

University of Groningen

## Van stenen, monniken en kappen

Glerum, Vincent

*Published in:*

SEW: Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Glerum, V. (2021). Van stenen, monniken en kappen: het begrip 'uitvoerende rechterlijke autoriteit', het arrest Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte) en de gevolgen voor de Nederlandse overleveringsprocedure. *SEW: Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht*, 2021(6), 232-246. [96].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Van stenen, monniken en kappen: het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’, het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* en de gevolgen voor de Nederlandse overleverings- procedure

96

V.H. Glerum\*

*Door een beslissing van een Nederlandse officier van justitie heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie een arrest gewezen over het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’.*

*Een van de voorwaarden om als uitvoerende rechterlijke autoriteit te kunnen worden aangemerkt betreft de onafhankelijkheid van het OM ten opzichte van de uitvoerende macht. Aangezien het OM onderworpen is aan de individuele aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie en Veiligheid, stoot Nederland zich voor de tweede maal aan dezelfde steen.*

## I. Inleiding

Op 1 april 2021 trad een wijziging van de Overleveringswet (OLW) in werking die tot doel had om Kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel<sup>1</sup> te ‘herimplementeren’ en die de overleveringsprocedure op een aantal punten wijzigde.<sup>2</sup> In de Nederlandse overleveringsprocedure speelde de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam vóór die datum een belangrijke rol en dat doet hij ook nu nog. Hoewel de beslissing over de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel (EAB) tegen een opgeëiste persoon die niet instemt met zijn overlevering wordt genomen door de rechtbank Amsterdam (art. 1 onder g jo. art. 28 lid 2 en 3 OLW), beslist de officier van justitie bij het ar-

rondissementsparket Amsterdam bijvoorbeeld zelfstandig over het voortzetten van de overleveringsdetentie van de aangehouden opgeëiste persoon (art. 17 lid 4 en art. 20 lid 8 OLW) en vraagt hij zelfstandig aanvullende informatie op bij de uitvaardigende rechterlijke autoriteit (art. 20 lid 4 OLW).

Stemt de opgeëiste persoon in met zijn onmiddellijke overlevering, dan beslist de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam vóór 1 april 2021 zelfstandig of hij zou worden overgeleverd (art. 40 lid 1 en 2 (oud) OLW).

Nadat de rechtbank Amsterdam de overlevering heeft toegestaan, neemt die officier van justitie in het kader van de tenuitvoerlegging van die beslissing zelfstandig – en in overleg met de uitvaardigende rechterlijke autoriteit – een beslissing over de datum en plaats van de feitelijke overlevering (art. 35 lid 1 OLW) alsmede over uitstel van de feitelijke overlevering wegens ernstige humanitaire redenen (art. 35 lid 3 OLW). Hij komt – nadat de Minister van Justitie en Veiligheid heeft beslist dat en onder welke voorwaarden de opgeëiste persoon ter fine van berechting voorlopig ter beschikking zal worden gesteld van de uitvaardigende lidstaat (art. 36 lid 2 OLW)<sup>3</sup> – de schriftelijke voorwaarden overeen met de uitvaardigende rechterlijke autoriteit (art. 36 lid 3 OLW).

Kaderbesluit 2002/584/JBZ, waaraan de Overleveringswet uitvoering geeft, draagt al deze bevoegdheden op aan de ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’, dat wil zeggen aan de ‘rechterlijke autoriteit van de uitvoerende lidstaat die bevoegd is het Europees aanhoudingsbevel uit te voeren krachtens het recht van de uitvoerende lidstaat’ (art. 6 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Ook al benoemt de Overleveringswet de officier van justitie bij het arrondis-

\* Prof. mr. dr. Vincent Glerum is bijzonder hoogleraar internationaal en Europees strafrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en is stafjurist bij de rechtbank Amsterdam.

1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (*PbEG* 2002, L 190/1, zoals gewijzigd bij Kaderbesluit 2009/299/JBZ, *PbEU* 2009, L 81/24).

2 Wet van 3 maart 2021 tot herimplementatie van onderdelen van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie (wijziging van de Overleveringswet), *Stb.* 125.

