

Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland. Over zijn ondeelbaarheid en de verhouding tot de Nederlandse strafrechter²

DD 2021/63

Op 1 juni 2021 werd het Europees Openbaar Ministerie operationeel. Ook Nederland is een deelnemende staat. Onlangs kwam de Nederlandse invoeringswet tot stand. Die kenmerkt zich door haar bondigheid. Daarmee blijft onduidelijk wat de strafrechtspleging van het EOM kan verwachten en wat het EOM op zijn beurt van de actoren in de strafrechtspleging en de partners daarbuiten verwacht. In twee opeenvolgende bijdragen in dit tijdschrift wordt ingegaan op de verhouding van het EOM tot het Nederlandse OM en de bestuursrechtelijke handavingskolom (deel 1) en op de verhouding tot de Nederlandse rechterlijke macht (deel 2). Die verhoudingen worden uitgewerkt aan de hand van twee van dragende pijlers van het EOM systeem, zijn prioritaire bevoegdheid ten opzichte van nationale autoriteiten en zijn zogenaamde ondeelbaarheid.

1. Inleiding

Dit artikel is onderdeel van een tweeluik over het Europees Openbaar Ministerie in Nederland. Het gaat over de wijze waarop de Nederlandse wetgever de inbedding van dit nieuwe EU-orgaan in de Nederlandse rechtsorde heeft geregeld. De Invoeringswet EOM kenmerkt zich door haar bondigheid.³ In de kernbepaling van de nieuwe wet, artikel 144a RO, is het volgende te lezen:

“Alle bevoegdheden die naar Nederlands recht toekomen aan de officier van justitie, de advocaat-generaal en het openbaar ministerie, komen toe aan de gedelegeerd Europees aanklager, bedoeld in artikel 13 van de Verordening EOM, ten behoeve van de uitoefening van de taken van het Europees Openbaar Ministerie als bedoeld in artikel 4 van de Verordening EOM.”⁴

Maar kan met die beknopte benadering worden volstaan? Het eerste deel van het tweeluik verscheen in de bvoorige aflevering van dit tijdschrift.⁵ In dat deel heb ik besproken hoe het EOM is georganiseerd en wat zijn verhouding is tot het Nederlandse OM en de bestuursrechtelijke handavingskolom. Die bespreking stond in het teken van één van de pijlers van deze nieuwe instantie, zijn prioritaire bevoegdheid ten opzichte van nationale instanties. In deze bijdrage ga ik in op de verhouding tussen het EOM en de rechterlijke macht, in het licht van diens ‘ondeelbaarheid’. Het EOM heeft, kort gezegd, tot taak strafbare feiten die

1 Hoogleraar Transnationale rechtshandhaving en fundamentele rechten aan de Universiteit Utrecht. Graag dank ik dr. J.M.W. Lindeman en prof. dr. J.A.E. Vervaele voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

2 Citeerwijze: M.J.J.P. Luchtman, ‘Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland. Over zijn ondeelbaarheid en verhouding tot de Nederlandse strafrechter’, DD 2021/63.

3 Wet van 17 maart 2021 tot aanpassing van enkele wetten ter uitvoering van de Verordening (EU) 2017/1939 van de Raad van 12 oktober 2017 betreffende nauwere samenwerking bij de instelling van het Europees Openbaar Ministerie («EOM») (PbEU 2017, L 283) (Invoeringswet EOM), Stb. 2021, 155.

4 De positie van de [Nederlandse] Europees aanklager (zie artikel 144b RO) laat ik verder buiten beschouwing.

5 Zie M.J.J.P. Luchtman, ‘Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland. Over zijn prioritaire bevoegdheid, verhouding tot het OM en de bestuursrechtelijke handavingskolom’, DD 2021/54.

de EU-begroting schaden, strafrechtelijk te onderzoeken en te vervolgen.⁶ Zijn structuur kenmerkt zich erdoor dat het naar buiten toe één, ondeelbare organisatie is, met talrijke decentrale vertakkingen in de 22 deelnemende EU-staten (artikel 8 lid 1 EOM Verordening, voortaan: Vo). Het toepasselijk recht bestaat uit de Verordening en, waar de Verordening zwijgt of naar het nationale recht verwijst, het nationale recht. Dat veronderstelt dat duidelijk is welk van de 22 nationale rechtssystemen toepasselijk zal zijn en bovendien dat er regels zijn die aangeven hoe er moet worden omgegaan met grensoverschrijdende situaties, waarin materiaal dat werd verzameld in de ene staat wordt ingebracht als bewijs in een andere deelnemende staat.

Net als de verhouding met het Nederlandse OM of de bestuursrechtelijke handhavingkolom kreeg ook de verhouding tussen EOM en Nederlandse rechterlijke macht verbazingwekkend weinig aandacht. In het onderstaande belicht ik die verhouding. Ik ga in op de rechter-commissaris (paragraaf 3). Daarna behandel ik de verhouding tot de zittingsrechter, met bijzondere aandacht voor de zogenoemde forumkeuze (paragraaf 4.1) en de rechterlijke waardering van onrechtmatig verkregen bewijs (paragraaf 4.2). Tenslotte komt de verhouding tot de beklagrechter aan bod (artikel 552a Sv en verwante bepalingen; paragraaf 5).⁷ Eerst wijd ik echter enige woorden aan het systeem van rechtsbescherming in de EOM Verordening (paragraaf 2). Uiteindelijk hoop ik in mijn afrondende beschouwing te komen tot een eerste, nadere invulling van het begrip ondeelbaarheid in grensoverschrijdende EOM-onderzoeken (paragraaf 6).

2. Het systeem van rechtsbescherming in de EOM Verordening

Dat er zo weinig aandacht is voor de positie van de rechter in de Invoeringswet mag opmerkelijk heten. De verklaring daarvoor zal zijn dat de komst van het EOM de “nationale stelsels van de lidstaten inzake organisatie van het strafrechtelijk onderzoek onverlet” laat,⁸ alsmede dat de Verordening “de bevoegdheden van de nationale zittingsrechter onverlet [laat].”⁹ Toch is die Europese terughoudendheid nauwelijks een afdoende verklaring te noemen voor het stilzwijgen van de Nederlandse wetgever. Deze zal de rechtspraak kaders moeten bieden. Wat is en hoe ver rijkt de taak van de Nederlandse rechter in deze nieuwe context? Wat is zijn positie ten opzichte van dit EU-orgaan, dat niet enkel bestaat uit een Nederlands deel, maar dat ondeelbaar is? Hoe ver reiken diens verantwoordelijkheden als het gaat om het bieden van een doeltreffende rechtsbescherming en het garanderen van een eerlijk proces, zoals dat wordt verwoord in artikel 47 Hv?

Bij dit alles moet worden bedacht dat de EOM Verordening het EU-systeem van rechtsbescherming op zijn kop zet.¹⁰ Normaliter staat rechtsbescherming tegen handelingen van EU-instansies open bij de EU-rechter. Nationale rechters mogen over de geldigheid van die

6 De materiële competentie van het EOM bestrijkt vooraansnog alleen de strafbare feiten die vallen binnen de reikwijdte van Richtlijn 2017/1371 betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie; zie Richtlijn (EU) 2017/1371 van 5 juli 2017, *Pb EU L* [2017] 198, p. 29-41, omgezet bij Wet van 3 juli 2019, *Staatsblad* 2019, 257.

7 Wel veel aandacht krijgt de positie van de rechter in artikel 12 Sv-procedures, zulks in het kader van de impact van de komst van het EOM op het opportuniteitsbeginsel; zie daarover zijdelings mijn vorige bijdrage over het EOM, *DD* 2021/54, paragraaf 2.

8 Considerans EOM Verordening, onder 15 en ook artikel 5 lid 3 Vo.

9 Considerans EOM Verordening, onder 87.

10 Zeer kritisch zijn onder meer A. Meij, ‘Some explorations into the EPPO’s administrative structure and judicial review’, p. 108, in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij en M. Pawlik (eds.), *The European Public Prosecutor’s Office*, Den Haag: Asser/Springer 2015, en V. Mitsilegas en F. Giuffrida, ‘Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office,’ *CEPS Policy Insight*, No 2017/39, 30 november 2017, p. 12 e.v.

handelingen geen uitspraak doen, maar kunnen via een prejudiciële verwijzing wel het Hof van Justitie om zijn oordeel daarover vragen. Met dat systeem wordt in de EOM Verordening radicaal gebroken. Op basis van artikel 86 lid 2 EUWV brengt het EOM zijn zaken aan bij de bevoegde nationale rechter, in Nederland de rechtbanken die bevoegd zijn in zaken van het Functioneel Parket.¹¹ In het derde lid van artikel 86 EUWV is bepaald dat onder meer “de voorschriften voor de rechterlijke toetsing van de procedurele handelingen die het [EOM] in de uitoefening van zijn ambt verricht” bij verordening worden vastgesteld. Op basis daarvan wordt nu in artikel 42 lid 1 Vo bepaald dat “[p]rocedurele handelingen van het EOM die bedoeld zijn om rechtsgevolgen ten aanzien van derden te creëren, moeten worden getoetst door de bevoegde nationale rechter overeenkomstig de voorschriften en procedures in het nationale recht (...).”

In het licht van deze radicale afwijking van het EU systeem is vervolgens voor een beperkt aantal zaken de bevoegdheid van het Hof herbevestigd in de leden 2 en 3. Daarin is onder meer bepaald dat het Hof van Justitie, overeenkomstig artikel 267 VWEU, bevoegd is bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de geldigheid van procedurele handelingen van het EOM, voor zover een dergelijke vraag over geldigheid rechtstreeks op basis van het Unierecht wordt opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een lidstaat. Toetsing van en aan nationaal recht, ook al dient dat ter omzetting van EU-recht, is het Hof van Justitie niet toegestaan.

In aanvulling hierop worden in artikel 37 Vo voorschriften gegeven over het gebruik van bewijs dat in andere lidstaten is vergaard. In het eerste lid staat dat bewijsmateriaal dat door de aanklagers van het EOM of de verdediging is voorgelegd aan de rechter niet wegens het enkele feit dat het in een andere lidstaat of overeenkomstig het recht van een andere lidstaat is vergaard, ontoelaatbaar kan worden verklaard. Het tweede lid bepaalt vervolgens dat de Verordening geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de zittingsrechter om het bewijsmateriaal dat door de gedaagde of door de aanklagers van het EOM wordt aangevoerd, vrijelijk te beoordelen.

