

- 2002 FED App. 0270P (6th Cir. 2002); *Sanders v. Acclaim Entertainment*, 188 F. Supp. 2d 1264, 163 Ed. Law Rep. 224 (D. Colo. 2002); *Wilson v. Midway Games*, 198 F. Supp. 2d 167, 106 A.L.R.5th 759 (D. Conn. 2002). Zie ook American Law Institute, *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* (1998), § 19, a).
- 40 Zie de bronnen in voetnoot 34 en de daarin geciteerde rechtsleer. Ook de pleitbezorgers om informatie op te nemen binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn beperken dit tot informatie vervat in een lichamelijke drager.
- 41 Commissie, 'Green Paper: Liability for defective products', COM(1999) 396 def, p. 30. In de Nederlandstalige versie is de aanduiding 'material movables' uit de Engelstalige versie slechts vertaald als 'roerende goederen'.
- 42 Art. 2 lid 1 Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, BS 22 maart 1991, 5884; § 4 Bundesgesetz vom 21 Jänner 1988 über die Haftung für ein fehlerhaftes Produkt, BGBl nr. 99/1988.
- 43 Zie bijv. *Walter v. Bauer*, 439 N.Y.S.2d 821 (Sup. Ct. 1981); *L. Cohen & Co. v. Dun & Bradstreet*, 629 F. Supp. 1425 (D. Conn. 1986); *Winter v. G.P. Putnam's Sons*, 938 F.2d 1033 (9th Cir. 1991); *Sanders v. Acclaim Entertainment*, 188 F. Supp. 2d 1264, 163 Ed. Law Rep. 224 (D. Colo. 2002).
- 44 Zie bijv. D. Fairgrieve & R. Goldberg, *Product Liability*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 296; U. Foerste, 'Die Produkthaftung für Druckwerke', *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, p. 1434; S. Whittaker, 'European product liability and intellectual products', *Law Quarterly Review* 1989, afl. 105, p. 134-135.
- 45 Arrest *Krone*, paragraaf 41. Zie art. 13 Richtlijn.
- 46 Arrest *Krone*, paragraaf 25. Zie ook conclusie *Krone*, paragraaf 23.
- 47 Zie J.-S. Borghetti, *La responsabilité du fait des produits: Étude de droit comparé*, Parijs: LGDJ 2004, p. 7 en 423; H. Cousy, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Brussel: Bruylant 1978, p. 11-12 en 375; D. Verhoeven, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 37-39. Zie ook overwegingen 1 en 2 Richtlijn.
- 48 Zie ook G. Wagner, 'ProdHaftG § 2 Product', in: *Münchener Kommentar zum BGB, Auflage 8*, München: C.H. Beck 2020, nr. 19.
- 49 Zie A. Günther, 'Produkthaftungsrecht: Keine Produkthaftung für unrichtigen Gesundheitstipp in Zeitung', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2021, p. 765.
- 50 Zie J. Oechsler, 'PRODHAFTG § 2', in: *Staudinger BGB, Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung*, Keulen: Otto Schmidt 2018, nr. 75; D.G. Owen & M.J. Davis, *Owen & Davis on Products Liability* (4^e druk), Eagan: Thomson West 2014, § 17:31. Wel lijkt het zeker in hoofde van uitgevers van gedrukte nieuwsinformatie het meest problematisch, aangezien zij niet dezelfde controle hebben als de auteurs en 'fake news' jammer genoeg alomtegenwoordiger is, bijvoorbeeld ook recent in het kader van de COVID-19 pandemie.
- 51 U. Foerste, 'Die Produkthaftung für Druckwerke', *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, p. 1438-1439.
- 52 Zie J. Snell, *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 6-7.
- 53 Zie D. Fairgrieve & R. Goldberg, *Product Liability*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 294-296; S. Whittaker, 'European product liability and intellectual products', *Law Quarterly Review* 1989, afl. 105, p. 139.
- 54 Arrest *Krone*, paragraaf 32.
- 55 Zie o.a. D. Fairgrieve & E. Rajneri, 'Is Software a Product under the Product Liability Directive?', *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht* 2019, afl. 1, 24-27; F.W. Grosheide, 'Aansprakelijkheid voor informatie(-producten)', *TvC* 1998, afl. 4, p. 311-312; D. Verhoeven, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 54-56; G. Wagner, 'ProdHaftG § 2 Product', in: *Münchener Kommentar zum BGB, Auflage 8*, München: C.H. Beck 2020, nr. 21-27.
- 56 Zie art. 2-3 Richtlijn 2019/771/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening 2017/2394/EU en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG (*PbEU* 2021, L 136); art. 2-3 Richtlijn 2019/770/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (*PbEU* 2021, L 136).
- 57 Commissie, 'Verslag over de gevolgen van kunstmatige intelligentie, het internet der dingen en robotica op het gebied van veiligheid en aansprakelijkheid', COM(2020) 64 def, p. 16.
- 58 Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies* (Commissie 2019), p. 42-43.
- 59 Commissie, 'Green Paper: Liability for defective products', COM(1999) 396 def, p. 30.
- 60 Zie voor een interpretatie van het geannoteerde arrest die dit lijkt te veronderstellen M. Finkelmeier, 'Keine Produkthaftung für unrichtigen Gesundheitstipp in Zeitung', *Neue Juristische Wochenschrift* 2021, afl. 28, p. 2017.
- 61 Zie o.a. F. Terré & P. Simler, *Droit civil: Les biens*, Parijs: Dalloz 2018, p. 53-55; V. Sagaert, *Goederenrecht* (Beginselen van Belgisch privaatrecht, deel 5), Mechelen: Kluwer 2013, p. 117-118. Zie ook E. Van Gool, J. De Bruyne & M. Fierens, 'De regulering van artificiële intelligentie (deel 2). Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid', *RW* 2021, afl. 26, p. 1011.
- 62 Zie European Law Institute, *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age* (ELI 2021); Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies* (Commissie 2019).
- 63 Elias Michaël Maarten Van Gool, doctoraatsonderzoeker KU Leuven (Consumer Competition Market Institute) en Université de Lille (ULR 4487 Centre de Recherche Droits et Perspectives du droit).

215 Beter ten halve gekeerd, dan ten hele gedwaald? Het Hof van Justitie houdt vast aan – en verduidelijkt – het arrest Petruhhin

Zaak C-398/19, Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)

Arrest van 17 december 2020 (Grote kamer), ECLI:EU:C:2020:1032; conclusie van A-G G. Hogan van 24 september 2020, ECLI:EU:C:2020:748

Prejudiciële verwijzing – Burgerschap van de Europese Unie – Art. 18 en 21 VWEU – Uitlevering van een Unieburger aan een derde land – Persoon die het burgerschap van de Unie heeft verkregen nadat hij het centrum van zijn belangen had verplaatst naar de aangezochte lidstaat – Werkingsfeer van het Unierecht – Uitleveringsverbod dat alleen geldt voor eigen onderdanen – Beperking van het vrije verkeer – Rechtsvaardiging op grond van de voorkoming van straffeloosheid – Evenredigheid – Informeren van de lidstaat waarvan de opgeëiste persoon de nationaliteit heeft – Verplichting van de aangezochte lidstaat en van de lidstaat van herkomst om de verzoekende derde staat te verzoeken om toezending van het strafdossier

