

Artikel

De Nederlandse strafrechter in Europa's Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht

prof. mr. M.J.J.P. (Michiel) Luchtman*

1. Inleiding

232

15 jaar geleden, op 1 december 2009, trad het Verdrag van Lissabon in werking. De gevolgen daarvan voor de Nederlandse strafrechtspleging zijn groot, zoals Pieter Verrest in zijn NJV-pleidvies onlangs nog heeft laten zien.¹ Verrest richt zich daarbij op de invloed van het Handvest van de Grondrechten, dat op de eerdergenoemde datum dezelfde juridische waarde als de Verdragen verkreeg en dus bindend werd. Dat is niet alleen zo voor alle EU-instellingen, maar ook voor de lidstaten, in gevallen waarin die het recht van de Unie ten uitvoer brengen (art. 51 lid 1 Hv). En dat laatste blijkt steeds vaker het geval. Ook de strafrechtspleging is daarvoor niet immuun.² Eerder integendeel, de strafrechtspleging is onderdeel van de opdracht die de EU zichzelf heeft gesteld om 'haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen [te bieden], waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel, immigratie, en voorkoming en bestrijding van criminaliteit' (art. 3 lid 2 EU-Verdrag). Op basis van die opdracht en de functionele wetgevende bevoegdheden die eraan zijn gekoppeld, zijn vele nieuwe EU-instrumenten tot stand gebracht op

het vlak van de grensoverschrijdende samenwerking, het materiële strafrecht en het strafprocesrecht. Op basis daarvan werkt het Hof van Justitie EU aan een steeds fijnmazigere jurisprudentie, waarin het ook voor het Handvest een prominente plaats inruimt.

Maar wat betekenen al die ontwikkelingen nu voor de Nederlandse strafrechtspleging, en de positie van de rechter daarin in het bijzonder? In deze bijdrage richt ik me op de institutionele positie en taakopdracht van de Nederlandse rechter in het systeem van de Europese strafrechtelijke samenwerking. Die samenwerking bouwt voort op de bekende internationaalrechtelijke instrumenten, zoals uitlevering en wederzijdse rechts-hulp. De gedachte was dat nu van het wegvallen van (controles aan) de binnengrenzen ook de criminaliteit zou kunnen profiteren, snellere en meer efficiënte Europese instrumenten van samenwerking nodig waren.³ Gaandeweg werd op basis van nieuwe instrumenten – het Europees aanhoudingsbevel (EAB)⁴ ('pre-Lissabon') en het Europees onderzoeksbevel (EOB)⁵ ('post-Lissabon') zijn belangrijke voorbeelden – een jurisprudentielijn ontwikkeld waarin het Hof van Justitie consequent de verschillen met de internationaalrechtelijke samenwerking benadrukt en daarom ook andere accenten legt.⁶

Niet zelden wordt op basis van die verschillen tot uitgangspunt genomen dat de Europese samenwerking in ieder geval niet minder effectief zou mogen zijn dan de

* Michiel Luchtman is hoogleraar Economisch en Europees strafrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 P. Verrest, 'De invloed van het Handvest op het Nederlandse strafrecht: Pleadvies Nederlandse Juristen Vereniging', in: J.H. Gerards e.a., *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2024.

2 M. Luchtman en R. Widdershoven, *Het Nederlandse strafrecht in de ban van het Unierecht*, *Ars Aequi* 2018, 873.

3 Zoals reeds onderkend in het Akkoord en de Uitvoeringsovereenkomst van Schengen, zie *Tractatenblad* 1985, 102, resp. *Tractatenblad* 1990, 145.

4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *Pb EU* [2002] L 190/1.

5 Richtlijn 2014/41/EU betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken, *Pb EU* [2014] L 130/1.

6 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 24 november 2020, ECLI:EU:C:2020:953 (AZ), 48.

internationaalrechtelijke samenwerking. De conclusie die daaraan vervolgens wordt verbonden, is dat er in de Europese samenwerking minder ruimte zou moeten zijn voor weigeringsgronden dan in het internationaal strafrecht, dat procedures minder lang zouden mogen duren, of dat er minder rechtsmiddelen in de uitvoerende staat ter beschikking zouden mogen staan dan in het internationaal strafrecht het geval zou zijn.

Die logica ontnemt evenwel een goed zicht op de keerzijde van de medaille. Niet alleen een effectieve rechtshandhaving ondervindt hinder van de complexiteit van de transnationale samenwerking. Dat laatse geldt zeker ook voor de belangen die kunnen worden gevat onder de noemer effectieve rechtsbescherming.⁷ Zo kent ook de uitoefening van verdedigingsrechten (inclusief rechtsmiddelen) in het rechtshulpverkeer nogal wat beperkingen die inherent zijn aan die complexiteit. Zou het niet passend zijn dat in een rechtsruimte ook de rechtsbescherming van verdachten en andere betrokkenen in de strafrechtspleging wordt versterkt? En zo ja, hoe moet dat streven worden afgewogen tegen de zo gewenste efficiencywinst in de samenwerking?

Zo krijgt de welbekende strafrechtelijke 'queeste' naar een juist evenwicht tussen de belangen van rechtshandhaving en rechtsbescherming een transnationale dimensie en moet daarvoor een oplossing worden gezocht in een constitutioneel kader – de voornoemde Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – dat niet goed te vergelijken is met de internationaalrechtelijke context, noch met een puur nationale setting.⁸ In mijn optiek is het enkel hameren op een steeds efficiëntere samenwerking in ieder geval niet voldoende om van een echte rechtsruimte te kunnen spreken. Evenmin is met de invoering van zogenoemde minimumvoorschriften over rechten voor slachtoffers en verdachten (zie verder par. 2) bepaald hoe de ene nationale rechter zich moet verhouden tot zijn collega uit een andere lidstaat. Vooral wat betreft dat laatste punt heeft het Hof van Justitie de afgelopen jaren, stapje voor stapje en op basis van telkens verschillende instrumenten, gewerkt aan het nader invullen en herdefiniëren van de rol van de samenwerkende strafrechters in de rechtsruimte.

In dit artikel wil ik laten zien a) hoe de rechtspraak van het Hof van Justitie zich de afgelopen jaren heeft ontwikkeld, op hoofdlijnen uiteraard; b) wat de gevolgen van zijn rechtspraak zijn voor de te onderscheiden rollen die de Nederlandse strafrechter in het Europese systeem van samenwerking inneemt; en c) wat de belangrijkste open vragen zijn over dit systeem in ontwikkeling. In paragraaf 2 bespreek ik daartoe allereerst de in de Europese samenwerking zo belangrijke beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning

van rechterlijke beslissingen. Ook ga ik in op de vraag in hoeverre succesvolle implementatie van beide concepten mogelijk is zonder onderlinge aanpassingen van de rechtssystemen van de lidstaten. In de daaropvolgende paragrafen bespreek ik de belangrijkste ontwikkelingen vanuit drie te onderscheiden perspectieven die de Nederlandse rechter in de Europese samenwerking kan innemen. Ik ga achtereenvolgens in op de positie van Nederland als uitvaardigende of verzoekende lidstaat (par. 3), Nederland als uitvoerende of aangezochte lidstaat (par. 4) en Nederland als berechtende lidstaat (par. 5). Ik rond af met een korte beschouwing. In die beschouwing formuleer ik een paar aandachtspunten voor de Europese en Nederlandse wetgever. Zoals nog zal blijken, signaleer ik ook dat de Hoge Raad en het Hof van Justitie in hun benadering van de Europese samenwerking niet helemaal op één lijn lijken te zitten.

2. Wederzijdse erkenning en de onderlinge aanpassing van rechtssystemen

2.1. Wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen

Het is onmogelijk de ontwikkelingen van de laatste vijftien jaar los te zien van ontwikkelingen die daarvoor al in gang waren gezet. Een keerpunt in de Europese strafrechtelijke samenwerking was de Europese Raad van Tampere, in 1999, waarin het plan werd opgevat de Europese Unie te ontwikkelen tot een Ruimte van vrijheid, veiligheid en (toen nog:) rechtvaardigheid, en het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen tot hoeksteen daarvan te maken.⁹ Met het EAB als eerste en meest bekende vertegenwoordiger van dit nieuwe systeem volgden nog vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon een aantal andere kaderbesluiten die dat beginsel voor vrijwel alle vormen van strafrechtelijke samenwerking hebben geïmplementeerd.¹⁰ Sinds Lissabon zijn een paar van die instrumenten inmiddels vervangen door richtlijnen, met als belangrijkste voorbeeld voornoemde richtlijn die het EOB introduceert en aldus vrijwel de gehele wederzijdse rechtshulp met één EU-instrument afdekt.

Het beginsel van wederzijdse erkenning van *rechterlijke* beslissingen (hierna afgekort tot wederzijdse erkenning, hoewel het begrip daarmee een te brede reikwijdte krijgt) houdt in de kern in dat, binnen de voorwaarden

7 Zo reeds A.H. Klip, 'The decrease of protection under human rights treaties in international criminal law', *International review of penal law* 1997, p. 291-310; A.M.M. Orié, 'De verdachte tussen wal en schip of de systeem-breuk in de Kleine rechtshulp', in E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken* (Melaibundel), Arnhem: Gouda Quint 1983.

8 Vgl. M. Luchtman, *Transnationale rechtshandhaving: Over fundamentele rechten in de Europese strafrechtelijke samenwerking*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

9 Europese Raad over de Ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid (Tampere, 15 en 16 oktober 1999), Conclusies van het voorzitterschap, te raadplegen via <https://www.consilium.europa.eu/media/21057/europese-raad-van-tampere-conclusies-van-het-voorzitterschap.pdf>.

