

Kroniek van het Europees strafrecht

Michiel Luchtman¹

Vanwege de enorme hoeveelheid aan ontwikkelingen – die lang niet allemaal in de zelfde richting gaan – biedt deze kroniek een globaal overzicht. Een aantal ontwikkelingen die worden gesignaleerd liggen in de periferie van de strafrechtspleging, en een aantal andere raken de grondslagen van ons strafvorderlijk systeem en de taakopvatting van alle actoren erin ten diepste. Aan de orde komen achtereenvolgens de Brexit, de rechtsstatelijke situatie in een aantal lidstaten en de gevolgen ervan voor de strafrechtelijke samenwerking, de impact van het Handvest en de verdedigingsrichtlijnen op het nationale strafprocesrecht, de oprichting van het EOM en de Nederlandse deelname eraan, de overlevering, het voorstel voor een Europees vertrekkings- en bewaringsbevel en, ten slotte, als uitleiding de link tussen dit alles en de Modernisering strafvordering.

1. Inleiding

De laatste kroniek van het Europees strafrecht verscheen in april 2016.² Toen schreef ik dat de Europese Unie geopolitiek zwaar onder druk stond. Dat is nog steeds zo. Tegelijkertijd kenmerkte de afgelopen periode zich door een flinke wetgevende bedrijvigheid en een zich steeds verder ontwikkelende rechtspraak, waarin met name het Hof van Justitie – daartoe overigens in een flink aantal gevallen uitgenodigd door de Rechtbank Amsterdam – gestaag werkt aan de nadere contouren van de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht. Er waren dus de nodige conflicten, maar ook veel signalen die het enorme belang van Europese strafrechtelijke samenwerking benadrukken.

Een telkens terugkerend punt van discussie hierbij is en blijft het ‘verhaal’ – het narratief – dat hoort bij de Europese strafrechtelijke samenwerking in ruime zin, dus op wetgevend, operationeel en rechtsprekend vlak. Is deze samenwerking een zaak van vertrouwen tussen gelijkwaardige lidstaten (equivalentie-model), of kan daarmee niet worden volstaan en is er een diepere mate van integratie nodig (integratie-model)? De gezichtspunten hierover verschillen nogal.³ De discussie is vooral nieuw leven ingeblazen door de mensenrechtensituatie in een aantal lidstaten. Daar stelt het vraagstuk zich momenteel het scherpst. De afgelopen periode kwam een aantal pijnpunten in de samenwerking – bijvoorbeeld de erbarmelijke detentie-omstandigheden in een aantal lidstaten – aan het licht. Ze hebben geleid tot aanzienlijke verdragen in de uitvoering van Europese verzoeken/bevelen tot samenwerking en tot een forse toename van het aantal weigeringen daarvan, maar ook – in een aantal gevallen

althans – tot forse investeringen in de detentiecapaciteit in de betrokken landen. Hoe deze ontwikkelingen moeten worden geduid is nog niet goed aan te geven. Zijn ze het bewijs van het feit dat het systeem van samenwerking en onderling vertrouwen is gebaseerd op een te optimistische, mogelijk zelfs onjuiste premisse of is het zo dat dat systeem – indirect – een enorme stimulans geeft aan het verbeteren van de mensenrechtensituatie in die landen en daarmee in de gehele Europese rechtsruimte, die anders – onder bijvoorbeeld het internationaalrechtelijke regime van samenwerking – niet zou hebben plaatsgemaakt?⁴ Een eenduidig antwoord hierop kan ik nog niet geven. Er is teveel in beweging, zeker met betrekking tot de recente ontwikkelingen in Polen en Hongarije, en mogelijk nog andere lidstaten.

Vanwege de enorme hoeveelheid aan ontwikkelingen – die als gezegd lang niet allemaal in de zelfde richting gaan – kan deze kroniek alleen maar een globaal overzicht bieden. Hieronder komen achtereenvolgens aan de orde de Brexit, de rechtsstatelijke situatie in een aantal lidstaten en de gevolgen ervan voor de strafrechtelijke samenwerking, de impact van het Handvest en de verdedigingsrichtlijnen op het nationale strafprocesrecht, de oprichting van het EOM en de Nederlandse deelname eraan, de overlevering, het voorstel voor een Europees vertrekkings- en bewaringsbevel en, ten slotte, als uitleiding de link tussen dit alles en de Modernisering strafvordering. Het voorgaande betekent dat ik (helaas opnieuw) de ontwikkelingen op het terrein van gegevensuitwisseling en databescherming laat liggen. In deze inleiding vermeld ik ten slotte het voorstel voor een verordening inzake de wederzijdse erkenning van bevroeringsbevelen en confiscatiebe-

velen⁵ en de richtlijnen op het terrein van het materiële strafrecht,⁶ zonder deze verder te bespreken.

2. Brexit

In de vorige kroniek is beschreven hoe afwijkend de positie van het Verenigd Koninkrijk op het terrein van de strafrechtspiegeling is ten opzichte van die van andere landen.⁷ Al die bijzondere voorzieningen – men zou zelfs kunnen zeggen: voorrechten – hebben uiteindelijk weinig invloed gehad op de uitkomst van het op 23 juni 2016 gehouden Brexit-referendum. Brexit zorgt ook op strafrechtelijk terrein voor ongerustheid, bij de (ik noem het gemakshalve even) Britse regering, maar ook op het continent.⁸ Vanuit Britse hoek bestaan er zorgen dat men straks de toegang verliest tot succesvolle instrumenten als het Europees Arrestatiebevel, Eurojust, Europol, alsmede de Europese databestanden ter voorkoming en bestrijding van criminaliteit. Aan de andere kant van de onderhandelingstafel wordt gesteld dat het van tweeën een is: bij een deelname aan het systeem van het Europees Arrestatiebevel hoort de aanvaarding van de jurisdictie van het Hof van Justitie en de bouwstenen waarop het EAB-systeem is gestoeld en die wederzijds vertrouwen waarborgen en versterken, inclusief de concepten van Europees burgerschap, het Handvest van de Grondrechten, en het aan het EAB-systeem ten grondslag liggende vrije verkeer van personen.

Op al deze punten is er weinig duidelijkheid. Er wordt druk nagedacht over alternatieven, maar het is twijfelachtig of die haalbaar zijn. Een van de opties waarover wordt gesproken is een overeenkomst, zoals de EU die met Noorwegen en IJsland heeft afgesloten.⁹ Die overeenkomst is echter nog niet in werking getreden, mede vanwege praktische problemen,¹⁰ en bouwt nadrukkelijk voort op het Europese *acquis*.¹¹ Beide landen maken deel uit van de Schengen-zone. De overeenkomst wordt dan ook gezien als een onderdeel van het totale pakket dat het vrije verkeer van personen in relatie tot Noorwegen en IJsland mogelijk moet maken. Daarom rijst – net als bij het EAB, zij het in mindere mate – de vraag hoe het VK de aansluiting kan zoeken zonder het achterliggende narratief te accepteren.

Auteurs

1. Mr. M.J.J.P. Luchtman is hoogleraar Transnationale rechtshandhaving en fundamentele rechten aan de Universiteit Utrecht. Deze kroniek bestrijkt de periode van april 2016 t/m september 2018.

Noten

- M. Luchtman, 'Kroniek van het Europees strafrecht', *NJB* 2016/745, afl. 15, p. 1044-1053. De kroniek werd afgesloten op 27 september 2018.
- Dat blijkt ook, ook al moeten de verschillen tussen die drie visies niet worden overdreven, uit de drie oraties die op dit terrein in de afgelopen kroniekperiode zijn verschenen; P.A.M. Verrest, *Europese idealen*, Den Haag: Boom 2016; J.W. Ouwerkerk, *Herijking van Uniestrafrecht – Over grondslagen*

voor strafrechtelijke regelgeving in de Europese Unie, Den Haag: Boom 2017; M. Luchtman, *Transnationale rechtshandhaving – Over fundamentele rechten in de Europese strafrechtelijke samenwerking*, Den Haag: Boom 2017.

- Over het vertrouwensbeginsel in de strafrechtelijke samenwerking, T. Kraniotis, *Het vertrouwensbeginsel bij de interstatelijke samenwerking in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- De laatste tekstversie waarover ik beschik is die van 8 december 2017, met nummer ST 15451 2017 INIT – 2016/0412 (COD). Er is inmiddels, in juni van dit jaar, een voorlopig akkoord tussen de Raad en het Europees Parlement bereikt in dit dossier.
- Richtlijn 2017/1371/EU betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de

Er is een zeer reëel risico dat met het verstrijken van de termijn van artikel 50 VEU op 29 maart 2019 er geen ander alternatief beschikbaar is dan een terugval op de oude uitleveringsverdragen

Al met al is er dus een zeer reëel risico dat met het verstrijken van de termijn van artikel 50 VEU op 29 maart 2019 er geen ander alternatief beschikbaar is dan een terugval op de oude uitleveringsverdragen. Dat betekent dan ook een terugkeer naar, onder meer, de oude (veel tragere) uitleveringsprocedures. Dat levert zowel voor de EU als het VK forse risico's op. Het is goed mogelijk dat Brexit – als ze door gaat – uiteindelijk een paradoxale uitkomst kent: onder het mom van nationale soevereiniteit en ter behoud van een snelle strafrechtelijke samenwerking, zal het VK gehouden worden tot uitvoering van het huidige en toekomstige *acquis* zonder daaraan nog een bijdrage te kunnen leveren.