I. Feiten en juridisch kader

BY is een onderdaan van Oekraïne die zich in Duitsland heeft gevestigd. Na zijn vestiging in Duitsland heeft hij de Roemeense nationaliteit verkregen, omdat hij afstamt van Roemenen die in Boekovina leefden, een voormalige Roemeense regio die nu tot Oekraïne behoort. Oekraïne heeft Duitsland op grond van het Europees Verdrag betreffende uitlevering (EUV)¹ om de vervolgingsuitlevering van BY verzocht op verdenking van wederrechtelijke toe-eigening van tegoe-den van een Oekraïense staatsbedrijf. Dat verzoek is aanhangig bij de verwijzende rechter, het *Kammergericht Berlin*. De Duitse Grondwet verbiedt de uitlevering van een Duitser aan een andere staat, maar bevat geen uitleveringsverbod voor een onderdaan van een andere lidstaat. Er is dus sprake van een ongelijke behandeling van eigen onderdanen en onderdanen van andere lidstaten in de zin van het arrest *Petruhhin*.² Ter uitvoering van dat arrest hebben de Duitse autoriteiten het Roemeense Ministerie van Justitie in kennis gesteld van het Oekraïense uitleveringsverzoek en hebben zij gevraagd of Roemenië voornemens was om zelf over te gaan tot strafver-

volging van BY. De Roemeense autoriteiten hebben geantwoord dat zij alleen op verzoek van Oekraïne tot strafvervolging kunnen overgaan en hebben verzocht om overlegging van het bewijsmateriaal dat Duitsland van de Oekraïense autoriteiten heeft ontvangen, nu er voor de uitvaardiging van een nationaal aanhoudingsbevel – als basis voor een vervolgings-EAB – voldoende bewijsmateriaal moet zijn voor de schuld van BY. Uit dat antwoord leidt de verwijzende rechter af dat Roemenië in beginsel extraterritoriale rechtsmacht kan uitoefenen over door een Roemeen in het buitenland gepleegde feiten. Vanwege drie van de casus in het arrest *Petruhhin* afwijkende omstandigheden vraagt hij zich af of uitlevering aan Oekraïne in overeenstemming zou zijn met dat arrest. Ten eerste valt, volgens de verwijzende rechter, het verblijf van BY niet onder de uitoefening van het in art. 21 lid 1 VWEU neergelegde recht van Unieburgers vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, omdat hij pas ná zijn vestiging in Duitsland de Roemeense nationaliteit heeft gekregen. Ten tweede kunnen de Roemeense autoriteiten de mogelijkheid om BY te vervolgen alleen beoordelen wanneer zij beschikken over het bewijs tegen hem, maar dat bewijs behoort niet tot de stukken die bij het uitleveringsverzoek moeten worden overgelegd. Ten derde voorziet het Duitse recht in extraterritoriale rechtsmacht wanneer geen uitlevering plaatsvindt, ook wanneer het door vreemdelingen begane strafbare feiten betreft.

In het licht van deze drie omstandigheden wil de verwijzende rechter volgens het Hof van Justitie in wezen vernemen of art. 18 en 21 VWEU zo moeten worden uitgelegd, dat:

- 1) zij van toepassing zijn op de situatie van een Unieburger die onderdaan is van een lidstaat en op het grondgebied van een andere lidstaat verblijft en ten aanzien van wie door een derde land bij die laatste lidstaat een uitleveringsverzoek is ingediend, zelfs wanneer die burger het centrum van zijn belangen naar die andere lidstaat heeft verplaatst op een moment dat hij nog geen Unieburger was.

- 2) wanneer de lidstaat waarvan de opgeëiste persoon onderdaan is in kennis is gesteld van het uitleveringsverzoek, die lidstaat of de aangezochte lidstaat moet verzoeken om een afschrift van het strafdossier, zodat de lidstaat van nationaliteit kan beoordelen of deze de strafvervolging kan overnemen.

- 3) de lidstaat die door een derde land wordt verzocht om een Unieburger die onderdaan is van een andere lidstaat ter vervolging uit

te leveren, verplicht is om de uitlevering te weigeren en de strafvervolging over te nemen, wanneer zijn nationale recht dat toelaat.

2. Oordeel van het Hof

2.1. *Bevoegdheid van het Hof*

Het Hof verwerpt eerst de stelling van Ierland dat het Hof van Justitie onbevoegd is om kennis te nemen van de prejudiciële vragen. Volgens Ierland zou de rechtspositie van een Unieburger *uitsluitend* binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen wanneer hij zijn recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend *op een moment dat hij al Unieburger was*. Het Hof wijst erop dat dit betoog samenvalt met de beantwoording van de eerste vraag, dat het Hof bevoegd is om de verwijzende rechter de relevante uitleggingsgegevens te verstrekken om te beoordelen of een dergelijke situatie onder het Unierecht valt en dat daaraan niet afdoet dat, bij een ontkennende beantwoording van de eerste vraag, de beantwoording van de tweede en de derde vraag niet meer nodig is (punten 22-26).

2.2. *De eerste vraag*

Het Hof wijst erop dat het in het arrest *Petruhhin* heeft geoordeeld dat – bij gebreke van een uitleveringsverdrag tussen de Unie en de verzoekende derde staat – de regels inzake uitlevering behoren tot de bevoegdheid van de lidstaten. Situaties die betrekking hebben op de in art. 21 VWEU bedoelde vrijheid om op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven behoren echter tot situaties die worden bestreken door het discriminatieverbod van art. 18 VWEU, gelezen in samenhang met de VWEU-bepalingen over het Unieburgerschap. Een onderdaan van een lidstaat – en dus een Unieburger – die legaal op het grondgebied van een andere lidstaat verblijft, valt binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Daarom kan een dergelijke onderdaan van een lidstaat zich beroepen op art. 21 lid 1 VWEU en valt hij onder de materiële reikwijdte van art. 18 VWEU. Daaraan doet niet af dat die persoon de nationaliteit van een lidstaat – en dus het Unieburgerschap – pas heeft verkregen toen hij al in een andere lidstaat verbleef. Een andere opvatting zou afbreuk doen aan de nuttige werking van de hoedanigheid van Unieburger, die de primaire hoedanigheid van onderdanen van de lidstaten moet zijn. Aan de inroepbaarheid van art. 21 lid 1 VWEU en de toepasselijkheid van art. 18 VWEU doet evenmin af dat die

persoon ook de nationaliteit van de verzoekende staat bezit – dat gegeven kan hem niet de vrijheden ontnemen die hij als onderdaan van een lidstaat aan het Unierecht ontleent. Omdat BY zijn recht op grond van art. 21 VWEU om in Duitsland te verblijven uitoefent in zijn hoedanigheid van Unieburger, valt zijn situatie binnen de werkingssfeer van de Verdragen, ook al heeft hij het centrum van zijn belangen naar die lidstaat verplaatst toen hij de Roemeense nationaliteit nog niet had en ook al heeft hij ook de nationaliteit van de verzoekende staat (punten 27-33).

Het Hof van Justitie antwoordt daarom op de eerste vraag dat art. 18 en 21 VWEU zo moeten worden uitgelegd, dat zij van toepassing zijn op de situatie van een Unieburger die onderdaan is van een lidstaat en op het grondgebied van een andere lidstaat verblijft en ten aanzien van wie door een derde land bij die laatste lidstaat een uitleveringsverzoek is ingediend, zelfs indien die burger het centrum van zijn belangen naar een andere lidstaat heeft verplaatst op een moment dat hij de hoedanigheid van Unieburger nog niet bezat (punt 34).