3 De voorlopige terbeschikkingstelling dient als alternatief voor het verplichte uitstel van de feitelijke overlevering wegens een in Nederland lopende strafvervolgning of strafexecutie (art. 36 lid 1 OLW). Na de berechting in de uitvaardigende lidstaat moet de betrokkene aan Nederland worden geretourneerd om alsnog aan de Nederlandse justitie te voldoen.

sementsparket Amsterdam niet als een ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’, Nederland heeft ter voldoening aan art. 6 lid 3 Kaderbesluit 2002/584/JBZ aan de Raad van de EU meegedeeld dat deze autoriteit, naast de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken in de rechtbank Amsterdam, en de rechtbank Amsterdam, een uitvoerende rechterlijke autoriteit is.<sup>4</sup> Vóór 1 april 2021 was na de feitelijke overlevering van de opgeëiste persoon de rol van de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam nog niet uitgespeeld. Deze autoriteit besliste zelfstandig over verzoeken om aanvullende toestemming voor vervolging van de overgeleverde persoon voor andere feiten dan waarvoor de overlevering is toegestaan (art. 14 lid 1 onder f en lid 3 (oud) OLW). Het specialiteitsbeginsel staat eraan in de weg dat de uitvaardigende lidstaat een overgeleverde persoon vervolgt, berecht of van zijn vrijheid berooft wegens andere, vóór de overlevering begane feiten dan de feiten waarvoor is overgeleverd (art. 27 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ), tenzij de ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit die de gezochte persoon overgeleverd heeft’ daartoe toestemming geeft (art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit 2002/584/JBZ) of een van de andere uitzonderingen op het specialiteitsbeginsel zich voordoet (art. 27 lid 3 onder a-f Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Een verzoek om toestemming moet dezelfde gegevens als een EAB bevatten en het toetsingskader voor het verlenen van toestemming is gelijk aan het toetsingskader voor de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB (art. 27 lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ).

Juist de uitoefening van deze bevoegdheid heeft aanleiding gegeven tot een arrest van het Hof van Justitie, dat niet alleen gevolgen moet hebben voor de wettelijke regeling van die bevoegdheid, maar ook voor de wettelijke regeling van andere bevoegdheden die Kaderbesluit 2002/584/JBZ opdraagt aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit, maar die de Overleveringswet – voor een deel ook na de recente wetswijziging, die uitvoering beoogt te geven aan onder meer dat arrest – neerlegt bij de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam.

Pikant aan de kwestie is dat Nederland zich voor de tweede keer stoot aan dezelfde steen: de omstandigheid dat een Nederlandse officier van justitie in het kader van de uitoefening van zijn beslissingsbevoegdheid individuele instructies kan ontvangen van de Minister van Justitie en Veiligheid (art. 127 RO). Een dergelijke omstandigheid staat niet alleen in de weg aan het toekennen van de hoedanigheid van ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ aan een officier van justitie, zoals in 2019 uit de arresten *OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*<sup>5</sup> en *PF (Procureur-generaal van Litouwen)*<sup>6</sup> is gebleken, maar ook aan het toekennen van de hoedanig-

heid van ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’, zoals uit het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*<sup>7</sup> blijkt. Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In de paragrafen 2-5 wordt de rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ gememoreerd, volgt een samenvatting van het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*, wordt dat arrest in de context van ’s Hofs eerdere rechtspraak geplaatst en wordt nagegaan in hoeverre de hoedanigheid van uitvaardigende of uitvoerende ‘rechterlijke autoriteit’ kan worden betwist. De volgende twee paragrafen bespreken wat uit het arrest kan worden afgeleid vanuit het perspectief van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming (paragraaf 6) – een beginsel dat, zoals uit de paragrafen 2-5 volgt, een belangrijke rol inneemt in de uitleg van het begrip ‘rechterlijke autoriteit’ – en of een en ander zich met het grondrecht op vrijheid verdraagt (paragraaf 7). Tegen de achtergrond van het voorgaande worden vervolgens de gevolgen van het arrest voor Nederland behandeld (paragraaf 8). De bijdrage wordt afgerond met een slotbeschouwing (paragraaf 9).

