

\$\$\$ DISCUSSIE NOTITIE OVER CONCEPT-RICHTLIJN TEGEN RASSENDISCRIMINATIE
10 januari 2000

Peter R. Rodrigues (P.Rodrigues@law.uu.nl)

Introductie

Op 25 november 1999 heeft de Europese Commissie haar voorstellen gepresenteerd voor nieuwe anti-discriminatiewetgeving op grond van art. 13 EC. De voorstellen bestaan uit twee beleidsdocumenten en twee concept-richtlijnen. Eén richtlijn betreft de gronden ras, godsdienst of levensovertuiging, leeftijd, handicap of seksuele oriëntatie en beperkt zich tot de arbeid. De andere richtlijn betreft uitsluitend de grond ras en heeft zowel betrekking op arbeidssituaties als het aanbieden van goederen en diensten in ruime zin. Op grond van overwegingen van opportuniteit en effectiviteit heeft de Commissie Meijers (CM) haar commentaar vooralsnog beperkt tot de richtlijn met betrekking tot ras. De documenten zoals vastgesteld op 2 december 1999 hebben als uitgangspunt gediend voor deze notitie.

Algemeen commentaar

1. De concept-richtlijn gaat uit van de begrippen "racial or ethnic origin" zoals ook genoemd in art. 13 EC. Het verdient aanbeveling voor de nadere invulling van het begrip ras aansluiting te zoeken bij het VN-Verdrag ter Uitbanning van alle Vormen van Rassendiscriminatie van 1966 (IVUR). In art. 1 IVUR wordt onder het begrip ras mede begrepen huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming. Voor de interpretatie van het begrip ras valt zowel de Hoge Raad der Nederlanden¹ als het Europese Hof voor Rechten van de Mens² als het Mensenrechtencomité dat toeziet op naleving van het VN-Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten³ (Bupo) terug op de omschrijving van het IVUR. Ter voorkoming van verschillen in interpretatie kan in de (toelichting van de) richtlijn worden aangegeven dat met de begrippen "racial or ethnic origin" beoogd wordt aansluiting te zoeken bij de definitie uit het IVUR.

2a. Een collectief actierecht (representative action) voor private en publieke organisaties ontbreekt. Het voorstel maakt het weliswaar mogelijk als gemachtigde op te treden, maar deze mogelijkheid bestaat reeds in alle EU landen. Het collectief actierecht heeft juist tot doel dat gestelde ongelijke behandeling door een rechter beoordeeld kan worden los van de bijzondere omstandigheden van het individuele geval. Het actierecht biedt zodoende de mogelijkheid om tegen structurele vormen van discriminatie op te komen. Tevens biedt het collectief actierecht de

¹ HR 15 juni 1976, NJ 1976, 551 m.n. Van Veen.

² HvJRvdM 23 september 1994 (Jersild) NJCM-Bulletin 1995, nr. 2, p. 167-175.

³ General Comment 128 (37), VN doc.A/45/40.

mogelijkheid om belangen die individuele slachtoffers niet bij de rechter aanbrengen, toch in gebundelde vorm te behartigen.

2b. Het collectief actierecht is ook een belangrijk instrument ter bestrijding van grensoverschrijdende discriminatie. Een voorbeeld hiervan is de productie van racistisch foldermateriaal in het ene land, dat in het andere land verspreid wordt.⁴ Op het terrein van de consumentenbescherming wordt thans voorzien in een grensoverschrijdend collectief actierecht. Het betreft de richtlijn betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van consumentenbelangen.⁵ Ter bevordering van de bescherming tegen discriminatie zou op communautair niveau een vergelijkbaar actierecht tegen discriminatie moeten worden voorzien. Het geeft organisaties de bevoegdheid een grensoverschrijdend gerechtelijk verbod te vragen ter bescherming van de burgers in het land van vestiging van de instelling.

3. De richtlijn gaat niet uit van een structuur waarbinnen de nationale wetgever moet voorzien in een "national specialized body" die tot wettelijke taak heeft kosteloos klachten over discriminatie te onderzoeken en vervolgens over deze zaak een uitspraak te doen dan wel deze klachten aan gerechtelijke instanties voor te leggen. Vanwege de hoge drempel voor slachtoffers van discriminatie om hun klachten aanhangig te maken, blijken in de praktijk dergelijke instellingen in een belangrijke behoefte te voorzien (zoals bijvoorbeeld de Britse Commission for Racial Equality en Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling). Op deze wijze worden de normale procesdrempels (tijd, geld en moeite) en de terughoudendheid om discriminatiezaken aan de rechter voor te leggen gecompenseerd.

4a. De richtlijn heeft nadrukkelijk geen betrekking op onderscheid naar nationaliteit. Weliswaar wordt in de preambule (10) gesteld dat derdelanders onder de bescherming van de richtlijn vallen, maar daarvan is slechts sprake voorzover zij gediscrimineerd zijn vanwege hun ras. De uitsluiting van nationaliteit bij het voorstel tot een richtlijn doet afbreuk aan de bescherming van derdelanders. Het argument dat art. 12 hierover reeds een voorziening biedt faalt, omdat deze bepaling ingevolge de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie slechts bescherming biedt aan EU-onderdanen. Bovendien is het aannemelijk dat indien derdelanders op grond van hun nationaliteit gediscrimineerd worden, zij via de weg van indirect onderscheid naar ras zullen proberen bescherming te verkrijgen.⁶

4b. Afgaande op de opmerking in de preambule (10) dat derdelanders onder de bescherming van art. 13 EC vallen, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat Titel IV van het EG-Verdrag tevens betrekking heeft op derdelanders en dat derhalve de bescherming van art. 12 EC zich ook uitstrekt tot derdelanders. Deze opvatting zoals verwoord in de preambule impliceert dat de Commissie met de richtlijn tevens een verbreding van de werking van art. 12 voorstaat. Het is evenwel de vraag of de bescherming tegen onderscheid op grond van nationaliteit middels art. 12

⁴ Rb 4 november 1992 (VHO), Migrantenrecht 1993, nr. 1, MR 1993, 13, p. 13-16 m.n. Rodrigues.

⁵ Richtlijn 98/27/EG van 19 mei 1998, PbEG 1998, L166/51.

⁶ P.R. Rodrigues, Onderscheid naar nationaliteit en achterstelling in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, NJCM-Bulletin 1992, nr. 5, p. 503-517.

EC en art. 39 EC niet tot een minder vergaande rechtsbescherming leidt dan wanneer de grond nationaliteit aan de concept-richtlijn wordt toegevoegd. Dit laatste verdient dan ook de voorkeur.

4c. Het gegeven van de samenloop van etnische en religieuze kenmerken die tot discriminatie van minderheden kunnen leiden (bijvoorbeeld hoofddoeken), zou de aanbeveling rechtvaardigen om godsdienst tevens als verboden grond voor ongelijke behandeling in de richtlijn op te nemen. Gezien echter de specifieke eisen die opname van deze grond aan de systematiek van de richtlijn stelt, wordt het aanvaardbaar geacht dat deze grond nader wordt uitgewerkt in de richtlijn die zich beperkt tot discriminatie bij de arbeid.

5. In overweging 15 van de preambule wordt gesproken over adequate rechtsbescherming in civiele zaken tegen victimisatie. Het is niet duidelijk of met "civil matters" een beperking wordt beoogd tot private rechtsverhoudingen. Dit zou immers tot gevolg hebben dat in rechtsverhoudingen met de overheid de bescherming tegen victimisatie niet nodig wordt geacht. Ten aanzien van dit punt verdient de richtlijn verduidelijking.

6. Het is van belang dat de bepalingen met betrekking tot rechtsbescherming zodanig geformuleerd zijn dat hieraan rechtstreekse werking kan worden ontleend in het geval dat een Lid-Staat nalatig is om tijdig tot implementatie van de richtlijn over te gaan. Door middel van de rechtstreekse werking kunnen burgers op nationaal niveau alsnog bescherming aan de richtlijn ontleen door de betreffende Lid-Staat daarvoor aansprakelijk te stellen. Daartoe stelt het Europese Hof van Justitie de volgende drie cumulatieve eisen⁷:

- a. de geschonden rechtsregel strekt ertoe rechten aan particulieren toe te kennen: en
- b. er dient sprake te zijn van een voldoende gekwalificeerde schending, hetgeen onder meer betekent dat de inhoud van die rechten op grond van de richtlijn duidelijk bepaalbaar moet zijn; en
- c. er moet direct causaal verband zijn tussen de geleden schade en de nalatigheid van de Lid-Staat.

De bepalingen van de richtlijn, en met name art. 2 en 3, voldoen niet aan de eerste twee eisen zoals hiervoor weergegeven. Op dit punt behoeft de richtlijn bijstelling.

7. Vanuit de Starting Line Group is gepleit voor een verplichte twee jaarlijkse rapportage voor de Lid-Staten aan de Commissie. De CM onderschrijft het nut en belang van dit voorstel en doet daarbij de suggestie een vijf jaarlijkse evaluatiebepaling aan de richtlijn toe te voegen.

Artikelgewijs commentaar

Artikel 1

* Uit de tekst van art. 1 blijkt dat de richtlijn slechts ziet op de bescherming van "individuals". Dit betekent dat een Turkse vereniging die geweigerd wordt als huurder van een zaalruimte geen bescherming op grond van de richtlijn geboden wordt. Het verdient aanbeveling dergelijke

⁷ HvJEG 19 november 1991, zaak C-6/90, NJ 1994, 2 (Francovich). Ingevolge vaste jurisprudentie van het hof kunnen richtlijnen overigens geen verplichtingen scheppen voor particulieren.

organisatieverbanden bestaande uit personen met een bepaalde etnische samenstelling onder werking ervan te brengen.

* Een verwijzing naar de definitie van ras zou hier kunnen worden opgenomen. Hetzelfde geldt voor de toevoeging van de grond nationaliteit.

Artikel 2

* Van directe discriminatie is sprake indien

iemand ongelijk "has been of would be treated". Dit betekent zowel voltooid als toekomstig handelen valt onder de reikwijdte van de wet.

Van indirecte discriminatie is sprake als een neutraal criterium "is liable to adversely affect". Om discrepanties te voorkomen dient "is liable" aldus te worden opgevat dat hieronder eveneens zowel voltooid als toekomstig handelen begrepen kan worden. De tekst of toelichting dient hierin duidelijkheid te brengen.

* In tegenstelling tot het Nederlandse woord bejegening is bij de term "harassment" onduidelijk of één enkele handeling reeds tot de vaststelling van een verboden onderscheid kan leiden.

Artikel 3

* De bepaling onder (a) lijkt geen betrekking te hebben op vrijwilligerswerk, stages en ambtenaren. In bevestigende zin zou hieromtrent uitsluitel moeten worden gegeven.

* Het is onder (c) de vraag of pensioen valt onder "working conditions or pay". In bevestigende zin zou hieromtrent uitsluitel moeten worden gegeven.

* Het is onduidelijk wat onder (e) met "social protection" wordt bedoeld. De richtlijn zou hier duidelijkheid over moeten verstrekken.

* Wat wordt onder (h) verstaan onder het begrip "services"? Vallen hier ook overheidsdiensten onder, zoals politie, douane en vreemdelingendienst? In bevestigende zin zou hieromtrent uitsluitel moeten worden gegeven. Meer in het algemeen zou moeten worden aangegeven dat overheidsdienstverlening onder de reikwijdte van art. 3 valt.

* Een aantal maatschappelijke terreinen worden niet in art. 3 genoemd, terwijl evenmin duidelijkheid bestaat of deze eronder vallen. Het betreft hier onder andere huisvesting, gezondheidszorg, uitoefening van publieke functies en deelname aan het sociale en culturele leven (zie ook Starting Line). In bevestigende zin zou hieromtrent uitsluitel moeten worden gegeven. Tevens lijkt het in dit verband ook van belang het verenigingsleven (zoals bijvoorbeeld in de sport) onder het bereik van art. 3 te brengen.

Artikel 4

* De uitzondering van de Genuine Occupational Qualification (GOQ) lijkt sterk op de Amerikaanse en Canadese constructie van een Bona Fide Occupational Qualification. Aan deze Noord-Amerikaanse test worden zeer strenge eisen gesteld. Hetzelfde zou moeten gelden voor de GOQ en dat staat ook met zoveel woorden in de toelichting opgemerkt. In de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) is de uitzondering beperkter uitgelegd. Art. 2 lid 4 AWGB bepaalt dat een uitzondering op het verbod van rassendiscriminatie mogelijk is indien uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van de persoon bepalend zijn. Overigens blijkt deze beperking in de praktijk wel eens als te knellend te worden ervaren (* bron).

Artikel 5

* Deze bepaling beoogt de voorwaarden waaronder positieve actie is toegestaan te beschrijven. Moet de achterstand eerst vastgesteld worden en dienen de middelen om deze achterstand weg te

werken voldoen aan het vereiste van proportionaliteit? Betekent dit dat zo gauw de achterstand is weggewerkt dat het voorkeursbeleid niet meer is toegestaan?

* Is getracht met deze bepaling de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie te volgen met betrekking tot voorkeursbeleid (Kalanke en Marshall: * bron)? Hoe verhoudt zich deze jurisprudentie in geslachtszaken tot discriminatie op grond van ras. En welke betekenis heeft art. 141 lid 4 EC - waarin het voorkeursbeleid bij het Verdrag van Amsterdam is gecodificeerd ter compensatie van de strenge jurisprudentie van het hof - in dit verband voor deze richtlijn?

Artikel 6

* Wat is de sanctie indien het nationale beschermingsniveau vanwege de richtlijn op bepaalde punten zou afnemen?

Artikel 7

* Zie de opmerkingen onder algemeen onder (2).

Artikel 8

* De uitzondering van art. 8 lid 3 wordt niet genoemd in de richtlijn inzake het bewijs van sexediscriminatie (97/80). Het verdient aanbeveling deze toevoeging nader toe te lichten of te laten vervallen.

Artikel 9

* Het probleem van victimisatie komt veel voor, maar een adequate sanctie ontbreekt. Ook in de richtlijn wordt geen sanctie genoemd. Voorgesteld wordt victimisatie te bestraffen met een schadevergoedingsactie. De hoogte van de schadevergoeding dient voldoende afschrikwekkend en effectief te zijn en de vergoeding kan alleen aan het slachtoffer van de discriminatie ten goede komen.

Artikel 10

-

Artikel 11

* Het overleg over gedragscodes dient niet beperkt te worden tot sociale partners. Ook branche-organisaties kunnen hierover overleggen met organisaties van consumenten of ook immigranten.

* Uit het eerste lid zou de indruk kunnen ontstaan dat monitoring alleen van belang is in relatie tot arbeid. Hetzelfde geldt evenwel voor het aanbieden van goederen en diensten, en sociale zekerheid.

* Uit het tweede lid zou de indruk kunnen ontstaan dat de Genuine Occupational Qualifications onderhandelbaar zijn. Verduidelijking op dit punt verdient aanbeveling.

Artikel 12

* De bepaling met betrekking tot "independent bodies" volstaat niet. De bevoegdheden zijn te algemeen en te vrijblijvend en bieden daardoor onvoldoende waarborgen voor een succesvolle onafhankelijke instantie zoals de Commission for Racial Equality en de Commissie Gelijke Behandeling. Zo is bijvoorbeeld noodzakelijk dat de instelling wettelijke onderzoeksbevoegdheden heeft. Zie hierover verder de opmerkingen onder algemeen onder 3.

Artikel 13

Wet- en regelgeving in strijd met de richtlijn dient te worden ingetrokken. Niet duidelijk is binnen welke termijn de Lid-staten hun wet- en regelgeving geschoond dienen te hebben. Voorgesteld wordt deze operatie binnen twee jaar na de datum van inwerkingtreding te laten plaatsvinden.

Artikel 14-16

-

VRAGEN

1. Beperkt de CM zich tot de richtlijn?
2. Dienen gronden te worden toegevoegd, zoals nationaliteit of ook godsdienst?
3. Wordt actie ondernomen richting Den Haag, en zo ja op welke wijze (tijdsplanning, vorm, adressanten)?
1. Wordt actie ondernomen richting Brussel, en zo ja op welke wijze (tijdsplanning, vorm, adressanten)?
2. Met welke algemene opmerkingen kan de (subcie) CM zich verenigen en welke punten dienen komen te vervallen?
6. Met welke artikelgewijze opmerkingen kan de (subcie) CM zich verenigen en welke punten dienen komen te vervallen?
7. Moeten er nog (procedure)afspraken gemaakt worden met betrekking tot:
 - a. een notitie richting Den Haag
 - b. een notitie richting Brussel
 - c. de bijdrage voor het boekje derdelanders

NB De Commissie voorziet "limited costs" bij de uitvoering van de richtlijn (p. 24).

\$\$\$Memorandum t.b.v. de hoorzitting op 21 februari 2000

HET EU-GRONDRECHTENHANDVEST

1. Belang van het EU-Grondrechtenhandvest

Momenteel nemen de rechten van de mens in de verdragen waarop de Europese Unie is gebaseerd slechts een ondergeschikte plaats in. Wel is in artikel 6 lid 2 EU-verdrag erkend dat de Unie grondrechten eerbiedigt als algemene beginselen van gemeenschapsrecht, en dat daarbij inspiratie wordt geput uit het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en de constitutionele tradities van de lidstaten. Artikel 7 EU-verdrag voorziet daarnaast in maatregelen tegen lidstaten die deze rechten op ernstige en voortdurende wijze schenden. Een uitgewerkte *Bill of Rights* ontbreekt echter. Nu is dat gebrek historisch wel verklaarbaar, maar deze situatie is om ten minste vijf redenen onbevredigend.

- Allereerst is er een probleem dat tegenwoordig met de term *visibility* wordt omschreven: de Europese burger kan geen tastbare grondrechtencatalogus worden voorgehouden waaraan de EU zich heeft gecommitteerd. Dit gemis is met zoveel woorden erkend op de bijeenkomst van de Europese Raad te Keulen (juni 1999).
- In het verlengde hiervan kunnen *derde landen* die door de EU worden aangesproken op schendingen van mensenrechten, met recht de vraag stellen hoe het nu eigenlijk staat met de binding aan mensenrechten van de Unie zelf.
- Met de aanstaande *uitbreiding van de EU* groeit de behoefte aan een explicitering van de essentiële waarden van Europa. Dat zou ook de rechtszekerheid bij de toepassing van artikel 7 EU-verdrag ten goede komen.
- Het rechtsstatelijk niveau van communautaire *regelgeving* is niet gediend met de huidige situatie waarin grondrechten slechts de wat ambivalente status van 'algemene rechtsbeginselen' hebben. Bij het voorbereiden van regelgeving zouden Commissie, Raad en Europees Parlement van meet af aan rekening behoren te houden met een gezaghebbende grondrechtencatalogus.
- Ten slotte is er een probleem van *individuele rechtsbescherming*. De constituties van de lidstaten beschermen tegen de nationale overheid, maar staan in feite machteloos tegenover het supranationale EG-recht. Het EVRM is evenmin toegesneden op inbreuken die worden begaan door internationale organisaties. Het EG-Hof van Justitie (waaronder in deze notitie zowel het Gerecht van Eerste Aanleg als het Hof van Justitie in enge zin wordt begrepen) is dan wel bereid gebleken om de fundamentele rechten te beschermen, maar daarbij bepaalt het geheel zelfstandig hoever het wil gaan. Hieronder (§ 6) zal de mogelijkheid aan de orde komen dat het Hof van Justitie daarbij een te lage beschermingsstandaard hanteert.

Deze factoren pleiten voor aanvaarding van een EU-Grondrechtenhandvest. Daar staan wel enkele *risico's* tegenover. Een zwak geformuleerd Handvest zou kunnen leiden tot een verslechtering ten opzichte van de huidige situatie. Een 'statisch' Handvest kan de verdere rechtsontwikkeling belemmeren. Een niet-bindende verklaring zou niet leiden tot versterking van de rechtsbescherming.

Hieraan moet nog worden toegevoegd dat de aanvaarding van een Handvest *geen einde* zal maken *aan de huidige verwarring*. Naast de binnen de EU vigerende maatstaven (of het nu de door het Hof van de Justitie erkende rechtsbeginselen betreft, dan wel het Handvest) bestaat immers het EVRM op de naleving waarvan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) toeziet. Zelfs indien de tekst van het Handvest overeen zou komen met die van het EVRM, blijft de mogelijkheid van *conflicterende interpretaties* bestaan. Dergelijke conflicten kunnen het gezag van zowel het Handvest als het EVRM ondermijnen. Alleen toetreding van de EU tot het EVRM kan hieraan een einde maken; in § 6 gaan wij daar nader op in.

Naar ons oordeel wegen de voordelen zwaarder dan de potentiële nadelen die zijn verbonden aan de opstelling van een EU-Grondrechtenhandvest. In het navolgende zullen wij stapsgewijze aangeven hoe naar ons oordeel de mogelijke nadelen zoveel mogelijk kunnen worden weggenomen.

2 Inhoud van het EU-Grondrechtenhandvest

2.1 De rechten en vrijheden van het EVRM

Het is evident dat het EU-Grondrechtenhandvest niet mag leiden tot achteruitgang ten opzichte van het bestaande *acquis*. Iedere afwijking 'naar beneden' ten opzichte van met name het EVRM en de daarbij behorende Protocollen zal afbreuk doen aan de geloofwaardigheid van zowel het EU-mensenrechtenbeleid als het EVRM. Dit uitgangspunt wordt alom – ook door de Nederlandse regering – onderschreven.

In dit licht passen enkele kritische kanttekeningen bij de ontwerp-lijst van fundamentele rechten die op 27 januari is voorgesteld door het voorzitterschap van de 'Conventie' die het Handvest voorbereidt (CHARTe 4112/2/00 REV 2). Hoewel dit ontwerp nog geen concrete formuleringen bevat, wijkt zijn structuur af van die van het EVRM. Wij noemen drie voorbeelden:

- Artikel 2 EVRM (recht op leven) zou kennelijk worden samengevoegd met artikel 3 EVRM (verbod van foltering), hetgeen aanleiding zou kunnen geven tot allerlei interpretatievragen.
- Indien een algemene beperkingsclausule wordt opgenomen, zoals wordt gesuggereerd op p. 9, punt 3, zal dat allicht leiden tot afwijking van de uitgebreide en verfijnde Straatsburgse jurisprudentie onder de artikelen 8–11 lid 2 EVRM. Bovendien is het onwenselijk om op bv. het verbod van foltering en van slavernij beperkingen of uitzonderingen toe te laten.
- Aan de vrijheid van geweten (punt 10 van het ontwerp) wordt de academische vrijheid toegevoegd. Is dat een algemeen geldend mensenrecht? Wat wordt er onder verstaan naast de vrijheid van meningsuiting? Betekent de opname van deze vrijheid dat de nieuwe bepaling anders moet worden geïnterpreteerd dan artikel 9 EVRM? Hetzelfde geldt voor de persvrijheid, die van de vrijheid van meningsuiting wordt onderscheiden in punt 11 van het ontwerp.

