

Een analyse van het arrest ZZ (HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11) en de moeizame verhouding tussen geheime procesvoering en het recht op een eerlijk proces

Mr. R. de Bree*

In juni 2013 wees het Hof van Justitie een arrest naar aanleiding van een grotendeels geheime procedure op gronden van staatsveiligheid over de vraag hoe zo'n procedure zich verhoudt tot fundamentele beginselen van een eerlijke procesvoering, zoals onder meer terug te vinden in het Handvest van de grondrechten. De casus ziet op de toelating tot een lidstaat en ligt zodoende in de sfeer van het vreemdelingenrecht.

Het dilemma waar het Hof van Justitie voor stond, betreft een vaker gezien beslispunt waarvan de kern lijkt neer te komen op een *'balancing act'*, waarbij twee fundamentele beginselen worden afgewogen; dat van bescherming van de staatsveiligheid (of andere gegronde redenen voor een deels min of meer geheime procesvoering) tegen het recht op een eerlijke (en daarmee openbare) procedure. Zo bezien kan de uitspraak die hier besproken wordt wel eens bredere gevolgen hebben, ook voor onze rechtsorde. Dit artikel zoekt naar die mogelijke gevolgen.

HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11, ZZ, n.n.g.

Feitelijk kader

In het kader van een Engelse procedure omtrent een toegangsweigering tot het Verenigd Koninkrijk stelde de appèlrechter (*Court of Appeal*) prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.¹

De achtergrond van de zaak valt als volgt samen te vatten.² ZZ, een onderdaan met Franse en Algerijnse nationaliteit, was sinds 1990 gehuwd met een onderdaan van het Verenigd Koninkrijk. Hij had met haar kinderen en verbleef legaal in het Verenigd Koninkrijk, waar hij in 2004 een recht op duurzaam verblijf verkreeg.

Dat recht werd in 2005 ingetrokken (zonder enig recht van beroep) en vervolgens werd hem een jaar later de toegang tot het Verenigd Koninkrijk geweigerd (hij was al eerder uit het Verenigd Koninkrijk afgereisd naar Algerije en werd dus vervolgens niet meer toegelaten). Die toegangsweigering is het voorwerp van het dispuut in de nationale procedure.

De Engelse procedure voorziet erin dat ZZ in beroep kon komen tegen het weigeringsbesluit. Dit geschiedt bij de Special Immigrations Appeals Commission, de SIAC. Daar had ZZ advocaten van eigen keuze, door het Hof van Justitie in de prejudiciële uitspraak aangeduid als 'persoonlijke raadslieden'.³ Belangrijker was evenwel dat hij ook voorzien werd van twee 'speciale raadslieden'. Die werden aangesteld door de overheid, (meer in het bijzonder door de Secretary of State). De Secretary of State, verzette zich in de beroepsprocedure tegen bekendmaking van gegevens waarop het bestreden besluit rustte. De Engelse overheid derhalve wenste die gegevens niet te openbaren aan ZZ. De SIAC (en wet- en regelgeving waarop die gestoeld is) kent voor die situatie een speciale procedure.

Die procedure komt er in de kern genomen op neer dat een geheime kamer wordt ingericht.⁴ In die procedure

333

* Mr. R. (Robbert) de Bree is advocaat bij Wladimiroff Advocaten te Den Haag.

1. ZZ and Secretary of State for the Home Department [2011] EWCA Civ 440 (<www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2011/440.html>).

2. HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11, ZZ/*Secretary of State for the Home Department*, n.n.g. (hierna ook: ZZ), punten 22 e.v.

3. ZZ, punt 25.

4. ZZ, punten 27-30.

vertegenwoordigen speciale raadslieden de betrokkene. Die raadslieden mogen in eerste instantie vrijelijk instructies van de betrokkene ontvangen, maar worden vervolgens nadat het vertrouwelijke materiaal door de overheid aan hen is verstrekt op de meeste punten onthouden van effectief overleg, alsook de mogelijkheid instructies te nemen, vis-à-vis de betrokkene. Ze mogen zich bijvoorbeeld alleen met hem onderhouden op basis van het openbare deel van het dossier, behoudens permissie van de SIAC tot verdergaand overleg. In ZZ's geval bevatte dat openbare dossierdeel hoegenaamd geen informatie die tot constructief overleg kon leiden.