Precies vanwege de onduidelijkheid over het toekomstige regime rees de vraag hoe tot die tijd moet worden omgegaan met uit het VK afkomstige aanhoudingsbevelen. Die vraag is relevant omdat immers onduidelijk is hoe het VK – in geval van een Brexit – zal omgaan met de rechten die uit het kaderbesluit en het Handvest, waaronder bijvoorbeeld artikel 4 Handvest (verbod van een onmenselijke of vernederende behandeling), voortvloeien. Op 19 september jongstleden heeft het Hof daarover duidelijkheid verschaft. Mede gelet op het feit dat het VK een EVRM-staat is (en dat, voeg ik er maar aan toe, hopelijk ook zal blijven) en ook overigens gebonden is aan het Europees uitleveringsverdrag, dat in het nationale recht is omgezet, is er geen reden tot opschorting of weigering

financiële belangen van de Unie schaadt, *Pb* L 198/29; Richtlijn 2017/541 inzake terrorismebestrijding en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad en tot wijziging van Besluit 2005/671/JBZ van de Raad, *Pb* L 88/6, waarover ook A. Franzen, J. Kerkhofs & P.A.M. Verrest, *Terrorisme: een analyse van het Belgische en Nederlandse materieel strafrecht* (preadvies NVVS 2017), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2017.

- Zie ook A. Weyembergh, 'Consequences of Brexit for European Union criminal law', *NJECL* 2017, p. 284-299.
- House of Lords, *Brexit: judicial oversight of the European Arrest Warrant*, HL Paper 16, juli 2017; J. Dawson, S. Lipscombe & S. Samantha Godec, *Briefing paper – The European Arrest Warrant*, nr. 07016, House

of Commons, 18 april 2017.

- Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen betreffende de procedures voor overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie en IJsland en Noorwegen, *PbEU* 2006 L 292. Een nieuwe 'deal' met de EU lijkt het gewenste scenario van de VK regering te zijn, zie HM Government, *Security, law enforcement and criminal justice – A future partnership paper*, december 2017.
- In een snelle en bindende geschillenregeling – die zo belangrijk is voor het EAB – is bijvoorbeeld niet voorzien (vergelijk art. 36 van de overeenkomst).
- Op basis van art. 37 moet de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU worden gevolgd.

van overlevering in afwachting van een Brexit. De VK autoriteiten zullen zo ook na een Brexit nog steeds de essentiële inhoud van de aan het kaderbesluit ontleende rechten toepassen ten aanzien van de over te leveren persoon. Dat is alleen anders bij tastbare aanwijzingen voor het tegendeel.¹²

3. Rechtsstatelijke ontwikkelingen in de Europese Unie

Een potentiële bedreiging van een heel andere aard voor de Europese Unie en haar lidstaten zijn de ontwikkelingen in een aantal van die lidstaten. Op 7 december 2017 diende de Europese Commissie een voorstel in voor een besluit van de Raad 'betreffende de constatering van een duidelijk gevaar voor een ernstige schending, door de Republiek Polen, van de rechtsstaat',¹³ zoals bedoeld in artikel 7 lid 1 VEU. Wanneer de raad – unaniemiteit is daarvoor vereist – tot de constatering komt van 'een ernstige en voortdurende schending van de in artikel 2 [VEU] bedoelde waarden door een lidstaat' heeft dat behoorlijke politieke, maar ook juridische consequenties. Een daarvan is dat de toepassing van het Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel kan worden opgeschort.¹⁴ Parallel aan de processen van politieke besluitvorming die nu plaatsvinden, rees daarom al snel de vraag wat de gevolgen van de start van deze artikel 7-procedure voor Poolse aanhoudingsbevelen konden zijn. Op die vraag gaf het Hof van Justitie op 25 juli 2018 een eerste antwoord.¹⁵ Een Ierse rechter had, kort gezegd, het Hof de vraag voorgelegd of de toets, zoals die door het Hof in de gevoegde zaken *Aranyosi* en *Căldăraru* is geïntroduceerd, ook toepasselijk is op een situatie als in Polen.¹⁶

In die laatste zaken was de vraag aan de orde of de overlevering kan worden geweigerd wanneer de opgeëiste persoon vanwege de detentieomstandigheden in de uitvaardigende staat het risico loopt te worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van artikel 4 Handvest. In weerwil van het beginsel van wederzijdse erkenning en zonder dat het kaderbesluit zelf voorziet in een duidelijke weigeringsgrond, aanvaardt het Hof in dat arrest dat, in uitzonderlijke omstandigheden, de overlevering kan worden uitgesteld en soms zelfs kan worden afgesteld. De rechter in de uitvoerende lidstaat moet namelijk als hij over, kort gezegd, serieuze signalen beschikt dat die detentieomstandigheden (structureel, of in bepaalde gevangenissen, of voor bepaalde groepen van personen) niet aan de maat zijn, specifiek en nauwkeurig nagaan of 'er zwaarwegende en op feiten berustende gronden bestaan om aan te nemen dat de persoon tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd (...), vanwege de omstandigheden van zijn detentie in die lidstaat een reëel gevaar zal lopen te worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling, in de zin van artikel 4 van het Handvest'.¹⁷ Daartoe zal de rechter bij de uitvaardigende autoriteit nadere gegevens over de detentieomstandigheden moeten opvragen.¹⁸ De beslissing tot overlevering moet worden uitgesteld, totdat er gegevens zijn verkregen die een dergelijk gevaar uitsluiten. Kan het gevaar niet binnen een afzienbare redelijke termijn worden uitgesloten, dan wordt de overleveringsprocedure zelfs beëindigd. Naar Nederlands recht betekent dat dan dat de officier van jus-

titie niet-ontvankelijk zal worden verklaard in zijn vordering, als bedoeld in artikel 23 Overleveringswet (OLW).¹⁹ Aldus creëerde het Hof een tweetrapsprocedure waarin eerst een algemeen gevaar moet worden vastgesteld en vervolgens moet worden nagegaan of dat algemene gevaar gevolgen kan hebben voor de opgeëiste persoon; zo ja, dan moeten die eerst worden weggenomen, voordat er kan worden overgeleverd.

De situatie die zich nu in Polen voordoet is natuurlijk een heel andere en betreft het functioneren van de Poolse rechterlijke macht zelf. Daarmee raken de ontwikkelingen in Polen direct het functioneren van het systeem van overlevering, dat wordt gezien als een systeem van samenwerking tussen rechterlijke instanties. De hoge mate van vertrouwen waarop dat systeem is gebaseerd, staat of valt met de onafhankelijkheid van de instanties die met elkaar samenwerken. Dat brengt het Hof ertoe in de genoemde uitspraak van afgelopen juli te aanvaarden dat zich uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen waaronder aan een EAB geen gevolg kan worden gegeven (artikel 1 onder 3 KB EAB), als de opgeëiste persoon een reëel gevaar loopt dat zijn grondrecht op een onafhankelijk gerecht en daarmee zijn recht op eerlijk proces (artikel 47 Handvest) in de kern wordt aangetast.²⁰

In zijn uitspraak geeft het Hof vervolgens richtsnoeren aan de uitvoerende rechterlijke autoriteiten die inderdaad doen denken aan die van *Aranyosi* en *Căldăraru*.²¹ Wanneer de opgeëiste persoon zich tegen zijn overlevering verzet met het argument dat sprake is van structurele of fundamentele gebreken die een nadelig effect op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de uitvaardigende lidstaat kunnen hebben, moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit beoordelen of de opgeëiste persoon een reëel gevaar loopt dat dit grondrecht zal worden geschonden. In zo'n geval moet ze allereerst op basis van – kort gezegd – serieus te nemen, actuele informatie over het functioneren van het gerechtelijk apparaat in de uitvaardigende lidstaat nagaan of er een reëel gevaar van schending van het grondrecht op een eerlijk proces bestaat dat verband houdt met het feit dat de rechterlijke instanties van bedoelde staat niet onafhankelijk zijn wegens structurele of fundamentele gebreken in die staat.²² Kan dat worden vastgesteld (de gegevens die de Commissie ertoe hebben gebracht een artikel 7-procedure te starten zijn daarvoor bijzonder relevant),²³ dan moet die autoriteit als tweede stap – ook als zij, kort gezegd, op basis van de door de Commissie verstrekte gegevens de eerste stap heeft genomen²⁴ – beoordelen of er in de omstandigheden van het specifieke geval zwaarwegende en op feiten berustende gronden zijn om aan te nemen dat [specifiek] de gezochte persoon dit gevaar na zijn overlevering aan de uitvaardigende lidstaat zal lopen.²⁵ Dat betekent dat onder meer moet worden onderzocht in hoeverre de gebreken gevolgen kunnen hebben op het niveau van de rechterlijke instanties van die staat die bevoegd zijn voor de procedures waaraan de gezochte persoon zal worden onderworpen. Bij de beoordeling van dat gevaar moet vervolgens ook de persoonlijke situatie van de opgeëiste persoon, de aard van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd en 'de feitelijke context die aan het Europees aanhoudingsbevel ten grondslag ligt' worden betrokken.

Aldus luidt de opdracht die het Hof aan de rechters van uitvoerende staten meegeeft.²⁶ Het valt op hoezeer het Hof daarbij insteekt vanuit het perspectief van een (rechterlijke) dialoog. De uitvaardigende autoriteit zal namelijk, wanneer de eerste stap is genomen, in het kader van die dialoog kunnen worden gevraagd die gegevens over wijzigingen in de uitvoerende lidstaat mede te delen die het gevaar van een aantasting van het grondrecht voor de betrokkene *uitsluiten*. Slaagt de uitvaardigende rechterlijke autoriteit daarin niet, dan kan aan het EAB geen gevolg worden gegeven.²⁷ Net zozeer als de rechterlijke onafhankelijkheid een voorwaarde is voor de toegang

Het signaal dat nu wordt afgegeven is dat de Poolse rechterlijke macht nog steeds deel uitmaakt van het transnationaal netwerk van rechterlijke autoriteiten die de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht vormgeven, zij het dat men het nodige uit te leggen heeft

tot de (verticale) prejudiciële procedure in Luxemburg, wordt zo de kwaliteit van 'rechterlijke' autoriteit – die dus op zichzelf nu juist in twijfel wordt getrokken, als de eerste stap is genomen – aangegrepen voor een (niet vrijblijvende) uitnodiging tot een (horizontale) dialoog tussen de rechters in de uitvoerende staat en die in Polen.

