



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

De Minister van Veiligheid en Justitie
mr. G.A. van der Steur
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Afdeling Strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

T (088) 36 10000
F (088) 36 10022
www.rechtspraak.nl

datum 28 oktober 2015
contactpersoon Voorlichting
e-mail voorlichting@rechtspraak.nl
telefoonnummer
ons kenmerk
uw kenmerk
onderwerp Advies conceptwetsvoorstel implementatie richtlijn Europees
onderzoeksbevel

Geachte heer Van der Steur,

Bij brief van 12 augustus jl. met bovengenoemd kenmerk is namens u het conceptwetsvoorstel Wijziging 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) (het "Wetsvoorstel") ter advisering aan de Raad voor de rechtspraak (de "Raad") voorgelegd. De Raad heeft hiervan met belangstelling kennisgenomen en is graag bereid om u hierover te adviseren.

Wetsvoorstel

Met de richtlijn wordt volgens de Memorie van Toelichting ("MvT") beoogd de samenwerking tussen EU-lidstaten te verbeteren en het proces van de Europese rechtshulp sneller en efficiënter te laten verlopen. Hiertoe regelt de richtlijn onder meer dat de erkenning en uitvoering van rechtshulpverzoeken volgens een uniforme procedure verloopt (het zogeheten Europees onderzoeksbevel, hierna: "EOB"), waarbij gebruik wordt gemaakt van een standaardformulier. Ook houdt de richtlijn rekening met huidige en toekomstige ontwikkelingen op het terrein van digitale verzending en afhandeling van onderzoeksbevelen. De bevoegdheden waarmee rechtshulp kan worden verleend, worden gemoderniseerd. Zo voorziet de richtlijn in een brede toepassing van videoconferentie als middel om personen in een andere lidstaat te horen in verband met het onderzoek naar strafbare feiten. Ook introduceert de richtlijn doorlooptijden voor de afhandeling van verzoeken en een aantal verplichtingen tot informatieverstrekking aan de uitvaardigende autoriteiten (MvT, p. 2-4). De richtlijn komt – waar het de rechtshulp tussen EU-lidstaten betreft – in de plaats van het Europees Rechtshulpverdrag en de Europese rechtshulpovereenkomst. Het EOB zal van toepassing zijn op het overgrote deel van de circa 30.000 verzoeken om rechtshulp die Nederland elk jaar ontvangt (MvT, p. 1). In het Wetsvoorstel is waar mogelijk aansluiting gezocht bij het in het kader van de Modernisering Wetboek van Strafvordering opgestelde conceptwetsvoorstel herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken (MvT, p. 2).

0151029.010 09:38 0002



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 2 van 11

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

Hoofdpijnen van het advies

De Raad onderkent het belang van het Wetsvoorstel. Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm echter op een aantal zwaarwegende bezwaren met betrekking tot de borging van de toetsing van de proportionaliteit van een inkomend EOB, de rol en bevoegdheden van de rechter-commissaris en de rechterlijke controle op overdracht van bewijsmateriaal. De Raad vraagt u daarom om het Wetsvoorstel op de in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken, dan wel aan te passen.

Advies

In lijn met eerdere advisering, waaronder het advies van de Raad over het conceptwetsvoorstel herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken van 24 juni 2015², heeft de Raad het Wetsvoorstel met name beschouwd vanuit de vraag in hoeverre de strafrechter hierbij een toetsende en controlerende functie heeft, dan wel zou moeten hebben, en de vraag in hoeverre hij door het Wetsvoorstel wordt geïnstrumenteerd aan die functie invulling aan te geven. Bijzondere aandacht gaat daarbij uit naar de bevelen ter verkrijging van (digitale) gegevens. Dergelijke aandacht is naar mening van de Raad gerechtvaardigd vanwege de voorname rol die Nederland speelt in zowel het mondiale internetverkeer als in de bijbehorende digitale criminaliteit.³ Gekoppeld aan de te verwachten verdere groei en de internationalisering van deze vorm van criminaliteit is het waarschijnlijk dat de Nederlandse justitiële autoriteiten zeker na invoering van het EOB aanzienlijke aantallen rechtshulpverzoeken zullen krijgen, welke (onder meer) zullen zien op het lokaliseren, veilig stellen, in beslag nemen en overdragen van op Nederlandse servers aanwezige data en het "tappen" van de via dergelijke servers lopende telecom- en internet-communicatie.

