

## Rechtsbescherming en het recht van verdediging bij plaatsing op de Europese terrorismelijst - de zaak-Mujahedin-e Kalq v. De Raad

mr.drs. A.A.H. van Hoek en mr. C.R.J.J. Rijken

**D**e zaak-Mujahedin-e Kalq was de eerste casus over de rechtmatigheid van autonome Europese sancties tegen (vermeende) terroristen. Mede naar aanleiding van deze zaak is de plaatsings- en herzieningsprocedure voor deze lijst herzien. In deze bijdrage wordt het huidige systeem beschreven en afgezet tegen het systeem dat van toepassing was ten tijde van de uitspraak. Daarnaast is ook de uitspraak zelf nu nog interessant. Hij biedt inzicht in de verschillen tussen de bestaande terrorismelijsten en de gevolgen daarvan voor de rechtsbescherming. Hij bevat ook interessante overwegingen over de taakverdeling tussen de lidstaten en de Gemeenschap bij het bieden van rechtswaarborgen en de rol van het beginsel van loyale samenwerking daarbij. En ten slotte biedt de uitspraak stof tot nadenken over de problematiek van geheimhouding van processtukken.

*GvEA 12 december 2006, zaak T-228/02, Organisatie van Volksmujahedeën van Iran tegen Raad van de Europese Unie (n.n.g.).*

### De uitspraak

#### Feiten en eisen

De Mujahedin-e Khalq Organisations (hierna MKO) is opgericht in 1965 en heeft zich tot doel gesteld het regime van de Sjah van Iran en vervolgens dat van de mullahs te vervangen door een democratisch regime. Ten tijde van de aan het geding ten grondslag liggende feiten bestond de MKO volgens de feitenweergave in de uitspraak uit vijf afzonderlijke organisaties alsmede een onafhankelijke afdeling, namelijk een in Iran opererende gewapende tak. De MKO stelt echter dat zij sinds juni 2001 uitdrukkelijk alle gewapende activiteiten heeft opgegeven en geen militaire structuur meer heeft.<sup>1</sup> De MKO is bij beschikking van maart 2001 door het Verenigd Koninkrijk (meer precies de Secretary of State for the Home Department, de Home Secretary) op de (nationale) lijst van verboden organisaties gezet. De MKO heeft zich hiertegen steeds verzet. Het beroep terzake is echter door de Engelse instanties in november 2002 verworpen

(zie r.o. 2, 12 en 16). Intussen had de Veiligheidsraad van de VN op 28 september 2001 een resolutie aangenomen (resolutie 1373), die onder andere oproept tot het bevriezen van tegoeden van personen en entiteiten die betrokken zijn bij (de financiering van) terrorisme.

Ter uitvoering van deze resolutie heeft de Raad van de EU op 27 december 2001 gemeenschappelijk standpunt 2001/930/GBVB en gemeenschappelijk standpunt 2001/931/GBVB inzake terrorismebestrijding aangenomen (hierna respectievelijk GS 930 en GS 931). GS 931, dat is gebaseerd op de artikelen 15 en 34 EU, voorziet in het opstellen van een lijst van bij terrorisme betrokken personen en organisaties. Tegen een deel daarvan dienen in het kader van de EG financiële maatregelen te worden genomen. Ter uitvoering van deze laatste verplichting heeft de Raad vervolgens o.g.v. de artikelen 60, 301 en 308 EG Verordening nr. 2580/2001 (hierna Vo. 2580) vastgesteld. Ook de verordening gaat vergezeld van een lijst. Beide lijsten worden regelmatig geactualiseerd. Bij de wijziging van mei 2002 is de MKO op de lijsten geplaatst. Bij latere actualisering van de Europese lijsten is de naam van de MKO steeds gehandhaafd. De MKO verzoekt het Gerecht van Eerste Aanleg (het Gerecht) tot nietigverklaring van de gemeenschappelijke standpunten ter wijziging van GS 931 en het besluit ter uitvoering van Vo. 2580, waarbij de MKO op de sanctielijst is geplaatst respectievelijk gehandhaafd. Daarnaast vordert MKO een (symbolische) schadevergoeding van 1 euro.

#### Beoordeling door het Gerecht – procedurele aspecten

Voordat het Gerecht aan de inhoudelijke beoordeling van het plaatsingsbesluit toekomt, moeten eerst een aantal procedurele hobbels worden genomen. Allereerst rijst de vraag tegen welk besluit c.q. welk gemeenschappelijk standpunt het beroep zich richt, nu de betreffende besluiten nog tijdens de procedure kunnen worden vervangen. Het Gerecht merkt hierover op dat bij wijziging van de bezwarende handeling de verzoeker zijn conclusies en middelen nog moet kunnen aanpassen (r.o. 28). Wel kan het beroep alleen betrek-

Beide auteurs zijn als UHD verbonden aan de vakgroep Europees en Internationaal Publiekrecht van de Universiteit van Tilburg.

<sup>1</sup> Zie r.o.1. Het Gerecht legt verder niet uit waarom zij de in de uitspraak opgenomen gegevens als feiten presenteert terwijl MKO daar nadrukkelijk verweer tegen voert. In de verdere uitspraak speelt de materiële rechtvaardiging voor plaatsing op de lijst echter geen rol.

king hebben op handelingen die tijdens de procedure al bestaan (r.o. 32).

Het nietigheidsberoep ten aanzien van de gemeenschappelijke standpunten wordt afgewezen met een beroep op de beperkte omvang van de bevoegdheid van het Gerecht met betrekking tot tweedepijler- en derdepijlerinstrumenten. Het Gerecht toetst in dat kader slechts of GS 931 inbreuk maakt op de bevoegdheden van de Gemeenschap. Hiervan is in casu geen sprake.

De uiteindelijke toetsing beperkt zich dan ook tot het Raadsbesluit ter uitvoering van Vo. 2580.

### Rechten van de verdediging

Als eerste middel voert de MKO aan dat door het besluit een inbreuk is gemaakt op haar fundamentele rechten, met name op haar rechten van verdediging, aangezien de handeling haar schade berokkent en zij noch vooraf, noch achteraf de gelegenheid heeft gekregen zich hierover uit te laten. Nu zij tevens niet op de hoogte is gesteld van de redenen van plaatsing, is daarnaast sprake van een inbreuk op de motiveringsplicht en het recht op een effectieve rechtsbescherming. Ten slotte is de plaatsing volgens haar in strijd met het vermoeden van onschuld.

Het Gerecht stelt vast dat de genoemde rechten relevant zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de besluiten. Hoewel Verordening 2580 en daarmee ook het plaatsingsbesluit een algemene strekking heeft voor zover hierbij een sanctieregime wordt ingesteld, is het besluit niet strikt normatief van aard nu het sancties oplegt aan met name genoemde individuen en entiteiten (r.o. 98). Tevens berust plaatsing op de lijst op een autonome bevoegdheid van de Gemeenschap. De VN-resolutie die de aanleiding vormt voor de Europese maatregelen bevat namelijk zelf geen lijst met namen. Dit onderscheidt de zaak van de eerder gewezen zaken Yusuf en Kadi (zie r.o. 99 e.v. en het commentaar hieronder voor toelichting).