10 Dat het Kaderbesluit EAB nog steeds geldend recht is, hangt samen met art. 9 van Protocol (nr. 36) bij het EU werkingsverdrag, [2008] *Pb EU* 115/322: 'De rechtsgevolgen van de handelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie die vastgesteld zijn op basis van het Verdrag betreffende de Europese Unie worden na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon gehandhaafd zolang deze handelingen niet krachtens de verdragen ingetrokken, nietig verklaard of gewijzigd zijn. (...)'

van het toepasselijke EU-instrument (bijvoorbeeld het Kaderbesluit EAB), gevolg wordt gegeven aan beslissingen van rechterlijke autoriteiten uit andere EU-lidstaten alsof het een beslissing van een nationale rechter is. Hoewel dat geenszins volledig gelukt is, konden zo snellere overleveringsprocedures worden opgetuigd, met minder mogelijkheden tot weigering van samenwerking. ‘Wederzijdse erkenning’ is geen regel die rechtstreeks, dus zonder nadere wetgeving, wordt toegepast. Het concept heeft uitwerking nodig. EU-instrumenten die het beginsel implementeren, geven uitvoering aan het onderliggende beginsel van wederzijds vertrouwen.¹¹ In feite dwingen die instrumenten, op basis van dat vertrouwen, de EU-lidstaten tot aanvaarding van een tweetal regels: 1) ze zijn gehouden te erkennen dat hun rechtssystemen onderling weliswaar (sterke) verschillen kunnen vertonen, maar *gelijkwaardig* zijn, zodat uiteenlopende regels of grondrechten geen belemmering meer zijn voor samenwerking, en 2) ze mogen, tenzij er uitzonderlijke omstandigheden zijn, niet beoordelen of een andere lidstaat in een concreet geval de door de Unie gewaarborgde grondrechten heeft geëerbiedigd als het toepasselijke EU-instrument daarvoor geen ruimte biedt.¹²

2.2. *Approximation by legislation: het concept minimumvoorschriften*

Aanvankelijk was de gedachte dat wederzijdse erkenning een prima – want minder ingrijpend – alternatief kon zijn voor harmonisatie van nationale strafrechtelijke systemen. Om meerdere redenen is men daarvan teruggekomen. Een terugkerend probleem bleek dat de gewenste mate van wederzijds vertrouwen niet altijd aanwezig was (en is). Het Verdrag van Lissabon voorziet daarom ter bevordering van de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen in bevoegdheden tot introductie van zogenoemde minimumvoorschriften voor, onder meer, ‘de rechten van personen in de strafverordering’ (art. 82 lid 2 WVEU). Op basis van die bevoegdheid zagen inmiddels zes EU-richtlijnen het licht (de zogenoemde ABC-, Routekaart- of Stockholm-richtlijnen),¹³ die lang niet allemaal in direct verband staan met grensoverschrijdende strafrechtelijke samenwerking. De richtlijnen hebben een veel breder bereik en gelden in alle strafzaken, met of zonder grensoverschrijdende component.

Het concept van minimumvoorschriften is interessant. Allerm minst is zeker dat daarmee minimumharmonisatie wordt bedoeld. Veeleer lijkt de idee dat de Europese wetgever met een aantal uitgekende ingrepen – dat wil zeggen: toekenning van concrete verdedigings- en

slachtofferrechten – het vertrouwen in elkaars rechtssystemen stut, in de wetenschap dat aan verdachten en slachtoffers in andere rechtsordes altijd een bepaalde catalogus van rechten toekomt, welke rechten afdwingbaar zijn in rechte.¹⁴ Het woord ‘minimumvoorschriften’ kan dus wat misleidend zijn; de richtlijnen kunnen zo dwingend zijn geformuleerd dat de betreffende voorschriften – het kan gaan om het toepassingsgebied van de richtlijn (in welk soort strafzaken geldt deze?), de reikwijdte van specifieke verdedigings- of slachtofferrechten of de beperkingen erop – geen ruimte laten voor nationale aanvullingen of afwijkingen. Waar nationale rechtssystemen de volle werking van die voorschriften beperken, moeten ze wijken. Op die manier wordt het vertrouwen in elkaars rechtssystemen versterkt en wordt de samenwerking bevorderd.

Hoewel de gedachte achter dergelijke minimumvoorschriften goed navolgbaar is,¹⁵ is het in de praktijk soms lastig de inhoud van de richtlijnen in verband te brengen met actuele, veelvoorkomende problemen in de Europese strafrechtelijke samenwerking.¹⁶ Die problemen kennen soms ofwel een eigen regeling,¹⁷ of worden door de ABC-richtlijnen niet aangepakt. Te denken valt aan ondermaatse detentieomstandigheden of aan problemen met betrekking tot de *rule of law* in sommige lidstaten. Ook andere problemen die nadrukkelijk spelen in de samenwerking – het professioneel verschoningsrecht in de wederzijdse rechtshulp bijvoorbeeld – zijn tot op heden niet meegenomen in minimumvoorschriften.

2.3. *Approximation by case law: de rechtspraak van het Hof van Justitie*

De ABC-richtlijnen zijn vrijwel uitsluitend gericht op de rechtsordes van de *afzonderlijke* lidstaten. Dat is opvallend, omdat het in gevallen van transnationale samenwerking – welke die richtlijnen beogen te ondersteunen – nu juist vaak gaat om de afstemming *tussen* die lidstaten en om de rechtsstatelijke inbedding en taakopdracht van de samenwerkende autoriteiten. Ook de instrumenten over de Europese strafrechtelijke samenwerking zelf voorzien maar mondjesmaat in die afstemming. In overleveringszaken bleek mede daarom de proportionaliteit van Europese aanhoudingsbevelen nogal eens een punt van zorg in het licht van artikel 6 Hv (recht op vrijheid) en artikel 47 Hv.¹⁸ Zo gaan er hardnekkige geruchten over een EAB dat ooit zou zijn uitgevaardigd voor poging tot diefstal van een geit, met alle dramatische gevolgen voor de opgeëiste persoon van dien. Automatische wederzijdse erkenning van EAB’s en

11 Daarmee is dan niet gezegd dat ook het beginsel van wederzijds vertrouwen altijd concretisering in EU-regelgeving behoeft, vgl. A. de Vries en R. Widdershoven, ‘Constitutional principles and composite punitive enforcement in the EU’, in M. Luchtman, K. Ligeti en J. Vervaele (red.), *EU enforcement authorities*, Oxford: Hart 2023, p. 57-61.

12 Advies 2/13 van het Hof van Justitie inzake de toetreding van de EU tot het EVRM, 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, 192.

13 Resolutie van de Raad over een routekaart ter versterking van de procedurele rechten van verdachten en beklaagden in strafprocedure, *PbEU* [2009] C 295/1.

14 Vgl. HvJ EU 19 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:401 (*IR*), par. 43.

15 Daarover A.H. Klip, *European criminal law*, Antwerpen: Intersentia 2021, p. 647-649; V. Mitsilegas, *EU criminal law after Lisbon - Rights, trust and the transformation of justice in Europe*, Oxford/Portland, Oregon: Hart 2016, p. 176-180, 183-184.

16 Luchtman 2017, p. 52-53.

17 Vgl. Kaderbesluit 2009/299/JBZ tot versterking van de procedurele rechten van personen, tot bevordering van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen gegeven ten aanzien van personen die niet verschenen zijn tijdens het proces, *Pb EU* [2009] L 81/24.

18 Vgl. V. Glerum, *Tussen vrijheid en gebondenheid - het Europees Aanhoudingsbevel 2.0*, Deventer: Kluwer 2022, p. 28 e.v.

wederzijds vertrouwen gaan in dergelijke gevallen niet hand in hand, eerder integendeel.

Het Hof van Justitie heeft dit gat ten dele gedicht, doordat het de institutionele eisen aan het concept ‘rechterlijke autoriteit’, zoals geformuleerd door de toepasselijke EU-instrumenten, nader heeft ingevuld. Aldus heeft het de te onderscheiden taken van de samenwerkende rechters beter gedefinieerd, op elkaar afgestemd en voorzien van een eigen, Europees narratief. Ook spoorde het de samenwerkende autoriteiten aan om – in ’s Hof’s woorden – met elkaar in dialoog te treden. Zo heeft het in een aantal uitspraken verduidelijkt dat aan iedere overlevering twee beslissingen tot vrijheidsbeneming in de uitvaardigende staat voorafgaan, namelijk een nationaal bevel en een EAB. Het Hof heeft ook een nadere, autonome invulling gegeven aan de in het Kaderbesluit EAB gebezigde begrippen ‘rechterlijke beslissing’ en ‘[uitvaardigende] rechterlijke autoriteit’.¹⁹ Daarbij heeft het, wat betreft EAB’s ter fine van strafvervolgung,²⁰ verduidelijkt dat ten minste een van beide beslissingen moet voldoen aan ‘de vereisten die inherent zijn aan een effectieve rechterlijke bescherming’ (lees: de beslissing moet zijn genomen door een *rechter*).²¹ Verder geldt als eis dat wanneer het EAB zelf wordt uitgevaardigd door een instantie die géén rechter is, die instantie ‘deelneemt aan de rechtsbedeling’ én onafhankelijk is, opdat de evenredigheid van de maatregel wordt gewaarborgd. Bovendien moet die laatste beslissing, en dan met name de evenredigheid van een dergelijke beslissing, het voorwerp kunnen uitmaken van ‘een beroep in rechte dat volledig voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit een effectieve rechterlijke bescherming’, zoals bedoeld in artikel 47 Hv.

Deze rechtspraak heeft behoorlijk wat onrust veroorzaakt, ook in Nederland, vanwege de impact ervan op de staatsrechtelijke positionering van het OM en zijn relatie tot de rechterlijke macht.²² Bovendien brengt het Hof via het systeem van de overlevering nationale strafvorderlijke beslissingen – namelijk die tot aanhouding van gezochte personen – mogelijk binnen de reikwijdte van het Handvest.²³ Aldus vult het Hof een gat in de strafrechtelijke rechtsbescherming, nu de uitvoerende autoriteiten op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning niet mogen treden in de inhoud van buitenlandse rechterlijke bevelen, terwijl het Kaderbesluit zelf zich nauwelijks uitlaat over de materiële en procedurele waarborgen die aan uitvaardigende zijde moeten bestaan.

19 HvJ EU 1 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:385 (*Bob-Dogji*); HvJ EU 27 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:456 (*OG en Pl*); HvJ EU 27 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:457 (*PF*).

20 Voor zogenoemde executie-EAB’s liggen de zaken net wat anders, zoals verduidelijkt in HvJ EU 12 december 2019, ECLI:EU:C:2019:1079 (*ZB*), par. 25.

21 HvJ EU 27 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:456 (*OG en Pl*), par. 68.

22 J.W. Ouwerkerk e.a., *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht*, Den Haag/Leiden: WODC/Universiteit Leiden 2021.

23 Dat lijkt iets anders te liggen in het systeem van het Europees onderzoeksbevel, waarvoor geen onderliggende nationale titel is vereist.