## 2. Rechtspraak over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’

Een van de fundamenten van het systeem van het EAB is dat de beslissingen in het kader van de uitvaardiging en tenuitvoerlegging van EAB’s worden genomen door ‘rechterlijke autoriteiten’. Anders dan in het uitleveringsrecht, mogen ‘centrale autoriteiten’ zoals ministeries van Justitie<sup>8</sup> alleen een ondersteunende rol vervullen (namelijk het verlenen van praktische en administratieve bijstand, zoals het fungeren als postbode of postbus voor EAB’s en voor de daarop betrekking hebbende correspondentie). Doordat de EAB-procedure van begin (de uitvaardiging) tot eind (de tenuitvoerlegging) onder rechterlijk toezicht staat, voldoet deze procedure volgens het Hof op zichzelf al aan de vereisten van art. 47 Handvest.<sup>9</sup> De rechterlijke aard van een ‘rechterlijke autoriteit’ garandeert volgens het Hof dat een beslissing van die rechterlijke autoriteit is genomen na een rechterlijke toetsing en onderbouwt daarom de hoge mate van vertrouwen waarop het systeem van het EAB berust.<sup>10</sup>

In een hele reeks arresten heeft het Hof van Justitie de betekenis van het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ als bedoeld in art. 6 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ uitgelegd en verduidelijkt. De rechtspraak over dat begrip heeft drie componenten. De *eerste component* houdt in dat het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ niet alleen ziet op rechters, maar ook andere autoriteiten kan omvatten die deelnemen aan de straf-

4 Raadsdocument 9002/04, 29 april 2004.

5 HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*).

6 HvJ EU 27 mei 2019, C-509/18, ECLI:EU:C:2019:457 (*PF (Procureur-generaal van Litouwen)*).

7 HvJ EU 24 november 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:953 (*Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*).

8 HvJ EU 10 november 2016, C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861, punt 39 (*Kovalkovas*).

9 HvJ EU 30 mei 2013, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358, punten 45-47 (*Jeremy F.*).

10 HvJ EU 10 november 2016, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, punten 44-45 (*Poltorak*).

rechtsbedeling, met dien verstande dat organen van de uitvoerende macht, zoals ministeries of de politie, zijn uitgesloten (o.m. *Kovalkovas*<sup>11</sup> en *Poltorak*<sup>12</sup>). De *tweede component* ziet op de onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit ten opzichte van de uitvoerende macht. Die onafhankelijkheid vereist statutaire en organisatorische nationale voorschriften die elk risico van met name individuele instructies vanwege de uitvoerende macht uitsluiten (o.m. *OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*;<sup>13</sup> *PF (Procureur-generaal van Litouwen)*<sup>14</sup>). De *derde component* – die anders dan de eerste twee componenten geen voorwaarde inhoudt om als uitvaardigende rechterlijke autoriteit te kunnen worden aangemerkt<sup>15</sup> – betreft de procedure, die moet voldoen aan de uit een effectieve rechterlijke bescherming voortvloeiende vereisten. Daaruit volgt dat, wanneer de beslissing is genomen door een andere autoriteit dan een rechter, die deelneemt aan de strafrechtsbedeling, een beroep in rechte mogelijk moet zijn dat volledig voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit een effectieve rechterlijke bescherming (o.m. *OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*;<sup>16</sup> *PF (Procureur-generaal van Litouwen)*<sup>17</sup>). In de opvatting van het Hof is toetsing door een OM dat voldoet aan de eisen om als ‘rechterlijke autoriteit’ te worden aangemerkt dus op zichzelf niet voldoende. Met andere woorden: ook een dergelijk OM is geen rechter.

Met deze drie componenten wordt beoogd te verzekeren dat de beslissingen over de uitvaardiging van een EAB worden genomen in het kader van een procedure die voldoet aan de eisen van een effectieve rechterlijke bescherming en dat voldoende vertrouwen bestaat in die beslissingen. Deze doelen zouden ook kunnen worden verwezenlijkt door een uitleg dat uitsluitend rechters of rechterlijke instanties als uitvaardigende rechterlijke autoriteiten kunnen worden aangemerkt, maar de uitleg van het Hof van Justitie houdt rekening met rechtsstelsels van lidstaten waarin het OM zelfstandig – al dan niet als onderdeel van de rechterlijke macht – de aanhouding van een verdachte of veroordeelde kan bevelen.

Als gevolg van de arresten *OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)* en *PF (Procureur-generaal van Litouwen)* moet in de rechtspraktijk van lidstaat tot lidstaat worden vastgesteld of het uitvaardigende OM van

de betrokken lidstaat voldoet aan de onafhankelijkheidseis<sup>18</sup> en of het recht van de uitvaardigende lidstaat voorziet in een beroep in rechte (zie verder paragraaf 5).<sup>19, 20</sup> Inmiddels is dankzij de inspanningen van het Europees Justitieel Netwerk en Eurojust een overzicht voorhanden van de lidstaten die het OM als uitvaardigende rechterlijke autoriteit hebben aangewezen, van de status van het OM in die lidstaten en van de beroepsmogelijkheden in die lidstaten.<sup>21</sup>