Het is lastig van het geheel aan voorschriften over de verhoudingen tussen rechter en EOM chocola te maken. Ik doe in het navolgende een poging. Na een korte beschouwing over de rol van de rechter-commissaris, behandel ik als gezegd de rol van de zittingsrechter en de beklagrechter. Daarbij maak ik onderscheid tussen de situatie dat ‘buitenlands’ bewijs voor de Nederlandse rechter wordt gepresenteerd, met nadruk op de zittingsrechter in Nederland, en de situatie dat het bewijsmateriaal in Nederland werd vergaard en elders als bewijs wordt gebruikt, met nadruk op de Nederlandse beklagrechter.

3. Het EOM en de Nederlandse rechter-commissaris

Het EOM heeft als gezegd een prioritaire bevoegdheid ten opzichte van nationale vervolgende autoriteiten. De Verordening dwingt echter niet tot de instelling van een onderzoeksrechter of een rechter van de vrijheden.¹² Tegelijkertijd is de positie van het EOM een andere dan die van het Nederlandse OM en is het volledig onafhankelijk. Dat roept vragen op, ook naar de taak en positie van de rechter-commissaris ten opzichte van het EOM.

De Invoeringswet zwijgt grotendeels over de positie van de rechter-commissaris. Op zichzelf lijkt de positie van de laatste ten opzichte van het EOM goed vergelijkbaar met diens positie

11 Zie het nieuwe lid 3 van artikel 2 Sv, ingevoegd door artikel IV van de Invoeringswet EOM.

12 Dat was anders in de Corpus Juris studies, M. Delmas-Marty e.a., *Corpus Juris: Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*, Parijs: Economica 1997, en de studie onder leiding van M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele, *Implementation of the Corpus Juris*, vol 1-4, Antwerpen: Intersentia 2001.

ten opzichte van de officier van justitie. De laatste draagt sinds enige jaren de volledige verantwoordelijkheid voor het opsporingsonderzoek. Waar in de relevante bepalingen, in het bijzonder die van de artikelen 170 e.v. Sv, 'officier van justitie' of 'opsporingsonderzoek' staat, kan dan ook zonder veel moeite de gedelegeerd Europese aanklager worden gelezen, zonder dat dat interfereert met het systeem van de EOM Verordening. De rechter-commissaris bewaakt in dat systeem, overeenkomstig artikel 5 lid 3 Verordening, de voortgang van het onderzoek, de volledigheid ervan en in sommige gevallen ook de rechtmatigheid van de opsporing. De ruimte voor dat laatste blijft in het systeem van de Verordening nadrukkelijk bestaan. Dat blijkt bijvoorbeeld uit artikel 30 Vo dat gaat over de onderzoeksbevoegdheden van het EOM. Daar wordt in het eerste lid bepaald dat gedelegeerd Europese aanklagers bevoegd zijn de daar genoemde onderzoeksmaatregelen te bevelen of te verzoeken. Wanneer de corresponderende bevoegdheid in handen ligt van de rechter-commissaris of deze een machtiging daartoe moet verlenen, zal deze daartoe worden *verzocht*. Dat biedt alle ruimte voor inpassing in het systeem van het Wetboek van Strafvordering.

Voor grensoverschrijdende situaties voorziet artikel 31 Vo in een aanvullende regeling. In dat geval neemt de behandelend gedelegeerd Europese aanklager het besluit over de vaststelling van de benodigde maatregel en wijst hij deze toe aan een gedelegeerd Europese aanklager in de lidstaat waar de maatregel moet worden uitgevoerd (de assisterende lidstaat). Soms is in één of beide landen rechterlijke toestemming vereist. Lid 3 voorziet dan in een voorrangregeling. Normaliter zal dan de rechter van de assisterende lidstaat de machtiging verlenen, ook als in beide landen een machtiging is vereist.¹³ Artikel 30 lid 2 Vo bepaalt dat de rechtvaardiging en vaststelling van dergelijke maatregelen wordt beheerst door het recht van de lidstaat van de *behandelende* gedelegeerd Europese aanklager. Kent de assisterende staat zo'n voorwaarde van rechterlijke tussenkomst niet, maar het recht van de behandelend aanklager wel, dan ligt die taak bij de rechter van die laatste staat.

De regeling van artikel 31 lid 3 Vo is opmerkelijk en leidt eenvoudig tot willekeurige resultaten. Dat is ten eerste zo omdat in de gekozen constructie meerdere machtigingen nodig kunnen zijn, wanneer in meerdere landen dwangmiddelen nodig zijn. Tegenstrijdige beslissingen dreigen dan; in een systeem van erkenning van dergelijke machtigingen is niet voorzien.¹⁴ Ten tweede rijzen vragen over de effectiviteit van deze waarborg. De rechterlijke machtiging is een essentiële, wettelijke waarborg tegen arbitraire inbreuken op grondrechten. Dat impliceert niet alleen de mogelijkheid van toegang tot de relevante stukken of van nadere inlichtingen,¹⁵ maar ook een toets aan alle formele en materiële toepassingsvoorwaarden van de gevraagde bevoegdheid. Die toets past mijns inziens beter bij de rechter van de staat waar het onderzoek wordt verricht en waar zich het dossier bevindt. Onduidelijk is bovendien of een rechter in de assisterende staat de materiële toepassingsvoorwaarden mag toetsen. Artikel 31 lid 2 Vo bepaalt als gezegd dat de rechtvaardiging en vaststelling van dergelijke maatregelen wordt beheerst door het recht van de lidstaat van de behandelende gedelegeerd Europese aanklager. Ligt in dat voorschrift ook een taakafgrenzing van de rechter in de assisterende lidstaat besloten? Is zo'n toets in de assisterende lidstaat inderdaad niet mogelijk, dan wordt de waarborgfunctie van die toets niet alleen uitgehold, maar is ze bovendien afhankelijk van de toevallige en dus willekeurige combinatie van toepasselijke rechtssystemen. In het geval het systeem van de Verordening

13 De regering stelt dat er altijd maar één rechterlijke machtiging nodig is, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 10. Dat is juist als de gevraagde maatregel maar in één andere staat nodig is.

14 Dat wordt ook niet verholpen door de tweede zin van artikel 31 lid 2 Vo: 'Indien de rechterlijke toestemming voor de toegewezen maatregel wordt geweigerd, trekt de behandelende gedelegeerd Europese aanklager de toewijzing in.'

15 In Nederland op de basis van artikel 177a Sv.

de toets aan de rechter in de behandelend lidstaat toewijst, kan deze volledig toetsen, maar dat zou dan anders zijn wanneer naar het recht van de assisterende lidstaat ook een machtiging is vereist.

Op basis van een wellicht minder gebruikelijke interpretatie van artikel 31 lid 2 Vo kan worden betoogd dat het feit dat het recht van de behandelend lidstaat toepasselijk is, de rechter in de assisterende lidstaat er niet van moet weerhouden aan de daarin opgenomen materiële toepassingsvoorwaarden te toetsen.¹⁶ In zekere zin toetst hij dan niet rechtstreeks aan buitenlands recht, maar aan Europees recht, namelijk de Verordening, zoals nader ingevuld door nationaal recht, de beginselen van EU-recht, zoals het proportionaliteitsbeginsel, en het Handvest, in het bijzonder de artikelen 7, 8 en 52 Hv.¹⁷ Op basis van de ondeelbaarheid van het EOM zal deze die rechter ook toegang tot alle benodigde gegevens kunnen en moeten verschaffen. Op die manier kan aan de waarborgfunctie van een rechterlijke machtiging recht worden gedaan en worden willekeurige uitkomsten vermeden.¹⁸ De waarborgfunctie die de Nederlandse rechter-commissaris in voorkomend geval zelf niet kan uitoefenen, wordt dan waargenomen door zijn buitenlandse collega. De Nederlandse zittingsrechter oefent dan later marginaal toezicht daarop uit.¹⁹ Omgekeerd zou het voorgaande ook met zich brengen dat wanneer de Nederlandse rechter-commissaris bij assistentie de machtiging verleent, deze ook aan buitenlands recht toetst.

De rechter-commissaris heeft, naast de hiervoor reeds vermelde taken, ook tot taak toe te zien op de evenwichtigheid en volledigheid van het onderzoek. Ook hier is er geen reden om aan te nemen dat de bevoegdheden die de rechter-commissaris ter zake heeft (vgl. de artikel 181 e.v. Sv) niet zouden gelden in onderzoeken die door de Nederlandse gedelegeerd Europese aanklagers worden geleid.²⁰ Datzelfde geldt voor de gevallen waarin de bevoegdheid van de rechter-commissaris 'concurrere' met vergelijkbare bevoegdheden die binnen de structuur van het EOM zijn belegd. Bij dat laatste denk ik in het bijzonder aan het toezicht dat de permanente kamers en de Nederlandse Europese Aanklager op (de voortgang van) het onderzoek uitoefenen.²¹ Er zit wel enige inhoudelijke overlap tussen dergelijke vormen van intern toezicht en de taakstelling van de rechter-commissaris. Toch zullen daarmee de waarborgen die in bijvoorbeeld artikel 180 Sv, al dan niet gevolgd door een verklaring dat de zaak is geëindigd als bedoeld in artikel 29f Sv, ook in de context van het EOM niet aan kracht verliezen. De Verordening zelf kent immers geen termijn waarbinnen het onderzoek moet zijn afgerond.²² De essentie van genoemde regelingen is het waarborgen van rechterlijk toezicht op de voortgang van het opsporingsonderzoek.²³ Die

16 Dat is anders dan in het systeem van de Richtlijn Europees onderzoeksbevel waarin wordt bepaald dat de materiële gronden voor het uitvaardigen van het EOB alleen in *de uitvaardigende staat* kunnen worden aangevochten; artikel 14 lid 2 Richtlijn 2014/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken, *Pb EU* [2014] L 130/1. De richtlijn stelt vast dat het de autoriteiten van de uitvaardigende staat zijn die de toets verrichten; die zullen aan het eigen recht toetsen.

17 Op die manier komt de toepassing van nationale wettelijke voorschriften ook in een ander licht te staan dan wellicht gebruikelijk in (de rechtscultuur van) de betreffende staat. Dat lijkt mij onvermijdelijk en een direct gevolg van het integratiemodel van het EOM.

18 Dan blijft overigens het punt van de tegenstrijdige beslissingen bij onderzoekshandelingen in meerdere staten staan. Dat kan de Nederlandse wetgever of rechter alleen niet oplossen.

19 Vgl. HR 11 oktober 2005 ECLI:NL:HR:2005:AT4351, r.o. 3.5.2. Zie verder ook R. Kuiper, *Vormfouten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 196-197.