Een dergelijke interventie in de nationale organisatie van de rechtsbescherming past in een breder raamwerk, waarin het Hof op basis van artikel 19 lid 1, tweede alinea, EU-Verdrag bepaalt dat telkens wanneer in een geving vragen *kunnen* rijzen die de interpretatie van voorschriften van EU-recht betreffen, de lidstaten moeten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren. Die eis geldt ‘onafhankelijk van de situatie waarin de lidstaten dit recht in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest, ten uitvoer brengen.’²⁴ Feitelijk krijgen lidstaten daarmee de opdracht om hun gehele rechterlijke organisatie EU-proof te maken, onder supervisie van het Hof van Justitie. Ook het zojuist genoemde voorbeeld toont aan dat EU-recht op heel veel terreinen zomaar een rol kan gaan spelen. Om die supervisie te kunnen uitoefenen, is nog een ander aspect van dit systeem belangrijk. Niet alleen positioneert het Hof de nationale rechter nadrukkelijk als Unierechter, bovendien moet het de laatste mogelijk zijn om aan het Hof van Justitie, op de voet van artikel 267 WVEU, prejudiciële vragen te stellen over de geldigheid en uitleg van dat EU-recht.²⁵ Ook om die reden moet een rechterlijke instantie onafhankelijk zijn.²⁶ Onafhankelijkheid is zowel nodig voor het garanderen van een doeltreffende voorziening in rechte van een ieder wiens door de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, als om een effectieve dialoog tussen nationale rechter en Hof van Justitie te borgen. Dat laatste is essentieel voor een goede en coherente toepassing van het Europees recht. Beide elementen zijn moeilijk los te zien van elkaar. Daarbij geldt dat instanties die in organiek opzicht *rechter* zijn naar nationaal recht en die *in die hoedanigheid* een rol hebben in de strafrechtsbedeling, zullen worden aangemerkt als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 WVEU. Dat geldt ook, zo vermoed ik, als die instanties in het kader van de uitoefening van hun wettelijke taken niet bezig zijn met rechtspreken in enge zin.²⁷ Zou dat anders zijn, dan zouden aan het Hof door zo’n instantie geen vragen kunnen worden gesteld en zou het Hof zich niet kunnen uitlaten over de vraag of zo’n instantie en de procedures die zij toepast, voldoen aan alle waarborgen waarmee het rechterlijk ambt omkleed dient te zijn op een gebied dat wordt bestreken door het Unierecht.²⁸

24 HvJ EU 27 februari 2018, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juízes Portugueses*) par. 29, 34. Zie ook De Vries en Widdershoven 2023, p. 34.

25 De Vries en Widdershoven 2023, p. 33.

26 De Vries en Widdershoven 2023, p. 44.

27 Een goed voorbeeld is de rechter-commissaris of onderzoeksrechter, vgl. reeds HvJ EU 13 juli 1990, ECLI:EU:C:1990:315 (*Zwartveld*); HvJ EU 10 december 2002, ECLI:EU:C:2002:735 (*Paul der Weduwe*). In beide uitspraken worden deze rechters zonder veel omhaal als ‘rechterlijke autoriteit’ erkend. Anders blijkbaar rechtbank Den Haag 8 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12172.

28 ‘s Hof’s definitie van het begrip ‘rechterlijke instantie’ als bedoeld in art. 267 WVEU is echter niet erg scherp. Het Hof stelt dat ‘onder meer rekening dient te worden gehouden met de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, de procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regels van het recht en de onafhankelijkheid van het orgaan [mijn cursief]’; vgl. HvJ EU 27 febru-

Het belang van de kwalificatie als ‘rechterlijke autoriteit’ voor het Europese systeem van strafrechtelijke samenwerking speelt ook in de horizontale verhoudingen tussen nationale rechters. De status van rechter of rechterlijke autoriteit is van enorm belang in het narratief van wederzijdse erkenning en schraagt het beginsel van wederzijds vertrouwen; snelle en efficiënte samenwerking is mogelijk, *omdat* het gaat om samenwerking tussen rechterlijke autoriteiten.²⁹ Als er twijfels bestaan over die status, is dat dus in zekere zin de bijl aan de wortel van dat systeem. De rechtbank Amsterdam stelde daarom de vraag aan het Hof van Justitie of de Poolse uitvaardigende autoriteiten onder het regime van de vorige Poolse regering nog wel als ‘rechterlijke autoriteiten’ in het overleveringsrecht konden worden aangemerkt, zulks natuurlijk in het licht van de voortdurende aantastingen van de onafhankelijkheid van de gehele Poolse rechterlijke macht. Zouden die autoriteiten niet meer als zodanig kunnen worden aangemerkt, dan zouden ze feitelijk buiten de reikwijdte van het kaderbesluit zijn komen te vallen. In een apodictisch antwoord stelt het Hof dat dat niet de bedoeling kan zijn.³⁰ Zie ik het goed, dan is zijn positie dat Poolse rechters ‘rechterlijke autoriteiten’ zijn, *omdat* het – in organiek en functioneel opzicht – rechters zijn. Zou dat anders zijn en zouden dus de politieke aanvallen op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht aan Poolse rechters als zodanig de status van rechterlijke autoriteit hebben ontnomen, dan kunnen die rechters ook geen vragen meer stellen aan het Hof van Justitie, bijvoorbeeld over de verenigbaarheid van de door de Poolse wetgever genomen besluiten met het Unierecht.³¹ Niettemin verdwijnt in deze benadering het belang van de rechterlijke onafhankelijkheid als waarborg voor een goede rechterlijke dialoog naar de achtergrond.³²

2.4. Tussenconclusie

’s Hof’s rechtspraak creëert een systeem dat voor de bevordering van het wederzijds vertrouwen in elkaars rechtssystemen minstens even belangrijk is als de ABC-richtlijnen. Dat systeem is, zeker wanneer zware

ari 2018, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), par. 38. Onlangs verklaarde het Hof prejudiciële vragen van de penitentiaire kamer van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden niet-ontvankelijk. Doorslaggevend daarin lijkt dat dat hof in de WETS-procedure – naar het oordeel van het Hof van Justitie – geen ‘rechterlijke functie’ vervult, ook al gaat het in organiek opzicht wel om een onafhankelijke rechterlijke instantie; zie HvJ EU 17 juli 2024, ECLI:EU:C:2024:624 (*Niesker*). Een strikte toepassing van de door het Hof in die beschikking gebruikte criteria zou ertoe leiden dat ook de rechter-commissaris (zie de vorige noot) niet (meer) als een rechterlijke instantie in de zin van art. 267 WVEU kan worden aangemerkt. Zie over ’s Hof’s rechtspraak ook Glerum 2022, p. 61-63, 67-68.

29 Uitgebreid hierover Glerum 2022, p. 61-71.

30 HvJ 17 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*), par. 41-42.

31 HvJ 17 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*), par. 44. Hierover ook M. Luchtman en S. Tosza, ‘How to deal with rule of law-concerns in surrender procedures?’, in M. Luchtman e.a. (red.), *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization - Liber amicorum prof. dr. J.A.E. Vervaele*, Den Haag: Eleven 2023, p. 453.

32 Dit punt speelde nadrukkelijk in HvJ EU 29 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:235 (*Getin Noble Bank*).

grondrechtsinbreuken aan de orde zijn, liefst³³ verankerd in de onafhankelijkheid van de samenwerkende autoriteiten en ruimt in ieder geval een plaats in voor het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (art. 47 Hv). Het voorziet in de mogelijkheid van rechterlijke dialogen in verticaal opzicht (Hof van Justitie – nationale rechter) en horizontaal (nationale rechterlijke autoriteiten onderling). Op basis van dat systeem kunnen, in beperkte mate, ook coördinatievragen of -problemen tussen rechters worden opgelost. Voornoemde eisen richten zich zowel tot de uitvoerende lidstaat die direct Unierecht ten uitvoer brengt (het overleveringsrecht, in ons voorbeeld), maar ook tot de uitvaardigende lidstaat.³⁴ Het Hof van Justitie heeft aanvaard dat aan dat Hof ook vragen kunnen worden gesteld over beslissingen van rechters uit andere EU-landen. Om te voorkomen dat het Hof daarbij feitelijk als een beroepsinstantie gaat fungeren voor onwettelijke beslissingen van rechterlijke instanties uit andere lidstaten, stelt het wel de voorwaarde dat de beantwoording van die vragen nodig is voor door de verwijzende rechter te nemen besluiten.³⁵

Het is dus belangrijk te bezien hoe het Hof de te onderscheiden posities van de samenwerkende rechterlijke autoriteiten definieert. In de volgende paragrafen ga ik nader op in de contouren van dat systeem, uitgesplitst naar de verschillende hoedanigheden die rechterlijke instanties kunnen hebben in de samenwerking.

3. De positie van de uitvaardigende autoriteit

Het Hof van Justitie heeft vooral aan de uitvaardigende zijde de eisen met betrekking tot het voorhanden zijn van een doeltreffende voorziening in rechte aangescherpt en zo de discretionaire, zo men wil: soevereine, ruimte van de EU-lidstaten beperkt. Toch heeft het niet voor alle samenwerkingsinstrumenten dezelfde aanpak gehanteerd. Het duurde niet lang voordat de vraag rees in hoeverre de zojuist besproken jurisprudentie over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ in het overleveringsrecht relevant is voor andere instrumenten voor strafrechtelijke samenwerking, zoals het Europees onderzoeksbevel.³⁶ In de EOB-richtlijn is niet voorzien in bescherming op twee niveaus, zoals in het Kaderbesluit EAB (een nationale en een Europese titel voor aanhouding).³⁷ Het EOB zélf is de titel voor de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden in de uitvoerende lidstaat. Bovendien stelt de EOB-richtlijn wél eisen aan het EOB. Artikel 6 bepaalt dat de uitvaardigende autori-

33 Maar niet altijd, zie verder par. 3 en 4.

34 Verrest 2024, p. 181, heeft dit de dubbele oriëntatie van het Hof van Justitie genoemd.

35 HvJ EU 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:602 (AY), 27-31; HvJ EU 31 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:57 (*Puig Gordi*).