2.3. *De tweede vraag*

Ter beantwoording van de tweede vraag brengt het Hof eerst in herinnering dat uitleveringsregels die een verschil in behandeling invoeren tussen eigen onderdanen en onderdanen van andere lidstaten de in art. 21 lid 1 VWEU bedoelde vrijheid van verkeer nadelig kunnen beïnvloeden – onderdanen van de tweede categorie wordt niet de bescherming tegen uitlevering geboden die onderdanen van de eerste categorie genieten –, dat de ongelijke behandeling die inhoudt dat een onderdaan van een andere lidstaat kan worden uitgeleverd tot een beperking van het in art. 21 VWEU bedoelde recht leidt en dat een dergelijke beperking alleen kan worden gerechtvaardigd als zij is gebaseerd op objectieve overwegingen en evenredig is aan het door het nationale recht rechtmatig nagestreefde doel. De legitieme doelstelling van uitlevering – voorkoming van straffeloosheid – kan een beperking van het vrijverkeerrecht rechtvaardigen, mits uitlevering noodzakelijk is en de nagestreefde doelstelling niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Die minder beperkende maatregel bestaat uit 1) informatie-uitwisseling met de lidstaat waarvan de betrokkene de nationaliteit heeft om de autoriteiten van die lidstaat in voorkomend geval de mogelijkheid te geven om een vervolgings-EAB tegen de betrokkene

uit te vaardigen en 2) overlevering van de betrokkene aan de lidstaat waarvan hij de nationaliteit heeft, wanneer deze lidstaat een vervolgings-EAB heeft uitgevaardigd, mits dat EAB ten minste betrekking heeft op dezelfde feiten als het uitleveringsverzoek en deze lidstaat (extraterritoriale) rechtsmacht kan uitoefenen over de door zijn onderdaan begane strafbare feiten. Heeft de lidstaat van nationaliteit geen vervolgings-EAB uitgevaardigd, dan mag de aangezochte lidstaat de betrokkene uitleveren aan de verzoekende staat, mits de aangezochte lidstaat is nagegaan of de uitlevering geen afbreuk doet aan de in art. 19 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) bedoelde grondrechten (punten 35-45).

Tegen deze achtergrond zet het Hof uiteen wat de informatieverplichting van de aangezochte lidstaat inhoudt: hij moet de autoriteiten van de lidstaat van nationaliteit in de gelegenheid stellen om op grond van een EAB de overlevering van de betrokkene te verzoeken. Overeenkomstig het beginsel van loyale samenwerking moet de aangezochte lidstaat daarom de autoriteiten van de lidstaat van nationaliteit niet alleen in kennis stellen van *het bestaan* van het uitleveringsverzoek, maar ook van ‘alle feitelijke en juridische gegevens die in het kader van het uitleveringsverzoek door het verzoekende land zijn verstrekt’ – de autoriteiten van de lidstaat van nationaliteit zijn overigens gehouden om de eventuele vertrouwelijkheid van die gegevens te eerbiedigen, wanneer de verzoekende staat dat heeft verzocht – én van elke wijziging in de situatie van de betrokkene die relevant is voor de eventuele uitvaardiging van een EAB.

Op de aangezochte lidstaat noch op de lidstaat van nationaliteit rust de verdergaande verplichting om de verzoekende staat te vragen om toezending van het strafdossier. Een dergelijke verplichting vindt geen rechtsgrondslag in de huidige stand van het Unierecht en zou indruisen tegen de doelstellingen van de informatie-uitwisseling. Zo’n verplichting zou de uitleveringsprocedure aanmerkelijk ingewikkelder kunnen maken en substantieel kunnen verlengen, waardoor de doelstelling van het tegengaan van straffeloosheid in gevaar zou kunnen komen. Bovendien berust de *Petruhhin*-rechtspraak op de veronderstelling dat de lidstaat van nationaliteit zelf de opportuniteit van de uitvaardiging van een EAB beoordeelt. Overigens kan die lidstaat wel op puur nationaalrechtelijke gronden verzoeken om toezending van het strafdossier ter beoorde-

ling van de opportuniteit van een eventuele strafvervolgung.

Uit een en ander leidt het Hof af dat de aangezochte staat in het belang van de rechtszekerheid een redelijke termijn moet geven aan de lidstaat van nationaliteit – rekening houdend met alle omstandigheden van het geval en ‘in het bijzonder met het feit dat die persoon mogelijk op grond van de uitleveringsprocedure en de moeilijkheid van de zaak in hechtenis wordt genomen’ – en dat, wanneer na verloop van die termijn de lidstaat van nationaliteit geen EAB heeft uitgevaardigd, in voorkomend geval tot uitlevering van de betrokkene kan worden overgegaan (punten 46-55).

Het Hof van Justitie antwoordt op de tweede vraag dat art. 18 en 21 VWEU zo moeten worden uitgelegd dat,

- wanneer de lidstaat van nationaliteit door de aangezochte lidstaat in kennis is gesteld van het uitleveringsverzoek, geen van beide lidstaten verplicht is het verzoekende derde land te verzoeken om overhandiging van een afschrift van het strafdossier zodat de lidstaat van nationaliteit kan beoordelen of deze de strafvervolgung kan overnemen;
- wanneer de aangezochte lidstaat de lidstaat van nationaliteit naar behoren op de hoogte heeft gesteld van het bestaan van het uitleveringsverzoek, van alle door het verzoekende derde land in het kader van dat verzoek verstrekte juridische en feitelijke gegevens, alsmede van elke wijziging van de situatie van de opgeëiste persoon die relevant is voor de eventuele uitvaardiging van een EAB, de aangezochte lidstaat die persoon kan uitleveren zonder te hoeven wachten tot de lidstaat van nationaliteit in een formeel besluit verklaart geen EAB uit te vaardigen, wanneer die laatste lidstaat een dergelijk bevel niet uitvaardigt binnen de redelijke termijn die hem daartoe met inachtneming van alle omstandigheden van het geval door de aangezochte lidstaat is toegekend (punt 56).

2.4. De derde vraag

Ter beantwoording van de derde vraag brengt het Hof in herinnering dat uitlevering tot doel heeft om straffeloosheid tegen te gaan, dat, conform het adagium *aut dedere aut judicare*, de niet-uitlevering van eigen onderdanen in het algemeen wordt gecompenseerd door extraterritoriale rechtsmacht over door eigen onderdanen begane ernstige

strafbare feiten, maar dat lidstaten in het algemeen onbevoegd zijn om extraterritoriale rechtsmacht uit te oefenen over door vreemdelingen begane strafbare feiten. Uitlevering van die vreemdelingen voorkomt dus dat zij onbestraft blijven. De uitleveringsregels die de uitlevering van een onderdaan van een andere lidstaat mogelijk maken, lijken geschikt om dat doel te bereiken, mits er geen alternatieve maatregel bestaat die de uitoefening van het recht op vrij verkeer minder aantast.

Volgens de verwijzende rechter kan Duitsland in dit geval wel extraterritoriale rechtsmacht uitoefenen over de door een onderdaan van een andere lidstaat begane strafbare feiten. Toch kunnen volgens het Hof van Justitie art. 18 en 21 VWEU niet zo worden uitgelegd, dat de aangezochte lidstaat verplicht is om de uitlevering van een Unieburger die onderdaan is van een andere lidstaat te weigeren en die persoon zelf strafrechtelijk te vervolgen voor feiten die in de verzoekende staat zijn gepleegd, wanneer de aangezochte lidstaat extraterritoriale rechtsmacht kan uitoefenen over die door die Unieburger gepleegde strafbare feiten. Een dergelijke verplichting zou de aangezochte lidstaat namelijk de mogelijkheid ontnemen om op basis van alle omstandigheden van het geval – waaronder de kans dat die vervolging, gelet op het beschikbare bewijsmateriaal, leidt tot een veroordeling – zelf de opportuniteit van een vervolging in die lidstaat te beoordelen. Het strafrecht valt onder de bevoegdheid van de lidstaten en de lidstaten moeten die bevoegdheid uitoefenen met inachtneming van het Unierecht, maar een verplichting tot vervolging zou volgens het Hof verder gaan dan de grenzen die het Unierecht kan stellen aan de bevoegdheid van de aangezochte lidstaat om de opportuniteit van een strafvervolgung te beoordelen. Daarom is in het geval als dat van *BY* in het Unierecht *enkel* de vraag aan de orde of de aangezochte lidstaat tegenover de Unieburger zo kan handelen dat de uitoefening van het recht op vrij verkeer en verblijf minder wordt beperkt, door te overwegen hem over te leveren aan de lidstaat van nationaliteit in plaats van hem uit te leveren aan de verzoekende staat (punten 57-66).