Deze voorbeelden geven wel aan hoe nauw de redactie van het EU-Grondrechtenhandvest luistert. Tegen die achtergrond verdient het de voorkeur om de materiële rechten en vrijheden van het EVRM en de daarbij behorende protocollen integraal over te nemen in het Handvest – zeker indien niet op voorhand vaststaat dat de EU zal toetreden tot het EVRM.

2.2 Andere rechten en vrijheden (afkomstig uit andere verdragen en constitutionele tradities)

Hiermee is uiteraard niet gezegd dat de opstellers van het EU-Grondrechtenhandvest zich moeten beperken tot het kopiëren van het EVRM. Er zijn twee redenen om meer te doen dat:

- In de praktijk pleegt weliswaar de meeste aandacht uit te gaan naar het EVRM, maar andere verdragen bevatten belangrijke aanvullingen. Voor de overige partijen bij deze verdragen is het niet aanvaardbaar dat de EU-lidstaten hun verplichtingen als het ware eenzijdig zouden verminderen door bepaalde taken en bevoegdheden over te dragen aan de EU, die niet aan deze verplichtingen is gebonden.
- De discussies over het Handvest zouden de mogelijkheid kunnen en moeten bieden om specifiek op de bevoegdheden en functies van de EU toegesneden rechten en vrijheden neer te leggen.

Een voor de hand liggende bron wordt gevormd door de verdragen aan de totstandkoming waarvan de EU-lidstaten hebben meegewerkt. Om er enkele te noemen: het Europees Sociaal Handvest, het Genocide-verdrag, het VN-Rassenverdrag, de VN-Covenants van 1966, het VN-Vrouwenverdrag, het VN-verdrag inzake de rechten van het kind, ILO-verdragen.

Een complicatie wordt gevormd door het gegeven dat bij sommige verdragen niet alle lidstaten partij zijn (zo heeft Nederland nog altijd het Herziene ESH en Protocol 7 bij het EVRM niet geratificeerd); bij sommige bepalingen zijn voorbehouden gemaakt. Daar komt nog bij dat de constitutionele tradities van de lidstaten van oudsher ook door het Hof van Justitie als inspiratiebron zijn gebruikt.

Het valt nu niet te voorspellen welke synthese aanvaardbaar zal blijken te zijn voor de 'Conventie'. Wel kan nu reeds worden gewaarschuwd voor het gevaar van allerlei *a contrario*-redeneringen die opgeld kunnen doen wanneer bepaalde normen uiteindelijk niet in het Handvest worden opgenomen. Mag uit de afwezigheid van een bepaalde norm worden afgeleid dat de EU hieraan niet is gebonden? Die vraag kan zich ook voordoen in het (zeer waarschijnlijke) geval dat de gedachtevorming over de rechten van de mens zich na aanvaarding van het Handvest verder ontwikkelt en internationale consensus ontstaat over 'nieuwe' rechten. Die consensus kan bijvoorbeeld leiden tot een nieuw protocol bij het EVRM of een nieuwe VN-conventie. Dient het Handvest steeds te worden aangepast?

De nadelen van een 'statisch' Handvest zouden kunnen worden ondervangen door de volgende 'restbepaling' op te nemen:

De Europese Unie eerbiedigt tevens de fundamentele rechten en vrijheden die zijn neergelegd in de internationale instrumenten bij de totstandkoming waarvan de lidstaten betrokken zijn geweest.

Hiermee wordt teruggegrepen op vaste jurisprudentie van het EG-Hof van Justitie.⁸

⁸ Zie reeds HvJEG, zaak 4/73, *Nold*, Jur. 1974, p. 508, r.o. 13.

2.3 Economische en sociale rechten

Het valt niet vol te houden dat het EU-Grondrechtenhandvest zich tot burger- en politieke rechten moet beperken. De scheiding tussen 'klassieke' en sociale rechten is altijd al enigszins arbitrair geweest en is door de opkomst van positieve verplichtingen verder vervaagd. In recente EU-documenten wordt de ondeelbaarheid van de mensenrechten benadrukt.⁹ Het EU-Grondrechtenhandvest biedt een uitstekende gelegenheid om de wereld te tonen dat Europa deze ondeelbaarheid serieus neemt.

Het zou overigens een misverstand zijn om ervan uit te gaan dat sociale rechten per definitie tot de overheid gerichte instructienormen zijn. Zeker in het geval van *basic needs*, zoals medische zorg (in ieder geval waar dit acuut is vereist) en bijstand, gaat het wel degelijk om individueel afdwingbare rechten. Een genuanceerde benadering is vereist, waarbij per recht wordt nagegaan welke elementen zich lenen voor rechterlijke toetsing. Wellicht is het onmogelijk een dergelijke benadering volledig uit te werken tijdens het opstellen van het Handvest, maar het is dan in ieder geval zaak dat de rechter (dat wil zeggen: het Hof van Justitie) in staat wordt gesteld in de loop van de tijd te bepalen welke elementen individueel afdwingbaar zijn.

3 Dragere van rechten onder het EU-Grondrechtenhandvest

Juist de incorporatie van sociale rechten in het EU-Grondrechtenhandvest roept enkele lastige vragen op. Dat het verbod van foltering geldt voor een ieder binnen de rechtsmacht van de lidstaten, staat niet ter discussie. Maar hoe staat het met het recht op werk en de toegang tot allerlei voorzieningen? Kan eenieder, ongeacht nationaliteit en verblijfsrechtelijke status, daarop aanspraak maken jegens de Europese Unie?

Naar onze mening dient het EU-Grondrechtenhandvest ervan uit te gaan dat *fundamentele* mensenrechten voor een ieder gelden. Dat geldt voor klassieke rechten, maar evenzeer voor de zojuist genoemde *basic needs*. Aanvaardbaar is wel dat een aantal rechten wordt voorbehouden aan EU-burgere (waarbij het de lidstaten uiteraard vrij staat een hoger beschermingsniveau te bieden aan anderen): het kiesrecht, diplomatieke en consulaire bescherming, toegang tot functies bij de EU-instellingen, pensioen.

Het toekennen van fundamentele rechten aan slechts een beperkte groep mensen druist in tegen het begrip "mensenrechten". Het lijkt daarom beter, alleen de rechten die aan *een ieder* toekomen in een hoofdstuk "Mensenrechten" of "Fundamentele rechten" op te nemen. Onder de titel "Rechten van EU-burgere" kan men dan in een afzonderlijk hoofdstuk de rechten opnemen die vreemdelingen worden onthouden. Het spreekt overigens vanzelf dat zowel natuurlijke personen als rechtspersonen dragere van rechten kunnen zijn.

⁹ Zie bv. het EU-jaarverslag 1998-1999 inzake grondrechten, door de Raad aanvaard in okt. 1999, p. 33.

4 Juridische status van het EU-Grondrechtenhandvest

4.1 Afdwingbaarheid

Naleving van het EU-Grondrechtenhandvest zal in rechte afdwingbaar moeten zijn. Wie zou de burgers kunnen uitleggen dat er nu weliswaar eindelijk een EU-maatstaf is, maar dat daaraan geen concrete aanspraken kunnen worden ontleend? Uiteraard kan er een zeker gezag uitgaan van een plechtig aanvaarde politieke verklaring. Maar een halve eeuw ervaring met het EVRM leert dat het toch vaak aankomt op interpretatiekwesties en dat onafhankelijk rechterlijk toezicht van eminent belang is voor een daadwerkelijk respect voor de mensenrechten.

Daarnaast is het zaak om hoe dan ook af te koersen op een tekst die als juridisch bindend instrument aanvaardbaar is, ook als op de korte termijn slechts een politieke verklaring haalbaar zou lijken. Mocht in een later stadium worden besloten de catalogus alsnog een bindende status te verlenen, dan is het onwaarschijnlijk dat de onderhandelingen over de inhoud weer worden heropend.

Een juridisch bindende status kan worden bereikt met een wijziging van het huidige artikel 6 lid 2 EU-verdrag: "De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals deze zijn neergelegd in het Grondrechtenhandvest". Het Handvest zelf zou als protocol aan het EU-verdrag kunnen worden gehecht.

4.2 Toegang tot de rechter

Afdwingbaarheid in rechte impliceert toegang tot de rechter. Een probleem wordt hierbij gevormd door het feit dat het Hof voor individuen slechts beperkt toegankelijk is. Zijn huidige overbelasting heeft bovendien aanleiding gegeven tot suggesties voor verdere beperking van deze toegankelijkheid.¹⁰ Capaciteitsproblemen zullen echter niet in de weg mogen staan aan een effectieve toegang tot de rechter (verg. de artikelen 6 en 13 EVRM). Bij het formuleren van *rights* zal men het vraagstuk van de *remedies* dan ook niet uit het oog mogen verliezen.

Het verdient aanbeveling, naast de bestaande vormen van rechtsbescherming, een vorm van *Verfassungsbeschwerde* of *amparo* in te voeren. Klagers zou daarmee een aparte rechtsingang worden geboden om vermeende schendingen van het EU-Grondrechtenhandvest aan te kaarten, zonder dat de gebruikelijke – restrictieve – ontvankelijkheidsvoorwaarden van artikel 230 (ex artikel 173), vierde alinea, EG-verdrag een rol spelen. Uiteraard moet het mogelijk zijn ook in het kader van de gebruikelijke procedures een beroep op het Handvest te doen.

Om overbelasting van het Hof van Justitie te voorkomen, zijn twee maatregelen denkbaar die zouden worden gekoppeld aan de introductie van de 'EU-*Verfassungsbeschwerde*'. Allereerst zou een bezwaarschiftprocedure kunnen worden ingevoerd, waarbij de klager zich eerst wendt tot de instelling of het orgaan dat verantwoordelijk is voor de vermeende schending van zijn rechten. Pas als de instelling zijn klacht heeft afgewezen, zou beroep op het Hof van Justitie openstaan. Deze voorwaarde is uiteraard alleen dan van toepassing, indien de vermeende schending toerekenbaar is aan een specifieke instelling of een bepaald orgaan. De thans bestaande regeling inzake de toegang tot documenten van de Commissie zou als model voor een dergelijke regeling kunnen dienen.¹¹

¹⁰ Zie bv. het Due-rapport, op 4 feb. 2000 aangeboden aan Commissie-president Prodi (*Rapport du groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes*), o.m. te vinden op de website van de juridische dienst van de Commissie (<http://europa.eu.int/en/comm/sj/homesjfr.htm>).

¹¹ Besluit 94/90 EGKS, EG, Euratom van 8 feb. 1994, *Pb.* L 46 van 18 feb. 1994.

In de tweede plaats zou een comité van drie rechters kunnen worden gecreëerd, dat de ontvankelijkheid van de klachten in eerste instantie beoordeelt.¹² Kennelijk ongegronde klachten zouden in dit stadium kunnen worden afgewezen. Tegen een niet-ontvankelijkheidsverklaring zou geen beroep open staan. De leden van het Hof van Justitie zouden bij toerbeurt voor een bepaalde periode zitting kunnen nemen in het comité, dat uiteraard een adequate ondersteuning zou moeten krijgen. Een dergelijke gang van zaken lijkt in overeenstemming te kunnen zijn met de eisen van artikel 13 EVRM. Overigens hanteert het EHRM een vergelijkbare constructie; de ervaringen zijn positief.

4.3 Interpretatie van het EU-Grondrechtenhandvest

Het ligt voor de hand dat het laatste woord inzake de interpretatie van het EU-Grondrechtenhandvest aan de rechter – in casu: het EG-Hof van Justitie – is. Daarbij verdient het aanbeveling een clausule op te nemen die waarborgt dat de uitleg het Handvest meegaat met ontwikkelingen in de tijd. Het is één ding om de rechten en vrijheden van een verdrag te kopiëren; het is iets anders om te verzekeren dat de interpretatie van deze rechten en vrijheden in lijn blijft met de inzichten van het orgaan dat specifiek in het leven is geroepen om toe te zien op de naleving van dat verdrag. Conflicterende interpretaties zijn zeer wel mogelijk; in § 6 komen wij op dit punt terug. Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling de volgende bepaling op te nemen in het Handvest:

Bij de interpretatie van de rechten en vrijheden die zijn neergelegd in dit Handvest, dient rekening te worden gehouden met de gezaghebbende uitleg van de mensenrechtenverdragen bij de totstandkoming waarvan de lidstaten betrokken zijn geweest.

Daarmee zou het EG-Hof van Justitie een handvat hebben om in zijn rechtspraak rekening te houden met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het VN-Comité voor de Rechten van de Mens, etcetera.

5 Beschermende werking van het EU-Grondrechtenhandvest

5.1 Bescherming tegen de Unie

De bevoegdheid van het Hof van Justitie heeft van oudsher vooral betrekking op de 'eerste pijler'. Voor een effectieve handhaving van het EU-Grondrechtenhandvest is het evenwel zaak ook de activiteiten in de tweede en vooral de derde pijler aan het toezicht van het Hof te onderwerpen, evenals het optreden van zelfstandige entiteiten als Europol. Dit laatste is cruciaal, want we maken een ware proliferatie mee van intergouvernementele samenwerkingsverbanden die in wisselende mate onafhankelijk van de lidstaten opereren. Uiteraard valt niet te voorzien welke entiteiten in de komende jaren het licht zullen zien. Het Handvest zal dan ook een bepaling moeten bevatten waaruit blijkt dat het beoogt bescherming te bieden tegen (en dat het Hof van Justitie bevoegd is kennis te nemen van klachten die betrekking hebben op het optreden van) de Unie, de Gemeenschappen, hun instellingen en organen, alsmede entiteiten die zijn opgericht op basis van het EU-verdrag, of waarvan de oprichting is voorbereid in het kader van de EU.

¹² Een vergelijkbare figuur treft men aan in het Due-rapport (*supra* noot 3), § II.B.4.b, p. 28.

5.2 Werking jegens de nationale autoriteiten

Het EU-Grondrechtenhandvest beoogt slechts bescherming te bieden tegen de communautaire instellingen en organen die in het kader van de EU zijn opgericht. Binnen de communautaire rechtsorde is alleen het Hof van Justitie in staat om het optreden van deze instellingen en organen te toetsen, hetgeen impliceert dat er in beginsel geen rol lijkt te zijn weggelegd voor de nationale rechter bij de handhaving van het Handvest.

Complicaties kunnen zich evenwel voordoen als nationale autoriteiten EG-recht uitvoeren of daaraan derogeren. Volgens Luxemburgse jurisprudentie zijn zij in die situaties gehouden de algemene beginselen van gemeenschapsrecht (inclusief de door het Hof van Justitie erkende fundamentele rechten) na te leven.¹³ Het EG-Hof rekent het dan tot zijn taak, ingeval het wordt verzocht een prejudiciële beslissing in verband met een nationale wettelijke regeling te geven, "alle uitleggingsgegevens te verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om te kunnen beoordelen of die regeling verenigbaar is met de fundamentele rechten waarvan het Hof de rechten verzekert".¹⁴

Zou deze redenering ook opgaan voor het EU-Grondrechtenhandvest (en het lijkt onwaarschijnlijk dat de aanvaarding van het Handvest zal leiden tot een beperking van de rechtsmacht van het Hof van Justitie), dan kan de nationale rechter worden geconfronteerd met verschillende maatstaven: die van het EU-Grondrechtenhandvest, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, en bijvoorbeeld die van het EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Daarnaast moeten wij er de ogen niet voor sluiten dat een EU-Grondrechtenhandvest hoe dan ook een belangrijke rol zal kunnen gaan spelen in de (nationale) rechtspraktijk, ook als daarvoor geen formele basis bestaat. Des te belangrijker dat de interpretatie van dit Handvest harmonieert met die van andere instrumenten, zoals het EVRM.

6 Relatie EU en EVRM

In de huidige situatie, waarin het Hof van Justitie de fundamentele rechten beschermt als algemene rechtsbeginselen, en waarin het de reikwijdte van deze rechten zelfstandig vaststelt, kunnen uiteenlopende Europese maatstaven ontstaan. 'Luxemburg' kan rechten op andere wijze interpreteren dan 'Straatsburg'. Zolang het Hof van Justitie bereid is een hogere bescherming aan mensenrechten te verlenen, kan men daartegen geen ernstige bezwaren koesteren. Maar dat wordt anders indien het Hof van Justitie *beneden* de in Straatsburg ontwikkelde minimum-standaard zakt. Dit is geen theoretisch probleem. In april 1999 verwierp het Gerecht van Eerste Aanleg expliciet de door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aangehangen interpretatie van het huisrecht (artikel 8 EVRM).¹⁵ Zeer onlangs oordeelde het Hof van Justitie dat de in de Straatsburgse jurisprudentie ontwikkelde eis, dat partijen kunnen reageren op de conclusies van de Advocaat-Generaal, niet van toepassing is op de eigen Luxemburgse procedure.¹⁶

Momenteel is het niet mogelijk dergelijke beslissingen aan te vechten voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens door een klacht tegen de EU in te dienen. Het kan geen verbazing wekken dat klagers hun pijlen dan maar op de EU-lidstaten richtten. En niet zonder succes: in februari 1999 gaf het EHRM aan dat de lidstaten aansprakelijk kunnen worden gesteld voor communautaire

¹³ Zie HvJEG, zaak 5/88, *Wachauf*, Jur. 1989, p. 2639, r.o. 19.

¹⁴ Zie HvJEG, zaak C-260/89, *ERT*, Jur. 1991, p. I-2964, r.o. 42.

¹⁵ GEA, gev. zaken T-305/94 e.a., *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a. – Commissie*, arrest van 20 april 1999 (n.n.g.), r.o. 417 e.v..

¹⁶ HvJEG, zaak C-17/98, *Emesa*, beschikking van 4 feb. 2000 (n.n.g.), r.o. 16.

inbreuken op het EVRM.¹⁷ Momenteel aanhangig in Straatsburg: de zaak *Guérin*, waarin een bedrijf de vijftien lidstaten heeft aangeklaagd wegens een uitspraak van het Hof van Justitie. Aan die ongemakkelijke situatie kan slechts een einde worden gemaakt door de EU te doen toetreden tot het EVRM.

Al sinds de jaren '70 is bepleit dat de Gemeenschappen toetreden tot het EVRM. Dit voorstel strandde in 1996 in Luxemburg, toen het Hof van Justitie oordeelde dat het EG-verdrag – zoals het luidde voor inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam – geen juridische basis bood voor een dergelijke stap.¹⁸ De nieuwe IGC biedt een mogelijkheid om die basis alsnog te creëren, waarbij het overigens aanbeveling zou verdienen dat de EU als zodanig in staat wordt gesteld tot het EVRM toe te treden. Daarmee zouden niet alleen de Gemeenschappen maar ook de activiteiten in het kader van de tweede en derde pijler onder direct Straatsburgs toezicht worden gebracht.

Dat er nu wordt gewerkt aan een EU-Grondrechtenhandvest, behoeft aan toetreding tot het EVRM niet in de weg te staan. Integendeel: de twee stappen kunnen elkaar aanvullen. Ook de lidstaten hebben een eigen constitutie en zijn tegelijkertijd onderworpen aan het Straatsburgse toezicht. Alleen de binding van de EU aan het EVRM kan voorkomen dat Luxemburg en Straatsburg uiteenlopende interpretaties ontwikkelen. Het is cruciaal dat de EU zich op mensenrechtelijk terrein niet isoleert van de rest van Europa en een eigen weg in slaat, juist op een moment dat de Raad van Europa wordt geconfronteerd met immense uitdagingen (de situatie in Rusland, de aanhoudende schendingen in Turkije, de steeds groeiende werkdruk).

Maar het meest fundamentele argument voor toetreding is nog wel dat ook de EU op het terrein van de rechten van de mens uiteindelijk onderworpen moet zijn aan het externe toezicht van een onafhankelijk internationaal tribunaal. In de afgelopen 50 jaar is juist deze unieke vorm van *checks and balances* uitgegroeid tot een van de grondvesten van het vrije en democratische Europa.

Slotsom

Al met al komen wij tot de volgende conclusies:

- Het initiatief om een EU-Grondrechtenhandvest op te stellen verdient steun.
- Een en ander mag er niet toe leiden dat de EU zich op mensenrechtelijk terrein afzondert van de rest van Europa. De aanvaarding van het Handvest dient gepaard te gaan met toetreding van de EU tot het EVRM.
- Voorkomen moet worden dat conflicterende interpretaties het gezag van de beide Europese Hoven ondermijnen. Zeker indien toetreding van de EU tot het EVRM niet op voorhand is verzekerd, dienen de materiële rechten en vrijheden van het EVRM en de daarbij behorende protocollen integraal te worden opgenomen in het Handvest.
- Andere verdragen, aan de totstandkoming waarvan de EU-lidstaten hebben meegewerkt, kunnen aanvullende rechten leveren. Om *a contrario*-redeneringen te voorkomen, dient een restbepaling te worden opgenomen waaruit blijkt dat de EU tevens is gebonden aan algemeen aanvaarde rechten die niet expliciet in het Handvest voorkomen.

¹⁷ EHRM, *Matthews – Verenigd Koninkrijk*, arrest van 18 feb. 1999 (n.n.g.), r.o. 32 e.v.. Het arrest is integraal opgenomen en van commentaar voorzien in R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights* (tweede druk, Ars Aequi 1999), p. 671.

¹⁸ HvJEG, advies 2/94, *Toetreding van de Gemeenschap tot het EVRM*, Jur. 1996, p. I-1759.

- Het EU-Grondrechtenhandvest dient juridisch bindend van aard te zijn; zijn naleving dient in rechte afdwingbaar te zijn bij het EG-Hof van Justitie. Naast de gebruikelijke rechtsmiddelen dient te worden voorzien in een soort *Verfassungsbeschwerde* of *amparo*.
- Het Handvest dient effectieve bescherming te bieden tegen de Unie, de Gemeenschappen, hun instellingen en organen, alsmede entiteiten die zijn opgericht op basis van het EU-verdrag.