36 HvJ EU 8 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1002 (*Staatsanwaltschaft Wien*).

37 Zie, *a contrario*, art. 5 en de bijlage bij de EOB-Richtlijn.

teit een EOB alleen kan uitvaardigen wanneer voldaan is aan het evenredigheidsvereiste in ruime zin en de bevolen onderzoeksmaatregelen in dezelfde omstandigheden in een vergelijkbare binnenlandse zaak bevolen hadden kunnen worden. Onder die omstandigheden, én omdat de richtlijn zelf de officier van justitie erkent als rechterlijke autoriteit (art. 2 aanhef en onder c), is het in het EOB-systeem niet nodig dat leden van het Openbaar Ministerie onafhankelijk zijn van de uitvoerende macht. Ook speelt een rol dat de aard van de gevraagde handelingen doorgaans minder ingrijpend is dan in een overleveringsprocedure, terwijl die handelingen ook kunnen zijn bevolen op verzoek van de verdediging.³⁸

Dat het niet alleen rechters of rechterlijke instanties in enge zin zijn die EOB's mogen uitvaardigen, heeft niet alleen enorme praktische voordelen maar ook nadelen in het licht van het recht op een doeltreffende rechtsbescherming. Buiten twijfel staat immers dat EOB's nog steeds diep in de grondrechten van de betrokken personen kunnen ingrijpen. Om die reden bepaalt de richtlijn, opnieuw anders dan het Kaderbesluit EAB, dat de lidstaten erop toezien dat op de in het EOB aangegeven onderzoeksmaatregelen rechtsmiddelen toepasselijk zijn die gelijkwaardig zijn aan die welke in een vergelijkbare binnenlandse zaak mogelijk zijn (art. 14 lid 1). Dat is ook nodig omdat alleen in de uitvaardigende staat de materiële gronden van het EOB kunnen worden aangevochten (art. 14 lid 2). Bovendien volgt uit artikel 14 lid 1, gelezen in het licht van artikel 47 Hv, dat het dan moet gaan om een rechtsmiddel bij een *rechterlijke* instantie.³⁹ Op die manier is ook de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie weer hersteld. Ontbreekt zo'n rechtsmiddel in het recht van de uitvoerende staat, dan kan zelfs geen EOB worden uitvaardigd.⁴⁰

Dat EOB's niet door een rechter bevolen hoeven te zijn, is op zichzelf niet vreemd. Zelfs voor ingrijpende dwangmiddelen als een doorzoeking van een woning is niet per se een voorafgaande rechterlijke machtiging vereist. Het is vaste jurisprudentie dat het EHRM bij doorzoeken van woningen van particulieren weliswaar waakzaam is waar 'the authorities are empowered under national law to order and effect searches without a judicial warrant', maar niettemin aanvaardt dat het mogelijk is dat 'the absence of a prior judicial warrant may be counterbalanced by the availability of an *ex post factum* judicial review'.⁴¹ In dat laatste geval moeten de betrokken autoriteiten niet alleen in staat zijn om de rechtmatigheid, noodzaak en proportionaliteit van de maatregel te toetsen, maar ook effectief herstel (*redress*) kunnen bieden, mocht de maatregel onrechtmatig blijken.⁴² Die eisen gelden mijns inziens onverminderd in transnationale onderzoeken, met dien verstande dat dan met name de toets van de noodzaak en evenredigheid van de maat-

regelen het beste belegd wordt bij rechters in de uitvaardigende staat.

Tegen die achtergrond is het opvallend dat het Hof van Justitie in de context van weer een ander instituut voor grensoverschrijdende samenwerking, namelijk het Europees Openbaar Ministerie (EOM), de eisen ten aanzien van doorzoeken in grensoverschrijdende onderzoeken wél hoger heeft gelegd. Het EOM is een ondeelbaar, maar gedecentraliseerd lichaam van EU-recht, verantwoordelijk voor de opsporing, vervolging en berechting ten overstaan van nationale rechters van strafbare feiten die de financiële belangen van de EU raken.⁴³ De toepasselijke Verordening voorziet in een relatief vormvrij systeem van grensoverschrijdende samenwerking tussen de verschillende decentrale (nationale) onderdelen van het EOM.⁴⁴ Waar de Verordening zelf zwijgt, moet het nationale recht van de betrokken lidstaten worden toegepast, ook als het gaat om de normering van opsporingsmethoden. Zo dwingt de EOM-verordening zelf bijvoorbeeld niet tot een voorafgaande rechterlijke toetsing bij ingrijpende dwangmiddelen, maar laat zij dat aan het recht van de betrokken lidstaten. Dat betekent dat in gevallen van grensoverschrijdende samenwerking zich de situatie kan voordoen dat ten aanzien van een doorzoeking ter inbeslagneming, in de staat waar het EOM het onderzoek voert (in jargon: de behandelende lidstaat) en/of in de staat waar de doorzoeking moet worden uitgevoerd (de assisterende lidstaat), dan wel in geen van beide staten een voorafgaande rechterlijke machtiging wordt vereist. In *GK* werd het Hof van Justitie de vraag gesteld wat een rechter in de assisterende staat precies moet toetsen wanneer in EOM-verband wordt gevraagd om de toepassing van dwangmiddelen – in dit geval doorzoeken van ruimtes, waaronder woningen – waarvoor naar het recht van die staat een rechterlijke machtiging vereist is. Meer in het bijzonder werd gevraagd of die machtiging dan ook betrekking heeft op toetsing van, kort gezegd, de materiële gronden van de maatregel, waaronder de noodzaak en evenredigheid. Dat laatste is in ieder geval niet zo onder het EOB-regime, zo zagen we net.

In zijn antwoord zoekt het Hof aansluiting bij het systeem van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen. Het Hof ontwikkelt het argument dat het niet zo kan zijn dat wat onder die instrumenten niet is toegestaan (treden in de beoordeling van de materiële gronden van de maatregel), wél is toegestaan in het EOM-model, want dan zou dat model eerder minder, dan meer slagvaardig zijn dan de instrumenten van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen. Het praktisch belangrijke gevolg van deze uitspraak is dat nationale rechterlijke instanties door dit oordeel niet met verschillende uitgangspunten en regels worden geconfron-

38 HvJ EU 8 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1002 (*Staatsanwaltschaft Wien*).

39 HvJ EU 11 november 2021, ECLI:EU:C:2021:902 (*Gavanzov II*), par. 41.

40 HvJ EU 11 november 2021, ECLI:EU:C:2021:902 (*Gavanzov II*).

41 Vgl. EHRM 11 februari 2011, nr. 56716/09 (*Harju t. Finland*), 44.

42 Vgl. EHRM 18 maart 2021, nr. 42371/08 (*Tortladze t. Georgië*).

43 M.J. Borgers, 'Het Europees Openbaar Ministerie in de Nederlandse rechtsorde', *NTS* 2021, p. 563; M. Luchtman, 'Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland: Over zijn ondeelbaarheid en verhouding tot de Nederlandse strafrechter', *DD* 2021/9, p. 806.

44 Verordening 2017/1939 betreffende nauwere samenwerking bij de instelling van het Europees Openbaar Ministerie ('EOM'), *Pb EU* [2017] L 283/1.

teerd, naargelang zij met verschillende instrumenten (EOB, EOM) te maken hebben.⁴⁵ Het moet ook gezegd dat deze uitkomst zonder meer het best uitvoerbaar is, omdat de (rechterlijke) instanties in de behandelende lidstaat het best in het dossier zijn ingevoerd. Toepassing van buitenlands recht kan zo ook worden vermeden.⁴⁶

De grootste verrassing komt mijns inziens aan het einde van 's Hofs uitspraak. Want daar leest het een voorwaarde in die niet is terug te vinden in de tekst van de Verordening, in het bijzonder niet in artikel 31 lid 2 Verordening. Het Hof stelt namelijk de eis dat wanneer onderzoekshandelingen ernstig ingrijpen in grondrechten van betrokkenen, er moet zijn voorzien in een 'voorafgaande rechterlijke [mijn cursief] toetsing van de voorwaarden voor de rechtvaardiging en vaststelling van een toegewezen onderzoeksmaatregel, waarbij rekening moet worden gehouden met de vereisten van het Handvest waaraan de lidstaten op grond van zijn artikel 51, lid 1, bij de uitvoering van deze verordening moeten voldoen'.⁴⁷ Hier gaat het Hof dus verder dan het EVRM eist. Ook wijkt het af van het EOB-systeem, waar deze eis ten aanzien van doorzoekingen van woningen niet wordt gesteld. Verrest verklaart dit verschil met het argument dat de EOM-verordening lidstaten ertoe dwingt om bepaalde bevoegdheden beschikbaar te hebben (zie art. 30 EOM-verordening), zodat toepassing van het Handvest voor de hand ligt. Daarmee is dan evenwel nog niet gezegd dat en wanneer het Handvest een voorafgaande rechterlijke machtiging eist.⁴⁸ Toch stelt het Hof die eis nu, zonder nadere motivering.

Mijns inziens is deze stap van het Hof toe te juichen, maar is deze ook aanleiding tot veel meer vragen. Zo is momenteel onduidelijk welke onderzoeksbevoegdheden nu precies 'ernstige inmengingen in deze grondrechten' opleveren, waarvoor het Hof 'passende en toereikende waarborgen, zoals een voorafgaande rechterlijke toetsing, om de wettigheid en de noodzaak van dergelijke maatregelen te waarborgen' eist.⁴⁹ Ook is de vraag wat er dient te gebeuren wanneer aan de door Hof gestelde eisen niet is voldaan of wanneer zijn jurisprudentie onjuist is toegepast.⁵⁰ Verder rijzen er belangrijke vragen voor de nationale wetgever: is deze ontwikkeling bijvoorbeeld reden, of mede reden,⁵¹ om de normering van nationale opsporingsbevoegdheden onder ogen te zien, teneinde uiteenlopende wettelijke regimes te voorkomen? Zonder twijfel zullen er in de toekomst nog meer vragen aan het Hof worden gesteld.

Al met al heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak de institutionele eisen aan uitvaardigende zijde verzwaaard.

45 Vgl. HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913 (*Encrochat I*), waarin de Hoge Raad de kaders voor klassieke rechtshulpverzoeken, EOB's en gemeenschappelijke onderzoeksteams nadrukkelijk met elkaar in lijn brengt.

46 HvJ EU 21 december 2023, ECLI:EU:C:2023:1018 (GK), par. 69-70.

47 HvJ EU 21 december 2023, ECLI:EU:C:2023:1018 (GK), par. 73.

48 Verrest 2024, 182-183.

49 HvJ EU 21 december 2023, ECLI:EU:C:2023:1018 (GK), par. 75 en 78.

50 Zoals in rechtbank Rotterdam 23 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:533.

51 Vgl. in het kader van de ePrivacy-richtlijn ook HvJ EU 16 december 2021, ECLI:EU:C:2021:1020 (*HP*), par. 42-44.

De uitvaardigende autoriteit is ofwel zelf een rechter, ofwel diens beslissing is onderworpen aan rechterlijk toezicht, zodat de materiële gronden van de maatregel – direct of indirect – altijd door een rechter kunnen worden getoetst. Die eisen ondersteunen zo het wederzijds vertrouwen in de samenwerking en stellen de uitvaardigende autoriteiten in staat de Europese bevelen te erkennen en ten uitvoer te leggen. Opvallend is wel dat de eisen per categorie dwangmiddelen, bijvoorbeeld doorzoeking van een woning, niet altijd dezelfde zijn. Dat heeft naar ik vermoed vooral te maken met de omstandigheid dat de (tekst van de) EOB-richtlijn het Hof minder ruimte biedt dan bijvoorbeeld de EOM-verordening om dergelijke eisen te stellen. Omdat het EOB-systeem op zichzelf niet in strijd lijkt met bijvoorbeeld artikel 7 Hv, gebaseerd op artikel 8 EVRM,⁵² is er ook niet direct reden om dat aan te passen.