De raadslieden fungeren derhalve tot op zekere (lees: grote) hoogte los van de betrokkene. Zo ook in het geval van ZZ. Zij vertegenwoordigden hem in de geheime procedure bij de SIAC, een procedure die geheel achter gesloten deuren plaatsvindt.

In die procedure werd besloten in hoeverre het verzet van de Secretary of State, strekkend tot geheimhouding, gehonoreerd moest worden.

Daarna vond het proces op het eigenlijke beroep plaats. Dat had, ingevolge de SIAC-procedure, een tweeledig karakter. Deels was het openbaar, met ZZ en zijn persoonlijke raadslieden aanwezig. Deels was het achter gesloten deuren, met alleen ZZ's speciale raadslieden.

De tweeledigheid vond ook zijn weg naar de uitspraak, met een openbaar en een vertrouwelijk vonnis. Het openbare vonnis bevat, zelfs naar eigen vaststelling van de SIAC, weinig gegevens tegen ZZ en deze gegevens betroffen niet de kernvragen.⁵ Het bevat wel enige elementen die de gedachte kunnen doen postvatten dat de weigering tot toelating door de Engelse overheid verband houdt met verdenkingen terzake van terroristische activiteiten. Zo meldt het vonnis dat de SIAC overtuigd is van ZZ's betrokkenheid in 1995 en 1996 bij terroristische activiteiten en enige andere gegevens over een connectie met een als extremist bekend staande persoon, een relatie tot een bepaalde hoeveelheid wapens en munitie e.d.

Wat daar van zij, het openbare vonnis maakt klip en klaar dat de SIAC

'om redenen die enkel in het vertrouwelijk vonnis zijn toegelicht, de overtuiging [heeft] gekregen dat het persoonlijke gedrag van ZZ een reële, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die een wezenlijk belang van de samenleving aantast, namelijk de openbare veiligheid, en dat dit belang zwaarder weegt dan het recht van [ZZ]

op een *family life* in het Verenigd Koninkrijk.⁶

Op geen enkel moment heeft ZZ daarbij het vertrouwelijk vonnis op wat er in die procedure is gepasseerd gekend of kunnen kennen.

ZZ is (met verlof) in hoger beroep gekomen tegen dit vonnis. Het Court of Appeal, dat het hoger beroep behandelt, heeft het Hof van Justitie de vraag voorge-

legd in hoeverre een beslissing als die zojuist besproken is, en die geplaatst moet worden tegen de achtergrond van het toepasselijke Europese recht – in mijn parafraze – door de beugel van de Europeesrechtelijke rechtsbescherming kan indien de betrokkene niet in kennis wordt gesteld van de essentie van de tegen hem in aanmerking genomen bezwaren.⁷ Meer in het bijzonder heeft de Engelse verwijzende rechter gevraagd wat daarbij de betekenis is van het onderzoek door de bevoegde nationale autoriteiten en rechterlijke instanties indien die na onderzoek tot de conclusie komen dat redenen van staatsveiligheid zich tegen bekendmaking van de bedoelde essentialia verzetten.⁸

Conclusie advocaat-generaal Bot

Advocaat-generaal Bot presenteerde het Hof van Justitie in zijn analyse een opmaat die veel doet denken aan de bekende tonen uit Tsjajkovski's ouverture 1812 en waar de toehoorder de Russische en de Franse troepen zich tegenover elkaar hoort plaatsnemen. Bot begint met:

'Wanneer het gaat om de beoordeling van situaties als die welke in het kader van de onderhavige zaak aan de orde wordt gesteld, kan de bijzondere aard van een criminele activiteit als het terrorisme alsmede van de strijd tegen deze plaag niet buiten beschouwing blijven.'⁹