Wat het recht van verdediging betreft, dit bevat volgens het Gerecht in beginsel twee hoofdonderdelen: de bewijselementen die leiden tot het bezwarende besluit moeten aan betrokkene worden meegedeeld en betrokkene moet in staat worden gesteld naar behoren zijn standpunt over die bewijselementen kenbaar te maken. Dit recht kan echter worden beperkt o.a. op grond van de openbare orde, de openbare veiligheid en het behoud van de internationale betrekkingen. Het recht is verder beperkt tot 'gegevens, feitelijk of rechtens, die de toepassing van de maatregel op de betrokkene aan voorwaarden kunnen onderwerpen, overeenkomstig de relevante regeling' (r.o. 115). In casu dient aan het besluit op Europees niveau een besluit op nationaal niveau vooraf te gaan. De rechten van de verdediging moeten allereerst worden gewaarborgd in het kader van deze nationale procedure. Het is niet aan de Raad om zich uit te laten over de gegrondheid van het nationale besluit en/of de regelmatigheid van de nationale procedure. Op grond van het beginsel van loyale samenwerking dient de Raad 'zich zoveel mogelijk te verlaten op de beoordeling van de bevoegde nationale instantie, althans wanneer het een rechterlijke instantie betreft, zowel met betrekking tot het bestaan van "bewijzen of serieuze en geloofwaardige aanwijzingen" waarop haar beslissing is gebaseerd als met betrekking tot de erkenning van de eventuele beperkingen van toegang tot die bewijzen of aanwijzingen' om reden van openbare orde, openbare veiligheid e.d. (r.o. 124).

Alleen als er sprake is van nieuwe elementen die nog niet ter beoordeling van de nationale instanties waren voorgelegd, dienen

deze in beginsel te worden meegedeeld en dient de betrokkene hierover op communautair niveau te worden gehoord.

Het aldus sterk beperkte communautaire recht van verdediging wordt echter nog verder beperkt doordat het Gerecht – in navolging van de Raad en het VK – van mening is dat een mededeling van de elementen ten laste en het horen van de betrokkenen vóór de vaststelling van het aanvankelijke besluit tot bevrozing van de tegoeden, de doeltreffendheid van de sancties in gevaar zouden kunnen brengen en dus onverenigbaar zouden kunnen zijn met het door de Gemeenschap nagestreefde doel van algemeen belang.<sup>2</sup> De maatregel mist dan immers ieder verrassingseffect. De maatregel (en de onderbouwing daarvan) dient tegelijkertijd met of zo spoedig mogelijk na de vaststelling van het aanvankelijke besluit tot bevrozing te worden meegedeeld. Voor de latere besluiten tot handhaving van de sancties geldt deze beperking van het recht van de verdediging uiteraard niet: het voornemen van verlenging en de reden daarvoor dienen van tevoren aan betrokkene te worden medegedeeld (r.o. 131). Ook hier echter kunnen de overwegingen inzake de openbare orde en de openbare veiligheid mededeling onwenselijk maken. Het Gerecht erkent dat dergelijke overwegingen kennisgeving in de weg kan staan, niet alleen van de precieze inhoud van de beschuldigingen maar ook van de beslissende instantie en zelfs van de lidstaat waaruit deze afkomstig is (r.o. 136).

### Motivering en rechtsbescherming

Wat de motivering van het besluit betreft, stelt het Gerecht dat de motivering van een maatregel tot bevrozing van tegoeden niet beperkt kan blijven tot een algemene motivering, maar – voor zover het de mededeling aan betrokkene betreft (zie r.o. 147) – specifieke en concrete redenen moet bevatten waarom de Raad de regelgeving op betrokkene van toepassing acht (r.o. 143).

Met betrekking tot de rechtsbescherming, ten slotte, stelt het Gerecht dat de Gemeenschapsrechter de rechtmatigheid en de gegrondheid van de maatregelen tot bevrozing van tegoeden moet kunnen toetsen, zonder dat de geheimhouding of de vertrouwelijke behandeling van de door de Raad gebruikte bewijselementen en informatie hem kunnen worden tegengeworpen. Om vervolgens te stellen dat het Gerecht zich bij de toetsing van de wettigheid van besluiten tot bevrozing van tegoeden dient te beperken tot de controle of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid. Een beperkte controle dus.

### Toepassing op de casus

In casu zijn de elementen ten laste niet meegedeeld aan de MKO en werd in de besluiten geen melding gemaakt van de 'welbepaalde inlichtingen' of de 'dossierelementen' waar de beslissing op gebaseerd was. Hierdoor heeft betrokkene haar standpunt bij de Raad niet naar behoren kenbaar kunnen maken en kan zij bij gebrek aan motivering van het besluit niet naar behoren gebruikmaken van het recht van beroep bij het Gerecht.

<sup>2</sup> De doelen die de Gemeenschap in dit geval nastreeft, zijn tweërlei: enerzijds wordt met de terrorismebestrijding de veiligheid van de Gemeenschap en haar lidstaten gediend, anderzijds staan de maatregelen ook in het teken van de internationale samenwerking (uitvoering geven aan de VN-resoluties). Zie o.a. r.o. 133 van het besproken arrest.

Het Gerecht concludeert dan ook dat het bestreden besluit niet is gemotiveerd en dat het is vastgesteld in het kader van een procedure waarbij verzoeksters rechten van verdediging niet zijn geëerbiedigd. Bovendien is het Gerecht, zelfs in deze fase van de procedure, niet in staat de rechterlijke controle van de rechtmatigheid van dat besluit te verrichten. Deze overwegingen kunnen enkel leiden tot nietigverklaring van het bestreden besluit, voor zover het verzoekster betreft. Het beroep tot schadevergoeding van 1 euro mist de meest elementaire nauwkeurigheid en wordt niet-ontvankelijk verklaard.

## Commentaar

### Terroristenlijsten en rechtsbescherming – een overzicht

De afgelopen jaren is er een stroom aan uitspraken gedaan door het Gerecht van Eerste Aanleg en het Europese Hof van Justitie over de maatregelen die op nationaal en Europees niveau zijn genomen ter bestrijding van terrorisme. Met name de zogenoemde terroristenlijsten staan hierbij in de belangstelling. Echter deze uitspraken betreffen niet altijd dezelfde materie. Zo dient de hier te bespreken uitspraak te worden onderscheiden van de uitspraken inzake Yusuf en Kadi.<sup>3</sup> In de laatstgenoemde zaken zijn de Gemeenschapsinstellingen overgegaan tot omzetting in de communautaire rechtsorde van de zogenaamde Taliban-resoluties van de Veiligheidsraad en de besluiten van het daarbij behorende sanctiecomité.<sup>4</sup> Deze resoluties en besluiten verplichten tot de bevroering van de tegoeden van Osama bin Laden en met hem geassocieerde personen en entiteiten. Ze laten, aldus het Gerecht in de betreffende zaken, geen ruimte aan de Europese instellingen om in de fase van de concrete uitvoering te voorzien in een communautair mechanisme tot onderzoek of herziening van de individuele sancties. Er is dan volgens het Gerecht geen sprake van het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid van de Gemeenschap/Unie. De beslissing om uitvoering te geven aan de VN-resoluties wordt slechts getoetst aan jus cogens.<sup>5</sup>

De situatie ligt anders in het voorliggende geval en in de op 1 februari 2007 gewezen zaak-Sison.<sup>6</sup> Beide betreffen de uitvoering binnen de EU/EG van VN-resolutie 1373. In deze resolutie wordt opgeroepen tot het treffen van sanctie maatregelen, maar worden geen personen of entiteiten vermeld. Het is dus aan de staten, en zoals in casu aan de Gemeenschap, om – met inachtneming van de regels van hun eigen rechtsorde – specifiek de personen, groepen en entiteiten aan te duiden waarvan de tegoeden ingevolge die resolutie moeten worden bevroren. Dit is op EU-niveau gedaan bij GS 931. Dit gemeenschappelijke standpunt maakt overigens een onderscheid tussen internationaal terrorisme en Europees terrorisme. Terwijl ten aanzien van internationaal opererende terroristen (zoals naar verluidt de MKO) op Europees niveau financiële maatregelen worden genomen, is er een groep Europese terroristen (zoals de IRA en de ETA) waartegen op Europees niveau slechts samenwerking in de derde pijler wordt voorzien. Bevroeringsmaatregelen tegen dergelijke 'homegrown terrorists' vinden (eventueel) op nationaal niveau plaats. In Nederland is de uitwerking hiervan terug te vinden in de sanctieregeling 2002 II.<sup>7</sup> In deze ministeriële regeling worden in Vo. 2580 opgenomen sancties van overeenkomstige toepassing verklaard op personen en groepen die zijn opgenomen op de terroristenlijst van GS 931, maar daar slechts vallen onder de versterkte samenwerking. Ten aanzien van deze 'Europese' groep rijst de vraag of de plaatsing op de lijst als zodanig al rechtsgevolgen heeft in die mate dat daartegen rechtsbescherming dient open te staan. Deze

vraag was aan de orde in de zaak-Segi, waarover inmiddels zowel het EHRM als het Gerecht zich hebben uitgelaten.<sup>8</sup>