4. De positie van de uitvoerende autoriteit

Onder het systeem van wederzijdse erkenning zou de gedachte kunnen postvatten dat de rol van de uitvoerende autoriteit beperkt is tot het ten uitvoer leggen van buitenlandse bevelen, zonder al te veel beoordelings- of beleidsruimte ('u vraagt, wij draaien'). Inderdaad benadrukt het Hof van Justitie consequent dat de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen de hoofdregel is, gezien de doelstelling om een snel en efficiënt systeem van samenwerking tot stand te brengen, en dat er daarom slechts beperkte ruimte is voor weigering van samenwerking. Dat laatste betekent niet alleen dat weigering niet mogelijk is als het systeem er zelf niet uitdrukkelijk in voorziet, maar ook dat wanneer de mogelijkheid tot weigering wel bestaat, die niet per se moet worden benut. Wanneer het recht van de uitvoerende lidstaat bijvoorbeeld voorziet in de mogelijkheid om overlevering te weigeren omdat het gaat om eigen onderdanen of daarmee gelijkgestelde Unieburgers,⁵³ moeten de uitvoerende autoriteiten kunnen beoordelen in welke lidstaat een vrijheidsbenemende sanctie het best kan worden ondergaan in het licht van het re-integratiebeginsel. Zo kunnen zij bij executie-overleveringen de overlevering van een onderdaan toch toestaan – en dus geen gebruik maken van de relevante weigeringsgrond – als de overname van de tenuitvoerlegging van de straf diens re-integratie niet dient.⁵⁴ Inmiddels is een trend waarneembaar waarin ook wat betreft een aantal andere weigeringsgronden ruimte wordt gelaten voor de omstandigheden van het geval.⁵⁵

52 Zie immers noot 41 en 42.

53 Zo'n weigering is op basis van het kaderbesluit in ieder geval niet verplicht, integendeel; vgl. reeds HvJ EU 6 oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:616 (*Wolzenburg*), par. 58, 62.

54 Vgl. HvJ EU 29 juni 2017, EU:C:2017:503 (*Popławski I*), par. 21. Omgekeerd mogen zij de overlevering niet weigeren als de overname van de tenuitvoerlegging niet kan worden gegarandeerd, *ibid.* par. 22.

55 Vgl. Glerum 2022, p. 78 e.v.

Al met al zien we dat het Hof op deze wijze stilzwijgend het systeem van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen uitwerkt tot een breder concept van transnationale samenwerking tussen rechterlijke autoriteiten. Het gaat niet alleen meer om de erkenning van rechterlijke beslissingen, ook andere doelstellingen – re-integratie bijvoorbeeld – worden erin verdisconteerd, als daar ruimte voor bestaat. De uitvoering ervan is belegd bij rechters of daarmee vergelijkbare autoriteiten. De samenwerkende rechters worden consequent uitgenodigd om, waar dat gepast is en met inachtneming van ieders taken, met elkaar in dialoog te treden. Het Hof van Justitie voert daarbij de regie.

Een en ander roept de vraag op of ook aan het concept ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ eisen met betrekking tot haar onafhankelijkheid moeten worden gesteld en zo ja, voor welk type handelingen dan precies. Zeker waar het gaat om vrijheidsbenemende maatregelen, lijkt dat inderdaad het geval. In overleveringszaken is ook aan uitvoerende zijde vereist dat de uitvoerende autoriteit ofwel een rechter is, ofwel instanties zijn die ‘in die lidstaat deelnemen aan de strafrechtsbedeling, die onafhankelijk handelen in de uitoefening van de taken die inherent zijn aan de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel, en die hun taken uitoefenen in het kader van een procedure die voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit een effectieve rechterlijke bescherming.’⁵⁶ Impliciet is daarmee ook duidelijk dat het Hof *niet* eist dat de overleveringsbeslissing wordt genomen door een rechter, zolang een doeltreffende voorziening in rechte openstaat. Het ligt voor de hand dat een dergelijke eis dan ook niet wordt gesteld in het raamwerk van het EOB of het EOM.

De rol van de uitvoerende autoriteiten beperkt zich, het is al vaker gezegd, nadrukkelijk tot de tenuitvoerlegging van de maatregel en omvat dus niet een toets van de materiële gronden, zoals het bestaan van een verdenking, het onderzoeksbelang of de proportionaliteit van een uitgevaardigde maatregel. Daarmee is ook de omvang van de rechtsbescherming in die staat per definitie begrensd, zoals ook duidelijk wordt in het groeiend aantal uitspraken dat de Hoge Raad over het EOB heeft gedaan.⁵⁷ Op zichzelf creëert dit systeem een heldere werkverdeling tussen de samenwerkende rechters. Maar vooral in onderzoeken waarin veel documenten of data worden onderzocht, kent dit systeem ook risico’s in het licht van de eis van een doeltreffende voorziening in rechte (art. 47 Hv). Wanneer de uitvoerende autoriteiten zich niet mogen inlaten met de proportionaliteit van een maatregel en kennis van het dossier kan helpen bij het borgen van die proportionaliteit, kan er bij de interpretatie of inbeslagneming van bulkdata snel sprake zijn van een situatie waarin noch de uitgevaardigde autoriteit, noch de uitvoerende autoriteit, noch uiteindelijk de zittingsrechter (zie hierna) de noodzaak en evenredigheid van de feitelijke vergaring en verdere verwerking van de data of stukken toetst. De door de uitgevaardigde

autoriteit gevraagde – of opgelegde plicht tot – geheimhouding van stukken kan voor extra problemen zorgen in het licht van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte.⁵⁸ In dergelijke gevallen leidt de transnationale context van het onderzoek tot beperkingen van Handvestrechten die zich in nationale onderzoeken niet zouden voordoen.⁵⁹ Dat roept de vraag op of en hoe dergelijke beperkingen in het licht van artikel 47 en artikel 52 Hv kunnen worden gerechtvaardigd.⁶⁰ Op die belangrijke vraag bestaat – ik loop deels vooruit op de volgende paragraaf – naar mijn idee nog altijd geen bevredigend antwoord.

Bovendien is het zo dat een door een onderzoeksmaatregel getroffen persoon niet altijd de beschikking heeft over een rechtsmiddel in de uitvoerende lidstaat. Ook in dat geval komt de aanname dat de uitgevaardigde staat zich niet over de rechtmatigheid van de tenuitvoerlegging kan of zelfs mag uitlaten op losse schroeven te staan. De veronderstelling bij die aanname is immers dat zo’n toets niet is toegestaan *omdat* er in de uitvoerende staat een rechtsmiddel beschikbaar is. Er zijn evenwel situaties waarin het EU-recht het niet beschikbaar stellen van zo’n rechtsmiddel door het nationale recht toelaat, of mogelijk zelfs eist. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie over de bestuursrechtelijke handhavingssamenwerking is voorzichtig af te leiden dat een betrokkene in de procedure ten gronde niet per se een rechtsmiddel in de aangezochte staat hoeft toe te komen. Een rechtsmiddel lijkt in ieder geval wél vereist wanneer die persoon in die staat direct door de maatregel wordt geraakt, bijvoorbeeld omdat die persoon onder dreiging van sancties eraan moet meewerken of zo’n maatregel moet dulden.⁶¹ Maar in andere situaties – wanneer die persoon dus niet direct wordt geraakt door de gevraagde maatregel – staat het Hof een beperking op het door artikel 47 Hv gegarandeerde recht in de aangezochte lidstaat toe. ’s Hof’s motivering is zelfs van dien aard dat de vraag kan worden gesteld of het niet een eis van EU-recht is, ingegeven door (in het aangehaalde geval) de doeltreffende bestrijding van belastingfraude, dat zo’n beperking in de aangezochte staat geldt. Zou die lijn worden doorgetrokken naar het strafrecht, dan beschikt de verdachte in de uitgevaardigde lidstaat dus niet altijd over een rechtsmiddel waarmee deze de rechtmatigheid en proportionaliteit van de maatregel in de uitvoerende lidstaat kan laten toetsen. Toch kan zo’n persoon belang hebben bij een toets, omdat ook diens belangen, zij het indirect, door de maat-

56 HvJ EU 24 november 2020, ECLI:EU:C:2020:953 (AZ), par. 49, 54 en 56.

57 Vgl. HR 21 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1940.

58 Vgl. HR 7 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1227.

59 Dat die grondrechtenbescherming in nationale strafzaken wel bestaat, kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van het EHRM; *supra* noten 41 en 42.

60 Art. 14 lid 3, en art. 19 leden 1 en 2 EOB-Richtlijn voorzien, conform art. 52 lid 1 Hv, in een beperking van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in de uitvoerende lidstaat (art. 47 Hv). Daarmee is naar mijn idee nog niet gezegd dat compensatie in de ontvangende lidstaat niet nodig of geboden is.

61 Vgl. HvJ EU 16 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:373 (Berlioz), par. 50-52, en vooral HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:795 (État luxembourgeois), i.h.b.z. par. 80-84. Zie verder De Vries en Widdershoven 2023, p. 40-42.

gel zijn geraakt.⁶² De vraag die dan rijst, is of die beperking van artikel 47 Hv wordt aanvaard als een *fait accompli*, eigen aan de complexiteit van transnationale samenwerking, of dat van de rechter in de staat van be-rechting compenserende maatregelen worden verwacht. Het voorgaande overziend, kan worden gesteld dat het Hof van Justitie ook aan de uitvoerende kant de bakens heeft verzet en, vergeleken met het internationaal strafrecht, lidstaten minder ruimte laat. Met de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen als startpunt, moeten nationale rechterlijke autoriteiten ruimte krijgen voor rechterlijk handwerk, wat betekent dat facultatieve weigeringsgronden niet automatisch in dwingende weigeringsgronden mogen worden omgezet. De uitvoerende autoriteiten mogen voorts niet treden in de inhoud van de zaak, zo wordt ook duidelijk uit het voorgaande. Dat is aan de uitvaardigende autoriteiten.

Anderzijds valt op dat er van de uitvoerende autoriteiten dan weer best wat wordt gevraagd bij de beantwoording van de vraag of hun buitenlandse collega's wel 'rechterlijke autoriteit' in de zin van het toepasselijke rechtsinstrument zijn.⁶³ Ook wat betreft de beantwoording van mensenrechtenverweren – detentieomstandigheden bijvoorbeeld, of problemen met de rechterlijke onafhankelijkheid en het recht op een eerlijk proces⁶⁴ – moeten uitvoerende autoriteiten 'waakzaam' zijn,⁶⁵ maar zien we dat ze worstelen met het beoordelen van situaties en feiten die zich in het buitenland afspelen. Sommigen hebben treffend opgemerkt dat het Europese systeem zich ontwikkelt in de richting van een systeem van *mutual monitoring of supervision* in plaats van *mutual recognition*.⁶⁶ Dat zou men met enige goede wil kunnen beoordelen als positief, als dat zou leiden tot meer wederzijds vertrouwen en een verbetering van het rechtssysteem van de uitvaardigende staat (denk bijvoorbeeld aan betere detentiecondities in die staat). De vervolgvraag die dan moet worden gesteld, is of die verbeteringen ook daadwerkelijk worden doorgevoerd. Dat is vooralsnog zeker niet altijd het geval. De signalen die het Hof van Justitie hier aan de politiek en wetgever geeft, krijgen lang niet altijd follow-up met flankerend beleid of regelgeving (nieuwe minimumvoorschriften, bijvoorbeeld). Mede daarom kan de vraag worden gesteld waarom het Hof zoveel verantwoordelijkheid blijft leggen bij de *uitvoerende* autoriteiten, nu die (en de verdachte of andere betrokkenen evenmin) feitelijk niet of nauwelijks in de gelegenheid zijn om die rol te vervullen, omdat ze niet over de benodigde informatie beschikken en die ook niet altijd tijd kunnen verkrijgen.⁶⁷

62 Vgl. opnieuw HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:795 (*État luxembourgeois*), par. 71-74.

63 Een opvallende uitspraak in dat verband is HR 12 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:982, 2.7, waarin in het kader van een specialiteitsverweer wordt geaccepteerd dat de buitenlandse rechter, en niet de Nederlandse, moet beoordelen of het EAB door een bevoegde Nederlandse autoriteit is uitgevaardigd. Dat lijkt mij niet de consequentie te zijn van het systeem dat het Hof propageert.

