

ANNOTATIE

Gavanozov II (HvJ, C|852/19) – Uitvaardigende lidstaat moet voorzien in rechtsmiddel tegen een Europees Onderzoeksbevel

mr. dr. S.M.A. Lestrade

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 11-11-2021,
ECLI:EU:C:2021:902 (EHRC-2021-0298)*

1. Onderhavige zaak betreft de uitleg van Richtlijn 2014/41/EU inzake het Europees onderzoeksbevel in strafzaken (hierna: Richtlijn en EOB). Artikel 14 lid 1 van de Richtlijn stelt dat lidstaten dienen te voorzien in een rechtsmiddel jegens de in een EOB omschreven onderzoekshandelingen evenwaardig met de mogelijkheden in een binnenlandse zaak. Lid 2 vermeldt voorts dat de materiële gronden van een EOB alleen in de uitvaardigende lidstaat kunnen worden aangevochten. Opvallend aan deze zaak is dat niet de uitvoerende lidstaat een prejudiciële vraag voorlegt aan het Hof van Justitie (hierna: Hof) over de uitvoerbaarheid van een EOB. Het is de uitvaardigende Bulgaarse strafrechter die het recht in zijn eigen lidstaat ter discussie stelt. Aangezien Bulgarije door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) meermaals is veroordeeld voor de schending van artikel 13 EVRM wegens het ontbreken van een adequaat rechtsmiddel tegen doorzoeking en inbeslagname, vraagt de strafrechter zich af of een andere lidstaat wel gevolg kan geven aan een Bulgaars EOB dat onder meer strekt tot doorzoeking en inbeslagneming.

Overigens heeft dezelfde verwijzende rechter in *Gavanozov I* eveneens een prejudiciële vraag gesteld over artikel 14 van de Richtlijn.[1] Maar het Hof heeft zich toen enkel uitgelaten over de wijze waarop de uitvaardigende autoriteit een EOB-formulier moet invullen. Anders dan advocaat-generaal Bot in zijn conclusie,[2] heeft het Hof destijds niet de gevolgen van het

betreffende artikel onderzocht.[3] Daarvoor was nog een tweede gang naar het Hof nodig.

2. Hoewel artikel 14 lid 1 van de Richtlijn spreekt over een rechtsmiddel tegen het EOB *gelijkwaardig* aan de nationale regeling tegen binnenlandse onderzoekshandelingen, maakt het Hof allereerst duidelijk dat óók als een nationale regeling helemaal níet voorziet in rechtsmiddelen, alsnog een voorziening in rechte moet openstaan tegen een EOB dat betrekking heeft op doorzoeking, inbeslagneming en het horen van getuigen. Deze onderzoekshandelingen maken namelijk inbreuk op het in artikel 7 van het Handvest neergelegde recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven; de inbeslagname kan bovendien een inbreuk vormen op het in artikel 17 van het Handvest vervatte recht op eigendom. En op grond van artikel 47 van het Handvest heeft eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Het Hof merkt voorts op dat dit recht impliceert dat personen die door onderzoeksmaatregelen worden getroffen over passende rechtsmiddelen moeten beschikken a) om de rechtmatigheid en de noodzaak van de maatregelen te betwisten en b) om herstel te vorderen indien de maatregelen op onrechtmatige wijze zijn gelast of uitgevoerd (zie par. 33).