De Raad brengt in het navolgende de volgende aspecten onder uw aandacht:

1. de borging van de proportionaliteitstoetsing;
2. de mogelijke beperking van de rol en bevoegdheden van de rechter-commissaris;
3. de vermindering van de rechterlijke controle op overdracht van bewijsmateriaal.

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechterlijke zaken zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

² Gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder nummer 2015/20.

³ Zo staat Nederland volgens de 2015 Internet Security Threat Report van Symantec op de 4^e plaats in de wereld (en 1^e in Europa) van landen waaruit (overwegend via het hosten van malafide URL's) cyberaanvallen afkomstig zijn, zie: https://www4.symantec.com/mktginfo/whitepaper/ISTR/21347931_GA-internet-security-threat-report-volume-20-2015-appendices.pdf. Volgens Trend Micro was dat in 2014 de gedeelde 2^e plaats wereldwijd, zie: <http://blog.trendmicro.nl/onderzoek-trend-micro-nederland-top-3-landen-hosting-malafide-urls/>.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 3 van 11

1. De borging van de proportionaliteitstoetsing

Het voorgestelde artikel 5.4.3, vijfde lid luidt:

“Indien de officier van justitie redenen heeft om aan te nemen dat het bevel niet noodzakelijk is voor, noch in verhouding staat tot het doel van het in artikel 5.4.1 genoemde onderzoek in de uitvaardigende staat, danwel dat de in het bevel gevraagde onderzoeksbevoegdheden (mogelijk) niet onder dezelfde omstandigheden in een vergelijkbare zaak in de uitvaardigende staat zouden kunnen worden toegepast, kan hij in overleg treden met de uitvaardigende autoriteit over het belang van uitvoering van het bevel.”

Rechten van de verdachte

De hiervoor weergegeven bepaling is een uitwerking van artikel 6, derde lid van de richtlijn. Het valt de Raad op dat waar de richtlijn daarbij tevens expliciet vermeldt dat de proportionaliteitstoets moet worden uitgevoerd *“rekening houdend met de rechten van de verdachte of de beschuldigde persoon”*, de gecursiveerde passage in het hiermee corresponderende artikel in het Wetsvoorstel ontbreekt. De vraag rijst waarom deze toevoeging is weggelaten, nu deze mede een concreet oriëntatiepunt bij de te verrichten proportionaliteitstoetsing voor de officier van justitie en eventueel de rechter(-commissaris) kan vormen. De Raad adviseert nader te overwegen of genoemde toevoeging ook niet in artikel 5.4.3, vijfde lid zou moeten worden opgenomen, dan wel nader toe te lichten waarom hiervan in het Wetsvoorstel wordt afgezien.

Toelichting van de proportionaliteitstoetsing

Het valt op dat in de MvT aan de proportionaliteitstoetsing nagenoeg geen aandacht wordt besteed. Dit aspect verdient naar het oordeel van de Raad een nadere toelichting, in het bijzonder in de context van doorzoeking van computersystemen, de bevrozing en inbeslagname van daarop aanwezige data, en het “tappen” van via internet lopende communicatie. Heden ten dage bevinden zich immers op in Nederland gelocaliseerde servers enorme hoeveelheden data, van vele miljoenen burgers en bedrijven, en niet zelden is op voorhand moeilijk tot niet in te schatten welke gegevens, en van wie, van belang (kunnen) zijn voor een strafrechtelijk onderzoek. Dit draagt het reële risico in zich dat Nederlandse officieren van justitie EOB's zullen ontvangen met het verzoek onderzoekshandelingen te verrichten die niet alleen een eventuele – al dan niet bij naam of IP-adres bekende – verdachte betreffen, maar ook zeer vele anderen. De Raad adviseert hieraan in de MvT aandacht te besteden.

Positie officier van justitie

Gelet op het voorgaande acht de Raad het van evident belang dat de officier van justitie (en voor zover bij de uitvoering van het verzoek betrokken: de rechter-commissaris) dergelijke verzoeken expliciet aan het proportionaliteitsvereiste toetst en bij gebleken disproportionaliteit ook – mede vanuit het oogpunt van de gerechtvaardigde bescherming van de (privacy)belangen van derden – daarnaar handelt. Voor de rechter-commissaris is dit al een vast onderdeel van zijn beoordeling, en blijkt de MvT is het de bedoeling dat dat na invoering van het Wetsvoorstel zo blijft. Voor de officier van justitie is dit echter naar mening van de Raad minder vanzelfsprekend. Verwacht mag namelijk worden dat de officier van justitie, vanwege de grote waarde die in het internationale rechtshulpverkeer wordt gehecht



