ EU onder meer betekenen dat de grondrechtenexceptie ook in niet-uitzonderlijke gevallen zou kunnen worden toegepast en een onaanvaardbaar risico op straffeloosheid met zich brengen.<sup>33</sup> Daarnaast zou het loslaten van de tweede stap er volgens het HvJ EU toe leiden dat geen enkele rechterlijke instantie in de uitvaardigende lidstaat (in casu Polen) nog als rechterlijke instantie zou kunnen worden aangemerkt, met alle gevolgen van dien voor de toepassing van allerlei andere bepalingen van Unierecht, waaronder de mogelijkheid zelf prejudiciële vragen te stellen.<sup>34</sup> Het HvJ EU wenst voorts het politieke proces te respecteren; het laten vallen van de tweede stap zou in feite een opschorting van het EAB-mechanisme behelzen in de relatie tot Polen en daarmee zou worden voorbijgegaan aan de destijds gemaakte keuze om slechts tot opschorting over te gaan wanneer een besluit in de zin van artikel 7 VEU is genomen.<sup>35</sup>

#### 4. De Bosphorus-presumptie en de toekomst van de Straatsburgse tweetrapstoets: het EVRM-kader in interactie met het Unierecht

Ook het EHRM heeft zich inmiddels enkele malen uitgelaten over de verenigbaarheid van individuele beslissingen inzake overlevering met de rechten die voortvloeien uit het EVRM. Om voor de hand liggende redenen rijst de vraag naar schending meestentijds naar aanleiding van een beslissing in een EU-lidstaat om overlevering naar een andere EU-lidstaat toe te staan, maar eenmaal is aan het EHRM ook de vraag voorgelegd of de beslissing tot weigering in het voorliggende geval rechten van individuen schond.<sup>36</sup> Het is goed alvast op te merken dat vraagstukken over de verhouding tussen nationaalrechtelijke grondrechtenbescherming en de plicht tot overlevering – de zogenoemde *Melloni*-kwestie – niet terugkeert in de rechtspraak van het EHRM.

In het navolgende zal worden beschreven aan de hand van welk kader het EHRM de tenuitvoerlegging van EAB's toetst aan het EVRM. Daaruit zal blijken dat het EHRM recent gekomen lijkt te zijn tot een EAB-specifiek toet-

singskader. Waar voorheen de rechtspraak van het EHRM inzake uitlevering in strafzaken en uitzetting in asielzaken geacht werd onverkort tevens van toepassing te zijn op overlevering, hanteert het EHRM namelijk sinds kort de al langer bestaande *Bosphorus*-doctrine ook in de sfeer van de EU-samenwerking in strafzaken. Dit lijkt gevolgen te hebben voor de tweetrapstoets die tot op heden geacht werd ook in Straatsburg te gelden alsmede voor de mate van intensiteit van de grondrechtentoetsing. Harde conclusies kunnen nog niet worden getrokken; de rechtspraak van het EHRM lijkt op dit punt nog in ontwikkeling. In het navolgende wordt gepoogd het huidige Straatsburgse toetsingskader zo goed mogelijk in kaart te brengen, eerst door uiteen te zetten wat de *Bosphorus*-doctrine behelst en hoe het tot op heden is toegepast in EAB-zaken om vervolgens de implicaties ervan voor de separate grondrechtentoetsing te onderzoeken.

##### 4.1. Het Bosphorus-vermoeden van gelijkwaardige bescherming

Buiten het verband van het EAB om heeft het EHRM zich natuurlijk al vaker uitgelaten over de relatie tussen het EVRM en het Unierecht en de gevolgen daarvan voor zijn eigen beoordeling van de verenigbaarheid van handelingen van EU-lidstaten ter uitvoering van dat Unierecht met de verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM. Het EHRM ontwikkelde in dat kader de zogenoemde *Bosphorus*-doctrine. Ingevolge deze doctrine hanteert het EHRM het uitgangspunt dat lidstaten bij de uitvoering van Unierecht de verplichtingen op grond van het EVRM niet schenden, *tenzij* sprake is van een manifeste tekortkoming in de nakoming van die verplichtingen.<sup>37</sup> Nadat het EHRM de *Bosphorus*-doctrine in *Avotiņš/Letland*<sup>38</sup> tevens relevant achtte in de context van de civielrechtelijke EU-samenwerking op grond van de Brussel I-Verordening, volgde in *Pirozzi/België* het gebruik ervan voor het eerst in de context van het EAB, een lijn die recent in *Bivolaru en Moldovan/Frankrijk* is voortgezet.<sup>39</sup> Het betreft een significante wending omdat die – zo zal verderop worden uitgelegd – gevolgen lijkt te hebben voor de grondrechtentoetsing die het EHRM ten opzichte van autoriteiten vereist bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen. In de EAB-context betekent toepassing van het *Bosphorus*-vermoeden dat handelingen ter uitvoering van de regeling van het EAB als zodanig vermoed worden EVRM-conform te zijn, tenzij in een individueel geval de rechtsbescherming kennelijk tekortschiet, als gevolg waarvan het vertrouwen van EVRM-conform handelen wordt weerlegd.

33 HvJ EU 25 oktober 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 43, 62-64 (LM).

34 HvJ EU 25 oktober 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 44 (LM).

35 HvJ EU 25 oktober 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, par. 57-59 (LM).

36 EHRM 9 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117 (*Romeo Castaño/België*).

37 EHRM 30 juni 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698 (*Bosphorus/Ierland*). Zie voor nadere duiding van deze en latere rechtspraak bijv. de annotatie van R.A. Lawson, 'Nationale rechter ontsnapt aan Luxemburgs/Straatsburgse sandwich', *NJCM-Bulletin* 2005, afl. 7, p. 969 alsook L. Glas & J. Krommendijk, 'From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent developments in the relationship between the Luxembourg and Strasbourg court', *Human Rights Law Review* (17) 2017, afl. 3, p. 567-587.

38 EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207, par. 101 e.v. (*Avotiņš/Letland*).

39 EHRM 17 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, par. 62 (*Pirozzi/België*); EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 96 e.v. (*Bivolaru en Moldovan/Frankrijk*).

