Door Reg. DSC kopie gezonden
aan

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

Ministerie van Justitie
DBOB/DIV/OAB/AL-OD
Dossier
Datum - 6 SEP. 2010
Nummer
Inbl.

Aan de minister van Justitie
Dr. E.M.H. Hirsch Ballin
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (070) 361 97 23
f (070) 361 97 15
www.rechtspraak.nl

datum 3 september 2010
contactpersoon
doorkiesnummer
faxnummer
e-mail
ons kenmerk
uw kenmerk
onderwerp Adviesaanvraag Wetsvoorstel tot implementatie van het kaderbesluit nr. 2008/978/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegeven voor gebruik in strafprocedures (PbEU L 350)

Geachte heer Hirsch Ballin,

Bij brief van 22 juni 2010 met bovengenoemd kenmerk heeft u de Raad voor de rechtspraak (de "**Raad**") verzocht advies uit te brengen inzake het Wetsvoorstel tot Implementatie van het kaderbesluit nr. 2008/978/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegeven voor gebruik in strafprocedures (PbEU L 350) (het **Wetsvoorstel** resp. het **Kaderbesluit**). Volgens artikel 23, eerste lid, van het Kaderbesluit dient dit door de lidstaten vóór 19 januari 2011 in nationale wetgeving te zijn omgezet.

Met het Wetsvoorstel wordt volgens de Memorie van Toelichting (MvT) beoogd de strafrechtelijke samenwerking op het terrein van de grensoverschrijdende bewijsverkrijging tussen de lidstaten van de Europese Unie te versnellen en te vergemakkelijken. Het gaat om het verzamelen van 'bestaand bewijs'. Hiermee wordt gedoeld op voorwerpen, documenten of gegevens die reeds ergens aanwezig zijn en zo nodig door middel van bijvoorbeeld een doorzoeking, een bevel uitlevering stukken of een vordering tot het verstrekken van gegevens kunnen worden verkregen en vervolgens overgedragen. Het kan ook gaan om gegevens die reeds in het bezit zijn van de justitiële autoriteiten. Naar Nederlandse begrippen gaat het hierbij om het verstrekken van strafvorderlijke gegevens die bijvoorbeeld in het kader van een eerder Nederlands opsporingsonderzoek zijn verkregen. Het begrip 'bestaand bewijs' wordt gebruikt om aan te geven dat het Kaderbesluit niet ziet op het vergaren van toekomstige informatie bijvoorbeeld door middel van het horen van verdachten, getuigen of deskundigen, interceptie van telecommunicatie, observatie van personen, het monitoren van toekomstige banktransacties, het doen van onderzoek aan het lichaam of het afnemen van lichaamsmateriaal, zoals DNA-monsters of vingerafdrukken of het analyseren van bestaande voorwerpen, documenten of gegevens (forensisch onderzoek). Ook is uitgezonderd het vergaren van historische verkeersgegevens bij telecomaanbieders omdat ten tijde van

de onderhandelingen over het kaderbesluit tevens werd onderhandeld over de richtlijn dataretentie en op dat moment nog ongewis was hetgeen de uitkomst van die onderhandelingen zou omvatten. Verder valt buiten de reikwijdte van het Kaderbesluit de uitwisseling van gegevens uit strafregisters (MvT p.4).

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.[1]

Advies

De Raad onderschrijft op zichzelf het belang en de daarmee samenhangende uitgangspunten van het stelsel van wederzijdse erkenning en de daaruit voortvloeiende vereenvoudiging van procedures, maar dat laat onverlet dat op enkele onderdelen bezwaren bestaan tegen het Wetsvoorstel.

1. Algemene opmerkingen

Als eerste stap is in 2003 het kaderbesluit 2003/577/JBZ van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevriezing van voorwerpen en bewijsstukken (PbEG L 196) tot stand gekomen. Dit kaderbesluit ziet op inbeslagneming van voorwerpen die kunnen dienen als bewijs of tot bewaring van het recht tot verhaal voor een tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel strekkende sanctie. Dit kaderbesluit is geïmplementeerd bij wet van 16 juni 2005, Stb. 2005, 310. Op 18 december 2008 is het onderhavige kaderbesluit betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel vastgesteld dat op een aantal punten een stap voorwaarts is ten opzichte van het hiervoor genoemde kaderbesluit (MvT p. 1).