Het Hof van Justitie antwoordt op de derde vraag dat art. 18 en 21 VWEU zo moeten worden uitgelegd, dat de lidstaat die door een derde land wordt verzocht om een Unieburger die onderdaan is van een andere lidstaat uit te leveren met het oog op strafvervolgung, niet verplicht is de uitlevering te weigeren en de strafvervolgung over te ne-

men wanneer zijn nationale recht dat toelaat (punt 67).

3. Noot

3.1. Inleiding

Het arrest *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)* is alweer het vierde arrest van de Grote kamer over de toepassing van het in het arrest *Petruhhin* ingevoerde mechanisme van informatie-uitwisseling met en eventuele vervolgings-overlevering aan de lidstaat van nationaliteit ter voorkoming van uitlevering van een Unieburger aan een derde land.³

Het arrest *Petruhhin* heeft aanleiding gegeven tot veel kritiek.⁴ De lidstaten lijken weinig ingenomen te zijn met het *Petruhhin*-mechanisme, omdat de toepassing daarvan in de praktijk op juridische en praktische problemen stuit die de doelstelling van het tegengaan van straffeloosheid in gevaar brengen. De vragen 2 en 3 illustreren enkele van die problemen. Lidstaten hebben daarom herhaaldelijk – maar vergeefs – bepleit dat het Hof zou terugkomen op het arrest *Petruhhin*.⁵ Zij vinden daarin advocaat-generaal G. Hogan aan hun zijde, die in de onderhavige zaak heeft betoogd dat het arrest *Petruhhin* berust op een onjuiste aanname – namelijk dat sprake is van *ongelijke* behandeling van *vergelijkbare* gevallen – en het Hof van Justitie heeft voorgesteld om daarom af te wijken van dat arrest.⁶

Het arrest *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)* is allereerst van belang, omdat het de *Petruhhin*-rechtspraak bevestigt. Het Hof van Justitie is het dus niet eens met het standpunt van de advocaat-generaal (zie paragraaf 3.2.1), ook al laat het zich daarover niet expliciet uit. Het staat nu buiten twijfel dat het Hof, ondanks de kritiek, niet terugkeert op zijn schreden, maar blijft voortschrijden op het met het arrest *Petruhhin* ingeslagen pad.

In het licht van die kritiek is van belang wat uit het arrest *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)* over het toepassingsbereik van het *Petruhhin*-mechanisme blijkt. Het enkele verblijf in de aangezochte lidstaat als onderdaan van een andere lidstaat – en dus als Unieburger – is al voldoende om het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit toepasselijk te maken op de uitlevering van een dergelijke Unieburger, ongeacht wanneer die hoedanigheid van Unieburger is verkregen. Het arrest onderstreept in zoverre dus wat al uit eerdere arresten leek te volgen, namelijk dat het verbod een ruim toepassingsbereik heeft,

waardoor het *Petruhhin*-mechanisme al snel van toepassing kan zijn. In de zaak *Pisciotti* heeft het Hof een tussenlanding in Duitsland tijdens een terugreis uit Nigeria aange-merkt als de uitoefening van het recht om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen, ook al was de betrokkene slechts op doorreis.⁷ In de zaak *PeterSchothöfer & Florian Steiner* was het *voornemen* om gebruik te maken van het recht om naar een andere lidstaat te reizen dan die waarvan hij onderdaan is al voldoende om de uitlevering binnen het bereik van art. 18 VWEU te brengen.⁸ Bovendien herhaalt het arrest *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)* dat dubbele nationaliteit in dit verband niet relevant is, ongeacht of een van die nationaliteiten de nationaliteit van een derde land of zelfs de nationaliteit van de verzoekende staat is, zoals het Hof al in het arrest *Raugevicius* had overwogen.⁹ Het arrest *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)* voegt ook iets toe aan de *Petruhhin*-rechtspraak. Het Hof van Justitie verduidelijkt namelijk welke verplichtingen er op de aangezochte lidstaat en de lidstaat van nationaliteit rusten bij de toepassing van het *Petruhhin*-mechanisme (zie paragraaf 3.3).

3.2. Is sprake van een onjuiste aanname?

3.2.1. Ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen?

Onder verwijzing naar het standpunt van advocaat-generaal Y. Bot in de *Petruhhin*-zaak,¹⁰ is advocaat-generaal G. Hogan van mening dat het arrest *Petruhhin* berust op een onjuiste premisse, namelijk dat waar het uitlevering aan een derde staat betreft de onderdanen van een lidstaat die zijn eigen onderdanen niet uitlevert en de onderdanen van een andere lidstaat zich in een *vergelijkbare* situatie bevinden. Tussen beide situaties zit volgens hem een *wezenlijk verschil*, dat verband houdt met de bevoegdheid van de aangezochte lidstaat om *extraterritoriale* rechtsmacht uit te oefenen. Het internationale recht stelt namelijk beperkingen aan die bevoegdheid, wanneer noch de dader noch het slachtoffer onderdaan is van de aangezochte lidstaat. In een dergelijk geval is een ‘meaningful link’ met de aangezochte lidstaat vereist,¹¹ bijvoorbeeld dat de dader of het slachtoffer weliswaar geen onderdaan is van de aangezochte lidstaat, maar daar zijn vaste woon- of verblijfplaats heeft.¹² Als inderdaad sprake is van een ongelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen, zoals beide advocaten-generaal betogen, dan

zou het Hof van Justitie niet kunnen toekomen aan de beantwoording van de vraag naar een minder ingrijpend alternatief voor de in de ongelijke behandeling gelegen beperking van het recht om vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten. Het wezenlijke verschil tussen de twee gevallen – de niet-uitlevering van een onderdaan van een andere lidstaat creëert een risico van straffeloosheid vanwege het ontbreken van extraterritoriale rechtsmacht, de niet-uitlevering van een eigen onderdaan niet – wettigt dan de ongelijke behandeling, zodat geen sprake is van discriminatie. Als daarentegen sprake is van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen, dan rijst – in het kader van de evenredigheid – de vraag naar een minder ingrijpend alternatief voor uitlevering.

Tegen de opvatting van de beide advocaten-generaal kan men inbrengen dat de (on)mogelijkheid om extraterritoriale rechtsmacht uit te oefenen ten nauwste samenhangt met de ratio van (niet-)uitlevering en dus eerder lijkt te behoren bij de vraag naar een mogelijke rechtvaardigingsgrond voor een onderscheid dan bij de vraag of sprake is van een onderscheid.

Bovendien kan men aanvoeren dat *materieel* gezien niet *zonder meer* sprake is van een wezenlijk verschil tussen de situatie van een eigen onderdaan van de aangezochte lidstaat en die van een onderdaan van een andere lidstaat. Waar de advocaten-generaal alleen naar de mogelijkheid van extraterritoriale rechtsmachtuitoefening door de aangezochte lidstaat kijken, betreft het Hof van Justitie bij de vergelijking ook de mogelijkheid dat de lidstaat van nationaliteit van de opgeëiste persoon extraterritoriale rechtsmacht kan en wil uitoefenen over de door zijn onderdaan gepleegde strafbare feiten. Juist vanwege die mogelijkheid heeft het Hof het *Petruhhin*-mechanisme in het leven geroepen.