Door dr R.A. Lawson & prof.mr H.G. Schermers
Europa Instituut, Faculteit der Rechtsgeleerdheid Universiteit Leiden

\$\$\$For the European Communities Committee Sub-Committee E (Law and Institutions) of the House of Lords

MEMORANDUM ON THE EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS

1. Introduction

The Standing Committee of Experts on International Immigration, Refugee and Criminal Law is pleased to give evidence to Sub-Committee E of the House of Lords on the important subject of the EU Charter of Fundamental Rights. We welcome inquiries in national parliaments in advance of decision-making which can contribute to proper deliberation in a public forum on a controversial initiative to adopt a Charter by the end of the current IGC. We would bring to the Sub-Committee's attention the fact that a similar initiative was undertaken by the Dutch members of the 'Convention' preparing the EU Charter. Several members of our Committee have actively participated in the hearing organized in The Hague, in order to assist the Dutch representatives in the process of assessing the Charter's potential implications.¹⁹

In our opinion, the proposed EU Charter raises difficult legal questions as to how precisely it must be positioned within the legal order of the European Union, its precise scope, what its relationship will be with other international systems of human rights protection, in particular that of the European Convention on Human Rights, and how the substantive rights it confers can be enforced and applied in practice.

One of the main avowed purposes of this EU Charter is the political drive to appear to do something concrete for the citizen in the EU, something he or she can directly relate to. The question is of course whether a non-binding declaration of existing fundamental rights without a specific means of redress will indeed fulfil the function of doing something that the citizen can as such directly relate to in the context of the EU. Another purpose must be, in the light of recent fraud and corruption scandals at the level of the EU, to address concerns about the lack of accountability of EU institutions as actors in the political and administrative decision-making process. The idea presumably is in this context that by providing a visible focus of the fundamental rights context within which these institutions operate the citizen will recover confidence in the EU integration process as a whole. Finally there is the related wish to codify in the context of the text of the EU Treaties themselves a list of the applicable fundamental rights provisions in the application of Community and or Union law. This would address concerns about the current structural lack of transparency of the system of fundamental rights protection which essentially relies upon the role of the Court of Justice in Luxembourg in "discovering", interpreting and applying these norms. It is of course impossible for the citizen to understand at present how precisely the provisions at national level, in the European Convention on Human Rights and the Court's case-law interact nor what the practical consequences of such interaction might be.

But do we really need another charter at the international level in order to fulfil these functions? Is the risk not that an additional "Charter of Human Rights" at the European level will not only threaten to undermine the position of the European Convention on Human Rights but would also considerably add to the fragmentation of human rights protection at the international level?

We have in particular been asked for our views on the need for and the status, scope and content of the EU Charter and we address each of these issues in turn.

¹⁹. Public hearing of 21 February 2000, written report not yet available.

2. The Need for an EU Human Rights Charter

The epicenter of human rights *protection* in Europe is without doubt the European Convention on Human Rights (ECHR) and the supervisory system it sets in place. The ECHR was drafted on the presumption that all implementation and applicability of the law is the responsibility of a single (clearly identified) state²⁰. The question arose decades ago with regard to the European Community, that since the Community is itself not a party to the ECHR, does that imply that, by transferring power to the Communities, it was possible for the Member States to *de facto* deprive their citizens from the very protection previously enjoyed by virtue both of the terms of the ECHR itself (as well as by virtue of their national constitutions)? The answer by now is well known and national constitutional courts, the Court of Justice and the supervisory organs in Strasbourg all ultimately adopted a tandem approach accepting the pivotal (and exclusive) role of the Court of Justice in ensuring the protection of human rights within the scope of Community law as a specific instance of a "general principle" of Community law.

The Court of Justice, in the absence of any express provision in the Treaties themselves, "incorporated" in a certain sense the provisions of the ECHR as well as principles gleaned from the constitutional traditions of the Member States into the Community legal order. The Court thereby successfully fought off the threat posed by rebellious constitutional courts in various Member States as well as the risk that the Strasbourg organs would assume human rights jurisdiction over matters falling within the scope of Community law. Measures incompatible with fundamental human rights were deemed to be unacceptable and judicial protection of those rights took root in the Community legal order. Respect for human rights became a condition of the lawfulness of *Community* acts and is supervised by the Court of Justice itself. In addition, *national* acts or measures in so far as they have effects falling within the scope of Community will also be scrutinized for their compatibility with the human rights norms developed by the Court of Justice.

As is well known the European Commission on Human Rights responded to the Court of Justice's established line of case law by asserting that it had no jurisdiction in actions brought by private individuals directly or indirectly against the European Communities. One of the major factors in prompting this reply by the European Commission on Human Rights was the protection provided by the Court of Justice in the Community legal system.²¹

Over the years however much criticism has been voiced as to the approach of the Court of Justice in this regard. The criticism ranged from worry as to the possibility that the two courts in question (Strasbourg and Luxembourg) could give divergent interpretations of the same provision of the ECHR despite the so-called "incorporation" of the ECHR into the Community legal order²² to the more aggressive accusation that the Court of Justice did not take human rights seriously.²³ The

²⁰. See Article 25 of the original version of the Convention: "The Commission may receive petitions...claiming to be a violation by one of the High Contracting Parties..." (cf. Article 34 of the Convention as amended by Protocol No. 11).

²¹. See the decisions of 10 July 1978, *CFDT v. European Communities*, No. 8030/77, DR 13, p. 231; of 19 January 1989, *Dufay v. European Communities*, No. 13539/88 and of 9 February 1990, *M and Co v. Federal Republic of Germany*, No. 13258/87, DR 64, p. 138.

²². See, for example, R. Lawson, "Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg" in R. Lawson and M. de Blois (eds.) *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of H.G. Schermers*, Vol. III, (Dordrecht, 1994), p. 219-252.

²³. See, J. Coppel and A. O'Neill, "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?" 29 CML Rev. (1992), p. 669-692.

complexity and unclear nature of the institutional system for the individuals affected (Strasbourg incorporated in Luxembourg and applied by the Luxembourg judges but only within the scope of application of Community law) was also emphasized.²⁴

In these circumstances the possibility of the Community simply acceding as such to the ECHR has featured prominently over the years in institutional debates about the reform of the EC. Indeed, it has long been assumed that accession by the EC to the ECHR would be the best way forward, both symbolically but also in terms of ensuring control by an *external* judge.²⁵ The accession option became however much more unlikely since the Court of Justice's opinion to the effect that the Community did not currently possess the legal capacity to accede, largely on institutional-technical grounds.²⁶ What seems to have *sotte voce* been a key consideration was the fact that upon accession the Strasbourg Court would have had the last word on human rights matters and that this might prove incompatible with the Court of Justice's perception of the entire system of EU judicial remedies.

In our view the key problem in the current approach to human rights protection at the EU level is *the lack of structural visibility* of fundamental rights in the legal order of the European Union. It can reasonably be argued that fundamental rights can only fulfil their function if both legislators and citizens are aware of their existence. When drafting legislation, decision makers should be guided by an authoritative set of basic rights and fundamental freedoms which form the foundations of their society; individuals should be conscious of their ability to enforce these rights. It is consequently crucial to express and present fundamental rights in a way that permits the individual to know and access them: fundamental rights must be visible. It is in this regard in particular that the current regulation of human rights in the EU legal order falls short. Fundamental rights are not elaborated in the text of the EU Treaties as such, with a few almost haphazard exceptions (right of access to information, right of non-discrimination and right to equal pay). This makes it extremely difficult for both the Community legislator and the individual to know in a structured fashion what rights are entitled to protection in the Community legal order and by what means they are to be enforced.

This structural invisibility was only rectified to a limited extent in the Treaty of Amsterdam. That Treaty essentially affirmed the practice of the Court by providing that the Union “shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention [on Human Rights] ... and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law”. This approach displays once more the uncertain status of fundamental rights in the Community legal order: they are to be qualified as “general principles” of Community law, on a par with other judicially developed general principles such as the principle of proportionality and

²⁴ See, A. Clapham, “A human rights policy for the European Community” in *Yearbook of European Law*, vol. 10 (1990), p. 309-366.

²⁵ See, for example, the President of the Court of Justice himself, Rodriguez Iglesias, in: The protection of fundamental rights in the case law of the Court of Justice of the European Community, *Columbia Journal of European Law*, 1 (1995) p. 169.

²⁶ See, Opinion 2/94 of 28 march 1996, ECR 1996, pp. I-1759. See for further comments N. Burrows, *Question of Community Accession to the European Convention Determined*, E.L. Rev. 22 (1997), pp. 58-63; G. Gaja, *ECJ-Opinion 2/94: Accession by the EC to the ECHR*, CMLR 33 (1996), pp. 973-989; T. Jaag, *Beitritt der EG zur EMRK?*, Aktuelle Juristische Praxis 5 (1996), pp. 980-984; S. O’Leary, *Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights - The Opinion of the EJC*, EHRLR (1996), pp. 362-377; H.G. Schermers, *Toetreding van de EG tot het EVRM: Het Hof van Justitie adviseert*, NJCM-Bulletin 21 (1996), pp. 874-883; C. Vedder, *Anmerkung zum Gutachten 2/94, EMRK, des EuGH*, EuR 31 (1996), pp. 309-319; P. Wachsmann, *L’avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, RTD eur. 32 (1996), pp. 467-491.

the principle of legitimate expectations but with no clear hierarchy in the Community legal system. Moreover it is clear from the wording used that the provisions of the ECHR are not binding as such but rather a source of inspiration for the Court alongside the national constitutional traditions in working out what are the applicable standards at the Community level.

At the last IGC, the Dutch Addendum to the Dublin Draft Treaty involved the reinforcement of the role of the Court of Justice in the protection of human rights within the European Union. It entailed the amendment of the EU Treaty so that the EU would be *bound* by the terms of the ECHR as such and not merely as discretionary elements of the "general principles" of Community law (the current situation). This would have involved some alteration of what the late Federico Mancini famously termed the ECJ's "genetic code"²⁷. Instead the Amsterdam treaty in its final form rather more weakly provided that its terms must be "guaranteed" as "general principles of law" which represented essentially the *status quo*. Experience has shown that this does not mean that the provisions of the ECHR are binding as such and without further ado in the Union legal system but rather that due account is taken of the provisions and the interpretation given by the Strasbourg supervisory organs without interfering with the discretion of the ECJ in the final instance.

The fact that this discretion may indeed involve the ECJ explicitly departing from the interpretation of the Strasbourg Court on a provision of the ECHR has recently been explicitly confirmed by the ECJ itself. In the *Emesa* case the applicant, who was litigating before the ECJ, sought leave to submit observations in response to the Opinion of the Advocate General. In this connection the applicant relied on well-established case-law of the European Court of Human Rights, according to which the right to adversarial proceedings entails that the parties to a criminal or civil trial must have the opportunity to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed, including the submissions of the Advocate General before the highest national jurisdictions.²⁸ The ECJ, however, rejected this argument, concluding that the

"case-law of the European Court of Human Rights does not appear to be transposable to the Opinion of the Court's Advocates General".²⁹

Of course, one may share the ECJ's analysis or disagree – but the point is that the ECJ's ruling cannot be reviewed by the organ specifically charged with the interpretation and application of the ECHR: the European Court of Human Rights.

At any rate it seems safe to say that the ECJ is not applying the terms of the ECHR as interpreted by the Strasbourg Court, but rather that it enjoys considerable discretion with regard to its formulation of the general principles within the Community legal order.³⁰ This reinforces in our view the need to reinforce the structural visibility of the substantive rights applicable in the EC/EU context. In this sense one can speak of a "need" to formulate and adopt an EU Charter.

²⁷. F. Mancini and D. Keeling, "Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice", *Columbia Journal of European Law* 1 (1995), p. 397.

²⁸. See, *inter alia*, the judgments of: 20 February 1996 in *Vermeulen v Belgium* (Reports of Judgments and Decisions, 1996, p. 224); 20 February 1996 in *Lobo Machado v Portugal*, Reports 1996, p. 195); 25 June 1997 in *Van Orshoven v Belgium*, Reports 1997, p. 1040); 27 March 1998 in *J.J. and K.D.B. v Netherlands*, Reports 1998, pp. 604 and 621); and most recently 8 February 2000, *Voisine v France* (n.y.r.), paragraph 30.

²⁹. Case C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Aruba*, judgement of 4 February 2000.

³⁰. See also CFI, 20 April 1999, joined cases T-305/94 a.o., *Limburgse Vinyl Maatschappij a.o. v Commission*, n.y.r., par. 419-420: "That case-law is [...] based on the existence of a general principle of Community law [...]. The fact that the case-law of the European Court of Human Rights [...] has evolved [...] therefore has no direct impact on the merits of the solutions adopted in those cases".

At the same time the *status quo* has changed in Strasbourg too since *Matthews v. United Kingdom*. This case arose from the fact that Gibraltar was excluded from participating in the direct elections to the European Parliament. The United Kingdom was of the opinion that it was not liable for this exclusion under the terms of the ECHR since Community law was at the origin of this exclusion. The Court disagreed and concluded that the United Kingdom had indeed violated article 3 of the First Protocol to the Convention and was responsible for the violations of the Convention even where the power in question had been transferred to an international organization. It ruled that:

“The Convention does not exclude the transfer of competences to international organizations provided that Convention rights continue to be “secured”. Member States’ responsibility therefore continues even after such a transfer.

In the present case, the alleged violation of the Convention flows from an annex to the 1976 Act, entered into by the United Kingdom, together with the extension to the European Parliament’s competencies brought about by the Maastricht Treaty. [...] The United Kingdom, together with all the other parties to the Maastricht Treaty, is responsible *ratione materiae* under Article 1 of the Convention and, in particular, under Article 3 of Protocol No. 1, for the consequences of that Treaty.

The suggestion that the United Kingdom may not have effective control over the state of affairs complained of cannot affect the position, as the United Kingdom’s responsibility derives from its having entered into treaty commitments subsequent to the applicability of Article 3 of Protocol No. 1 to Gibraltar”.³¹

This seems to be quite a clear signal from the Court in Strasbourg that it is entering a new phase in its relationship with international organizations in general and the European Union in particular. In other words, the “need” for an EU Charter within the context of the EU has been shown if individual (or collective) Member State liability for breach of the Convention is to be avoided within the scope of EU law.

3. The Status of an EU Human Rights Charter

It is difficult to comment in the abstract on the status of a Charter the legal context of which has not been decided upon. It would however seem logical and desirable to incorporate any such Charter into the EU treaty as such, either in the preliminary general provisions as a separate, albeit rather detailed article or else to use the instrument of a protocol to the treaty as the more specific working out of a general provision included within the introductory provisions to the EU treaty. Such protocol would in principle have the same legal status as the substantive provisions of the treaties themselves. In our view it is essential that the proposed charter of fundamental rights is inserted into the EU treaty as such and thus would cover in principle the full spectrum of activity by the EU as well as all the bodies and institutions operating in that context. It would not be acceptable to anno 2000 draw up a Charter, which would only apply, to activities by institutions operating within the more limited concept of the EC treaties.

It is suggested that this is in line with the existing provisions of the Amsterdam treaty. The EU has acknowledged in diverse ways that it has an important role to play in promoting respect for human rights of those resident within the Union and of ensuring those rights are fully respected. The

³¹. ECHR, judgement of 18 February 1999 (n.y.r.), paragraphs 32-34.

Amsterdam Treaty proclaims that “the Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms and the rule of law” while making it obvious that the Member States remain the principal guardians of human rights within their own territories³². Moreover, the Union attempts to staunchly defend human rights in its external affairs by *inter alia* insisting that those States seeking admission to the Union and those seeking cooperation agreements or aid or benefit from trade preferences undertake to respect human rights.³³ If that undertaking is breached then the agreement in question can be suspended. Moreover since the Amsterdam Treaty any Member State violating human rights in a “serious and persistent” way can lose its rights under the Treaty.

Given the existing *status quo* of enforcement of fundamental rights by the Courts in Luxembourg with particular reference to the provisions of the ECHR, it is suggested that the legal status of the Charter must be a legally binding one and one which is subject to enforcement by judicial means. It is submitted that the most obvious way to ensure enforcement of the Charter in the EU legal order is by the Court of Justice itself. The main difference with the existing *status quo* would be that the legal status of the Charter and its incorporation of all the substantive rights into the EU legal order would entail that the rights and freedoms are clearly regulated and no longer have the status of “general principles” of EU law. Moreover the ECJ would be bound to apply the provisions of the ECHR as specifically incorporated into the Charter as such and would no longer enjoy its current discretion in that regard (as to the precise contents of the general principles and where precisely it seeks inspiration in so doing). The further development of the EU Charter as a “living instrument” would obviously be a matter for the Court of Justice although it may be considered desirable to further consider to what extent the Court of Justice will be bound in the future by the ongoing judgements of the Strasbourg Court on the interpretation of relevant provisions of the ECHR (in origin).

It is further submitted that as a matter of course the current system of judicial remedies will fully apply to the provisions of a binding Charter and that individuals and privileged complainants should be able to invoke violation of its terms as a ground for annulment of legal measures or other measures. One point which in our view requires separate consideration in this context is the question of amending the *locus standi* of individuals (and groups) so that they may more easily challenge EU measures where they submit that their fundamental rights as contained in the EU Charter have been violated. In this context it is considered desirable that individuals are rather easily given *locus standi* where it can be shown that their rights and interests have been affected by EU action or inaction as broadly defined. At the same time it is submitted that great caution should be taken in revamping the preliminary reference mechanism in a manner, which could make it more difficult for individuals to have questions of human rights violations, brought indirectly before the ECJ. Access to justice is indispensable in the area of fundamental rights.

4. The Scope of the EU Charter

4.1 The 'Passive Scope' of the Charter: Protection against the EU

The EU Charter should protect individuals against arbitrary interferences by the EU. Traditionally, the ECJ's jurisdiction – and thus the Court's protection of fundamental rights – is confined to

³². See further, P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, (Oxford, 1999).

³³. See, in general, E. Riedel and M. Will, “Human Rights Clauses in External Agreements of the EC”, *ibid.*

activities in the first pillar (the three Communities). However, an effective protection of the rights and freedoms guaranteed by the Charter requires activities within the second and third pillars to fall with the 'passive scope' of the Charter too. The same is true for the conduct of more or less independent entities, such as Europol. We are witnessing a genuine proliferation of new forms of intergovernmental cooperation. To the extent that these new bodies are capable of interfering with individual rights, the rule of law requires judicial review of their activities. The Charter should reflect this: it should contain a provision stipulating that it offers protection against acts and omissions of the EC/EU institutions and organs, as well as entities which have been established on the basis of the EU Treaty. The other side of the coin is that the ECJ should be competent to review these acts and omissions. This competence has already been recognized in some cases (such as Europol), but certainly not on a systematic basis.

On the other hand, the EU Charter is not – and should not be – directed against the national authorities. Their conduct is subject to their constitutions and laws, as well as the ECHR. To subject them to the EU Charter too, would create confusion. Still one has to face the fact that complications are likely to occur where domestic authorities implement Community law or derogate from it. In these circumstances the ECJ has consistently held that the domestic authorities are equally bound by the general principles of Community law, including fundamental rights.³⁴ As it is unlikely that the adoption of the EU Charter will entail a loss of ECJ competence, one may anticipate that the EU Charter will bind the domestic authorities where they implement Community law or derogate from it. This means that the domestic courts may be confronted with two distinct standards: the EU Charter, as interpreted by the ECJ, and the ECHR, as interpreted by the European Court of Human Rights. This underlines the importance of avoiding diverging interpretations at all costs.

4.2 The 'Active Scope' of the Charter: Holders of Guaranteed Rights

One of the basic tenets of international human rights law is that civil rights, such as the prohibition of torture, apply to anyone within the jurisdiction of the State concerned. This is clearly reflected in Article 1 ECHR ("The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction..."). Nationality and residence status are irrelevant in this connection. The same should apply to the EU Charter: anyone within the Union's jurisdiction should be entitled to rely on the 'classic' rights and freedoms guaranteed by the Charter. In this connection it should be recalled that rights extend to both natural and legal persons.

Traditionally, however, certain political and social rights have been reserved to specific groups of individuals (nationals of the State, European citizens). Mention may be made of the right to vote, the right to diplomatic and consular protection, access to the Community civil service, free movement of workers. At first sight it seems acceptable to extend the guarantee of these rights in the EU Charter only to nationals of the Member States. Any preferential treatment, however, must always be based on objective and reasonable grounds. And in the case of difference of treatment based exclusively on the ground of nationality, the European Court of Human Rights insists that "very weighty reasons" must be put forward to justify this under the Convention.³⁵

Besides, as Community law evolves, more rights are being granted to third country nationals. This pleads against restricting rights to Union citizens alone, at least as far as social rights are concerned. Rather, it is the scope *ratione personae* that determines the applicability of the EU Charter. If a

³⁴. See for instance ECJ, case 5/88, *Wachauf* [1989] ECR 2639, § 19; case C-260/89, *ERT* [1991] ECR I-2964, § 42.

³⁵. See in this connection the important judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Gaygusuz v Austria* of 16 September 1996, (Reports 1996, p. 1129), paragraph 42

third country national falls outwith the scope of EU law, he/she will be unable to invoke the rights of the EU Charter. Conversely, if he/she falls within the scope of EU law, it seems in line with the fundamental nature of human rights to accord social rights to him/her as well.

5. The Content of the EU Charter

5.1 The rights and freedoms of the ECHR

It is common ground that the EU Charter should not take a step backwards in relation to the existing *acquis*. Article 6 TEU requires the Union to respect the rights and freedoms of the ECHR as general principles of Community law. Thus, from a legal point of view, the ECHR already constitutes a minimum standard and the Charter could not fall short of the ECHR as interpreted by the European Court of Human Rights. It may be added that each Charter provision that offers less protection than its corresponding ECHR provision would damage the credibility of both the EU human rights policy and the Convention.

Against this background some critical remarks may be leveled against the draft list of fundamental rights which was proposed on 11 February 2000 by the presidency of the 'Convention' preparing the Charter (CHARTE 4123/1/00/REV 1). The draft articles differ from the Convention provisions. To give three examples:

- The right to a fair trial (Article 5) does not specify that judgment shall be pronounced publicly, as required by Article 6. Is this a deliberate omission, or just an accident?
- To incorporate a general limitation clause (as was previously suggested by the presidency) will obviously do away with the detailed and sophisticated case-law of the Strasbourg authorities under the Articles 8 to 11, par. 2. Indeed, the right to respect for private life (Article 8 of the Draft) does not contain a specific limitation clause. What does this mean for the applicability of the Strasbourg jurisprudence? For instance, the Court tends to subject limitations of the freedom of the press (Article 10 ECHR) to careful scrutiny, whereas it leaves a wider margin of appreciation to State authorities restricting the right to respect for family life in the case of expulsion (Article 8 ECHR). Would this distinction still apply under a general limitation clause?
- What is the relationship between the right to respect for family life (Article 8 of the draft) and the protection of the family envisaged in Article 9 of the same draft?