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 4 van 11

aan wederkerigheid, minder vrij zal zijn dan een onafhankelijke rechter bij zijn afweging of is voldaan aan dit vereiste. Vanwege die wederkerigheid is immers niet uitgesloten dat een Nederlandse officier van justitie die kritisch is ten aanzien van een inkomend verzoek, zelf bij uitgaande verzoeken met tegenwerking wordt geconfronteerd. Het is dan ook realistisch ervan uit te gaan dat een officier van justitie – en daarin verschilt zijn positie wezenlijk van die van een rechter – zich in de praktijk niet geheel vrij zal voelen inkomende EOB's op hun proportionaliteit te beoordelen.

Wat als de officier van justitie het inkomende EOB disproportioneel vindt?

De in artikel 5.4.3 gekozen formulering ("de officier kan in overleg treden met de uitvaardigende autoriteit") laat de mogelijkheid open dat de officier van justitie zonder overleg met de uitvaardigende staat bewilligt in de uitvoering van een EOB, ook in het geval hij van mening is dat dat disproportioneel is. Naar mening van de Raad biedt deze formulering hiermee onvoldoende waarborg dat aan de proportionaliteit bij de beoordeling en uitvoering van EOB voldoende gewicht wordt toegekend. De Raad adviseert om artikel 5.4.3 aldus te wijzigen dat de voorgestelde facultatieve bevoegdheid tot consultatie wordt omgezet in een *verplichte consultatie*. De richtlijn zelf biedt hiervoor overigens ook de ruimte.

Daarnaast valt op dat het Wetsvoorstel – evenmin als de richtlijn – bij vermeende disproportionaliteit weliswaar de officier van justitie de mogelijkheid geeft in overleg te treden met de uitvaardigende staat, maar dat niet wordt aangegeven wat het gevolg moet zijn als partijen omtrent die proportionaliteit van mening blijven verschillen. Het gegeven dat het niet voldoen aan het proportionaliteitsvereiste niet als weigeringsgrond in het Wetsvoorstel of de richtlijn is opgenomen doet vermoeden dat bij blijvend verschil van mening de officier van justitie gehouden zal zijn het EOB toch uit te voeren. Dit roept de vraag op hoe dit zich verhoudt tot bijvoorbeeld de Nederlandse privacywet- en regelgeving, en in hoeverre deze wet- en regelgeving dient te worden aangemerkt als behorende tot de grondbeginselen van het Nederlandse recht. Dit verdient nadere toelichting.

Conclusie met betrekking tot de proportionaliteitstoetsing

De Raad adviseert het Wetsvoorstel in het licht van het voorgaande te herbezielen, en tevens op de hiervoor geschetste problematiek van de proportionaliteitstoetsing in de MvT nader in te gaan, in het bijzonder ten aanzien van EOB's die betrekking hebben op grote hoeveelheden bij derden aanwezige data. De Raad acht dit ook van belang in het kader van het verhelderen van de door de officier van justitie en de civiele dan wel de strafrechter aan te leggen toetsingskaders.

2. Beperking van de rol en bevoegdheden van de rechter-commissaris?

Het voorgestelde artikel 5.4.8 luidt:

1. *Indien zulks voor de uitvoering van het bevel noodzakelijk of gewenst is, stelt de officier van justitie het Europees onderzoeksbevel, voor zover nodig met toepassing van artikel 181, in handen van de rechter-commissaris. De officier van justitie omschrijft in een schriftelijke vordering welke verrichtingen van de rechter-commissaris worden verlangd. De vordering kan te allen tijde worden ingetrokken.*



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 5 van 11

2. *De rechter-commissaris stelt de door hem ter uitvoering van het bevel vergaarde voorwerpen, stukken en gegevens onverwijld ter beschikking aan de officier van justitie.*

“Kluisprocedure” bij rechter-commissaris bij EOB niet meer mogelijk?