3. Het Hof overweegt bovendien dat deze uitleg overeenkomt met de uitleg die het EHRM in zijn rechtspraak aan artikel 13 EVRM (het equivalent van artikel 47 Handvest) heeft gegeven. Het Hof verwijst daarbij naar diverse uitspraken van het EHRM waarin Bulgarije meermaals is veroordeeld voor schending van artikel 13 EVRM vanwege het ontbreken van een rechtsmiddel ter zake doorzoeking en inbeslagname.[4] Ook het EHRM oordeelt dat personen die door doorzoeking en inbeslagneming worden geraakt, toegang moeten hebben tot een procedure die hen in staat stelt de rechtmatigheid en de noodzaak te betwisten en passend herstel te verkrijgen indien de maatregelen onrechtmatig zijn bevolen of uitgevoerd. Het EHRM heeft zich niet uitgelaten over de Bulgaarse procedure tot het horen van getuigen. Maar, omdat het hier tevens gaat om een maatregel die ver kan ingrijpen op het privéleven van de betrokkene, dient in dit geval evenzo een rechtsmiddel ter beschikking te staan. Het is de *uitvaardigende* lidstaat die moet zorgen voor een rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie van die lidstaat waarmee op zijn minst de materiële gronden voor de uitvaardiging van een EOB ter discussie kan worden gesteld (zie par. 49). Als de uitvaardigende lidstaat niet voorziet in een dergelijk rechtsmiddel, dan staat dit in de weg aan de mogelijkheid tot het uitvaardigen van een EOB.

4. De vraag die bij mij rijst is op welk moment de betrokkene toegang moet krijgen tot een rechtsmiddel en welke rechterlijke instantie zich mag buigen over het rechtsmiddel. Het Hof gaat daar niet nader op in. Het Handvest vereist een 'voorziening in rechte'. Het EVRM eist slechts een rechtsmiddel voor een 'nationale instantie'. Het Handvest stelt strengere eisen dan

Straatsburg, maar niet duidelijk is hoe scherp het Hof dit verschil in de praktijk doorzet. Hoe dan ook verhouden bepaalde onderzoeksmaatregelen zich moeilijk tot een beklagmogelijkheid *ex ante*. Het EHRM eist dat dan ook niet in zijn rechtspraak.[5] Het is – blijkens de Straatsburgse jurisprudentie – voorts niet nodig dat het rechtsmiddel op elk specifiek moment van de doorzoeking en inbeslagname mogelijk is. Het rechtsmiddel hoeft zelfs niet beschikbaar te zijn in de strafprocedure in het kader waarvan de doorzoeking en inbeslagname is gevorderd.[6] Het is jammer dat de uitspraak van het Hof niet duidelijk maakt of het op dit punt dezelfde lijn volgt als het EHRM.

5. De vraag rijst voorts of Nederland – gelet op deze uitspraak – voldoende voorziet in een beroep in rechte in het strafproces. In ons land geldt een gesloten stelsel van rechtsmiddelen. De wet geeft aan wanneer een rechtsmiddel wel of niet mogelijk is. Voorts kennen wij het concentratiebeginsel, neergelegd in de artikelen 406 en 428 Sv. Bij een uitspraak, niet zijnde een einduitspraak, kan alleen een rechtsmiddel worden aangewend met het rechtsmiddel tegen de einduitspraak. Tegen een doorzoeking kan tussentijds aldus niet in rechte worden opgekomen. De verdachte kan ter terechtzitting wel een onrechtmatig verkregen bewijsverweer voeren op grond van artikel 359a Sv. Tegen de inbeslagneming kan de belanghebbende op grond van artikel 552a Sv beklag indienen. Als niets inbeslaggenomen is, staat een beklag *ex art. 552a Sv* echter niet open. De civielrechtelijke route lijkt in dat geval ook geen soelaas te bieden. In artikel 3:303 BW staat namelijk dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. De ‘voldoende belang’-eis staat dan mogelijk in de weg aan een beroep in rechte.[7] Eventueel kan een beroep op artikel 13 EVRM worden aangemerkt als een voldoende belang in de zin van de BW bepaling. Dan zou een voorziening toch openstaan.[8] Mij zijn hiervan geen voorbeelden bekend.