Hij vervolgt op diezelfde voet en zet er vervolgens de waarborgen van de rechtstaat tegenover. Zijn analyse kan worden samengevat in de opmerkingen dat het

'in een democratische samenleving (...) strikt noodzakelijk [is] dat zelfs degenen die de rechtstaat bestrijden kunnen profiteren van de waarborgen ervan, ten einde de absolute voorrang van de waarden van de democratie te verzekeren. Dit mag echter niet leiden tot een soort zelfmoord van de democratie zelf.'¹⁰

Er staat veel meer in de conclusie van advocaat-generaal Bot maar de geciteerde opmerkingen leiden hem uiteindelijk tot de conclusie dat het EU-recht *in casu* aldus

'moet worden uitgelegd dat een lidstaat zich in buitengewone gevallen, die naar behoren moeten worden gerechtvaardigd door de noodzaak de staatsveiligheid te waarborgen, onder toezicht van de nationale rechter, ertegen kan verzetten dat aan een burger van de Unie de reden van openbare veiligheid van een besluit tot zijn verwijdering worden medegedeeld,

5. ZZ/Secretary of State for the Home Department [2008] UKSIAC 63/2007 (<www.bailii.org/uk/cases/SIAC/2008/63_2007.html>).

6. ZZ, punt 32.

7. D.i. Richtlijn 2004/38/EG.

8. ZZ, punt 34.

9. Conclusie van A-G Bot, 12 september 2012, punt 35.

10. Conclusie, punt 43.

hetzij tot in alle bijzonderheden hetzij in de vorm van een samenvatting.¹¹

Daarbij moet de aantasting van de verdedigingsrechten alsook het recht op een doeltreffende rechterlijke bescherming, aldus de advocaat-generaal, worden gecompenseerd door passende procedurele voorzieningen die een faire procedure borgen.¹²

Bot komt tot die conclusie nadat hij verschillende Unierechterlijke regelingen tegen elkaar afgewogen heeft. Het gaat enerzijds om de al genoemde richtlijn die een basis biedt voor de weigering van openbaarmaking van stukken op grond van staatsveiligheid en anderzijds om het recht van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten (rechterlijke bescherming en openbare behandeling, rechtsbijstand). De teneur van de conclusie is dat de rechterlijke toetsing cruciaal is en vervolgens dat het nationale recht een *'balancing act'* moet incorporeren, die erop neer kan komen dat alle informatie geheim blijft.¹³

Overwegingen van het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie begint de inhoudelijke beantwoording van de voorgelegde vraag door, naast de feitelijke gang van zaken te benoemen, in te zoomen op de bepalingen uit de toepasselijke Richtlijn 2004/38/EG waarin onder meer is opgenomen dat een weigeringsbesluit kan worden genomen op basis van redenen van openbare orde of openbare veiligheid en dat die bekend moeten worden gemaakt aan de betrokkene tenzij de staatsveiligheid zich daartegen verzet. Ook biedt de richtlijn grondslag voor het aanvechten van zo'n besluit.¹⁴

Daarbij betreft het Hof van Justitie vervolgens artikel 47 van het Handvest, waarvan het Hof opmerkt dat de erin geborgde rechten groot belang hebben.¹⁵ De wezenlijke inhoud van die rechten moet worden geëerbiedigd en beperkingen van die rechten zijn alleen toelaatbaar indien ze noodzakelijk moeten worden geacht en voldoen aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang.

Dat artikel 47 van het Handvest, zo vervolgt het Hof van Justitie, vergt dat de betrokkene kennis kan nemen van de gronden van het besluit.¹⁶ In de gerechtelijke procedure vergt artikel 47 dat – kortweg – de bewijzen op tafel komen opdat de betrokkene de beslissing kan beïnvloeden.¹⁷