These examples illustrate how delicate the question of phrasing the Charter is. From the perspective of legal certainty, and assuming that the Strasbourg level of human rights protection must not be undermined, we therefore recommend that the substantive rights and freedoms of the Convention and its protocols are integrally transferred to the Charter. This is all the more necessary if the accession of the EU to the Convention is not guaranteed.

5.2 Additional rights and freedoms guaranteed in other instruments

This is not to say that the body preparing the EU Charter should limit itself to copying the substantive provisions of the ECHR. There are at least two reasons to move beyond a mere reproduction of the ECHR:

- In practice most attention tends to be directed towards the ECHR, but other instruments contain important additions. To the remaining States parties to these treaties it is unacceptable for the EU Member States to transfer powers to the EU, if the latter is not bound to these additional rights.
- The discussions on the Charter should provide for an opportunity to develop rights and freedoms, which are geared to the powers and functions of the EU.

An obvious source of inspiration may be found in the treaties on which the Member States have collaborated. To mention some of the most important ones: the European Social Charter, the Genocide Convention (1948), the UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), the two UN Covenants of 1966, the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), the UN Convention on the Rights of the Child (1989) and several ILO Conventions.

It must be realized, however, that not all Member States have ratified all these instruments, whereas some have made reservations to specific provisions. In addition, the constitutional traditions of the Member States have always been regarded as a source for Community rights as well.

It is hard to predict which synthesis will be acceptable for the body preparing the EU Charter. Yet, already at this stage one can foresee that certain internationally recognized rights will not make it to the Charter. This will create the risk of *a contrario* types of reasoning: the absence of a specific norm might be taken to mean that it does not bind the EU. A similarly undesirable situation may occur if international human rights law continues to develop – which it is likely to do – and new instruments are adopted. Obviously the EU Charter will not reflect these changes. Should it then have to be amended?

The disadvantages of a 'static' Charter might be taken away by the introduction of the following provision, which is borrowed from the ECJ's case-law:³⁶

The European Union will also respect the fundamental rights and freedoms which have been laid down in international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories.

5.3 Economic and Social Rights

It is hard to defend the view that the Charter should limit itself to civil and political rights. A watertight division between 'classical' and social rights has never existed, and the development of positive obligations under the ECHR has blurred the distinction even further. In recent EU-documents the indivisibility is acknowledged and emphasized.³⁷

In this connection it is suggested that social rights are not necessarily mere policy guidelines or instructions addressed to the authorities. Especially in the case of basic needs (such as medical care in case of emergency or basic social welfare), individual entitlements exist. The best way forward is to examine each separate right and determine which elements lend themselves to judicial review.

³⁶. See ECJ, case 4/73, *Nold*, [1974] ECR 507, § 13.

³⁷. See, e.g., the *EU Annual Report on Human Rights 1998-1999*, adopted by the Council in October 1999, p. 33.

5.4 'New' rights

The Court of Justice has recently developed quite stringent case-law with regard to the respect of fundamental rights by the EC institutions themselves, in particular with regard to the securing of the principle of good administration within the EU institutions and the fact that everyone is entitled to a fair legal process. In so doing it has relied very explicitly on the provisions of the ECHR and applied them directly. Moreover, it appears that the Court is, within the limits of its current jurisdiction, contributing to the securing of the EU citizens' right of participation in an "effective political democracy". In other words the Court has in a number of test cases already made a significant contribution to a citizens' right to obtain information about the decision-making processes from a number of EU institutions and bodies (the Council, the Commission and "comitology" committees).³⁸ In an effective political democracy, the idea of an informed citizenry, the free expression of opinion of the people in the choice of the legislature and the possibility to complain about one's government and administration must indeed be secured as fundamental rights. The Court is responsible for the development and application of these ideas in the context of the EU. It provides an excellent example of the ECJ going further than the minimum provisions in this regard provided in the ECHR and could provide an example of the kinds of rights that could be included in an EU Charter as a "new" generation of rights applicable in the specific context of the EU.

6. Conclusions

The inclusion of an EU Charter in the circumstances outlined above could provide a clarification of the current system of protection and reinforce the aim of structural visibility of such rights within the evolving EU legal order. It is however imperative in our view that clear provisions be included as to the enforceability of the substantive rights in question and the remedies available to different categories of complainants in different circumstances. At the same time it must be acknowledged that in the long term interests of visibility as well as in the interests of (truly) external control (accountability of EU institutions to an external supervisory body) the most rational and transparent solution remains accession by the EU as such to the ECHR system.

Professor Deirdre Curtin, University of Utrecht
Dr. Rick Lawson, University of Leiden
Professor André Nollkaemper, University of Amsterdam

**Standing Committee of Experts on International Immigration Refugee and Criminal Law
Utrecht, the Netherlands, February 22nd 2000**

³⁸. See further, D. Curtin, "Citizens' Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital *Passepartout*?" 37 CML Rev. (2000), pp. 1-35.

\$\$\$Brief aan de leden van de Vaste Commissie van Justitie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal betreffende de agenda voor de vergadering van de JBZ-Raad op 27 maart 2000

CM00-033

Utrecht, 20 maart 2000

Geachte leden,

De Permanente Commissie heeft met belangstelling kennisgenomen van de agenda voor de aanstaande vergadering van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken op 27 maart a.s. De Permanente Commissie heeft naar aanleiding van deze agenda enkele opmerkingen die zij aan u wil voorleggen. Tevens willen we deze agenda aangrijpen om nog een aantal vragen te stellen naar aanleiding van het verslag van de JBZ-vergadering van 2 december 1999 (TK 1999-2000, 23 490, nr. 148).

1. Uitbreiding mandaat van Europol (Overeenkomst wederzijdse rechtshulp strafzaken, agendapunt 7)

In artikel 13, onder 11 van de ontwerp-Overeenkomst betreffende wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de Lidstaten van de Europese Unie (13451/99 COPEN 60, 29 november 1999, 33), is in verband met het samenwerken in zogenaamde gemeenschappelijke (multi-nationale) onderzoeksteams vermeld, dat “Where possible under, and in accordance with, applicable law, arrangements may be made for persons other than representatives of the competent authorities of the member States setting up the team to take part in the activities of the team. Such persons may, for example, include **officials of bodies set up pursuant to the TEU**. The rights conferred upon the members of the team by virtue of this Article shall not apply to these persons unless the agreement expressly states otherwise”.

Met deze bepaling wordt onder meer bedoeld op Europol-ambtenaren. De toekomstige deelname “ter ondersteuning” door Europol-vertegenwoordigers in “operationele acties van gezamenlijke teams” is immers voorzien in art. 30, onder 2 a) van de geconsolideerde versie van het VEU (post-Amsterdam). De Raad moet op grond hiervan binnen vijf jaar na inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam de nodige stappen nemen opdat bovenstaande mogelijk zou worden. De Permanente Commissie wijst er op dat zonder aanneming van een geëigend bijkomend rechtsinstrument, Europol(vertegenwoordigers) **niet** de bevoegdheid hebben om in de opsporing activiteiten te verrichten, ook niet met een louter “ondersteunde” rol. De Europol-Overeenkomst van 26 juli 1995 biedt daarvoor immers geen enkele rechtsbasis. Deze stelling vindt bovendien uitdrukkelijk bevestiging in het Actieplan van 3 december 1998 van de Raad en de Commissie (“over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid , veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd”). Punt 43 onder 1 b) van het actieplan bepaalt, met verkorting van het tijdspad (van 5 naar 2 jaar): “Binnen twee jaar na inwerkingtreding van het Verdrag moeten de volgende maatregelen genomen zijn: 1 b) Het opstellen van een adequaat rechtsinstrument waarin de bevoegdheden van Europol worden uitgebreid tot de in art. 30, lid 2, VEU bedoelde activiteiten, waarbij de activiteiten van Europol worden geconcentreerd op de operationele samenwerking”. Dit slaat op

de bevoegdheden bedoeld in art. 30, onder 2 a) en b) VEU, ondermeer dus op de deelname van Europol-vertegenwoordigers aan gemeenschappelijke onderzoeksteams. *Zonder aanneming van een bijkomend rechtsinstrument (Europol II) is deelname van Europol-ambtenaren onmogelijk.*

Uit de Tampere-conclusies, punt 43, is af te leiden dat de “Europese Raad verlangt dat (...) **onverwijld** gezamenlijke onderzoeksteams worden ingesteld ter bestrijding van drugshandel, mensenhandel en terrorisme, zoals bepaald in het Verdrag” en dat de “hiervoor vast te stellen regels [...] het mogelijk [moeten] maken dat vertegenwoordigers van Europol zo nodig ter ondersteuning deel uitmaken van zulke teams”. De vraag kan rijzen of dit door de Europese Raad uitgedrukte “verlangen” in de plaats kan komen van de geconsolideerde versie van het VEU (post-Amsterdam) en de interpretatie die de Raad en de Commissie daaraan gegeven hebben in het aangehaalde actieplan van 3 december 1998, waaruit duidelijk de noodzaak blijkt om een afzonderlijk bijkomend rechtsinstrument op te stellen. Volgens de Permanente Commissie moet deze vraag negatief worden beantwoord, en is ook de “Europese Raad” in zijn verlangens om snel vooruit te gaan, gelimiteerd door het geldende verdragsrecht. *De Permanente Commissie beveelt daarom aan om in de tekst van de ontwerp-overeenkomst (of minstens in het toelichtend rapport erbij) uitdrukkelijk aan te geven dat de eventuele deelname van ambtenaren van organen opgericht conform het VEU (zoals Europol) slechts mogelijk is voor zover deze ambtenaren in het algemeen, op grond van de rechtsinstrumenten waarbij deze organen zijn opgericht of die specifiek op het functioneren van deze organen betrekking hebben, de bevoegdheid tot deelname aan zulke teams hebben.*

Een bijkomend argument tegen de huidige bewoordingen van artikel 13, onder 11 van de ontwerp-rechtshulpovereenkomst, is dat het kennelijk mogelijk zou zijn dat het akkoord waarbij een gemeenschappelijk team wordt ingesteld, ook aan de ambtenaren van krachtens het VEU ingestelde organen (waaronder dus Europol-ambtenaren) alle rechten zou toekennen die artikel 13 aan teamleden van andere Lidstaten toekent (“The rights conferred upon the members of the team by virtue of this Article shall not apply to these persons unless the agreement expressly states otherwise”). Daarin gaat de ontwerp-tekst ons inziens te ver. De rechten die aan teamleden van andere Lidstaten kunnen toekomen, kunnen namelijk onder meer het recht inhouden om, voor zover de teamleider daartoe het fiat geeft en ook de staat waar het team opereert daarmee akkoord gaat, zelf “certain investigative measures” te nemen (zoals onder 5 van artikel 13 is vermeld). Dit komt neer op het zelf – autonoom – kunnen uitvoeren van bepaalde strafprocessuele handelingen, zoals b.v. het afnemen van verhoren of het verrichten van zoekingen. *Dergelijke bevoegdheid zou de louter “ondersteunde rol” die Europol-vertegenwoordigers blijken de tekst van art. 30, onder 2 a) VEU in de toekomst zou moeten kunnen toekomen bij het werken in gemeenschappelijke teams, ver te boven gaan.*

2. Voorstel Richtlijn gezinshereniging (Agendapunt 4, ontwerp-scoreboard zie p. 9)

Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake gezinshereniging van december 1999 wordt nu besproken in werkgroepen van de JBZ-Raad. *Naar het oordeel van de Permanente Commissie is het essentieel dat Nederland reeds nu duidelijk maakt alleen in te stemmen met de richtlijn als:*

- a. *De regels als minimumregels worden geformuleerd. Alleen zo kunnen Lidstaten gunstiger nationale regels handhaven. Dit standpunt heeft de Tweede Kamer in november 1998 in een motie vastgelegd (TK 1998-1999, 25 922, nr. 29).*
- b. *In de richtlijn een stand-still bepaling wordt opgenomen. Zo wordt voorkomen dat Lidstaten hun gunstiger regels inzake gezinshereniging terugbrengen tot het (lagere) niveau waarover tussen de vijftien Lidstaten overeenstemming kan worden bereikt. Dergelijke stand-still clausules komen ook voor in de regels inzake migranten in de Associatie EG-Turkije.*

3. Eurodac (agendapunt 14)

Volgens het verslag van de JBZ-raad van 2 december (23 490, nr. 148) is over het voorstel van de Commissie inzake de Eurodac-Verordening bijna overeenstemming bereikt, afgezien van het probleem van de territoriale werkingssfeer en de onenigheid tussen de Raad en de Commissie over de procedure tot het vaststellen van uitvoeringsbesluiten. In verband met het laatste punt wordt het Europees Parlement nog geraadpleegd over een nieuwe versie van de ontwerp-verordening. Het heeft de Permanente Commissie verbaasd dat de Raad, volgens het verslag, niet of nauwelijks is ingegaan op het uitgebreide rapport van het Europees Parlement met betrekking tot de gehele tekst van de verordening. In dit rapport zijn een aantal belangrijke amendementen opgenomen ter bescherming van de belangen van de asielzoeker of vreemdeling wiens gegevens in Eurodac worden opgenomen of ten behoeve hiervan worden afgenomen. Bijvoorbeeld, de verhoging van de leeftijdsgrens voor het afnemen van vingerafdrukken van veertien naar achttien jaar; verwijdering van vingerafdrukken zodra de betrokken persoon een vluchtelingenstatuts of andere wettelijke status heeft verkregen; vervanging in de gehele tekst van het begrip 'vreemdeling' door 'derdelander'.

Het adviesrecht van het Europees Parlement is van iedere zin ontbloot, wanneer de Raad niet gefundeerd aangeeft waarom het de voorstellen van het Europees Parlement niet overneemt. *De regering dient te worden gevraagd zich ervoor in te zetten dat de Raad bij dit voorstel en komende voorstellen onder Titel IV van het EG-Verdrag serieus ingaat op de adviezen van het Europees Parlement en motiveert waarom bepaalde adviezen niet worden overgenomen.*

4. Raadsbesluit met betrekking tot de aanvraag van het Verenigd Koninkrijk deel te nemen aan bepaalde onderdelen van het Schengen-acquis

De Permanente Commissie betreurt het dat op de JBZ-vergadering van 2 december jl. in beginsel (alleen Spanje heeft een voorbehoud gemaakt met betrekking tot het territorialiteitsbeginsel) akkoord is gegaan met de gedeeltelijke deelname van het Verenigd Koninkrijk aan het Schengen-acquis en het SIS. *Naar het oordeel van de Permanente Commissie zou de deelname van het Verenigd Koninkrijk tenminste ook het circulatierecht van elders in de EU gevestigde derdelanders moeten omvatten.* Het toekennen van het in het Schengen acquis voorziene recht om gedurende maximaal drie maanden in het gehele Schengen gebied te reizen, is ook mogelijk met behoud van de personencontrole aan de grenzen van de EU.

5. Terugkeerclausules in Gemeenschaps- of gemengde overeenkomsten

Uit het verslag van het Finse voorzitterschap van de JBZ-vergadering op 2 december jl., blijkt dat, zonder debat, is aangenomen de standaard terugname-clausules voor Gemeenschaps- en gemengde overeenkomsten, inzake de repatriëring van personen die illegaal in een Lidstaat verblijven (zie tekst van dit besluit in het Finse verslag 13461/99 (Presse 386-G) EN III). *De Permanente Commissie betreurt het dat een dergelijke belangrijke regeling is aangenomen, zonder dat de tekst vooraf aan de Tweede Kamer is voorgelegd* (zie TK 1999-2000, 23 490, nr. 146). Dit klemmt des te meer daar in de aangenomen standaardbepaling geen voorwaarden zijn opgenomen ter bescherming van de terug te nemen personen.

De Permanente Commissie is gaarne bereid tot het geven van nadere toelichting.

Hoogachtend,

Prof. mr. C.A. Groenendijk,
voorzitter van de Permanente Commissie

\$\$\$Letter to the Members of the Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, European Parliament

CM00-041

Utrecht, April 13th 2000

Dear Sir, Madam,

The Standing Committee of experts on international immigration, refugee and criminal law has discussed *the Finnish proposal for a Council Regulation determining the obligations as between the Member States for the readmission of third-country nationals* (1999/C 353/05, OJ 7 December 1999). This Proposal concerns the obligation of Member States – according to criteria of ‘responsibility’ - to readmit to their territory a third country national illegally in the territory of another Member State.

The Standing Committee is of the opinion that the adoption of the Proposal interferes with existing Schengen law, will lead to long and inefficient procedures and – most importantly – may lead to interference with fundamental rights and interests of the persons concerned.

The Standing Committee therefore advises not to consent to the Proposal.

The major objections of the Standing Committee are:

- 1) The Proposal allows for Member States to expel a third country national to his country of origin or another third country. By nevertheless introducing a system of responsibility, it invites Member States to send persons around within the European Community, before expulsion takes place. That is an undesirable situation both for the person concerned and for the Member States.
- 2) If a reason for sending a person to another Member State instead of to a third country is of a financial nature, it would be more efficient to follow the procedure provided for by the Schengen Implementation Convention. Article 23 of that Convention contains an obligation to expel a third country national illegally within the territory of a Contracting Party outside the territories of the Contracting Partners and to compensate each other financially.
- 3) If the Finnish proposal is to be accepted, there would be two instruments relating to the same issue; (Article 23 of) the Schengen Implementation Convention is still in force and is binding for the Member States involved in Title IV EC (including Denmark).
- 4) The Finnish proposal does not reflect any lessons learnt from the practical and procedural difficulties the Dublin Convention brings about. Dublin-procedures proved to be very time (and money) consuming, they often do not result in the return of the asylum seeker to the Member State claimed to be responsible and they have not contributed to make asylum procedures in the Member States more efficient. A new instrument making individual Member States responsible for certain third country nationals should be likely to bring about the same confusion and problems as the Dublin Convention.
- 5) The Finnish proposal on the one hand recommends Member States to expel a third country national to a third country; on the other hand it defines which Member State is to be held responsible for the third country national. One may wonder, whether the real purpose of the Proposal is to define which Member State is to be held responsible for a third country national who cannot be expelled to a third state. That is to say: an extension of the Dublin

Convention to persons who are no (longer) asylum seeker. Whether or not this purpose is envisaged by the Proposal, the responsibility for the third country nationals who cannot be expelled outside the Member States should be regulated explicitly. Such a regulation must also pay attention to the (legal and social) position of the individual concerned on the territory of the responsible Member State. The criteria establishing the responsible Member State, must also have regard to the interests of the third country national in another Member State, and his or her personal or other links to (persons within) that State.

- 6) The Proposal provides for criteria and procedures to establish the readmission obligation and to effectuate the actual readmission. Hardly any provision as to the rights and interests of the persons concerned can be found. This will not only bring about practical problems, but this also interferes with fundamental rights and interests of the persons involved. It is therefore necessary to include guarantees relating to:
 - the situation outside the territories of the Member States where the person will be sent to,
 - the length of the procedures in one Member State,
 - the compilation of procedures in several Member States,
 - the prevention of repetition of same requests for information by each Member State,
 - the person being kept informed,
 - the legal aid and access to court,
 - habeas corpus and detention during the procedures in one Member State to establish and claim responsibility of another Member State,
 - habeas corpus and subsequent periods of detention; first in the procedure(s) between Member States and then in the procedure of expulsion to a third country,
 - the availability of shelter and food during the procedures.
- 7) Traditionally readmission agreements contain guarantees concerning non refoulement and indirect extradition. Moreover, the Benelux Court of Justice held in a judgement on preliminary questions concerning internal Benelux readmission regulations, that such regulations also regard the interests of the individual concerned (CoJ Benelux 15 April 1992, A 90/5). This is all the more reason to include the issues mentioned under 6) of this comment, in the proposal.
- 8) The Proposal lacks a clause, that its application is not to interfere with the obligations of the Member States under the Refugee Convention, the Convention of Dublin, the European Convention on Human Rights, the Schengen Implementation Convention or any other Convention binding upon the Member States.
- 9) Given the example of the Dublin Convention, a lot of practical problems are to be expected. Developing further necessary regulations is not a task for a Management Committee, but for the European Commission.
- 10) It is recommended, that a review of the application of the Proposal – will it enter into force – will be submitted to the European Parliament at regular intervals.

PM The English and Dutch version of the proposal are different in respect of several not unimportant matters, c.f. Article 1 sub 2, (not or no longer/op illegale wijze ophouden) and Article 2 sub b (leave to stay during examination/verblijfsvergunning ...), Article 15 sub c (necessary data/nuttige gegevens).

On behalf of the Standing Committee,
J.D.M. Steenbergen (University of Leiden)

\$\$\$Brief aan de leden van de Vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer der Staten-Generaal inzake de wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet

CM00-081

Utrecht, 8 september 2000

Geachte leden,

Op 14 juni 2000 is ter behandeling aan u voorgelegd het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet (Vw 2000) EK 26 732 nr. 263.

De Permanente Commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen- vluchtelingen- en strafrecht vraagt met het oog hierop uw aandacht voor de bepalingen in de Vw 2000 die afwijzing van een asielverzoek imperatief voorschrijven respectievelijk mogelijk maken omdat de asielzoeker wordt geacht onder veilige omstandigheden in een ander (derde) land te kunnen verblijven (artikelen 30 onder a en d en 31, lid 2, aanhef en onder g t/m j Vw 2000).

Mede gezien het op 21 maart 2000 verschenen werkdocument van de Europese Commissie over de werking van de Overeenkomst van Dublin, maakt de Permanente Commissie zich ernstige zorgen over de hiervoor vermelde bepalingen van de Vreemdelingenwet

In de eerste plaats geldt dit voor artikel 30 onder a Vw 2000. Dit artikel schrijft afwijzing van een asielverzoek voor in geval een ander land ingevolge een overeenkomst – d.w.z. de overeenkomst van Dublin – verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek. A fortiori geldt dit echter voor de artikelen 30 onder d en 31 lid 2 onder g t/m j Vw 2000 die een afwijzing van het asielverzoek tot gevolg (kunnen) hebben op grond van de enkele veronderstelling dat een asielzoeker onder “veilige omstandigheden” in een ander (derde) land kan verblijven

In het volgende worden de twijfels die de Permanente Commissie ten aanzien van de huidige redactie van eerdergenoemde wetsartikelen heeft, verder toegelicht.