Bij een getuigenverhoor (waar het EOB in onderhavige casus ook betrekking op had) geldt in Nederland dat de niet verschoningsgerechtigde getuige verplicht is om te getuigen. Eventueel kan de overheid de getuige zelfs gijzelen. De getuige heeft dan echter wel recht op bijstand van een advocaat, artikel 225 Sv. In een beroepsmogelijkheid bij de rechter voorziet de wet niet; dat zou de efficiency van het gebod ook niet ten goede komen. Mogelijk dat nog een kortgedingprocedure tegen de beslissing van de officier van justitie kan worden gestart. Ik zie alleen nog niet zo goed voor me wat dan de juridische grondslag zou moeten zijn. Is dat het onrechtmatig handelen van de officier? Hoe kan zijn handelen als onrechtmatig worden aangemerkt door het oproepen van een getuige? Er is toch niet voor niets in de wet geregeld dat getuigen kunnen worden opgeroepen en moeten verschijnen? Is het een inbreuk op artikel 8 EVRM? Ten aanzien daarvan geldt, in het verlengde van voorgaande, dat inmenging gerechtvaardigd is voor de opsporing van strafbare feiten. Kan dan nu als grondslag worden aangevoerd dat moet worden voorzien in toegang tot een juridische procedure omdat het Hof

dat heeft bepaald? Dat lijkt mij – gelet op voorgaande – een formeel, maar geen inhoudelijk argument.

Los van voorgaande mogelijkheden kan op grond van de Politiewet 2012 een klachtprocedure worden gestart, is er een klachtenregeling in de Algemene wet bestuursrecht en kan beklag worden gedaan bij de Ombudsman.[9] Maar omdat het Handvest een *rechterlijke* instantie eist, volstaan deze procedures niet.

Nederland voorziet evenwel, zoals hiervoor aan de orde kwam, in mogelijke procedures voor een rechter zowel ter zake de doorzoeking als de inbeslagneming. Het getuigenverhoor is met waarborgen omkleed, maar er is géén beroepsmogelijkheid bij een rechter. Mogelijk volstaat het Nederlandse systeem op dit punt niet. Dat zou betekenen dat een Nederlands EOB-verzoek tot getuigenverhoor in het buitenland problematisch is. Nederland dient dan te voorzien in een rechtsmiddel. De beoogde getuigen zouden in beroep moeten kunnen gaan tegen het Nederlandse EOB-verzoek om hen in het buitenland te horen. Een beroepsmogelijkheid op dit onderdeel verhoudt zich echter minder goed met het uitgangspunt dat getuigen een plicht hebben de opsporing – indien mogelijk – te helpen. Het EHRM heeft overigens ook geen kritiek op de getuigenprocedure in Bulgarije geuit in combinatie met artikel 13 EVRM. Ik kan mij niet voorstellen dat het Hof een zo vergaande uitspraak heeft willen doen dat Nederland ten aanzien van het getuigenverhoor de wetgeving moet aanpassen door te voorzien in een expliciete beroepsmogelijkheid. Eerder lijkt het er op dat het Hof alle EOB-verzoeken in één heeft meegenomen en minder goed heeft doordacht dat de doorzoeking en inbeslagname van een andere aard zijn dan een getuigenverhoor.

Bovendien lijkt het er op dat het Hof de diverse veroordelingen van Bulgarije door het EHRM met betrekking tot doorzoeking en inbeslagname – zonder dat tussentijds de Bulgaarse wet is aangepast – zwaar weegt. Anders dan Bulgarije is Nederland in dit kader niet (meermaals) veroordeeld voor schending van artikel 13 EVRM. Gelet op deze context ligt het minder voor de hand dat Nederland tekort zou schieten.

6. Overeenkomstig artikel 11 lid 1 onder f van de Richtlijn mag de *uitvoerende* lidstaat de tenuitvoerlegging van het EOB weigeren als er ‘gegronde redenen’ zijn om aan te nemen dat de uitvoering van een EOB niet verenigbaar zou zijn met de grondrechten die door het Handvest worden gewaarborgd. De onmogelijkheid om in de uitvaardigende lidstaat op te komen tegen een EOB blokkeert aldus de wederzijdse erkenning. De uitvoerende lidstaat kan aan het EOB dan geen gevolg geven (kan het verzoek niet erkennen). De erkenning en daarmee uitvoering van een EOB zou immers leiden tot schending van artikel 47 van het Handvest (zie ook par. 56-59). Dit arrest maakt aldus ook duidelijk dat de uitvaardigende lidstaat dient te beoordelen of de uitvaardigende lidstaat voorziet in een systeem van rechtsmiddelen.

