

ANNOTATIE

Bivolaru t. Frankrijk (EHRM, nr. 40324/16) – Bosphorus bijt in Bivolaru: over EHRM-toetsing tenuitvoerlegging EU-arrestatiebevelen

J. Krommendijk

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 25-03-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416 (EHRC-2021-0091)

1. Eind maart 2021 oordeelde het EHRM in *Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk* voor het eerst dat het *Bosphorus*-vermoeden van gelijkwaardige bescherming ten aanzien van de EU moest worden weerlegd.[1] Het EHRM concludeerde dat er sprake was van een schending van art. 3 EVRM in deze zaak die draaide om de tenuitvoerlegging van Europese Arrestatiebevelen (EAB). Het EHRM heeft dus voor het eerst gebeten nadat het eerder al zijn tanden liet zien in *Avotiņš* door aan te geven dat het bereid is tot toetsing van deze samenwerking in de praktijk ook al erkende het het belang van EU-samenwerking op grond van de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning.[2] In de blogosphere is deze level-1 uitspraak reeds meerdere keren betiteld als een baanbrekende ('landmark') uitspraak.[3] Ondanks deze signaleringen is een uitgebreide analyse tot op heden uitgebleven. Dat is op het eerste gezicht opmerkelijk in het licht van de uiteindelijke conclusie en ook gezien het feit dat het EHRM meer duidelijkheid geeft over de nadere toepassing van *Bosphorus* en de vraag wanneer er sprake is van een niet-discretionaire uitvoering.[4] Desalniettemin is het uitblijven van meer inhoudelijke blogs ook weer niet zo heel verrassend omdat het EHRM niet veel meer doet dan het toepassen van het reeds bestaande kader ontwikkeld in eerdere rechtspraak. De weerlegging van het *Bosphorus*-vermoeden en de vaststelling van een schending is anno 2021 ook veel minder explosief vanuit Unierechtelijke perspectief aangezien de HvJ rechtspraak sinds *Advies 2/13* ook een meer grondrechten/EVRM-

vriendelijke ontwikkeling heeft doorgemaakt met arresten zoals *Aranyosi* en *C.K.*[5] Het HvJ laat nu zelf ook meer ruimte aan nationale rechters om de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning niet louter blindelings toe te passen. Het Straatsburgse oordeel is vanuit Luxemburgse bril dus duidelijk minder problematisch dan het een aantal jaar geleden zou zijn geweest. Een andere reden daarvoor is dat het vooral de nationale (Franse) rechter is die een tik op de vingers krijgt in plaats van de EU of het HvJ zelf.

2. Het gaat te ver voor deze noot om een uiteenzetting te geven van de EHRM rechtspraak ten aanzien van de relatie tussen het EVRM/EHRM en het Unierecht/HvJ of de *Bosphorus*-doctrine van gelijkwaardige bescherming.[6] Kort gezegd komt deze doctrine er op neer dat het EHRM er van uit gaat dat EVRM-verplichtingen niet zijn geschonden bij de uitvoering van Unierecht tenzij er sprake is van een kennelijke tekortkoming ('manifestly deficient'). Daarvoor moet wel voldaan zijn aan twee voorwaarden. Ten eerste is het vermoeden alleen van toepassing indien de staat geen discretionaire bevoegdheid of beoordelingsmarge heeft op grond van het Unierecht. Ten tweede moet het volledig potentieel van het toezichtsmechanisme en het systeem van rechtsbescherming van de EU zijn ingezet. In deze korte annotatie zal ik ingaan op de toepassing van deze voorwaarden in *Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*. Daarbij zal ik met name betogen dat de toepassing van die tweede voorwaarde nog wel wat vragen oproept (randnr. 6 en 7).