Mij lijkt deze behoedzame aanpak verstandig. Een belangrijk argument daarvoor is de al eerder aangehaalde

overweging uit de Preambule. Pas wanneer de Europese Raad heeft geconstateerd dat er in de uitvaardigende lidstaat sprake is van ernstige en voortdurende schending van de in artikel 2 VEU neergelegde beginselen en daarna de toepassing van het kaderbesluit heeft opgeschort, is de uitvoerende rechterlijke autoriteit gehouden om de tenuitvoerlegging van ieder door die lidstaat uitgevaardigd Europees aanhoudingsbevel *automatisch* te weigeren.²⁸ Minstens zo belangrijk – en niet expliciet benoemd – lijkt mij te zijn de omstandigheid dat op deze wijze niet op voorhand de gehele Poolse rechterlijke macht wordt gediskwalificeerd en geïsoleerd.²⁹ Op zijn beurt zou dat laatste grote consequenties kunnen hebben, bijvoorbeeld voor de bevoegdheid van die rechters om de weg naar Luxemburg te kiezen. Het signaal dat nu wordt afgegeven is dat de Poolse rechterlijke macht nog steeds deel uitmaakt van het transnationaal netwerk van rechterlijke autoriteiten die de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht vormgeven, zij het dat men het nodige uit te leggen heeft.

4. De strafrechtspleging en het Handvest van de Grondrechten

In de vorige kronieken beschreef ik hoe de uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken *Åkerberg Fransson*³⁰ en *Melloni*³¹ het Unierecht en daarmee het Handvest van de Grondrechten (artikel 51 (1) Handvest) een ruime reikwijdte hebben gegeven en zo ook aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor nationale grondwettelijke standaarden. Dat is, zeker in het strafrecht, explosieve materie. Nadat het Duitse Constitutionele Hof – zonder te verwijzen naar Luxemburg – al in 2015 de nodige piketpaaltjes had uitgezet onder het mom van nationale identiteit (vergelijk artikel 4 (2) VEU),³² deden zich in Italië in de afgelopen kroniekperiode ontwikkelingen voor die naar mijn smaak met moeite nog in termen van een 'dialoog' met Luxemburg kunnen worden gevat.³³ Het woord 'dreigement' lijkt beter op zijn plaats.

Daaraan voorafgaand had het Hof van Justitie in *Melloni* (een Spaanse EAB-zaak) bepaald dat het weliswaar nationale autoriteiten en rechterlijke instanties vrijstaat om de nationale grondrechtenbescherming toe te passen wanneer een handeling van Unierecht nationale uitvoeringsmaatregelen vereist, maar dat het beschermingsniveau van het Handvest (zoals uitgelegd door het Hof) en de voorrang, eenheid en werking van het recht van de

12. C-327/18 PPU ECLI:EU:C:2018:733 (RO),.

13. COM (2017) 835.

14. Vergelijk de preambule van het Kaderbesluit, overweging 10. Deze tekst ontbreekt in andere kaderbesluiten of richtlijnen, zoals het Kaderbesluit 2008/909/JBZ inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnis en waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming.

15. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (LM).

16. Gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

17. Gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, par. 92 en 104.

18. Zie daarover specifiek zaak C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589 (ML; 'Aranyosi III').

19. Rb. Amsterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:414.

20. Helemaal scherp wordt het concept van 'rechterlijke autoriteiten' als uitgewerkt in par. 54-58 niet, maar dat terzijde.

21. C-216/18 PPU (LM), ECLI:EU:C:2018:586. Zie ook Rb. Amsterdam 16 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5925.

22. C-216/18 PPU (LM), ECLI:EU:C:2018:586, par. 61.

23. *Ibid.*

24. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (LM), par. 69.

25. *Ibid.*, par. 68.

26. De betrokken Ierse rechter heeft inmiddels weer een verdere stap genomen, zie het High Court of Ireland, 1 augustus 2018 (*Minister for Justice and Equality/Celmer no. 4*), [2018] IEHC 484, en partijen uitgenodigd om concept-vragen voor de Poolse autoriteiten op te stellen.

27. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (LM), par. 77-78.

28. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (LM), par. 72.

29. Daarop wijst ook J. Krommendijk in zijn blog van 29 mei 2018, <http://european-courts.blogspot.com/>.

30. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).

31. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*).

32. Zie de vorige kroniek.

33. De rest van deze paragraaf is gebaseerd op M. Luchtman & R. Widdershoven, 'Het strafrecht in de ban van het Unierecht', *Ars Aequi* [te verschijnen in 2019].

Unie daarbij niet in het gedrang mogen komen.³⁴

Nu betrof *Melloni* een situatie die min of meer uitputtend door het Unierecht was geregeld. In een dergelijk geval moeten zelfs grondwettelijke maatstaven wijken voor de regeling inzake verstekvonnissen (die op zich voldeed aan de eisen van het Handvest en indirect het EVRM) in het Kaderbesluit Europees Aanhoudingbevel. De situatie lag anders in *Taricco*. Die zaak ging kort gezegd over de strikte Italiaanse regels inzake de stuiting van verjaringstermijnen. Die termijnen waren zó strikt dat ze serieuze hindernissen opwierpen voor de strafrechtelijke aanpak van btw-fraude en deze in een aantal gevallen zelfs onmogelijk maakten.³⁵ Zo'n situatie valt volgens het Hof – in lijn met Åkerberg Fransson – binnen de reikwijdte van het Unierecht en daarmee binnen de werkingssfeer van het Handvest. Het Hof stelt vast dat als – zulks ter beoordeling van de nationale rechter – het Italiaanse recht ertoe leidt dat 'feiten die ernstige fraude uitmaken, in een groot aantal gevallen niet strafrechtelijk worden bestraft', deze rechter die bepalingen buiten toepassing moet laten vanwege strijdigheid met artikel 325 lid 1 en 2 VWEU. Het Hof maakt vervolgens korte metten met het argument dat het buiten toepassing laten van de stuitingsregels in strijd zou komen met artikel 49 Handvest (het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel). De niet-toepassing van de stuitingsregels betekent namelijk nog niet dat de betrokkenen nu kunnen worden veroordeeld voor feiten die op het moment van handelen (of nalaten) nog geen strafbaar feit waren of dat ze kunnen worden geconfronteerd met de toepassing van sancties waarin op het moment van dat handelen niet was voorzien.

De uitspraak stuitte op een storm van kritiek. Die kritiek richtte zich, niet ten onrechte, op de vaagheid van de formulering waarmee het Hof de zaak terug legt bij de nationale rechter, maar ook op 's Hofs overwegingen met betrekking tot het legaliteitsbeginsel. Volgens het Italiaanse constitutionele hof zijn de verjaringsregels (inclusief de stuiting ervan) namelijk van materiële aard. Ze vallen binnen de reikwijdte van het materiële legaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in de Italiaanse grondwet. In *Taricco II* zet het Italiaanse constitutionele hof de verhoudingen op scherp en legt het Hof van Justitie de vraag voor in hoeverre de uitkomst in *Taricco I* ook geldt wanneer een duidelijke wettelijke grondslag ervoor ontbreekt en deze uitkomst in strijd komt met het legaliteitsbeginsel, alsmede de grondbeginselen van de Italiaanse constitutionele orde (!).³⁶ Dat is nog net geen openlijk dreigement.³⁷

Het Hof van Justitie handhaaft in zijn uitspraak belangrijke delen van zijn overwegingen in *Taricco I*, maar voegt ook nieuwe elementen toe. Net als in *Taricco I* stelt het dat uit artikel 325 VWEU de verplichting voortvloeit om ernstige gevallen van btw-fraude strafrechtelijk te bestraffen met sancties die afschrikwekkend en doeltreffend zijn en op eenzelfde wijze als soortgelijke nationale fraude. Als de nationale verjaringsregels daaraan in de weg staan, moeten die regels worden aangepast en zo nodig buiten toepassing worden gelaten. Het Handvest – zoals uitgelegd door het Hof – kan aan dat laatste wel beperkingen stellen.³⁸ Maar dan overweegt het Hof – en dat is nieuw – dat zolang de materie slechts ten dele door het Unierecht wordt genormeerd en een gedeelde bevoegdheid van de EU en haar lidstaten is, de nationale

rechter niet gehouden is de betreffende bepalingen buiten toepassing te laten, wanneer dat naar Italiaans recht leidt tot 'een tegen het beginsel van nauwkeurigheid van de toepasselijke wet indruisende situatie van onzekerheid met betrekking tot de vraag welke verjaringsregeling van toepassing is [die van vóór of na 's Hofs arrest in *Taricco I*]. Bovendien hoeft niet te worden geaccepteerd dat 'personen met terugwerkende kracht [kunnen worden] onderworpen aan voorwaarden voor vervolgbaarheid die strenger zijn dan die welke van kracht waren toen het strafbare feit werd gepleegd [mijn cursivering]'.

Opvallend is dat het Hof in zijn overwegingen directe verwijzingen naar het materiële legaliteitsbeginsel vermijdt, maar uiteindelijk toch accepteert dat de Italiaanse rechter onder die vlag niet overgaat tot het buiten toepassing laten van de verjaringsregels.³⁹ De uitkomst in *Taricco II* is bovendien in strijd met *Melloni*. Ze leidt *de facto* immers tot straffeloosheid (althans in lopende, vóór *Taricco* gestarte strafprocedures).⁴⁰ Zonder twijfel wordt zo de in *Melloni* verwoorde eis van de eenheid en vooral de werking van het Unierecht (doeltreffende sancties) sterk gereduceerd met een beroep op het gedeelde karakter van de Europese rechtsorde. Doordat het Hof waarde hecht aan de aanwezigheid van specifieke, op de voorliggende situatie betrekking hebbende Europese wetgeving, wordt de in *Melloni* geïntroduceerde toetsing vooral een vraagstuk van voorrang (alsmede – maar dat was in *Taricco* niet aan de orde – van het beschermingsniveau van het Handvest).