20 Zo ook, zij het impliciet, de parlementaire stukken, bijv. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 429, nr. 6, p. 11: 'Vooropgesteld moet worden dat in een Nederlandse EOM-zaak alle normale waarborgen en procedures onder het Wetboek van Strafvordering (Sv) van toepassing zijn. De Verordening EOM stelt immers in artikel 5, derde lid, dat het nationale recht van toepassing is op aangelegenheden die niet bij de verordening zijn geregeld.'

21 Zie artikel 10 leden 2 en 5 Vo.

22 Termijnen ter zake van de vervolgingsbeslissing zijn er wel; zie artikel 36 Vo.

23 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29253, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 177, nr. 3, p. 13.

functie heeft ook in EOM onderzoeken nog steeds waarde. In zekere zin ligt dit ook in de lijn van de Verordening zelf, die in artikel 42 voorop stelt dat rechtsbescherming ook openstaat wanneer het EOM *nalaat* procedurele handelingen vast te stellen die bedoeld zijn om rechtsgevolgen ten aanzien van derden te creëren, als het EOM in het kader van deze verordening wettelijk verplicht is om deze vast te stellen.

4. Het EOM en de Nederlandse zittingsrechter

4.1. *Forumkeuzes*

(Ook) ten aanzien van de zittingsrechter geldt het uitgangspunt dat diens bevoegdheden niet zijn veranderd. Voor wat betreft de zittingsrechter is dat met zoveel woorden in de Verordening neergelegd.²⁴ De strafrechter zal zaken dus beoordelen in het licht van het schema van de artikelen 348 en 350 Sv. Dat laat echter onverlet dat die rechter wel met een instantie te maken krijgt die op onderdelen wezenlijk anders is dan het Nederlandse openbaar ministerie. Ik werk dat verder uit met voorbeelden over de forumkeuze en de omgang met onrechtmatig verkregen bewijs uit een andere deelnemende lidstaat.

Het ligt voor de hand dat er op enig moment een binnen de context van het EOM gemaakte forumkeuze zal worden betwist (artikelen 26 en 36 Vo). Op basis van de Verordening zal een zaak in beginsel worden ingesteld en behandeld door een gedelegeerd Europese aanklager uit de lidstaat waar zich 'het zwaartepunt van de strafbare activiteit bevindt' of, bij meerdere met elkaar verband houdende EOM-feiten, de lidstaat waar de meeste van die feiten zijn gepleegd (artikel 26 lid 4 Vo).²⁵ Niettemin staat de Verordening toe dat er ook elders onderzoeken kunnen worden gestart (lid 4). Bovendien is het mogelijk dat zaken gedurende het onderzoek, tot aan de start van de zitting, worden verplaatst (lid 5). Artikel 26 leden 4 en 5 reiken daarvoor criteria aan. De overkoepelende maatstaf is daarbij, hoewel dat alleen in lid 5 met zoveel woorden is neergelegd, 'het algemeen belang van de rechtsbedeling.' Er kan voor worden gekozen zaken te verplaatsen, maar ook om ze te voegen of juist te splitsen. De stand van het onderzoek is daarbij eveneens een relevante maatstaf (lid 6).

Uit de Preambule blijkt dat de forumkeuze moet worden beschouwd als procedurele handeling die bedoeld is om rechtsgevolgen ten aanzien van derden te creëren (artikel 42 lid 1 Vo).²⁶ Er moet dus in rechtsbescherming worden voorzien. De Verordening laat in het midden of die rechtsbescherming alleen openstaat in gevallen dat er van de hoofdregels wordt afgeweken of ook in situaties dat die regels worden bestendigd. Ik zou menen dat, gelet op de inherente vaagheid van de gebezigde criteria in lid 4 en het beginsel-achtige karakter van de hoofdregel, beide mogelijk zijn. Ook de Preambule zelf verwijst in algemene zin naar de 'keuze' die de leden van het EOM ter zake hebben.²⁷ Het voorwerp van het geding is dus die keuze, niet alleen de afwijking van de wettelijke regel.

24 Vgl. Considerans EOM Verordening, onder 87 *in fine*. Ik ga verder niet in op de positie van de Nederlandse beklagerechter in de gevallen dat onderzoeksmaatregelen in een andere deelnemende staat moeten worden gesteld; zie daarover in het kader van de rechtshulp, HR 3 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9015, NJ 2008/484 en HR 26 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:425 en de bijhorende conclusie ECLI:NL:PHR:2019:79.

25 Zie ook DD 2021/54, paragraaf 2 van het artikel dat in de vorige aflevering verscheen; zie verder M. Luchtman, 'Forum choice and judicial review under the EPPO's legislative framework', in: W. Geelhoed, L.H. Erkelens & A.W.H. Meij (eds.), *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Den Haag: TMC Asser 2018, p. 155-170.

26 Considerans EOM Verordening, onder 87.

27 *Ibid.*

Een verweer tegen de forumkeuze zal, naar ik aanneem, vooral aan de orde komen ter zitting, al dan niet als preliminair verweer, of in een bezwaarschrift tegen de dagvaarding.²⁸ De Invoeringswet zwijgt hierover, anders dan bijvoorbeeld de Duitse invoeringswet.²⁹ Er kan over worden getwist of zo'n verweer de bevoegdheid van de Nederlandse rechter raakt, dan wel de ontvankelijkheid van het EOM. Het vraagstuk van de forumkeuze onder het EOM is in ieder geval een ander dan de vraag naar rechtsmacht in andere transnationale strafzaken. Een geslaagd verweer op het ontbreken van rechtsmacht leidt in de laatste categorie van gevallen tot de niet-ontvankelijkheid van het OM.³⁰ Bestaat er daarentegen wel Nederlandse rechtsmacht, dan zal een Nederlandse rechter zich niet onbevoegd verklaren, ook niet als hij een rechter uit een ander land beter geplaatst vindt voor de zaak.

De vraag rijst of deze benadering ook past in EOM-zaken en wat de rechter in dat verband precies dient te toetsen. De forumkeuze in het EOM-systeem heeft trekken van een systeem van relatieve competentie. Het start vanuit de aanname dat verschillende gedelegeerd Europese aanklagers tegelijk bevoegd kunnen zijn. In de situatie dat een Nederlandse rechter wel rechtsmacht heeft, maar deze de door het EOM gemaakte forumkeuze toch niet 'redelijk' vindt in het licht van een goede rechtsbedeling,³¹ is er evenwel niet in een regeling voorzien die tegenstrijdige oordelen of negatieve bevoegdheidsconflicten voorkomt. Wat wel mogelijk is, is dat het Hof van Justitie, als deze daarover een vraag krijgt van een nationale rechter, uitsluitsel geeft over de geldigheid van de gemaakte forumkeuze, aangenomen dat dit een handeling is die rechtstreeks op basis van het Unierecht wordt opgeworpen.³² Dat is echter niet hetzelfde als het bindend toewijzen van een zaak aan een andere deelnemende staat. De onvolkomenheid van dit systeem kan en – zo verwacht ik: zal – rechters ervan weerhouden om van de gemaakte forumkeuze af te wijken. Dan rijst ook de vraag wat de meerwaarde van het rechtsmiddel precies is. Niettemin is de forumkeuze een essentieel onderdeel van het ondeelbare EOM, dat opereert op basis van 22 uiteenlopende rechtsstelsels. Over de forumkeuze mogen, ook in het licht van de legitimiteit van het EOM zelf, geen twijfels bestaan.³³

Wanneer een Nederlandse rechter, op basis van de criteria in de Verordening, niettemin in brisante gevallen toch tot de conclusie zou komen dat er naar Nederlands recht wel rechtsmacht bestaat, maar vervolging in Nederland niet redelijk is, zal deze het EOM in zijn vervolging *in Nederland* niet ontvankelijk kunnen verklaren.³⁴ Denkbaar is op zichzelf ook dat de Nederlandse rechter zichzelf niet bevoegd verklaart. Die oplossing is echter (nog) riskant(er). In zo'n geval staat immers nog niet vast dat een andere bevoegde rechter wel bevoegd is. Bovendien normeert de Verordening niet de rechterlijke bevoegdheid, maar de

28 Ik laat het bezwaarschrift tegen de dagvaarding verder buiten beschouwing. Het is overigens de vraag of met die late toets in alle gevallen kan worden volstaan en zo nee, welke rechtsingang er dan bestaat. Wat betreft het kort geding is niet duidelijk wie er voor de rechter zou worden gedaagd. Het EOM is immers een EU-orgaan en geen deel van de Staat der Nederlanden, zoals het openbaar ministerie dat wel is.

29 Artikel 3 van de Duitse invoeringswet, de zogenaamde *Europäische Staatsanwaltschaft Gesetz* van 10 juli 2020, *BGBl. I*, p. 1648 (*EUSTAGEG*), voegt aan § 16 StPO het volgende artikellid toe: '(2) Ist Anklage von der Europäischen Staatsanwaltschaft erhoben worden, so prüft das Gericht auf Einwand des Angeklagten auch, ob die Europäische Staatsanwaltschaft gemäß Artikel 36 Absatz 3 der Verordnung 2017/1939 (...) befugt ist, vor einem Gericht im Geltungsbereich dieses Gesetzes Anklage zu erheben. (...)'. Daarover verder *Deutscher Bundestag Drucksache 19/17963*, 16 maart 2020, p. 32, 36.

30 Vgl. HR 11 september 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD7495, *NJ* 1991/250 m.nt. A.H.J. Swart.

31 Zelfs de door de rechters aan te leggen toetsmaatstaf is niet in de Verordening neergelegd.

32 Artikel 41 lid 2 aanhef en onder a Vo.

33 Zie ook V. Mitsilegas, 'European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2021, p. 12-13, 17-18.

34 Het spiegelbeeld is ook denkbaar. Is er in Nederland een artikel 12 Sv-procedure mogelijk als het EOM de zaak niet in Nederland, maar elders aanbrengt? Kan de verdachte ook zo'n procedure starten? Die vragen laat ik verder rusten.

forumkeuze van het EOM. Het al dan niet bestaan van de rechterlijke bevoegdheid kan niet afhangen van de door het EOM ter zake gemaakte keuzes. Een dergelijke mate van invloed moet het EOM niet kunnen uitoefenen. Dan ontstaan ook problemen in het licht van artikel 47 Hv dat een ieder een behandeling van zijn zaak door een vooraf bij wet ingesteld gerecht garandeert.