In deze toelichting wordt achtereenvolgens ingegaan op de inhoud van het werkdocument van de Europese Commissie (paragraaf 1), recente jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) (paragraaf 2) en de artikelen 30 en 31 Vw 2000 in het licht van het werkdocument van de Europese Commissie en de jurisprudentie van het EHRM, (paragraaf 3). In paragraaf 4 worden conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan .

1. Het werkdocument van de Europese Commissie

De Commissie heeft haar onderzoek verricht aan de hand van de doelstellingen die ten grondslag liggen aan de Overeenkomst van Dublin.

De vier belangrijkste doelstellingen van de Overeenkomst van Dublin worden volgens de Europese Commissie onvoldoende bereikt, namelijk:

het voorkomen dat asielzoekers langdurig in onzekerheid verkeren over de uitkomst van hun asielverzoek;

het voorkomen van het “refugee in orbit” fenomeen;
het voorkomen van de indiening van meervoudige asielverzoeken en tenslotte
het voorkomen van misbruik van de asielprocedures (i.e. het ontnemen van de mogelijkheid om een asielverzoek in het land van eerste keuze in te dienen).

De oorzaken daarvan zijn volgens de Commissie in belangrijke mate gelegen in:
de trage afwikkeling door de Lidstaten van Dublin-claims;
verschillen tussen de Lidstaten bij de uitleg van het Vluchtelingenverdrag;
- bewijsproblemen.

De conclusie van de Commissie laat aan duidelijkheid niet te wensen over. De uitvoering van de Overeenkomst van Dublin geeft op grond van de hiervoor gereleveerde omstandigheden serieuze redenen tot bezorgdheid.

2. De uitspraak van het EHRM van 7 maart 2000 (T.I. tegen het Verenigd Koninkrijk)

In deze recente uitspraak heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens overwogen dat uitzetting van een asielzoeker door een Verdragstaat naar een staat die eveneens partij is bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) de Verdragstaat niet ontslaat van de verplichting zich er van te vergewissen dat deze asielzoeker als gevolg van de beslissing tot verwijdering niet wordt blootgesteld aan een behandeling in de zin van artikel 3 EVRM

De uitzettende Verdragstaat mag in dat verband niet vertrouwen op de regelgeving inzake toedeling van verantwoordelijkheid zoals die is neergelegd in de Dublin-overeenkomst:

“Where States establish international organisations, or mutatis mutandis international agreements, to pursue cooperation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose of and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution [...]” (The Court's assessment. 1. The responsibility of the United Kingdom)

Deze uitspraak is, evenals het werkdokument van de Commissie, bij het debat over het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet in de Tweede Kamer niet aan de orde gesteld.

3. De artikelen 30 en 31 Vw 2000

Artikel 30 onder a Vw 2000

Artikel 30 onder a Vw 2000 bepaalt dat een asielverzoek dient te worden afgewezen indien een ander land, partij bij het Vluchtelingenverdrag, ingevolge een verdrag of een dit land en Nederland bindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie verantwoordelijk is voor de behandeling van de aanvraag.

Commentaar

In tegenstelling tot de min of meer gelijklopende bepaling in de huidige Vreemdelingenwet (art. 15b, eerste lid onder a Vw) biedt artikel 30 a Vw 2000 niet de mogelijkheid dat Nederland de verantwoordelijkheid voor de behandeling van een asielverzoek op zich neemt, indien primair een andere staat op grond van een verdrag daartoe gehouden is. Artikel 15b, eerste lid onder a van de huidige Vw biedt deze mogelijkheid indien het verzoek berust op feiten en omstandigheden die bij de beslissing door de autoriteiten van dat andere land geen rol hebben kunnen spelen.

Aangezien het asielrecht in de EU nog niet is geharmoniseerd en er – zoals ook de Europese Commissie erkent - tussen de Lidstaten nog grote verschillen bestaan in de interpretatie van het Vluchtelingenverdrag, kan de situatie zich voordoen dat een asielzoeker op grond van zijn vluchtrelaas in de éne Lidstaat als vluchteling in de zin van het Vluchtelingenverdrag zou moeten worden aangemerkt terwijl dit in een andere Lidstaat niet het geval is. Als de eerste Lidstaat voornemens is om de asielzoeker op grond van de Overeenkomst van Dublin over te dragen aan die andere Lidstaat kan een beroep op de uitzonderingsgrond van artikel 15b, eerste lid onder a Vw thans nog voorkomen dat de asielzoeker daadwerkelijk wordt overgedragen en op die wijze het refoulementverbod wordt geschonden.

De Permanente Commissie acht het noodzakelijk alsnog bij een nieuw wetsontwerp aan artikel 30 onder a een uitzonderingsbepaling zoals die van het huidige artikel 15b, eerste lid, onder a Vw toe te voegen. De Commissie merkt daarbij op dat het vereiste dat een asielzoeker uitgeprocedeerd dient te zijn, in het bovengenoemde arrest van het EHRM overigens niet wordt gesteld.

Artikel 30 onder d Vw 2000

Artikel 30 onder d Vw 2000 schrijft een afwijzing van het asielverzoek voor indien de asielzoeker op grond van een overname-overeenkomst zal worden overgedragen aan een land van eerder verblijf terwijl dat land partij is bij het Vluchtelingenverdrag, het EVRM en het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing (hierna: het Antifolterverdrag) dan wel zich anderszins heeft verplicht de in deze verdragen neergelegde refoulement verboden na te leven.

Commentaar

Overname-overeenkomsten met derde landen ontslaan staten die partij zijn bij het Vluchtelingenverdrag niet van hun verdragsverplichting om tot statusdeterminatie over te gaan. De Permanente Commissie meent dat de hierboven genoemde overweging van het Europese Hof d.d. 7 maart 2000 ook van toepassing is op een overdracht op grond van een overname-overeenkomst.

De Permanente Commissie stelt derhalve voor artikel 30 onder d Vw 2000 bij een novelle te schrappen.

Artikel 31, lid 2, onder sub g t/m j Vw 2000

Deze bepalingen geven de mogelijkheid om bij het onderzoek van de asielaanvraag de veronderstelling te betrekken dat de asielzoeker onder veilige omstandigheden in het land van

herkomst dan wel een derde land heeft verbleven.

Het betreft de volgende situaties:

de asielzoeker is afkomstig uit een land dat partij is bij het Vluchtelingenverdrag en het EVRM of het Antifolterverdrag (31 lid 2 aanhef sub g Vw 2000);

de asielzoeker heeft verbleven in een derde land dat partij is bij het Vluchtelingenverdrag en het EVRM of het Antifolterverdrag en heeft niet aannemelijk gemaakt dat dit land zijn verdragsverplichtingen ten aanzien van hem niet nakomt (31 lid 2 sub h Vw 2000);

de asielzoeker zal in een land van eerder verblijf worden toegelaten totdat hij elders bescherming zal hebben gevonden (31 lid 2 sub i Vw 2000);

de asielzoeker heeft mogelijk een verblijfsalternatief omdat hij voorafgaand aan zijn komst naar Nederland heeft verbleven in een ander land dan het land van herkomst (31 lid 2 sub j Vw 2000).

Commentaar

Algemeen:

De strekking van artikel 31 lid 2 is onduidelijk. Wat moet worden begrepen onder de zinsnede: “bij het onderzoek naar de aanvraag wordt mede betrokken de omstandigheid dat ”?

Het ligt in de rede om aan te nemen dat met deze bepaling wordt beoogd een aantal afwijzingsgronden te formuleren dan wel - op zijn minst - om aan te nemen dat indien een van de in artikel 31 lid 2 onder g t/m j Vw 2000 genoemde situaties zich voordoet, zulks negatieve implicaties voor de asielzoeker heeft.

De Permanente Commissie wijst erop dat Staten die partij zijn bij het Vluchtelingenverdrag gehouden zijn om tot statusdeterminatie over te gaan en in geval de asielzoeker vluchteling is bescherming te verlenen. Dit kan slechts anders zijn in de twee hierna genoemde gevallen:

(1) indien de asielzoeker in het derde land een verblijfstitel voor een bepaalde tijd heeft.

(2) indien het derde land partij is bij het Vluchtelingenverdrag en in het individuele geval is komen vast te staan dat de asielzoeker in dit land wederom wordt toegelaten tot een adequate asielprocedure waarin zijn beroep op vluchtelingschap wordt getoetst aan dezelfde criteria die in het terugsturende land worden gehanteerd en hij (in het geval hij vluchteling is) in dat derde land bestendig kan verblijven onder ter plaatse niet als abnormaal aan te merken omstandigheden.

Het verdient aanbeveling om artikel 31 lid 2 onder g t/m j Vw 2000 in overeenstemming met het zojuist beschreven vluchtelingrechtelijk uitgangspunt te redigeren. Hiermee wordt ook de onduidelijkheid over de strekking van deze bepaling weggenomen.

Artikel 31 lid 2 onder g Vw 2000

Ten aanzien van artikel 31 lid 2 onder g Vw 2000 merkt de Commissie op dat het enkele feit dat een Staat partij is bij het Vluchtelingenverdrag of andere mensenrechtenverdragen niet wil zeggen dat deze Staat de mensenrechten niet schendt. De daadwerkelijke naleving van de verdragen is het doorslaggevend criterium.

Verder geldt dat het Vluchtelingenverdrag niet van toepassing is op eigen onderdanen. Burgers van een Verdragsluitende Staat kunnen ten opzichte van hun eigen staten geen rechten ontleen aan het Vluchtelingenverdrag.

Artikel 31 lid 2 onder g en h Vw 2000

In het vluchtelingenrecht geldt als uitgangspunt dat de asielzoeker aannemelijk moet maken dat hij te vrezen heeft voor vervolging in de zin van artikel 1A Vluchtelingenverdrag. Het Vluchtelingenverdrag vereist niet dat een asielzoeker ook aannemelijk maakt dat het land van herkomst dan wel het eerste land van verblijf de bepalingen van het Vluchtelingenverdrag, het EVRM of het Antifolterverdrag niet naleeft. Het leggen van een uitgebreide bewijsplicht op de asielzoeker is onverenigbaar met het Vluchtelingenverdrag. Dit geldt eveneens waar het betreft de naleving van het EVRM en het Antifolterverdrag.

Artikel 31 lid 2 onder i en j Vw 2000

De Permanente Commissie merkt op dat het leerstuk van het land van eerste ontvangst in het wetsontwerp is geformuleerd onder vijf verschillende bepalingen, namelijk artikel 30 onder a en d en artikel 31 lid 2, onder h, i en j. De Commissie acht dit ongewenst. Het is niet helder voor welke situatie de betreffende artikelen zijn geschreven. De Commissie merkt bovendien op dat de Staatssecretaris van Justitie in een op 30 juli 2000 verschenen werkinstructie verdere onduidelijkheid heeft geschapen ten aanzien van het huidige artikel 15c lid 1 onder c Vw (toekomstig artikel 31 lid 2 onder i). Uit de werkinstructie blijkt dat bij toekomstige toepassing van dit artikel statusbepaling achterwege zal kunnen blijven.

De Permanente Commissie meent dat uit de beslissing van het Europese Hof van 7 maart 2000 moet worden begrepen dat het onderzoek naar de achtergronden van een verzoek om bescherming niet achterwege kan worden gelaten, en dat overdracht slechts dan niet in strijd is met het refoulementverbod indien vaststaat dat het land waarnaar uitzetting wordt beoogd, bescherming zal bieden.

4. Conclusies en Aanbevelingen

Gezien het voorgaande geeft de Permanente Commissie u in overweging bij de regering er op aan te dringen op de volgende punten de wettelijke regeling alsnog aan te passen:

- 1 Een “tenzij-clausule” moet worden opgenomen in artikel 30 sub a Vw 2000. De Permanente Commissie acht opnemng van de huidige “tenzij” clausule in artikel 30 a Vw 2000 noodzakelijk teneinde te voorkomen dat een asielzoeker vanwege verschillen tussen de Lidstaten bij interpretatie van het Vluchtelingenverdrag en andere relevante mensenrechtenverdragen direct dan wel indirect naar het land van herkomst zal worden gerefouleerd. In dit verband verwijst de Permanente Commissie naar het werkdocument van de Europese Commissie van 21 maart 2000 en de uitspraak van het EHRM van 7 maart 2000.
- 2 Artikel 30 onder d Vw 2000 dient te worden geschrapt. Artikel 30 onder d dient te worden geschrapt. Deze bepaling doet geen recht aan het vluchtelingrechtelijke uitgangspunt dat geldt ten aanzien van de vraag in welke gevallen een land van eerste ontvangst geacht kan worden adequate bescherming te bieden. In ieder geval dient uit deze bepaling het imperatieve element te worden verwijderd en ook in deze bepaling de “tenzij-clausule” te worden opgenomen.
- 3 De afwijzingsgrond van artikel 31, lid 2, aanhef en onder g Vw 2000, behoeft zodanige herformulering dat in de asielprocedure de feitelijke situatie in het land van herkomst

doorslaggevend is.

- 4 De bepalingen van artikel 31, lid 2 ,onder h tot en met j Vw 2000 dienen te worden geschrapt. Een onderzoek naar de vluchtmotieven kan in de daargenoemde situaties niet achterwege blijven. De artikelen zullen door hun onduidelijke inhoud de administratie, de rechtshulp en de rechter voor onmogelijke opgaven stellen.

Hoogachtend,

Prof. mr. C.A. Groenendijk
voorzitter van de Permanente Commissie

\$\$\$Brief aan de leden van de Vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer der Staten-Generaal betreffende het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet

Utrecht, 16 oktober 2000

Geachte leden,

De Permanente commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht heeft kennis genomen van de Memorie van Antwoord van de Minister van Justitie d.d. 29 september 2000 ter zake van de behandeling door de Eerste Kamer van het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet.

In de Memorie van Antwoord wordt onder paragraaf 1.7 onder meer ingegaan op de punten van kritiek die de Permanente commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht bij brief d.d. 8 september 2000 naar voren heeft gebracht.

De Permanente commissie constateert dat in de Memorie van Antwoord de door de Permanente commissie opgeworpen protectie-vragen vanuit internationaalrechtelijk oogpunt niet, althans niet afdoende, worden beantwoord. De Permanente commissie ziet dan ook geen aanleiding om terug te komen op de door haar bij voornoemde brief geventileerde punten van kritiek. De Permanente commissie volstaat thans met de volgende opmerkingen.

Artikel 30 onder a Vw 2000

Onder verwijzing naar de uitpraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens d.d. 7 maart 2000 blijft naar het oordeel van de Permanente commissie opname in artikel 30 a Vw 2000 van een aan artikel 15b lid 1 aanhef en onder a Vw gelijklopende “tenzij-clausule” geboden. Met dien verstande dat daarin rekenschap wordt gegeven van alle in internationale verdragen neergelegde refoulement-verboden teneinde te voorkomen dat artikel 30a Vw 2000 in strijd komt met algemeen verbindende verdragsbepalingen - waaronder de non-refoulement bepaling van artikel 3 EVRM.

Artikel 3, vierde lid, van de Overeenkomst van Dublin biedt in deze onvoldoende soelaas omdat daarin niet een verplichting voor de overeenkomstsluitende staat is neergelegd om ingeval van verschillen in uitleg van het Vluchtelingenverdrag en het EVRM tussen de overeenkomstsluitende staten, de behandeling van het asiëlverzoek aan zich te trekken. Ten overvloede zij opgemerkt dat artikel 3 lid 4 van de Overeenkomst van Dublin door de Staatssecretaris van Justitie tot heden slechts is gebezigd ingeval van humanitaire redenen en niet ingeval van (dreigende) schending van het non-refoulement beginsel.

Vgl. brief van de Permanente commissie d.d. 8 september 2000 p.3

Artikelen 30 en 31 Vw 2000

De op pagina 29 van de Memorie van Antwoord weergegeven stelling dat de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens d.d. 7 maart 2000 slechts zou zien op de implementatie van de Overeenkomst van Dublin en niet zonder meer van toepassing is op de

overige bepalingen van de artikelen 30 en 31 Vw 2000 is onjuist voor zover daarmee wordt betoogd dat er uitzonderingen zijn op de verplichting van staten die partij zijn bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens om ingeval van verwijdering van asielzoekers (naar derde) veilige landen in ieder individueel geval na te gaan of deze verwijdering – direct dan wel indirect – strijd oplevert met het non-refoulement beginsel van artikel 3 EVRM. Niet goed denkbaar is dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een dergelijke verplichting wel aanneemt ingeval een asielzoeker wordt verwijderd naar een staat die partij is bij de Overeenkomst van Dublin maar een uitzondering op deze verplichting aanwezig acht ingeval de asielzoeker wordt verwijderd naar een (derde) staat die geen partij is bij deze overeenkomst. Ten aanzien van eerstgenoemde staten wordt over het algemeen eerder aangenomen dat het Vluchtelingenverdrag en andere internationale mensenrechtenverdragen worden nageleefd dan ten aanzien van laatstgenoemde staten het geval is.

De Permanente commissie deelt niet het standpunt van de Staatssecretaris van Justitie dat de enkele ondertekening van internationale mensenrechtenverdragen de presumptie van veiligheid rechtvaardigt (artikel 31 h Vw 2000). Een dergelijke presumptie strookt niet met de realiteit hetgeen ook wordt onderkend op Europees niveau.

In een recent voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus wordt naast ondertekening van het Vluchtelingenverdrag een aantal bijkomende voorwaarden gesteld alvorens een land het predikaat “veilig” verdient. (Proposal for a Council Directive on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status, provisional version 21.09.2000).

Mede gezien het voorgaande acht de Permanente commissie het belasten van asielzoekers met de plicht om te bewijzen dat een ondertekenaar van internationale mensenrechtenverdragen ten aanzien van hem de mensenrechten niet naleeft, niet verenigbaar met het Vluchtelingenverdrag.

Vgl. ook brief UNHCR d.d. 14 juli 2000 aan de Tweede Kamer

De Permanente Commissie mist in de Memorie van Antwoord (en ook in het wetsvoorstel) de garantie dat ingeval van verwijdering naar een (derde) veilig land steeds in het individuele geval dient komen vast te staan dat de asielzoeker wederom wordt toegelaten tot een adequate asielprocedure en de asielzoeker in dat (derde) land kan verblijven onder ter plaatse niet als abnormaal aan te merken omstandigheden.

Vgl. brief Permanente commissie d.d. 8 september 2000 p. 5

De Permanente commissie wijst in dit verband naar artikel 22 van de hiervoor genoemde ontwerp-richtlijn van de Europese Commissie inzake minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus. Op grond van dit artikel is voor het kwalificeren van een derde land als veilig expliciet vereist dat er gronden zijn om in het individuele geval aan te nemen dat de asielzoeker zal worden toegelaten op het grondgebied van het derde land alsmede dat er ten aanzien van hem - gezien zijn specifieke omstandigheden - geen redenen zijn om aan te nemen dat het land niet veilig is.

Onder verwijzing naar hetgeen door de Permanente commissie bij brief d.d. 8 september 2000 is opgemerkt ten aanzien van artikel 31 h tot en met j Vw 2000, herhaalt de Permanente commissie

dat de bepalingen van artikel 31, lid 2, onder h tot en met j Vw 2000 dienen te worden geschrapt. Van statusdeterminatie kan slechts worden afgezien in de in de brief van de Permanente commissie genoemde gevallen.

Vgl. brief Permanente commissie d.d. 8 september 2000 p. 5 en 7.

Voor het geval naar aanleiding van het voorgaande nog vragen mochten rijzen, zijn wij uiteraard bereid om deze te beantwoorden.

Hoogachtend,
Prof. Mr. C.A. Groenendijk
voorzitter van de Permanente commissie

bij afwezigheid van deze
Prof. mr. B.P. Vermeulen

\$\$\$Brief van de Permanente Commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht inzake drie voorliggende ontwerp-kaderbesluiten op het gebied van de harmonisatie van het strafrecht

CM00-086

Utrecht, 6 november 2000

Inleiding

De Permanente Commissie heeft geconstateerd dat er de laatste jaren vanuit de Europese Unie belangstelling is ontstaan voor de harmonisatie van het strafrecht van de Lidstaten met name door kaderbesluiten. Harmonisatie als zodanig is een neutraal begrip, dat nog niets zegt over de inhoud en kwaliteit van het betreffende instrument. De Permanente Commissie is verontrust dat ten aanzien van harmonisatie door middel van kaderbesluiten een aantal principiële vragen niet worden gesteld, dat wordt uitgegaan van niet getoetste veronderstellingen, en dat geen heldere doelstelling is geformuleerd terzake van harmonisatie. De Permanente Commissie wenst u in kennis te stellen van haar inzichten omdat zij het van belang acht dat, indien wordt nagedacht over de invoering van harmoniserende maatregelen, wordt onderzocht of aan een aantal basisvoorwaarden is voldaan. De Permanente Commissie is ook voornemens in het voorjaar van 2001 een deskundigenbijeenkomst te organiseren over harmonisatie van strafrecht in Europa.

In deze brief worden drie voorliggende ontwerp-kaderbesluiten getoetst aan een aantal basisvragen die volgens de Permanente Commissie ten grondslag moeten liggen aan de harmonisatie van het Europese strafrecht. Het gaat om de volgende kaderbesluiten:

Ontwerp-kaderbesluit tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van de hulp bij illegale binnenkomst en illegaal verblijf, PB 2000, C 253/6 (hierna te noemen: Kb Illegale binnenkomst)

Initiatief van de Bondsrepubliek Duitsland met het oog op de aanneming van een kaderbesluit van de Raad inzake strafrechtelijke bescherming tegen fraude en andere vormen van concurrentievervalsing bij het gunnen van overheidsopdrachten binnen de gemeenschappelijk markt, PB 2000, C 253/3 (hierna te noemen: Kb Fraude)

Ontwerp-kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, Initiatief van de Franse Republiek met het oog op de aanneming van een kaderbesluit Raadsdocument 10387/00 LIMITE COPEN 54 van 14 juli 2000 (hierna te noemen: Kb Slachtoffers)

Wat is harmonisatie?

De discussie over de voors en tegens van harmonisatie wordt bemoeilijkt doordat een eenvormige definitie ontbreekt. In de praktijk blijken verschillende definities te worden gehanteerd:

het invoeren in verschillende landen van een eenvormige wetgeving, welke door middel van een gemeenschappelijke rechter eenvormig wordt gehandhaafd;

de uitwerking in nationaal recht van voor verschillende landen eenvormige bindende bepalingen;

het invoeren van wetgeving door middel van een gemeenschappelijke wetgever, waarbij de eenvormige handhaving is gewaarborgd door een gemeenschappelijke uitvoerende en rechtsprekende macht.

