

## EUROPEES AANHOUDINGSBEVEL, NIEUW BEDRIJFSRISICO?

W.R. Jonk, mr R. Malewicz en mr G.P. Hamer<sup>1</sup>

Binnenkort zal het Europees aanhoudingsbevel in de Nederlandse regelgeving worden geïmplementeerd. De datum van 1 januari 2004 zoals toegezegd in het kaderbesluit gaat Nederland niet meer halen. Het zal daarna echter niet lang meer duren voordat de nieuwe overleveringswet van kracht wordt. Met de nieuwe procedure zullen door Europese justitiële autoriteiten uitgevaardigde aanhoudingsbevelen direct uitvoerbaar zijn. Deze nieuwe wetgeving is het rechtstreekse gevolg van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie.<sup>2</sup> Al door de Europese Raad in Tampere (1999) werd besloten dat het beginsel van wederzijdse erkenning de hoeksteen zou moeten vormen van een echte Europese justitiële rechtsruimte. De terroristische aanslagen in de Verenigde Staten op 11 september 2001 hebben vervolgens als een katalysator op de besluitvorming gewerkt. In de strijd tegen het terrorisme kwam het Europees aanhoudingsbevel voortvarend tot stand. Op 13 juni 2002 werd door de lidstaten van de Europese Unie (EU) unaniem besloten dat het Europees aanhoudingsbevel in alle lidstaten voor 1 januari 2004 zou moeten zijn ingepast in de nationale wetgeving.

De uitleveringsprocedure in Nederland zal daardoor, voor wat betreft uitleveringen tussen lidstaten van de EU, sterk veranderen. En daarbij zit het hem niet alleen in de naamswijziging, uitlevering wordt vanaf dan "overlevering".

### De nieuwe "overleveringsprocedure"

De nieuwe overleveringsprocedure verschilt aanzienlijk met de oude procedure van uitlevering. Duidelijk is dat de onderhandelaars die betrokken waren bij het opstellen van het kaderbesluit voornamelijk hebben gestreefd naar een snelle procedure. Over het algemeen leidt een dergelijk streven echter niet tot een verbetering van de positie van de opgeëiste persoon. De belangrijkste veranderingen in de procedure zijn grofweg de volgende.

De Minister van Justitie heeft geen rol meer in de overleveringsprocedure. Zowel ten aanzien van het ontvangen van verzoeken, als ten aanzien van het oordeel of het verzoek moet worden ingewilligd is er voor de minister geen taak meer weggelegd. Daarnaast wordt een Europees aanhoudingsbevel slechts beoordeeld in één instantie.<sup>3</sup> Waar het uitleveringsverzoek door rechtbank en Hoge Raad op toelaatbaarheid wordt getoetst en vervolgens door de minister (en soms nog de voorzieningenrechter) over het inwilligen van het verzoek wordt beslist, is in de overleveringsprocedure slechts de rechtbank bevoegd een beslissing te nemen over uitvoering van het Europees aanhoudingsbevel. De duidelijkste verandering gericht op het versnellen van de procedure, is het vastleggen van de termijnen waarbinnen een beslissing moet zijn genomen op een ontvangen aanhoudingsbevel. Zeker gezien het feit dat in het uitleveringsrecht helemaal geen termijnen worden gesteld en het nu gemiddeld dan ook acht maanden duurt voordat er een definitieve uitspraak wordt gedaan, is een termijn van 60 dagen kort te noemen. Ten slotte is voor een lijst van 31 delicten de toetsing van dubbele strafbaarheid afgeschaft. Naast voornoemde procedurele veranderingen brengt het afschaffen van deze toets eigenlijk de grootste verandering in materiële zin met zich, aangezien de dubbele strafbaarheid één van de wezenskenmerken is van het uitleveringsrecht. Het vervolg van dit artikel zal zich richten op de mogelijke consequenties van deze materiële verandering.

<sup>1</sup> Verbonden aan Cleerdin & Hamer advocaten als juridisch medewerker resp. advocaten

<sup>2</sup> Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie, 13 juni 2002, betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen lidstaten, 2002/ 584/ JBZ.

<sup>3</sup> Dat zal de rechtbank Amsterdam worden.