64 Zie daarover ook de bijdrage van C. Peristeridou in dit themanummer.

65 HvJ EU 17 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*), par. 60.

66 Klip 2021, p. 649-651.

67 Daarover Luchtman en Tosza 2023; Klip 2021, p. 649-651.

De rechterlijke dialoog die dit proces zou moeten ondersteunen, levert lang niet altijd bevredigende resultaten op, omdat antwoorden door de uitvaardigende autoriteiten, om uiteenlopende redenen, met regelmaat te laat binnenkomen, helemaal uitblijven of niet precies genoeg zijn.⁶⁸ De Europese burger schiet daar feitelijk niet veel mee op; zowel handhavingsbelangen, maar zeker ook diens rechtsbescherming hebben er eerder last van.

5. De positie van de berechtende autoriteit

In het licht van alle inspanningen die de Europese wetgever zich heeft getroost om de samenwerking te verbeteren, valt op hoe weinig aandacht er is voor wat, met enige overdrijving, het sluitstuk van het systeem zou kunnen worden genoemd; in een op het beginsel van wederzijds vertrouwen gestoelde rechtsregel dat buitenlands bewijsmateriaal toelaatbaar is als bewijs in strafzaken voorziet het EU-recht, op een paar uitzonderingen na,⁶⁹ niet.⁷⁰ Dat was – en is nog steeds – een brug te ver voor veel lidstaten. In de EOB-richtlijn wordt op een later gebruik als bewijs van EOB-materiaal weliswaar geanticipeerd, doordat 'de uitvoerende autoriteit de door de uitvaardigende autoriteit uitdrukkelijk aangegeven vormvoorschriften en procedures in acht [neemt] (...) (art. 9 lid 2)',⁷¹ maar daarmee is een later gebruik van verkregen informatie als bewijs hoogstens gefaciliteerd en niet zeker gesteld. Hier hebben nationale rechters dus nog een aanzienlijke vrijheid in hoe ze omgaan met buitenlands bewijsmateriaal. Dat ligt wat betreft de rechterlijke waardering van de betrouwbaarheid van zulk materiaal ook wel voor de hand, maar geldt ook voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de vergaring of verstrekking van buitenlands bewijsmateriaal. De lijn van de Hoge Raad is hier duidelijk. Waar het gaat om onderzoekshandelingen die onder verantwoordelijkheid van buitenlandse autoriteiten zijn verricht, is de primaire verantwoordelijkheid van de Nederlandse rechter het borgen van het recht op een eerlijk proces.⁷²

68 Hierover ook C. Peristeridou in dit themanummer, met verdere verwijzingen.

69 Art. 37 EOM-verordening en art. 11 Verordening 883/2013 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF), *Pb EU* [2013] L 248/1, zoals gewijzigd bij Verordening 2020/2223, *Pb EU* [2020] L 437/49. Zie verder K.H.P. Bovend'Eerd, *The protection of fundamental rights in OLAF composite enforcement procedures*, Springer 2024.

70 Zie verder L. Bachmaier Winter en F. Salimi (red.), *Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings - Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights*, Oxford: Hart 2024; A.J. de Vries, *Evidence and Transnational Punitive Enforcement Proceedings in the European Union*, Den Haag: Eleven 2024.

71 Voor de EOM-context, zie art. 32 EOM-verordening.

72 Opmerkelijk is dat de Hoge Raad heeft verduidelijkt dat de strafrechter ook 'tot uitgangspunt mag nemen dat onderzoek dat onder verantwoordelijkheid van buitenlandse autoriteiten is uitgevoerd, op zodanige wijze is verricht dat de door dat onderzoek verkregen resultaten betrouwbaar zijn', behoudens concrete aanwijzingen voor het tegendeel; HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913 (*Encrochat I*), 6.6.

Het is de Nederlandse rechter niet toegestaan te treden in een toetsing van die onderzoekshandelingen aan buitenlands recht of aan artikel 8 EVRM. Dat laatste is zo, volgens de Hoge Raad, omdat aan schending van artikel 8 EVRM in de strafzaak geen rechtsgevolgen hoeven te worden verbonden, op voorwaarde althans dat het recht op een eerlijk proces wordt gewaarborgd en ‘het in de Nederlandse strafzaak niet ten toets staande buitenlandse recht [niet] van doorslaggevend beteken is voor de beoordeling van de gerechtvaardigheid van een dergelijke inbreuk’.⁷³ Alleen wanneer een buitenlandse rechter zelf heeft geconstateerd dat er bij de vergaring of verstrekking van bewijsmateriaal onrechtmatigheden zijn begaan, kan de Nederlandse rechter, met analoge toepassing van de criteria van artikel 359a Sv, daar eventueel gevolgen aan verbinden.⁷⁴ Recent, in *Encrochat I*, heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat dit systeem samenhangt met de soevereiniteit van die staat, die op grond van artikel 13 EVRM er bovendien toe gehouden is een daadwerkelijk rechtsmiddel te bieden.⁷⁵ Nadat hij in *Encrochat I* eerst een analyse gaf van de ‘klassieke rechtshulp’, paste hij de dragende uitgangspunten en overwegingen vervolgens mutatis mutandis toe op het EOB en op Joint Investigation Teams, die gestoeld kunnen zijn op een EU-regeling. Zo betrok de Hoge Raad de EU-regels nadrukkelijk op die van het internationale strafrecht.

De aanpak oogt op het eerste gezicht verdedigbaar, zeker in internationale zaken. Vooral wanneer in het buitenland verrichte onderzoekshandelingen op verzoek van de autoriteiten van de berechtende staat zijn verricht, lijken vragen die raken aan de beoordeling van de rechtmatigheid ervan een technische kwestie te zijn.⁷⁶ Een toets van de materiële gronden is immers mogelijk in de verzoekende of uitvaardigende staat. De toets in de aangezochte of uitvoerende lidstaat kan bijgevolg beperkt blijven tot formele aspecten en de vraag of de voorwaarden voor samenwerking zijn vervuld. Niettemin kunnen er toch belangrijke vragen rijzen, bijvoorbeeld wanneer de buitenlandse autoriteiten wordt gevraagd grote hoeveelheden gegevens of documenten te vergaren, te selecteren, te compileren of anderszins te bewerken. Dan rijzen mogelijk ook ingewikkelde vragen over bijvoorbeeld het verschoningsrecht van geheimhouders of de transparantie van die gegevensverwerking, zoals in de *Encrochat*-onderzoeken. In lang niet alle gevallen, en zeker niet bij digitale opsporing, is de toets van de tenuitvoerlegging van een onderzoeksmaatregel dus een technische kwestie die goeddeels wordt gedekt door een voorafgaande rechterlijke mach-

tiging. Hier ligt, zoals ik hiervoor al schreef, een systeembreuk op de loer. De aangezochte of uitvoerende staat mag niet treden in de inhoud van het verzoek of bevel, terwijl de berechtende staat zich niet uitlaat over de uitvoering ervan. Extra complicaties doen zich voor wanneer in de uitvoerende staat geheimhouding moet worden betracht of rechtsmiddelen voor de verdachte niet voorhanden zijn (zie eveneens hiervoor). In de specifieke setting van de EU leveren deze omstandigheden naar mijn mening een beperking op van artikel 47 Hv, die ofwel moet worden gecompenseerd ofwel een rechtvaardiging behoeft in de zin van artikel 52 lid 1 Hv, wil zo’n beperking althans geen schending van artikel 47 Hv worden.

Een van de meest spannende vragen op dit moment is hoe dergelijke situaties door het Luxemburgse Hof zullen worden beoordeeld. Een eerste horde die daarbij zal moeten worden genomen is of we hier te maken hebben met een situatie die wordt bestreken door het Unierecht en dus of het Handvest van toepassing is. Het bewijsrecht is immers in hoge mate een nationale aangelegenheid.⁷⁷ Het staat de feitenrechter vrij buitenlands materiaal te gebruiken, of niet. Met name in het laatste geval kan worden betoogd dat door de beslissing om het materiaal *niet* te gebruiken, de band met het Unierecht effectief is doorgesneden, zelfs al is het materiaal op basis van een EOB vergaard.⁷⁸ In dat geval blijft dan wel de vraag open hoe de uitvaardigende staat een doeltreffende voorziening in rechte biedt tegen de uitvaardiging van het EOB, als de zittingsrechter daar zijn handen van af heeft gehaald (en aangenomen bovendien dat het daadwerkelijk tot een zitting komt). Opmerking verdient daarenboven dat het de nationale rechter niet altijd zal vrijstaan dergelijk materiaal niet te gebruiken, in het bijzonder niet wanneer daardoor een effectieve handhaving van het Unierecht niet meer mogelijk is.

Wat betreft de situatie dat de zittingsrechter het uit een andere EU-staat verkregen materiaal wél als bewijs wil gebruiken, is duidelijk dat zo’n situatie wordt bestreken door EU-recht. Dat kan, wat betreft de EOB-richtlijn, reeds worden afgeleid uit artikel 14 lid 7.⁷⁹ Wel is de vraag wat de precieze betekenis van dat artikellid is. In een wat raadselachtige formulering bepaalde het Hof van Justitie onlangs in *Encrochat* dat wat ‘in het bijzonder het recht op een eerlijk proces betreft, er met name aan [zij] herinnerd dat een rechterlijke instantie, wan-

73 HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010, 4.4.1. Deze tweede voorwaarde komt niet terug in HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913 (*Encrochat I*).