In het Verdrag betreffende de Europese Unie heeft deze harmonisatie een definitie gevonden in

artikel 29: “onderlinge aanpassing van de bepalingen betreffende strafzaken in de Lidstaten.”

Wat is (kan) voorwerp van harmonisatie (zijn)?

Voor het strafrecht is van belang of het gaat om de harmonisatie van materieel strafrecht of van meer strafvorderlijke bepalingen. Vooropgesteld kan worden dat harmonisatie als zodanig in het strafrecht niets nieuws is. Zo hebben verdragen inzake de strafbaarstelling van slavernij, kaping, oorlogsmisdrijven, vrouwenhandel etc. al sinds meer dan honderd jaar gezorgd voor een zekere harmonisatie van strafbepalingen. Strafvorderlijk gezien heeft vooral het EVRM in de Lidstaten van de Raad van Europa een enorme impact gehad. Daarmee is tevens aangetoond dat in beginsel elk aspect van het strafrecht voorwerp van harmonisatie kan zijn. De Permanente Commissie stelt vast dat tot dusver vanuit de Unie prioriteit wordt gegeven aan de harmonisatie van strafbepalingen in plaats van meer strafvorderlijke of bewijstechnische onderwerpen. Van zowel het materiële als het formele strafrecht kan worden gezegd dat ze sterk met nationale tradities en cultuur verweven zijn. De Permanente Commissie acht het van belang dat enkele preliminaire vragen worden gesteld. Het ligt voor de hand om keuzes te laten afhangen van de vraag wat men met harmonisatie wenst te bereiken.

Waarom is harmonisatie noodzakelijk?

Naar het oordeel van de Permanente Commissie gaat het hier om de kernvraag van harmonisatie van het strafrecht in Europa. Het valt de Permanente Commissie op dat deze vraag geen onderdeel van de discussie uitmaakt. Er wordt dikwijls van uitgegaan dat de noodzaak van harmonisatie vanzelfsprekend is. Het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna EU) biedt slechts een grondslag voor onderlinge aanpassing door middel van “het geleidelijk aannemen van maatregelen tot opstelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de georganiseerde criminaliteit, terrorisme en illegale drugshandel” (art. 29 jo. 31, onder e). Zonder grondslag en motivering stelt het Kb Slachtoffers in overweging 5: “Er is onderlinge aanpassing nodig.” Dat lijkt op het eerste gezicht zeer vanzelfsprekend, maar is bedrieglijk. Anders dan bijvoorbeeld aan het gemeenschapsrecht ligt aan harmonisatie in het strafrecht geen materieel recht ten grondslag dat burgers direct kunnen invoeren. De Europese Gemeenschap riep immers voor haar burgers de vier vrijheden in het leven (vrij verkeer van goederen, diensten, werknemers en kapitaal). Ook het EVRM heeft materiële rechten voor de burger gerealiseerd door de eisen van een eerlijk strafproces concreet in te vullen. Harmonisatie en onderlinge aanpassing van het recht van de Lidstaten stonden en staan in die verdragen in het teken van de materiële rechten van de burger, en leiden zo tot de formulering van een duidelijke doelstelling. De Permanente Commissie is van mening dat strafrechtelijke harmonisatie een helder omschreven doel verlangt. De handelingen wier strafbaarstelling in het Kb Fraude wordt verlangd zijn reeds geregeld in de Overeenkomst tot bestrijding van EG-fraude van 26 juli 1995 en de twee protocollen bij die overeenkomst. Naar huidig Nederlands recht kunnen de handelingen omschreven in het Kb Illegale binnenkomst reeds worden bestraft (art. 197a Sr, art. 44 Vw). Het gaat derhalve om overbodige regelgeving.

Harmonisatie is geen doel in zich zelf. Het vereiste van een heldere doelstelling heeft tot gevolg dat een subsidiariteitseis dient te worden gesteld: Is gezamenlijk optreden vereist of kan iedere Lidstaat het afzonderlijk wel af? In haar notitie Eurostrafrecht (Kamerstukken II, 1998-1999, 26656, nr. 1) heeft de Nederlandse regering gesteld dat harmonisatie geen doel op zichzelf is. Is

terzake van de drie voorliggende ontwerp-kaderbesluiten op dit criterium getoetst?

In het uniëstrafrecht vallen grofweg drie redenen waar te nemen bij harmonisatie van het strafrecht. De eerste (de negatieve benadering) ziet harmonisatie als een oplossing van bestaande problemen. Het feit dat verschillende rechtsstelsels naast elkaar bestaan leidt tot problemen in de samenwerking. Hier ligt de nadruk op harmonisatie als middel om samenwerking in strafzaken beter te laten verlopen. Deze benadering vloeit voort uit het in artikel 29 EU geformuleerde doel. De tweede reden (de positieve benadering) borduurt voort op gedachten ontleend aan de realisering van de interne markt. Zij probeert een ideale situatie te creëren waarin tussen de verschillende Lidstaten geen onderscheiden in de handhaving van het strafprocesrecht bestaan. Daarnaast is er nog een derde reden, die echter verpakt wordt als een van de twee andere verschijningsvormen (de “in het gareel”-benadering). Hierbij wordt harmonisatie nagestreefd om een Lidstaat die een afwijkend en door de andere Lidstaten ongewenst beleid voert tot de orde te roepen. Harmonisatie wordt hier benaderd vanuit de gedachte dat de afwijkende Lidstaat zich dient aan te passen aan (een) andere lidsta(a)t(en) en verschillen tussen Lidstaten moeten worden weggelaten.

Wat betreft de eerste benadering moet worden vastgesteld dat voor de belangrijkste vormen van samenwerking in de praktijk (politiële rechtshulp en wederzijdse rechtshulp) de zogenaamde dubbele strafbaarheid niet is vereist. Ook Conclusie 48 van de Europese Raad van Tampere gaat ervan uit dat voor een goede samenwerking gemeenschappelijke definities nodig zijn. Dit is een hardnekkige misvatting. De wetgevingen van de Lidstaten stellen voor samenwerking niet als voorwaarde dat identieke of dubbele strafbaarheid is gegeven. Naar het oordeel van de Permanente Commissie staat de eis van de dubbele strafbaarheid niet aan de strafrechtelijke samenwerking in de weg. Het is een misvatting dat samenwerking op politieel en justitieel niveau gemeenschappelijke definities verlangt. Conform de notitie Eurostrafrecht (Kamerstukken II, 1998-1999, 26656, nr. 1, p. 6) dient de feitelijke omvang van het in de ontwerp-kaderbesluiten geregelde probleem te worden onderzocht. Een verondersteld probleem is onvoldoende grond voor Europese wetgeving.

De tweede benadering probeert naar een bepaalde situatie toe te werken. Een vraag die hierbij gesteld dient te worden is of de realisering van de vier vrijheden van de EG een model vormt voor het strafrecht. Anders dan de goederen, het kapitaal, de werknemers en de diensten gaat het strafrecht in beginsel niet de grens over. Het doel van de Unie is het “de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid te verschaffen”. De vage omschrijving van dit doel maakt het buitengewoon moeilijk per rechtsinstrument vast te stellen of dit dienstig is aan het bereiken van het gestelde doel. Deze Europese ruimte kan zo een kapstok voor van alles en nog wat worden en de rechtsstaat ondergraven. Naar het oordeel van de Permanente Commissie is het doel van de Unie in strafzaken zo vaag geformuleerd dat het niet kan dienen als richtsnoer voor harmonisatie. Voordat tot verdere harmonisatie wordt besloten, dient eerst een concrete doelstelling te worden geformuleerd.

De derde benadering is de meest funeste voor de samenwerking. Staten die pogen een andere staat een bepaald beleid op te leggen zullen eerder weerstand oproepen en wantrouwen kweken dan harmonisatie bereiken. De vraag rijst of er tussen de Lidstaten onderling voldoende vertrouwen bestaat dat de strafrechtelijke handhaving bij de ander ook in goede handen is. Voor Nederland speelt dit minder een rol dan voor andere Lidstaten omdat het beschikt over een

completer samenwerkingsnetwerk dan dat van uitlevering en wederzijdse rechtshulp alleen. Andere Lidstaten die hun samenwerkingsinstrumentarium beperken tot uitlevering en wederzijdse rechtshulp gaan uit van een “narcistische” benadering van strafbare feiten: als zij bevoegd zijn, zijn zij de enige die bevoegd zijn te vervolgen. Kb Fraude en Kb Illegale binnenkomst verlangen dat de Lidstaten hun rechtsmacht buiten de eigen grens uitbreiden. Dat heeft tot gevolg dat meer dan één Lidstaat bevoegd tot vervolging is. Conform artikel 31 sub d EU dienen jurisdictieverschillen te worden voorkomen, de huidige ontwerp-kaderbesluiten roepen deze daarentegen op. Het verdient aanbeveling dat alle Lidstaten in hun recht voorzien in alle vormen van internationale samenwerking (uitlevering/ wederzijdse rechtshulp/ overdracht van strafvervolging/ overdracht van strafexecutie/ overdracht van confiscatie). Voorts kan de wederzijdse erkenning van handelingen van autoriteiten van andere Lidstaten als aanvulling of als alternatief voor harmonisatie worden gehanteerd. De twee genoemde ontwerp-kaderbesluiten voldoen niet aan de eisen van artikel 31 EU.

Wijze van harmonisatie

In de context van de Europese Unie is tot nu toe vooral gekozen voor een legislatieve methode met een normstellend karakter. Het aspect van geharmoniseerde handhaving treedt veel minder op de voorgrond, hoewel niet helemaal afwezig (Corpus Juris). Het komt de Permanente Commissie voor dat de door de Europese Unie gekozen methode het risico van een averechtse werking voor harmonisatie bevat. Bovendien ontstaat er veel discretionaire bevoegdheid voor de executieve. Kaderbesluiten verlangen alle implementatie in het nationale recht. Dit vormt de eerste vertaalslag waarbij de Lidstaten weer uiteen kunnen lopen en gezien de bestaande verschillen uiteen zullen lopen. De ontwerp-kaderbesluiten bevatten vage en onverbindende verplichtingen. Zo verwijst Kb Slachtoffers in artikel 1 naar: “omstandigheden die zich daartoe lenen”; in artikel 6 naar: “reële en passende rol”; in artikel 9 naar: “zo snel mogelijk”. Dit zijn alle begrippen die voor verschillende uitleg vatbaar zijn. Artikel 5 Kb Fraude en artikel 2 Kb Illegale binnenkomst bevatten “doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties”. Voorts bevat artikel 2 Kb Illegale binnenkomst: “verzwarende omstandigheden”. Van dit laatste is de vraag of dit zich richt tot de wetgever of tot de rechter bij de beoordeling van de strafmaat. Het limitatief opsommen van drie verzwarende omstandigheden roept het gevaar op dat andere omstandigheden als niet verzwarend worden aangemerkt.

Enigszins oneerbiedig gezegd is de kwaliteit van de kaderbesluiten in het algemeen niet geweldig en wekt de tekst de indruk dat niet veel strafrecht deskundigen bij het opstellen betrokken zijn geweest. Anders dan artikel 1 Kb Illegale binnenkomst stelt, geeft niet een vrijheidsstraf aanleiding tot uitlevering, maar een strafbaar feit, zie artikel 5 Uitleveringswet/ artikel 2 Europees Uitleveringsverdrag. Voorts wordt door elkaar gebruikt “straffen” in Kb Illegale binnenkomst en “sancties” in Kb Fraude, waar kennelijk hetzelfde wordt bedoeld. Dit vormt de tweede reden waarom nationale implementatiewetgevingen uiteen zullen lopen. De derde reden ligt besloten in het ontbreken van een gemeenschappelijk rechtsprekend orgaan. In de derde pijler heeft het Hof van Justitie uitsluitend terzake van kaderbesluiten en overeenkomsten een beperkte rol van uitlegging. Het Hof van Justitie moet nog met uitspraken over de strafrechtelijke samenwerking komen. Het is nog onduidelijk hoe het Hof deze nieuwe rol zal opvatten. In het uniStrafrecht ontbreekt het aan een algemeen kader, een eigen rechtsorde, zoals in het gemeenschapsrecht of zoals binnen de Raad van Europa voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Belangrijk is dat in de derde pijler geen met de “handhavingsplicht” uit het gemeenschapsrecht

vergelijkbare verplichting voor de Lidstaten is opgenomen. Dit is een ontwikkeling die de rechtszekerheid (rule of law) kan bedreigen.

Bovenstaande dwingt tot de conclusie dat indien men daadwerkelijk wil harmoniseren een Europese wetgever, een Europese uitvoerende en een Europese rechtsprekende macht nodig is. Het valt de Permanente Commissie op dat de Europese Unie in een dergelijke centralisatie zelf niet consequent is. Zo richt het verschillende opsporingsdiensten naast elkaar op: Europol, OLAF, de Europese Prosecutor en tal van gespecialiseerde eenheden. Dit creëert problemen van onderlinge afbakening, de noodzaak van uitwisseling van informatie en het gevaar van kokervorming. De naast elkaar bestaande horizontale samenwerkingslijnen worden vervangen door nieuwe verticaal naast elkaar opererende Europese gespecialiseerde diensten: de meldpunten ongebruikelijke transacties, het meldpunt cybercriminaliteit, een centraal Europees justitieel documentatieregister etc. De Europese Unie beschikt momenteel niet over het juiste institutionele kader voor harmonisatie. In de praktijk worden vaak maatregelen genomen met voor de harmonisatie zelfs averechtse gevolgen.

Mogelijke gevolgen van harmonisatie

De Permanente Commissie vreest dat zowel het recht in de Unie als het nationale recht steeds statischer zal worden. Hoe meer staten betrokken zijn bij de besluitvorming, hoe moeilijker het is om veranderingen bewerkstelligd te krijgen. De huidige structuur van de Europese Unie kan niet leiden tot snelle besluitvorming en evenmin tot experimentele wetgeving. Dat zal niet beter worden indien meer staten tot de Unie toetreden. Bovendien kan het Hof van Justitie zijn dynamische rol uit het gemeenschapsrecht maar in beperkte mate in het uniestrafrecht spelen.

De uniecentrische harmonisatie heeft voorts buitengewoon nadelige gevolgen voor de samenwerking met andere staten. De wetgevende arbeid binnen de Raad van Europa, die het netwerk van samenwerkingsverdragen heeft opgebouwd, ligt al zo goed als stil. Natuurlijk zullen er staten zijn die hun wetgeving in het kielzog van de Unie aanpassen, maar het lijkt realistisch te veronderstellen dat het grootste deel van de wereld er andere samenwerkingsverbanden op na zal blijven houden. Dit leidt tot verschillende samenwerkingstrajecten. Eén voor binnen de Unie en één voor elke Lidstaat afzonderlijk met landen buiten de Unie.

Een kernprobleem acht de Permanente Commissie dat harmonisatie als zodanig niets zegt over de kwaliteit van het systeem. De eenvormigheid geeft noch inzicht in de kwaliteit ervan, noch in haar betekenis in het daadwerkelijk bestrijden van strafbare feiten, tenzij men eenvormigheid zelf als waardevol element beschouwt. Het is niet ondenkbaar dat door volledige harmonisatie van het strafrecht een vorm van gelijke behandeling ontstaat, indien gemeenschappelijk wetgeving leidt tot een gemeenschappelijke handhavingspraktijk. Gezien de culturele diversiteit van de Lidstaten is het niet realistisch te veronderstellen dat volledige gelijkheid zal ontstaan.

Artikel 5 Kb Illegale binnenkomst en artikel 7 Kb Fraude verlangen extraterritoriale rechtsmachtuitbreiding. Het ontbreekt aan een conflictenregeling, zoals bedoeld in artikel 31 onder d EU.

Bezwaren tegen harmonisatie gezien de inhoud van de kaderbesluiten

Eerder is aan de orde geweest dat instrumenten zoals de drie onderhavige kaderbesluiten vage

omschrijvingen bevatten daar waar verplichtingen aan de Lidstaten worden opgelegd. Dit heeft er naar het oordeel van de Permanente Commissie toe geleid dat veelal sprake is van een formele harmonisatie. Weliswaar zijn de Lidstaten aan een gezamenlijke bepaling gebonden, maar deze is zo ruim geredigeerd dat er materieel niets hoeft te veranderen. Zo dit het geval is, gaat het derhalve om overbodige EU-wetgeving.

Kaderbesluiten richten zich in het algemeen vrijwel eenzijdig tot de Lidstaten. Voorts is de aandacht beperkt tot de repressieve kant van het strafrecht. Het Kb Slachtoffers vormt hierop een zeldzame uitzondering. De vraag rijst echter of is onderzocht in hoeverre het informeren van het slachtoffer overeenkomstig artikel 3 Kb Slachtoffers van de invrijheidsstelling van de veroordeelde niet een gevaar van eigenrichting oproept en zo bijdraagt tot het vergroten van de criminaliteit? Heeft men het doel van de Unie, de Europese ruimte voor burgers hier niet enigszins uit het oog verloren en is het doel niet verworden tot het beperken van die ruimte voor de Europese crimineel?

Harmonisatie door middel van kaderbesluiten heeft geen betrekking op de rechtsbeschermende aspecten van het strafprocesrecht. Dat is opmerkelijk omdat de Europese crimineel in de meeste gevallen Europese burger is. De criminaliteit wordt in de conclusies van Tampere gepresenteerd als iets dat van buiten komt en niet vanuit de eigen Europese samenleving. Er ligt aan deze besluitvorming geen (misdaad-)problemanalyse ten grondslag. De indruk wordt gewekt dat harmonisatie zal leiden tot uitbanning of tenminste vermindering van de criminaliteit. Verwacht men hier niet veel teveel van de maakbaarheid van de samenleving en overschat men niet de betekenis van het strafrecht daarin? Een voorbeeld vormen de specifieke straffen van artikel 1 Kb Illegale binnenkomst: naast vrijheids- en geldstraffen dienen nog drie andere strafsoorten te worden ingevoerd. Het ontbreekt daarbij aan enige reflectie op de gevolgen (successen en mislukkingen) van het tot dusver gevoerde eigen beleid. De opsommingen van eerdere regelgeving terzake van dezelfde thematiek (zie considerans Kb Slachtoffers en considerans en art.2 Kb Illegale binnenkomst) verlangen verantwoording waarom een nieuw kaderbesluit nodig is. Is onderzocht of het grote aantal uitvoeringsverplichtingen uit het Kb Slachtoffers niet afstuit op capaciteitsproblemen in de praktijk?

De verhouding van de voorliggende kaderbesluiten met andere instrumenten dient te worden onderzocht. In hoeverre veroorzaakt het Europese asiel- en vluchtelingenbeleid niet de illegale immigratie die het KB Illegale binnenkomst wenst te bestrijden? Is gezocht naar niet-strafrechtelijke alternatieven? Artikel 11 Kb Slachtoffers gaat in tegen de eis van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat getuigen op de zitting worden gehoord. Voorts is ten aanzien van de positie van het slachtoffer van belang dat slechts zijn positie in de strafzaak wordt geregeld. Slachtoffers van strafbare feiten die niet leiden tot een strafzaak wegens bijvoorbeeld onbekendheid of onvindbaarheid van de verdachte, danwel een sepot door het OM kunnen er geen rechten aan ontlenen. Anderzijds maakt het ontwerp-kaderbesluit geen onderscheid tussen misdrijven en overtredingen. Is het wenselijk dat ten aanzien van elk strafbaar feit aan een slachtoffer dergelijke rechten worden toegekend?

Slot

De Permanente Commissie constateert dat de hierboven besproken ontwerp-kaderbesluiten niet voldoen aan de criteria zoals die door de regering zelf zijn gegeven in haar notitie Eurostrafrecht.

Onderzoek naar het doel van de harmonisatie heeft op onvoldoende wijze plaatsgevonden, de ontwerp-kaderbesluiten bevatten veelal vage bepalingen, waardoor er in de praktijk voor de harmonisatie averechtse effecten te verwachten zijn.

Dit laatste wordt versterkt door het ontbreken van een daarvoor geëigend institutioneel kader, zoals een Europese uitvoerende en rechtsprekende macht.

De Permanente Commissie verzoekt u bij de besluitvorming inzake de drie genoemde kaderbesluiten met zowel de algemene vragen rond harmonisatie als de specifieke vragen per kaderbesluit rekening te houden.

Namens de Permanente Commissie,

mr. A.H. Klip
vice-voorzitter

\$\$\$Commentaar van de Permanente Commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht op de afzonderlijke Franse voorstellen inzake de bestrijding van illegale immigratie.

Initiatief van de Franse Republiek met het oog op de aanneming van een richtlijn van de Raad betreffende de onderlinge erkenning van besluiten inzake de verwijdering van onderdanen van derde landen (EG Pub 2000/C243/01)

Als dit voorstel in deze vorm wordt aangenomen zullen lidstaten in beginsel verplicht zijn om verwijderingsmaatregelen van andere lidstaten ten uitvoer te leggen, óók als de betrokken derdelander in de uitvoerende lidstaat over een verblijfstitel beschikt. Dit is een opmerkelijke koerswijziging ten opzichte van het geldende artikel 25 Schengen Uitvoerings Overeenkomst (SUO). Volgens die bepaling dienen de lidstaten met elkaar overleg te plegen om de belangen gemoeid met het intrekken van een verblijfstitel af te wegen tegen de belangen gemoeid met de uitzetting van de vreemdeling. Op geen enkele wijze wordt de afschaffing van dit evenwichtige stelsel gemotiveerd.

Tijdens de Europese top in Tampere is besloten dat langdurig in de EU verblijvende onderdanen van derde landen rechten zouden moeten krijgen gelijk aan de rechten van EU-burgers. Wanneer deze richtlijn zou worden aangenomen, wordt precies een omgekeerde koers ingezet en wordt het beschermingspeil van de rechtspositie van onderdanen van derde landen verslechterd in plaats van opgetrokken naar het niveau van EU-burgers. Daarbij vraagt de Permanente Commissie zich af waarom wel wordt overgegaan tot wederzijdse erkenning van beslissingen inzake uitzetting en niet tot wederzijdse erkenning van verleningen van permanent verblijfsrecht.

De Permanente Commissie is van mening dat dit voorstel tot harmonisatie alleen al op deze gronden verworpen dient te worden.