Weliswaar claimt het Hof de bevoegdheid om zich ook over zo'n gevoelig terrein uit te laten, maar het lijkt bereid – wanneer specifieke EU-regelgeving ontbreekt – zich terughoudend op te stellen

Dat het Hof bij de uitleg en toepassing van het Handvest een verband legt met de aanwezigheid van specifieke EU-regelgeving, lijkt ook te volgen uit een aantal uitspraken uit maart 2018 over het *ne bis in idem*-beginsel (artikel 50 Handvest). Die zaken zijn in zekere zin spiegelbeeldig aan *Taricco II*, omdat (opnieuw) Italië zich hier juist op het Europese doeltreffendheidsvereiste beriep.⁴¹ In de uitspraken stelt het Hof vast dat combinaties van straf- en bestuursrechtelijke sancties een beperking van artikel 50 Handvest vormen en daarom een rechtvaardiging behoeven, ook al maakt juist die combinatie van sancties, aldus althans de Italiaanse regering, de handhaving van de toepasselijke EU-regels doeltreffend en afschrikwekkend. Wan-

Het is verdedigbaar om te stellen dat in alle gevallen waarin de richtlijnen (of, overigens, ander Unierecht) toepasselijk zijn/is, het Handvest het primaire referentiekader is geworden en niet meer het EVRM (of de Grondwet)

neer het EU-recht de lidstaten vrij laat in de keuze in hoe zij uitvoering wensen te geven aan de eis van doeltreffende, effectieve en evenredige handhaving van Unierecht (via het strafrecht, het bestuursrecht, het civiele recht, of combinaties van al die terreinen), zal de uit artikel 52 (1) Handvest voortvloeiende subsidiariteitstoets daarop worden afgestemd. Het Hof laat de lidstaten zo – overigens wel binnen de andere eisen van artikel 52 (1) Handvest – een zekere beoordelingsmarge, ook als dat een beperking van het *ne bis in idem* beginsel betekent. De uitspraken van maart 2018 lijken aan te sluiten bij de gewijzigde koers van het Straatsburgse Hof over het *ne bis in idem* beginsel,⁴² maar helemaal duidelijk is dat niet. Anders dan ‘Straatsburg’, dat combinaties van straf- en bestuursrechtelijke sancties onder voorwaarden buiten de *reikwijdte* van het beginsel plaatst, ziet Luxemburg dergelijke combinaties als een *beperking* (en dus binnen de *reikwijdte*) van het beginsel. De vraag die dan rijst is of het Hof dergelijke beperkingen ook nog toestaat wanneer het EU-recht de vrijheid van lidstaten verder beperkt, zoals is gebeurd met de nieuwe EU-regels over marktmisbruik.⁴³

De voorlopige conclusie is dat ‘s Hof’s arrest in *Åkerberg Fransson* het startpunt was van een ontwikkeling die voorlopig nog niet ten einde zal zijn. Vanwege de ruime werkingssfeer die het Hof gaf aan het begrip ‘uitvoering van het Unierecht’, komen zaken snel binnen de *reikwijdte* van het Handvest. Strafrecht is handhavingsrecht en bovendien zeer gevoelige materie. Juist daarom waren

conflicten met constitutionele hoven te verwachten, zeker wanneer het Unierecht grenzen stelt aan de toepassing van nationale constitutionele rechten. De zojuist besproken rechtspraak kan worden gezien als een aanzet tot een oplossing daarvan. Weliswaar claimt het Hof de bevoegdheid om zich – via het Handvest of andere leerstukken van EU-recht – ook over zo’n gevoelig terrein uit te laten, maar het lijkt bereid – wanneer specifieke EU-regelgeving ontbreekt – zich terughoudend op te stellen. Dat betekent dan overigens wel een flinke nuancering van de aanvankelijke, in *Melloni* verwoorde eisen.

5. Harmonisatie van strafprocesrecht

Vooral op het terrein van het strafprocesrecht is de invloed van de Europese Unie groeiende. Intussen zijn er op het terrein van de verdedigingsrechten zes richtlijnen aangenomen die op dat terrein minimumregels geven.⁴⁴ De omzettingstermijn van een flink aantal ervan is inmiddels verstreken. Omdat de richtlijnen ook toepasselijk zijn in strafzaken zonder grensoverschrijdend element is hun belang groot. Situaties die vallen binnen de werkingssfeer van de richtlijn komen automatisch binnen de uitleggingsbevoegdheid van het Hof van Justitie. Voor nationale rechters ontstaat immers, althans wanneer een vraag van uitlegging of geldigheid van EU-recht aan de orde is, een bevoegdheid en soms een plicht⁴⁵ om zaken naar Luxemburg te verwijzen. Bovendien zijn nationale rechters gehouden om dat EU-recht zijn volle werking te

34. Par. 60.

35. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*), waarover uitvoerig: J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Leiden: E.M. Meijers Research Institute 2016; M. Timmerman, *Legality in Europe – On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Antwerp: Intersentia 2018.

36. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 (*M.A.S., M.B.*) (*Taricco II*).

37. Zeer kritisch over deze ogenschijnlijk niet erg consistente opstelling van het Constitutionele Hof is rechter P. Pinto de Albuquerque in zijn dissenting opinion bij EHRM (GK) 28 juni 2018, 1828/06, 34163/07 en 19029/11 (*G.I.E.M./Italië*).

38. Zo ook in C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392 (*Kolev e.a.*), waarin opnieuw strikte verjaringstermijn een probleem vormen voor de effectieve bestraf-

ting van EU-fraude en waarin het Hof onderzoekt in welke mate art. 48 Handvest beperkingen stelt aan de maatregelen die de volle werking van art. 325 VWEU moeten waarborgen (in casu de redelijke termijn).

39. Een analyse van het probleem over de boeg van art. 47 Handvest had meer over de hand gelegen (*nullum iudicium sine lege*), maar had waarschijnlijk niet de bezwaren van de Italiaanse rechter tegen *Taricco I* (het gestelde conflict met het Italiaanse legaliteitsbeginsel) weggenomen.

40. Overigens, de Italiaanse wetgever blijft uiteraard wel gehouden het probleem op te lossen; *ibid.*, par. 61. Bij mijn weten is de Europese Commissie nog geen infractieprocedure gestart, hoewel dat – gelet op wat het Hof allemaal vaststelt – wel in de rede ligt.

41. C-524/15 ECLI:EU:C:2018:197 (*Luca Mengi*); Gevoegde zaken C-596/16 en

C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192 (*Di Puma en Zecca*); C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson Real Estate SA*).

42. EHRM 15 november 2016,

ECLI:CE:ECHR:2016:JUDO02413011 (*A en B/Noorwegen*).

43. Daarover M. Luchtman, ‘The ECJ’s recent case law on *ne bis in idem* – Implications for law enforcement in a shared legal order’, *Common Market Law Review* 2018 [ter perse].

44. Het betreft Richtlijn 2016/1919/EU betreffende rechtsbijstand voor verdachten en beklaagden in strafprocedures en voor gezochte personen in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel, *Pb L 297/1*; Richtlijn 2016/800/EU betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure, *Pb L 132/1*; Richtlijn

2016/343/EU betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden

van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn, *Pb L 65/1*; Richtlijn 2013/48/EU betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming, *Pb L 294/1*; Richtlijn 2012/13/EU betreffende het recht op informatie in strafprocedures, *Pb L 142* van 1 juni 2012, p. 1; Richtlijn 2010/64/EU betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures, *Pb L 280/1*.

45. Een nationale rechter mag een bepaling van EU-recht bijvoorbeeld niet ongeldig verklaren.

Dat Nederland zich alsnog heeft aangesloten is mijns inziens zeer verstandig te noemen. Maar het brengt ook het nodige werk mee

verlenen, al dan niet met gebruikmaking van de bekende instrumenten van autonome uitleg van EU-recht, conform uitleg of directe werking (inclusief het buiten toepassing laten van bepalingen van nationaal recht). Uiterst relevant in dat verband is *Kolev*, in welk arrest het Hof van Justitie aan de temporele reikwijdte van een richtlijn een zeer ruim effect geeft. In die zaak stelde een Bulgaarse strafrechter vragen over de uitleg van Richtlijn 2013/48/EU op een moment dat de omzettingstermijn van deze richtlijn nog niet was verstreken. Die verstreek evenwel tijdens de loop van prejudiciële procedure in Luxemburg. Het Hof oordeelde niettemin dat 'bijgevolg die richtlijn van toepassing is op de situatie van de beklaagden in het hoofdgeding'.⁴⁶

Langzaamaan komt de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit terrein tot ontwikkeling. Het Hof wees inmiddels arresten over de uitleg van het in vele richtlijnen centrale begrip 'strafprocedure';⁴⁷ de vraag op welk moment de beschuldigde informatie moet verkrijgen over de beschuldiging tegen hem of wanneer hij toegang moet krijgen tot de relevante stukken;⁴⁸ de mogelijkheid tot het instellen van rechtsmiddelen in een andere taal dan de taal van de procedure; de uitleg van het begrip 'essentieel processtuk' (toegang tot informatie);⁴⁹ en over de termijnen voor het mededelen van de beschuldiging in het licht van de Duitse regeling van de verplichte gemachtigde.⁵⁰

In alle gevallen waarin de richtlijnen (of, overigens, ander Unierecht) toepasselijk zijn/is, is ook het Handvest toepasselijk (artikel 51 (1) Handvest). Het is zelfs verdedigbaar om te stellen dat in die gevallen het Handvest het primaire referentiekader is geworden en niet meer het EVRM (of de Grondwet).⁵¹ Dat hangt samen met het beginsel van voorrang van Unierecht. In de Nederlandse praktijk lijkt dat besef nog niet volledig ingedaald, gezien de nog steeds talrijke verwijzingen naar het EVRM in de talloze strafzaken die (ook) als uitvoering van Unierecht moeten worden beschouwd.