4.2. *Onrechtmatig bewijs*

4.2.1. *Onrechtmatig bewijs en doeltreffende rechtsbescherming in het licht van de EOM Verordening*

Problematisch is naast de forumkeuze ook het stilzwijgen over de rechterlijke controle van de zittingsrechter op het vooronderzoek en de omgang met onrechtmatig verkregen bewijs, vooral in grensoverschrijdende zaken.³⁵ Het uitgangspunt van de Verordening is dat materiaal dat in een andere deelnemende staat werd vergaard niet alleen om die reden ontoelaatbaar mag worden verklaard (artikel 37 Vo). Dat uitgangspunt is gestoeld op het onderliggende beginsel van wederzijds vertrouwen dat het Hof van Justitie als volgt heeft uitgewerkt:

“Wanneer de lidstaten het recht van de Unie ten uitvoer brengen, kunnen zij [op basis van het beginsel van onderling vertrouwen tussen de lidstaten in het Unierecht] krachtens dit recht gehouden zijn om aan te nemen dat de andere lidstaten de grondrechten eerbiedigen, zodat zij niet alleen niet kunnen eisen dat een andere lidstaat een hoger nationaal niveau van bescherming van de grondrechten biedt dan door het Unierecht wordt verzekerd, maar, behoudens uitzonderlijke gevallen, evenmin kunnen nagaan of die andere lidstaat in een concreet geval daadwerkelijk de door de Unie gewaarborgde grondrechten heeft geëerbiedigd.”³⁶

Het Hof van Justitie gaf deze beschouwingen in het kader van de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en de EU-instrumenten die dat beginsel implementeren. Op zichzelf lijken de overwegingen echter ook relevant voor andere door het Unierecht gecreëerde instrumenten van transnationale strafrechtelijke samenwerking in de Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Zo beschouwd kan ook artikel 37 Vo in deze sleutel worden geplaatst. Rechterlijke autoriteiten mogen ten eerste buitenlands bewijs niet weren op basis van hogere nationale standaarden en moeten ten tweede, behoudens bijzondere gevallen, ervan uitgaan dat in andere staten de grondrechten zijn geëerbiedigd.³⁷

Onduidelijk is of artikel 37 lid 1 Vo alleen betrekking heeft op rechtmatig verkregen of verstrekt bewijs, zodat onrechtmatig verkregen bewijs buiten deze regel zou vallen.³⁸ Dat is verdedigbaar. De regel brengt in die lezing vooral tot uitdrukking dat dergelijk bewijsmateriaal is vergaard in een rechtssysteem dat gelijkwaardig is aan dat van de forumstaat en daarom toelaatbaar is. De regel geldt bijgevolg niet als de daar geldende standaarden niet zijn nageleefd.

35 Daarover slechts de beperkte beschouwingen in *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 4, p. 4.

36 Hof van Justitie, Advies 2/13 van het Hof krachtens artikel 218, lid 11, VWEU, 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 192.

37 Zie verder M. Luchtman, A. Karagianni en K. Bovend'Eerd, 'EU administrative investigations and the use of their results as evidence in national punitive proceedings', in: F. Giuffrida & K. Ligeti (eds.), *Admissibility of OLAF Final Reports as Evidence in Criminal Proceedings*, p. 9-55.

38 *Ibid.*

Er is ook een andere lezing mogelijk. Die lezing lijkt ten eerste te worden bevestigd door de bewoordingen van de bepaling zelf,³⁹ en ten tweede door de context waarin deze bewijsregel functioneert. Op basis van die interpretatie zou gelden dat als naar nationaal recht onrechtmatig verkregen (of verstrekt) materiaal toch als bewijs kan worden gebruikt, dat ook moet gelden voor bewijs uit een andere jurisdictie. Uit de preambule volgt dan wel een belangrijke toevoeging: de ‘onpartijdigheid’ (ik zou zeggen: ‘eerlijkheid’)⁴⁰ van de procedure en de rechten van de verdachte of beklagde in de zin van het Handvest moeten worden geëerbiedigd.⁴¹

Deze interpretatie van artikel 37 Vo hangt samen met artikel 42 Vo. Daarin is als gezegd bepaald dat procedurele handelingen van het EOM die bedoeld zijn om rechtsgevolgen ten aanzien van derden te creëren getoetst moeten worden door de ‘bevoegde nationale rechter’, overeenkomstig de voorschriften en procedures in het nationale recht. Uit de preambule kan worden afgeleid dat met die rechtsgevolgen mede wordt bedoeld op inbreuken op individuele rechten.⁴² Derden zijn de verdachte, het slachtoffer en andere belanghebbenden wier rechten kunnen worden geschaad door dergelijke handelingen.⁴³ Uit de preambule kan voorts worden afgeleid dat het wat betreft artikel 42 Vo gaat om een toetsing op de ‘wettigheid’ van procedurele handelingen in de fase vóór de tenlastelegging.⁴⁴

De toets van artikel 42 Vo vindt plaats teneinde in ‘doeltreffende rechtsmiddelen’ te voorzien. Deelnemende staten hebben hier enige vrijheid, die evenwel wordt beperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid of equivalentie (de door de EU beschermde rechten moeten op gelijke voet worden beschermd als vergelijkbare nationale rechten) en het effectiviteitsbeginsel, op basis waarvan de uitoefening van die rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden gemaakt.⁴⁵ Het doel lijkt daarmee – naar analogie van een tweetal recente data retentie-uitspraken – te voorkomen dat “onrechtmatig verkregen informatie en bewijzen ongerechtvaardigd nadeel toebrengen aan een persoon die ervan wordt verdacht strafbare feiten te hebben gepleegd.”⁴⁶ Over het doeltreffendheidsbeginsel werd door het Hof van Justitie in die twee zaken opgemerkt:

“Bij de beoordeling of informatie en bewijzen die in strijd met de voorschriften van het Unierecht zijn verkregen, moeten worden uitgesloten, moet met name worden nagegaan of de aanvaarding van dergelijke informatie en bewijzen schending van het beginsel van hoor en wederhoor en dus ook van het recht op een eerlijk proces tot gevolg kan hebben. Een rechterlijke instantie die van oordeel is dat een partij niet in de gelegenheid is om doeltreffend commentaar te leveren op een bewijsmiddel dat betrekking heeft op een gebied waarvan de rechters geen kennis hebben en 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 moet dat bewijsmiddel uitsluiten om die schending te voorkomen. (...).”⁴⁷

39 Er staat immers dat bewijs niet ontoelaatbaar mag worden verklaard op basis van het enkele feit dat het in een andere lidstaat of overeenkomstig het recht van een andere lidstaat is vergaard.

40 In de Engelse versie van de Verordening, Preambule, nr. 80, wordt gesproken over de ‘fairness’ van de procedure, niet van ‘onpartijdigheid’. Die vertaling lijkt mij beter. Zie over wat de rechter moet doen bij verschillende taalversies, HvJ EU 5 juni 2018, zaak C-612/15 (*Kolev e.a.*), ECLI:EU:C:2018:392, par. 86-87.

41 Considerans EOM Verordening, onder 80.

42 Considerans EOM Verordening 87.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

45 Considerans EOM Verordening 88.

46 HvJ EU 2 maart 2021, zaak C-746/18 (*H. K./Prokuratuur*), ECLI:EU:C:2021:152, par. 43.

47 HvJ EU 6 oktober 2020, gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18 (*La Quadrature du Net e.a.*), EU:C:2020:791, par. 226 en 227; HvJ EU 2 maart 2021, zaak C-746/18 (*H. K./Prokuratuur*), ECLI:EU:C:2021:152, par. 41-45.

In deze uitspraken koppelt het Hof de doeltreffendheid van de bescherming van een door de EU-verleend (privacy)recht aan de eerlijkheid van het proces, ook al ging het in het achterliggende strafproces zelf niet om de uitvoering van EU-recht. Wanneer hoor en wederhoor in de zojuist geciteerde omstandigheden niet mogelijk is, mag het materiaal niet als bewijs worden gebruikt.⁴⁸ Is hoor en wederhoor daarentegen wel mogelijk, dan hebben staten enige ruimte wanneer specifiek, op het bewijsrecht betrekking hebbend EU-recht ontbreekt en kan 'ongerechtvaardigd nadeel' voor de verdachte niet alleen worden voorkomen door "een verbod op het gebruik van dergelijke informatie en bewijselementen, maar ook door nationale regels en praktijken met betrekking tot de beoordeling en de weging van de informatie en de bewijzen, of door de inaanmerkingneming van het onrechtmatige karakter ervan bij de straftoemeting."⁴⁹

De door het Hof gevolgde redenering biedt ook handvatten voor de organisatie van de rechtsbescherming in EOM-verband en zulks niet alleen voor de situatie waarin dataretentie aan de orde is.⁵⁰ In het licht van de zojuist genoemde uitspraken is artikel 42 Vo relevant voor een rechterlijke rechtmatigheidstoets in twee typen situaties. Het artikel beschermt ten eerste de rechtspositie van 'derden' (niet alleen verdachten) wanneer deze door 'procedurele handelingen' in hun rechtspositie worden aangetast, bijvoorbeeld door inbreuken op hun recht op privacy. Nationale rechtsmiddelen zijn er dan op gericht de oorspronkelijke toestand te herstellen (door de opheffing van een beslag bijvoorbeeld) of de gevolgen van de onrechtmatigheid ongedaan te maken, dan wel te compenseren.⁵¹ In de tweede plaats kan artikel 42 Vo ook specifiek voor de positie van de verdachte een rol spelen, in het licht van diens recht op een eerlijk proces. Het garandeert deze – in de zojuist genoemde overwegingen van het Hof – het kunnen leveren van 'doeltreffend commentaar' ten overstaan van een rechter als er inbreuk wordt gemaakt op een hem door het Unierecht verleend recht dat materiaal oplevert dat doorslaggevend is voor de bewijsvoering.⁵² Dat verdient iets meer uitwerking.

De Verordening refereert in de tekst van artikel 42 Vo aan de 'bevoegde nationale rechter', maar laat in het midden welke rechter dat is. Ook de Invoeringswet zwijgt hierover. In grensoverschrijdende gevallen kan dat de zittingsrechter zijn, die zich dan mogelijk moet uitspreken over buitenlands recht, maar dat hoeft niet. Er staat mijns inziens niets aan in de weg dat aan de verdachte doeltreffende rechtsmiddelen, bedoeld in artikel 42 Verordening, in grensoverschrijdende gevallen worden geboden door de assisterende lidstaat. Dat zou ook passen bij het uitgangspunt dat in die staat gestelde onderzoekshandelingen worden uitgevoerd conform de daar geldende regels (artikel 32 Vo).

Is dat laatste inderdaad gebeurd en kon aldaar doeltreffend commentaar worden geleverd op basis van hoor en wederhoor, dan is het vervolgens aan de rechter in die staat om overeenkomstig zijn eigen recht al dan niet rechtsgevolgen te verbinden aan de geconstateerde

48 Zie in dat verband ook Hof van Justitie 17 december 2015, zaak C-419/14 (*WebMindLicenses*), ECLI:EU:C:2015:832, par. 92.