Preamble

In overweging 3 is opgenomen dat onderlinge erkenning van verwijderingsbeslissingen noodzakelijk is voor een doelmatiger uitvoering van de verwijderingsmaatregelen. Die noodzaak is niet aangetoond. Voor zover de Permanente Commissie bekend zijn er geen reële problemen op dit gebied, en functioneert ook het Schengeninformatiesysteem op dit punt voldoende.

In overweging 4 wordt verwezen naar het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM), met name de artikelen 3 en 8. De Permanente Commissie is van mening dat de voorgestelde richtlijn onvoldoende rekening houdt met het feit dat ingevolge het EVRM iedere lidstaat individueel gehouden is te bepalen of uitzetting strijdig is met artikel 3 EVRM.

De uitzettende lidstaat mag er derhalve niet bij voorbaat vanuit gaan dat een andere lidstaat zich zal houden aan zijn verdragsverplichtingen. De uitzettende lidstaat heeft hier tenminste een eigen onderzoeksplicht.

Artikel 3

In artikel 3 worden de criteria gegeven waarop de verwijderingmaatregel gebaseerd moet zijn. De Permanente Commissie is van mening dat deze criteria onaanvaardbaar ruim geformuleerd zijn. In het criterium van artikel 3 sub a, eerste streepje, is niets bepaald over relatie tussen de duur van het legale verblijf en de ernst van het strafbare feit. Evenmin wordt vereist dat de rechterlijke

veroordeling onherroepelijk moet zijn. In het criterium van artikel 3 sub a, tweede streepje, is helemaal niet meer vereist dat terzake van het strafbare feit een rechterlijke veroordeling is gevolgd. Ernstige vermoedens of reële aanwijzingen zijn voldoende voor een verwijderingsmaatregel die door een andere lidstaat ten uitvoer moet worden gelegd. Dit is in flagrante strijd met het in ons recht verankerde afgewogen stelsel van bescherming tegen uitzetting van legaal in Nederland verblijvende vreemdelingen, de Nederlandse glijdende schaal. Deze glijdende schaal, waarvoor de Tweede Kamer zich sterk heeft gemaakt, staat nu in de Vreemdelingencirculaire (A4/4.3.2.2) en zal volgens toezegging van de staatssecretaris van Justitie onder de Vw 2000 in het Vreemdelingenbesluit worden vastgelegd. Gevolg van de genoemde criteria is dat een onderdaan van een derde land die al tien jaar een legale verblijfsstatus heeft, kan worden uitgezet op basis van een ernstig vermoeden van een strafbaar feit. De regering behoort met een dergelijke regeling, die een ingrijpende verslechtering is van de rechtspositie van legaal in Nederland verblijvende derdelanders niet in te stemmen.

Bovendien houdt het in hoge mate dwingende karakter van de verplichting tot ten uitvoerlegging van verwijderingsmaatregelen van andere lidstaten in de ontwerp richtlijn geen rekening met de rechten van onderdanen uit derde landen die gebruik maken van het vrij verkeer ingevolge het EG-recht. De richtlijn is op dit punt dan ook strijdig met de jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin is bepaald dat verwijdering eerst mogelijk is, indien sprake is van een actuele bedreiging van de openbare orde door deze onderdanen van derde landen. In gevolge deze jurisprudentie is derhalve voor deze categorie derdelanders een enkele ‘ernstig vermoeden’ van een strafbaar feit, of zelfs de enkele veroordeling wegens een strafbaar feit, niet zonder meer voldoende om verblijfsbeëindiging en verwijdering te rechtvaardigen.

Artikel 5

In artikel 5 van het initiatief is opgenomen dat de onderdaan van een derde land beroep in kan stellen tegen de beslissing tot verwijdering van de uitvoerende lidstaat. Het voorstel geeft echter geen minimumwaarborgen waaraan deze procedure moet voldoen, zoals bijvoorbeeld het verlenen van schorsende werking aan een rechtsmiddel. De Permanente Commissie acht het wenselijk dat er Europese normen worden vastgesteld ten behoeve van de rechtsbescherming van onderdanen van derde landen.

Conclusie:

Deze ontwerprichtlijn zou Nederland ertoe verplichten mee te werken aan de uitzetting van vreemdelingen die langdurig legaal hier of elders in de EU hebben gewoond, en om de bescherming van de glijdende schaal op te geven. Het voorstel is een ongemotiveerde inbreuk op het evenwichtige systeem van art. 25 SUO. Het voorstel druist in tegen de Tampere besluiten. Ook op grond van de in de Tweede Kamer aangenomen motie, op grond waarvan het geharmoniseerde Europese vreemdelingenrecht niet in de weg mag staan aan het handhaven of invoeren van gunstiger bepalingen voor derdelanders in het nationale recht (TK 1998-1999, 25 922 (R1613) nr. 29) dient Nederland aan deze maatregel zijn medewerking te onthouden.

Initiatief van de Franse republiek met het oog op de aanneming van een richtlijn tot omschrijving van de hulp bij illegale binnenkomst, illegaal verkeer en illegaal verblijf (EG Pub 2000/C253/01) - Agendapunt 9:

Deze ontwerprichtlijn behelst een wijziging van art. 27 SUO. In art. 27 SUO staat, dat de

verdragspartijen moeten voorzien in passende sancties jegens eenieder die een vreemdeling uit winstbejag helpt of poogt te helpen het grondgebied van de verdragspartijen binnen te komen of aldaar te verblijven, zulks in strijd met de wetgeving van de betrokken staat.

De noodzaak van wijziging van art. 27 SUO is niet aangetoond en wordt ook nergens gemotiveerd. De richtlijn gaat veel te ver, en bevat een algemene strafbaarstelling van hulp bij illegale binnenkomst, illegaal verkeer en illegaal verblijf, uitlokking daarvan of poging daartoe, waarbij slechts bepaalde bloedverwanten, echtgenoten en partners van strafvervolging kunnen worden vrijgesteld. Het vereiste van hulp uit winstbejag is vervallen. In punt 4 van de preambule staat dat er een “precieze en doeltreffende” omschrijving wordt gegeven van het strafbare feit. Van een precieze omschrijving is echter geen sprake. Wanneer de lidstaten de Franse definitie zouden overnemen kan iedere handeling ter ondersteuning van een onvoldoende gedocumenteerde vreemdeling als hulp bij illegale binnenkomst, verkeer of verblijf worden gezien.

Voorts betwijfelt de Permanente Commissie of de strafbaarstelling van onderdanen van derde landen die gebruik maken van het recht op vrij verkeer ingevolge het EG-recht, bijvoorbeeld als echtgenoot van een werknemer in de zin van verordening 1612/68, en die tevens vallen onder artikel 1 van de richtlijn, verenigbaar is met het vigerende gemeenschapsrecht.

Artikel 1

In artikel 1 van de thans voorgestelde richtlijn vervalt de –eerder ook nadrukkelijk door de Nederlandse regering ondersteunde- voorwaarde dat de hulp uit winstbejag dient te geschieden. Hierdoor wordt iedere vorm van hulp aan niet rechtmatig verblijvenden strafbaar. Na aanneming van de richtlijn zullen bijvoorbeeld het verstrekken van voeding en kleding door kerkelijke en charitatieve organisaties, het verstrekken van medische hulp door de GG&GD, of het verlenen van onderdak aan een vriend wiens visum is verlopen strafbaar worden. Juridisch onvoldoende scherp is ook de aanduiding ‘illegale binnenkomst’ of ‘illegaal verblijf’. De term ‘illegaal’ heeft in ieder geval in het Nederlandse recht geen vaste juridische betekenis, en de rechtspraak kent vele vormen van verblijf zonder verblijfstitel, die toch juridisch op enigerlei wijze als rechtmatig verblijf worden aangemerkt. Valt daaronder ook de vreemdeling die zich niet direct na binnenkomst bij de vreemdelingendienst heeft gemeld, of de vreemdeling die te laat verlenging van zijn verblijfsvergunning heeft gevraagd, maar aan wie bij indiening van een nieuwe aanvraag zeker weer voorgezet zal worden toegestaan? Bovendien is in de richtlijn in tegenstelling tot artikel 27 SUO, ook "onrechtstreekse hulp" strafbaar gesteld, waardoor de definitie van het strafbare feit nog ruimer wordt, en in potentie ook een bakker die brood levert aan een kerkelijke gaarkeuken het risico van strafvervolging loopt.

De Permanente Commissie is van mening dat deze richtlijn kan leiden tot een criminalisering van onbaatzuchtige humanitaire hulpverlening, welke criminalisering niet past binnen de humanitaire en religieuze tradities van de Lidstaten. Naar het oordeel van de Permanente Commissie is reeds nu te voorzien dat eventuele uitvoering van de richtlijn op aanzienlijke maatschappelijke weerstanden zal stuiten, en dat niet weinig Nederlandse burgers terzake in gewetensnood zullen worden gebracht.

Het is ongewenst dat zonder dat daarover enige maatschappelijke en/of politieke discussie heeft kunnen plaatsvinden, de Nederlandse regering zich reeds nu politiek en/of juridisch zou

vastleggen met betrekking tot de invoering van genoemde strafbaarstelling.

Artikel 4

Dit artikel biedt de lidstaten slechts de mogelijkheid om bepaalde categorieën van familieleden, zoals echtgenoten en partners, van strafvervolgning vrij te stellen. Vrijwaring van strafvervolgning van andere categorieën personen of organisaties is derhalve ingevolge de richtlijn niet mogelijk. Naar het oordeel van de Permanente Commissie is het ongewenst dat in de richtlijn in het geheel geen ruimte wordt gelaten voor de vrijwaring van strafvervolgning van individuele en rechtspersonen die zonder winstoogmerk hulp verlenen aan niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen. Voorts valt het de Permanente Commissie op, dat in het voorstel de mogelijkheid van vrijwaring van familieleden niet imperatief is omschreven, waardoor de lidstaten de vrijheid wordt gelaten om zelfs deze groep personen te vervolgen.

Conclusie:

De Permanente Commissie mist elke onderbouwing waarom aanscherping van het huidige artikel 27 SUO noodzakelijk en wenselijk is. Vastgesteld kan worden dat het Franse voorstel niet de heldere omschrijving van hulp bij illegale binnenkomst, illegaal verkeer en illegaal verblijf biedt, die het belooft. Vergeleken met het geldende Schengenrecht, impliceert het voorstel bovendien de criminalisering van humanitaire hulpverlening aan niet legaal verblijvende derdelanders. Daarom dringt zij er bij u op aan de Nederlandse regering te verzoeken zich op 30 november tegen het onderhavige voorstel uit te spreken.

Initiatief van de Franse Republiek met het oog op de aanneming van een kaderbesluit tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van de hulp bij illegale binnenkomst en illegaal verblijf (EG Pub 2000/C253/03).

Alleen al gezien de door de voorstellers beoogde samenhang van dit voorstel met het Franse voorstel voor een richtlijn tot omschrijving van de hulp bij illegale binnenkomst, illegaal verkeer en illegaal verblijf (2000/C253/01), meent de Permanente Commissie dat ook dit voorgestelde kaderbesluit dient te worden verworpen.

Voorts wijst de Permanente Commissie op het volgende. In artikel 1, derde streepje, van het voorstel worden een aantal sancties opgesomd, die lidstaten kunnen opleggen bij het verlenen van hulp bij illegaal verblijf. Eén daarvan is een verbod op het grondgebied van de lidstaat te verblijven, indien de veroordeelde geen onderdaan is van een lidstaat van de Europese Unie. Er wordt in artikel 1 geen koppeling gemaakt tussen de duur van het legale verblijf van een vreemdeling in een lidstaat en het strafbare feit. De Permanente Commissie acht echter een dergelijke koppeling, mede ook gezien de op de lidstaten rustende verplichtingen ingevolge artikel 8 EVRM, noodzakelijk.

Voorts vergroot de voorgestelde sanctie de kloof tussen EU-onderdanen en derdelanders. Immers, een EU-onderdaan die een illegaal hulp verleent, kan alleen indien is voldaan aan de strikte gemeenschapsrechtelijke openbare-orde-criteria van het grondgebied van een lidstaat worden verwijderd. De mogelijkheid tot uitzetting van een (langdurig verblijvende) derdelander is ingevolge het voorstel met minder beperkingen omkleed. Bovendien zou een dergelijke derdelander, indien het Franse voorstel inzake de onderlinge erkenning van besluiten inzake verwijdering wordt aangenomen, zelfs geen enkele EU-lidstaat meer kunnen bezoeken. Aan een

EU-onderdaan kan ingevolge het gemeenschapsrecht een dergelijke beperking niet worden opgelegd.

Initiatief van de Franse republiek met het oog op de aanneming van een richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de geldboetes die aan vervoerders worden opgelegd voor het vervoeren naar de lidstaten van onderdanen van derde landen die niet over de vereiste documenten beschikken om daarin te worden toegelaten (EG Pub 2000/C269/06) - Agendapunt 13:

Ook deze ontwerprichtlijn behelst in essentie een wijziging van een duidelijke bepaling uit de Schengen Uitvoeringsovereenkomst, zonder dat daarvan openlijk melding wordt gemaakt. Art. 26 SUO bevat bepalingen die grotendeels parallel lopen met de bepalingen van deze ontwerprichtlijn. Het is niet duidelijk of art. 26 SUO naast deze richtlijn, indien aangenomen, nog apart bestaansrecht zou hebben. Ook hier geldt weer dat de noodzaak van wijziging van het Schengen acquis niet is aangetoond en op geen enkele wijze word gemotiveerd. De verhullende mededeling in de preambule, dat de richtlijn “aansluit bij het Schengen acquis” kan bezwaarlijk als zo een motivering worden aangemerkt. Opvallend is dat in de richtlijn iedere verwijzing naar het prevaleren van het Vluchtelingenverdrag is verdwenen.

Artikel 4

Ingevolge artikel 4 van het voorstel worden vervoerders die onderdanen van derde landen zonder de vereiste reisdocumenten vervoeren naar de lidstaten, beboet met een boete van minimaal 2000 Euro per vervoerd persoon. Uit de toelichting van de Nederlandse regering op de agenda van de JBZ-Raad vergadering, bij een nieuwe versie van dit voorstel, blijkt dat nu een ‘minimum maximumboete’ wordt voorgesteld van 5000 Euro. De Permanente Commissie hoopt dat daarmee het voorstel voor de invoering van een minimumstraf is ingetrokken. Een dergelijke verplichting tot het invoeren van minimumstraffen zou in strijd zijn met het Nederlandse beginsel van vrije rechterlijke straftoemeting. Dit beginsel is ook uitdrukkelijk herhaald in de Nederlandse Verklaring nr. 8 bij het Amsterdamse Unieverdrag en in de uit 1999 daterende Eurostrafrecht-notitie van de Nederlandse regering (Kamerstukken II, 1998-1999, 26656, nr. 1, p. 3).

Tegenover het wegvallen van de in art. 26 SUO nadrukkelijk opgenomen erkenning van de verplichtingen op grond van het Vluchtelingenverdrag is in de ontwerp richtlijn een magere compensatie gesteld. Volgens art. 3 van de ontwerprichtlijn zal de vervoerder steeds gehouden zijn een ongedocumenteerde asielzoeker terug te brengen. Voor de mogelijkheid dat teruggeleiding in strijd zou kunnen zijn met het verbod van refoulement van art. 33 Vluchtelingenverdrag laat deze bepaling geen ruimte. Slechts indien een lidstaat besluit een onderdaan van een derde land uit hoofde van het asielrecht op zijn grondgebied toe te laten, wordt in de richtlijn een uitzondering gemaakt. Volgens art. 4 worden in zo een geval geen geldboetes geheven.

Niet duidelijk is overigens, waarom deze vrijwaring zich niet tevens uitstrekt tot andere gevallen (bijvoorbeeld medische noodsituaties) waarin de lidstaat van aankomst instemt met toelating van de onvoldoende gedocumenteerde vreemdeling.

Ten aanzien van aangevoerde derdelanders die na aankomst asiel vragen is de formulering van de vrijwaring van strafvervolgning ingeval de betreffende asielzoeker ‘tot het grondgebied wordt

toegelaten' onvoldoende juridisch duidelijk. Uit de formulering blijkt bijvoorbeeld niet of hiermee de feitelijke of juridische toelating tot het grondgebied wordt beoogd. Indien juridische toelating wordt beoogd is onduidelijk of hierbij dan zou worden gedoeld op de daadwerkelijke verkrijging van een verblijfstitel of dat in dezen toelating tot de asielprocedure volstaat voor vrijwaring van de vervoerder.

Voorts is onduidelijk in hoeverre de sanctionering onderworpen zal zijn aan een beslissing van de strafrechter, of dat hier sprake zal zijn van een vorm van bestuurlijke boete. Deze vraag klemmt te meer nu er in dergelijke gevallen belangrijke en gecompliceerde juridische vragen kunnen rijzen omtrent de strafbaarheid van vervoerders, bijvoorbeeld indien zij zich erop beroepen dat zij zich in een overmachtssituatie bevonden, of tot hun handelen waren gekomen vanwege de directe humanitaire of fysieke noodsituatie van de door hen vervoerde personen.

De Permanente Commissie vraagt zich tenslotte af of de ontwerprichtlijn niet mede beoogt oneerlijke concurrentie tegen te gaan. De lidstaten kunnen in de huidige situatie zelf bepalen hoe hoog de boetes zijn wanneer vervoerders onderdanen van derde landen hebben vervoerd die niet over de vereiste documenten beschikken, waardoor het zo kan zijn dat KLM zwaarder beboet wordt dan Air France. Mocht dit zo zijn, dan verdient het aanbeveling dit op te nemen in de preambule.

Conclusie:

Gezien voorgaande bezwaren en onduidelijkheden geeft de Permanente Commissie u in overweging aan de Nederlandse regering te verzoeken om op 30 november niet akkoord te gaan met dit voorstel.

Utrecht, 21 november 2000

\$\$\$Brief aan de leden van de Vaste Commissie van Justitie van de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal

Utrecht, 22 november 2000

Geachte leden van de Staten-Generaal,

Op 30 november zal de Raad (Justitie en Binnenlandse Zaken) spreken over een viertal samenhangende voorstellen van de Franse Republiek voor één kaderbesluit en drie richtlijnen, die alle betrekking hebben op illegale immigratie en verwijdering van onderdanen van derde landen. De Permanente Commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht verzoekt u er bij de Nederlandse regering op aan te dringen dat zij op 30 november 2000 niet akkoord gaat met de voorstellen onder de agendapunten 9, 13 en 14 van de genoemde Raadsvergadering.

Hiervoor bestaan naar de mening van de Permanente Commissie de volgende redenen:

Het sluiten van een politiek akkoord over deze voorstellen op 30 november zou neerkomen op gebrek aan respect voor een democratische besluitvorming, nu het Europese Parlement zich daarover hetzij slechts zeer kort tevoren hetzij nog niet heeft kunnen uitspreken. De Permanente Commissie vreest dat op 30 november een politiek akkoord over deze ontwerp-besluiten zal worden gesloten, zonder dat het advies van het Europese Parlement wordt afgewacht. Dit zou niet verenigbaar zijn met een daadwerkelijke raadpleging van het standpunt van het Europees Parlement, zoals sinds het Verdrag van Amsterdam in het EU Verdrag en het EG Verdrag voorzien.

De voorstellen brengen wijzigingen aan in de artikelen 25, 26 en 27 Schengen Uitvoeringsovereenkomst, zonder dat dit openlijk wordt toegegeven. Er is geen urgentie om de Franse voorstellen te aanvaarden nu de materie thans grotendeels wordt gedekt door het Schengen acquis, dat sinds mei 1999 onderdeel van het EG recht is. De noodzaak van de wijzigingen, die veelal verslechtingen zijn, is niet aangetoond.

De voorstellen overschrijden in een aantal opzichten de grenzen die tot dusverre naar Nederlandse opvattingen aan de strijd tegen illegale migratie moeten worden gesteld. Aanneming van de voorstellen zou onder meer ten gevolge hebben:

dat charitatieve hulp aan uitgeprocedeerden strafbaar moet worden gesteld;

dat derdelanders die hier langdurig legaal verblijven moeten worden uitgezet als een andere lidstaat hen uit het EU grondgebied wil verwijderen op de enkele grond van aanwijzingen dat zij een strafbaar feit willen plegen;

dat dientengevolge ons afgewogen systeem van de “glijdende schaal” waarin verband wordt gelegd tussen de duur van het legale verblijf en de ernst van het feit (Vreemdelingencirculaire A4/4.3.2.2) wordt doorkruist.

dat (in de ontwerp-richtlijn betreffende de harmonisatie van geldboetes voor vervoerders, zoals gepubliceerd in EG Pub C269/8) een systeem van minimumstraffen wordt geïntroduceerd dat strijdig is met het Nederlandse strafrechtelijke beginsel inzake de vrije rechterlijke straftoemeting.

Nu bepalingen van deze voorstellen meebrengen dat afbreuk wordt gedaan aan bepalingen van

het Nederlandse recht die voor onderdanen van derde landen gunstiger zijn, is aanneming ervan door de Nederlandse regering in strijd met de in november 1998 door de Tweede Kamer aangenomen motie (TK 1998-1999, 25 922 (R1613) nr. 29). Ook het overeenkomstig deze motie door de regering ingenomen standpunt ten aanzien van maatregelen op grond van art. 63 EU-verdrag (TK 1999-2000, 23 490, nrs. 7f en 156; TK 1999-2000, 22 112, nr. 116) verdraagt zich niet met de Franse voorstellen.

Uit strafrechtelijk oogpunt bestaan ernstige bezwaren tegen het gebrek aan precisie van de omschrijving van het strafbare feit in de ontwerprichtlijn tot omschrijving van hulp bij illegale immigratie en de omschrijving van de straffen in het bijbehorende kaderbesluit.

De voorstellen zijn in strijd met de besluiten van Tampere, waarin wordt aangegeven dat de positie van de in de EU legaal verblijvende derdelanders in overeenstemming dient te worden gebracht met die van EU-onderdanen.

De Permanente Commissie merkt voorts nog op dat de regel dat het Nederlandse Parlement minimaal twee weken voor de behandeling van de agenda van de JBZ-Raad in de Kamer de relevante stukken ontvangt, wederom niet is nagekomen door de regering. In het kader van een zorgvuldige besluitvorming, en het tegengaan van de uitholling van de bevoegdheden en mogelijkheden van de Kamer, verzoekt de Permanente Commissie u de regering nogmaals het belang van nakoming van deze afspraak onder de aandacht te brengen. Voor deze notitie is de Permanente Commissie dan ook noodzakelijkerwijs uitgegaan van de voorstellen zoals gepubliceerd in het EG Publicatieblad van augustus en september dit jaar. De tekst van sommige van deze voorstellen is kennelijk weer gewijzigd. Die wijzigingen zijn ons echter niet bekend.