## De dubbele strafbaarheid in de uitleveringsprocedure

Uitlevering is een procedure waarbij twee staten elkaar behulpzaam zijn bij het handhaven van hun onderscheiden strafrechtelijke normen. De steeds groter wordende mobiliteit van personen en het toenemende grensoverschrijdende karakter van criminaliteit hebben de noodzaak tot deze samenwerking alleen maar vergroot. Ondanks deze noodzaak stellen staten wel voorwaarden bij de wederzijdse rechtshulp. Het strafrecht is één van de rechtsgebieden waarop zeer sterk wordt gehecht aan soevereiniteit. Dit leidt ertoe dat een staat niet snel geneigd zal zijn een opgeëiste persoon uit te leveren voor feiten die in die staat zelf niet strafwaardig worden geacht. Vandaar ook dat een uitleveringsverzoek altijd de toets van dubbele strafbaarheid moet kunnen doorstaan. Is dat niet het geval, dan wordt de uitlevering zeker ontoelaatbaar verklaard.

Voor de uitvoering van de toets van dubbele strafbaarheid wordt de zogenaamde 'sinnemäßige umstellung' toegepast. Dit wil zeggen dat getoetst wordt of de feiten zoals die door de verzoekende staat gesteld worden in Nederland strafbaar zouden zijn, als zij in Nederland gepleegd zouden zijn. Op deze grond heeft de Hoge Raad al vele uitleveringen ontoelaatbaar verklaard. Het huren van een hotelkamer met de intentie deze niet te betalen, levert in Nederland bijvoorbeeld geen oplichting op.<sup>4</sup> Het Duitse uitleveringsverzoek dat uitlevering vroeg terzake van deze feiten werd dus ontoelaatbaar verklaard. Het gaat er bij de dubbele strafbaarheid dus niet om of Nederland een soortgelijke strafbepaling kent, maar of de feiten zoals die volgens de verzoekende staat hebben plaatsgevonden in Nederland strafbaar zouden zijn. Een inhoudelijke toets dus, die overigens in de uitleveringsprocedure zoals wij die nu kennen gewoon blijft bestaan. Alleen voor zover het gaat om overlevering naar lidstaten van de EU in het kader van het Europees aanhoudingsbevel wordt de toets (deels) afgeschaft.

## Het nieuwe systeem

Het niet langer inhoudelijk toetsen van de dubbele strafbaarheid heeft in de nieuwe procedure van overlevering voor een lijst van 31 delicten grote gevolgen. Niet alleen voor 'criminelen' maar mogelijk ook voor Nederlandse ondernemers die betrekkingen onderhouden met lidstaten van de EU.

Europese aanhoudingsbevelen worden uitgevaardigd door middel van een standaardformulier. Eén van de dingen die daarop in voorkomende gevallen moet worden ingevuld is onder welk delict op de lijst de feiten volgens het recht van de uitvaardigende staat vallen. Voor de vraag of de gedraging inderdaad valt onder één van de delicten is uitsluitend het recht van de uitvaardigende staat van belang. Vult de uitvaardigende justitiële autoriteit één van deze delicten in, dan wordt daarmee de dubbele strafbaarheid voorondersteld.

Het afschaffen van de dubbele strafbaarheidstoets was aanvankelijk bedoeld voor een categorie delicten die als terroristische activiteiten aangemerkt konden worden, of in ieder geval voor delicten die in alle lidstaten van de EU strafbaar zouden zijn. Voor die delicten is de dubbele strafbaarheid immers gegeven en toetsing dus overbodig. In de loop der tijd zijn er echter ook delicten op de lijst terecht gekomen die in de verste verte niet met terrorisme te maken hebben en die (met een beetje kwade wil) ook op ondernemers met Europese activiteiten van toepassing kunnen zijn. Daarbij moet gedacht worden aan delicten als corruptie, fraude, witwassen, informatiecriminaliteit, milieumisdrijven, oplichting en namaak van producten en productpiraterij. Deze delicten kunnen ook op ondernemers van toepassing zijn, omdat binnen de EU het overleveringsrecht weliswaar aan de eisen van het kaderbesluit moet voldoen, maar de strafbepalingen in de EU nog lang niet geharmoniseerd zijn. Bovendien zijn de delicten in het kaderbesluit niet nader gedefinieerd zodat iedere lidstaat de delicten volgens zijn eigen wetgeving en rechtspraak kan interpreteren.