Nu zullen de praktische gevolgen van die verschuiving voorlopig ook nog wel meevallen. Op grond van artikel 52 (3) Handvest zullen, voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met EVRM-rechten, de inhoud en reikwijdte ervan immers dezelfde zijn als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Maar het Handvest mag – zeker als het Hof dat voor de ontwikkeling van de Europese rechtsorde belangrijk vindt – wel verder gaan dan Straatsburg en er zijn ook wel al voorbeelden van waarin dat is gebeurd of had kunnen gebeuren.⁵² Bovendien is te verwachten dat het in veel toekomstige gevallen 'Luxemburg' zal zijn dat het eerst aan het woord gaat komen. Dat hangt samen met a. het

genoemde beginsel van voorrang van Unierecht, terwijl b. voor de prejudiciële procedure niet alle rechtsmiddelen hoeven te zijn uitgeput en nationale rechters bevoegd en soms gehouden kunnen zijn om die weg te bewandelen, in combinatie met c. de omstandigheid dat in die aangelegenheden waarover 'Luxemburg' zich reeds heeft uitgesproken, dan wel, mogelijk, die mogelijkheid door partijen onbenut is gelaten, 'Straatsburg' zich naar verwachting terughoudend zal gaan opstellen.⁵³ Het is nog afwachten in hoeverre het 16e Protocol bij het EVRM (de prejudiciële procedure bij het EHRM) daarin verandering zal brengen, als het in werking treedt voor Nederland.. Vooralsnog houden wij⁵⁴ het erop dat de rechtsontwikkeling zich de komende jaren zal gaan verleggen van Straatsburg (via Den Haag) naar Luxemburg (al dan niet via Den Haag) en weer terug, in die gevallen althans waarin Nederland uitvoering geeft aan Unierecht. En dat is, als gezegd, inmiddels in heel veel strafzaken zo.

6. EPPO en OLAF, deel 2

Op 12 oktober 2017 kwam Verordening 2017/1939/EU betreffende nauwere samenwerking bij de instelling van het Europees Openbaar Ministerie ('EOM') tot stand.⁵⁵ Dat mag al bij al een doorbraak worden genoemd. Nadat een aantal lidstaten, waaronder Nederland, had aangegeven zich niet met de inhoud van het voorstel te kunnen verenigen en dus de vereiste unanimiteit niet ging worden gehaald,⁵⁶ ging een groep van zestien landen in het kader van een nauwere samenwerking verder (artikel 86 lid 1 VWEU). Na afronding van de onderhandelingen (door inmiddels twintig landen) en publicatie van de verordening heeft Nederland zich alsnog aangesloten; sinds 1 augustus 2018 is Nederland de 21ste lidstaat die aan het EOM deelneemt.⁵⁷ Eind 2020 moet het operationeel zijn. Het EOM wordt gevestigd in Luxemburg, terwijl OLAF in Brussel is gevestigd en Eurojust en Europol in Den Haag.⁵⁸ Nederland heeft hier een kans laten liggen, zo lijkt het.

Het EOM is een onafhankelijk orgaan van de Europese Unie dat bevoegd is voor het onderzoeken, vervolgen en voor het gerecht brengen van, kort gezegd, strafbare feiten die ten koste gaan van de EU-begroting, zoals fraude, corruptie of grensoverschrijdende btw-fraude boven de € 10 miljoen.⁵⁹ Die laatste toevoeging hangt samen met de uitbreiding van de hierboven genoemde PIF-richtlijn⁶⁰ in de nasleep van de eveneens hierboven gememoreerde *Taricco*-affaire tot gevallen van ernstige btw-fraude. Het EOM zal optreden op basis van een gedecentraliseerde structuur (artikel 8). In die structuur zet het zogenoemde college, waarin de hoofdaanklager en één Europees aanklager per lidstaat zitting hebben, de hoofdlijnen uit. Het is het college uitdrukkelijk verboden om operationele besluiten te nemen in individuele zaken. Onder het college vallen vaste kamers die de onderzoeken en vervolgingen aansturen die door de gedelegeerde Europees aanklagers worden gevoerd. De laatsten ontvangen hun instructies van de vaste kamers via de Europees aanklager van de lidstaat waar het onderzoek wordt gevoerd en die lid is van de betreffende vaste kamer (artikel 13). De feitelijke onderzoeken worden dan dus uitgevoerd door de gedelegeerde Europees aanklagers. Zij mogen ook aanklager naar nationaal recht zijn ('double hats'; artikel 13 lid 3).

Dat Nederland zich alsnog heeft aangesloten is mijns inziens zeer verstandig te noemen. Maar het brengt ook het nodige werk mee. De oprichting van het EOM en de Nederlandse deelname eraan heeft uiteraard grote gevolgen. Het betekent, onder meer, dat gedelegeerde openbaar aanklagers ten overstaan van Nederlandse rechters actief zullen worden en dat er vragen rijzen over hun statuut, hun bevoegdheden en hun relatie tot de andere actoren in de strafrechtspleging. De tekst van de verordening kent gedelegeerde aanklagers – in die hoedanigheid althans – bijvoorbeeld geen directe bevoegdheden toe, maar machtigt hen tot het verzoeken om of bevelen van onderzoekshandelingen (vergelijk artikel 30 en 33 EOM Verordening). De komst van het EOM zal de Nederlandse wetgever en rechtsprekende macht te zijner tijd ook dwingen tot een positiebepaling over de omgang met buitenlands bewijsmateriaal of materiaal dat elders onrechtmatig werd verkregen.⁶¹ Die komst doet verder vragen rijzen over de inzet en capaciteit van de opsporingsdiensten – in het bijzonder de FIOD – en hun aansturing, ook in grensoverschrijdende onderzoeken, alsmede over de beleidskeuzes die binnen het EOM gaan worden gemaakt en hun verhouding tot het vervolgingsbeleid van het Nederlandse Openbaar Ministerie. Bovendien rijzen er – vanwege de complexe gedecentraliseerde structuur – allerlei vragen over de verantwoording richting de politieke organen (nationaal en/of Europees). De materie is dus uiterst complex en dringt door tot in de vezels van de Nederlandse strafrechtspleging, terwijl de termijnen kort zijn.

Naast de wijze waarop het EOM decentraal – in Nederland en andere landen – zal gaan worden ingebed, zijn er ook nog talloze vragen over zijn inbedding op Europees niveau en daarbuiten. De verhoudingen met OLAF, Europol en Eurojust zijn hete hangijzers die nog lang niet zijn geklaard. Intussen is er – vooral ook met het oog op de komst van het EOM – bij OLAF het nodige in beweging gezet. OLAF blijft ook met de komst van het EOM verantwoordelijk voor het administratieve onderzoek naar onregelmatigheden die de financiële belangen

van de EU schaden. Een voorstel tot wijziging van OLAF-verordening 883/2013/EU is ingediend en regelt – in aanvulling op artikel 101 EOM-verordening – ook de samenwerking met het EOM.⁶² Een verhouding als die tussen het OM en de FIOD in Nederland is niet beoogd. De voorgestelde regeling houdt in dat het EOM en OLAF nauw zullen samenwerken en dat OLAF geen onderzoek naar dezelfde feiten opent als er al een EOM-onderzoek loopt (artikel 101 EOM-verordening). OLAF kan het EOM – op diens verzoek – wel ondersteunen (wat uiteraard allerlei vragen oproept over de toepasselijke bevoegdheden en waarborgen).⁶³ Bovendien wordt voorgesteld dat OLAF, in naar behoren gerechtvaardigde gevallen, voorzorgsmaatregelen kan blijven nemen en het ondernemen van financiële, tuchtrechtelijke of administratiefrechtelijke acties kan blijven faciliteren (artikel 12 septies voorgestelde Verordening 883/2013/EU). Het EOM kan daartegen vervolgens wel bezwaar maken als dat zijn onderzoek zou schaden.

Ook over de verhouding met de niet-deelnemende lidstaten (artikel 105) en derde landen (artikel 103) is nog niet heel veel bekend. Daarvoor zullen bijzondere voorzieningen moeten worden getroffen. Zolang die ontbreken (wat het geval is), is het uitgangspunt dat het EOM – bijvoorbeeld in de relatie met niet-deelnemende lidstaten – voor wat betreft de relevante samenwerkingsinstrumenten zal worden aangewezen als een bevoegde autoriteit voor samenwerking (vgl. artikel 105 lid 3 EOM Verordening). Een vraag die dan rijst is of de niet-deelnemende landen dat zelf ook zo zullen zien en zullen accepteren.⁶⁴

7. Overlevering en Modernisering Overleveringswet⁶⁵

De Nederlandse omzetting van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel heeft inmiddels in meerdere arresten van het Hof van Justitie de toets der kritiek niet doorstaan. Die kritiek betreft de omzetting van artikel 6 lid 2-4⁶⁶ en lid 5⁶⁷ OLW (executieoverlevering van Nederlanders en daarmee gelijk te stellen personen), artikel 7 OLW

46. C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392 (Kolev e.a.), par. 102.

47. Vergelijk C-25/15, ECLI:EU:C:2016:423 (István Balogh) (exequaturprocedure); C-216/14 (Covaci), ECLI:EU:C:2015:686 (Duitse strafbeschikking).

48. C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392 (Kolev e.a.).

49. C-278/16, ECLI:EU:C:2017:757 (Sleutjes); C-216/14, ECLI:EU:C:2015:686 (Covaci).

50. C-216/14, ECLI:EU:C:2015:686 (Covaci); Gevoegde zaken C-124/16, C-188/16 en C-213/16, ECLI:EU:C:2017:228 (Tranca e.a.).

51. M. Luchtman & R. Widdershoven, 'Het strafrecht in de ban van het Unierecht', *Ars Aequi* [te verschijnen in 2019]. Par. 60.

52. Situaties waarin dat aan de orde was, zijn te vinden in de Conclusie van A-G- Bobek,

C-574/15 (Scaldione), ECLI:EU:C:2017:553 (*lex mitior*); C-419/14 (WebMindLicenses), ECLI:EU:C:2015:832 (onrechtmatig verkregen bewijs; zie ook de vorige kroniek); en de hierboven al aangehaalde *ne bis in idem* uitspraken van maart 2018.