Een moeilijke situatie is uiteraard, zo onderkent het Hof van Justitie, die waarin redenen van staatsveiligheid nopen tot geheimhouding van juist deze bewijzen. Het Hof van Justitie geeft aan dat de oplossing voor dat probleem vooral moet worden gezocht in technieken en procedurele regels om – kortweg – de belangen te verzoenen. Dit is een kwestie die de lidstaten in hun nationale wetten moeten regelen. Daarmee is een dergelijke situatie echter niet aan de 'Unietoetsing' onttrokken. Het Hof van Justitie stelt regels waar de procedure aan moet voldoen. Vooropstaat dat een rechter zowel het onderliggende besluit als de geheimhouding daadwerkelijk toetst.¹⁸ Die geheimhouding moet noodzakelijk zijn en worden bewezen door de staat die zich erop beroept; er is geen vermoeden ten faveure van de overheid.¹⁹

De rechter moet bij dit alles een passende afweging maken tussen de kernbelangen (staatsveiligheid vs. kennisnemen van de gronden om verweer te kunnen voeren) en daarbij moet de eventuele inmenging in de uitoefening van het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming tot een minimum worden beperkt.²⁰ De essentie van de redenen van het weigeringsbesluit, zo volgt uit artikel 47 Handvest aldus het Hof van Justitie, moeten hoe dan ook aan de betrokkene worden medegedeeld.²¹ Dit geldt niet in gelijke mate, aldus het Hof van Justitie, voor 'het bewijsmateriaal dat de basis vormt voor de aan de bevoegde nationale rechter voorgelegde redenen omdat bekendmaking van dit bewijsmateriaal op rechtstreekse en bijzondere wijze de staatsveiligheid kan schaden.'²² Als dat laatste leidt tot gedeeltelijke openbaarmaking (of zoals hier: grotendeels geheimhouding) is het aan de nationale rechter de beperking van het verweer van verzoeker die daaruit voortvloeien, te beoordelen. Dergelijke beperkingen kunnen, maar dat is aan de nationale rechter, van invloed zijn op de bewijskracht van het vertrouwelijke bewijsmateriaal.²³

Analyse

Battle of principles

De vraag wat de betekenis is van het ZZ-arrest kan van verscheidene kanten worden benaderd; er zijn meerdere gezichtspunten.

Eén benaderwijze is dat het arrest, alsook de eraan voorafgaande conclusie van advocaat-generaal Bot, wel veel woorden wijdt aan zowel het belang van staatsveiligheid als aan dat van – zakelijk samengevat – de rechtsbescherming, maar dat het arrest over de afweging verder weinig duidelijk maakt. Het noemt alle belangen, maar komt toch maar met weinig factoren ter beslechting van het dilemma.

11. Conclusie, punt 81.

12. Conclusie, punt 83.

13. Conclusie, punt 115.

14. ZZ, punten 46, 47.

15. ZZ, punt 51.

16. ZZ, punt 53 met verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, waaronder bijvoorbeeld HvJ EG 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie*, Jur. 2008, p. I-06351.

17. ZZ, punt 55.

18. ZZ, punt 58.

19. ZZ, punt 61.

20. ZZ, punt 64.

21. ZZ, punt 65.

22. ZZ, punt 66.

23. ZZ, punt 67.

Een andere kijk op het arrest kan leiden tot enige teleurstelling. Weliswaar benoemen het Hof van Justitie en de advocaat-generaal verscheidene belangwekkende argumenten die strekken tot robuuste bescherming van de rechten van de betrokkene, vooral om een effectieve toetsing in rechte te verkrijgen, maar de tendens van de conclusie en het arrest is desniettemin vooral dat de bescherming van de rechtstaat in de beveiliging van de staatsveiligheid boven de individuele rechtsbescherming kan gaan.

Variabele geheimhoudingstoetsing?

Wat daar van zij, het arrest behoeft verdere kadering. De advocaat-generaal tracht die in zijn conclusie te geven. Hij maakt een vergelijking met de rechtspraak van het EHRM, onder artikelen 6, 8 en 5 lid 4 van het EVRM alsook met de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de sanctieregels (onder meer het arrest *Kadi*) en komt tot de these dat in gevallen als het voorliggende de 'toepasselijke maatstaf [kan] variëren naargelang de context'.²⁴ Uit zijn analyse komt naar voren dat hij van mening is dat de voorliggende procedurele waarborgen naar waarschijnlijkheid niet afdoende zouden zijn ingeval een 'criminal charge' aan de orde zou zijn of wanneer getoetst zou moeten worden aan artikel 5 lid 4 EVRM (*Habeus Corpus*).²⁵ Dat is een interessante gedachte die het uitzonderingskarakter van de welhaast volledig geheime procedure zou onderstrepen.