---

<sup>4</sup> HR 5 november 2002, NJ 2003, 232

Gedragingen die in Nederland geen oplichting opleveren, zijn dat in het buitenland wel. En oplichting is een delict dat staat op de lijst van 31 delicten. Het hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad zou onder de overleveringswet dus heel anders geweest zijn.<sup>5</sup> Als de Duitsers stellen dat naar Duits recht de gedraging als oplichting strafbaar is, dan moet Nederland overleveren ook al achten wij hetzelfde gedrag niet strafbaar.

### **Consequenties voor (in Nederland) niet strafbaar gestelde gedragingen**

Voor de praktijk kan de hierboven geschetste problematiek grote gevolgen hebben. Daarbij hoeft het echt niet alleen om louche zaken te gaan. Al eerder wees Blekxtoon in dit verband op feiten die in Nederland niet (meer) strafbaar zijn.<sup>6</sup> De problemen waar het in de discussie met name om gaat betreffen feiten die niet in het Wetboek van Strafrecht voorkomen zoals 'racketeering' en feiten die in Nederland niet meer strafbaar zijn zoals euthanasie en abortus. De nieuwe wet heeft echter ook grote gevolgen voor de normale handelsbetrekkingen.

Een voorbeeld: Een Nederlands bedrijf krijgt door een Grieks bedrijf een partij goederen geleverd en betaalt deze vervolgens niet omdat ze niet voldoen aan de afgesproken kwaliteitseisen. Het Griekse bedrijf doet daarop aangifte van oplichting bij de Griekse autoriteiten die vervolgens, vanwege het ontbreken van het opportuniteitsbeginsel, vervolging instellen en een Europees aanhoudingsbevel doen uitgaan. Naar Nederlands recht zou dit een civielrechtelijk geschil zijn dat derhalve bij de civiele rechter moet worden aangebracht. Een uitleveringsverzoek zal dus worden afgewezen omdat niet voldaan is aan de eis van dubbele strafbaarheid. Onder de nieuwe wetgeving mag de Nederlandse rechter echter niet meer toetsen aan de dubbele strafbaarheid en is het feit dat de Grieken stellen dat er sprake is van oplichting naar Grieks recht voldoende.

Een tweede voorbeeld; een Nederlandse hobbyist knutselt graag met brommers. Van allerlei onderdelen zet hij zelf volgens een bepaald door hem bedacht model brommers in elkaar. Dit gaat zo goed dat er op een goede dag iemand bij hem komt uit Italië die 100 van dat soort brommers van hem wil afnemen. De Nederlandse hobbyist maakt de brommers en laat ze vervolgens naar Italië vervoeren. De Italiaanse justitie krijgt de brommers echter in het vizier en beschuldigt de Nederlander van namaak van 'Vespa' brommers. In Italië is dit een strafbaar feit dat met voldoende straf bedreigd is, maar in Nederland niet. Desondanks kan Italië een Europees aanhoudingsbevel uitvaardigen terzake van namaak van producten. Nederland kan de uitvoering hiervan vervolgens niet weigeren vanwege het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht. In het nieuwe overleveringsrecht is die weigeringgrond niet meer absoluut, aangezien niet meer inhoudelijk wordt getoetst als het een delict op de lijst betreft.

Een laatste voorbeeld; een Nederlandse onderneming exporteert bloemen naar Polen, dat vanaf 1 mei 2004 lid wordt van de EU. Onderweg naar Polen begeeft de koeling van de vrachtwagen het en daardoor komen de bloemen bedorven in Polen aan. Onder de Poolse wetgeving zou de invoer van bedorven bloemen een milieumisdrijf kunnen zijn en bovendien stelt Polen de eigenaar van de vrachtwagen daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk. Naar Nederlands recht is de invoer van bedorven bloemen niet strafbaar en de eigenaar van de vrachtwagen al helemaal niet. Een verzoek tot uitlevering zou dus ontoelaatbaar verklaard worden. Onder de nieuwe regeling kan de Poolse justitie echter een Europees aanhoudingsbevel uitvaardigen tegen de directeur van het transportbedrijf. Naar Pools recht heeft hij zich immers schuldig gemaakt aan een milieumisdrijf, een delict dat op de lijst staat en waarvoor de dubbele strafbaarheid wordt voorondersteld.