In de onderhavige zaak hebben we echter niet te maken met 'homegrown terrorists', zodat het sanctieregime van GS 931 volledig van toepassing is. De rechtsbescherming richt zich hier tegen de verordening op basis waarvan op Europees niveau uitvoering wordt gegeven aan de sancties opgenomen in het GS. Ook hier wordt het GS dus slechts indirect aangevallen. Om rechtsbescherming te kunnen bieden, moet worden vastgesteld dat de vaststelling van de verordening is gebaseerd op een discretionaire bevoegdheid van de EU/EG.<sup>9</sup> Alleen dan kan het Gerecht ten volle toetsen of die discretionaire bevoegdheid juist is toegepast (binnen de beperkingen op grond van het karakter van de maatregelen en de bescherming van de veiligheid). Er zitten vele interessante aspecten aan deze toets die niet allemaal binnen het bestek van deze bijdrage besproken kunnen worden.<sup>10</sup> De twee aspecten die wij hier willen belichten, zijn de erkenning van beslissingen genomen op nationaal niveau en de openbaarheid van stukken. Uiteraard heeft de uitspraak ook consequenties gehad voor de procedures van plaatsing en herziening. Deze gevolgen zullen hieronder als eerste worden toegelicht.

<sup>3</sup> GvEA 21 september 2005, zaak T-306/01 Yusuf e.a. t. Raad en Commissie, Jur. 2005, p. II-3533 en zaak T-315/01, Kadi t. Raad en Commissie, Jur. 2005, p. II-3649. In beide zaken is beroep aangetekend bij het HvJ EG (C-415/05 Yusuf en C-402/05 Kadi). Deze procedures zijn nog aanhangig, mondelinge behandeling vond plaats op 3 oktober jl.

<sup>4</sup> Resolutie 1267 (1999) van 15 oktober 1999, S/RES/1267(1999) en zijn latere wijzigingen, te vinden via de website van de VN, www.un.org.

<sup>5</sup> Voor commentaar op deze beslissingen, zie onder andere R.H. van Ooik en R.A. Wessel, 'De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie', *SEW* 2006, 55; M. Bulterman, 'Fundamental Rights and the United Nations Financial Sanctions Regime: The Kadi and Yusuf Judgments of the Court of First Instance of the European Communities', *Leiden Journal of International Law* 19(2006) pp.753-772; Chr.Tomuschat, case note *CMLRev* 43; 537-551, 2006 en P. Eeckhout, *EC Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions – in Search of the Right Fit*, *European Constitutional Law Review*, 3: 183-206, 2007; P. Eeckhout, 'Does Europe's Constitution Stop at the Water's Edge?' *Walter van Gerven Lecture* (5), Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 22 e.v.

<sup>6</sup> HvJ EG van 1 februari 2007, zaak C-266/05, Sison t. Raad van de EU.

<sup>7</sup> Departementaal kenmerk DJZ/BR/0618-02, identificatienummer BWBR0013904, *Stcrt.* 2002, 138.

<sup>8</sup> EHRM 23 mei 2002 (decision), Appl.no. 6422/02; 9916/02 (Segi & others) en HvJ EG van 27 februari 2007, zaak C-355/04, Segi e.a. tegen de Raad van de EU. Zie over deze uitspraken Eeckhout, l.c. 2005, p. 20 en S. Peers, 'Salvation Outside the Church: Judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments', *CMLRev* 44: 883-929, 2007.

<sup>9</sup> In r.o. 105 wordt melding gemaakt van het feit dat de Raad als instelling van de EG zich bij vaststelling van de verordening niet gebonden acht aan het GS dat eerder door de Raad als instelling binnen de tweede pijler is vastgesteld.

<sup>10</sup> Zie over dit arrest tevens Christina Eckes, case note, *CMLRev* 44:1117-1129, 2007.

## De plaatsings- en herzieningsprocedures voor en na de MKO-uitspraak

Onder welke voorwaarde een persoon of groep op de betreffende lijst geplaatst kan worden, wordt nader bepaald in artikel 1, lid 4 GS 931. De lijsten met namen worden opgesteld 'aan de hand van welbepaalde inlichtingen of dossier-elementen die aantonen dat door een bevoegde instantie een beslissing is genomen ten aanzien van de bedoelde personen, groepen of entiteiten, ongeacht of het gaat om de inleiding van een onderzoek of een vervolging wegens een terroristische daad, poging tot het plegen van een dergelijke daad, of de deelname aan of het vergemakkelijken van een dergelijke daad, op grond van bewijzen of serieuze en geloofwaardige aanwijzingen, dan wel om een veroordeling wegens dergelijke feiten'. Hieruit volgt dus dat betrokkene niet per se hoeft te zijn veroordeeld. Onder bevoegde instantie dient te worden verstaan 'een rechterlijke instantie of, indien rechterlijke instanties geen bevoegdheid bezitten op het door deze bepaling bestreken gebied, een gelijkwaardige op dat terrein bevoegde instantie'.<sup>11</sup>

Ingevolge lid 6 moeten de namen op de lijst regelmatig en ten minste om de zes maanden worden gezien, om er zeker van te zijn dat plaatsing op de lijst nog steeds gerechtvaardigd is. Op een deel van deze personen en entiteiten zijn vervolgens de sancties van Vo. 2580 van toepassing. Hiertoe bevat ook de verordening een lijst met namen. Deze lijst wordt op grond van artikel 2, lid 3 Vo. 2580 vastgesteld door de Raad. De Raad evalueert en wijzigt de lijst met eenparigheid van stemmen, overeenkomstig de bepalingen van artikel 1, leden 4, 5 en 6 GS 931. Er is dus een direct verband tussen de lijst bij het Gemeenschappelijk Standpunt en de lijst bij de Verordening.

Bij zijn beslissing wordt de Raad bijgestaan door comités en werkgroepen. Ten tijde van de beslissing in de Mujahdeen-zaak waren dit het comité van permanente vertegenwoordigers (Coreper) en de commissie externe betrekkingen (Relax).<sup>12</sup> Daarnaast was speciaal voor de opstelling van de lijsten een werkgroep ingesteld die werd aangeduid als het *Clearing House*. De te volgen procedure was opgenomen in het geheime document EU 11693/02 dat pas onlangs, op 18 juli 2007, is vrijgegeven.<sup>13</sup> Op dat moment was de procedure echter al geheel herzien. De nieuwe procedure is neergelegd in een document dat is gedateerd op 21 juni 2007. Dit document is op 28 juni 2007 vrijgegeven onder nummer Doc 10826/1/07.<sup>14</sup> Uit dit laatste document blijkt dat de oude procedure eind 2006 al op een aantal wezenlijke punten was aangepast. Zo had het Coreper op 31 oktober 2006 zijn goedkeuring verleend aan een aanscherping van de (interne) motiveringseis ten aanzien van het plaatsingsbesluit. Op 20 december 2006 was een procedure ingesteld met betrekking tot het informeren van betrokkenen.