De analyse van de advocaat-generaal zou ook een verklaring kunnen bieden waarom het Gerecht in een andere context strenger lijkt te zijn. Zo zijn recent enkele belangwekkende arresten gewezen ten aanzien van de sanctieregels omtrent Iran, waarbij het Gerecht – in de kern – wegens het ontbreken van dan wel het niet fourneren van bewijs ter rechtvaardiging van de plaatsing op sanctielijsten kwam tot vernietiging van de daartoe strekkende besluiten.²⁶

Rechterlijke toetsing

Belangwekkend is het ZZ-arrest in elk geval voor de kernoverweging die erin bestaat dat hoe dan ook de essentie van de redenen strekkend tot verwijdering aan de betrokkene moet worden meegedeeld, waarbij de nationale rechter toe moet zien op het naar behoren rekening houden met de noodzakelijke vertrouwelijkheid van het bewijsmateriaal.

Voorts lijkt de praktische betekenis daarvan vooral overgebracht met de boodschap dat de lidstaten een procedure moeten inrichten die de rechten van artikel 47 Handvest, waartoe behoort hoor en wederhoor, borgt. Cruciaal daarbij is de volle rechterlijke toetsing.

Met advocaat-generaal Bot ben ik van mening dat een procedure als de voorliggende en vooral het ontbreken van toegang tot de essentie van het bewijs in *criminal charge*-zaken niet toelaatbaar zal worden geacht. Zoveel volgt ook wel uit de rechtspraak van het EHRM onder

artikel 5 EVRM.²⁷ In die rechtspraak, die overigens door de advocaat-generaal in zijn conclusie ruim behandeld wordt, wordt geconstateerd dat toepassing van artikel 5 lid 4 EVRM onder omstandigheden neer kan komen op waarborging van in wezen dezelfde rechten als die onder de *criminal charge* (van art. 6 EVRM). In dat kader heeft het EHRM toelaatbaar geacht dat het publiek belang (lees in casu: de staatsveiligheid) met zich brengen kan dat niet al het bewijs op tafel komt. Dat 'gebrek' moet vervolgens gecompenseerd worden, bijvoorbeeld doordat de verdediging getuigen kan ondervragen of anderszins haar rechten (toch) kan doen gelden. Een procedure waarin de bewaring (of verlening daarvan) of de vervolging in doorslaggevende mate zou zijn gebaseerd op 'geheim' bewijsmateriaal voldoet evenwel niet aan de vereisten van artikel 6 of 5 lid 4 EVRM. Dan is niet langer sprake van een in zijn geheel genomen eerlijke procedure.²⁸

In de Nederlandse strafrechtelijke jurisprudentie inzake de vervolging van AIVD-medewerkers kan een overeenkomstige afweging van beginselen en oplossingen op de voet van de net benoemde rechtspraak van het EHRM worden gesignaleerd. Die zaken kenmerken zich door vergelijkbare moeilijkheden aangezien – vooral – staatsgeheimen staatsgeheim moeten blijven en zodoende niet zonder meer (sterker: in beginsel niet) kunnen fungeren in het openbare strafproces. De rechtspraak laat zien dat niet al het bewijsmateriaal openbaar ter tafel komt en dat daartoe aan de verdediging compensatie moet worden geboden, bijvoorbeeld door het horen van getuigen of het in kunnen zien van andere documenten.²⁹

Maar in dit geval ging het uiteraard niet om een *criminal charge*-situatie. In zo'n 'normale' situatie vergt het EHRM niet veel meer dan het Hof van Justitie nu doet.³⁰

Betekenis voor Nederland?