53. Vergelijk EHRM 30 juni 2005, appl. nr. 45036/98 (*Bosphorus*); EHRM 23 mei 2016, appl. nr. 17502/07 (*Avotiņš/Letland*).

54. Voor een uitwerking van dat standpunt, zie M. Luchtman & R. Widdershoven, 'Het strafrecht in de ban van het Unierecht', *Ars Aequi* [te verschijnen in 2019].

55. *PbEU* L 283/1.

56. De weerstand bestond vooral bij het Nederlandse parlement. De Nederlandse regering had, hoofdzakelijk op basis van pragmatische argumenten, eerder aangegeven dat niet-deelname per saldo niet in het belang van Nederland zou zijn.

57. *Kamerstukken II* 2017/18, 33709, 15.

58. Zie ook W. Geelhoed, L.H. Erkelens & A.W.H. Meij (red.), *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Den Haag: TMC Asser 2018.

59. Het EOM is nog niet operationeel of de Commissie heeft al weer een nieuw plan: zie de recente Mededeling over een Europa dat bescherming biedt: een initiatief om de bevoegdheden van het Europees Openbaar Ministerie uit te breiden tot grensoverschrijdende terroristische misdrijven, COM(2018) 641 final.

60. *Supra* noot 5.

61. De vraag rijst bijvoorbeeld of de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad, neergelegd in HR 5 oktober 2010, NJ 2011/169, nog volstaat, gegeven het Europese mandaat van het EOM.

62. COM(2018)338.

63. Zoals in de nationale context: HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454.

64. N. Franssen, 'The future judicial cooperation between the EPPO and non-participating Member States', *New Journal of European Criminal Law* 2018 (ter perse).

65. Ik laat in deze kroniek de problematiek van de uitlevering van EU-burgers aan derde landen buiten beschouwing; zie daarover, onder meer, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 (*Petruhhin*); C-191/16 ECLI:EU:C:2018:222 (*Pisciotti*), en A. Klip, 'Europeans First!: Petruhhin, an Unexpected Revolution in Extradition Law,' *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2017, 195-204.

66. Vergelijk C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Popławski*).

67. Vergelijk C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616 (*Wolzenburg*).

(het vereiste van gekwalificeerde dubbele strafbaarheid),⁶⁸ terwijl vragen over artikel 22 lid 4 OLV (termijnen van overleveringsdetentie)⁶⁹ en – opnieuw – artikel 6 lid 3 OLV⁷⁰ in Luxemburg liggen. Op de achtergrond spelen ook nog vele vragen over de uitleg van andere bepalingen van de Overleveringswet, in het bijzonder artikel 12 OLV (verstekvonnissen; zie hieronder), maar bijvoorbeeld ook artikel 48 OLV (doorlevering).⁷¹

Steeds vaker blijkt dat er licht zit tussen de wijze waarop het Hof van Justitie EU het systeem van overlevering uitlegt en de implementatie van het kaderbesluit in de Overleveringswet. Nu waren die verschillen in het prille begin van het overleveringsrecht nog niet goed te voorzien. Dat doet echter niet af aan het feit dat inmiddels een grondige renovatie – een modernisering⁷² – dringend nodig is. De wetgever heeft bijvoorbeeld een

Steeds vaker blijkt dat er licht zit tussen de wijze waarop het Hof van Justitie het systeem van overlevering uitlegt en de implementatie van het kaderbesluit in de Overleveringswet

flink aantal weigeringsgronden uit het kaderbesluit omgezet in imperatieve weigeringsgronden, zoals in het uitleveringsrecht veel voorkomt. Het Hof van Justitie EU heeft echter al vaker aangegeven dat het de overlevering ziet als een rechtsfiguur die weliswaar voortkomt uit de internationale uitlevering, maar die een ander karakter heeft: 'Het kaderbesluit [EAB] beoogt (...) met de instelling van een nieuwe vereenvoudigde en efficiëntere regeling voor de overlevering van personen die veroordeeld zijn of ervan verdacht worden strafbare feiten te hebben gepleegd, de justitiële samenwerking te vergemakkelijken en te bespoedigen, en daardoor bij te dragen aan de verwezenlijking van de opdracht van de Unie om een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht te worden die berust op de hoge mate van vertrouwen die tussen de lidstaten moet bestaan.'⁷³

Overlevering is een systeem van samenwerking tussen rechterlijke autoriteiten – vergelijk ook de hierboven al gememoreerde rechterlijke dialoog waarover het Hof spreekt in de zaak *LM* (supra 3) – die samen weliswaar zo veel mogelijk uitvoering geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning, maar niet ten koste van alles. Zo bepaalt artikel 4 onder 6 van het Kaderbesluit dat een EAB mag worden geweigerd, als het is uitgevaardigd met het oog op de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel, terwijl de gezochte persoon verblijft in of onderdaan of ingezetene is van de uitvoerende lidstaat en deze staat zich ertoe verbindt die straf of maatregel overeenkomstig zijn nationale recht zelf

ten uitvoer te leggen. Het Hof heeft die weigeringsgrond altijd ingevuld vanuit het beginsel van resocialisatie,⁷⁴ en niet zozeer vanuit de bijzondere band tussen de staat en zijn onderdanen (zoals gangbaar is in het uitleveringsrecht). Vandaar ook dat het Hof bepaalde, in *Popławski*, 'dat wanneer een lidstaat ervoor gekozen heeft deze bepaling in zijn nationaal recht om te zetten, de uitvoerende rechterlijke autoriteit niettemin over een zekere marge dient te beschikken om te beoordelen of de tenuitvoerlegging van het EAB moet worden geweigerd, zulks in verband met de mogelijkheid om de kansen op sociale re-integratie van de gezochte persoon te verhogen.'⁷⁵ Met die rechterlijke activiteit is de dwingende formulering van artikel 6 lid 2-4 en 6 lid 5 OLV (oud) niet goed verenigbaar.⁷⁶ De tekst van het genoemde artikel is te ruim geformuleerd en beperkt zo de overlevering meer dan nodig. Belangrijk is ook dat er nog steeds geen oplossing is voor het probleem dat artikel 6 OLV dwingt tot een weigering van een overlevering, zonder dat is gegarandeerd dat de tenuitvoerlegging van de straf kan worden overgenomen. Straffeloosheid kan daarvan het gevolg zijn.⁷⁷ Met kaderbesluit conforme interpretatie is dit probleem niet goed op te lossen. Vandaar dat de Rechtbank Amsterdam nu aan Luxemburg de vraag heeft gesteld of de gewraakte bepalingen uit de Overleveringswet buiten toepassing mogen worden gelaten wegens strijd met het kaderbesluit.⁷⁸

Soortgelijke problemen spelen bij de interpretatie van artikel 12 OLV (verstekvonnissen). Vanwege de imperatieve formulering van dat artikel weigert de Rechtbank Amsterdam de overlevering, wanneer de opgeëiste persoon niet in persoon is verschenen en zich niet een van de in artikel 12 a-d OLV genoemde omstandigheden voordeelt. Dat doet de rechtbank ook wanneer de opgeëiste persoon een gebrek aan zorgvuldigheid kan worden verweten of als hij het recht heeft om te verzoeken om een verzetprocedure.⁷⁹ De jurisprudentie van het Hof van Justitie EU dwingt daartoe op zich niet.⁸⁰ De rechtbank zoekt de verklaring hiervoor in enerzijds het verschil in bewoordingen tussen de tekst van artikel 4bis Kaderbesluit ('proces dat tot de beslissing heeft geleid') en die van de Overleveringswet ('behandeling ter terechtzitting die tot het vonnis heeft geleid') en anderzijds de dwingende formulering van artikel 12 OLV, en ziet gelet daarop geen ruimte voor een kaderbesluit conforme interpretatie.

Het is dus hoog tijd voor een grondige revisie van de overleveringswet. Op een aantal van de hiervoor genoemde punten heeft de Rechtbank Amsterdam de problemen zelf kunnen ondervangen met het instrument van de kaderbesluit conforme interpretatie. Maar dat instrument kent zijn grenzen. Bijzonder dringend zijn vooral artikel 6, 12 en 22 OLV, maar meer in het algemeen zou het goed zijn de Overleveringswet te doordenken in het licht van de karakterisering door het Hof van Justitie van de overlevering als een vorm van samenwerking tussen rechterlijke autoriteiten.

Hoe dan ook, bij het genoemde artikel 6 OLV gaat het erom een regeling te introduceren die enerzijds straffeloosheid voorkomt (doordat overlevering wordt geweigerd zonder dat (vaststaat dat) de executie van de opgelegde straf kan worden overgenomen), en die anderzijds een optimale re-integratie van de opgeëiste persoon ondersteunt.

Bij artikel 22 OLW blijkt de totale detentietermijn van 90 dagen te rigide om recht te doen aan de problemen waarmee de overleveringspraktijk in de afgelopen kroniekperiode werd geconfronteerd, zoals het verkrijgen van duidelijkheid over de detentieomstandigheden in andere lidstaten (naar aanleiding van *Aranyosi* en *Căldăraru*; hierboven 3) of het kunnen afwachten van de uitkomst van een relevante prejudiciële procedure.⁸¹ Na ommekomst van die termijn moet de opgeëiste persoon echter in vrijheid worden gesteld (uiteraard onder het stellen van voorwaarden; artikel 22 lid 4 OLW). Dat kan zeer ongewenste situaties opleveren. De Rechtbank Amsterdam heeft dit probleem voorsnog opgelost via een kaderbesluitconforme interpretatie van artikel 22 lid 4 OLW, daarop neerkomende dat de in dat artikellid genoemde beslistermijnen kunnen worden geschorst en detentie dus wordt voortgezet, ook als de 90 dagen zijn verstreken.⁸² Het Hof Amsterdam bereikte min of meer hetzelfde resultaat via een zogenaamde afweging van plichten.⁸³ De vraag die natuurlijk rijst is hoe de ontstane praktijk zich verhoudt tot het recht op vrijheid (artikel 6 Handvest en 5 EVRM). Nederland heeft intussen in een zaak hierover in Straatsburg een eenzijdige verklaring afgelegd dat artikel 5 lid 1 onder f EVRM is geschonden.⁸⁴ Thans ligt in Luxemburg de vraag voor in hoeverre de Nederlandse praktijk al dan niet in lijn is met artikel 6 Handvest.⁸⁵ De kern van het probleem is en blijft evenwel dat de wettelijke regeling niet aan de maat is. Ook hier ligt, naar het mij lijkt, vooral een taak voor de wetgever, niet voor de rechter.