74 HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913 (*Encrochat I*), 6.5.2.

75 HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913 (*Encrochat I*), 6.5.2.

76 In *Encrochat* heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat – in geval een EOB strekt ter verkrijging van door de uitvoerende staat reeds voorhanden zijnd materiaal – ‘het de uitvaardigende autoriteit(...) niet is toegestaan de rechtmatigheid te controleren van de afzonderlijke procedure waarbij de uitvoerende lidstaat het bewijsmateriaal heeft vergaard waarvan zij om overdracht verzoekt’, HvJ 30 april 2024, zaak C-670/22 (*Encrochat*), ECLI:EU:C:2024:372, par. 100.

77 Vgl. ook HvJ EU 30 april 2024, ECLI:EU:C:2024:372 (*Encrochat*), par. 129-130.

78 Zie ook De Vries en Widdershoven 2023, p. 53-63. Vgl. in een andere, niet-strafrechtelijke context R. Widdershoven and P. Craig, ‘Pertinent issues of judicial accountability in EU shared enforcement’, p. 349-350, in M. Scholten en M. Luchtman (eds.), *Law enforcement by EU authorities*, Cheltenham: Edward Elgar 2017.

79 Omwille van de leesbaarheid hier aangehaald: ‘Indien de erkenning of tenuitvoerlegging van een EOB met succes is aangevochten, wordt daarmee in de uitvaardigende staat in overeenstemming met het eigen nationale recht rekening gehouden. Onverminderd de nationale procedurele voorschriften zorgen de lidstaten ervoor dat, bij het beoordelen van het middels het EOB verkregen bewijsmateriaal, de rechten van de verdediging en het eerlijke verloop van de procedures tijdens een strafprocedure in de uitvaardigende staat worden gewaarborgd.’

neer zij van oordeel is dat een partij niet in de gelegenheid is om doeltreffend commentaar te leveren op bewijsmateriaal dat een doorslaggevende invloed kan hebben op de beoordeling van de feiten, moet vaststellen dat het recht op een eerlijk proces hierdoor wordt geschonden, en dat bewijsmateriaal moet uitsluiten om die schending te voorkomen (...)⁸⁰ Partijen moeten dus in de gelegenheid zijn (geweest) om effectief commentaar te leveren op potentieel doorslaggevend bewijsmateriaal. Zo niet, dan kunnen zij het materiaal niet als bewijs gebruiken zonder het recht op een eerlijk proces te schenden.

Maar welke invulling aan het recht op een eerlijk proces wordt daarbij gegeven? Op het eerste gezicht lijken Hoge Raad en Hof van Justitie hetzelfde te zeggen: gebruik van buitenlands materiaal is toegestaan zolang het recht op een eerlijk proces is gewaarborgd. Beide rechters kijken daarbij ook, meer of minder expliciet, naar de bekende Straatsburgse jurisprudentie.⁸¹ Toch denk ik dat er een verschil is. De Hoge Raad leidt uit die jurisprudentie af dat een toets aan artikel 8 EVRM niet nodig is zolang het recht op een eerlijk proces is gewaarborgd. Dat lijkt mij een circulaire overweging te zijn. De vraag is nu juist of het recht op een eerlijk proces meebrengt dat in strafzaken over vermeende schendingen van verdragsrechten kan worden geklaagd, nog los van de reactie die dan zou moeten volgen. Het Luxemburgse Hof volgt mijns inziens een andere koers dan de Hoge Raad. In *Encrochat* trekt het de lijn die werd ingezet in arresten als *Prokuratuur*⁸² door naar het transnationale niveau. Het stelt dat waar door de verdachte geen doeltreffend commentaar kan worden geleverd op materiaal dat met schending van 'de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen'⁸³ werd verkregen, het gebruik ervan als bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces als dat materiaal van doorslaggevende betekenis is voor de zaak. Het komt mij voor dat wanneer het leveren van zulk doeltreffend commentaar niet ook de rechtmatigheid van de vergaring of verstrekking ervan omvat, de bescherming van die EU-rechten, zoals het recht op de eerbiediging van het privéleven (art. 7 Hv), een holle leus is.

Het verschil in opvatting wordt met name in transnationale zaken zichtbaar, omdat de Hoge Raad daar een toets aan buitenlands recht en artikel 8 EVRM heeft geblokkeerd, mede om redenen van soevereiniteit. Ik houd het erop dat het Hof van Justitie daarentegen meent dat ook de rechtmatigheid van de vergaring en verstrekking van materiaal door de zittingsrechter moet worden getoetst als het gaat om doorslaggevend bewijs.⁸⁴ Ik ver-

moed bovendien dat dat uitsluitend zo is – dat zegt het Hof niet uitdrukkelijk – in gevallen waarin aan de verdachte geen doeltreffende voorziening in rechte kon worden geboden in de uitvoerende staat.⁸⁵

Is die conclusie juist, dan rijst de vraag wat het voorwerp van die toetsing is en hoe intensief ze moet zijn. Het Hof spreekt als gezegd in *Encrochat* over 'door het Unierecht verleende rechten' en eist dat wanneer die rechten in het gedrang zijn, lidstaten procedureregels vaststellen voor 'rechtsoverdrachten die ertoe strekken de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, te beschermen'. Inhoud en vorm van die regels, zoals ons artikel 359a Sv, zijn aan de lidstaten, op voorwaarde dat 'die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke situaties naar nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel)'.⁸⁶ Op grond van de eerste voorwaarde zou met een beroep op de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen worden betoogd dat 'Europees bewijsmateriaal' niet anders hoeft te worden behandeld dan 'internationaal bewijsmateriaal'. Maar dan geldt ook nog de tweede voorwaarde. Ik vermoed dat een categorische blokkade van een rechtmatigheidstoetsing zoals door de Hoge Raad ingevoerd in internationale strafzaken, een toets aan die tweede voorwaarde niet zal doorstaan.

De vervolgvraag die dan rijst, is of het toepasselijke EU-instrument, in dit geval de EOB-richtlijn, aan betrokkenen wel 'rechten' verleent. Veeleer zullen betrokken personen immers onderzoekshandelingen moeten dulden of ondergaan. In navolging van *Berlioz* kan worden betoogd dat er niettemin door het Unierecht verleende rechten in het geding kunnen zijn, bijvoorbeeld omdat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij EOB-handelingen in het geding komt.⁸⁷ Weliswaar ging het in die laatste (fiscale bijstands)zaak over de toepassing van artikel 47 Hv in de aangezochte lidstaat (en niet de berechtende lidstaat), maar dat lijkt niet doorslaggevend voor 's Hof's bevinding dat '[w]at meer bepaald het vereiste van een door het recht van de Unie gewaarborgd recht in de zin van artikel 47 van het Handvest betreft, in herinnering [moet] worden gebracht dat uit vaste rechtspraak volgt dat de bescherming tegen ingrepen van het openbaar gezag in de privésfeer van een natuurlijke of rechtspersoon die willekeurig of onredelijk zouden zijn, een algemeen beginsel van het Unierecht vormt'.

Indien ook dat juist is, is de derde vraag hoe intensief die toetsing moet zijn. Het Hof spreekt in *Encrochat* over situaties waarin is gehandeld 'in strijd met de voorschriften van Unierecht'. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat het in ieder geval gaat om de fundamentele

80 HvJ EU 30 april 2024, ECLI:EU:C:2024:372 (*Encrochat*), par. 105, 131.

81 Zie EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97 (*Khan tegen Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02 (*Bykov t. Rusland*), 89-92; EHRM 15 februari 2024, nr. 19920/20 (*Škoberne t. Slovenië*), 146. Het gaat in al deze gevallen overigens om nationale strafzaken, dus zonder 'buitenlandse elementen'.

82 HvJ EU 2 maart 2021, EU:C:2021:152 (*Prokuratuur*).

83 HvJ EU 30 april 2024, ECLI:EU:C:2024:372 (*Encrochat*), par. 129.

84 Zo lees ik althans de relevante overwegingen in HvJ EU 30 april 2024, ECLI:EU:C:2024:372 (*Encrochat*), par. 126-131.

85 Zie voor de situatie dat in het buitenland al wel een beoordeling heeft plaatsgevonden art. 14 lid 7 eerste volzin EOB-richtlijn. Zie, in de context van het EOM, ook Luchtman 2021.

86 HvJ EU 30 april 2024, ECLI:EU:C:2024:372 (*Encrochat*), par. 129.

87 HvJ EU 16 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz*), par. 44-52.

beginselen van Unierecht, de relevante bepalingen uit het Handvest en bepalingen van de EOB-richtlijn zelf, mogelijk beperkt tot gevallen waarin die richtlijnbe-
palingen rechten aan betrokkenen verlenen.⁸⁸ Of het Hof ook zal aanvaarden dat aan buitenlands recht wordt ge-
toetst dat dient ter omzetting van de EOB-richtlijn – bij-
voorbeeld nationale bepalingen die de inzet van dwang-
middelen in een EOB-procedure mogelijk maken – staat
nog te bezien. In enigszins verwante uitspraken heeft
het Hof die conclusie vooralsnog niet getrokken,⁸⁹ mo-
gelijk ook omdat het tegengestelde oordelen door rech-
ters uit verschillende rechtsordes wil voorkomen. Som-
migen hebben een marginale toets bepleit en erop ge-
wezen dat nationale rechters hier – zolang specifieke
regels ontbreken – op de voet van artikel 4 lid 3 VEU met
elkaar zouden kunnen samenwerken.⁹⁰ Zo'n marginale
toets zou een toets kunnen zijn op manifeste willekeur
bij de uitvoering van een EOB – inclusief manifeste
wetsschendingen in de uitvoerende staat – en manifeste
onevenredigheid, te beoordelen in het licht van de zo-
juist genoemde bronnen van EU-recht (met name de al-
gemene beginselen van Unierecht en het Handvest). He-
lemaal scherp zal de afbakening met buitenlands recht
evenwel nooit te maken zijn, omdat het nationale recht
ter omzetting van de bepalingen van de EOB-richtlijn
(inclusief de bepalingen die machtigen tot dwangmid-
delen en dergelijke) binnen de reikwijdte van het Unie-
recht en dus het Handvest vallen.

6. Concluderende opmerkingen

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon
is de structuur van de Europese strafrechtelijke samen-
werking veranderd. De belangrijkste architect van die
wijzigingen is het Hof van Justitie geweest. Gaandeweg
heeft het Hof duidelijk gemaakt dat de Europese instru-
menten voor strafrechtelijke samenwerking, ook al lij-
ken ze taalkundig vaak nog op de inhoud van internati-
onaalrechtelijke samenwerkingsverdragen, zijn gestoeld
op andere uitgangspunten en principes. Het Hof heeft
daarbij zowel oog voor de rol en taak van de partijen die
om assistentie vragen ('uitvaardigende' of 'behandelen-
de' autoriteiten), als voor de partij die assistentie ver-
leent ('uitvoerende' of 'assisterende' autoriteiten). Met

88 Zie specifiek wat betreft art. 31 EOB-richtlijn, HvJ EU 30 april 2024, ECLI: EU:C:2024:372 (*Encrochat*), par. 120-125. De Hoge Raad kwam met be-
trekking tot art. 31 EOB-richtlijn tot een heel andere conclusie, zie HR
13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913 (*Encrochat I*), par. 6.23.