Om te kunnen spreken van een vermoeden van aan het EVRM gelijkwaardige bescherming bij de uitvoering van Unierecht moet aan twee voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste moet zijn vastgesteld dat de lidstaat wiens handelen ter discussie staat op grond van het toepasselijke Unierecht geen discretionaire bevoegdheid of beoordelingsmarge heeft en ten tweede moet die lidstaat het in het Unierecht beschikbare systeem van grondrechtenbescherming volledig hebben benut.<sup>40</sup> De eerdergenoemde *Pirozzi*-uitspraak uit 2018 en de uitspraak in *Bivolaru en Moldovan* uit maart 2021 laten zien hoe het EHRM deze voorwaarden toetst in het kader van het handelen van lidstaten bij de uitvoering van EAB waarin de verenigbaarheid met de artikelen 3 en 6 EVRM ter discussie staat. In zowel *Pirozzi* als *Bivolaru en Moldovan* draait het steeds om de tenuitvoerlegging van een EAB dat werd uitgevaardigd ter fine van de tenuitvoerlegging van een eerder opgelegde gevangenisstraf. *Pirozzi* beriep zich onder meer op schending van artikel 6 EVRM (de Belgische autoriteiten hadden de rechtmatigheid en juistheid van het door Italië uitgevaardigde EAB moeten onderzoeken). *Bivolaru en Moldovan* beriepen zich beiden op schending van artikel 3 EVRM nu sprake zou zijn van een reëel risico dat hun overlevering naar Roemenië zou resulteren in een onmenselijke en vernederende behandeling – in het geval van *Moldovan* vanwege systemische of fundamentele gebreken in de detentieomstandigheden in Roemenië, waaronder in de specifieke penitentiaire inrichting waar *Moldovan* terecht zou komen en in het geval van *Bivolaru* vanwege de politieke en religieuze motieven die volgens hem aan zijn veroordeling ten grondslag zouden liggen en in verband waarmee hem reeds voor toetreding van Roemenië tot de EU door Zweden een vluchtelingenstatus was verleend. Hoe past het EHRM de *Bosphorus*-doctrine in deze EAB-zaken toe?

#### 4.1.1. Toepassing van de eerste Bosphorus-voorwaarde

Zoals aangegeven gaat het bij de eerste *Bosphorus*-voorwaarde om de vaststelling van een vermoeden van gelijkwaardige bescherming. De concrete vraag is of de lidstaat wiens handelen ter discussie staat – in de hier besproken EAB-zaken betreft het dan de uitvoerende lidstaat – geen discretionaire bevoegdheid of beoordelingsmarge heeft op grond van het Unierecht dat op dit handelen van toepassing is. In *Pirozzi* wordt deze voorwaarde getoetst in het kader van een beroep op schending van artikel 6 EVRM en beperkt het EHRM zich ertoe op te merken dat aan deze voorwaarde is voldaan als de nationale rechter ingevolge het beginsel van wederzijdse erkenning

verplicht is uit te gaan van een adequate waarborging van grondrechten door de andere lidstaat, wat in EAB-termen de uitvaardigende lidstaat betreft.<sup>41</sup> In de zaak *Moldovan* wordt de eerste voorwaarde getoetst in het kader van een beroep op schending van artikel 3 EVRM. Naar het mij voorkomt, ziet het EHRM in de uitspraak van het HvJ EU in *Aranyosi en Căldăraru* aanleiding om nader inzicht te geven in de betekenis van de eerste voorwaarde voor vaststelling van een vermoeden van gelijkwaardige bescherming. Ook in *Aranyosi en Căldăraru* ging het namelijk specifiek over de ruimte voor weigering van een EAB in verband met ondermaatse detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat.<sup>42</sup> Onder verwijzing naar die uitspraak erkent het EHRM dat de uitvoerende lidstaat ingevolge het daarin door het HvJ EU neergelegde toetsingskader weliswaar een bepaalde beoordelingsruimte heeft betreffende de precieze detentieomstandigheden en de daaraan te verbinden rechtsgevolgen, maar dat geen sprake is van een autonome manoeuvreerruimte; immers, die bevoegdheid dient te worden uitgeoefend binnen de strikte kaders die het HvJ EU heeft gesteld.<sup>43</sup> Op grond van de prejudiciële uitspraken die het HvJ EU sindsdien heeft gedaan over de ruimte voor weigering van een EAB in verband met zorgen over naleving van het recht op een eerlijk proces in de uitvaardigende lidstaat,<sup>44</sup> gaat dezelfde redenering mijns inziens nu ook op voor een rechtsvraag à la *Pirozzi*. Al met al acht het EHRM de regeling van het EAB tot op heden niet in zichzelf strijdig met het EVRM en is vanwege de afwezigheid van een autonome manoeuvreerruimte voor lidstaten voldaan aan de eerste voorwaarde voor vaststelling van het vermoeden van gelijkwaardige bescherming. Op dit moment valt niet te verwachten dat het EHRM daar in toekomstige zaken anders over zal gaan oordelen; in EAB-zaken lijkt toepassing van de eerste voorwaarde derhalve een gegeven.

#### 4.1.2. Toepassing van de tweede Bosphorus-voorwaarde

Wat betreft de tweede voorwaarde voor vaststelling van dat vermoeden, laat de rechtspraak tot dusverre zien dat de uitkomst wel van geval tot geval kan verschillen. Het betreft hier de vraag of de lidstaat wiens handelen ter discussie staat het in het Unierecht beschikbare systeem van grondrechtenbescherming volledig heeft ingezet. Opvallend is dat het EHRM in *Pirozzi* in het geheel niet op deze voorwaarde ingaat. Daarmee vormen de zaken van *Bivolaru en Moldovan* de eerste EAB-zaken waarin het EHRM deze tweede voorwaarde toetst. Daarbij verbaast het niet dat, nu de Franse autoriteiten er in beide

40 Dit volgt post-*Bosphorus* uit EHRM 6 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, par. 113-115 (*Michaud/Frankrijk*).

41 EHRM 17 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, par. 62 (*Pirozzi/België*): '(...) lorsque les mécanismes de reconnaissance mutuelle obligent le juge à présumer le respect suffisant des droits fondamentaux par un autre État membre. Ainsi que le prévoit la décision-cadre relative au MAE, le juge national se verrait alors privé de son pouvoir d'appréciation, ce qui entraînerait une application automatique de la présomption d'équivalence (...).'