3.2.2. Rechtspolitiek argument voor het Petruhhin-mechanisme

In elk geval pleit ook een rechtspolitiek argument voor dat mechanisme. De Unie heeft de opdracht om, ‘in de betrekkingen met de rest van de wereld’, haar waarden en belangen te handhaven en zich ervoor in te zetten en bij te dragen tot de bescherming van haar burgers (art. 3 lid 5 VEU). Zoals het Hof in het arrest *Petruhhin* heeft overwogen, komt die bescherming van Unieburgers ‘geleidelijk tot stand door middel van samenwerkingsinstrumenten zoals de uitleveringsverdragen tussen de Unie en derde landen’.¹³

De verdragspraktijk van de Unie laat echter niet veel zien van die geleidelijke totstandkoming van de bescherming van Unieburgers tegen uitlevering. Het enige uitleveringsverdrag tussen de Unie en een derde land, de Overeenkomst betreffende uitlevering tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika,¹⁴ dateert van vóór het arrest *Petruhhin* en bevat geen bepalingen die onderdanen van andere lidstaten als zodanig beschermen tegen uitlevering aan dat derde land en houdt een non-derogatieclausule in op grond waarvan een nationaliteitsexceptie in een bilateraal verdrag van kracht blijft. De Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen betreffende de procedures voor overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie en IJsland en Noorwegen¹⁵ dateert eveneens van vóór het arrest *Petruhhin*. Deze overeenkomst schoeit het uitleveringsverkeer met IJsland en Noorwegen op de leest van het EAB, biedt desondanks de mogelijkheid om de uitlevering van eigen onderdanen uit te sluiten, maar bevat geen bepalingen die onderdanen van andere lidstaten als zodanig beschermen.¹⁶ De Handels- en samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds¹⁷ bevat bepalingen inzake het overleveringsverkeer die gebaseerd zijn op de overeenkomst met IJsland en Noorwegen. De beantwoording van de vraag naar het minder ingrijpende alternatief voor uitlevering geeft het Hof van Justitie de mogelijkheid om uitdrukking te geven aan de opdracht van de Unie om bij te dragen aan de bescherming van Unieburgers. De beantwoording van die vraag vormt dus het 'haakje' waaraan het Hof de bescherming van een Unieburger tegen (ongelijke behandeling bij) uitlevering – het *Petruhhin*-mechanisme – kan ophangen. Gezien de huidige stand van het Unierecht – dat wil zeggen gezien de tekortschietende verdragspraktijk van de Unie –, is dat 'haakje' een van de weinige overgebleven mogelijkheden om ernst te maken met die bescherming.

3.2.3. Bescherming op grond van Unieburgerschap?

Het Hof van Justitie koppelt die bescherming nu aan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (art. 18 VWEU) van onderdanen van andere lidstaten die gebruik hebben gemaakt van hun recht om vrij op het grondgebied van de lidstaten te

reizen en te verblijven (art. 21 VWEU), waardoor de vraag of sprake is van ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen onvermijdelijk rijst. Een andere mogelijkheid is om die bescherming te verbinden aan de *primaire* hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten, de hoedanigheid van *Unieburger* (art. 20 VWEU). De positie van een onderdaan van een lidstaat die uitlevering boven het hoofd hangt, is namelijk vergelijkbaar met die van een minderjarige onderdaan van een lidstaat die afhankelijk is van een derdelander aan wie het verblijfsrecht wordt ontzegd (zie het arrest *Ruiz Zambrano*): beiden worden gedwongen het grondgebied van de Unie te verlaten, komen daardoor te verkeren in de feitelijke onmogelijkheid de belangrijkste aan hun status van Unieburger ontleende rechten uit te oefenen en worden, met andere woorden, het effectieve genot van die rechten ontzegd.¹⁸ Evenals die minderjarige, zou een onderdaan van een lidstaat moeten worden beschermd tegen een maatregel die hem het effectieve genot van die rechten ontzegt. Bij een bescherming van onderdanen van de lidstaten tegen uitlevering op basis van hun hoedanigheid van Unieburger zouden alle Unieburgers van die bescherming profiteren en zou dus niet meer van belang zijn of de aangezochte lidstaat de nationaliteitsexceptie hanteert.

3.3. Verduidelijking van verplichtingen

3.3.1. Inleiding

Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)* verduidelijkt welke Unierechtelijke verplichtingen er bij de uitvoering van het *Petruhhin*-mechanisme op de aangezochte lidstaat en op de lidstaat van nationaliteit rusten. Op de aangezochte lidstaat rust onder meer de verplichting om de lidstaat van nationaliteit de feitelijke en juridische gegevens te verschaffen die de verzoekende staat hem in het kader van het uitleveringsverzoek heeft verstrekt (paragraaf 3.3.2). Het Unierecht verplicht echter geen van beide lidstaten om het strafdossier op te vragen bij de verzoekende staat (paragraaf 3.3.3). Het Unierecht dwingt de aangezochte lidstaat om een redelijke termijn te stellen voor het uitvaardigen van een vervolgings-EAB (paragraaf 3.3.4). De aangezochte lidstaat is op grond van het Unierecht niet verplicht om zelf een strafvervolging in te stellen, wanneer deze lidstaat extraterritoriale rechtsmacht kan uitoefenen (paragraaf 3.3.5).

3.3.2. Verduidelijking reikwijdte informatieverplichtingen

De aangezochte lidstaat moet de lidstaat van nationaliteit niet alleen in kennis stellen van 'het bestaan van een uitleveringsverzoek', maar ook van 'alle feitelijke en juridische gegevens die in het kader van dat uitleveringsverzoek door het verzoekende derde land zijn verstrekt'. Bovendien moet de aangezochte lidstaat de lidstaat van nationaliteit op de hoogte brengen van 'elke wijziging van de situatie van de opgeëiste persoon die relevant is voor de eventuele uitvaardiging van een [EAB]' (punt 48).

De door de verzoekende staat verstrekte feitelijke en juridische gegevens kunnen in voorkomend geval vertrouwelijk van aard zijn. Moderne uitleveringsverdragen bevatten daarom doorgaans bepalingen over de bescherming van 'bijzonder gevoelige informatie' die de verzoekende staat voornemens is over te leggen ter ondersteuning van zijn uitleveringsverzoek (zie bijv. art. 14 van de EU-uitleveringsovereenkomst met de Verenigde Staten). Als de verzoekende staat heeft verzocht de door hem overgelegde feitelijke en juridische gegevens vertrouwelijk te behandelen, dan moet de aangezochte lidstaat de verzoekende staat op de hoogte stellen van de verstrekking van die gegevens aan de lidstaat van nationaliteit en zijn ook de autoriteiten van de lidstaat van nationaliteit gehouden om de vertrouwelijkheid van die gegevens te eerbiedigen (punt 48).

De naleving van de informatieverplichtingen, die het Hof afleidt uit het beginsel van loyale samenwerking, moet de lidstaat van nationaliteit in de gelegenheid stellen een EAB uit te vaardigen. In dit verband is de verplichting om alle feitelijke en juridische gegevens te verstrekken die de aangezochte lidstaat heeft verkregen van de verzoekende staat van bijzonder belang. Uitleveringsverdragen, zoals het EUV waarop het verzoek om uitlevering van BY is gebaseerd, stellen eisen aan de stukken die de verzoekende staat ter onderbouwing van een uitleveringsverzoek moet overleggen aan de aangezochte staat. Krachtens het EUV heeft Oekraïne aan Duitsland moeten overleggen: een bevel tot aanhouding van BY, een overzicht van de feiten waarvoor de uitlevering van BY wordt verzocht en een afschrift van de toepasselijke wettelijke Oekraïense strafbepalingen (art. 12 lid 2 EUV). Het is onder dat verdrag niet vereist dat de verzoekende staat bewijs tegen de opgeëiste persoon overlegt.¹⁹ Afgezien van sommige uitleveringsverdragen met staten die een op de *common law* gebaseerd

rechtsstelsel hebben,²⁰ stellen andere uitleveringsverdragen deze eis evenmin.