89 Vgl. HvJ EU 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:308 (*FSL Holdings*), waarover
M. Luchtman, A. Karagianni en K. Bovend'Eerd, 'EU administrative inves-
tigations and the use of their results as evidence in national punitive pro-
ceedings', in F. Giuffrida en K. Ligeti (red.), *Admissibility of OLAF Final Re-
ports as Evidence in Criminal Proceedings*, Luxemburg: Universiteit Luxem-
burg 2019, p. 20; De Vries en Widdershoven 2023, p. 58-59. In die uitspraak
ging het over door nationale strafrechtelijke autoriteiten verstrekt mate-
riaal in een Europese mededingingszaak.

90 De Vries en Widdershoven lijken in hun artikel eveneens een middenweg
– een meer marginale toepassing van buitenlandse opsporingshandelin-
gen – te bepleiten (2023, p. 53-64).

deze 'dubbele oriëntatie'⁹¹ bouwt het Hof verder aan het
systeem van transnationale samenwerking waarin het
nadrukkelijk een plaats inruimt voor het recht op een
doeltreffende voorziening in rechte (art. 47 Hv). Het Hof
lijkt bovendien vast van plan om waar mogelijk de dra-
gende concepten en uitgangspunten van de Europese
strafrechtelijke samenwerking zoveel mogelijk uniform
te hanteren, ook al verschillen de onderliggende instru-
menten nogal eens in bewoordingen. Naar mijn indruk
heeft het Hof daarmee een minder zichtbare, maar per
saldo minstens even grote bijdrage geleverd aan de ont-
wikkeling van de Ruimte van vrijheid, veiligheid en
recht als de voornoemde ABC-richtlijnen.

In 's Hofs ogen staat het beginsel van wederzijdse erken-
ning van rechterlijke beslissingen voorop, maar tevens
bleek dat het oog heeft voor het 'rechterlijk handwerk',
met ruimte voor op het individuele geval toegespitste
beoordelingen. De strafrechtelijke samenwerking is in 's
Hofs ogen nadrukkelijk een zaak van rechters (of autori-
teiten onder direct rechterlijk toezicht), met een duide-
lijke onderlinge taakverdeling. Een en ander betekent
ook het nodige voor de Nederlandse rechter, niet alleen
voor de gespecialiseerde internationale rechtshulpka-
mer van de rechtbank Amsterdam (overlevering) of de
penitentiaire kamer van het gerechtshof Arnhem-Leeu-
warden (WETS), maar steeds meer en steeds vaker ook
voor alle overige rechters-commissarissen, beklagrech-
ters, kortgedingrechters en zittingsrechters in den lan-
de.

Aan de uitvaardigende zijde zet het Hof sterk in op de
institutionele inbedding van de 'rechterlijke autoritei-
ten', met als centraal idee dat de wederzijdse erken-
ningsinstrumenten zijn toegespitst op autoriteiten die
een bijdrage leveren aan de strafrechtsbedeling en liefst
onafhankelijk zijn (zeker bij zware grondrechtsinbreu-
ken), alsmede dat aan de uitvaardigende zijde is voor-
zien in effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv). De
materiële toets van de gevraagde maatregel (verden-
king, onderzoeksbelang, proportionaliteit van de maat-
regel) is in 's Hofs optiek immers belegd aan de uitvaar-
digende kant.

Ook aan uitvoerende zijde is er veel aandacht voor de
institutionele inbedding van de uitvoerende autoritei-
ten, maar is de reden daarvoor een iets andere. Als
hoofdreel staat fier overeind dat buitenlandse rech-
terlijke beslissingen worden erkend en ten uitvoer gelegd.
In gevallen waarin er ruimte is voor de toepassing van
weigeringsgronden, wenst het Hof in de uitvoerende
staat een op het geval toegespitste beoordeling van de
casus door een rechterlijke autoriteit, geen automati-
sche toepassing van weigeringsgronden op basis van
nationaal recht. Intussen lijken de uitvoerende autori-
teiten via het concept van de rechterlijke dialoog meer
en meer verstrikt geraakt in een rol als 'their brother's
keeper'. Het Hof spoort hen enerzijds aan waakzaam te
zijn, maar legt de lat voor niet-erkenning van buiten-
landse rechterlijke beslissingen tegelijk heel hoog. De
vraag is wat daarmee dan precies wordt gewonnen, zo-

91 Verrest 2024, p. 181.

wel wat betreft een effectieve rechtshandhaving, als wat betreft de rechtsbescherming van Europese burgers. Belangwekkende ontwikkelingen zijn er ook wat betreft de positie van de berechtende autoriteit. Dit is vrijwel onontgonnen gebied en mede daarom zijn hier, meen ik, verschillen in opvatting te zien tussen de Hoge Raad en het Hof van Justitie. Ietwat scherp gesteld lijkt het erop dat de Hoge Raad de Europese samenwerking richting de internationale samenwerking trekt, terwijl het Hof van Justitie juist de andere kant opgaat. Dat speelt nadrukkelijk bij de waardering van buitenlands onrechtmatig bewijsmateriaal. De premisse dat effectieve rechtsmiddelen in de andere staat gewaarborgd zijn, zodat de Nederlandse strafrechter daarnaar niet hoeft te kijken, gaat lang niet altijd op. Beperkingen op artikel 47 Hv in de transnationale samenwerking kunnen voortvloeien uit geheimhoudingsverplichtingen, vanwege het belang van het (Nederlandse) onderzoek. Denkbaar is ook dat de verdachte in de uitvoerende staat geen rechtsmiddel toekomt of zelfs hoeft toe te komen.⁹² Soms kent het rechtssysteem in die staat gebreken, waardoor een rechtsmiddel ten onrechte niet beschikbaar is. Naar mijn idee wordt dit probleem vaak – bewust of niet – ‘kleiner’ gemaakt dan het is. De uitvoering van rechtshulpverzoeken, EOB’s of andere vormen van assistentie, zou een technische kwestie zijn, waarin in de uitvoerende lidstaat in hoofdzaak op vorm wordt getoetst en waarover de zittingsrechter zich niet al te veel zorgen moet maken. Maar juist in de digitale opsporing is dat niet altijd meer zo. Daarbij komt dat deze kwestie ook raakt aan de wezenskenmerken van wat ik versta onder ‘een rechtsruimte’. In strafzaken waarin een rechter op formele gronden weigert om te treden in de beoordeling van de rechtsmatigheid van in het buitenland verrichte handelingen, blijft onherroepelijk twijfel en ruis achter, in ieder geval als blijkt dat de verdediging er alles aan heeft gedaan om de kwestie ook in die andere lidstaat aan te kaarten en daar nul op het rekest kreeg. Ten slotte, de verdere ontwikkeling van de rechtsruimte ligt natuurlijk ook – juist – bij de samenwerkende wetgevers, op nationaal en Europees niveau. Aan de uitvaardigende zijde zou een gecoördineerd Europees systeem van rechtsmiddelen een flink aantal van de hiervoor besproken problemen oplossen en de uitvoerende autoriteiten kunnen verlossen van al het ‘gemonitor’ waarmee ze nu zijn belast.⁹³ Veelvoorkomende mensenrechtelijke problemen in de samenwerking – normering van detentieomstandigheden bijvoorbeeld – zijn een goede kandidaat voor minimumregels op Europees niveau en die regels zouden niet beperkt moeten zijn tot strafrechtelijke samenwerking, maar de gehele nationale strafrechtspeling moeten omvatten. En als er dan toch voorstellen moeten worden gedaan, is ondersteuning van de positie van de verdediging in transnationale zaken in mijn ogen bepaald geen overbodige luxe. Het-

zelfde geldt voor deugdelijke ondersteuning van de samenwerkende rechters.⁹⁴

Ook nationale wetgevers kunnen het systeem van samenwerking effectief en proactief ondersteunen, en het daarmee effectiever laten zijn zowel vanuit een oogpunt van rechtshandhaving, als van rechtsbescherming. Wat specifiek ten aanzien van Nederland opvalt, is de afwachtende houding die onze wetgever aanneemt. Mede daardoor is thans onduidelijk waarop moet worden ingezet – is er bijvoorbeeld, gezien alle ontwikkelingen op Europees⁹⁵ (én nationaal)⁹⁶ niveau, een structurele versterking van het kabinet van de rechter-commissaris nodig, of niet?

Of die handschoen door de Europese en nationale wetgevers zal worden opgenomen, hangt van af van de vraag hoe hoog de ervaren urgentie is. Het is niet uitgesloten dat juist problemen met betrekking tot de rechtsbescherming zo’n gevoel van urgentie creëren. Het Hof van Justitie heeft al wel vaker ‘tot actie uitnodigende signalen’ gegeven. Toen het Nederlandse OM als gevolg van de hiervoor genoemde rechtspraak geen uitvaardigende autoriteit in overleveringszaken meer kon zijn, bleek het mogelijk de Overleveringswet in zes weken te wijzigen.⁹⁷ Hoog tijd dat deze discussie wordt opgepakt en dat de samenwerkende wetgevers het initiatief hernemen, al is het maar omdat men zo voorkomt dat men achter de feiten aan rent, met alle gevolgen voor de rechtspraktijk van dien.

92 Vgl. opnieuw noot 61.

93 Zo ook Klip 2021, p. 579-580 en 646-647.

94 Het bestuursrechtelijke denken is op dit punt mijns inziens verder ontwikkeld, bijvoorbeeld met voorstellen over horizontale prejudiciële verwijzingsprocedures, maar ook daar staat allerm minst vast dat die in de literatuur bepleite opvattingen zullen worden gevolgd; vgl. I. Karagianni, *The protection of fundamental rights in composite banking supervision procedures*, Zutphen: Europa Law Publishing 2022, en ook L. Wissink, *Effective legal protection in banking supervision*, Zutphen: Europa Law Publishing 2021. Voor een soortgelijk betoog in het strafrecht, zie De Vries 2024, p. 726 e.v.

95 Daarover uitvoerig Verrest 2024, p. 198-209.

96 Vgl. HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.

97 Wet van 10 juli 2019 tot wijziging van de Overleveringswet in verband met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de gevoegde zaken C-508/18 OG en C-82/19 PPU PI, *Staatsblad* 2019, 259. Andere wetswijzigingen in de Overleveringswet kwamen daarentegen aanzienlijk trager tot stand, ondanks het feit dat Nederland meerdere malen op de vingers werd getikt voor de gebrekkige implementatie van het Kadberbesluit.