De vervolgvraag is of er bijzondere betekenis aan het arrest kan worden toegekend voor onze nationale rechtspraak.

Ten onzent zijn er uiteraard vele procedures waarin de staat wederpartij is en zich beroept op geheimhouding met als reden de staatsveiligheid (of anderszins dwingende redenen van openbare orde). Dat komt in de vreemdelingenrechtspraak (in brede zin: in het migratierecht) veelvuldig voor, maar ook daarbuiten.

De afwegingen bij ons lopen, zoals bekend, over de band van artikel 8:29 Awb dat voorziet in een procedure ter beoordeling van het beroep op geheimhouding. Kortweg voorziet de bepaling erin dat een partij die een

24. Conclusie, punt 112.

25. Conclusie, punt 110.

26. Onder meer GvEA 16 september 2013, zaak, T-489/10, *IRISL/Raad*, n.n.g.

27. Bijvoorbeeld EHRM 19 februari 2009, A. e.a./VK, *EHRC* 200/50; EHRM 17 januari 2012, *Othman/VK*, *EHRC* 2012/64.

28. Bijvoorbeeld EHRM 19 februari 2009, A. e.a./VK, *EHRC* 2009/50, punten 205, 207 en 218; EHRM 7 juni 2007, nr. 15187/03, *Botmeh en Alami/VK*; EHRM 13 februari 2001, nr. 23541/94, *Garcia Alva/Duitsland*.

29. HR 29 november 2011, *NJ* 2012, 45; HR 7 juli 2009, *NJ* 2009, 528.

30. Vgl. Woltjer in zijn noot onder dit arrest, punt 4, *EHRC* 2013/160; EHRM 20 juni 2002, *Al-Nashif/Bulgarije*; EHRM 20 juli 2010, A./Nederland, *AB* 2012, 142, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

gewichtige reden daartoe heeft, overlegging van stukken kan weigeren dan wel medelen dat alleen de rechter ze mag zien. De rechter toetst vervolgens de gewichtige reden (noodzaak tot geheimhouding). Wordt die gewichtige reden aanwezig geacht, dan hoeven de stukken niet te worden overgelegd aan de justitiabele. Als partijen daarmee instemmen, kan de rechter die stukken ook betrekken bij zijn oordeel. Verleent de justitiabele die toestemming niet, dan oordeelt een andere rechter dan degene die de toetsing deed over de (hoofd)zaak. Wel komt uit de jurisprudentie naar voren (bij de Afdeling zelfs vaste rechtspraak) dat de gevolgen van een weigering van een dergelijke toestemming in beginsel voor rekening van de weigerende partij komen.³¹ Dat pakt nogal eens nadelig uit voor de weigerende justitiabele aangezien de toetsing van het besluit dat voorligt kan neerkomen op het tot uitgangspunt nemen van de rechtmatigheid en het aan de justitiabele laten gemotiveerd de juistheid en volledigheid ervan te betwisten. De Afdeling schetst in haar vaste rechtspraak dat 'een partij door haar weigering de Afdeling toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb, te verlenen, de Afdeling in zoverre de mogelijkheid [ontneemt] de rechtmatigheid van het bestreden besluit te toetsen'. In beginsel zijn de gevolgen van een dergelijke weigering voor risico van de weigerende partij.³² Dit betekent uiteraard in die context dat een weigering tot de in artikel 8:29 lid 5 Awb bedoelde toestemming veelal maakt dat de justitiabele niet met succes het besluit zal kunnen aanvechten, aangezien hij het geheime materiaal niet gemotiveerd kan bevechten.

Uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak komt voorts naar voren dat zij niet het in het arrest ZZ benoemde onderscheid maakt tussen mededeling van de essentie van de redenen voor het besluit en verdere beperkingen die mogen worden gesteld aan kennisneming van het bewijs. Ook lijkt de Afdeling nogal gemakkelijk te oordelen dat het eerlijke karakter van de procedure niet wordt tenietgedaan door beperkingen in kennisneming van bewijsstukken.³³

Buiten het vreemdelingenrecht is bij de Afdeling een iets andere teneur waar te nemen.³⁴ In een uitspraak omtrent een weigering tot verlening van een verklaring van geen bezwaar, waar de minister zich op basis van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (WIVD 2002) beriep op geheimhouding, kwam de Afdeling tot het oordeel dat die WIVD 2002 buiten toepassing moest blijven, waar deze wet artikel 8:29 Awb buiten toepassing liet. Daarmee stond de gehele afwijking omtrent geheimhouding dus aan de zijde van de minister. Dat acht de afdeling, in tegenstelling tot zes jaar eerder, in strijd met de rechtspraak van het EHRM. Wellicht blijkt dat een Pyrrusoverwinning wanneer vervolgens de net bedoelde lijn van de Afdeling onder artikel 8:29 Awb erop wordt losgelaten.

31. Zie ABRvS 3 maart 2010, AB 2010, 192, m.nt. De Waard.

32. Bijvoorbeeld ABRvS 7 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9644; ABRvS 27 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0117.

33. Bijvoorbeeld ABRvS 21 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3748.

34. ABRvS 30 november 2011, AB 2012, 142.

In het licht van het ZZ-arrest valt te betwijfelen of die lijn onverkort gehandhaafd kan worden.³⁵ Althans in elk geval voor zover doorwerking van Europees recht aan de orde is (en zodoende het Handvest – gelet op art. 51 – toepassing vindt). Al eerder is bij ons gepleit voor het inrichten van een systeem met speciale raadslieden aangezien die dan – onder meer – in de 8:29-procedure concreet de belangen van de betrokkene kunnen behartigen.³⁶ In elk geval is twijfel mogelijk over de belichte vaste rechtspraak onder artikel 8:29 Awb over een weigering tot kennisneming, die zich volgens de Afdeling vertaalt in de situatie waarin de rechter de rechtmatigheid van het besluit tot uitgangspunt neemt. Het lijkt erop dat het Hof van Justitie wellicht meer procedurele waarborgen vergt van (uiteindelijk) de rechter.

Daarbij moet wel de kanttkening worden geplaatst dat het niet op voorhand duidelijk is of het systeem van de speciale advocaten doeltreffender kan worden geacht. Weliswaar kent artikel 8:29 Awb niet de mogelijkheid dat een gemachtigde voor de betrokkene het geheime materiaal inziet en er bij de rechter verweer op voert, nochtans is de wijze waarop de speciale advocatenbijstand in het Verenigd Koninkrijk is ingericht ook met beperkingen omgeven. Alleen al het gegeven dat die procedure bestaat, zou wel eens een zeker *self-fulfilling prophecy* karakter in zich kunnen bergen om het zekere voor het onzekere te nemen en stukken eerder geheim te houden dan ze te openbaren.

Bredere werking op andere rechtsgebieden?

Dat ook buiten het vreemdelingenrecht gevolgen aan het ZZ-arrest zouden kunnen worden toegedicht, valt op te maken uit een recente verwijzing naar Luxemburg in een heel ander soort zaak, een douanezaak.³⁷ In een zaak onder het communautair douanewetboek werd aan een onderneming een zogenoemde uitnodiging tot betaling van douanerechten opgelegd. De onderneming verweerde zich door te bestrijden dat het land van herkomst, zoals de inspecteur meende, China was, en stelde dat de goederen uit Pakistan kwamen. Het ging daarbij om knoflookbollen waarvoor een verschillend tarief geldt naar gelang de oorsprong China of Pakistan is. Voor zover hier van belang zijn aan de betrokken onderneming (en overigens ook aan de Nederlandse douane) verificatiegegevens van monsters onthouden (een laboratoriumanalyse). Die wenste de onderneming te verkrijgen teneinde de door de inspecteur gepresenteerde conclusie (Chinese oorsprong) te kunnen bevechten. Die conclusie kwam tot stand mede op basis van een analyse van het laboratorium, die zoals gememoreerd niet beschikbaar werd gesteld. De weigering werd gestoeld op gevoeligheid van handhaving (*law enforce-*

35. Ook al is de art. 8:29-procedure als zodanig niet in strijd geacht met het EVRM: EHRM 20 juli 2010, A./Nederland, EHRC 2010/113.