Het document gaat niet nader in op de reden van deze wijzigingen, maar het lijkt waarschijnlijk dat deze – op zijn minst genomen – geïnspireerd zijn door de zaak-MKO, nu de uitspraak van het Gerecht is geweest op 12 december 2006.<sup>15</sup> Nadat in maart 2007 het Coreper een aanbeveling van de Relaxgroep overnam om ook de herzieningsprocedure te herzien, is besloten de procedure in zijn geheel opnieuw vast te stellen. Het *Clearing House* is hierbij vervangen door een *Council Working Party*, aangeduid als CP 931 WP, die is belast met de implementatie van GS 931. De WP zal daartoe voorstellen voor plaatsing en het beëindigen van de plaatsing beoordelen en zal worden belast met de periodieke herziening van de lijsten. Zowel lidstaten als derde landen kunnen voorstellen tot plaatsing doen. Ingeval het voorstel van een derde land komt, zal de WP met name letten op:

*'whether the proposal complies with the fundamental principles and procedures of the rule of law and respects human rights, inter alia the right to an effective remedy and to a fair trial, the presumption of innocence and the right not to be judged or punished twice for the same offence.'*<sup>16</sup>

De nieuwe procedure, vastgelegd in een annex bij Doc 10826/07, voorziet nadrukkelijk in een motivering 'which will be sufficiently detailed to allow those listed to understand the reasons for their listing and to allow the Community Courts to exercise their power to review where a formal challenge is brought against the listing'.<sup>17</sup> Daarnaast bevat de annex regels met betrekking tot de kennisgeving aan betrokkenen, het instellen van bezwaar tegen de opname op de lijst en de herzieningsprocedure.

Wat opvallend afwezig is in de nieuwe procedure, is een regeling met betrekking tot de vertrouwelijkheid van stukken. Hiernaar wordt alleen verwezen in paragraaf 19, waarin de bespreking van de motivering binnen de WP is voorzien. Hierdoor lijkt het alsof er geen beperkingen mogelijk zijn op basis van vertrouwelijkheid, maar het lijkt onwaarschijnlijk dat dit zo bedoeld is. In de praktijk zullen op de lijst geplaatste personen en organisaties nog steeds geconfronteerd worden met het feit dat bepaalde informatie niet aan hen wordt medegedeeld om reden van, met name, de (staats)veiligheid. Het zou dan ook zorgvuldiger zijn geweest als deze uitzondering op de regels inzake motivering en kennisgeving expliciet in de procedureregels was opgenomen.

### Erkenning van besluiten genomen op nationaal niveau

Bij het nemen van een besluit laat de Raad zich in belangrijke mate leiden door eerdere besluiten van de lidstaten. Omdat deze eerdere besluiten niet noodzakelijkerwijs veroordelingen zijn of besluiten van rechterlijke instanties, is het interessant te kijken in hoeverre de Raad nog een zelfstandige bevoegdheid of plicht heeft het nationale besluit te toetsen. De omvang van deze bevoegdheid of plicht is weer bepalend voor de effectieve omvang van de rechtsbescherming op Europees niveau.

In r.o. 107 stelt het Gerecht dat de Raad in beginsel is gehouden tot eerbiediging van de rechten van de verdediging. Omdat de besluitvorming op twee niveaus plaatsvindt, namelijk nationaal en Europees, dienen de rechten van de verdediging ook op twee niveaus

<sup>11</sup> Artikel 1 lid 4, laatste volzin.

<sup>12</sup> Relax verwijst naar *relations externes*. De Nederlandse aanduiding voor RELEX is de Commissie externe betrekkingen. De betreffende werkgroep wordt in de stukken aangeduid als Foreign Relations Counsellors Working Party.

<sup>13</sup> Zie <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/02/st11/st11693-re01.en02.pdf>.

<sup>14</sup> Zie <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st10/st10826-re01.en07.pdf>. Het document is uitsluitend in het Engels verkrijgbaar.

<sup>15</sup> Zie ook 'Zaak over Mujahidin mogelijk invloed op terrorisme-aanpak van de EU', EuropaNU / EU Observer 12 december 2006, [http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vhghopvhndza?ctx=vh1alt8t11wf&start\\_tab0=120](http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vhghopvhndza?ctx=vh1alt8t11wf&start_tab0=120) en 'EU stopt met geheimhouding van terreurlijsten' EuropaNU / EU Observer 16 januari 2007, [http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vhghgpijh3wyg?ctx=vh1alt8t11wf&start\\_tab0=100](http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vhghgpijh3wyg?ctx=vh1alt8t11wf&start_tab0=100).

<sup>16</sup> Par. 4 van de Working Methods, Doc 10826/07.

<sup>17</sup> Par. 17 van de Working Methods, Doc 10826/07.

te worden gewaarborgd. Volgens het Gerecht moet dat allereerst en daadwerkelijk in het kader van de nationale procedure gebeuren. Betrokkene dient in staat te worden gesteld naar behoren zijn standpunt kenbaar te maken over de tegen hem in aanmerking genomen elementen waarop het betrokken besluit is gebaseerd, dit behoudens beperkingen op grond van de openbare veiligheid of het behoud van internationale betrekkingen.

Op communautair niveau houdt de eerbiediging van de rechten van de verdediging in, dat betrokkene zijn standpunt kenbaar kan maken ten aanzien van het bestaan van welbepaalde inlichtingen of dossier-elementen bij aanvankelijke besluiten (ligt er daadwerkelijk een beslissing voor in de zin van artikel 1 lid 4 GS 931) en over de redenen waarom de betrokkene op de litigieuze lijst moet blijven staan bij latere besluiten (r.o. 120). In beginsel hoeft de betrokkene op Europees niveau niet meer te worden gehoord over de wenselijkheid en de gegrondheid van het nationale besluit. De Raad hoeft zich in beginsel ook niet uit te laten over de regelmatigheid van de tegen de betrokkene ingeleide procedure die tot het nationale besluit heeft geleid en over de eerbiediging van de fundamentele rechten van de betrokkene door de nationale instanties (r.o. 121). Het Gerecht brengt hierin echter wel enige nuancering aan, naar gelang het besluit een rechterlijke veroordeling betreft of een andersoortig besluit van een 'bevoegde nationale instantie'.

#### *Veroordeling als basis voor het Raadsbesluit – 'erkenning' van vonnissen*

Indien een veroordeling op nationaal niveau de basis is voor het besluit van de Raad, kan in beginsel de wenselijkheid en de gegrondheid van die veroordeling niet voor de Raad worden betwist. Ook kan een dergelijk vonnis niet op Europees niveau worden aangevallen wegens onregelmatigheden in de procedure of strijd met het recht op een eerlijk proces. Volgens het Gerecht dienen deze vragen te worden voorgelegd aan de nationale rechter en zo nodig het EHRM. Er is dus sprake van een vrij absolute erkenning van het vonnis, waarbij overigens opvalt dat de procedure voor het EHRM onderdeel wordt gemaakt van het nationale systeem van rechtsbescherming.

Op deze redenering valt wel wat af te dingen. Het EHRM heeft bijvoorbeeld verschillende uitspraken gedaan over de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen, waaruit blijkt dat de erkennende instantie een zelfstandige taak heeft ten aanzien van de eerbiediging van artikel 6 EVRM. Zo heeft het EHRM in de zaak-Pelegrini gezegd dat bij de erkenning van een vonnis het erkennende land de plicht heeft zich ervan te overtuigen dat voldaan is aan de garanties van artikel 6 EVRM, met name wanneer de erkenning nadelig is voor betrokkene.<sup>18</sup> In de Drozd-zaak stelde het EHRM dat erkenning geweigerd kan worden in geval van een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces.<sup>19</sup> In beide zaken ging het om een vonnis dat afkomstig was uit een land dat zelf geen partij was bij het EVRM. Dit betekent niet dat er bij staten die partij zijn bij het EVRM, er in het geheel geen controle plaatsvindt. Dit aspect kwam o.a. aan de orde in de zaak-T.I. vs. UK,<sup>20</sup> waarin het Hof bepaalde dat internationale overeenkomsten de staten die partij zijn bij het EVRM niet kunnen ontslaan van de verplichting tot bescherming van de rechten neergelegd in het EVRM, ook niet als dit een overeenkomst betreft tussen twee staten die partij zijn bij het EVRM.