In de rechtspraak komt het – in het bijzonder bij inbeslagname – met enige regelmaat voor dat er discussie ontstaat over de rechtmatigheid van de betreffende onderzoekshandeling. Veelal gaat het daarbij dan om mogelijk geprivilegieerd materiaal (bijvoorbeeld correspondentie met een advocaat) en/of onder derden aangetroffen materiaal, terwijl die derde bezwaar maakt tegen de inbeslagname omdat daardoor/daarbij mogelijk ook hem betreffende rechten (of die van andere onder zijn verantwoordelijkheid vallende personen) zouden zijn geschonden. Dergelijke discussies doen zich ook voor rondom de inbeslagname van (grote hoeveelheden) data bij hostingbedrijven. In de huidige situatie wordt er dan veelal voor gekozen het inbeslaggenomen materiaal (bijvoorbeeld in de vorm van gegevensdragers met daarop de gekopieerde data) verzegeld in de kluis van de rechter-commissaris te bewaren, totdat de raadkamer van de rechtbank op een ingediend of in te dienen klaagschrift heeft beslist. Aldus wordt voorkomen dat de officier van justitie (en eventueel de autoriteiten van de staat die het EOB heeft uitgevaardigd) de facto al kennisneemt van het materiaal, terwijl omtrent de rechtmatigheid van die kennisname nog gerede twijfel bestaat.

Het Wetsvoorstel schrijft echter voor dat de rechter-commissaris onder zijn verantwoordelijkheid vergaard bewijsmateriaal *onverwijld* dient over te dragen aan de officier van justitie. Evenzo volgt uit het voorgestelde artikel 5.4.9, derde lid dat ook bij (aangekondigde) aanwending van rechtsmiddelen op een gemotiveerd verzoek van de uitvaardigende autoriteit een afschrift van de stukken of een kopie van de gegevens vergaard ter uitvoering van het bevel *voorlopig* ter beschikking worden gesteld. Deze samenloop van bepalingen maakt dat er na overdracht door de rechter-commissaris van bewijsmiddelen aan de officier van justitie er geen zekerheid over kan bestaan dat deze laatste de betreffende bewijsmiddelen niet reeds voorlopig overdraagt, ook niet als daarover nog een raadkamerprocedure loopt. Dit maakt dat naar mening van de Raad de kluisprocedure vanuit het oogpunt van rechtsbescherming als middel ter borging van recht een (nog) groter gewicht toekomt. In de MvT wordt op de kluisprocedure niet ingegaan.

Gelet op het voorgaande adviseert de Raad om toe te lichten in hoeverre met het gebruik in artikel 5.4.8., tweede lid van de term “onverwijld” tevens wordt beoogd de in de rechtspraak van grote waarde gebleken “kluisprocedure” onmogelijk te maken.

Alleen nog schriftelijke vordering?

De Raad vraagt aandacht voor het feit dat naar huidig recht in (zeer) spoedeisende gevallen de rechter-commissaris ook op mondelinge vordering van een officier van justitie een machtiging tot het verrichten van handelingen kan afgeven. Deze mondelinge vordering wordt dan daarna op schrift gesteld. De Raad adviseert daarom toe te lichten of door opname van het schriftelijkheidsvereiste in het eerste lid van artikel 5.4.8. tevens wordt beoogd te regelen dat de modaliteit van de mondelinge vordering in deze gevallen niet meer zal (mogen) worden toegepast.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 6 van 11

3. Vermindering van rechterlijke controle

Het Wetsvoorstel impliceert een aanmerkelijke vermindering van de mogelijkheden voor toetsing door de strafrechter van (de uitvoering van) het EOB in vergelijking tot de huidige toetsing van kleine rechtshulpverzoeken. Zo wordt niet alleen de verlofprocedure afgeschaft, maar blijft ook een kennisgeving van inbeslagname achterwege indien de uitvaardigende autoriteit gemotiveerd heeft verzocht om geheimhouding van het bevel (zie artikel 5.4.10, eerste lid). Deze laatste redactie geeft de Nederlandse rechter (nagenoeg) geen ruimte om een dergelijk verzoek om geheimhouding inhoudelijk te beoordelen. Daar komt bij dat ten aanzien van het onderliggende EOB het de Nederlandse rechter zelfs nadrukkelijk verboden wordt onderzoek te doen naar de gronden voor het uitvaardigen ervan (zie artikel 5.4.10, derde lid).