In de context van het *Petruhhin*-mechanisme is dat problematisch, omdat voor de uitvaardiging van een vervolgings-EAB een voor tenuitvoerlegging vatbaar nationaal aanhoudingsbevel nodig is (art. 8 lid 1 onder b Kaderbesluit 2002/584/JBZ), dat wil zeggen een handeling die bedoeld is 'om de betrokkene via een rechterlijke dwangmaatregel te kunnen aanhouden en voor een rechter te kunnen brengen zodat de strafprocedurele handelingen kunnen worden uitgevoerd'.²¹ Een dergelijke handeling vereist het bestaan van een redelijke verdenking dat de betrokkene een strafbaar feit heeft begaan (art. 5 lid 1 onder c EVRM). Onder art. 5 EVRM moet de lidstaat die om uit- of overlevering verzoekt, instaan voor de rechtsgeldigheid van het aanhoudingsbevel en dus voor het bestaan van een redelijke verdenking.²² Dit probleem, waarop ook de verwijzende rechter in de onderbouwing van zijn vragen wees (zie paragraaf 1), wordt niet opgelost door de verduidelijking van de verplichtingen van de aangezochte lidstaat. Het hangt immers van het tussen de verzoekende staat en de aangezochte lidstaat toepasselijke uitleveringsverdrag af of de 'feitelijke en juridische gegevens' de lidstaat van nationaliteit in staat stellen een nationaal aanhoudingsbevel – en dus een vervolgings-EAB – uit te vaardigen.

3.3.3. Geen verplichting opvragen strafdossier

Geen van beide lidstaten is verplicht om het strafdossier op te vragen bij de verzoekende staat.

Een dergelijke verplichting vindt geen steun 'in de huidige stand van het Unierecht' (punt 50). Het onderwerp 'uitlevering aan een derde land' behoort immers nog steeds tot de bevoegdheden van de lidstaten, tenzij de Unie een uitleveringsverdrag heeft met het betrokken derde land. Een dergelijk verdrag zou de uitgelezen plaats zijn voor een regeling van het opvragen en verstrekken van het strafdossier – de opdracht van de Unie om haar burgers in de betrekkingen met derde landen te beschermen zou immers geleidelijk moeten plaatsvinden via onder meer zulke verdragen (zie paragraaf 3.2.2) –, maar de Unie heeft geen uitleveringsverdrag met Oekraïne.²³ Een verplichting om het strafdossier op te vragen zou de uitleveringsprocedure ingewikkelder maken en kunnen verlengen, hetgeen afbreuk zou kunnen doen aan de doelstelling om straffeloosheid te gaan (punt 51).

Wat de lidstaat van nationaliteit betreft, wijst het Hof erop dat deze lidstaat zelf de opportuniteit van de uitvaardiging van een EAB beoordeelt. Het Unierecht verplicht deze lidstaat dus niet om een EAB uit te vaardigen om zijn onderdaan te beschermen tegen uitlevering aan een derde land. Impliciet volgde dit al uit het arrest *Petruhhin* – waarin het Hof sprak over de 'mogelijkheid (...) om een [EAB] uit te vaardigen' en overwoog dat art. 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ niet uitsluit dat de lidstaat van nationaliteit 'een [EAB] kan uitvaardigen' –,²⁴ maar het Hof geeft in het arrest *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)* een toelichting. Daartoe legt het Hof een verband met de toepassing van het strafrecht, dat, evenals uitlevering aan een derde land, tot de bevoegdheden van de lidstaten behoort. Aan de beoordeling van de opportuniteit van de uitvaardiging van een vervolgings-EAB gaat de beoordeling van de opportuniteit van een strafvervolging in de lidstaat van nationaliteit vooraf. Bij die laatste beoordeling – en dus 'in de uitoefening van een onder zijn strafrechtelijke soevereiniteit vallende discretionaire bevoegdheid' – kan het Unierecht de lidstaat van nationaliteit niet verplichten tot het opvragen van het strafdossier (punt 52). Dat laat onverlet dat die lidstaat besluit om het strafdossier op te vragen 'volgens de regels van zijn nationale recht' (punt 52). Anders dan een Unierechtelijke verplichting tot het opvragen van het strafdossier, brengt de uitoefening van een nationaalrechtelijke bevoegdheid tot het opvragen van dat dossier de doelstelling van het tegengaan van strafeloosheid niet in gevaar. De regie over de beslissing op het uitleveringsverzoek ligt namelijk bij de aangezochte lidstaat (zie paragraaf 3.3.4).

3.3.4. Termijn voor de lidstaat van nationaliteit

Het Hof van Justitie legt de aangezochte lidstaat de verplichting op om aan de lidstaat van nationaliteit een 'redelijke termijn' te stellen waarbinnen een vervolgings-EAB kan worden uitgevaardigd. Heeft de lidstaat van nationaliteit na het verstrijken van die redelijke termijn geen vervolgings-EAB uitgevaardigd tegen de opgeëiste persoon voor ten minste dezelfde feiten als bedoeld in het uitleveringsverzoek, dan staat het Unierecht niet in de weg aan de uitlevering aan het derde land (mits de aangezochte lidstaat is nagegaan of die uitlevering geen schending van art. 19 lid 2 Handvest zou opleveren). Wanneer de lidstaat van nationaliteit – Unierechtelijk onverplicht – het strafdos-

sier opvraagt bij de verzoekende staat om de opportuniteit van een strafvervolging en dus de opportuniteit van het uitvaardigen van een vervolgings-EAB te beoordelen (zie paragraaf 3.3.3), heeft dat daarom op zichzelf geen vertragend effect op de beslissing over de uitlevering.

Het Hof van Justitie fixeert de 'redelijke termijn' niet. Omdat de aangezochte lidstaat rekening moet houden met 'alle omstandigheden van het geval' (punt 55), zal hij van geval tot geval een termijn moeten stellen. Bij het stellen van die termijn moet de aangezochte lidstaat ook de mogelijkheid meenemen dat de opgeëiste persoon 'op grond van de uitleveringsprocedure en de moeilijkheid van de zaak in hechtenis wordt genomen' (punt 55). Het spreekt vanzelf dat bij het vaststellen van de termijn rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van uitleveringsdetentie: uitleveringsdetentie is immers alleen gerechtvaardigd, zolang de uitleveringsprocedure wordt gevoerd 'with due diligence'.²⁵ In geval van een uitlevering met het oog op *strafvervolging* moet de aangezochte staat zelfs met bijzondere voortvarendheid handelen, nu de opgeëiste persoon voor onschuldig moet worden gehouden, hij zijn verdedigingsrechten pas na de uitlevering kan uitoefenen en de aangezochte staat zich niet mag buigen over de *merites* van de ahangige strafvervolging.²⁶ De Nederlandse versie van het arrest lijkt te zeggen dat bij het vaststellen van de termijn rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de opgeëiste persoon op grond van 'de moeilijkheid van de zaak' in uitleveringsdetentie wordt genomen. De versie in de procestaal maakt echter duidelijk dat het om twee onderscheiden omstandigheden gaat: de mogelijkheid van uitleveringsdetentie én de moeilijkheid van de zaak (de termijn moet worden vastgesteld 'unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere einer etwaigen Auslieferungshaft der gesuchten Person und der Schwierigkeiten der Rechtssache'). Het Hof wijst erop dat het stellen van een termijn in het belang is van de rechtszekerheid (punt 55). De aangezochte lidstaat hoeft uitlevering niet langer dan een redelijke termijn achterwege te laten in afwachting van de eventuele uitvaardiging van een vervolgings-EAB (punt 54). Maar, zo luidt kennelijk de achterliggende gedachte, de lidstaat van nationaliteit en de opgeëiste persoon moeten dan wel weten welke termijn de aangezochte lidstaat als redelijk beschouwt. Nu het begrip 'redelijke termijn' een casuïstisch begrip is, zullen de termijnen in de

praktijk een grote variëteit laten zien.²⁷ Hoe ruimer de termijn, des te meer tijd de lidstaat van nationaliteit heeft voor het nemen van een weloverwogen beslissing. Een termijn van enkele dagen lijkt op voorhand niet redelijk, al was het maar omdat de autoriteit van de lidstaat van nationaliteit die op de hoogte wordt gebracht van het uitleveringsverzoek en de autoriteit die bevoegd is tot het uitvaardigen van een vervolgings-EAB niet dezelfde autoriteit hoeven te zijn. In een dergelijk geval zou de opgeëiste persoon de gestelde termijn kunnen aanvechten bij de rechter in de aangezochte lidstaat.