De strafbaarstellingen in het buitenland zoals die hier genoemd zijn hoeven niet op waarheid te berusten. Het probleem is echter dat wij dat niet (kunnen) weten. Bovendien is het ondoenlijk om alle strafwetgeving van de verschillende lidstaten te kennen en bij te houden.

<sup>5</sup> Daargelaten dat de Hoge Raad in de overleveringsprocedure geen rol meer speelt

<sup>6</sup> Blekxtoon, R. "Europees arrestatiebevel", NJB, 2002 afl. 22 p. 1058-1061

Door de veranderingen die binnenkort gaan plaatsvinden is dat echter wel raadzaam. En dan hebben wij het alleen nog maar over de verschillen in delictomschrijvingen. Bijkomende problemen van materiele aard kunnen bijvoorbeeld nog voortkomen uit het daderschapbegrip. Zoals in het laatste voorbeeld kunnen verschillen in het leerstuk rond functioneel daderschap of een nog ruimere uitleg dan in Nederland van het begrip medeplegen voor onaangename verrassingen zorgen. Een oerwoud aan eventuele strafrechtproblemen doemt dan ook op.

Het afschaffen van de dubbele strafbaarheidstoets en de verschillen in het strafrecht tussen de lidstaten zorgt er dus voor dat het onderhouden van handelsbetrekkingen met lidstaten van de EU een extra risico met zich brengt. Dit alles terwijl de export nog steeds één van de kurken is waarop de Nederlandse economie drijft. En het risico betreft natuurlijk niet alleen de overlevering op zichzelf. De procedure alleen al zal een hoop rompslomp met zich brengen en is bovendien niet goed voor de handelsbetrekkingen. Bovendien werkt de regeling misbruik in de hand. Als een buitenlandse justitiële autoriteit iemand graag overgeleverd wil zien, is het niet ondenkbaar dat die buitenlandse justitiële autoriteit de verdenking een beetje aandikt om de toets van dubbele strafbaarheid te omzeilen. Wat dat betreft kan niet van alle lidstaten op voorhand worden gesteld dat zij even scrupuleus met de waarheid in internationale rechtshulpverzoeken omgaan als de Nederlandse Staat dat doet.<sup>7</sup> Als dan op de terechtzitting van de inmiddels naar het buitenland overgeleverde persoon blijkt dat de verdenking op basis waarvan is overgeleverd wel erg ruim was, is het echter al te laat. De overlevering is dan niet meer te redresseren, laat staan het verblijf in een buitenlands Huis van Bewaring, dat veelal niet voldoet aan de Nederlandse normen. Voor de raadsman is het uiterst moeilijk dergelijke situaties aan te tonen. Ook hij heeft geen kennis van alle Wetboeken van Strafrecht die gelden binnen de EU en al zou hij die kennis willen verwerven, dan bestaat er nog een taalbarrière. Zou hij zich ook die moeite nog getroosten, dan stuit hij vervolgens op het bijkomend probleem dat de termijnen die de overleveringswet hanteert erg kort zijn en de tijd voor een onderzoek dus beperkt. Bovendien ligt het vertrouwensbeginsel ten grondslag aan de wet, wat de weerlegging van stellingen van de uitvaardigende staat extra moeilijk maakt.

### **De ontsnappingsclausule**

Ondanks bovenstaande problematiek is het voor de rechtbank onder omstandigheden mogelijk de overlevering te weigeren. Deze mogelijkheid is opgenomen in het kaderbesluit en de wet om ervoor te zorgen dat een staat iets van de eigen ideeën over strafwaardigheid kan behouden.<sup>8</sup> In de discussie over het Europees aanhoudingsbevel wordt hierbij met betrekking tot Nederland altijd gewezen op het liberale beleid ten aanzien van soft drugs, euthanasie en abortus. Het is echter niet alleen voor die delicten dat deze bepaling van belang kan zijn.