Overdracht persoonlijke en bedrijfsgegevens zonder rechterlijke controle roept vragen op

Uit de voormelde bepalingen, in onderlinge samenhang bezien, volgt dat, indien de rechter niet reeds bij de inbeslagname zelf is betrokken (bijvoorbeeld omdat de gegevens in opdracht van de officier van justitie door de politie bij een hostingbedrijf in beslag zijn genomen), inbeslaggenomen persoonlijke en bedrijfsgegevens zonder enige rechterlijke controle of toetsing vanuit Nederland aan buitenlandse autoriteiten mogen worden overgedragen. Een vrije en onafhankelijke toetsing door de officier van justitie op bijvoorbeeld proportionaliteit is daarbij, zoals hiervoor aangegeven, niet gegarandeerd. Dit roept belangrijke juridische en maatschappelijke vragen op, in het bijzonder in de sfeer van de overdracht van grote hoeveelheden gegevens/computerdata en mede in het licht van artikel 8 EVRM, de vigerende privacy- en grondrechtenwetgeving en het gestelde onder 40 en 41 van de considerans van de richtlijn.⁴ Deze vragen zijn in het Wetsvoorstel vooralsnog niet beantwoord.

Richtlijn maakt voorafgaande rechterlijke toetsing mogelijk

Opmerking verdient dat de richtlijn zelf niet dwingt tot het achterwege laten van een aan de overdracht voorafgaande rechterlijke toetsing in de uitvoerende staat, zij het dat deze zich niet mag uitstrekken tot de materiële gronden van het EOB zelf (vergelijk artikel 14, tweede lid van de richtlijn). De MvT stelt in dit verband echter "dat een verlofprocedure zich niet laat verenigen met het uitgangspunt van snelle uitvoering van een EOB, terwijl op grond van het wederzijdse vertrouwen tussen lidstaten – de grondslag voor de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen als vormgegeven in deze richtlijn – een extra rechterlijke toets niet nodig is" (MvT, p. 9). Zonder nadere toelichting, die helaas ontbreekt, valt echter – ook gezien de voor de uitvoering van het EOB geldende termijn van 90 dagen – naar mening van de Raad niet in te zien waarom een voorafgaande rechterlijke toets per definitie de snelle uitvoering van het EOB in de weg zou staan. Daarbij zou kunnen worden overwogen deze voorafgaande toetsing te beperken tot bijvoorbeeld die gevallen, waarin sprake is van beslag onder derden, evidente belangen van derden of waarin door de uitvaardigende staat is verzocht om geheimhouding.

⁴ Considerans 40 luidt: "De bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens is een grondrecht. Krachtens artikel 8, lid 1, van het Handvest en artikel 16, lid 1, van het VWEU heeft eenieder recht op bescherming van zijn persoonsgegevens." Considerans 41 luidt: "De lidstaten moeten bij het toepassen van deze richtlijn een transparant beleid ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens voeren en garanderen."



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 7 van 11

EOB niet altijd rechterlijke beslissing

Aandacht verdient hierbij dat ook de in de voornoemde passage uit de MvT opgenomen verwijzing naar het vertrouwensbeginsel niet zonder meer hout snijdt. Allereerst verdient het hierbij opmerking dat het bij het EOB, anders dan in de voormelde passage in de MvT wordt gesteld, niet alleen om *rechterlijke beslissingen* hoeft te gaan, maar ook om die van andere justitiële autoriteiten, bijvoorbeeld officieren van justitie. De onafhankelijkheid van deze autoriteiten is naar mening van de Raad niet in alle lidstaten van de Unie in dezelfde mate gegarandeerd.

Belangen van derden niet in alle lidstaten in gelijke mate gewaarborgd

Bij de inbeslagname en overdracht van bewijsmateriaal kunnen bovendien ook de belangen van derden direct of indirect indringend betrokken zijn. Voor zover de Raad kan overzien is het echter niet in alle Europese rechtsstelsels zo dat deze derden ook in het kader van een in die staat gevoerde strafrechtelijke procedure tegen een bepaalde verdachte hun bezwaren kunnen inbrengen. De opmerking in de MvT dat reeds vanwege het vertrouwensbeginsel een "extra rechterlijke toets niet nodig is" lijkt daarom in zijn algemeenheid op zijn minst voor discussie vatbaar.

Voorlopige terbeschikkingstelling

Zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen (par. 2), maakt het Wetsvoorstel mogelijk dat, indien een klaagschrift is ingediend of nog kan worden ingediend, op verzoek van de uitvaardigende autoriteit een afschrift van de stukken of een kopie van de ter uitvoering van het EOB vergaarde gegevens *voorlopig* ter beschikking worden gesteld. Voorwerpen kunnen worden verstrekt voor zover dit de belangen van de rechthebbende niet schaadt. De voorlopige terbeschikkingstelling vindt plaats onder de voorwaarden dat het Nederlandse recht onverkort blijft gelden ten aanzien van de overhandigde resultaten en dat het gebruik daarvan als bewijsmiddel pas mogelijk is nadat deze definitief ter beschikking worden gesteld (artikel 5.4.9, derde lid).