Inmiddels hebben ook andere organisaties, zoals UNHCR, Amnesty International, de Britse organisaties ILPA en JUSTICE en de Europese vluchtelingenorganisatie ECRE een kritisch advies uitgebracht op één of meerdere van deze voorstellen. Deze adviezen kunnen wij u desgewenst doen toekomen. Bijgesloten treft u het commentaar aan dat de Permanente Commissie heeft op de afzonderlijke voorstellen. Dit commentaar is opgesteld door prof. mr. P. Boeles, mr. A. Kuijer en mr. E. Gerritsma.

Hoogachtend,

Namens de Permanente Commissie,

Prof. mr. C.A. Groenendijk

\$\$\$Brief aan de leden van de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal betreffende notitie inzake “wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen” en “Eurojust”

Utrecht, 22 november 2000

Geachte leden,

De Permanente commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht vraagt hierbij Uw aandacht voor een aantal opmerkingen en bedenkingen die zij heeft bij de lopende onderhandelingen binnen de Raad inzake enerzijds de implementatie van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en anderzijds de oprichting van Eurojust. Voor wat de implementatie van het beginsel van wederzijdse erkenning betreft, heeft de Permanente Commissie als voornaamste referentiedocument het Raadsdocument 9737/2/00 CATS 48 COPEN 46 CRIMORG 98 van 25 september 2000 gehanteerd (zie ook agendapunt 5 van de JBZ-Raadvergadering van 30 november 2000). Voor wat de oprichting van Eurojust betreft, gaat het voornamelijk over de Raadsdocumenten 10356/00 EUROJUST 7 en 10357/00 EUROJUST 8, beide van 20 juli 2000. Deze drie Raadsdocumenten zijn aan deze notitie gehecht.

1. Implementatie van het beginsel wederzijdse erkenning

Wat het ontwerp-“Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen” aangaat, wil de Permanente Commissie vooreerst beklemtonen dat het voorgestelde programma volgens haar erg ambitieus is en dat de realisatie van de erin voorgestelde maatregelen een reële meerwaarde zou betekenen t.a.v. bestaande rechtsinstrumenten ter zake die voorheen in andere fora, zoals met name de Raad van Europa en de Europese Politieke Samenwerking, werden uitgewerkt. Dit betekent volgens de Permanente Commissie echter niet dat, zoals o.m. door bepaalde Lid-Staten voorgesteld in de CATS-vergadering van maandag 6 november 2000, bij de uitwerking van EU-rechtsinstrumenten geen aansluiting dient te worden gezocht bij de vermelde, eerder – inzonderheid in het kader van de Raad van Europa - uitgewerkte rechtsinstrumenten inzake overdracht van tenuitvoerlegging van strafvonnissen. Van deze rechtsinstrumenten blijft het zinvol voor de Lid-Staten om ze te ratificeren. Overigens zijn zij in diverse beleidsdocumenten, opgesteld door de EU, aangeduid als essentiële instrumenten in het kader van met name de effectieve bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. In afwachting van een verdere uitbreiding van de EU kunnen deze instrumenten immers verder worden toegepast in de relatie met heel wat kandidaat-Lid-Staten (de Raad van Europa-instrumenten ter zake figureren immers in de officiële lijst van het JBZ-acquis) alsook met andere leden van de Raad van Europa én niet-leden van de Raad van Europa die ook partij zijn bij de instrumenten in kwestie. Het lijkt daarom aangewezen dat de EU in de mate van het mogelijke zou streven naar de opstelling van aanvullende rechtsinstrumenten tussen de Lid-Staten van de EU, eerder dan geheel nieuwe rechtsinstrumenten uit te werken, die losstaan van het acquis ter zake van inzonderheid de Raad van Europa. Ook de verdragen ter zake gesloten in het kader van de Europese Politieke Samenwerking kunnen volgens de Permanente Commissie niet geheel buiten beschouwing worden gelaten, al is het maar omdat zij reeds door een – zij het weliswaar soms beperkt – aantal Lid-Staten werden geratificeerd. De Permanente Commissie acht het om die redenen van groot belang dat het aanvankelijke uitgangspunt van het ontwerp-

programma (zoals verwoord in Raadsdocument 9737/2/00 CATS 48 COPEN 46 CRIMORG 98 van 25 september 2000, p. 5), dat “bij de uit dit programma voortvloeiende maatregelen zover mogelijk moet worden uitgegaan van de in bestaande instrumenten gehanteerde oplossingen, teneinde nutteloze oplossingen te vermijden” en dat “de lidstaten er niet mogen van uitgaan dat dit programma hen ervan vrijstelt bepaalde op dit gebied relevante instrumenten te ratificeren die in andere fora zijn aangenomen” behouden blijft.

Verder formuleert de Permanente Commissie volgende specifieke bedenkingen bij een aantal van de in het ontwerp-“Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen” voorgestelde maatregelen.

Maatregel 5 (“Bestudering van de vraag welke vooruitgang mogelijk is om te bereiken dat de voorbehouden en verklaringen op grond van artikel 5 van het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp van 1959 op het gebied van dwangmaatregelen niet tegengeworpen kunnen worden tussen de lidstaten, met name op het vlak van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, het witwassen van de opbrengst van delicten en de financiële criminaliteit”) lijkt weinig zinvol als rekening wordt gehouden met de substantiële vooruitgang die ter zake reeds via art. 51 van de Schengen-uitvoeringsovereenkomst is gerealiseerd, en als zodanig reeds van het EU-acquis deel uitmaakt. De kans is immers zeer gering dat misdrijven in de sfeer van de georganiseerde criminaliteit, het witwassen van de opbrengst van delicten en de financiële criminaliteit (zoals bedoeld in maatregel 5) niet in alle Lid-Staten strafbaar zijn met een strafmaximum van ten minste 6 maanden, wat volgens art. 51 als maximumvoorwaarde geldt voor de uitvoering van rogatoire commissie strekkende tot huiszoeking en inbeslagneming. Het Franse voorstel voor een aanvullende overeenkomst inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken waarin zou worden bepaald dat het de Lid-Staten in hun onderlinge relaties zelfs helemaal niet meer toegelaten zou zijn aan enige eis van dubbele strafbaarheid vast te houden voor het uitvoeren van rogatoire commissies strekkende tot huiszoeking en inbeslagneming, gaat volgens de Permanente Commissie te ver, gezien het hier de toepassing van dwangmiddelen betreft en enige restrictie dus op zijn plaats is.

Wat maatregel 9 (“Bestudering van de mogelijkheid tot instelling van een uitleveringsregeling, gegrond op de automatische erkenning van het aanhoudingsbevel van de verzoekende justitiële autoriteit en dat als een toereikende grondslag wordt aangemerkt voor de overdracht van de persoon door de bevoegde aangezochte autoriteiten”) betreft, dient vermeld dat de automatische erkenning van het in een andere Lid-Staat afgeleverde aanhoudingsbevel een bijzonder verregaande maatregel is, waarvan de Strategie van de EU van 27 maart 2000 voor het begin van het nieuwe millennium inzake preventie en bestrijding van georganiseerde criminaliteit terecht slechts de eventuele realisatie op lange termijn (“2010”) voorziet. Uiteraard bestaat er geen bezwaar tegen dat de mogelijkheid van dergelijke automatische erkenning reeds zou worden bestudeerd, zolang dit niet tot overhaaste beslissingen leidt. Het lijkt echter aangewezen en logisch voorrang te geven aan de andere, minder verregaande maatregelen inzake uitlevering zoals voorzien in het ontwerp-programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Het gaat dan met name om:

- maatregel 8: “Aanneming van een standaardformulier voor een Europees aanhoudingsbevel, “Eurobevel”, dat geldt als verzoek om voorlopige aanhouding ter fine van uitlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie. Dit standaardformulier zou rechtstreeks kunnen worden geënt op het formulier dat in het kader van het Schengeninformatiesysteem wordt gebruikt voor

signaleringen betreffende aanhouding ter fine van uitlevering en worden uitgebreid tot alle verzoeken tot voorlopige aanhouding, ongeacht het gebruikte kanaal”;

- maatregel 14: “Aanneming van een instrument ter aanvulling van de Overeenkomst van 27 september 1996 betreffende uitlevering en van het Europees Verdrag betreffende uitlevering van 13 december 1957. In artikel 3, onder b), van het Verdrag tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschappen inzake de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen, gedaan te Brussel op 13 november 1991, is alleen in de "facultatieve" overdracht van de tenuitvoerlegging voorzien. Het toekomstige instrument kan in de gekozen hypothese het nieuwe beginsel "uitlevering of tenuitvoerlegging van de veroordeling" bevatten. De wijze waarop de veroordeling ten uitvoer wordt gelegd, zoals de voortzetting van de tenuitvoerlegging en de omzetting van de veroordeling moeten in dit instrument worden behandeld”, en

- maatregel 15: “Aanneming van een instrument tot intrekking van de formele uitleveringsprocedure door de overdracht naar de staat van veroordeling mogelijk te maken van een persoon die zich na een onherroepelijke veroordeling aan de tenuitvoerlegging tracht te onttrekken. Er moet worden bezien in welke gevallen de overdrachtprocedure door de voortzetting van de tenuitvoerlegging van de straf kan worden vervangen. Dit instrument, waarin het beginsel "overdracht of voortzetting van de tenuitvoerlegging van de straf" wordt vastgesteld, zal met name op ontvluchte gevangenen gericht zijn”.

De Permanente Commissie vestigt er de aandacht op dat de recente EU-uitleveringsverdragen van 10 maart 1995 en 27 september 1996 nog lang niet door alle Lid-Staten zijn geratificeerd en dat wellicht dus beter eerst het praktischeffect van een algemene inwerkingtreding binnen de Unie van die beide instrumenten, alsook van de nieuwe, toekomstige rechtsinstrumenten zoals bedoeld in maatregelen 8, 14 en 15, kan worden afgewacht alvorens meteen de stap te zetten naar de zeer verregaande optie voorzien in maatregel 9.

Maatregel 12 gaat om de “Uitwerking van een instrument dat de mogelijkheid van overdracht van straf-vervolgning aan andere lidstaten bevat, en daartoe de coördinatie tussen de lidstaten bevorderen. De rol van EUROJUST op dit gebied moet, rekening houdend met zijn bevoegdheidsgebied, worden omschreven, daar een van haar taken er juist in bestaat "een adequate coördinatie van de nationale met strafvervolgung belaste autoriteiten te vergemakkelijken" (punt 46 van de conclusies van de Europese Raad van Tampere). Om deze coördinatie te vergemakkelijken, kunnen criteria voor de vergemakkelijking van de bepaling van de bevoegdheden worden vastgesteld, onder andere in het licht van de gevallen van overdracht van strafvervolgning in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag van Straatsburg van 15 mei 1972 betreffende de overdracht van strafvervolgning”. Wat deze maatregel aangaat, en met name het zoeken naar criteria voor de vergemakkelijking van de oplossing van positieve bevoegdheidsconflicten en de bepaling van vervolgingsbevoegdheden, vestigt de Permanente Commissie de aandacht op onder meer de voorstellen ter zake die zijn vervat in: Vermeulen, G., ‘A European Judicial Network linked to Europol?’, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997, nr. 4, 346-372 (waarvan kopie aan deze brief is gehecht). In dit stuk, en meer bepaald op de pp. 358-363 ervan, wordt onder meer ook aansluiting gezocht bij de criteria vermeld in art. 8 van het Raad van Europa-verdrag van 15 mei 1972, zoals gesuggereerd in maatregel 12. Bovendien wordt (in paragraaf 25, tweede gedeelte van de tekst) aanbevolen om, wanneer vervolging in diverse Lid-Staten een gelijkwaardige mogelijkheid bieden voor een voldoende effectieve en efficiënte rechtshandhaving, ervoor te kiezen de vervolging in die Lid-Staat te localiseren waar ook het best de belangen van verdachte en/of slachtoffer worden gediend. Daarnaast wordt gepleit voor een verbeterde toepassing tussen de Lid-Staten van het

beginsel ne bis in idem bij het nemen van beslissingen i.v.m. het instellen van vervolging (aanscherping van de regels ter zake vervat in de artt. 54-57 van de Schengen-uitvoeringsovereenkomst). Tenslotte zou het verboden moeten worden de vervolging in een bepaalde Lid-Staat te localiseren omwille van de enkele reden dat daar een strengere straftoemeting zal plaatsvinden of de straffen daar zwaarder of de zwaarste zijn.

Maatregel 16 (“Aanneming van een instrument ter aanvulling van het Europees Verdrag van 21 maart 1983 inzake de overbrenging van gevonnisde personen, dat van toepassing is op de onderdanen van de betrokken staten, om het uit te breiden tot personen die er hun verblijfplaats hebben”) lijkt de Permanente Commissie overbodig, gezien de beoogde doelstelling reeds geheel wordt gerealiseerd via art. 2 van de in de maatregel vermelde EPS-overeenkomst van 25 mei 1987. Het zou derhalve volstaan dat alle Lid-Staten deze Overeenkomst, die overigens ook voorkomt in de officiële lijst van het JBZ-acquis dat door de kandidaat-Lid-Staten moet worden geïmplementeerd, ratificeren.

Met betrekking tot maatregelen 20-22 inzake het internationaal effect dat moet worden gegeven aan “vervallenverklaringen, verboden en onbekwaamheden” dient volgens de Permanente Commissie de vraag te worden gesteld of de beoogde doelstellingen niet kunnen worden gerealiseerd in het kader van de realisatie van de maatregelen 2-4. Vervallenverklaringen, verboden en onbekwaamheden zijn immers vormen van sancties die door de rechter als (bijkomende) straf kunnen worden opgelegd, en als zodanig moeten worden beschouwd als deel uitmakend van de gerechtelijke antecedenten van personen, zoals opgenomen in strafregisters en waarover derhalve ook vanzelf informatie zou zijn vervat in een eventueel te ontwikkelen intranet tussen de bestaande strafregisters van de Lid-Staten of een eventueel op te richten centraal Europees strafregister, zoals bedoeld in de maatregelen 2-4. De Permanente Commissie pleit dus voor een integratie van de maatregelen 20-22 in de maatregelen 2-4.

Wat maatregel 23 (“Aanneming van een instrument ter aanvulling van het Europees Verdrag van 30 november 1964 inzake het toezicht op voorwaardelijk veroordeelden of voorwaardelijk in vrijheid gestelden teneinde de toepassing ervan te vergemakkelijken en de eis van dubbele strafbaarheid als bedoeld in artikel 4 van dit verdrag af te schaffen. Het zou bovendien aanbeveling verdienen de in artikel 7 van dit verdrag genoemde weigeringsgronden opnieuw te bestuderen”) aangaat, wordt geen overtuigende reden aangegeven waarom de eis van dubbele strafbaarheid zou moeten worden geschrapt voor de toepassing van het Raad van Europa-verdrag van 30 november 1964. De Permanente Commissie spreekt zich uit voor het behoud van de eis van dubbele strafbaarheid zoals vervat in art. 4 van het Raad van Europa-verdrag van 1964, die als een realistische voorwaarde geldt, wil wederzijdse erkenning hier een kans maken. In het belang van een degelijke rechtsbescherming voor de Europese burger, acht de Permanente Commissie ook het behoud van minstens een aantal van de in art. 7 van bedoeld verdrag vermelde weigeringsgronden, inzake met name “ordre public”, ne bis in idem, amnestie en gratie) aangewezen. Bovendien wijst de Permanente Commissie erop dat het – nochtans erg zinvolle - Verdrag van 1964 momenteel in de praktijk zo goed als niet wordt toegepast, en pleit zij ervoor dat dit wél zou gebeuren.

2. Oprichting van Eurojust

Het ontwerp-instrument tot oprichting van Eurojust is erg veelbelovend, en een goed uitgangspunt voor verdere besprekingen binnen de Raad. Uit de werkzaamheden van de Raad inzake oprichting van Eurojust en inzake opstelling van een programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, blijkt een – terechte – bekommernis om tot een verbeterde toepassing van het beginsel ne bis in idem te komen én om een aantal basisregels uit te werken inzake de coördinatie van vervolgingen tussen de Lid-Staten, waarbij Eurojust een centrale –bemiddelende of sturende – rol zou toebedeeld worden.

De Permanente Commissie maakt zich echter zorgen over de aard van het rechtsinstrument waarmee wordt beoogd Eurojust op te richten. Kennelijk is het de bedoeling Eurojust op te richten via eenvoudig “besluit” van de JBZ-Raad, dat volgens art. 34 VEU – anders dan een “overeenkomst” – niet aan nationale goedkeuring en ratificatie in de Lid-Staten onderworpen is, en waaraan dus geen directe werking kan worden toegekend. Tegen die achtergrond lijkt het onaanvaardbaar om Eurojust, indien opgericht via Raadsbesluit, rechtspersoonlijkheid te verlenen om persoonsgegevens van burgers (verdacht van het plegen van misdrijven) centraal op te slaan en te verwerken, gezien dit wél een direct effect ten aanzien van de Europese burger impliceert.

De Permanente Commissie herinnert eraan dat in de pre-Amsterdam-periode – volkomen terecht – als uitgangspunt werd genomen dat voor het inrichten van een Europese centrale databank bedoeld voor de opslag en verwerking van persoonsgegevens (het Europol-computersysteem) het aannemen van een “overeenkomst” nog als noodzakelijk werd beschouwd, en dat de Europese Drugseenheid (EDE), op 10 maart 1995 (her)opgericht via “gemeenschappelijk optreden”, gezien precies het ontoereikende rechtsinstrument waarop de oprichting ervan werd gesteund, geen enkele bevoegdheid tot centrale gegevensopslag en –verwerking kon worden gegeven. Tegen die achtergrond is het bijzonder vreemd, en vanuit democratisch oogpunt onaanvaardbaar, dat in de post-Amsterdam-periode aan Eurojust wél dergelijke bevoegdheid zou kunnen worden gegeven op grond van een eenvoudig Raadsbesluit, als zijnde één van de twee rechtsinstrumenten (samen met het “kaderbesluit”) dat met Amsterdam in de plaats van het “gemeenschappelijk” optreden is gekomen.

De Permanente Commissie is dan ook van oordeel dat Eurojust zoals beoogd in de voorliggende onderhandelingsdocumenten via overeenkomst dient opgericht i.p.v. via eenvoudig Raadsbesluit. De oprichting via Raadsbesluit van een “voorlopig justitieel samenwerkingsteam” (als voorloper van Eurojust, vergelijkbaar met de oprichting van de EDE als voorloper van Europol) waartoe werd besloten, stelt uiteraard geen probleem.

De Permanente Commissie stelt zich verder vragen bij de bevoegdheid *ratione materiae* van Eurojust, zoals in art. 5 van het ontwerp-instrument tot oprichting van Eurojust voorgesteld. Inzonderheid de categorie “andere vormen van criminele feiten die in verband met de in dit artikel vermelde delicten zijn gepleegd” is rijkelijk vaag en van aard om aan Eurojust een veel ruimere materiële bevoegdheid toe te kennen dan aan Europol. De Commissie pleit in dit opzicht voor een omschrijving van de bevoegdheid *ratione materiae* van Eurojust die in beginsel parallel zou lopen aan de bevoegdheid *ratione materiae* van Europol, zoals die reeds bij diverse gelegenheden is en in de toekomst verder kan worden uitgebreid bij Raadsbeslissing. Indien de aard van het voorgestelde rechtinstrument om Eurojust op te richten inderdaad een “besluit” zou blijven, betekent dit uiteraard dat het materieel bevoegdheidsdomein van Eurojust zonodig bij eenvoudig aanvullend Raadsbesluit zou kunnen aangepast (lees: uitgebreid) zou kunnen worden,

zodat een expliciete koppeling aan het materieel bevoegdheidsdomein van Europol, zoals dat verder door de Raad is en kan worden uitgebreid, strikt juridisch gezien onnodig is. Ervan uitgaand dat een eenvoudig Raadsbesluit echter onvoldoende is als rechtsbasis voor het oprichten van Eurojust (zoals hiervoor werd geargumenteed), lijkt een expliciete koppeling in de “overeenkomst” ter oprichting van Eurojust van het materieel bevoegdheidsdomein van dit orgaan aan het (verder evoluerende) materieel bevoegdheidsdomein van Europol de Permanente Commissie de beste oplossing. Daarnaast is het volgens de Permanente Commissie wel van belang om Eurojust ook de materiële bevoegdheid te verlenen voor die feiten waarvoor tussen de Lid-Staten (op basis van art. 13 van de nieuwe EU-overeenkomst betreffende wederzijdse rechtshulp van 29 mei 2000 of van art. 24 van de Napels II-overeenkomst van 18 december 1997) is verzocht een gemeenschappelijk onderzoeksteam in te stellen. In dat verband valt ook aan te bevelen de verplichting voor de Lid-Staten om Eurojust in kennis te stellen van een verzoek tot het instellen van een gemeenschappelijk onderzoeksteam (zoals vervat in art. 9.3 van het ontwerp-instrument tot oprichting van Eurojust) uit te breiden tot verzoeken gedaan overeenkomstig art. 24 van de Napels II-overeenkomst.

Verder dringt de Permanente Commissie aan op een precisering van de in art. 11 voorziene toegang tot gegevens door “bevoegden”. In dezelfde zin is het wellicht aangewezen de in art. 12, lid 2 voorziene geheimhoudingsplicht expliciet uit te breiden tot de in art. 19 bedoelde tolken en vertalers.

Wat tenslotte de betrekkingen met de partners van Eurojust, zoals uitgewerkt in het voorgestelde art. 16, betreft, verdient het volgens de Permanente Commissie aanbeveling te preciseren wat bedoeld wordt met de vermelding dat de Commissie (lid 3) en de verbindingsmagistraten (lid 4) bij de behandeling van een zaak c.q. de werkzaamheden van Eurojust kunnen worden “betrokken”. Indien dit bijvoorbeeld zou kunnen betekenen dat de Commissie in die gevallen toegang kan worden gegeven tot de Eurojust-informatie in de zin van art. 11 (“bevoegden”?) en deze de informatie in kwestie zonder restrictie voor administratieve onderzoeken kan aanwenden, doet dit immers vragen rijzen.

Namens de Permanente Commissie,

Prof. dr. Gert Vermeulen,
Docent strafrecht Universiteit Gent.