3. De uitspraak in *Bivolaru en Moldovan* is op het eerste gezicht opmerkelijk gezien het verschil in uitkomst in de twee zaken. In *Moldovan* oordeelde het EHRM dat het vermoeden van gelijkwaardige bescherming van toepassing was, maar dat er sprake was van een kennelijke tekortkoming en een schending van art. 3 EVRM. In *Bivolaru* concludeerde het EHRM dat het vermoeden niet opging, maar kwam het niet tot het oordeel dat er sprake was van een schending van diezelfde bepaling. Zoals al in de inleiding naar voren kwam, legde het EHRM vooral de "schuld" bij de Franse rechter. In *Moldovan* had deze rechter te weinig gedaan, terwijl de Franse rechter in *Bivolaru* het juridisch EU-kader wel goed had toegepast. De uitvoerende Franse rechterlijke autoriteiten hadden in *Moldovan* namelijk aanvullende informatie over de detentieomstandigheden van de Roemeense autoriteiten beter moeten toetsen aan EHRM-rechtspraak.[7] Dit was vooral problematisch omdat uit meerdere EHRM-uitspraken bleek dat er sprake was van te volle gevangenissen en er een reëel risico bestond dat klager gedetineerd zou worden in een cel waar hij minder dan 3m² persoonlijke ruimte zou hebben. De Franse rechterlijke autoriteit had zich te gemakkelijk en eenzijdig op verklaringen en toezeggingen van de Roemeense autoriteiten gebaseerd.[8] Ten aanzien van *Bivolaru* stelde het EHRM vast dat de uitvoerende rechterlijke autoriteiten daarentegen wel een grondig en volledig onderzoek van verzoekers persoonlijke situatie hadden verricht op basis van gevraagde informatie van de Zweedse autoriteiten.[9] Op grond daarvan kwam het EHRM

tot het oordeel dat er een voldoende solide feitelijke grondslag was om uitvoering te geven aan het EAB zonder dat er een individueel risico was dat de grondrechten van klager, namelijk vervolging om godsdienstige redenen, geschonden zouden worden.[10] Het beroep van Bivolaru op de slechte detentieomstandigheden was niet goed onderbouwd en vormde ook geen voldoende reden voor de Franse rechter om zelf om aanvullende informatie te verzoeken bij de Roemeense autoriteiten. De volgende observaties kunnen worden gemaakt op basis van deze korte uiteenzetting. Ten eerste illustreert, zeker het laatste punt van de onvoldoende onderbouwing van slechte detentieomstandigheden, dat de bewijslast in EAB-zaken duidelijk bij verzoekers ligt. Ten tweede laat deze uitspraak zien dat het EHRM louter kijkt naar de situatie van de individuele klager en minder nadruk legt op de stelselmatige en algemene tekortkomingen. Op grond van het EU-recht is ingevolge *Aranyosi* een tweetrapstoets vereist. Namelijk allereerst een toets of er sprake is van stelselmatige of algemene tekortkomingen en vervolgens of er in het individuele geval ook ernstige en aantoonbare redenen bestaan dat de betrokkene zal worden blootgesteld aan een reëel risico op een behandeling die in strijd is met het Handvest. Voor het EHRM is het eerste deel van de tweetrapstoets in *Aranyosi* irrelevant voor de vraag of sprake is van een schending.[11] Dit betekent dat het EHRM in theorie een schending zou kunnen vaststellen in een individueel geval terwijl er geen structurele grondrechtelijke problemen in een EU-lidstaat zijn. De vraag is of zo'n benadering past binnen het Unierechtelijke kader.