Het Gerecht besteedt in het betoog geen aandacht aan deze zelfstandige verplichting van de 'erkennende instantie' en lijkt de lat dus lager te leggen dan het EHRM. Daarbij zij aangetekend dat het hier geen wederzijdse erkenning van vonnissen in strikte zin betreft.

De Europese beslissing is wel in hoge mate gebaseerd op de nationale beslissing, maar is daar geen omzetting of uitvoering van. De nationale beslissing is voorwaarde voor de Europese beslissing en vormt tevens in belangrijke mate het bewijs van de betrokkenheid bij terrorisme van de voorgedragen persoon. Het is dan ook interessant om te kijken welke rol wederzijds vertrouwen speelt bij de samenwerking in strafzaken en specifiek bij het gebruik van in het buitenland verkregen bewijs in een gerechtelijke procedure. Bij de traditionele strafrechtelijke samenwerking (dus de samenwerking op basis van rechtshulpverdragen) is algemeen aanvaard dat degene die het bewijs gebruikt, een zelfstandige verantwoordelijkheid heeft om te controleren of bij het verzamelen ervan in overeenstemming met fundamentele rechten is gehandeld.<sup>21</sup> Wel speelt ook hier wederzijds vertrouwen in de praktijk een grote rol. Vaak wordt uitsluitend getoetst of er sprake is van een flagrante schending van het recht.<sup>22</sup> In de samenwerking tussen staten heeft dus de ontvangende staat een zekere verplichting om de rechtmatigheid van de totstandkoming of verkrijging van de gegevens te toetsen aan het EVRM. Dit geldt ook bij de wederzijdse erkenning van vonnissen.

Er is geen goede reden om aan te nemen dat in de samenwerking tussen Raad en lidstaten deze verplichting niet zou gelden. Immers: op grond van artikel 6 EU-Verdrag is de Raad gehouden het EVRM na te leven. De Raad zal ons inziens dus minst genomen moeten beoordelen of er bij de totstandkoming van het nationale besluit sprake is van een flagrante schending van het EVRM. Echter, indien de betrokkene op nationaal niveau niet in beroep is gegaan tegen een besluit terwijl hij wel die mogelijkheid had, zal de Raad in het algemeen mogen uitgaan van de juistheid van de beslissing, naar inhoud en totstandkoming.<sup>23</sup> Ook binnen het door ons voorgestane model bestaat dus slechts een beperkte verplichting voor de Raad om het nationale besluit te toetsen. Wel heeft de Raad nadrukkelijk een zelfstandige verplichting om het EVRM te respecteren – ook als het gaat om de 'erkenning' van nationale vonnissen.

#### *Overige beslissingen van een bevoegde instantie – loyale samenwerking*

Het Gerecht kiest dus voor een vorm van 'erkenning' van nationale besluiten als er sprake is van een veroordelend vonnis. Gecomplieerder ligt het wanneer het Raadsbesluit is gebaseerd op een beslissing van een nationale instantie tot het instellen van een onderzoek of een vervolging. Een dergelijk besluit moet zijn gebaseerd op 'bewijzen of serieuze en geloofwaardige aanwijzingen'. Ook hier dient de

<sup>18</sup> EHRM 20 juli 2001, zaak 30882/96, Pellegrini t. Italië. Van Hoek en Luchtman, 'The European Convention on Human Rights and Transnational Cooperation in Criminal Matters', in: A. van Hoek e.a. (red.) *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Intersentia, 2006, p. 38.

<sup>19</sup> EHRM 26 juni 1996, Series A Vol. 240, Drozd en Janousek t. Frankrijk en Spanje.

<sup>20</sup> Court (third Section), Admissibility decision, 7 March 2000, RJD 2000-III.

<sup>21</sup> J. Koers, *Nederland als verzoekende staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken. Achtergronden, grenzen en mogelijkheden*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2001, pp. 458-480.

<sup>22</sup> Net als in de Drozd-zaak, maar anders dan in de Pelegrini-zaak.

<sup>23</sup> Ook Van Hoek en Luchtman, 'The European Convention on Human Rights and Transnational Cooperation in Criminal Matters', in: A. van Hoek e.a. (red.) *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Intersentia, 2006, p. 42-43.



rechtsbescherming primair op nationaal niveau plaats te vinden. Volgens het Gerecht hoeft de Raad de betrokkene zelfs geen gelegenheid te bieden om te reageren op de vraag of de nationale beslissing wel gebaseerd is op 'bewijzen of serieuze en geloofwaardige aanwijzingen', hoewel een dergelijke beslissing op grond van artikel 1, lid 4 GS 931 een voorwaarde vormt voor opname op de lijst. Het Gerecht beroept zich hierbij op het beginsel van loyale samenwerking, dat volgens het Gerecht onderdeel uitmaakt van artikel 10 EG. Het stelt echter, dat het beginsel van de loyale samenwerking *met name* geldt in het kader van de derde pijler. Vervolgens wordt door het Gerecht uit dit beginsel de verplichting afgeleid voor de Raad om zich zoveel mogelijk te verlaten op de beoordeling door de bevoegde nationale instantie, indien dit een rechterlijke instantie is, met betrekking tot het bestaan van bewijzen en serieuze of geloofwaardige aanwijzingen alsook met betrekking tot eventuele beperkingen van de toegang tot die bewijzen en serieuze of geloofwaardige aanwijzingen (r.o. 124).

Het lijkt erop dat in toenemende mate ook buiten de directe context van het EG-Verdrag een beroep wordt gedaan op artikel 10 EG en het daarin opgenomen beginsel. In de *Pupino*-zaak werd de gemeenschapstrouw geïntroduceerd in de derde pijler als het beginsel van loyale samenwerking. Het beginsel werd daar gezien als basis voor de plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie, waarbij nationaal recht in lijn met een specifiek kaderbesluit uitgelegd dient te worden.<sup>24</sup> Artikel 10 speelt ook een rol in andere uitspraken van het Hof met betrekking tot de plaatsing op lijsten van personen, groepen en entiteiten die betrokken zijn bij terroristische daden, waardoor zij voorwerp worden van maatregelen.<sup>25</sup> In deze arresten wordt artikel 10 EG zo uitgelegd dat de lidstaten passende maatregelen dienen te nemen om de nakoming van de voor hen uit het recht van de Europese Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Dit kan ook inhouden dat lidstaten onderling moeten samenwerken en elkaars beslissingen moeten respecteren.

Het is opvallend dat het Gerecht hier de toepasselijkheid van de loyale samenwerking binnen de derde pijler aanvoert, nu deze zaak geen deel uitmaakt van de derde pijler en een verwijzing daarnaar juist aanleiding geeft tot verwarring. Uit de toepassing van het beginsel in onderhavige zaak blijkt ook de wederkerigheid van het beginsel van loyale samenwerking zoals we dat al kenden van de gemeenschapstrouw.

Het beginsel wordt hier immers gebruikt om een vorm van erkenning te bewerkstelligen van nationale beslissingen op Europees niveau. Het Gerecht nuanceert dit enigszins door te verklaren dat de Raad zich zoveel mogelijk moet verlaten op de beoordeling van de nationale instantie, althans wanneer dit een rechterlijke instantie betreft, maar licht deze twee nadere beperkingen niet verder toe. Loyale samenwerking lijkt daarmee minder 'hard' dan wederzijdse erkenning. Dit lijkt logisch omdat immers in geval van een veroordeling de beschuldiging van betrokkenheid bij terrorisme al voorwerp is geweest van een rechterlijke toetsing, wat niet per se het geval is bij andere nationale besluiten. Het is echter de vraag of voor deze 'overige beslissingen' ook deze zachte vorm van erkenning niet te ver gaat. In dat kader is van belang om wat voor beslissingen het eigenlijk gaat.