De figuur van de voorlopige terbeschikkingstelling komt ook voor in het conceptwetsvoorstel herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken. In het eerdere advies heeft de Raad hierover opgemerkt dat deze figuur afwijkt van het huidige stelsel dat stukken pas kunnen worden overgedragen als tegen een dergelijke overdracht geen rechtsmiddel meer openstaat, en dat dit betekent dat de rechter de internationale samenwerking minder effectief dan thans kan toetsen (voornoemd advies van de Raad van 24 juni 2015, p. 4-5.). De Raad heeft daarbij een aantal vragen gesteld, die zien op onder meer de volgende noties:

- de nadere eisen die aan voorlopige terbeschikkingstelling zouden moeten worden gesteld,
- hoe kan worden beoordeeld of gevolg wordt gegeven aan de gestelde voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat het gebruik van de overhandigde resultaten als bewijsmiddel pas mogelijk is nadat deze definitief ter beschikking worden gesteld,
- hoe de naleving van de gestelde voorwaarden kan worden afgedwongen door degene jegens wie het dwangmiddel is toegepast,
- in hoeverre het überhaupt mogelijk is om gegevens "voorlopig" ter beschikking te stellen, en
- in hoeverre het te verwachten is dat buitenlandse ambtenaren niets doen met informatie die hen rechtmatig voorlopig ter beschikking is gesteld.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 8 van 11

Deze noties zijn naar mening van de Raad ook ten aanzien van het onderhavige Wetsvoorstel van toepassing. In de MvT wordt hierop echter niet ingegaan. De Raad adviseert u het Wetsvoorstel aan te vullen, cq. te verduidelijken aan de hand van de in het voornoemde voorgaande advies genoemde noties.

Conclusie met betrekking tot vermindering rechterlijke controle

Gezien het voorgaande dient naar oordeel van de Raad de voorgestelde afschaffing van de verlofprocedure te worden herbezien en nader te worden toegelicht. Deze leidt namelijk voor justitiabelen en burgers tot een aanmerkelijke achteruitgang in de rechtsbescherming. Dit roept – zeker waar het gaat om de overdracht naar het buitenland van grote aantallen niet alleen de verdachte betreffende digitale gegevens – tevens vragen op omtrent de verenigbaarheid daarvan met het in artikel 8 EVRM opgenomen recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de Nederlandse privacywet- en regelgeving. De Raad adviseert u het Wetsvoorstel aan de hand van deze vragen te herbezien. De Raad verwijst hierbij tevens naar de opmerkingen in het voorgaande advies over het conceptwetsvoorstel herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken over het afschaffen van de verlofprocedure en de voorlopige terbeschikkingstelling.

4. Overige opmerkingen

Reflexwerking richtlijn

De richtlijn creëert een harmoniserend kader voor de bewijsvergaring in andere EU-lidstaten en zet aan tot verdere samenwerking tussen justitiële autoriteiten in de EU-lidstaten op basis van wederzijds vertrouwen. Dit zal naar het oordeel van de Raad doorwerken in de strafrechtelijke stelsels in de EU-lidstaten. De Raad verwacht dat er van de richtlijn een zekere reflexwerking uitgaat met betrekking tot het functioneren van het nationale strafrecht. Zie bijvoorbeeld artikel 10, tweede lid, van de richtlijn waarin onderzoeksmaatregelen worden genoemd die *'altijd krachtens het nationale recht van de uitvoerende staat beschikbaar dienen te zijn'*.⁵ Deze bepaling impliceert de facto harmonisatie en uniformering van bepaalde strafrechtelijke onderzoeksmaatregelen binnen de EU. Ook bevat de richtlijn in de artikelen 22 tot en met 32 nadere invulling van onderzoeksbevoegdheden ter uitvoering van een EOB. De reflexwerking zou kunnen bestaan uit de vraag of de toegang tot en het gebruik van deze onderzoeksmaatregelen – waar mogelijk en nog niet in die zin voorzien in het bestaande nationale wettelijke kader – ook zouden moeten openstaan voor 'puur' nationaalrechtelijke strafzaken. In de MvT wordt op deze reflexwerking niet ingegaan. De Raad adviseert de MvT op dit punt aan te vullen.