4. Wat betreft de toepassing van de eerste *Bosphorus*-voorwaarde (de beoordelingsruimte) bevestigt *Bivolaru en Moldovan* de lijn van het EHRM sinds *Avotiņš*. Het EHRM besloot namelijk dat het EAB-Kaderbesluit geen beoordelingsruimte aan de EU-lidstaten laat, omdat de bevoegdheden van rechterlijke autoriteiten strikt binnen het door hiervoor besproken kader in *Aranyosi* moeten worden uitgeoefend.[12] Deze conclusie bouwt voort op de eerste uitspraak van het EHRM over strafrechtelijke EU-samenwerking in het kader van de ruimte van vrijheid, recht en rechtvaardigheid en het EAB-Kaderbesluit in *Pirozzi t. België*.^[13] In deze zaak achtte het EHRM het EAB-systeem als zodanig niet in strijd is met het EVRM en concludeerde hij dat het *Bosphorus*-vermoeden van toepassing was vanwege de afwezigheid van een beoordelingsmarge bij lidstaten. Eerder had het EHRM al geoordeeld dat art. 34, lid 2, van de Brussel I-verordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken geen ruimte meer laat aan de lidstaten gezien de formulering van deze bepaling en de HvJ-rechtspraak daarover.^[14] De toepassing van deze eerste voorwaarde in *Bivolaru en Moldovan* is weinig verrassend en inhoudelijk logisch.

5. Meer vraagtekens kunnen worden gezet bij de (toepassing van de) tweede voorwaarde die ziet op de inzet van het volledig potentieel van het toezichtsmechanisme van de EU. Een korte

schets van de (post-)Bosphorus rechtspraak illustreert dat het EHRM nog steeds niet echt een duidelijke en consistente lijn op dit punt hanteert. In *Bosphorus* bepaalde het EHRM dat deze voorwaarde niet was vervuld wanneer een nationale rechter een vraag over de uitleg van het Unierecht niet middels de prejudiciële procedure aan het HvJ voorlegt wanneer het HvJ zich nog niet heeft gebogen over deze kwestie.[15] In *Michaud* oordeelde het EHRM dat de *Bosphorus*-presumptie niet van toepassing was omdat de Franse Raad van State een besluit had genomen zonder vragen te verwijzen naar het HvJ.[16] In *Avotiņš* zwakte het EHRM deze formalistische benadering echter af door te benadrukken dat excessief formalisme niet nodig is.[17] Het EHRM benadrukte dat verwijzing niet noodzakelijk is wanneer het duidelijk is hoe het Unierecht moet worden uitgelegd.[18] In *Avotiņš* achtte het EHRM het uitblijven van een verwijzing niet onredelijk omdat partijen daartoe niet hadden verzocht en er ook geen reden was voor de nationale rechter om eigenstandig af te vragen of de kwestie aan het Luxemburgse Hof had moeten worden voorgelegd. In de eerste EAB-zaak die in Straatsburg belandde (*Pirozzi t. België*) ging het EHRM dan weer niet in op de tweede voorwaarde. Uit *Povse* blijkt dat de toetsing van de tweede voorwaarde ook tamelijk procedureel en terughoudend is.[19] In *Povse* waren er wél prejudiciële vragen gesteld door de Oostenrijkse rechter. Het EHRM ging echter niet na of het HvJ ook voldoende aandacht aan de grondrechten had besteed, zoals de klagers bij het EHRM hadden betoogd.[20]

6. In *Bivolaru en Moldovan* lijkt het EHRM toch weer iets intensiever te toetsen of de tweede voorwaarde vervuld was en of een verwijzing op zijn plaats was. Ten aanzien van *Moldovan* oordeelde het EHRM redelijk gemakkelijk dat zich geen ernstige moeilijkheden met de uitleg van het Unierecht voordeden gezien de voorhanden zijnde HvJ rechtspraak, namelijk *Aranyosi*.^[21] Ten aanzien van *Bivolaru* lag dit anders. Het Franse Hof van Cassatie had geen vragen aan het HvJ gesteld ondanks een verzoek van klager. *In casu* betrof het de vraag of uitlevering op grond van een EAB mogelijk is wanneer de aangezochte persoon een vluchtelingenstatus in een andere EU-lidstaat heeft. *Bivolaru* was de leider van een spirituele yogabeweging met een vluchtelingenstatus in Zweden die bij verstek veroordeeld was in Roemenië en vervolgens in Frankrijk werd aangehouden. *Bivolaru* betoogde dat overlevering het risico meebrengt dat hij om godsdienstige redenen vervolgd zou worden. Ten aanzien van deze rechtsvraag bestaat er nog geen Luxemburgse jurisprudentie. Het EHRM wees er om die reden op dat het besluit om niet te verwijzen met zich meebrengt dat reële en ernstige vragen over de bescherming van EU-grondrechten, waarover het HvJ zich nog nooit had uitgesproken, niet beantwoord zijn.^[22] Op grond hiervan concludeerde het EHRM dat de tweede voorwaarde niet was vervuld en dat daarom het *Bosphorus*-vermoeden niet van toepassing was. Dit betekent dat het EHRM de overlevering door de Franse autoriteiten (rechtstreeks) aan het EVRM toetste en uiteindelijk oordeelde dat er geen schending is.