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

43 EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 114 (*Bivolaru en Moldovan/Frankrijk*): '(...) pouvoir d'appréciation des faits et des circonstances ainsi que des conséquences juridiques devant y être attachées dont dispose l'autorité judiciaire est exercé dans le cadre strictement défini par la jurisprudence de la CJUE (...). Dans ces conditions, l'autorité judiciaire d'exécution ne saurait être regardée comme disposant, pour assurer ou refuser l'exécution du MAE, d'une marge de manoeuvre autonome de nature à entraîner la non-application de la présomption de protection équivalente (...).'

44 Zie par. 3.2. van deze bijdrage.

gevallen voor gekozen hebben om voorafgaande aan de beslissing tot overlevering aan Roemenië géén prejudiciële vraag aan het HvJ EU te stellen, veel betekenis toekomt aan de vraag of een prejudiciële verwijzing niettemin op zijn plaats was geweest; het belang van dit aspect volgt reeds uit eerdere rechtspraak van het EHRM over het vereiste van volle benutting van het Unierechtelijk systeem van grondrechtenbescherming.<sup>45</sup> Het leidt in de zaak *Moldovan* tot het oordeel dat aan het vereiste van volle benutting is voldaan. Ik roep in herinnering dat *Moldovan* zich beriep op schending van artikel 3 EVRM nu overlevering naar Roemenië een reëel risico met zich bracht op onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing vanwege de staat van de detentieomstandigheden in de penitentiaire inrichting waar hij zou worden gedetineerd. Over de ruimte die lidstaten in dergelijke situaties hebben om tenuitvoerlegging van een EAB te weigeren alsmede over de verplichting om daaromtrent nader onderzoek te doen, heeft het HvJ EU zich reeds duidelijk uitgelaten in *Aranyosi en Căldăraru*. Daarmee acht het EHRM voldoende duidelijk hoe het toepasselijke Unierecht moet worden uitgelegd en oordeelt het dat aan het vereiste van volle benutting is voldaan.<sup>46</sup> Het EHRM komt tot een tegengesteld oordeel in de zaak van *Bivolaru* die door de Roemeense rechter bij verstek was veroordeeld en daarop in Frankrijk werd aangehouden. Het bijzondere aan deze zaak was dat Zweden jaren eerder, namelijk voordat Roemenië toetrad tot de EU, aan de Roemeen Bivolaru (leider van een spirituele beweging) de status van vluchteling had toegekend. Aan het verzoek van Bivolaru om het HvJ EU om prejudiciële uitleg te verzoeken omtrent de implicaties van zijn vluchtelingenstatus voor de beslissing op overlevering, ging het Franse Hof van Cassatie voorbij. Nu het HvJ EU zich daaromtrent echter niet eerder heeft uitgelaten, liet het Hof van Cassatie daarmee volgens het EHRM een reële en serieuze vraag inzake grondrechtenbescherming open en onbeantwoord. Het brengt het EHRM tot de conclusie dat aan de tweede *Bosphorus*-voorwaarde niet is voldaan ten gevolge waarvan het vermoeden van gelijkwaardige bescherming niet van toepassing is.<sup>47</sup>

#### 4.1.3. Relevantie Bosphorus-voorvraag in EAB-zaken lijkt niet beperkt tot artikelen 3 en 6 EVRM

De vraag naar toepasselijkheid van het *Bosphorus*-vermoeden van gelijkwaardige bescherming in EAB-zaken heeft mijns inziens het karakter van een preliminaire vraag of voorvraag. Welke uitkomst die vraag ook oplevert, uit

EHRM-rechtspraak blijkt dat te allen tijde tevens een expliciete beoordeling moet volgen van de vraag of een grondrechtenschending kan worden vastgesteld. Alvorens nader op die grondrechtentoetsing in te gaan, roep ik in herinnering dat de *Bosphorus*-doctrine tot op heden enkel is toegepast in zaken waarin geklaagd wordt over schending van de artikelen 3 en 6 EVRM. Dat het EHRM de doctrine niet reeds toepaste in het kader van andere EVRM-bepalingen waar in EAB-zaken over werd geklaagd, zegt echter mijns inziens weinig nu daar in de betreffende zaken een logische verklaring voor te geven is. Zo betrof Pirozzi's klacht over schending van artikel 5 EVRM puur en alleen het EVRM-proof handelen van de Belgische autoriteiten in het kader van zijn overleveringsdetentie, los van het (toekomstige) handelen van de Italiaanse autoriteiten die om zijn overlevering hadden gevraagd.<sup>48</sup> Dit maakt de vraag een heel andere dan de vraag die Pirozzi bij inroeping van artikel 6 EVRM stelde en waar het ging om eventuele verantwoordelijkheid van de Belgische autoriteiten om na te gaan of de uitvaardiging van het EAB door de Italiaanse autoriteiten de toets van rechtmatigheid en juistheid kan doorstaan. Dat het EHRM bij de beoordeling van die vraag de *Bosphorus*-doctrine wel relevant achtte, betekent volgens mij dat die doctrine in de context van het EAB enkel relevant is wanneer het EHRM heeft te oordelen over handelingen van een lidstaat die consequenties kunnen hebben voor de waarborging van EVRM-rechten in een andere lidstaat, naar mijn verwachting dus ook als artikel 5 EVRM in het geding is. Hoe valt in het licht daarvan dan te verklaren dat in de zaak *Romeo Castaño* het EHRM evenmin over het vermoeden van gelijkwaardige bescherming rept? Naar ik meen moet de oorzaak daarvoor daarin gevonden worden dat het feitencomplex van deze zaak spiegelbeeldig is aan die van de andere zaken waar in deze paragraaf naar verwezen wordt. Inderdaad ging het in deze zaak over de verantwoordelijkheid van autoriteiten van de uitvoerende lidstaat (opnieuw België) voor het (dreigende) handelen van de uitvaardigende lidstaat (Spanje), een verantwoordelijkheid waar de Belgische autoriteiten zich bovendien van bewust waren; de vaststelling dat sprake zou zijn van een reëel risico op schending van artikel 3 EVRM leidde ertoe dat overlevering van een moordverdachte naar Spanje geen doorgang vond. Meestentijds is het de conclusie om toch over te leveren die klagers naar Straatsburg brengt, in *Romeo Castaño* was het de conclusie om vanwege een grondrechtelijke reden overlevering te weigeren, die nabestaanden van het slachtoffer ertoe bracht een klacht wegens schending van artikel 2 EVRM

45 Meer daarover in het inleidende artikel in dit themanummer: J. Krommendijk & G. de Vries, 'De wisselwerking tussen het HvJ EU en het EHRM: een hernieuwde liefde?', *SEW* 2021, afl. 12, par. 3.2.