⁵ Het gaat dan om: a) het verkrijgen van informatie die of bewijsmateriaal dat reeds in het bezit is van de uitvoerende autoriteit en volgens het recht van de uitvoerende staat in het kader van een strafprocedure of voor de doeleinden van het EOB had kunnen worden verkregen; b) het verkrijgen van informatie die is opgeslagen in gegevensbanken van de politie of rechterlijke autoriteiten waartoe de uitvoerende autoriteit rechtstreeks toegang heeft in het kader van een strafprocedure; c) het horen van een getuige, deskundige, slachtoffer, verdachte of beschuldigde persoon of derde op het grondgebied van de uitvoerende staat; d) een onderzoeksmaatregel van niet-dwingende of niet-intrusieve aard zoals gedefinieerd in het recht van de uitvoerende staat; en e) de identificatie van personen die zijn aangesloten op een bepaald telefoonnummer of IP-adres.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 9 van 11

Rol nationale wet bij uitvoering EOB

Artikel 10 van de richtlijn stelt de nationale wetgeving voorop bij de uitvoering van het EOB. Tegelijkertijd worden, zoals hiervoor aangegeven, in het tweede lid van dit artikel onderzoeksmaatregelen genoemd die altijd krachtens het nationale recht van de uitvoerende staat beschikbaar dienen te zijn. In het licht van laatstgenoemde bepaling uit de richtlijn kan de Raad de onderstaande passages in de MvT niet goed plaatsen:

'Voorts is bij feitelijke uitvoering van een Europees onderzoeksbevel de nationale wet van de uitvoerende staat in de meeste gevallen leidend; kent die bijvoorbeeld niet een bepaalde onderzoeksbevoegdheid, of kan de desbetreffende onderzoeksbevoegdheid niet ten aanzien van een bepaald misdrijf worden toegepast, dan behoeft een dergelijke bevoegdheid niet te worden toegepast.' (MvT, p. 2 en 3)

En:

'Indien er aldus in de nationale wetgeving geen bevoegdheden zijn waarmee het EOB kan worden uitgevoerd, houdt de verplichting tot uitvoering van het EOB op.' (MvT, p. 7)

De Raad adviseert te verduidelijken hoe deze passages zich verhouden tot het bepaalde in artikel 10, tweede lid, van de richtlijn.

Telefoonconferentie

De richtlijn bevat een bepaling op grond waarvan een lidstaat een EOB kan uitvaardigen om een getuige of deskundige die zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevindt per telefoonconferentie te laten verhoren (artikel 25 richtlijn). Deze bepaling is in het Wetsvoorstel niet overgenomen. Blijkens de MvT is hiertoe besloten omdat het kabinet van oordeel is dat toepassing van deze bevoegdheid niet de voorkeur verdient, omdat het moeilijk is om de procedure van waarborgen te voorzien en omdat er gerede twijfel kan bestaan over mogelijkheden om op grond van dit middel tot een goede oordeelsvorming te komen, en omdat er met de videoconferentie bovendien een in alle opzichten beter en inmiddels breed beschikbaar alternatief voorhanden is (MvT, p. 10-11). De Raad plaatst de volgende twee kanttekeningen bij deze keuze. In de eerste plaats roept deze de vraag op in hoeverre de richtlijn naar de letter en/of de geest de ruimte biedt om de betreffende bepaling niet in nationale wetgeving te implementeren. In de tweede plaats kan de telefoonconferentie naar het oordeel van de Raad in bepaalde gevallen een passend en efficiënt alternatief zijn voor videoconferentie, mocht deze laatste optie niet voorhanden zijn. De Raad adviseert deze keuze daarom te heroverwegen, dan wel nader toe te lichten.

Rechtsbescherming

In aanvulling op hetgeen hiervoor hierover is opgemerkt, merkt de Raad met betrekking tot de rechtsbescherming het volgende op. De richtlijn voorziet in verschillende weigeringsgronden die lidstaten in hun implementatiewetgeving kunnen opnemen: het bestaan van een immuniteit of voorrechten van betrokkenen, strijd met de belangen van de nationale veiligheid, voorkomen van ne bis in idem, mogelijke schending van fundamentele rechten en territorialiteit, en het ontbreken van dubbele strafbaarheid. Deze weigeringsgronden worden alle imperatief in het Wetsvoorstel overgenomen (vgl.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 10 van 11

MvT, p. 6). De Raad wijst erop dat dit niet wegneemt dat niet valt uit te sluiten dat in de praktijk de geldigheid van de richtlijn uit oogpunt van toegang tot de rechter in een lidstaat met behulp van prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie van de EU zal worden aangevochten, in ieder geval in situaties waarin bewijsmateriaal om wat voor reden dan ook al in handen is van de ontvangende autoriteit en om deze reden geen weigeringsgronden kunnen worden ingeroepen. De Raad adviseert hierop in de MvT nader in te gaan.