49 HvJ EU 2 maart 2021, zaak C-746/18 (*H. K./Prokuratuur*), ECLI:EU:C:2021:152, par. 43.

50 Die categorie zaken, gelieerd aan de Nederlandse Wet bevoegdheden vorderen gegevens, speelt ook bij het EOM een rol, zie artikel 30, lid 1, sub c, Vo. Zie recent ook Rb. Rotterdam, 30 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3905.

51 Hierna ga ik als gezegd nog in op de beslagprocedure van art. 552 Sv in de context van het EOM.

52 De benadering van het Luxemburgse hof doet denken aan die van het Straatsburgse, hoewel de laatste in zijn holistische benadering bij mijn weten nooit zo expliciet is geweest over de relatie tussen het beginsel van een doeltreffende rechtsbescherming in het kader van art. 8 EVRM en het recht op een eerlijk proces, als bedoeld in art. 6 EVRM.

onrechtmatigheid.⁵³ De gewraakte opsporingshandeling kan nietig worden verklaard, met gevolgen voor het verdere gebruik van het daaruit verkregen materiaal, maar dat hoeft niet. Er is veel voor te zeggen de procedurele, aan de eerlijkheid van het strafproces verbonden sanctie aan de zittingsrechter te laten. De op integratie gerichte, compositie⁵⁴ organisatie-structuur van het EOM bewerkstelligt in dat geval een taakverdeling tussen de rechterlijke autoriteiten van de betrokken lidstaten. Die taakverdeling kan zijn dat de zittingsrechter, met inachtneming van de rechten van de verdediging en de ‘onpartijdigheid’ [beter: eerlijkheid] van het proces, bepaalt wat de gevolgen moeten zijn van de geconstateerde onrechtmatigheid door de rechter in de assisterende lidstaat.

4.2.2. *De verhouding tot de rechtspraak van de Hoge Raad*

De vraag is of het zojuist geschetste systeem ook verenigbaar is met de koers van de Hoge Raad ten opzichte van in het buitenland, onder verantwoordelijkheid van buitenlandse autoriteiten, verkregen bewijs, in gevallen waarin Nederland de forumstaat is. De Hoge Raad stelt immers dat:

“Het vertrouwen dat de tot het EVRM toegetreden staat de bepalingen van dat verdrag eerbiedigt en dat de verdachte in geval van schending van enig ander recht dan zijn recht op een eerlijk proces, (...), het recht heeft op een daadwerkelijk rechtsmiddel als bedoeld in artikel 13 EVRM voor een instantie van die staat voorts mee[brengt] dat niet ten toets staat van de Nederlandse strafrechter of in het recht van het desbetreffende buitenland al dan niet een toereikende wettelijke grondslag bestond voor de door de verrichte onderzoekshandelingen eventueel gemaakte inbreuk op het recht van de verdachte op respect voor zijn privéleven, zoals bedoeld in artikel 8, eerste lid, EVRM, en of die inbreuk geacht kan worden noodzakelijk te zijn, zoals bedoeld in het tweede lid van die bepaling.”⁵⁵

De door de Hoge Raad geïntroduceerde taakafbakening bouwt voort op de verantwoordelijkheden die andere EVRM-staten hebben op basis van dat Verdrag. Het is niet de taak van de Nederlandse strafrechter om te voorzien in rechtsmiddelen ter zake van door andere landen te respecteren Verdragsrechten.⁵⁶ In de lijn van de HR is toetsing aan buitenlands recht en aan artikel 8 EVRM ten aanzien van in het buitenland gestelde opsporingshandelingen dus uitgesloten, omdat in het buitenland een rechtsmiddel als bedoeld in artikel 13 EVRM beschikbaar moet zijn. De Nederlandse rechter moet wel het recht op een eerlijk proces waarborgen. Deze mag daarom onderzoeken, eventueel buiten de kaders van artikel 359a Sv, of het gebruik van de resultaten van dat onderzoek in overeenstemming is met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM.⁵⁷

De vraag is of deze lijn kan worden doorgetrokken naar het EOM.⁵⁸ Twijfel is gerechtvaardigd, omdat a) het EOM een ondeelbare instantie is, en b) de benadering van de Hoge Raad

53 Voor wat betreft de grote verschillen die hier tussen de deelnemende staten bestaan wijs ik op J.A.E. Vervaele, ‘Lawful and Fair Use of Evidence from a European Human Rights Perspective’, in: F. Giuffrida & K. Ligeti (red.), *Admissibility of OLAF final reports as evidence in criminal proceedings*, Luxemburg: Universiteit Luxemburg 2019, p. 56-94.

54 M. Luchtman, *Transnationale rechtshandhaving – Over fundamentele rechten in de Europese strafrechtelijke samenwerking* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2017.

55 HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, NJ 2011/169 m.nt. Schalken, r.o. 4.4.1.

56 Vgl. ook Böse, Bröcker en Schneider, ‘Introduction’, in: Martin Böse, Maria Bröcker en Anne Schneider (eds.), *Judicial protection in transnational criminal proceedings*, Springer 2021, p. 1-18.

57 *Ibid.* Zie ook HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.2.2.

58 Ik beperk me in het vervolg tot schendingen van aan de verdachte gegarandeerde rechten, in het bijzonder diens recht op privacy. In andere situaties zal doorgaans de *Schutznorm* gelden.

niet uitsluit dat materiaal als bewijs wordt gebruikt dat in de assisterende lidstaat werd verkregen door een schending van een door de EU gegarandeerd recht, terwijl aldaar niet in doeltreffende rechtsbescherming als bedoeld in artikel 47 Hv werd of kon worden voorzien. In de lijn van het Hof van Luxemburg heeft de strafrechter immers tot taak om ter zake van door het Unierecht gegarandeerde rechten, zoals de persoonlijke levenssfeer, een dergelijke bescherming te bieden. Kan deze dat niet, omdat hij geen kennis van de materie heeft, terwijl de verdediging evenmin bij machte was ‘doeltreffend commentaar’ te leveren, dan mag potentieel doorslaggevend materiaal niet als bewijs worden gebruikt. Gebeurt dat toch, dan is het proces oneerlijk geweest. In dat geval wordt het bewijsmateriaal niet alleen meer geweigerd op basis van de omstandigheid dat het uit het buitenland afkomstig is (vgl. artikel 37 Vo), maar omdat “de zittingsrechter vindt dat door de toelating ervan de onpartijdigheid [beter: de eerlijkheid, *ML*] van de procedure en de rechten van de verdachte of beklagde in de zin van het Handvest [niet] worden geëerbiedigd.”⁵⁹

Het voorgaande brengt mee dat de zittingsrechter – teneinde te voorzien in een doeltreffende bescherming van door het Unierecht gegarandeerde rechten – zelf de wettigheid toetst van procedurele handelingen, als bedoeld in artikel 42 Vo en beoordeelt of daarbij de door het Unierecht gewaarborgde rechten zijn geschonden. Dat kan grofweg op twee manieren.⁶⁰ Het is ten eerste mogelijk dat de rechter die toets zelf verricht (waarover hieronder meer). Dat is niet *per se* in strijd met het beginsel van wederzijds vertrouwen. Dat vertrouwen, dat verder moet worden geconcretiseerd in rechtsregels, veronderstelt immers ook de (mogelijkheid van) toetsing door een buitenlandse rechterlijke autoriteit, zodat doeltreffende rechtsbescherming te allen tijde gewaarborgd is. In dat opzicht kan worden gesteld dat het EOM wel berust op het beginsel van wederzijds vertrouwen, maar niet op de rechtsregels van wederzijdse erkenning. Het is een integratie-model dat – met uitzondering van de overlevering van verdachten – nadrukkelijk afstand doet van de formele grenzen tussen rechtsordes, waarop het model van wederzijdse erkenning is gestoeld. Het EOM is ondeelbaar.

Het lijkt mij ten tweede ook mogelijk dat de zittingsrechter zich van zijn taak kwijt doordat hij vaststelt dat die wettigheid reeds is getoetst in de assisterende staat (conform de procedure van artikel 42 Vo), en zulks in een procedure die voldoet aan de eisen van doeltreffende rechterlijke bescherming. In dat geval past het niet dat de Nederlandse rechter zijn oordeel over de wettigheid van een handeling in de plaats stelt van dat van zijn buitenlandse collega. Artikel 42 Vo biedt wat dat betreft ruimte voor een taakverdeling tussen de betrokken samenwerkende rechters.⁶¹

Laat de strafrechter echter beide na (noch een eigen toets, noch een vaststelling dat er een rechterlijke toets is geweest), dan schendt de rechter mijns inziens het recht op een eerlijk proces, wanneer het betwiste materiaal doorslaggevend kan worden geacht voor het bewijs en inbreuk maakt op een aan de verdachte toekomend EU-recht. Vooral hierin wijkt deze interpretatie af van de koers van de Hoge Raad. Ze brengt een onderzoeksplicht mee die zich niet beperkt tot Nederlands recht, maar die ook een toets aan de Verordening, en daarmee buitenlands recht, EU-beginselen en het Handvest kan omvatten.⁶² De situaties waaraan dan kan worden gedacht zijn vooral de gevallen waarin materiaal zonder rechterlijke tussenkomst werd vergaard en verstrekt, terwijl doeltreffende rechtsbescherming in

59 Considerans EOM Verordening, onder 80.

60 Vgl. Hof van Justitie 17 december 2015, zaak C-419/14 (*WebMindLicenses*), ECLI:EU:C:2015:832, par. 87-88.

61 Kraniotis spreekt van de ordenende functie van het vertrouwensbeginsel, vgl. T. Kraniotis, *Het vertrouwensbeginsel bij de instaterstaelijke samenwerking in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 60-63, 394-395.