46 EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 115 (*Bivolaru en Moldovan/Frankrijk*). Vgl. in de context van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207, par. 109 (*Avotiņš/Letland*).

47 EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 131 (*Bivolaru en Moldovan/Frankrijk*).

48 Pirozzi stelde zich namelijk op het standpunt dat zijn verblijf in overleveringsdetentie in België onrechtmatig zou zijn, omdat de Belgische autoriteiten hadden nagelaten om in zijn dossier informatie op te nemen over de zoektocht naar hem die leidde tot zijn aanhouding; het niet-opnemen van deze informatie maakte het hem onmogelijk de rechtmatigheid en juistheid van zijn detentie te beoordelen. Het EHRM beperkt zich daarop tot de vaststelling dat de plaatsing in overleveringsdetentie geen schending met het in artikel 5 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid oplevert nu de aanhouding en daaropvolgende de plaatsing van Pirozzi in detentie plaats hadden in reactie op het door de Italiaanse autoriteiten uitgevaardigde EAB en dat daarbij alle geldende voorschriften in acht zijn genomen, zie EHRM 17 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, par. 42 en 44-51 (*Pirozzi/België*).

in te dienen, een klacht die het EHRM overigens honoreerde vanwege het onvoldoende grondige onderzoek van de Belgische autoriteiten.<sup>49</sup> Het stadium waarin toepasselijkheid van het vermoeden van gelijkwaardige bescherming aan de orde komt, is dan al gepasseerd. Alhoewel derhalve de preliminaire vraag naar toepasselijkheid van het *Bosphorus*-vermoeden van gelijkwaardige bescherming in EAB-zaken tot op heden enkel is behandeld wanneer geklaagd wordt over schending van de artikelen 3 en 6 EVRM, kan worden verwacht dat de toepasselijkheid van het *Bosphorus*-vermoeden tevens relevant is wanneer in EAB-zaken andere EVRM-rechten worden ingeroepen.

#### 4.2. *Het vermoeden van gelijkwaardige bescherming en het toetsingskader voor de beoordeling van grondrechtenschending: de toekomst van de tweetrapstoets*

In de zaken waarin het EHRM tot op heden de toepasselijkheid van het *Bosphorus*-vermoeden heeft onderzocht, blijkt dat daar te allen tijde een expliciete beoordeling volgt van de vraag of een grondrechtenschending kan worden vastgesteld. Dat geldt zowel in gevallen waarin is vastgesteld dat het vermoeden van gelijkwaardige bescherming van toepassing is (*Pirozzi* en *Molodovan*) als in het beschikbare geval waarin daarentegen is vastgesteld dat dit vermoeden niet van toepassing is (*Bivolaru*). In de wijze waarop die toetsing plaatsvindt, zie ik echter verschillen, zowel ten opzichte van het tot voor kort (pre-*Pirozzi*) geldende toetsingskader als onderling. Pre-*Pirozzi* was het logisch ervan uit te gaan dat het toetsingskader zoals door het EHRM ontwikkeld in de sfeer van uitlevering in strafzaken en uitzetting in asielen tevens van toepassing was in EAB-zaken. Daaruit kon worden afgeleid dat ook het EHRM groot belang toedicht aan het interstatelijk vertrouwensbeginsel, zeker wanneer beide betrokken staten partij zijn bij het EVRM, wat in EAB-zaken standaard het geval is; er moet dan van worden uitgegaan dat voor de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM openstaat. Voortbouwend op dit uitgangspunt is het vaste rechtspraak van het EHRM in uitleverings- en uitzettingszaken dat de (dreigende) schending van EVRM-rechten wel van ernstige aard moet zijn om de overdracht van een persoon naar een andere staat te weigeren. De plicht tot weigering bestaat enkel na vaststelling van een reëel risico op schending van artikel 3 EVRM<sup>50</sup> of een reëel risico op *flagrante* schending

van artikel 5 EVRM of artikel 6 EVRM.<sup>51</sup> Het hoogst ligt de lat dus bij een beroep op schending van de artikelen 5 en 6 EVRM. In *Othman* geeft het EHRM enkele voorbeelden van ‘forms of unfairness’ die zouden kunnen leiden tot de vaststelling van een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces. Te denken valt aan een veroordeling bij verstek zonder enige vorm van een nieuwe behandeling ten gronde van de zaak of een verkorte procedure van berechting waarin geen enkele gelegenheid bestond voor de effectuering van verdedigingsrechten.<sup>52</sup> Een flagrante schending van artikel 5 EVRM zou bijvoorbeeld kunnen worden vastgesteld als de opgeëiste persoon jarenlang gedetineerd is geweest zonder dat er ooit enige bedoeling was een rechter in te schakelen.<sup>53</sup> Dat de lat zeer hoog ligt bij de artikelen 5 en 6 EVRM moge blijken uit het feit dat een schending van artikel 5 of 6 EVRM in een uitleverings- of overleveringsprocedure, voor zover ik weet, nog nooit door het EHRM is vastgesteld.