#### Overige voorgelegde feiten versus overige beslissingen

De bovenstaande 'erkenningsregels' gelden niet voor informatie of bewijselementen die niet door een bevoegde nationale instantie zijn beoordeeld. Dergelijke informatie heeft te gelden als nieuwe elementen ten laste, die in beginsel aan de betrokkene moeten worden

meegedeeld en waarover de betrokkene op communautair niveau moet worden gehoord (behoudens voorbeholden op grond van bijvoorbeeld de openbare veiligheid). Waar de ene categorie (van erkendbare beslissingen) eindigt en de andere (van nieuwe feiten) begint, is echter niet goed uit het arrest op te maken. Het gemeenschappelijk standpunt biedt hierover geen volledige duidelijkheid. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming zijn een aantal aspecten van belang die zowel betrekking hebben op de soort instantie als op het type besluit. Betreft het een onafhankelijke en onpartijdige instantie waarbij het recht van verdediging is gewaarborgd? Is er sprake van adequate rechtsbescherming tegen de beslissing? En bevat de beslissing een oordeel over de gegrondheid van de beschuldigingen?

Op grond van artikel 1 lid 4 GS 931 kan de beslissing afkomstig zijn van een rechter of van 'een aan een rechterlijke instantie gelijkwaardige op dat terrein bevoegde instantie'. Wanneer sprake is van gelijkwaardigheid wordt niet verder ingevuld. Een indicatie kan echter worden ontleend aan de omschrijving van de soorten beslissingen waarop gedoeld wordt, namelijk de beslissingen tot het inleiden van een onderzoek of vervolging. Hierbij lijkt dus te zijn gedacht aan het Openbaar Ministerie of de (in andere landen bekende) onderzoeksrechter. 'Erkenning' van dit soort beslissingen is echter ons inziens niet aan de orde. Zo er nationaal al rechtsbescherming open staat tegen dergelijke beslissingen, leidt zo'n rechtsgang meestal niet tot een (eind)oordeel over de gegrondheid van de beschuldigingen. In dit stadium is immers nog slechts sprake van een *verdenking* van betrokkenheid bij terrorisme.

GS 931 legt zo op het oog een minimumnorm op met betrekking tot de ernst van de verdenking door te eisen dat er 'serieuze en geloofwaardige aanwijzingen' moeten bestaan. Het Gerecht verplaatst de toetsing van de zwaarte van de verdenking echter geheel naar nationaal niveau en lijkt daarmee de uniforme standaard los te laten. Wij vinden dit onwenselijk. Indien de beslissing niet afkomstig is van een gerechtelijke instantie zal de Raad naar onze mening zelfstandig moeten beoordelen of de tegen een persoon of organisatie ingebrachte bezwaren ernstig genoeg zijn om Europese sancties tegen die persoon of organisatie te rechtvaardigen. Daarbij mag er in beginsel wel van worden uitgegaan dat de lidstaten hun eigen normen over de noodzaak van een redelijke verdenking naleven bij het openen van een onderzoek of vervolging. Maar de nationale standaard voor het openen van een (gerechtelijk) vooronderzoek kan lager liggen dan de Europese standaard voor het treffen van maatregelen. Voor het overbruggen van dat verschil kan geen beroep worden gedaan op wederzijdse erkenning of loyale samenwerking, maar zal de Raad zich nadrukkelijk moeten laten informeren over de zwaarte van de verdenking in het concrete geval. Voor zover hierbij gegevens worden ingebracht die geen deel uitmaken van de nationale procedure, gelden deze als nieuwe feiten die aan de betrokkene moeten

<sup>24</sup> HvJ EG C-103/03, 16 juni 2005, *Pupino*. Zie hierover F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink, 'Europese integratie door de rechter: Kaderbesluitconforme interpretatie', *DD* 2005, 75, p. 1072. G. Corstens, 'Eerste 'Straf-arrest' van het Hof van Justitie EG over een kaderbesluit', *NTER*, 2006, 1/2.

<sup>25</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG C-355/04 P, van 27 februari 2007, *Segi*, met name r.o. 52, HvJ EG C-354/04 P, van 27 februari 2007, *Amnistia*, met name r.o. 52. In HvJ EG T-306/01 van 21 september 2005, *Yusuf*, wordt in r.o. 274 ook verwezen naar artikel 10.

worden medegedeeld en waarover deze zich moet kunnen uitspreken (voor zover deze mededeling niet strijdig is met de openbare veiligheid of andere gelijkwaardige belangen, uiteraard).

### Toetsing door de Europese rechter

Het Gerecht stelt dat zijn toetsing met betrekking tot de rechtmatigheid van het Raadsbesluit zich uitstrekt tot de beoordeling van de ter rechtvaardiging van dat besluit aangevoerde feiten en omstandigheden, alsmede van de bewijselementen en informatie waarop die beoordeling is gebaseerd (r.o. 154). Daarnaast waakt het Gerecht over de eerbiediging van de rechten van de verdediging en de motiveringsplicht. Met name kan het Gerecht beoordelen of de Raad en de lidstaten terecht een beroep hebben gedaan op dwingende overwegingen ter rechtvaardiging van beperkingen met betrekking tot de rechten van de verdediging en/of de motiveringsplicht. Deze laatste toets is cruciaal, omdat in een eerder stadium de rechten van betrokkene vaak zullen afstuiten op zwaarwegende belangen als de effectiviteit van de maatregel (verrassingseffect) en de nationale of Europese veiligheid (geheimhouding van onderliggende stukken). Het Gerecht eist dan ook toegang tot de door de Raad gebruikte bewijselementen en informatie. Op dit element van de beslissing wordt hieronder nader ingegaan.

### Openbaarheid van stukken en de rechten van de verdediging

Een tweede onderwerp waar we nader op in willen gaan, is de openbaarheid van stukken. Het betreft hier stukken die worden uitgewisseld tussen de lidstaten en de Raad ter voorbereiding van Europese besluitvorming. Op deze stukken is de Europese regeling inzake openbaarheid van overheidsdocumenten van toepassing (de Euro-wob). Jose Maria Sison heeft op deze regeling een beroep gedaan in een poging om inzage te krijgen in zijn dossier. Dit beroep is zowel in eerste instantie als in hoger beroep afgewezen.<sup>26</sup> Een belangrijke reden hiervoor was dat de Eurowob een algemene regeling is inzake de toegang van het publiek tot onder de instellingen berustende documenten. De regeling is niet geschreven om de rechten van verdediging te waarborgen. In de hier besproken zaak – en in de procedure van Sison tegen zijn plaatsing op de lijst<sup>27</sup> – staat de toegang tot de stukken in het teken van het recht van verdediging. In de voorliggende uitspraak acht het Gerecht de Raad gehouden de *nationale* beslissing over het al dan niet openbaar maken van de inhoud van de stukken en de herkomst daarvan te respecteren. De lidstaat houdt dus zeggenschap over de toegang tot de van hem afkomstige stukken alsmede over het openbaar maken van het bestaan daarvan. In het onderstaande zal worden nagegaan of een dergelijk 'respect' past in de regeling van de Eurowob respectievelijk aansluit op het systeem van gegevensuitwisseling in strafzaken.