5. Gevolgen voor werklast en organisatie

Algemeen

De Raad verwacht dat het EOB leidt tot een toename van de werklast voor de Rechtspraak. Dit wordt hieronder toegelicht. In welke mate is op dit moment niet in te schatten. De Raad behoudt zich het recht voor hiervan op een later moment een doorrekening te maken.

Toelichting

In de MvT lijkt te worden uitgegaan van een continuering van het bestaande aantal rechtshulpverzoeken (vgl. MvT, p. 1). Het is echter de vraag of die inschatting juist is. Gelet op het uitgangspunt van de richtlijn om te komen tot snelle en efficiënte interstatelijke samenwerking op het terrein van bewijsvergaring, en op de verplichting om een EOB ten uitvoer te leggen, houdt de Raad er rekening mee dat de impact van de richtlijn op termijn groter kan zijn dan nu lijkt te worden gedacht. Dit zal ten aanzien van inkomende EOB's zorgen voor een werkbelasting van primair het OM en secundair, indien een beslissing van de rechter(-commissaris) noodzakelijk is, voor de gerechten (vgl. art. 5.4.8 en bijv. art. 5.4.18). De kosten voor uitvoering van een EOB komen, conform de richtlijn, als hoofdregel in principe voor de uitvoerende staat.

Daarbij moet worden bedacht dat hoewel een EOB moet worden uitgevaardigd door een uitvaardigende autoriteit in de uitvaardigende staat, in principe daarnaast elke verdachte of beschuldigde persoon – of namens hem een advocaat – een verzoek tot een EOB kan doen, waarop in voorkomend geval de rechter dient te beslissen. Naar mate het EOB aan populariteit wint, zal dit ongetwijfeld consequenties in zittingstijd en beoordelingstijd vragen en daarmee tot een potentiële verhoging van de werklast van de gerechten zorgen. Het aantal verzoeken op grond van artikel 182 Sv zal vermoedelijk stijgen. Daarbij speelt op de achtergrond mee dat het aantal strafzaken met een intracommunautaire dimensie in de afgelopen jaren lijkt toe te nemen. Daarbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld het aantal niet-Nederlandse verdachten, die wel Unieburger zijn.

Ook moet worden bedacht dat tegenover het wegvallen van de verloffprocedure ex art. 552p Sv een toename zal staan van beklagzaken ex art. 552a Sv. Die procedure staat open zowel bij de uitvoering als bij de uitvaardiging van een EOB. Dat betekent een werklastverzwaring voor de beklagkamers van de gerechten.

Tot slot moet worden bedacht dat, mocht het EOB populair worden binnen de Nederlandse strafrechtspraktijk, dat ook gevolgen heeft voor de noodzakelijk beschikbare middelen. Met de digitalisering van procedures en in de richtlijn geboden mogelijkheid om meer te werken met



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 28 oktober 2015
kenmerk
pagina 11 van 11

videoconferentie, kan het zijn dat er een noodzaak komt om meer faciliteiten op dit terrein beschikbaar te maken bij de gerechten. De rechter-commissaris heeft hier een wezenlijke rol in voorbereiding, realisatie en afhandeling (vgl. art. 5.4.13). Weliswaar is het instrument als zodanig niet nieuw, maar de omvang waarvan het gebruikt gaat worden kan gaan groeien in de komende jaren. Dit kan gevolgen hebben voor de werklast van de gerechten.

6. Conclusie – algemeen

Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm op een aantal zwaarwegende bezwaren met betrekking tot de borging van de toetsing van de proportionaliteit van een inkomend EOB, de rol en bevoegdheden van de rechter-commissaris en de rechterlijke controle op overdracht van bewijsmateriaal. De Raad vraagt u daarom om het Wetsvoorstel op de in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken, dan wel aan te passen.

Ten slotte

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het uiteindelijke Wetsvoorstel, stelt de Raad het op prijs als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het Staatsblad.

Hoogachtend,



Voorzitter Raad voor de rechtspraak