Voor de vaststelling van een reëel risico op schending van artikel 3 EVRM of een reëel risico op *flagrante* schending van artikel 5 EVRM of artikel 6 EVRM hanteert het EHRM een toetsing in twee stappen. Tot voort kon worden aangenomen dat deze tweetrapstoets ook in EAB-zaken werd verlangd. Die aanname werd met name gebaseerd op EHRM-rechtspraak inzake de uitzetting van vreemdelingen waarin meermaals is bevestigd dat ter beoordeling van de vraag of sprake is van vorenbedoeld reëel risico zowel de ‘general human rights situation’ in het land van bestemming als de ‘particular characteristics of the applicant’ dienen mee te wegen.<sup>54</sup> Post-*Pirozzi* is echter niet meer zo zeker of aan die aanname kan worden vastgehouden. In de zaak *Bivolaru* gaat het EHRM namelijk enkel in op de zogenoemde tweede stap, die de vaststelling vereist van een reëel en geïndividualiseerd risico op schending, in casu van artikel 3 EVRM.<sup>55</sup> Het EHRM rept met geen woord over vereiste vaststellingen betreffende de ‘general human rights situation’ (eerste stap van de tweetrapstoets) in Roemenië. In plaats daarvan stevent het EHRM direct af op de vraag of sprake is van een ‘sufficient factual basis’ om te kunnen spreken van een concreet en individueel risico op schending van artikel 3 EVRM als overlevering zou worden toegestaan.<sup>56</sup> Van een dergelijk risico kon volgens het EHRM in *Bivolaru* overigens niet gesproken worden. Op basis van het grondige onderzoek dat de Franse autoriteiten hadden verricht naar de huidige vluchtelingenstatus van Bivolaru (na navraag bleek Zweden niet van plan die vanwege de zaak in te trekken), naar de mogelijkheid dat aan de uitvaardiging van het EAB politieke redenen ten grondslag zouden liggen, en naar de detentieomstandigheden

49 EHRM 9 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117, par. 86-91 (*Romeo Castaño/België*).

50 Idem.

51 EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909 (*Othman/Verenigd Koninkrijk*), par. 233 inzake de toepasselijkheid van artikel 5 EVRM en par. 258 inzake de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM.

52 EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909, par. 259 (*Othman/Verenigd Koninkrijk*).

53 EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909, par. 233 (*Othman/Verenigd Koninkrijk*).

54 EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909, par. 187 (*Othman/Verenigd Koninkrijk*). Zie in het kader van artikel 6 EVRM, par. 261. Uit EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 108 (*Bivolaru en Moldovan/Frankrijk*) blijkt inderdaad dat die rechtspraak ook van toepassing is op EAB-zaken.

55 Zo concludeert ook J. Krommendijk, ‘Bosphorus bijt in Bivolaru: over EHRM-toetsing tenuitvoerlegging EU-arrestatiebevelen. Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 25-03-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416’, *EHRM Updates* 2021-0091.

56 Vgl. EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 106 en 133 (*Bivolaru en Moldovan/Frankrijk*).

waaraan Bivolaru na overlevering zou worden onderworpen, kon geen reëel risico op schending worden vastgesteld.

Het zou te ver gaan om op basis van een enkele uitspraak te concluderen dat het eerste deel van de – op de Luxemburgs gelijkende – tweetrapstoets sinds *Bivolaru* niet langer, of althans minder relevant is. Tegelijkertijd staat de uitspraak in *Bivolaru* op dit punt niet helemaal op zichzelf. Ook in *Romeo Castaño* – weliswaar een zaak met een atypisch feitencomplex – gaat het EHRM enkel in op het tweede deel van tweetrapstoets.<sup>57</sup> Tegen die achtergrond zaait het erg veel verwarring dat het EHRM bij de beoordeling van de aanvraag van het *Bosphorus*-vermoeden in de zaak *Moldovan* juist wees op de convergentie tussen de toetsingskaders van het HvJ EU en het EHRM nu beide hoven van uitvoerende lidstaten een tweetrapstoets zouden vereisen ('un contrôle qui comporte deux étapes').<sup>58</sup> Er zit niets anders op dan af te wachten wat het EHRM op dit punt gaat beslissen in toekomstige zaken.

#### 4.3. *Het vermoeden van gelijkwaardige bescherming en het toetsingskader voor de beoordeling van grondrechtenschending: communicerende vaten?*

Tussen de beschikbare uitspraken waarin de toepasselijkheid van het *Bosphorus*-vermoeden is onderzocht in EAB-zaken lijkt ook onderling een verschil te bestaan in de wijze waarop de separate grondrechtentoetsing plaatsheeft. Het is mijn indruk dat het EHRM in *Pirozzi* en *Moldovan* minder intensief toetst dan in *Bivolaru*. Ik baseer dat op de relatief korte bewoordingen van het EHRM in de twee eerstgenoemde zaken tegenover de uitgebreide bewoordingen waar het EHRM zich van bedient in *Bivolaru*.

Mogelijkerwijs is het niet toevallig dat de minder intensieve toetsing die ik meen te zien, aan de dag wordt gelegd in zaken waarin het EHRM het *Bosphorus*-vermoeden van toepassing acht en aldus het vermoeden hanteert dat de handelingen ter uitvoering van de EAB-regeling in beider zaken EVRM-conform zijn. Weliswaar wordt nochtans onderzocht of een manifeste tekortkoming in de rechtsbescherming dat vermoeden weerlegt, maar zoals gesteld wekken de korte bewoordingen van het EHRM de indruk van een meer algemene, althans minder intensieve toetsing dan het EHRM gewoon is. In *Pirozzi* leidt het niet zo intensieve onderzoek naar een manifeste tekortkoming in de bescherming van artikel 6 EVRM tot het oordeel dat daarvan geen sprake is. Dat de Belgische autoriteiten zich niet hebben uitgelaten over de rechtmatigheid en juistheid van de Italiaanse beslissing tot uitvaardiging van een EAB kan die vaststelling niet dragen; tot de beperkte toetsing die door de Belgische autoriteiten aan de dag wordt gelegd zijn zij immers gehouden inge-

volge de Belgische implementatieregeling van het KB EAB.<sup>59</sup>

Een manifeste tekortkoming wordt daarentegen wel vastgesteld in de zaak *Moldovan*. Alhoewel het EHRM ook hier kort blijft en niet erg intensief lijkt te toetsen, stelt het vast dat de Franse autoriteiten te weinig hebben gedaan ter verzekering van naleving van artikel 3 EVRM in Roemenië ná overlevering. Weliswaar hadden de Franse autoriteiten aanvullende informatie opgevraagd bij de uitvaardigende Roemeense autoriteiten, zij hadden de verstrekte informatie vervolgens niet afdoende getoetst aan EHRM-rechtspraak, terwijl daaruit reeds een sterke aanwijzing volgde dat de voor *Moldovan* beschikbare ruimte in detentie in Roemenië een inbreuk zou vormen op het verbod op onmenselijke of vernederende behandeling en bestraffing. De garanties die door de Roemenen waren verstrekt waren bovendien in een zeer stereotiep taalgebruik geformuleerd, maar werden niet bij de beoordeling van het risico op schending van artikel 3 EVRM betrokken. Daarnaast lieten de Fransen na afdoende voorzorgsmaatregelen te nemen, waar dit wel mogelijk was geweest, bijvoorbeeld door het opnemen van een dringende aanbeveling dat *Moldovan* in een andere gevangenis zou worden geplaatst dan waar hij volgens de gegeven informatie terecht zou komen.<sup>60</sup>