7. Deze combinatie van geen *Bosphorus*/geen schending bevreemdt toch wel en roept twee vragen op. Een eerste vraag is waarom het EHRM geen consequentie verbindt aan het feit dat de Franse rechter geen prejudiciële vragen had gesteld. Voorstelbaar is dat de uitkomst anders was geweest als de kwestie toch was voorgelegd aan Luxemburg. Het EHRM lijkt er nu vanuit te gaan dat het HvJ een zelfde benadering zou kiezen of in ieder geval dat een verwijzing niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Daar komt nog eens bij dat het niet stellen van prejudiciële vragen ondanks een verzoek van klager een eigenstandige schending van art. 6 EVRM kan opleveren ingedachte de *Dhabbi*-rechtspraak.[23] Het EHRM kan in beginsel de klacht ambtshalve als een art. 6 EVRM klacht aanmerken als de klager dat niet doet. Het EHRM gaat niet verder in op dit laatste punt. Een ander vraagpunt betreft de manier waarop het EHRM zich verhoudt tot het Unierecht. In *Advies 2/13* liet het HvJ doorschemeren dat het op basis van de autonomie van het Unierecht problemen heeft met een andere internationale rechter die zich bemoeit met de uitleg van het Unierecht.[24] In *Bivolaru en Moldovan* erkent het EHRM (impliciet) dat er onduidelijkheid is over de uitleg van het Unierecht, zonder overigens over te gaan tot het geven van een inhoudelijke uitleg. Het EHRM houdt zich dus netjes aan de door het HvJ gepropageerde taakverdeling. Voorgaande uiteenzetting illustreert wel de praktische moeilijkheid voor het EHRM van het onderscheiden van de grens tussen, enerzijds, een beeld vormen van (de toepassing door de nationale autoriteiten) van het Unierecht en, anderzijds, het geven van een uitleg aan het Unierecht. Het EHRM loopt tegen vergelijkbare problemen aan bij het toetsing van de naleving van de motiveringsplicht door nationale rechters wanneer zij het besluit nemen om ondanks aandringen van partijen niet te verwijzen naar het HvJ.[25] Het probleem van het trekken van een duidelijke grens verklaart wellicht waarom het EHRM nog niet een volkomen duidelijke lijn ten aanzien van de tweede voorwaarde heeft geformuleerd en deze voorwaarde soms onbelicht laat.

J.M. Krommendijk

[1] *Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*, EHRM 25 maart 2021, nrs. 40324/16 en 12623/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416.

[2] *Avotiņš t. Letland*, EHRM 23 mei 2016, nr. 17502/07, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207, «EHRC» 2018/53 m.nt. Glas en Krommendijk, AB 2017/17, m.nt. Barkhuysen en van Emmerik, paras 113-116.

[3] Zie bijv. Johan Callewaert, 'Manifest deficiency in the execution of a European arrest warrant – judgment of the European Court of Human Rights in the case of Bivolaru and Moldovan v. France', <https://johan-callewaert.eu/manifest-deficiency-in-the-execution-of-a-european-arrest-warrant-judgment-of-the-european-court-of-human-rights-in-the-case-of->

bivolaru-and-moldovan-v-france/

[4] *Bosphorus t. Ierland*, EHRM (GK) 30 juni 2006, zaaknr. 45036/98, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698, AB 2006/273, m.nt. Barkhuysen en van Emmerik, NTM-NJCM Bull. 2005/7, m.nt. Lawson, O&A 2005/ 88.