3.3.5. Geen verplichting tot vervolging voor de aangezochte lidstaat

Hoewel het arrest *Petruhhin* berust op de uit het adagium *aut dedere aut judicare* voortvloeiende veronderstelling dat de aangezochte lidstaat in het algemeen geen *extraterritoriale* rechtsmacht kan uitoefenen over door *vreemdelingen* begane strafbare feiten (punt 58), verplicht het Unierecht de aangezochte lidstaat niet om de onderdaan van een andere lidstaat zelf te vervolgen, wanneer die veronderstelling in een concreet geval onjuist is en de aangezochte lidstaat wel *extraterritoriale* rechtsmacht kan uitoefenen. Dit volgde eigenlijk al uit het arrest *Pisciotti*, waarin de betrokkene zich bij het Hof beriep op de mogelijkheid van uitoefening van *extraterritoriale* rechtsmacht door de aangezochte lidstaat (Duitsland). In die zaak overwoog het Hof namelijk dat ‘enkel de vraag aan de orde is of de Bondsrepubliek Duitsland tegenover *Pisciotti* op een wijze kon handelen waardoor de uitoefening van zijn recht op vrij verkeer minder werd beperkt, door te overwegen om hem aan de Italiaanse Republiek over te leveren in plaats van hem aan de Verenigde Staten van Amerika uit te leveren’.²⁸ Uit die overweging viel af te leiden dat het Hof de mogelijkheid van uitoefening van *extraterritoriale* rechtsmacht door de aangezochte lidstaat niet relevant vindt voor de verplichtingen die uit hoofde van het Unierecht op die lidstaat rusten.²⁹

In het onderhavige arrest geeft het Hof een motivering. De beoordeling van de opportuniteit van het instellen van een strafvervolging is namelijk een strafrechtelijke aangelegenheid en valt dus onder de bevoegdheid van de lidstaten. Aan die bevoegdheid kan het Unierecht weliswaar grenzen stellen, maar het opleggen van een verplichting tot het instellen van een strafvervolging zou verder gaan dan die grenzen (punt 65).

In wezen gaat het hier om de spiegelbeeldige situatie van die van de lidstaat van nationaliteit. Deze laatste lidstaat beoordeelt zelf de opportuniteit van de uitvaardiging van een EAB (zie paragraaf 3.3.3). Die beoordeling veronderstelt een daaraan voorafgaande beoordeling van de opportuniteit van het instellen van een strafvervolging. De beoordeling van de opportuniteit van een strafvervolging en het prealabele opvragen van het strafdossier met het oog op die beoordeling behoren tot de bevoegdheden van de lidstaten op strafrechtelijk gebied (punt 52; het Hof lijkt zelfs nog iets verder te gaan door te spreken van ‘strafrechtelijke soevereiniteit’ zonder te gewagen van mogelijke Unierechtelijke grenzen). In zoverre is de positie van de lidstaat van nationaliteit ten opzichte van een verplichting tot het opvragen van het strafdossier dus vergelijkbaar met de positie van de aangezochte lidstaat ten opzichte van een verplichting tot het instellen van een strafvervolging.

Zowel het oordeel over het opvragen van het strafdossier als het oordeel over het instellen van een strafvervolging moet worden bezien tegen de achtergrond van de verwijzing van het Hof naar ‘de huidige stand van het Unierecht’ (punt 50). Bij gebreke van een expliciete en gedetailleerde Unierechtelijke regeling, zoals die zou kunnen voorkomen in een uitleveringsverdrag tussen de Unie en de verzoekende staat (zie paragraaf 3.2.2), wil het Hof via zijn rechtspraak kennelijk geen al te zeer in de strafrechtelijke bevoegdheid van de lidstaten ingrijpende verplichtingen opleggen.

Dat het Unierecht de aangezochte lidstaat niet verplicht om een strafvervolging in te stellen, laat onverlet dat die lidstaat daartoe eigener beweging kan overgaan. Het instellen van een strafvervolging tegen de opgeëiste persoon voor de feiten die aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggen, brengt mee dat de aangezochte lidstaat de uitlevering aan de verzoekende staat mag weigeren. Uitleveringsverdragen bestempelen de omstandigheid dat tegen de opgeëiste persoon in de aangezochte staat wegens dezelfde feiten een strafvervolging aanhangig is doorgaans als een (facultatieve of imperatieve) weigeringsgrond (zie bijv. art. 8 EUV). Past de aangezochte lidstaat die weigeringsgrond toe, dan is geen sprake meer van de ongelijke behandeling van een onderdaan van een andere lidstaat. Evenmin als een onderdaan van de aangezochte lidstaat, wordt die onderdaan van een andere lidstaat uitgeleverd aan de verzoekende staat (zij het

om een andere reden). Het *Petruhhin*-mechanisme is dan niet van toepassing.

3.4. Tot slot

Vlak vóór het arrest *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)* hebben Eurojust en het Europees Justitieel Netwerk de toepassing van het *Petruhhin*-mechanisme geëvalueerd. De uitkomsten van die evaluatie zijn niet positief. Het *Petruhhin*-mechanisme beoogt Unieburgers te beschermen tegen (ongelijke behandeling bij) uitlevering, maar schiet daarin tekort. Slechts in een gering aantal gevallen heeft toepassing van het *Petruhhin*-mechanisme geleid tot de daadwerkelijke uitvaardiging van een vervolgings-EAB tegen de opgeëiste persoon door zijn lidstaat van nationaliteit. Alleen als toevalligerwijs in de lidstaat van nationaliteit al een parallelle procedure tegen de opgeëiste persoon aanhangig is, heeft de toepassing van het *Petruhhin*-mechanisme zin.³⁰ Volgens veel praktijkjuristen is dat mechanisme daarom ‘a bureaucratic formality, which mostly merely delays the extradition procedure and is – depending on how it is applied in a concrete case – costly and time consuming’.³¹ Bovendien laat de rechtspraak van het Hof van Justitie een aantal juridische en praktische vragen onbeantwoord, hetgeen een negatieve invloed op de effectiviteit van het *Petruhhin*-mechanisme kan hebben.³² Het arrest *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)* beantwoordt een groot deel van die vragen en verduidelijkt daardoor de verplichtingen van de betrokken lidstaten bij de toepassing van het *Petruhhin*-mechanisme (zie paragraaf 3.3). Zal die verduidelijking ertoe leiden dat vaker dan voorheen een vervolgings-EAB zal worden uitgevaardigd als alternatief voor uitlevering? Dat lijkt niet waarschijnlijk. De stukken die de verzoekende staat ter onderbouwing van het uitleveringsverzoek aan de aangezochte lidstaat heeft overgelegd, bevatten immers doorgaans onvoldoende informatie om de lidstaat van nationaliteit in de gelegenheid te stellen een vervolgings-EAB uit te vaardigen (zie paragraaf 3.3.2). Dat de lidstaten nu weten welke informatie zij aan de lidstaat van nationaliteit moeten verstrekken, verhelpt dit gebrek niet. Natuurlijk kan de lidstaat van nationaliteit – zonder daartoe Unierechtelijk verplicht te zijn – het strafdossier opvragen bij de verzoekende staat (zie paragraaf 3.3.3), maar de door de aangezochte lidstaat vastgestelde ‘redelijke termijn’ (zie paragraaf 3.3.4) zal waarschijnlijk meebrengen dat de opportuniteitsbeoordeling

niet zal kunnen plaatsvinden vóór het verstrijken van die termijn.