Een EOB uit Bulgarije kan – gelet op de huidige stand van zaken – niet zomaar door andere lidstaten worden uitgevoerd. Het beginsel van loyale samenwerking en wederzijds vertrouwen komt hiermee op losse schroeven te staan.

7. Deze zaak kan worden geplaatst binnen een bredere ontwikkeling waarin het Hof meer oog heeft voor de bescherming van grondrechten in het strafprocesrecht. Dat sluit natuurlijk aan bij het uitgangspunt in artikel 6 VEU waarin de erkenning van grondrechten tot uitdrukking komt. De verscherpte koers vormt vermoedelijk ook een reactie op de toenemende zorgen over de verslechterende mensenrechtensituatie in lidstaten als Polen, Hongarije en in dit opzicht ook Bulgarije.[10] Voor het waarborgen van grondrechten ziet het Hof een grote rol weggelegd voor de nationale rechter. Het Hof meent dat het misbruiken van macht en het voorkomen van willekeur het beste kan worden voorkomen door deze autoriteit, die onafhankelijk is van de uitvoerende en executieve macht, sterkere teugels in handen te geven. In diverse recente uitspraken kent het Hof dan ook bevoegdheden toe aan de rechter of stelt het dat in elk geval beroep bij een rechter mogelijk moet zijn. Zo oordeelde het Hof in de gevoegde zaken *OG en PI*[11] en de zaak *AZ*[12] dat het uitvoeren en het uitvoeren van een Europees Aanhoudingsbevel (EAB) dient te geschieden door een rechter, of anderszins een onafhankelijke rechterlijke instantie waarbij dan beroep bij een rechter mogelijk moet zijn gelet op de ingrijpende inbreuk op het recht op vrijheid die een EAB met zich brengt. In de zaak *A. e.a.* werd duidelijk dat een EOB wél door een officier van justitie kan worden uitgevaardigd, maar dat dan wel moet worden voorzien in een beroepsmogelijkheid bij een rechter.[13] In de zaak *Prokuratuur* oordeelde het Hof voorts dat het Openbaar Ministerie (OM) niet zonder tussenkomst van een rechter toegang zou mogen krijgen tot verkeers- of locatiegegevens in verband met de inbreuk op het recht op privacy.[14]

8. Nederland heeft naar aanleiding van de zaken *OG en PI* en *AZ* de overleveringsprocedure moeten aanpassen en bevoegdheden die voorheen toekwamen aan de officier van justitie belegd bij de rechter-commissaris dan wel de Rechtbank Amsterdam.[15] Mogelijk dat onderhavige uitspraak gevolgen heeft voor de Nederlandse procedure met betrekking tot getuigenverhoor. Naar aanleiding van *Prokuratuur* dient Nederland de systematiek van de Wet Vorderen Gegevens te wijzigen en te voorzien in aanpassing van de huidige artikelen 126n, 126u en 126zh Sv. Die artikelen geven de officier van justitie de bevoegdheid gegevens te vorderen bij een communicatiedienst. De uitspraken roepen verbazing op vanuit de optiek van het OM omdat het bevoegdheden ziet verdwijnen en dit de effectiviteit van de opsporing en vervolging niet ten goede zou komen. Binnen Nederland is er – in vergelijking tot andere Europese landen – bovendien veel vertrouwen in het politie- en justitieapparaat.[16] Dat maakt de koers van het Hof vanuit Nederlands oogpunt wellicht minder vanzelfsprekend. Tegelijkertijd kan niet worden ontkend dat het wenselijk is dat een onafhankelijke

rechterlijke instantie controleert, zeker in geval grondrechten binnen de EU in het geding zijn en de noodzaak van ingrijpende strafrechtelijke maatregelen ter discussie staat. Lidstaten dienen te voorzien in voldoende waarborgen om de grondrechten te beschermen en misbruik van macht en willekeur tegen te gaan. Onderhavige uitspraak kan in dat kader worden toegejuicht, zij het dat het de strafrechtelijke samenwerking minder automatisch en snel maakt.