### De Eurowob

Op Europees niveau is een aparte regeling getroffen voor toegang tot documenten, namelijk Vo. 1049/2001 (de zogenoemde Euro-wob).<sup>28</sup> De Eurowob heeft betrekking op alle documenten die in het bezit zijn van een Europese instelling. Dat betekent dat op basis van de Eurowob eventueel ook toegang kan worden verschaft tot documenten die afkomstig zijn van de lidstaten.<sup>29</sup> De gronden om toegang te weigeren, zijn neergelegd in leden 1 en 2 van artikel 4 van de verordening. Deze betreffen met name het publieke belang en de publieke veiligheid, militaire aangelegenheden, internationale relaties etc. Op grond van artikel 4 lid 5 kan een lidstaat de instelling verzoeken, een van deze lidstaat afkomstig document niet zonder zijn voorafgaande

toestemming openbaar te maken. Deze bepaling wordt zo uitgelegd dat de lidstaat een ongeclausuleerd vetorecht heeft met betrekking tot toegang tot zijn stukken via de EU-instellingen. Als dit veto wordt uitgeoefend, kan de burger alleen in de betreffende lidstaat terecht om alsnog toegang te verkrijgen. Hoewel het dus mogelijk is om van de lidstaat afkomstige stukken op te vragen bij de instellingen (mits deze de stukken nog onder zich hebben), houden de lidstaten volledige zeggenschap over het verlenen van toegang tot deze stukken. Hiermee wordt het verschil in toegankelijkheid van overheidsdocumenten tussen de diverse lidstaten in stand gehouden – ook met betrekking tot Europese onderwerpen.

De leverancier van de stukken houdt dus – althans in eerste instantie – zeggenschap over de toegang tot de stukken. Voor gevoelige documenten geldt dat deze uitsluitend na instemming van de oorspronkelijke verstrekker in het register worden vermeld of vrijgegeven (artikel 9, lid 3). Dus ook het bestaan en de herkomst van deze stukken kan zich aan de waarneming van het publiek onttrekken. Dit laatste maakt het onmogelijk voor de burger om het verzoek om openbaarmaking dan maar in te dienen bij de staat van herkomst van de stukken. Deze beperking op de openbaarheid wordt echter volgens het Gerecht gerechtvaardigd door het speciale karakter van de betreffende documenten.<sup>30</sup> Gevoelige documenten zijn namelijk documenten die ter bescherming van wezenlijke belangen van de EU of de lidstaten – en dan met name belangen op het terrein van de openbare veiligheid, defensie en militaire aangelegenheden – door de opsteller zijn aangemerkt als geheim of vertrouwelijk. Veel van de stukken die in het kader van de terrorismelijst worden overgelegd, zullen voldoen aan deze omschrijving.

Een andere uitzondering is neergelegd in artikel 4 lid 4 met betrekking tot informatie afkomstig van derde landen. Hiervoor geldt een iets milder regime, aangezien de instelling van de EU dit derde land zal consulteren of er sprake is van een reden om de toegang te weigeren zoals neergelegd in lid 1 en lid 2. Wanneer echter vooraf al volkomen duidelijk is of toegang al dan niet gegeven kan worden, kan deze consultatie achterwege blijven. Dat het hier gaat om een discretionaire bevoegdheid van de instelling, blijkt ook uit de Tierschutz-zaak.<sup>31</sup>

Een toepassing van de bepalingen in Vo. 1049/2001 met betrekking tot plaatsing op de lijst is, zoals gezegd, de zaak-Sison.<sup>32</sup> Sison had een beroep gedaan op Vo. 1049/2001 om inzicht te krijgen in de reden van zijn vermelding op de lijst. Het voordeel van een beroep op de Eurowob is, dat deze regeling ook van toepassing is op stukken die betrekking hebben op de tweede en derde pijler (artikel 2 lid 3

<sup>26</sup> GvEA 26 april 2005, gevoegde zaken T-110/03, T-150/03 en T-405/03, Jur. 2005, p. II-1429 en HvJ EG 1 februari 2007, C-266/05 P, n.n.g. Zie hierover O.W. Brouwer, Beperkt rechterlijk toezicht op toepassing Europese WOB: Sison/Raad van de Europese Unie, *NTER* 10, 2007, p. 215 e.v.

<sup>27</sup> GvEA 11 juli 2007, T-47/03 n.n.g.

<sup>28</sup> Voor meer algemene beschouwingen over toegang tot documenten onder de Euro-WOB zie bijvoorbeeld D. Chalmers et al., *European Union law*, Cambridge University Press 2006, p. 317 e.v.

<sup>29</sup> T. Duijkersloot, *Access to Documents in A Multilevel Setting*, in A. van Hoek e.a. (red.) *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Intersentia, 2006, p. 141.

<sup>30</sup> T-110/03 ov. 103.

<sup>31</sup> GvEA, 30 november 2004, T-168/02. Jur. 2004, p. II-4135.

<sup>32</sup> T-110/03 en C-266/05 P, zie noot 26.

Vo.). Dus ook het oorspronkelijke plaatsingsbesluit komt daarmee in beeld. Een nadeel is echter, zoals ook uit bovengenoemde uitspraken in de zaak-Sison is gebleken, dat de Eurowob ziet op toegang van het algemene publiek tot overheidsdocumenten. De regeling is niet ingericht om de belangen van individueel getroffen burgers te beschermen.<sup>33</sup> In de zaak-Sison was volgens zowel het Gerecht van Eerste Aanleg als het Hof van Justitie toegang terecht geweigerd met een vrij summier gemotiveerd beroep op het algemeen belang (openbare veiligheid). Het Gerecht heeft daarbij benadrukt dat samenwerkende staten er juist in het kader van de strijd tegen terrorisme op moeten kunnen vertrouwen, dat het vertrouwelijke karakter van de overgelegde documenten wordt gerespecteerd. Ook hieruit blijkt dus dat in beginsel de lidstaat waarvan de documenten afkomstig zijn, zeggenschap houdt over de toegang van het publiek tot 'zijn' stukken.

#### *Vertrouwelijkheid in het strafrecht*

In het kader van de strafrechtelijke samenwerking geldt eveneens dat degene die de informatie verschaft, in beginsel aan kan geven of die informatie bekend mag worden of niet. Wel heeft de verzoekende staat daarbij een eigen verantwoordelijkheid inzake het voorkomen en vaststellen van schending van fundamentele rechten zoals onder andere zijn neergelegd in het EVRM. Daarbij wordt doorgaans een onderscheid gemaakt tussen informatie die verkregen is tijdens een onderzoek en informatie welke wordt gebruikt als bewijs. Wanneer informatie als bewijs wordt gebruikt, is de onderzoeksplicht voor staten strikter. Echter voor een succesvolle claim voor onrechtmatig verkregen bewijs zal het noodzakelijk zijn vast te stellen dat tijdens het opsporingsonderzoek fundamentele rechten zijn geschonden.<sup>34</sup> Betrokkene dient dan wel toegang te hebben tot de bron van de informatie. Omdat daarbij de nationale regeling van de verstreckende staat bepalend is, kan dit tot problemen leiden wanneer de regels van het verzoekende land de openbaarheid van de informatiebronnen verlangen, terwijl dat niet is toegestaan in het verstreckende land.<sup>35</sup> Dus de zeggenschap van de verstreckende staat over gegevens kan openbaarheid, en dus uitoefening van de rechten van verdediging, in de weg staan. In die zin is het vetorecht binnen de Eurowob vergelijkbaar met de traditionele strafrechtelijke samenwerking.

#### *Omvang van het beroep op openbare veiligheid*

In de onderhavige zaak zoekt het Gerecht aansluiting bij artikel 30 lid 2 van Richtlijn 2004/38 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden. Deze bepaling bevat de regel dat redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid die ten grondslag liggen aan een besluit waarbij de vrijheid van verkeer voor betrokkene wordt beperkt, aan betrokkene moeten worden medegedeeld, tenzij redenen van staatsveiligheid zich daartegen verzetten.<sup>36</sup> In eerste instantie lijkt het Gerecht te stellen dat deze beperking vooral toepassing zal vinden om inzage te weigeren in de 'bewijzen of serieuze en geloofwaardige aanwijzingen' waarop de nationale beslissing tot inleiding van een onderzoek of een vervolging is gebaseerd, zoals zij ter kennis van de Raad kunnen zijn gebracht. Maar vervolgens breidt het Gerecht de mogelijke toepassing van deze beperkingen toch uit naar de precieze inhoud of de bijzondere motivering van de nationale beslissingen, en zelfs naar de identiteit van de instantie waarvan het besluit afkomstig is. Nog verder gaat het Gerecht wanneer het stelt dat 'het zelfs mogelijk is dat in een aantal zeer bijzondere omstandigheden de identificatie van de lidstaat of het derde land waar een bevoegde instantie ten aanzien van een per-

soon een beslissing heeft genomen, de openbare veiligheid kan schaden [...]'.<sup>37</sup> Het wordt in een dergelijke situatie wel erg lastig voor de betrokkene om gebruik te maken van de rechten van verdediging en het recht van beroep.