Op grond van artikel 13 van de overleveringswet moet de rechtbank de overlevering weigeren als de feiten zich geheel of gedeeltelijk op Nederlands grondgebied hebben afgespeeld. In alle bovenstaande voorbeelden is dit het geval en dus kan de overlevering op die grond geweigerd worden. Aanvankelijk had de rechtbank ten aanzien van de toepassing van deze weigeringgrond een discretionaire bevoegdheid, maar onder druk van de Tweede Kamer is nu de verplichting in de wet opgenomen de overlevering te weigeren in alle gevallen waarin deze situatie zich voordoet. Er is echter een complicerende factor in de vorm van een vordering van de Officier van Justitie deze weigeringgrond niet toe te passen.

Als de rechtbank de overlevering uitsluitend op deze grond dreigt te weigeren, kan hij bij de rechtbank vorderen dat deze weigeringgrond niet zal worden toegepast. De rechtbank kan een dergelijke vordering alleen verwerpen als zij die als onredelijk bestempelt.

<sup>7</sup> Rechtbank Amsterdam, 22 oktober 2002, LJN AE9153, r.o. D 11

<sup>8</sup> Zie artikel 13 Overleveringswet en artikel 4, lid 7 Kaderbesluit

Toepassing van de weigeringgrond is dus mede afhankelijk van de vordering van de Officier van Justitie en de maatstaf die aangelegd wordt voor de kwalificatie 'onredelijke vordering'. Daarbij moet nog in ogenschouw genomen worden dat de Officier van Justitie bij zijn vordering eigen belangen kan laten meespelen. In een andere zaak zal een Officier van Justitie wellicht zelf een Europees aanhoudingsbevel uitvaardigen waarbij hij de welwillendheid van een buitenlandse officier goed kan gebruiken. Om te voorkomen dat deze motieven aan de vordering van de Officier van Justitie ten grondslag liggen en om de hierboven geschetste problemen op te lossen zou er zo snel mogelijk na het van kracht worden van de wet een richtlijn van het College van Procureurs-generaal moeten worden uitgevaardigd. In die richtlijn moet het officieren van justitie verboden worden een dergelijke vordering te doen als de feiten naar Nederlands recht niet strafbaar zouden zijn. Daarmee wordt de eis van dubbele strafbaarheid deels weer ingevoerd, maar met een reden. De bedoeling van de lijst van 31 delicten was dat er delicten op zouden staan die in alle lidstaten van de EU strafbaar zijn. Aan de eis van dubbele strafbaarheid zou daarmee altijd voldaan zijn en de uitvoerende staat zou niet hoeven meewerken aan een vervolging terzake van feiten die zij niet strafwaardig acht. Zoals hierboven al geschetst is de lijst inmiddels zodanig uitgebreid dat hiervan geen sprake meer is. Alle reden dus om de eis van dubbele strafbaarheid zo veel mogelijk te handhaven. In ieder geval totdat de lijst van 31 delicten is voorzien van een deugdelijke inhoudelijke omschrijving.

## **Conclusie**

Het afschaffen van de eis van dubbele strafbaarheid was bedoeld om de bestrijding van terrorisme gemakkelijker te laten verlopen. Inmiddels heeft het echter geleid tot een dusdanige versoepeling van het Europese uitleveringsrecht (in EU verband straks overleveringsrecht) dat ook normale handelsbetrekkingen met EU-lidstaten het risico met zich brengt dat een Europees aanhoudingsbevel wordt uitgevaardigd. De mogelijkheid voor de rechtbank om uitvoering van een verzoek zoals hierboven geschetst te weigeren is aanwezig, maar kan door de Officier van Justitie aan een extra motiveringseis worden onderworpen. Het is zaak dat de rechtbank zich niet te gemakkelijk door de Officier van Justitie zal laten overtuigen dat aan de weigeringgrond geen uitvoering moet worden gegeven. Zeker direct na het van kracht worden van de overleveringswet is het van belang de lidstaten te overtuigen van het feit dat misbruik van de regeling niet lonend is. Beter nog zou een richtlijn van het College van PG's zijn waarbij de vordering van de officier in bepaalde gevallen wordt verboden. Uiteindelijk zal harmonisatie van het strafrecht in de EU of tenminste nadere invulling van de delicten op de lijst de definitieve oplossing moeten bieden. Met de huidige regeling kan de overlevering door Nederland weliswaar geweigerd worden, maar het aanhoudingsbevel blijft van kracht. In iedere andere lidstaat van de EU kunnen de directeur van de transportonderneming en de brommerhobbyist dus aangehouden en overgeleverd worden.