De gebruikelijke intensiteit van toetsing zien we wel terug in *Bivolaru*, de zaak waarin het EHRM nu juist tot het oordeel kwam dat geen sprake was van een vermoeden van gelijkwaardige bescherming. Het bevreemdt weliswaar dat het EHRM enkel het geïndividualiseerde reële risico op schending van artikel 3 EVRM onderzoekt, het betreft wel een toetsing die qua mate van intensiteit aansluit bij de vaste jurisprudentie van het EHRM.

## 5. **Convergentie en divergentie in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM**

In de voorgaande paragrafen is uiteengezet welke toetsingskaders het HvJ EU en het EHRM hebben ontwikkeld om te beoordelen of in voorkomende gevallen van de tenuitvoerlegging van een EAB mag of moet worden afgezien omdat anders een onacceptabel risico zou ontstaan dat zich een grondrechtenschending voordoet in de uitvaardigende lidstaat. Daarbij is duidelijk geworden dat zich tussen beide toetsingskaders een grote mate van convergentie voordoet, bijvoorbeeld betreffende het uitgangspunt dat weigering van overlevering in verband met (dreigende) grondrechtenschendingen enkel in uitzonderlijke gevallen mogelijk of verordonneerd is. Wie echter zou verwachten dat de samenhang tussen de rechtspraak van beide hoven steeds sterker zal convergeren, komt bedrogen uit. De nieuwe weg die het EHRM

57 EHRM 9 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117 (*Romeo Castaño/België*).

58 Vgl. EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 114 (*Bivolaru en Moldovan/Frankrijk*).

59 EHRM 17 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, par. 71 (*Pirozzi/België*).

60 EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 122-125 (*Bivolaru en Moldovan/Frankrijk*).

sinds *Pirozzi* is ingeslagen, vergroot namelijk de verschillen voor wat betreft de specifieke context van de overleveringsprocedure. In *Pirozzi* werd namelijk voor het eerst de *Bosphorus*-doctrine gebruikt in de context van de strafrechtelijke samenwerking tussen EU-lidstaten.

Natuurlijk is enige voorzichtigheid geboden bij het trekken van al te sterke conclusies, nu de nieuw ingeslagen weg sinds *Pirozzi* nog maar enkel in de uitspraken in de samengevoegde zaken van *Bivolaru* en *Moldovan* is bevestigd. Om een drietal opvallende zaken kunnen we echter niet heen.

Zo lijkt, ten eerste, het EHRM minder belang te hechten aan het eerste deel van de tweetrapstoets (betreffende de algemene mensenrechtensituatie in de uitvaardigende lidstaat) die ook in de rechtspraak van het HvJ EU stevig verankerd is. In *Bivolaru* gaat het EHRM immers enkel in op het tweede deel van deze tweetrapstoets (betreffende het concrete risico voor de opgeëiste persoon in kwestie). Ten tweede lijkt het EHRM de eigenstandige rol van de uitvoerende lidstaat bij toetsing aan artikel 3 EVRM te verkleinen ten opzichte van de eigenstandige rol die het HvJ EU de uitvoerende lidstaat toedicht bij toetsing aan artikel 4 Handvest (het EU-equivalent van artikel 3 EVRM). Door immers in *Bivolaru* te stellen dat ook in EAB-zaken de bewijslast voor het bestaan van ondermaatse detentieomstandigheden primair op de schouders van klager rust,<sup>61</sup> bevestigt het EHRM weliswaar zijn eerdere rechtspraak betreffende de uitzetting van asielzoekers,<sup>62</sup> het wijkt daarmee wel af van de lijn van het HvJ EU wanneer het in *Aranyosi en Căldăraru* tevens spreekt van een plicht voor de uitvoerende lidstaat om na te gaan of sprake is van een reëel gevaar dat de opgeëiste persoon in kwestie aan een onmenselijke of vernederende behandeling zal worden onderworpen.<sup>63</sup>

Ten derde lijkt het EHRM een minder intensieve grondrechttoetsing aan de dag te leggen in gevallen waarin het in het kader van de *Bosphorus*-doctrine heeft vastgesteld dat moet worden uitgegaan van het vermoeden dat de handelingen van de uitvoerende lidstaat bij de uitvoering van een EAB EVRM-proof zijn.

Interessant genoeg is de toegenomen divergentie voor een belangrijk deel juist het gevolg van een keuze die Krommendijk en De Vries in hun lezenswaardige inleidende bijdrage aan dit themanummer duiden als een teken van respect voor het HvJ EU en voor de autonomie van de EU-rechtsorde. Waar het *Bosphorus*-vermoeden van gelijkwaardige bescherming van toepassing wordt geacht, vermijdt het EHRM immers een inhoudelijke toetsing van het toepasselijke Unierecht.<sup>64</sup>

Dat daarmee conflicten tussen het EU-kader en het EVRM-kader worden voorkomen, zal zeker waar zijn. Tegelijkertijd meen ik dat het EHRM met het gebruik van de *Bosphorus*-doctrine wel degelijk enige vorm van