Enkele van de genoemde arresten noopten tot aanpassing van de omzettingwetgeving of nationale praktijk van sommige lidstaten. Naar aanleiding van het arrest *Poltorak* moest Zweden een andere autoriteit aanwijzen voor de uitvaardiging van executie-EAB's, omdat het algemeen bestuur van de Zweedse politie niet als een ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ kon worden aangemerkt. Uit het arrest *Kovalkovas* volgde dat de Litouwse Minister van Justitie niet langer EAB's kon uitvaardigen. Tot aanpassing van de omzettingwetgeving hoefde dat arrest niet te leiden, omdat Litouwen zijn omzettingwetgeving al had aangepast en het arrest een EAB betrof dat nog onder de oude wetgeving was uitgevaardigd. Het arrest *OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)* had niet alleen gevolgen voor Duitsland, maar ook voor Denemarken en Nederland, omdat deze drie lidstaten hun openbare ministeries als uitvaardigende rechterlijke autoriteiten hadden aangewezen, terwijl deze openbare ministeries niet voldeden aan de in dat arrest geformuleerde onafhankelijkheidseis. Daarom werd in Nederland de bevoegdheid tot het uitvaardigen van EAB's, die sinds de inwerkingtreding van de Overleveringswet berustte bij elke officier van justitie, overdragen aan elke rechter-commissaris.<sup>22</sup>

### 3. Het arrest Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)

Het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* is het eerste arrest waarin het Hof zich uitlaat over de betekenis van het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ als bedoeld in art. 6 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ.

11 HvJ EU 10 november 2016, C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861, punt 35 (*Kovalkovas*).

12 HvJ EU 10 november 2016, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, punt 34 (*Poltorak*).

13 HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, punten 73-74 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*).

14 HvJ EU 27 mei 2019, C-509/18, ECLI:EU:C:2019:457, punten 51-52 (*PF (Procureur-generaal van Litouwen)*).

15 HvJ EU 12 december 2019, C-566/19 PPU en C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077, punt 48 (*Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg en Openbaar Ministerie (Officieren van justitie van Lyon en van Tours)*); HvJ EU 13 januari 2021, C-414/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:4, punt 44 (*MM*).

16 HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, punt 75 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*).

17 HvJ EU 27 mei 2019, C-509/18, ECLI:EU:C:2019:457, punt 53 (*PF (Procureur-generaal van Litouwen)*).

18 Zie bijv. Rb. Amsterdam 27 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2758 (met betrekking tot de onafhankelijkheid van het Griekse OM).

19 HvJ EU 27 mei 2019, C-509/18, ECLI:EU:C:2019:457, punt 56 (*PF (Procureur-generaal van Litouwen)*). Zie bijv. ook Rb. Amsterdam 27 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2758 (met betrekking tot de mogelijkheid van een beroep in rechte tegen de uitvaardiging van een Grieks EAB).

20 Volgens André Klip heeft het Hof een formaliteit gecreëerd die afbreuk doet aan de effectiviteit van de justitiële samenwerking in strafzaken omdat uitvoerende rechterlijke autoriteiten de onafhankelijkheid van uitvaardigende autoriteiten moeten onderzoeken, die voor vertraging zorgt en die het wederzijdse vertrouwen ondermijnt: A. Klip, ‘Eroding Mutual Trust in an European Criminal Justice Area without Added Value’, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2020, afl. 2, p. 113-118.

21 *Questionnaire on the CJEU's judgments in relation to the independence of issuing judicial authorities and effective judicial protection – Updated compilation of replies and certificates*, Council document 7182/1/20 REV 1. Uit dit document blijkt dat dertien lidstaten het OM hebben aangewezen als uitvaardigende rechterlijke autoriteit (voor executie- en/of vervolgings-EAB's).