[5] *Advies 2/13; Toetreding van de EU tot het EVRM*, HvJ 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, «EHRC» 2015/65 m.nt. (1) Krommendijk en Beijer en m.nt. (2) Van Rossem; *Aranyosi en Căldăraru*, HvJ (GK) 5 april 2016, gevoegde zaken C|404/15 en C|659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, «EHRC» 2018/191 m.nt. Kruisbergen en Krommendijk; *C.K.*, HvJ 16 februari 2017, zaak C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127, «EHRC» 2017/80, m.nt. Den Heijer.

[6] Zie hierover uitgebreider Lize Glas en Jasper Krommendijk, 'From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent developments in the relationship between the Luxembourg and Strasbourg court', *Human Rights Law Review* 17(3), p. 567-587; Jasper Krommendijk en Guus de Vries, 'De wisselwerking tussen het HvJ en het EHRM: een hernieuwde liefde?', *SEW 2021* (nog te verschijnen).

[7] *Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*, reeds aangehaald, para 122.

[8] *Ibid.*, para 124-126.

[9] *Ibid.*, para 138-140.

[10] *Ibid.*, para 140.

[11] *Aranyosi en Căldăraru*, reeds aangehaald, paras. 89-92; Vgl. Callewaert, reeds aangehaald.

[12] *Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*, reeds aangehaald, para 114.

[13] *Pirozzi t. België*, EHRM 17 april 2018, zaak nr. 21055/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, «EHRC» 2018/173, m.nt. Peristeridou.

[14] 'Een beslissing wordt niet erkend indien[...] het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, niet zo tijdig en op zodanige wijze als met het oog op zijn verdediging nodig was, aan de verweerder tegen wie verstek werd verleend, betekend of meegedeeld is, tenzij de verweerder tegen de beslissing geen rechtsmiddel heeft aangewend terwijl hij daartoe in staat was'; *Avotiņš t. Letland*, reeds aangehaald, para. 126.

[15] *Bosphorus t. Ierland*, reeds aangehaald, para. 164.

[16] *Michaud t. Frankrijk*, EHRM 6 december 2012, zaaknr. 12323/11,

ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, «EHRC» 2013/91 m.nt Ölçer, para 110

[17] *Avotiņš t. Letland*, reeds aangehaald, para 109.

[18] De hoogste rechters zijn namelijk niet verplicht om vragen te stellen op grond van de CILFIT-uitzonderingen *acte clair* en *acte éclairé*.

[19] *Povse t. Oostenrijk*, EHRM 19 juni 2013, zaaknr. 3890/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0618DEC000389011, «EHRC» 2013/270, m.nt. Kiestra, para 74.

[20] *Ibid.*, paras 77 en 81.

[21] *Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*, reeds aangehaald, para. 115.

[22] *Ibid.*, para 131.

[23] Zie onder meer *Dhahbi t. Italië*, EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0408JUD001712009, «EHRC» 2014/152 m.nt. Van Harten en Beijer; *AB* 2015/44 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik; *Schipani t. Italië*, EHRM 21 juli 2015, nr. 38369/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD003836909, «EHRC» 2015/203 m.nt. Beijer en Krommendijk onder «EHRC» 2015/209; *Baltic Master t. Litouwen*, EHRM 16 april 2019, nr. 55092/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD005509216, «EHRC» 2019/133 m.nt. Krommendijk.

[24] *Advies 2/13*, reeds aangehaald.

[25] *Somorjai t. Hongarije*, EHRM 28 augustus 2018, nr. 60934/13, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD006093413, «EHRC» 2018/207, m.nt. Krommendijk, randnr. 5.