controle uitoefent op het recht van de Unie en de uitleg daarvan door het HvJ EU. Dat is met name, zo niet uitsluitend, het gevolg van de wijze waarop het EHRM de tweede *Bosphorus*-voorwaarde toepast. In het kader van deze voorwaarde komt namelijk veel betekenis toe aan de vraag of in gevallen waarin de nationale overleveringsrechter geen prejudiciële verwijzing doet, een prejudiciële verwijzing niettemin op zijn plaats was geweest. Als daar door de opgeëiste persoon wel om is verzocht en de rechtsvraag in kwestie is nog niet eerder door het HvJ EU behandeld, dan kan het EHRM zomaar beslissen dat het achterwege laten van een prejudiciële verwijzing in de weg staat aan toepassing van het vermoeden van gelijkwaardige bescherming (zoals in de zaak *Bivolaru*). Door aldus te beslissen laat het EHRM zich indirect uit over de duidelijkheid van het Unierecht en de uitlegging daarvan door het HvJ EU, maar kan het mijns inziens ook invloed uitoefenen op de rechtsvragen die vervolgens door nationale rechters aan het HvJ EU zullen worden voorgelegd. Daarmee kan het EHRM, zij het op zeer indirecte wijze, de omtrekken van grondrechttoetsing in EAB-zaken mede bepalen, op zijn minst in gevallen waarin in de eigen uitspraken voorzeten worden gegeven voor een bepaalde uitkomst. Gezien de ommekeer van het HvJ EU sinds *Aranyosi en Căldăraru* mag op dit moment dan wellicht worden aangenomen dat beide hoven min of meer met elkaar meebewegen, enigszins spannend blijft deze interactie daarom wel.

In elk geval is duidelijk dat het EHRM in zijn rechtspraak over grondrechttoetsing in EAB-zaken zoekt naar een werkbare en elegante omgang met de autonomie van de EU-rechtsorde, de doelstelling van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, en de eigen plaats die het mechanisme van het EAB daarin inneemt. Daarmee erkent het EHRM volgens mij nadrukkelijker dan voorheen het belang van een eigen, door het HvJ EU ontwikkeld, Unierechtelijk narratief voor de normering van grondrechttoetsing in EAB-zaken. Gezien het verschil in mandaat tussen beide hoven is dat mijns inziens positief te waarderen.<sup>65</sup> Het biedt bovendien kansen, want op het narratief zoals dat thans valt te ontwaren in de rechtspraak van het HvJ EU is wel wat af te dingen. Deze laatste paragraaf sluit ik daarom af met een reflectie op het huidige narratief zoals ik dat inlees in de rechtspraak van het HvJ EU, om vervolgens te betogen hoe dit narratief aan kracht kan winnen, juist met het oog op de balans tussen effectieve rechtshandhaving en adequate rechtsbescherming.

61 EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, par. 138-145 (*Bivolaru en Moldovan/Frankrijk*).

62 EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909, par. 261 (*Othman/Verenigd Koninkrijk*).

63 HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198, par. 90 en 94 (*Aranyosi en Căldăraru*).

64 J. Krommendijk & G. de Vries, 'De wisselwerking tussen het HvJ EU en het EHRM: een hernieuwde liefde?', *SEW* 2021, afl. 12, par. 3.2, laatste alinea.

65 Vgl. het inleidende artikel in dit themanummer: J. Krommendijk & G. de Vries, 'De wisselwerking tussen het HvJ EU en het EHRM: een hernieuwde liefde?', *SEW* 2021, afl. 12, p. 560-570.

### 5.1. Een Unierechtelijk narratief van effectieve samenwerking in een gezamenlijke rechtsruimte ter voorkoming van straffeloosheid: *the missing link*

Eerder in dit artikel is uiteengezet welke toetsingskaders het HvJ EU heeft ontwikkeld voor lidstaten om te beoordelen of in voorkomende gevallen van de tenuitvoerlegging van een EAB mag of moet worden afgezien omdat anders een onacceptabel risico zou ontstaan dat zich een grondrechtenschending voordoet in de uitvaardigende lidstaat. Daarbij is duidelijk geworden dat het HvJ EU een groot belang toedicht aan het primaat van Unierecht, wat in de context van het EAB-mechanisme betekent dat een inperking van de plicht tot overlevering enkel aanvaardbaar is op de wettelijke gronden neergelegd in het KB EAB alsmede op de in het Unierecht vervatte aanvullende gronden die het HvJ EU expliciet heeft aanvaard. Aanvullende nationaalrechtelijke grondrechten mogen in de overleveringsprocedure worden geëffectueerd voor zover ze niet in negatieve zin de beslissing tot overlevering beïnvloeden. Aanvullende excepties die een grondslag vinden in het Unierecht zelf kunnen enkel tot weigering leiden als overlevering leidt tot een reëel risico op onmenselijke of vernederende behandeling in detentie of een reëel risico op schending van het recht op een onafhankelijk gerecht, mits de uitvoerende lidstaat zich ertoe heeft ingespannen om middels dialoog alle benodigde informatie van de uitvaardigende lidstaat in te winnen. In beginsel rechtvaardigen deze inspanningen en de tijd die ermee gemoeid gaat dat de beslissing tot overlevering wordt uitgesteld. Enkel als niet binnen een redelijke termijn geruststellend aanvullende inlichtingen door de uitvaardigende lidstaat zijn verstrekt, komt weigering van overlevering in beeld.

De terughoudende opstelling die het HvJ EU daarmee aanneemt, moet worden begrepen tegen de achtergrond van zijn mandaat. In prejudiciële procedures is de taak van het HvJ EU om een Unierechtelijke norm of Unierechtelijk beginsel uit te leggen of om de verenigbaarheid van een nationale regel met toepasselijk Unierecht te onderzoeken (artikel 267 VWEU). Logischerwijze zijn bij de uitoefening van die taak de algemene doelstellingen, waarden en beginselen van de Europese Unie mede van belang (artikelen 1-3 VEU). Dientengevolge vertoont de hier besproken rechtspraak van het HvJ EU een eigen kenmerkend narratief dat is gestoeld op de idee van een gezamenlijke rechtsruimte, in verdragsrechtelijke termen aangeduid als de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (artikel 3 VEU; artikel 67 VWEU). Het HvJ EU beschouwt het mechanisme van het Europees aanhoudingsbevel als uiterst belangrijk instrument voor de totstandbrenging en instandhouding van deze gezamenlijke rechtsruimte. Steeds weer herhaalt het HvJ EU zijn standpunt dat verlating van het uitgangspunt van vertrouwen – en het