62 Dat vloeit immers voort uit artikel 32 van de Verordening.

het buitenland evenmin kon worden geboden vanwege de geheimhouding van die maatregelen (jegens de verdachte) in het belang van het onderzoek. De Nederlandse rechter zal zich dan, al dan niet op basis van informatie die is verstrekt door het EOM of de verdediging, zelf moeten wagen aan een rechtmatigheidstoets, mogelijk inclusief een beoordeling van het buitenlandse recht, of op een andere wijze hoor en wederhoor moeten garanderen. Voorstelbaar, maar meer omstreden, zijn daarnaast de situaties waarin een rechtsmiddel in de assisterende staat niet werd benut, terwijl dat wel had gekund,⁶³ of situaties waarin wel een inbreuk werd gemaakt op door het EU-recht gewaarborgde rechten, maar niettemin niet werd voorzien in een doeltreffend rechtsmiddel in de assisterende staat (bijvoorbeeld vanwege gebreken in het recht van de assisterende staat).⁶⁴

De vraag is gerechtvaardigd wat de gevolgen van deze opvatting zijn voor de coherentie van de betrokken nationale rechtssystemen. Bij toetsing aan buitenlands recht bestaat immers het risico dat hetzelfde wetsartikel of leerstuk door verschillende nationale rechters op een verschillende manier wordt uitgelegd.⁶⁵ Nederlandse rechtbanken hebben geen formele verhouding tot, bijvoorbeeld, het Duitse *Bundesgerichtshof*. Ik ben evenwel niet zeker dat het in de context van het EOM *per se* het Duitse *Bundesgerichtshof* moet zijn dat in laatste instantie gaat over de uitleg van de toepasselijke voorschriften van de *Strafprozessordnung*. Nationaal straf- en strafprocesrecht geldt pas, waar de Verordening zwijgt. Het is de Verordening die het toepasselijk verklaart (artikel 5 lid 3 Vo). Waar het nationale recht toepasselijk is, staat het dus in de sleutel van het effectief functioneren van het EOM-systeem. Nationaal recht moet in dat licht worden uitgelegd. Onder effectiviteit, in de zin van doeltreffendheid, valt daarbij nadrukkelijk ook de bescherming van de rechten van derden. Dat er aldus discrepanties kunnen gaan ontstaan is een direct gevolg van de door de lidstaten zelf gemaakte keuzes. De verantwoordelijke rechterlijke colleges zullen hier nadrukkelijker naar elkaars rechtspraak moeten gaan kijken.

De voorlopige conclusie op basis van het voorgaande is dat er zowel op basis van het vereiste van een doeltreffende rechtsbescherming, als vanwege de ondeelbaarheid van het EOM geen goede reden is op basis waarvan de Nederlandse zittingsrechter zich zou kunnen onthouden van een toets van de handelingen van niet-Nederlandse onderdelen van het EOM aan de toepasselijke regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer (of andere door het Handvest gegarandeerde rechten). Dat geldt ook als die handelingen in het buitenland, onder toepassing van de EOM Verordening in combinatie met buitenlands recht, plaatsvonden. In dat geval rijst de vraag wat de Nederlandse (zittings)rechter te doen staat wanneer deze of een buitenlandse rechter vaststelt dat er in de assisterende lidstaat inderdaad een onrechtmatigheid heeft plaatsgevonden.⁶⁶ Mijns inziens zal het argument van ondeelbaarheid ook hier een belangrijke rol spelen.

63 Vgl. voor de Nederlandse situatie Kuiper 2014.

64 Zie daarover, in de context van het Europees Onderzoeksbevel, HvJ EU 24 oktober 2019, zaak C-324/17 (*Gavanozov*), ECLI:EU:C:2019:892; de recente conclusie in zaak C-852/19 (*Gavanozov II*), ECLI:EU:C:2021:346; HvJ EU, 8 december 2020, zaak C-584/19 (A. e.a./Staatsanwaltschaft Wien), ECLI:EU:C:2020:1002.

65 Helemaal nieuw is dat probleem overigens ook niet. Het bestaat al lang in het (internationaal) privaatrecht en, in bescheiden mate, in het strafrecht (bijvoorbeeld bij toetsing aan dubbele strafbaarheid). Artikel 79 lid 1, aanhef en onder b, RO biedt daarvoor een voorziening.

66 Artikel 14 lid 7 Richtlijn Europees Onderzoeksbevel kent daarvoor een voorziening maar die is voor wat betreft het EOM niet overgenomen. Dat artikellid luidt: '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.'

4.2.3. De aan geconstateerde onrechtmatigheden te verbinden rechtsgevolgen

De Invoeringswet zwijgt ook over de rechtsgevolgen van in andere deelnemende staten geconstateerde onrechtmatigheden. Zo zijn de definities van het voorbereidend en opsporingsonderzoek in de artikelen 132 Sv, resp. 132a Sv niet aan de komst van het EOM aangepast.⁶⁷ Artikel 359a Sv normeert echter een rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek dat onder het gezag van de Nederlandse officier van justitie staat. Kan dit artikel niettemin ook ten opzichte van het EOM worden toegepast? Zo ja, moet daarbij onderscheid worden gemaakt tussen de acties van de Nederlandse gedelegeerde aanklagers en die van assisterende aanklagers uit andere landen? Of geldt er een geheel van artikel 359a Sv losstaand regime en, zo ja, welk? Die onduidelijkheid is bepaald problematisch te noemen. Immers, sluit men het EOM van de reikwijdte van artikel 359a Sv uit of wijzigt men dat regime zonder goede reden, dan rijzen vragen in het licht van het equivalentiebeginsel en/of doeltreffendheidsbeginsel. Beperkt men de reikwijdte ervan tot het voorbereidend onderzoek *in Nederland*, dan rijzen vragen in het licht van het uitgangspunt dat het EOM ondeelbaar is.

Mijns inziens past het dat de Nederlandse strafrechter hier direct aansluiting zoekt bij de rechtspraak over artikel 359a Sv. Dat vloeit voort uit het equivalentiebeginsel. Anders dan in andere gevallen van internationale samenwerking waarin er – in ieder geval formeel – sprake is van autonoom opererende autoriteiten (Nederlandse en buitenlandse), is dat bij het EOM niet zo. Het zijn weliswaar de Nederlandse gedelegeerd Europese aanklagers die zaken voor de Nederlandse strafrechter brengen, maar zij maken deel uit van het EOM dat ondeelbaar is. Ook wanneer opsporingshandelingen in een andere deelnemende staat worden gesteld, worden deze verricht onder verantwoordelijkheid en in naam van dezelfde (weliswaar gedecentraliseerde) EU-instantie die voor de Nederlandse rechter optreedt. Er is in dat opzicht geen reden meer voor een onderscheid tussen de verantwoordelijkheden van ‘buitenlandse’ en ‘Nederlandse’ autoriteiten en de daaraan gekoppelde taakbegrenzing van de Nederlandse rechter.

Dit alles brengt met zich dat de Nederlandse rechter ook anders zal moeten kijken naar de argumenten die bij de rechterlijke omgang met vormfouten een rol spelen.⁶⁸ Het lijkt mij bovendien verstandig er op voorhand niet te snel vanuit te gaan dat er in dit gefragmenteerde handhavingslandschap andere instanties zijn die ook toezicht op de opsporing uitoefenen.⁶⁹ Juist wat betreft het EOM is rechterlijk toezicht belangrijk en dat ligt ook in de lijn van de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie. Wanneer het EOM niet alleen Nederlandse, maar ook buitenlandse opsporingsdiensten of collega’s aanstuurt en deze onder verantwoordelijkheid en gezag van het EOM vallen, is er voor een onderscheid tussen beide geen goede reden meer. Aangezien de rechterlijke controle op het EOM uiteindelijk bij de nationale rechter is belegd, verandert diens taak ook. De bekende argumenten van reparatie, demonstratie en effectiviteit zullen in het licht van de ondeelbare structuur van het EOM moeten worden bezien.⁷⁰ Rechterlijke signalen aan het EOM beperken zich bijgevolg niet noodzakelijk meer tot het Nederlandse territorium.

In het licht van de ondeelbaarheid van het EOM en de daarbij passende rechtsbescherming moet in alle gevallen waarin onderzoekshandelingen onder gezag van het EOM werden

67 Wel omvatten de toepasselijke Nederlandse regels inzake het gezag over de opsporing via artikel 28 lid 1 Vo ook de relaties tussen de gedelegeerde aanklager en de opsporingsdiensten.

68 Zie ook Luchtman 2017.

69 Over de rol en betekenis daarvan in de Nederlandse praktijk uitvoerig M. Samadi, *Normering en toezicht van opsporing* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2020.

70 G.J.M. Corstens, M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 861-862; Kuiper 2014, p. 43-45.

verricht, een signaal kunnen worden afgegeven, ook in de vorm van bewijsuitsluiting, “als rechtsstatelijke waarborg en als middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden en daarmee als middel om te voorkomen dat vergelijkbare vormverzuimen in de toekomst zullen plaatsvinden.”⁷¹ Het onlangs herijkte kader voor toepassing van artikel 359a Sv leent zich daarvoor op zichzelf ook en is ervoor voldoende ‘open’ geformuleerd. De maatstaf die daarbij kan worden aangelegd is of de (door de Nederlandse of buitenlandse rechter geconstateerde) onrechtmatigheden – zouden ze of daarmee vergelijkbare onrechtmatigheden in Nederland hebben plaatsgevonden – tot de toepassing van een van de in artikel 359a Sv genoemde gevolgen zouden hebben geleid. De maatstaf kan in ieder geval niet zijn of het door de maatregelen in het buitenland vergaarde materiaal in Nederland wél rechtmatig had kunnen worden verkregen.

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat met de komst van het EOM ook de taak en positie van de Nederlandse zittingsrechter zal moeten worden herijkt. Hoe dat precies gebeurt, is in hoge mate onduidelijk. De Invoeringswet besteedt er nagenoeg geen aandacht aan. Op basis van het voorgaande kom ik ter zake tot een tweeledige conclusie. De eerste luidt dat de huidige Nederlandse benadering wat betreft de onderzoeksplicht van de strafrechter ten aanzien van in het buitenland gestelde onderzoekshandelingen een aanpassing behoeft in het licht van het doeltreffendheidsvereiste. Mijn tweede conclusie luidt dat de strafrechter in het licht van het equivalentie-beginsel het toetsingskader van artikel 359a Sv ook op EOM-zaken kan toepassen. Er is, als het gaat om onder de vlag van het EOM begane onrechtmatigheden, geen goede reden voor een onderscheid tussen Nederlandse autoriteiten en de autoriteiten van andere deelnemende staten.