36. Bijvoorbeeld commissie-Meijers, *Notitie geheime informatie en ambtsberichten in de vreemdelingenrechtelijke procedure*, 2007. (<www.commissiemeijers.nl/assets/commissiemeijers/Commentaren/2007/CM0705%20Notitie%20Individuele%20ambtsberichten%20%207mrt07.pdf>) en zie ook de noot van Barkhuysen en Emmerik bij AB 2012, 142.

37. HR 12 juli 2013, V-N 2013, 34.7.

ment sensitive).³⁸ Daarmee kon in dit geval uiteindelijk ook de rechter zich geen zelfstandig oordeel vormen over de totstandkoming van het onderzoek dat de inspecteur ten grondslag heeft gelegd aan de uitnodiging tot betaling. Zulks terwijl de onderneming verweer voert, het bewijs betwist en tegenbewijs heeft aangeboden. De Hoge Raad ziet in deze feiten, geplaatst tegen de achtergrond van het door hem benoemde ZZ-arrest, aanleiding prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen.

De meest vergaande vraag die de Hoge Raad in het arrest van 12 juli 2013 stelt is of uit artikel 47 van het Handvest volgt dat de rechter de onderzoeksresultaten waar het hier om gaat, buiten beschouwing moet laten, als de betrokkene erdoor in zijn verdediging wordt geschaad en ook de rechter in zijn taak wordt bemoeilijkt om de resultaten te waarderen.

De prejudiciële verwijzing van de Hoge Raad toont dat het ZZ-arrest wellicht bredere gelding heeft dan een eerste blik doet vermoeden. Toch lijkt de specifieke context van het ZZ-arrest, met de op Richtlijn 2004/38/EG gebaseerde staatsveiligheid als grond voor beperkte openbaarmaking, niet goed te veralgemeniseren. Wel is denkbaar dat het Hof van Justitie op meerdere terreinen zou aannemen dat de afweging van beginselen, zoals die strekkend tot beperkte openbaarmaking en die als neergelegd in artikel 47 van het Handvest, noopt tot procedurele waarborgen (en technieken, zoals het EHRM ze noemt) om de belangen te wegen. Het echte belang van de ZZ-uitspraak lijkt dan ook gelegen te zijn in de robuustheid van artikel 47 van het Handvest, welk Handvest van steeds groter praktisch belang wordt aangezien het meer en meer toepassing vindt.³⁹ Anders weergegeven: zelfs belangen als staatsveiligheid kunnen het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, waartoe behoort kennisneming van stukken teneinde verweer te kunnen voeren, alsook hoor en wederhoor, niet teniet doen.

Uitleiding

Daar waar fundamentele beginselen om voorrang strijden, wordt het recht nogal eens een *'balancing act'*. Het arrest ZZ van het Hof van Justitie is daarvan een goed voorbeeld. In zoverre is er weinig nieuws in het arrest te vinden. Wel zet het Hof van Justitie in het arrest behoedzaam maar vastberaden de buitengrenzen neer om de procedure, ook als die leidt tot voor de betrokkene grotendeels geheime procesvoering, haar eerlijk karakter niet te ontnemen. De meerwaarde van het arrest zou deels wel eens gelegen kunnen zijn in de verdere toepassing van die grenzen (die neerkomen op procedurele waarborgen en gedegen rechterlijke toetsing) in andersoortige zaken. Daarbij lijkt een stevig onderscheid gemaakt te kunnen worden tussen *criminal charge*-zaken

en zaken waarin geen strafkarakter aan de orde is. Voor dat soort niet *criminal charge*-zaken in Nederland zou het arrest wellicht de discussie over de toereikendheid van de procedure ex artikel 8:29 Awb kunnen doen opleven.

38. De tests waren uitgevoerd door een Amerikaans overheidslaboratorium.

39. Vgl. HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-167/10, *Åkerberg Fransson*, EHRC 2013/112