8. Het Europees verstrekingsbevel en het Europees bewaringsbevel

Op 17 april 2018 presenteerde de Commissie twee nieuwe voorstellen op het gebied van elektronische bewijsgaring, namelijk het voorstel voor een Verordening betreffende het Europees bevel tot verstrekking en het Europees bevel tot bewaring van elektronisch bewijsmateriaal in strafzaken,⁸⁶ en het ermee samenhangende voorstel voor een Voorstel voor een Richtlijn tot vaststelling van geharmoniseerde regels inzake de aanwijzing van wettelijke vertegenwoordigers ten behoeve van de bewijsgaring in strafprocedures.⁸⁷ Rechtshandhaving is nog steeds grotendeels een nationale aangelegenheid, gebonden aan territoriale grenzen, terwijl data in de *cloud* zijn opgeslagen, verspreid over verschillende servers in verschillende landen.

Niet zelden is de locatie van de data het enige internationale element in een strafzaak. Dan zijn de procedures van wederzijdse rechtshulp, zelfs als zij zijn gebaseerd op nieuwe instrumenten als het Europees onderzoeksbevel, erg omslachtig.

De twee voorstellen introduceren een revolutionaire oplossing hiervoor. Ze strekken tot invoering van een zogenaamd Europees verstrekingsbevel en een Europees bewaringsbevel. Beide bevelen worden door een justitiële autoriteit van een lidstaat uitgevaardigd of bekrachtigd met het oog op de verstrekking of bewaring van gegevens die zijn opgeslagen door een dienstverlener *in een andere jurisdictie*. De bevelen kunnen worden gericht tot alle dienstverleners die diensten verlenen in de EU, ook al bevinden de data zich elders en vaak buiten de EU. Onder die dienstverleners vallen in de EU gevestigde elektronische-communicatiediensten, sociale netwerken, online-marktplaatsen, andere aanbieders van hostingdiensten en aanbieders van internetinfrastructuur als IP-adressen en registers van domeinnamen of hun wettelijke vertegenwoordigers. De gegevens moeten nodig zijn als bewijs in een strafrechtelijk onderzoek of een strafprocedure. Het Europees bewaringsbevel strekt tot bewaring van de gegevens (voor maximaal 60 dagen) met het oog op een aansluitend verzoek of Europees onderzoeksbevel. De responstermijnen zijn kort: in beginsel tien dagen voor een verstrekingsbevel.⁸⁸

Een bevel om abonnee- en toegangsgegevens te verstrekken kan voor elk strafbaar feit worden uitgevaardigd; het bevel zogenaamde transactie- of inhoudelijke gegevens te verstrekken, kan alleen worden uitgevaardigd voor feiten waarop in de uitvaardigende staat een maximale vrijheidsstraf staat van ten minste drie jaar, of voor bepaalde specifieke delicten.

Het voorstel heeft uiteraard enorme praktische relevantie. Het betekent een verschuiving van nationaal territorium en de plaats van opslag als aanknopingspunt voor het uitoefenen van strafvorderlijk gezag (*data location*), naar het verruimen van het toepassingsbereik van een strafvorderlijke bevoegdheid tot de gehele EU, gekoppeld aan het bestaan van een reële link tussen de aanbieder en een EU-lidstaat (*data connection*).⁸⁹

Het spreekt voor zich dat de bevelen waarom het hier gaat afdwingbare bevelen zijn. Niet-nakoming kan reden zijn voor sancties,⁹⁰ en bovendien tot handhavend

68. C-463/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:634 (Openbaar Ministerie/A.).

69. Rb. Amsterdam 27 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5389.

70. C-573/17 (Poplawski II); zie ook Rb. Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6028.

71. Vergelijk Rb. Amsterdam 24 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4014.

72. J.J.M. Graat, 'Een dilemma voor de Overleveringskamer', *Strafblad* 2018(2) 20.

73. C-477/16 PPU (Kovalkovas), ECLI:EU:C:2016:861, par. 26.

74. Vergelijk reeds C-66/08, ECLI:EU:C:2008:437 (Kozłowski).

75. C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (Poplawski), par. 21.

76. C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (Poplawski), par. 26-28.

77. Zie Glerum & Rozemond, 'Overlevering', in: R.V. Elst & E.V. Sliedregt (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 290-295.

78. C-573/17 (Poplawski II).

79. Rb. Amsterdam 16 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3643.

80. Zie namelijk over artikel 4bis de volgende uitspraken van het Hof van Justitie EU: C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346 (Dworzecki); C-270/17 PPU,

ECLI:EU:C:2017:628 (Tupikas); C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629 (Zdziaszek).

81. Rb. Amsterdam, 28 april 2016, ECLI:RBAMS:2016:2630.

82. Rb. Amsterdam 5 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1995.

83. Hof Amsterdam 3 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1838.

84. EHRM appl. nr. 62318/16 (Cernea/Nederland). Naar ik heb begrepen, is de zaak inmiddels geschikt.

85. Rb. Amsterdam 27 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5389.

86. COM(2018) 225.

87. COM(2018) 226.

88. Art. 9 voorstel verordening.

89. Vergelijk de blog van Ryngaert, 'The European Production Order – Tackling the Problem of Enforcement Jurisdiction and Extraterritoriality in Cyberspace', <http://blog.renforce.eu/index.php/en/2018/07/18/the-european-production-order-tackling-the-problem-of-enforcement-jurisdiction-and-extraterritoriality-in-cyberspace-2/> (bezocht op 26 september 18).

90. Vergelijk art. 13 voorstel.

Met name in geval van conflicten tussen de rechtssystemen of autoriteiten van de betrokken landen dreigen de dienstverleners de rekening gepresenteerd te krijgen

optreden door de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat. Het is onder het voorgestelde regime in eerste instantie aan de dienstverlener om aan de bel te trekken in geval van problemen of conflicten bij de uitvoering van de bevelen.⁹¹ Als de redenen die deze opvoert niet worden aanvaard, kan de uitvaardigende autoriteit – op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning – de autoriteiten van de uitvoerende staat inschakelen.⁹² De dienstverlener – en ook de verdachte⁹³ – heeft dan rechtsmiddelen tot zijn beschikking in de uitvaardigende staat (artikel 17 en 18).⁹⁴ Anders dan bij bijvoorbeeld het systeem van het Europees arrestatiebevel is er in de uitvoerende staat dus niet meer in een uitvoerig systeem van rechtsbescherming voorzien; althans er bestaat enkel de mogelijkheid van bezwaar bij de uitvoerende autoriteiten (artikel 14).⁹⁵

Een voorzienbaar conflictpunt is hoe moet worden omgegaan met mogelijk conflicterende plichten, wanneer de wetgeving van het (derde) land waar de data zijn opgeslagen de verstrekking ervan verbiedt. In dat geval komt de dienstverlener in een conflict van plichten te verkeren. Het voorstel (verordening) kent daarvoor een niet helemaal sluitende regeling in artikel 15 en 16.⁹⁶ Artikel 15 lid 1 luidt: 'Indien de adressaat van mening is dat de naleving van het Europees verstrekkingbevel in strijd zou zijn met de toepasselijke wetgeving van een derde land die openbaarmaking van de betrokken gegevens verbiedt omdat de bescherming van de grondrechten van de betrokken personen of de fundamentele belangen van het derde land in verband met de nationale veiligheid of defensie, daartoe nopen, stelt hij de uitvaardigende autoriteit in kennis van de redenen waarom het Europees verstrekkingbevel niet wordt uitgevoerd (...)' Daarbij rust op deze een flinke bewijslast (artikel 15 lid 2). Wil de uitvaardigende autoriteit het voorstel toch in stand houden, dan moet zij haar eigen rechterlijke autoriteiten inschakelen. Als die rechter inderdaad een conflict signaleert, zoekt de laatste contact met de centrale autoriteiten van het derde land. Daarvoor gelden strikte termijnen. Maakt die autoriteit vervolgens bezwaar tegen het EVB, dan trekt de rechter het bevel in. Wordt evenwel niets (tijdig) vernomen, dan wordt het bevel gehandhaafd (artikel 15 lid 6).

Dat laatste is toch wel merkwaardig. Wanneer de samenwerkende autoriteiten er zelf niet uitkomen, is het immers feitelijk de dienstverlener die met het conflict blijft opgezadeld: ofwel hij overtreedt de wetten van het derde land, ofwel hij wordt gestraft in de uitvoerende of uitvaardigende lidstaat wegens niet-medewerking. Datzelfde geldt wanneer de rechterlijke autoriteit signaleert dat de wetgeving van het derde land 'oneigenlijke' belangen beschermt. Dat zou die rechter ertoe kunnen brengen dat

er geen 'reëel' of 'legitiem' conflict is (vergelijk artikel 15 lid 4). In dat geval hoeven de autoriteiten van dat land – zo lees ik het artikel althans – niet te worden benaderd. Dan is een intrekking op die grond dus evenmin aan de orde. Opnieuw is het dan de dienstverlener die in een conflict situatie blijft verkeren.