5. Het EOM en de Nederlandse beklagrechter

Zoals de Nederlandse zittingsrechter gebaat zal zijn met de aanwezigheid van rechtsmiddelen in andere deelnemende staten, zo past het dat het Nederlandse recht de mogelijkheid van rechtsbescherming biedt wanneer hier onderzoekshandelingen worden gesteld, terwijl de Nederlandse gedelegeerd aanklager niet de behandelend aanklager is. Doorgaans zal de mogelijkheid van beklag ook in EOM-zaken voorhanden zijn.⁷² Hoewel dat in de parlementaire geschiedenis nergens met zoveel woorden wordt bevestigd, volgt dat uit de systematiek van de Verordening en de Invoeringswet (vgl. artikel 5 lid 3 en artikel 42 lid 1 Vo). Ook hier rijzen evenwel vragen, vooral in het kader van grensoverschrijdende samenwerking. Enerzijds is die situatie, ook al is het EOM ondeelbaar, immers niet gelijk te stellen met een puur nationale context, anderzijds is eveneens duidelijk dat de reguliere regels voor grensoverschrijdende bewijsgaring niet gelden. De Invoeringswet voorziet vanwege het ondeelbare karakter van het EOM niet in speciale rechtsbeschermende voorzieningen, zoals die wel gelden in de internationale rechtshulp of bij het Europees Onderzoeksbevel.⁷³ De vraag rijst echter of het ondeelbare karakter van het EOM op zichzelf meebrengt dat niet

71 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, 2.4.4.

72 Vgl. *Kamerstukken II* 2019-20, 35 429, nr. 6, p. 11. De optie van een kort geding laat ik buiten beschouwing. De vraag is of dat in de context van het EOM mogelijk is en zo ja, wie dan voor de rechter wordt gedaagd. Het EOM is geen deel van de Staat der Nederlanden, maar een EU-orgaan. De Nederlandse opsporingsdiensten vallen in voorkomend geval onder het regime van artikel 28 Vo. Duidelijkheid hierover is geboden, omdat er mogelijk een hiaat in de rechtsbescherming ontstaat.

73 Zie artikel 5.1.10 en artikel 5.1.11 Sv (rechtshulp) en artikel 5.4.10 Sv (EOB). Daarover W. Geelhoed en J.W. Ouwkerk, ‘Wederzijdse rechtshulp in strafzaken 2.0: implementatie van de Richtlijn Europees onderzoeksbevel’, *NtEr* 2017, afl. 1/2, p. 16-23; J. van Eekelen & A. Schild, ‘Rechtsbescherming na beslag gelegd ter uitvoering van een Europees onderzoeksbevel’, *NJB* 2018, afl. 41, p. 3073-3077.

kan worden geput uit de ervaringen die bijvoorbeeld met de kleine rechtshulp of het Europees onderzoeksbevel zijn opgedaan.

Als reden voor aansluiting bij de beklagregeling merkte de regering bij de implementatie van de Richtlijn Europees onderzoeksbevel op dat daarmee “een effectief rechtsmiddel voor de belanghebbende [wordt] gecreëerd, mede ingegeven door de gedachte dat het waarschijnlijk – in praktische zin en mogelijk ook juridische zin – voor de belanghebbende moeilijker zal zijn om zijn rechten na overdracht van het bewijsmateriaal uit te oefenen in de uitvaardigende staat.”⁷⁴ Men zou kunnen betogen dat dit voor het EOM inderdaad anders is, aangenomen dat in gevallen waarin beklag niet werd of kon worden ingesteld, doeltreffende rechtsbescherming wordt geboden door de zittingsrechter. Spiegelbeeldig aan hetgeen ik hiervoor betoogde, is denkbaar dat die soms Nederlands recht zal moeten toepassen.

Om dezelfde reden – de ondeelbaarheid van het EOM – zal ook niet zijn voorzien in een op de wederzijdse rechtshulp geënte verlofprocedure in de gevallen waarin belanghebbenden uit de aard der zaak niet op hoogte konden worden gebracht van de toepassing van die maatregelen. Over die verlofprocedure werd door de Nederlandse regering in het kader van de rechtshulpverdragen met derde landen nog het volgende opgemerkt:

“[Het blijkt] dat aan de belangrijkste inhoudelijke onderdelen van de verlofprocedure (rechterlijke toetsing van het rechtshulpverzoek en de wijze waarop daaraan uitvoering is gegeven) wel degelijk een functie kan worden toegedicht in de rechtshulpverdragen met landen buiten de Europese Unie. Dit is voornamelijk het geval indien bij uitvoering van het verzoek om rechtshulp ingrijpende bevoegdheden zijn toegepast en waarin overdracht van de resultaten daarvan mogelijk gevolgen heeft voor de rechtspositie van de betrokkene of voor (derde) belanghebbenden. Daarbij speelt een belangrijke rol dat in de strafzaak in het buitenland – als die volgt – vaak niet meer over de rechtmatigheid van de uitvoering van het rechtshulpverzoek in Nederland kan worden geklaagd.”⁷⁵

Dit argument geldt wellicht nog sterker in de Europese Unie, waar zoals gezien wederzijds vertrouwen de basis kan vormen voor verdere taakverdelingen tussen rechters uit verschillende landen. Toch zou zo'n procedure volgens de regering juist niet in het systeem van het EOB passen, omdat als “uitdrukking van het onderlinge vertrouwen het uitgangspunt van wederzijdse erkenning van beslissingen van justitiële autoriteiten” geldt.⁷⁶ Dat lijkt mij geen gelukkige gevolgtrekking te zijn.⁷⁷ Het zijn in de geschetste situatie de Nederlandse autoriteiten die uitvoering geven aan een rechterlijke beslissing, het EOB, dat afkomstig is van een buitenlandse rechterlijke autoriteit.⁷⁸ Op hun beurt zullen de buitenlandse autoriteiten zich verlaten op de bevindingen van de Nederlandse rechter, als die zich over de rechtmatigheid van de bewijsgaring heeft uitgelaten. Uit het beginsel van wederzijds vertrouwen vloeit echter niet voort dat buitenlandse autoriteiten zonder meer moeten vertrouwen op het handelen van Nederlandse autoriteiten in de gevallen waarin er hier geen doeltreffend rechtsmiddel openstond, bijvoorbeeld vanwege het belang van het onderzoek.⁷⁹

74 *Kamerstukken II 2016/17*, 34 611, nr. 3, p. 13.

75 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 493, nr. 3, p. 21; *Kamerstukken II 2016/17*, 34 611, nr. 3, p. 12.

76 *Ibid.*

77 Vgl. J.M. Reijntjes, ‘De internationale rechtshulp in het vernieuwde wetboek van strafvordering’, *DD 2015/73*, p. 821; Geelhoed & Ouwkerk 2017, p. 21-22.

78 Over dat laatste begrip in de setting van de Richtlijn EOB, zie HvJ EU 8 december 2020, zaak C-584/19, *A. e.a./Staatsanwaltschaft Wien*, ECLI:EU:C:2020:1002.

79 Vgl. ook A-G Spronken, ECLI:NL:PHR:2020:679, punt 4.16, conclusie genomen bij HR 7 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1227.

Het voorgaande brengt mee dat ook voor een verloffprocedure in de EOM-context nog steeds plaats kan zijn, vooral wanneer het gaat om heimelijke methoden waarbij een inbreuk wordt gemaakt op de rechten van verdachten en de handelingen worden verricht na rechterlijke machtiging. In die gevallen gaat het niet zozeer om de overdracht vanuit de ene jurisdictie naar de andere, want het benadrukken daarvan is problematisch in het licht van de ondeelbaarheid van het EOM, maar om de overdracht van gegevens of voorwerpen door een rechterlijke instantie aan het (ondeelbare) EOM. De verloffprocedure beoogt dan doeltreffende rechtsbescherming mogelijk te maken die anders in de forumstaat moet worden geboden. Nu zo'n procedure echter niet bestaat in EOM-zaken en de nationale beklagprocedure evenmin in alle gevallen soelaas kan bieden, is het gevolg van het voorgaande spiegelbeeldig aan wat ik in paragraaf 4.2 beschreef. In die gevallen waarin het rechtsmiddel van beklag niet werd of kon worden benut staat de zittingsrechter voor de keuze;⁸⁰ ofwel beoordeelt hij de rechtmatigheid van de in Nederland verrichte handelingen zelf, ofwel laat hij het verkregen materiaal – zeker als dat potentieel doorslaggevend is – buiten beschouwing.

Afgezien van de omstandigheid dat er niet altijd een rechtsingang in Nederland kan worden geboden, zeker niet nu een verloffsysteem ontbreekt, is het bovendien de vraag wat de beklagrechter te doen staat in relatie tot het EOM. Procedurele bescherming in Nederland heeft alleen toegevoegde waarde als er hier ook daadwerkelijk aan de relevante formele en materiële toepassingsvoorwaarden van een bevoegdheid kan worden getoetst. Enerzijds zal een onverkorte aansluiting bij de jurisprudentie over artikel 552a Sv niet noodzakelijk recht doen aan de specifieke context van het EOM, anderzijds zijn de voornaamste toetsingsgronden die gelden in de wederzijdse rechtshulp⁸¹ nu juist niet toepasselijk, vanwege het ondeelbare karakter van het EOM. Hier hadden enige nadere beschouwingen over het nut van de beklagprocedure in het kader van de Invoeringswet niet misstaan.

De Hoge Raad oordeelt sinds jaar en dag dat de beklagrechter niet in de mogelijke uitkomst van een nog te voeren hoofdzaak of ontnemingsprocedure moet treden; het dossier is dan immers nog niet compleet en ook moet worden voorkomen dat de beklagrechter voortloopt op het in de hoofd- of ontnemingszaak te geven oordeel. Daaruit volgt dat de beklagrechter alleen onderzoekt of hij de feitelijke grondslag van dat beklag voldoende aannemelijk acht en of de onregelmatigheid bij de beslaglegging tot gegrondverklaring van het klaagschrift dient te leiden.⁸² Dat een beslag of een andere in artikel 552a Sv genoemde maatregel onrechtmatig blijkt, betekent dus niet dat het beklag gegrond is en dat de bijhorende last wordt gegeven. Er kan nog steeds een strafvorderlijk belang zijn bij het voortduren van het beslag. De onrechtmatigheidstoets zelf is bovendien ook ingeperkt; de toets is of “de beslaglegging zelve – waarmee wordt gedoeld op de formaliteiten (zoals de in artikel 94b Sv gestelde vereisten) waaraan de inbeslagneming moet voldoen – van onwaarde moet worden geacht.”⁸³ In de beklagprocedure in Nederlandse strafzaken gaat het niet of in zeer beperkte mate om een controle van de rechtmatigheid van de verrichte handelingen, maar om de vraag of het belang van de strafvordering met het voortduren van het beslag is gediend.

80 Mogelijk zou dit rechtsmiddel nog tijdens de procedure in de behandelende lidstaat kunnen worden ingesteld, vgl. artikel 552a lid 3 Sv.

81 Vgl. HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9212.

82 Vgl. HR 28 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2823. Zie ook HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8735, NJ 2013/128; HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:130; HR 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:277.