Sjarai Lestrade

[1] *Gavanozov I*, HvJ 24 oktober 2019, zaak C|324/17, EU:C:2019:892.

[2] Zie conclusie AG Bot 11 april 2019, *Gavanozov I*, zaak C|324/17, ECLI:EU:C:2019:312.

[3] Zie ook conclusie AG Bobek 29 april 2021, *Gavanozov II*, zaak C-852/19, ECLI:EU:C:2021:346.

[4] *Iliya Stefanov t. Bulgarije*, EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, EC:ECHR:2008:0522JUD006575501, par. 59; *Stoyanov e.a. t. Bulgarije*, EHRM 31 maart 2016, nr. 55388/10, CE:ECHR:2016:0331JUD005538810, par. 152|154; en *Posevini t. Bulgarije*, EHRM 19 januari 2017, nr. 63638/14, CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, par. 84|86.

[5] Zie *Ilya Stefanov tegen Bulgarije*, EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, CE:ECHR:2008:0522JUD006575501, par. 59. Zie ook conclusie AG Bobek 29 april 2021, *Gavanozov II*, zaak C-852/19, ECLI:EU:C:2021:346, par. 64.

[6] Zie voor een voorbeeld *Camenzind tegen Zwitserland*, EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, ECLI:NL:XX:1997:AD4545, NJ 1999/623 m.nt. G. Knigge. Zie voorts ook de conclusie van AG Bobek 29 april 2021, *Gavanozov II*, zaak C-852/19, ECLI:EU:C:2021:346, par. 64 en 65. Hij verwijst eveneens naar *Posevini tegen Bulgarije* EHRM 19 januari 2017, nr. 63638/14, CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, par. 85.

[7] Zie bijvoorbeeld Rb. Limburg 12 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12914.

[8] Zie ook de annotatie van Knigge onder punt 4 bij *Camenzind tegen Zwitserland*, EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, ECLI:NL:XX:1997:AD4545, NJ 1999/623 m.nt. G. Knigge.

[9] Zie ook de annotatie van Knigge onder punt 5 bij *Camenzind tegen Zwitserland*, EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, ECLI:NL:XX:1997:AD4545, NJ 1999/623 m.nt. G. Knigge.

[10] J.W. Ouwerkerk, S.M.A. Lestrade, K.M. Pitcher, J.H. Crijns en J.M. ten Voorde, *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht, Een verkennende*

studie naar een toekomstbestendige vormgeving van de rol en de positie van het openbaar ministerie in de EU-brede justitiële samenwerking in strafzaken, Onderzoek in opdracht van WODC, Den Haag: 2021, p. 4.

[11] HvJ EU (GK) 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 (OG) en C-82/19 PPU (PI), ECLI:EU:C:2019:456, *EHRC* 2019/181 m.nt. Lestrade.

[12] HvJ (GK) 24 november 2020, zaak C-510/19 (AZ), ECLI:EU:C:2020:953, *EHRC Updates* m.nt. Lestrade.

[13] HvJ EU 8 december 2020, *A e.a.*, zaak C-584/19, ECLI:EU:C:2020:1002.

[14] HvJ 2 maart 2021, *Prokuratuur*, Zaak C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, *EHRC Updates* m.nt. Van Toor.

[15] Zie in dit kader J.W. Ouwerkerk, S.M.A. Lestrade, K.M. Pitcher, J.H. Crijns en J.M. ten Voorde, *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht, Een verkennende studie naar een toekomstbestendige vormgeving van de rol en de positie van het openbaar ministerie in de EU-brede justitiële samenwerking in strafzaken*, Onderzoek in opdracht van WODC, Den Haag: 2021.

[16] Zie ook de cijfers op <https://www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/82378ned?dl=1B45F> en Vertrouwen - Nederland langs de Europese meetlat | 2019 | CBS.