Rolverdeling tussen de officier van justitie en de rechter
Het Kaderbesluit bevat geen bepalingen die een wijziging in de nationale bevoegdheidsverdeling impliceren. Er is dan ook geen reden om bij de implementatie van het Kaderbesluit verandering te brengen in de bevoegdheidsverdeling volgens het Wetboek van Strafvordering en de verhouding tussen de officier van justitie en de rechter-commissaris. Het Wetsvoorstel gaat hieraan op onderdelen voorbij. Zo wordt in artikel 552aaa, eerste lid, Sv gesproken van tenuitvoerlegging in opdracht van de officier van justitie. Dit moge de juiste terminologie zijn ten opzichte van opsporingsambtenaren maar niet in de verhouding tot de rechter(-commissaris). De officier van justitie doet aan de rechter-commissaris een vordering (zie art. 552n Sv).
Verder geschiedt volgens artikel 552yy, eerste lid, Sv de erkenning en daarmee kennelijk ook de weigering door de officier van justitie. In de gevallen waarin de tussenkomst van de rechter-commissaris is vereist of wordt verlangd, lijkt die bepaling te impliceren dat de erkenning en de

[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. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

weigering aan het oordeel van de rechter-commissaris zijn onttrokken. Dat zou in strijd zijn met het Nederlandse systeem, waar de rechter zelf oordeelt of hij tot handelen kan overgaan. De Raad adviseert het Wetsvoorstel op deze punten in overeenstemming te brengen met de huidige regeling in het Wetboek van Strafvordering. De Raad wijst in dit verband op artikel 11, tweede lid, van het Kaderbesluit, in het bijzonder op de laatste volzin, waarin wordt bepaald dat de in verband met het Europees bewijsverkrijgingsbevel noodzakelijke maatregelen worden genomen overeenkomstig het toepasselijk procesrecht van de uitvoerende staat. Er is dus alle ruimte om de huidige regeling in het Wetboek van Strafvordering te handhaven.

Vervallen van de verlofprocedure ex artikel 552p van het Wetboek van Strafvordering
De Raad acht de motivering om de verlofprocedure ex artikel 552p, tweede lid, Sv niet van toepassing te doen zijn bij een Europees bewijsverkrijgingsbevel niet overtuigend. In de MvT wordt gesteld dat de verlofprocedure niet langer passend zou zijn omdat uit het feit dat de officier van justitie beslist over erkenning en tenuitvoerlegging van een Europees bewijsverkrijgingsbevel, logischerwijs zou volgen dat met erkenning ook instemming wordt verleend aan overdracht van de verkregen voorwerpen, bescheiden of gegevens aan de uitvaardigende staat. Met het Wetsvoorstel wordt reeds afgeweken van de regel van artikel 552n, eerste lid, Sv dat een rechtshulpverzoek van een buitenlandse rechterlijke autoriteit in handen wordt gesteld van de rechter-commissaris. Door ook de verlofprocedure van artikel 552p, tweede lid, Sv buiten toepassing te laten bij een Europees bewijsverkrijgingsbevel kunnen deze bevelen voor een belangrijk deel zonder enige betrokkenheid van de Nederlandse rechter worden afgedaan. Daarmee wordt flink afgeweken van het Nederlandse stelsel, terwijl, zoals hiervoor is aangegeven, artikel 11 van het Kaderbesluit daartoe geenszins noopt. Uit een oogpunt van rechtsbescherming, met name van de derde die met de tenuitvoerlegging wordt geconfronteerd, is rechterlijke bemoeienis op haar plaats. Artikel 18 van het Kaderbesluit biedt juist met het oog op de belangen van derden te goeder trouw ruimte voor een beroep op de rechter in de uitvoerende staat. Als het inderdaad de bedoeling is van het Wetsvoorstel om de erkenning en de weigering van een Europees bewijsverkrijgingsbevel in handen te leggen van de officier van justitie, bestaat voor zo'n toets des te meer reden. De beklagprocedure van artikel 552a Sv kan slechts ten dele voorzien in zo'n toets. De Raad adviseert het Wetsvoorstel op dit punt aan te passen en de in het Kaderbesluit gegeven ruimte volledig te benutten.

Effectiviteit van het beklag ex artikel 552a van het Wetboek van Strafvordering
Bij een Europees bewijsverkrijgingsbevel dat in Nederland ten uitvoer wordt gelegd, kunnen belanghebbenden zich in de in artikel 552a, eerste lid, Sv genoemde gevallen bij de rechtbank beklagen over die tenuitvoerlegging. Het betreft een beperkte toetsing nadat tot tenuitvoerlegging is overgegaan. De rechtbank mag niet treden in een onderzoek naar de gronden voor het uitvaardigen van het bevel dat tot de toepassing van de bevoegdheid met betrekking tot welke het klaagschrift is ingediend (artt. 552bb jo. 552a Sv). Die toets is voorbehouden aan de rechter in de uitvaardigende staat (MvT p. 7). In het bijzonder voor de belanghebbende die niet de verdachte is, acht de Raad de rechtsbescherming mager, vooral nu, zoals hiervoor al is aangegeven, de betrokkenheid van de rechter bij de tenuitvoerlegging in het Wetsvoorstel sterk wordt teruggedrongen. Als voorbeeld kan worden genoemd de inbeslagneming van computers of andere gegevensdragers onder de verdachte of onder derden die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van het bedrijf of uitoefening van het beroep. Hierbij zijn de beginselen van