83 Vgl. HR 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:277.

Onder ‘het belang van de strafvordering’ worden niet alleen Nederlandse belangen geschaard.⁸⁴ Ook onderzoeken van het EOM vallen hieronder, zo kan en zal moeten worden aangenomen. Een lastiger punt is of de Nederlandse beklagrechter zich met een beroep op de geldende jurisprudentie van een rechtmatigheidstoets kan blijven onthouden. Dan dreigt immers een gat in de rechtsbescherming. Aannemelijk is dat de buitenlandse zittingsrechter niet in die beoordeling zal treden als hij heeft vastgesteld dat in Nederland een beklagprocedure is doorlopen waarin over de onrechtmatigheid van de gestelde handeling is geklaagd. Als die laatste zich echter vervolgens onthoudt van die toets, omdat deze dat tot de taak van de zittingsrechter rekent, wordt uiteindelijk geen rechtsbescherming geboden. Dat levert een klassieke systeembreuk op. Naar mijn idee is de beklagrechter om die reden gerechtigd om niet alleen van het EOM, als ondeelbare instantie, alle informatie te verlangen die zij in de beklagprocedure nodig heeft (ook informatie die zich bij een ander decentraal onderdeel van het EOM bevindt), maar kan er bovendien ook reden zijn om te toetsen aan buitenlands recht, om dezelfde redenen als ik hierboven verwoordde ten aanzien van de rechter-commissaris. De beklagrechter moet de materiële gronden voor toepassing van bevoegdheden kunnen toetsen, al kan er over worden getwist of dit, gelet op het karakter van de procedure, een ambtshalve toets moet zijn.

Wanneer de beklagrechter vaststelt dat zich onrechtmatigheden hebben voorgedaan, betekent dat niet – onder de huidige koers van de Hoge Raad – dat het beklag ook gegrond is. De maatstaf is immers of er een strafvorderlijk belang aanwezig is. Dat kan een EOM-belang zijn. Belangrijk is wel *dat* de Nederlandse rechter vaststelt dat er al dan niet een onrechtmatigheid, in het bijzonder een schending van artikel 7 of 8 Hv, heeft plaatsgevonden en dat de rechter de toets niet verengt tot de formaliteiten. Dat is nodig zowel met het oog op zowel de latere procedure in de behandelende lidstaat, waar de zittingsrechter oordeelt over de processuele gevolgen van die dan vaststaande vormfouten in het licht van artikel 47 Hv, alsmede met het oog op eventuele redres-mogelijkheden in Nederland.⁸⁵ Naar mijn mening moet de Nederlandse praktijk hier worden aangepast aan de specifieke context waarin het EOM functioneert.

6. Afrondende beschouwing

Het EOM is in heel veel opzichten een bijzondere instantie te noemen. In de EOM Verordening is er veel aandacht voor zijn prioritaire bevoegdheden en ondeelbaarheid enerzijds, maar zijn er anderzijds talrijke elementen die daarmee regelrecht in strijd lijken. Tot die laatste categorie behoren de onduidelijke regeling van de forumkeuze, de toepasselijkheid van 22, op onderdelen sterk uiteenlopende rechtssystemen en regels die uit het rechtshulprecht lijken te zijn gekopieerd, maar in de EOM setting een andere rol krijgen (denk aan de artikelen 31 lid 1, 32 en 33 Vo). Het gelijke speelveld dat voor ondeelbaarheid nodig lijkt, is bepaald niet voorhanden.

Juist vanwege deze eigenaardigheden is het zaak dat zowel op Europees niveau als op nationaal niveau werk wordt gemaakt van de invulling van deze dragende pijlers van het EOM-systeem. In een vorige bijdrage richtte ik mij op de uitwerking van de prioritaire bevoegdheid van het EOM en de gevolgen daarvan voor de verhoudingen met diens partners in de Nederlandse rechtsorde. Deze bijdrage ging over de relaties met de rechterlijke macht. De nieuwe speler in de strafrechtssketen moet worden ingebed in het Nederlandse systeem en dat gaat niet vanzelf. Ook al is diens komst, mede door de Verordening zelf, met veel

⁸⁴ HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:785; HR 8 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:385.

⁸⁵ Als die er zijn, want voor leden van het EOM gelden aparte bepalingen, zie artikel 113 Vo.

onduidelijkheid omgeven, dan nog ligt hier ook een taak voor de Nederlandse wetgever. In de parlementaire geschiedenis komt het begrip ondeelbaarheid met de nodige regelmaat terug, en dan met name om aan te geven wat het EOM-systeem *niet* is; de bestaande regels voor samenwerking gelden – met uitzondering van overleveringen – niet voor het EOM.

Wat ondeelbaarheid dan *wel* behelst, is daarmee nog niet duidelijk. Het is dan wel geen wederzijdse rechtshulp, maar puur nationaal strafprocesrecht is het zeker ook niet. Vooral aan de kant van de rechtsbescherming manifesteert zich een probleem. Duidelijk is inmiddels dat het Hof van Justitie bij de eis van effectieve handhaving van Europees recht niet alleen denkt aan, kort gezegd, *crime control*. Ook door het EU-recht aan individuen gegarandeerde rechten moeten in een strafproces op gelijke wijze als vergelijkbare nationale rechten en in ieder geval doeltreffend worden beschermd. Het hof betreft in die bescherming nadrukkelijk, en naar mijn idee uitgesprokener dan het EHRM, ook de zittingsrechter.

In de voorgaande analyse heb ik enige eerste gedachten ontwikkeld over hoe de eis van een doeltreffende rechtsbescherming in het kader van een ondeelbaar EOM vorm kan krijgen. In die setting is er voor formele waterscheidingen tussen de taken van de betrokken rechterlijke instanties in de verschillende statelijke rechtsordes geen plaats meer. Dat betekent echter niet dat een onderlinge taakverdeling niet wenselijk is, integendeel. De Verordening voorziet daarin niet of dan toch zeer impliciet. Toch zullen, zo verwacht ik althans, de in het Handvest gegarandeerde rechten onverkort toepasselijk zijn; de transnationale context waarin het EOM opereert kan geen reden zijn voor een inperking van die rechten op basis van artikel 52 Hv.⁸⁶ Dat is moeilijk te rijmen met de eis van ondeelbaarheid. Het kan, zo sluit ik niet uit, zelfs andersom zijn. De in de Verordening neergelegde institutionele kenmerken van het EOM plaatsen nationaal straf(proces)recht meer dan ooit tevoren in de sleutel van Europese integratie, van *justice integration*. Dat moet wel gevolgen hebben voor de rechterlijke macht, en ook voor de verdediging.

In een op integratie gericht model als dat van het EOM passen de strikte scheidingen die nu worden gehanteerd in wederzijdse erkenningsinstrumenten niet. Wanneer Nederlandse gedelegeerd aanklagers de behandelende aanklagers zijn, komt aan de (Nederlandse) zittingsrechter bijgevolg een bijzondere verantwoordelijkheid toe. De ondeelbaarheid van het EOM brengt naar mijn mening mee dat diens verantwoordelijkheid meer omvat dan het garanderen van een eerlijk proces. In laatste instantie is deze ook verantwoordelijk voor het bieden van doeltreffende rechtsbescherming, in ieder geval wanneer – kort gezegd – potentieel doorslaggevend bewijs wordt gebruikt dat werd verkregen met schending van een (aan de verdachte toegekend) EU-recht, dat nog niet eerder door een rechter werd gezien en waarop ook de verdachte nog geen doeltreffend commentaar kon leveren. Dat de voor die beoordeling benodigde informatie zich elders dan in Nederland bevindt kan daarbij geen bezwaar zijn; het EOM is ondeelbaar. Het is zelfs verdedigbaar dat in voorkomend geval aan buitenlands recht wordt getoetst. Die toets is indirect, ze vindt plaats over de boeg van het EU-recht, in het bijzonder de EOM Verordening en het Handvest.

Het voorgaande is anders wanneer er elders wel al rechtsbescherming werd geboden. Dergelijk materiaal is toelaatbaar als bewijsmateriaal (vgl. artikel 37 Vo), ook al zegt dat nog niets over de rechterlijke waardering ervan. Specifiek wat betreft de Nederlandse rechtsorde zijn er twee scenario's denkbaar. Wanneer Nederland de forumstaat is, zal het zeer zijn geholpen met het bestaan van doeltreffende rechtsmiddelen in het buitenland. Daarmee wordt ook voorkomen dat een doeltreffende handhaving uiteindelijk stukloopt op een gebrekkige procedure en ontbrekende waarborgen. Omgekeerd kan de Nederlandse wetgever

86 Zo ook Mitsilegas, 'European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2021, p. 10.

haar buitenlandse partners hier te hulp schieten. Het valt op hoe afwachtend de Nederlandse wetgever hier is geweest. Hetzelfde geldt voor een flink aantal, zo niet alle andere buitenlandse omzettingswetgevers. Toch kan men zich hier niet alleen verschuilen achter de Verordening. De Nederlandse wetgever moet zelf aangeven wat de taak van de overige Nederlandse actoren in de strafrechtspleging ten opzichte van het EOM is. Van die verantwoordelijkheid kunnen invoeringswetgevers niet weglopen. Met alleen het toekennen van rechten aan gedelegeerd Europese aanklagers kan niet worden volstaan.

Ik sluit af. De Invoeringswet EOM kenmerkt zich door een afwachtende houding en voorzichtigheid. Dat is deels verklaarbaar. Er is nog veel onduidelijk. Bovendien moet ervoor worden gewaakt dat men in strijd met de Verordening, die rechtstreekse werking heeft, komt te verkeren. Toch wordt er hier ook een kans gemist. Het EOM zal in heel veel opzichten niet een instantie zijn die top-down wordt vormgegeven. Inspiratie en houvast zal juist ook 'bottom up' moeten worden geleverd. De Nederlandse rechtsorde heeft hier een eigen verantwoordelijkheid, samen met de Europese Unie én de andere landen die deelnemen aan het EOM. Zij zijn eveneens gehouden tot inbedding ervan in hun rechtssystemen. Er kan, zeker in de context van een strafproces, niet alleen maar worden gekeken naar de rechtspraktijk zelf of naar de rechtsvormende arbeid van de samenwerkende Europese rechters. Dat dat laatste nu toch gaat gebeuren is op zekere hoogte ironisch te noemen. Het institutionele, aan soevereiniteitsdenken gekoppelde gevecht dat de komst van het EOM van meet af heeft gekenmerkt, leidt ertoe dat de nadere invulling van haar institutioneel raamwerk aan die samenwerkende rechters en de rechtspraktijk wordt gelaten. Dat is voor wat betreft de strafrechtspleging een ongemakkelijke conclusie.