daaruit voortvloeiende uitgangspunt van grondrechtentoetsing in de *uitvaardigende* lidstaat – de verwezenlijking van de ruimte zonder binnengrenzen en derhalve de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht in gevaar zou brengen.<sup>66</sup> Wat het HvJ EU daar meer concreet mee bedoelt, heeft het mijns inziens iets duidelijker gemaakt in de meest recente uitspraak over grondrechtentoetsing in EAB-zaken: de uitspraak in de gevoegde zaken *L en P*. Zoals reeds besproken, was de essentiële vraag in deze zaken of het tweede deel van de tweestapstoets mocht worden losgelaten. Ter onderbouwing van zijn beslissing dat hiervan geen sprake kan zijn, wijst het HvJ EU erop dat bij een ruimhartiger toelaten van uitzonderingen op het beginsel van wederzijdse erkenning het risico op straffeloosheid te zeer toeneemt. Immers, met de beslissing een EAB *niet* ten uitvoer te leggen, vervalt in de uitvoerende lidstaat meestentijds de grondslag om jegens de opgeëiste persoon strafvorderlijk op te treden.<sup>67</sup> Het verklaart waarschijnlijk mede waarom het HvJ EU in zijn rechtspraak veelal een perspectief van uitstel hanteert, waarin de uitvoerende lidstaat gehouden is om via de weg van de dialoog nadere informatie in te winnen bij de uitvaardigende autoriteiten, wellicht zelfs mede met het oog op een katalyserend effect op het niveau van grondrechtenbescherming in die uitvaardigende lidstaat. In de context van strafvordering is het willen voorkomen van straffeloosheid in zichzelf een uiterst legitiem streven. In een grensoverschrijdende context is dat niet anders dan in een puur nationale context. Het behoeft echter geen toelichting dat het streven naar zo min mogelijk gevallen van straffeloosheid altijd in verhouding dient te staan tot het streven naar een zo adequaat mogelijke rechtsbescherming van hen die onderworpen kunnen worden aan strafvorderlijk optreden.

In het licht daarvan overtuigt de wijze waarop het HvJ EU het straffeloosheidsargument inroept niet direct. Dit hangt samen met het feit dat het HvJ EU het instrument van het EAB 'geïsoleerd' benadert. De regeling van het EAB is echter slechts een van de instrumenten voor strafrechtelijke samenwerking waar de EU-lidstaten gebruik van kunnen maken. Tezamen vormen deze instrumenten een palet aan mogelijkheden waaruit strafvorderlijke autoriteiten de meest opportune mogelijkheid in een individueel geval kunnen kiezen door alle aan de orde zijnde belangen per geval in aanmerking te nemen. Juist vanwege zijn mandaat ligt het mijns inziens op de weg van het HvJ EU om in het zoeken naar de balans tussen rechtshandhaving en rechtsbescherming in EAB-zaken tevens oog te hebben voor de andere beschikbare mechanismen voor grensoverschrijdende samenwerking in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Hierbij valt met name te denken aan de instrumenten voor de overdracht van strafvervolgning en de overdracht van straffen-uitvoerlegging. Niet valt uit te sluiten dat gebruik van een van deze mechanismen mogelijk is in gevallen waarin

<sup>66</sup> HvJ EU 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 191 (*Advies 2/13*). Nadien meermaals herhaald, waaronder in de meest recente uitspraak over het toetsingskader voor weigering in geval van (dreigende) grondrechtenschending, in casu een dreigende schending van artikel 47 Handvest (recht op een eerlijk proces): HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, par. 36 (*L en P*).

<sup>67</sup> Zo gebeurde ook in de zaak van *L* (van de gevoegde zaken *L en P*), wiens overlevering werd geweigerd wat tot zijn onmiddellijke invrijheidstelling leidde, zie Rb. Amsterdam 10 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:420.

overlevering een (te) groot risico op schending in de uitvaardigende lidstaat met zich brengt. Het is heel wel mogelijk dat in een dergelijk geval de keuze voor een andere vorm van samenwerking zowel een grondrechtenschending als straffeloosheid voorkomt.

In plaats van de huidige benadering waarin overlevering veelal toch moet worden toegestaan met een beroep op het willen voorkomen van straffeloosheid, zou het HvJ EU derhalve ook kunnen kiezen voor een integrale benadering van samenwerkingsinstrumenten, om aldus beide nastrevenswaardige doelstellingen (effectieve rechtsbescherming en het voorkomen van straffeloosheid) nadrukkelijker en natuurlijker met elkaar te verenigen.<sup>68</sup> Daarin zou bijvoorbeeld een opdracht voor lidstaten besloten kunnen liggen om in het geval in een overleveringsprocedure zorgen rijzen over de waarborging van grondrechten in de uitvaardigende lidstaat, met de autoriteiten aldaar in overleg te treden over de mogelijkheid een andere vorm van samenwerking in te zetten. Een dergelijke integrale benadering zou mijns inziens uitstekend, zo niet optimaal aansluiten bij de brede opdracht die aan het HvJ EU is toebedeeld: de waarborging van de uniformiteit, de voorrang en de *doeltreffendheid* van het Unierecht.<sup>69</sup>

---

## 6. Conclusie

Met het gebruik van de *Bosphorus*-doctrine in EAB-zaken, is het EHRM een weg ingeslagen die getuigt van een toegenomen interactie met én respect voor de autonomie van het Unierecht. Weliswaar heeft dat tot gevolg dat het toetsingskader van het EHRM grotere verschillen vertoont dan voorheen met het HvJ EU-toetsingskader, de nieuw gekozen opstelling van het EHRM jegens het HvJ EU biedt kansen om in het huidige, toch wat beperkte, Unierechtelijk narratief van effectieve samenwerking een breder perspectief in te brengen en oog te hebben voor het gehele palet aan strafrechtelijke samenwerkingsmechanismen. De kansen die een dergelijke integrale benadering biedt om in de praktijk van samenwerking de doelstellingen van effectieve samenwerking en adequate rechtsbescherming nadrukkelijker te verenigen, zal naar ik meen ook in Straatsburg op instemming kunnen rekenen.

---

68 Uitgebreid hierover: J. Ouwerkerk, 'Are Alternatives to the European Arrest Warrant Underused? The Case for an Integrative Approach to Judicial Cooperation Mechanisms in the EU Criminal Justice Area', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (29) 2021, afl. 2, p. 87-101.

69 Vgl. het inleidende artikel in dit themanummer: J. Krommendijk & G. de Vries, 'De wisselwerking tussen het HvJ EU en het EHRM: een hernieuwde liefde?', *SEW* 2021, afl. 12, p. 560-570.