proportionaliteit en subsidiariteit aan de orde[2]. In de toelichting op het Wetsvoorstel wordt geen aandacht besteed aan deze beginselen in het geval Nederland de uitvoerende staat is. De ervaring met het Europees Aanhoudingsbevel leert dat in andere landen de toetsing aan genoemde beginselen - voor onze begrippen – niet steeds in voldoende mate geschiedt. Hieraan kan niet voorbij worden gegaan met een enkele verwijzing naar het vertrouwensbeginsel. De Raad acht het gewenst dat – binnen de ruimte die in het Kaderbesluit wordt geboden - een betere rechtsbescherming wordt geboden, in het bijzonder voor de derde die met de gevolgen van een in een ander land uitgevaardigd Europees bewijsverkrijgingsbevel wordt geconfronteerd.

De inperking van het uitgangspunt van dubbele strafbaarheid
Het vereiste van dubbele strafbaarheid komt bij het Europees bewijsverkrijgingsbevel voor 32 categorieën strafbare feiten te vervallen (art. 552yy, lid 3, Sv en MvT p. 3). De Raad merkt op dat op dit punt geen sprake is van eenheid in de kaderbesluiten. De (meer recente) kaderbesluiten over vrijheidsbenemende sancties en taakstraffen kennen in plaats van een verplichte lijst van feiten een facultatief systeem van dubbele strafbaarheid. Een verklaring voor het verschil zou kunnen zijn de – in ieder geval in abstracto - geringere ingrijpendheid van bewijsverkrijging.
In verband met de ruimere grenzen van strafrechtsmacht in andere landen en verschillen in strafbaarheid is het niet denkbeeldig dat een Europees bewijsverkrijgingsbevel dat in Nederland ten uitvoer gelegd moet worden, betrekking heeft op gedragingen die hier te lande niet strafbaar zijn. Te denken valt aan abortus en euthanasie, waarover door de uitvaardigende staat documenten of instrumenten worden gevraagd van (onder meer) medische aard. In dit geval zal soms een (andere) weigeringsgrond uitkomst kunnen bieden (zie hierna). Het pleidooi van de Nederlandse regering voor een meer flexibele algemene weigeringsgrond in de Kabinetsreactie op het Groenboek bewijsverkrijging in strafzaken ((COM(2009) 624) verdient mede vanuit deze invalshoek steun.

De weigeringsgrond bij verschoningsgerechtigden
Volgens het Wetsvoorstel kan de tenuitvoerlegging van een Europees bewijsverkrijgingsbevel worden geweigerd als de erkenning en tenuitvoerlegging van dat bevel onverenigbaar is met een krachtens Nederlands recht geldend voorrecht of immuniteit, waaronder mede wordt verstaan het verschoningsrecht, bedoeld in artikel 218 Sv (art. 552yy, lid 2 sub e Sv). De toelichting spreekt in dit verband over: "*(...) beroepsbeoefenaars, zoals bijvoorbeeld advocaten of artsen*" (MvT p. 10). Onder andere het EHRM heeft ook aan anderen dan de klassieke geheimhouders, met name aan journalisten, een verschoningsrecht toegekend. In de MvT worden journalisten niet met zoveel woorden genoemd. De Raad adviseert in de toelichting ruimer aan dit onderwerp aandacht te besteden.

In de bijlage bij deze brief worden redactioneel nog enkele opmerkingen gemaakt.

[2] In het Wetsvoorstel wordt evenals in het Kaderbesluit gesproken van de beginselen van noodzakelijkheid en proportionaliteit.

2. Werklast

Het Wetsvoorstel heeft geen noemenswaardige werklastgevolgen voor de rechtspraak. Indien gevolg wordt gegeven aan de hiervoor gegeven adviezen met betrekking tot de betrokkenheid van de rechter zal dat leiden tot een werklastverzwaring.

3. Slot

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. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

Bijlage: inhoudelijke opmerkingen artikelsgewijs.

- *Titel Wetsvoorstel*: Het woord *"gegeven"* ware te vervangen door *"gegevens"*. Hetzelfde geldt voor de titel van de toelichting op het Wetsvoorstel.

- *Artikel 552ggg Sv*: Belanghebbenden worden niet op de hoogte gesteld van het uitvaardigen van een Europees bewijsverkrijgingsbevel door de Nederlandse autoriteiten. Veelal zal de belanghebbende pas bij of na de tenuitvoerlegging daarvan op de hoogte raken. Daarmee rijst de vraag naar de effectiviteit van het klachtrecht dat in dit artikel wordt geregeld. Verder wordt niet duidelijk wie als belanghebbende in de zin van deze bepaling kan worden aangemerkt. Ook blijft onduidelijk welke maatstaf de rechter dient aan te leggen bij de beoordeling van een klaagschrift. De Raad adviseert in de toelichting op deze punten in te gaan.