Al met al is het voorstel een begrijpelijke stap voor de oplossing van een groot en reëel probleem. In feite is dit een transnationale variant op onze Wet bevoegdheid vorderen gegevens. Pas in tweede instantie, dus als geen medewerking wordt verkregen, kunnen de autoriteiten van de uitvoerende staat – die waar de dienstverlener is gevestigd – worden ingeschakeld. De rechtsbasis voor het voorstel is artikel 82 lid 1 VWEU, ook al gaat het hier in eerste instantie niet primair om samenwerking op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning. Problematisch vind ik vooral de onduidelijkheden die het voorstel meebrengt voor de positie van de betrokken dienstverleners. Met name in geval van conflicten tussen de rechtssystemen of autoriteiten van de betrokken landen dreigen zij de rekening gepresenteerd te krijgen. Ook de regeling met betrekking tot voorrechten en immuniteiten (verschoningsrecht) van artikel 18 blinkt mijns inziens niet uit in duidelijkheid.

9. Bij wijze van uitleiding: Modernisering Strafvordering

Hierboven is een aantal ontwikkelingen gesignaleerd waarvan een aantal in de periferie van de strafrechtspleging liggen, terwijl een aantal andere die in de kern raken. Uit het voorgaande wordt ten minste een tweetal zaken duidelijk. Ten eerste, de Europese invloeden worden vaak gepresenteerd als een top-down ontwikkeling die 'ons' wordt opgelegd. Veel van de instrumenten die hierboven zijn besproken 'verlangen' iets van de actoren in de strafrechtspleging. Zij moeten hulp verlenen aan het buitenland, omgezette richtlijnen juist toepassen, capaciteit beschikbaar maken, (straks) samenwerken met het Europees Openbaar Ministerie, enzovoorts. De medaille heeft echter ook een keerzijde. De genoemde instrumenten verruimen de armslag van onze autoriteiten tot ver buiten de landsgrenzen en ze versnellen die samenwerking; ze bieden nieuwe mogelijkheden en uitdagingen voor procesdeelnemers, ook in puur nationale strafzaken (hierboven onder 5); ze stellen Nederland in staat om te reageren op ontwikkelingen die plaatsvinden buiten de landsgrenzen, maar die ons direct raken. Dat alles vraagt mijns inziens ook om veel meer dan het telkens in geïsoleerd verband omzetten van richtlijnen of verordeningen. Ik denk dat deze ontwikkelingen de grondslagen van ons strafvorderlijk systeem en de taakopvatting van alle actoren erin ten diepste raken, niet alleen in situaties waarin wij de uitvoerende lidstaat zijn.

De tweede ontwikkeling die ik hierboven signaleerde is dat de grenzen van wat de rechter (vooral die in Luxemburg) vermag soms wel lijken te zijn bereikt. In niet mis te verstane bewoordingen geeft het Hof van Justitie aan – na een koerswijziging in *Taricco 2* en volgende (hierboven, onder 4) – dat het Unierecht weliswaar een ruime werkingssfeer heeft, maar niet voorgaat ten koste van alles. Als het gaat om, bijvoorbeeld, de verjaring van strafbare feiten of de toelaatbaarheid van beperkingen van het *ne bis in idem* beginsel heeft het Hof specifieke EU-wetgeving

nodig om de rechtsontwikkeling verder te brengen. De Europese Commissie denkt nu na over een nieuwe meerjaren-agenda en laat die hopelijk ook bepalen door de problemen waar de rechtspraktijk tegenaan loopt. En opnieuw kennen al deze ontwikkelingen op Europees niveau ook een nationale dimensie. Ook op nationaal niveau signaleerde ik dat de rechterlijke macht niet altijd uit de voeten kan met de Nederlandse wet, gevangen in een conflict tussen de verplichtingen uit het EU-recht en die in het nationale recht. De nationale rechter kan de Europese dimensie van zijn taak dus nog niet altijd waarmaken. Dat probleem speelt momenteel vooral in de Overleveringswet, maar het is veel breder dan alleen die wet. Uit de ontwikkelingen die ik hiervoor beschreef, blijkt dat de Europese strafrechtelijke samenwerking de vorm krijgt van transnationale netwerkstructuren van samenwerkende opsporingsdiensten, vervolgende én rechtsprekende instanties op lidstatelijk en EU-niveau (straks inclusief het EOM).⁹⁷ Dat heeft gevolgen voor al die niveaus, van operationele samenwerking tot beleidsvorming tot strafvorderlijke rechtsvinding. Veel van de betrokken Nederlandse instanties lijken echter nog niet goed te weten wat ze met al die Europese ontwikkelingen aan moeten. Dat komt ook omdat die Europese dimensie in ons wettelijk systeem vrijwel onzichtbaar blijft.

Dit alles brengt mij tot de vraag of de wetgevingsoperatie Modernisering strafvordering niet veel meer aandacht moet hebben voor de Europeanisering van de strafrechtspleging dan nu het geval is. Ze kan in dat opzicht niet beperkt blijven tot een update van Boek 5 van het Wetboek (de strafrechtelijke samenwerking).⁹⁸ De hierboven genoemde ontwikkelingen in de Europese Unie bieden antwoorden op urgente problemen voor onze opsporingsdiensten, maar werpen ook vragen op die liggen op het vlak van de rechtsbescherming. De kernvraag is mijns inziens welke rol de wetgever voor de actoren in de Nederlandse strafrechtspleging ziet weggelegd, als het gaat om enerzijds het borgen van de rechtsstatelijkheid van de Europese rechtsruimte en anderzijds een effectieve criminaliteitsbestrijding. En ook: waar is het genoeg en houdt hun rol op? Dan gaat het – niet uitputtend – over het anticiperen op en incorporeren van de Europese ontwikkelingen in het juridisch statuut van de betrokken actoren, over de betekenis van de

strafvorderlijke uitgangspunten en beginselen voor de realisering van de Europese gedeelde rechtsorde (inclusief de beperkingen die ze daaraan kunnen stellen), over het afstemmen van onderzoeks- en vervolgingsprioriteiten, om de inzet en normering van opsporingsmethoden, of om, zo meen ik althans, het bieden van omvattende rechtsbescher-

Zou de wetgevingsoperatie Modernisering strafvordering niet veel meer aandacht moeten hebben voor de Europeanisering van de strafrechtspleging dan nu het geval is?

ming die niet alleen kijkt naar de ‘eigen’ autoriteiten (een soort ‘transnationale salamatactie’). Vermoedelijk zou zo’n discussie – als ze zou worden gevoerd – lopen langs de in de inleiding genoemde lijnen van het equivalentie- versus het integratiemodel.⁹⁹

Al deze punten blijven in het project Modernisering strafvordering echter onderbelicht.¹⁰⁰ Dat project is immers eerst en vooral een stroomlijning en een herstructurering.¹⁰¹ Maar daarmee verdwijnen alle genoemde ontwikkelingen, en hun relevantie voor de strafrechtspleging, niet. ‘Modernisering strafvordering’ kan worden gebruikt om te bepalen hoe de taak van alle in de strafrechtspleging betrokken personen in een geëuropeïseerde setting luidt of zou moeten luiden, met natuurlijk aandacht voor het kostenaspect,¹⁰² maar ook voor de mogelijkheden en voordelen ervan. Het ligt immers niet in de lijn der verwachting dat die tamelijk ingrijpende oefening nog eens afzonderlijk zal worden opgepakt als de Modernisering strafvordering tot een einde is gebracht. •

91. Vergelijk art. 9 lid 3-5, voorstel.

92. Vergelijk art. 14 voorstel.

93. Artikel 17 lid 1 bepaalt dat rechtsmiddelen beschikbaar moeten zijn tijdens de strafprocedure, dus *ex post*.

94. Deze bepalingen gelden alleen voor het Europees vertrekingsbevel.

95. Overigens, zorgen over fundamentele rechten kunnen een grond van bezwaar zijn, maar – en dat is toch wel erg beperkt – dat is enkel mogelijk op basis van informatie uit het CEV/CEB zelf [!].

96. Ook deze bepalingen gelden alleen voor het Europees vertrekingsbevel.

97. Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt ten aanzien van de positie van de verdediging; zie verder M.C. van Wijk,

Cross-border evidence gathering – Equality of arms within the EU?, Den Haag: Eleven 2017.

98. Boek 5 regelt inmiddels de wederzijdse rechtshulp (inclusief gemeenschappelijke onderzoeksteams), de overdracht/overname van strafvervolgning, het Europees onderzoeksbevel, het Europese toezichtsbevel (voorlopige hechtenis) en het Europees beschermingsbevel. Zie ook de Wet van 7 juni 2017 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten met het oog op het moderniseren van de regeling van internationale samenwerking in strafzaken (herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken), *Stb.* 2017, 246; Wet van 31 mei 2017 tot wijzi-

ging van het Wetboek van Strafvordering ter implementatie van de Richtlijn 2014/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken (implementatie richtlijn Europees onderzoeksbevel), *Stb.* 2017, 231. Daarover ook J.M. Reijntjes, ‘De internationale rechtshulp in het vernieuwde wetboek van strafvordering’, *DD* 2015/73.

99. De afgelopen tijd is daarover het nodige verschenen, juist ook vanuit Nederland. Ik noem de slotbeschouwing van Klip in zijn handboek, A. Klip, *European criminal law – An integrative approach*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 527 e.v. en de in noot 2 genoemde oraties.

100. Vergelijk C.P.M. Cleiren &

P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Blinde vlekken’, *Strafblad* 2015(4) 39; C.P.M. Cleiren, ‘Kansen zijn niet altijd vrijblijvend’, *Strafblad* 2015(4) 40.

101. M. Kessler, ‘Contourennota modernisering Wetboek van Strafvordering’, *AAe* 65 (2015), p. 126-131. Overigens wordt hier en daar wel degelijk naar de Europese setting verwezen, bijvoorbeeld bij de keuze voor implementatie via AMVB’s, zie al de Contourennota, *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 9.

102. Ondergetekende heeft soms de indruk dat het vooral daarover gaat: vergelijk *Handelingen I* 2017/18, 33709, AG.