#### *Vertrouwelijkheid en effectieve rechtsbescherming*

Dit wordt maar ten dele gecompenseerd doordat het Gerecht in het kader van een nietigheidsberoep wel inzage zou moeten krijgen in de onderliggende stukken. Overigens laat het Gerecht zich niet in detail uit over de vraag hoe deze toegang moet worden geregeld. Moet de informatie waarvan wordt gesteld dat zij vertrouwelijk is, zowel aan de verzoeker en/of zijn advocaten worden meegedeeld of is een dergelijke inzage enkel aan het Gerecht voorbehouden? En hoe ziet een dergelijke speciale procedure er dan uit? De uitspraken inzake MKO en Sison<sup>38</sup> laten zien dat diverse lidstaten hiervoor procedures in het leven hebben geroepen. Maar dit lost het Europese probleem niet op. Ook de hernieuwde procedure voor plaatsing op en herziening van de lijst zegt hier niets over. Zoals gezien, laat deze het probleem van geheimhouding en vertrouwelijkheid zelfs geheel ongeregeld. Het is dus een open vraag hoe in volgende uitspraken met dit punt zal worden omgegaan. Het lijkt waarschijnlijk dat het Gerecht opnieuw besluiten zal vernietigen als niet duidelijk is waarop deze zijn gebaseerd, ongeacht een beroep van de lidstaten en de Raad op de openbare veiligheid. Het risico voor het ontbreken van een regeling terzake ligt immers bij de Raad en de lidstaten, niet bij de betrokken burger.

#### *Ten slotte*

Het lijkt inmiddels breed aanvaard dat in het kader van de bestrijding van terrorisme een beperking van bepaalde fundamentele rechten is toegestaan. Dat blijkt ook uit de onderhavige zaak. Het is echter wel noodzaak om het juiste evenwicht tussen deze strijd en de fundamentele rechten te bewaken. Gelukkig is het Gerecht – in ieder geval op een aantal punten – bereid bij te dragen aan dit evenwicht. Dit is extra van belang nu er juist op Europees niveau belangrijke beslissingen

<sup>33</sup> Zie C-266/05 P ov. 43-48 en T-110/03, ov. 50 e.v.

<sup>34</sup> Van Hoek en Luchtman, 'The European Convention on Human rights and Transnational Cooperation in Criminal Matters', in: A. van Hoek e.a. (red.) *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Intersentia, 2006, p. 48.

<sup>35</sup> Dit was bijvoorbeeld het geval in de JIT-zaak waar de regels van het VK verboden om de bron van bepaald bewijs vrij te geven, terwijl o.g.v. Nederlandse wetgeving deze bron vrijgegeven moest worden om te kunnen beoordelen of er voldoende aanwijzingen waren voor het starten van het strafrechtelijk onderzoek. Zie hierover o.a., C. Rijken, *Joint Investigation Teams, Een nieuw instrument voor de grensoverschrijdende samenwerking in strafzaken*, DD 2007, 4, E. De Busser, *Judicial Cooperation in Criminal Matters: Mutual Legal Assistance*, in: C. Rijken en G. Vermeulen, *Joint Investigation Teams in the European Union, From Theory to Practice*, T.M.C. Asser Press, 2006, pp. 149-156.

<sup>36</sup> Zie r.o. 149.

<sup>37</sup> Zie r.o. 136.

<sup>38</sup> In de Sison-zaak was er sprake van een besluit van de Staatssecretaris van Justitie waartegen beroep was ingesteld bij de Raad van State. Bij die gelegenheid had de RvSt inzage gekregen in de vertrouwelijke stukken die aan het overheidsbesluit ten grondslag lagen: zie GvEA 11 juli 2007, T-47/03, r.o. 48.



op dit terrein worden genomen. De praktische waarde van de uitspraak hangt echter sterk af van de vraag hoe de Europese rechters in de toekomst om zullen gaan met verweren op grond van de openbare veiligheid. Los daarvan maken de beperkingen in de toegang tot documenten zoals hierboven uiteengezet, gecombineerd met de beperkte bevoegdheid van de Raad om zelfstandig onderzoek uit te voeren naar de aangeleverde informatie, het voor betrokkene wel erg lastig om gebruik te maken van zijn rechten van verdediging. Niet alleen de betrokkene maar ook de Raad moeten vertrouwen op een goede rechtspleging in de lidstaten bij de totstandkoming van een besluit. Nog lastiger is het wanneer informatie afkomstig is van een derde land en deze heeft aangegeven dat die niet mag worden bekendgemaakt. In dergelijke gevallen zou het Gerecht zich bevoegd moeten achten om zelfstandig onderzoek te verrichten naar de totstandkoming van zowel het nationale als het Europese besluit. Het is aannemelijk dat hij dat ook zal doen in voorkomende gevallen.

Intussen is voor Nederlandse advocaten alertheid geboden in nationale procedures waarin direct of indirect de betrokkenheid bij terrorisme aan de orde is. Het kan daarbij gaan om veroordelingen wegens terrorisme, maar ook om bijvoorbeeld besluiten in vreemdelingenzaken waarin de vluchtelingenstatus wordt geweigerd wegens betrokkenheid bij strafbare feiten.<sup>39</sup> Dergelijke besluiten kunnen immers de basis vormen voor maatregelen op Europees niveau. Het is dan ook van het grootste belang dat in alle gevallen beroep wordt aangetekend tegen het onderdeel van een gerechtelijke uitspraak waarin betrokkenheid bij terrorisme wordt vastgesteld. Immers, als berust wordt in de nationale procedure, is dit oordeel in feite onaanvaardbaar op Europees niveau.

Tot slot is vermeldenswaard dat ondanks deze uitspraak de vermelding van de Mujahedin-e Khalq Organisations op de lijst is gehandhaafd. De reden daarvan is gelegen in het feit dat het Gerecht niet het besluit ter actualisering van de lijst van de Raad van 29 mei 2006 heeft nietig verklaard, terwijl de MKO daartoe wel had verzocht. Voorts is de Raad van mening dat het met de aanpassing van de procedure – waarbij er een notificatie is verstuurd aan betrokken personen en organisaties met daarin een uiteenzetting van de redenen voor het besluit – de tekortkomingen in de besluitvorming heeft gerepareerd. De Raad zou derhalve niet verplicht zijn om MKO te verwijderen van de lijst.<sup>40</sup> MKO bestrijdt deze visie en heeft inmiddels een nieuwe procedure ahangig gemaakt waarin (onder andere) geklaagd wordt over niet-nakoming van de hier besproken uitspraak. In die procedure vecht MKO niet alleen de (gehandhaafde) plaatsing op de lijst aan maar vordert tevens een schadevergoeding van ruim 1 miljoen euro.<sup>41</sup> Het is wel duidelijk dat de terrorismelijsten zowel de Europese rechters als de annotatoren, in ieder geval in de nabije toekomst, bezig zullen blijven houden.

<sup>39</sup> Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak-Sison, GvEA 11 juli 2007, zaak T-47/03, r.o. 46 e.v.

<sup>40</sup> Zie 'Iraanse politieke partij vecht plaatsing op EU-terreurlijst aan'. EuropaNu / EU Observer 10 mei 2007. [http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vhklxepc1my7?ctx=vh1alt8tl1wf&start\\_tab0=60](http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vhklxepc1my7?ctx=vh1alt8tl1wf&start_tab0=60).

<sup>41</sup> Zaak T-157/07.