V.H. Glerum³³

Voetnoten

- 1 Parijs, 13 december 1957, *Trb.* 1965, 9.
- 2 HvJ EU 6 september 2016, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 (*Petruhhin*).
- 3 De andere drie arresten: HvJ EU 10 april 2018, C-191/16, ECLI:EU:C:2016:222 (*Pisciotti*); HvJ 13 november 2018, C-247/17, ECLI:EU:C:2018:898 (*Raugevicius*); HvJ EU 2 april 2020, C-897/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:262 (*Ruska Federacija*).
- 4 Zie punten 3.1 en 3.3 van mijn noot bij het arrest *Pisciotti* in *SEW* 2019, afl. 1, p. 39-42, met verdere literatuurverwijzingen.
- 5 Bijv. Nederland in de zaak *Pisciotti*: M.A.C.L.M. Bonn, 'Van uitlevering naar overlevering: enige persoonlijke observaties over 35 jaar Europese ontwikkelingen', in: L. A Campo e.a. (red.), *Loyale samenwerking binnen de EU. Liber Amicorum voor Ivo van der Steen*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 152. Ierland deed hetzelfde in de zaak *Ruska Federacija*: concl. A-G E. Tanchev, ECLI:EU:C:2020:128, punt 42, bij HvJ EU 2 april 2020, C-897/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:262 (*Ruska Federacija*).
- 6 Concl. A-G G. Hogan, ECLI:EU:C:2020:748, punten 42-66, bij HvJ EU 17 december 2020, C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032 (*Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)*).
- 7 HvJ EU 10 april 2018, C-191/16, ECLI:EU:C:2016:222, punt 34 (*Pisciotti*).
- 8 HvJ EU 6 september 2017, C-473/15, ECLI:EU:C:2017:633, punt 21 (*Peter Schotthöfer & Florian Steiner*). Zie ook HvJ EU 12 mei 2021, C-505/19, ECLI:EU:C:2021:376, punt 54 (*Bundesrepublik Deutschland (Red notice van Interpol)*).
- 9 HvJ EU 13 november 2018, C-247/17, ECLI:EU:C:2018:898, punt 29 (*Raugevicius*). Zie ook HvJ EU 2 april 2020, C-897/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:262 (*Ruska Federacija*): de betrokkene had de nationaliteit van een Europese Vrijhandelsassociatie-/Europese Economische Ruimte-staat (IJsland) en de nationaliteit van het verzoekende derde land (Rusland).
- 10 Concl. A-G Y. Bot ECLI:EU:C:2016:330, punten 49-69, bij HvJ EU 6 september 2016, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 (*Petruhhin*).
- 11 Concl. A-G G. Hogan, C-398/19, ECLI:EU:C:2020:748, punten 42-48, bij HvJ EU 17 december 2020, C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032 (*Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)*).
- 12 Vgl. art. 7 lid 3 jo. art. 86b Wetboek van Strafrecht.
- 13 HvJ EU 6 september 2016, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, punt 45 (*Petruhhin*).
- 14 Washington, 25 juni 2003, *PbEU* 2003, L 181/27.
- 15 Wenen, 28 juni 2006, *PbEU* 2006, L 292/2.
- 16 In het licht van het arrest *Ruska Federacija* lijken IJsland en Noorwegen, die tot de Europese Vrijhandelsassociatie en de Europese Economische Ruimte behoren, niet te kunnen worden beschouwd als derde landen in de zin van de *Petruhhin*-rechtspraak. In deze zin paragraaf 3.2 van mijn noot bij dat arrest in *SEW* 2020, afl. 12, p. 697-704 en *Joint report of Eurojust and the European Judicial Network on the extradition of EU citizens to third countries*, Den Haag: Eurojust 2020, p. 11.
- 17 Brussel en Londen, 30 december 2020, *PbEU* 2021, L 140/10.
- 18 Vgl. HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, punten 41-45 (*Ruiz Zambrano*).
- 19 Zie bijv. HR 22 juli 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8984, r.o. 5.3, *NJ* 1987/323.
- 20 Zie bijv. art. 7 lid 1 van het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Canada inzake uitlevering, Montreal, 13 oktober 1989, *Trb.* 1989, 169 en art. 9 lid 3 onder b van het Uitleveringsverdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika, 's-Gravenhage, 24 juni 1980, *Trb.* 1980, 111.
- 21 HvJ EU 13 januari 2021, C-414/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:4, punt 53 (*MM*).
- 22 Zie EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001195607, par. 52 (*Stephens/Malta (nr. 1)*); EHRM 26 juni 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0626JUD004485310, par. 56 (*Toniolo/San Marino en Italië*); EHRM 2 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0502JUD001594411, par. 23-24 (*Vasiliciuc/Moldavië*); EHRM 26 maart 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0326DEC007062116, par. 19 (*B.A.A./Roemenië*).
- 23 De Associatie-overeenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en Oekraïne, anderzijds (Brussel, 21 maart 2014, *PbEU* 2014, L 161/3) bevat op het punt van uitlevering alleen de vastlegging van een streven naar verbetering van de regeling inzake uitlevering.
- 24 HvJ EU 6 september 2016, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, punt 48 (*Petruhhin*). Zie punt 3.3 van mijn noot bij het arrest *Pisciotti* in *SEW* 2019, afl. 1, p. 38-42.
- 25 Zie bijv. EHRM 24 maart 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0324JUD001162007, par. 40 (*Gallardo Sanchez/Italië*).
- 26 EHRM 24 maart 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0324JUD001162007, par. 42 (*Gallardo Sanchez/Italië*).
- 27 In de praktijk varieert de termijn van enkele dagen tot zestig dagen: *Joint report of Eurojust and the European Judicial Network on the extradition of EU citizens to third countries*, Den Haag: Eurojust 2020, p. 14. Nederland hanteert een termijn van vier weken. Bron: interview met een medewerker van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (16 maart 2021) in het kader van het project *ImprovEAW* (zie over dat project www.improveaw.eu).
- 28 HvJ EU 10 april 2018, C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222, punt 50 (*Pisciotti*).
- 29 Zie punt 3.4 van mijn noot bij het arrest *Pisciotti* in *SEW* 2019, afl. 1, p. 38-42.
- 30 *Joint report of Eurojust and the European Judicial Network on the extradition of EU citizens to third countries*, Den Haag: Eurojust 2020, p. 16. Nederland wordt zo'n 10-15 keer per jaar door een andere lidstaat op de hoogte gebracht van een tegen een Nederlander gericht uitleveringsverzoek. In geen van die gevallen is ooit een Nederlands vervolgings-EAB uitgevaardigd. Bron: interviews met een medewerker van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (16 maart 2021) en met medewerkers van het Internationaal Rechtshulp Centrum van het arrondissementsparket Amsterdam (18 mei 2021) in het kader van het project *ImprovEAW*.
- 31 *Joint report of Eurojust and the European Judicial Network on the extradition of EU citizens to third countries*, Den Haag: Eurojust 2020, p. 21.
- 32 *Joint report of Eurojust and the European Judicial Network on the extradition of EU citizens to third countries*, Den Haag: Eurojust 2020, p. 22.
- 33 Prof. mr. dr. Vincent Glerum is stafjurist Europees strafrecht bij de rechtbank Amsterdam en bijzonder hoogleraar internationaal en Europees strafrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.