22 Zie daarover S. van Renswoude, ‘Spoedwet Europees aanhoudingsbevel’, *Ars Aequi* 2019, p. 792-795.

De aanleiding voor het arrest vormt een geval waarin de rechtbank Amsterdam de vervolgingsoverlevering aan België had toegestaan voor feiten van valsheid in geschrifte, gebruik van valse stukken en oplichting. Na de overlevering van de betrokkene aan België vroeg de uitvaardigende rechterlijke autoriteit via een aanvullend EAB toestemming voor de vervolging van de overgeleverde persoon voor andere feiten van valsheid in geschrifte, gebruik van valse stukken en oplichting dan die waarop het oorspronkelijke EAB zag. De officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam verleende toestemming voor die vervolging. Nadat de overgeleverde persoon in hoger beroep was gekomen tegen een veroordeling voor de feiten die aan beide EAB's ten grondslag lagen, wierp hij bij de verwijzende rechter, het Hof van Beroep Brussel, de vraag op of de Nederlandse regeling van het verlenen van toestemming in overeenstemming is met Kaderbesluit 2002/584/JBZ. De verwijzende rechter vraagt zich af of de Nederlandse officier van justitie wel een 'uitvoerende rechterlijke autoriteit' is in de zin van art. 6 lid 2 en art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit 2002/584/JBZ. De toestemming is immers gegeven door een *andere* autoriteit (de officier van justitie) dan de autoriteit die de overlevering heeft toegestaan (de rechtbank Amsterdam). Daarom wil hij van het Hof van Justitie onder meer weten 1) of het begrip 'uitvoerende rechterlijke autoriteit' als bedoeld in art. 6 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ een autonoom begrip is en, zo ja, welke criteria moeten worden gebruikt om dat begrip te bepalen en 2) of de officier van justitie van een lidstaat een 'uitvoerende rechterlijke autoriteit' in de zin van art. 6 lid 2 en art. 27 lid 3 onder g en lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ is. Het antwoord op deze vragen luidt, kort gezegd, dat het begrip 'uitvoerende rechterlijke autoriteit' als bedoeld in art. 6 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ inderdaad een autonoom begrip van Unierecht is (punten 38-41), dat – in navolging van de conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona<sup>23</sup> – 's Hof's eerdere rechtspraak over het begrip 'uitvaardigende rechterlijke autoriteit' wordt getransponeerd op het begrip 'uitvoerende rechterlijke autoriteit' (punten 42-56) en dat een officier van justitie die in de uitoefening van zijn beslissingsmacht individuele instructies kan ontvangen van de uitvoerende macht geen 'uitvoerende rechterlijke autoriteit' in de zin van art. 6 lid 2 en art. 27 lid 3 onder g en lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ is (punten 58-70). Het Hof van Justitie onderbouwt met drie argumenten dat de aard en de status van de uitvaardigende en uitvoerende rechterlijke autoriteiten dezelfde zijn – dat derhalve sprake is van gelijke monniken –, hoewel zij verschillende taken uitvoeren. Het eerste argument is dat uit Kaderbesluit 2002/584/JBZ volgt dat de beslissingen over de uitvaardiging én de tenuitvoerlegging moeten worden genomen door 'rechterlijke autoriteiten' die moeten voldoen aan het vereiste van effectieve rechterlijke bescher-

ming en dat de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB alleen mag worden genomen na een toereikende controle.<sup>24</sup> Het tweede argument is dat niet alleen de uitvaardiging van een EAB de vrijheid van de betrokkene kan aantasten, maar ook de tenuitvoerlegging daarvan, omdat de tenuitvoerlegging zal leiden tot de aanhouding en de overlevering van de betrokkene aan de uitvaardigende lidstaat om daar te kunnen worden vervolgd. Het derde argument is dat, anders dan aan de uitvaardigende zijde waar de procedurele en grondrechten van de betrokkene op *twee niveaus* worden beschermd (op het niveau van de vaststelling van de nationale rechterlijke beslissing en op het niveau van de vaststelling van het EAB),<sup>25</sup> Kaderbesluit 2002/584/JBZ voor wat betreft de uitvoerende zijde maar voorziet in *één niveau* van bescherming van de procedurele en grondrechten van de betrokkene (de tussenkomst van de uitvoerende rechterlijke autoriteit in de fase van de tenuitvoerlegging van het EAB). Die drie argumenten rechtvaardigen gelijke kappen voor uitvaardigende en uitvoerende 'rechterlijke autoriteiten', rechtvaardigen met andere woorden de transpositie van de rechtspraak over het begrip 'uitvaardigende rechterlijke autoriteit' op het begrip 'uitvoerende rechterlijke autoriteit'. Het Hof van Justitie concludeert daarom dat het begrip 'uitvoerende rechterlijke autoriteit' als bedoeld in art. 6 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ 'slaat op hetzij een rechter of een rechterlijke instantie, hetzij een rechterlijke autoriteit, zoals het parket van een lidstaat, die deelneemt aan de rechtsbedeling in deze lidstaat en die (...) de nodige onafhankelijkheid geniet ten opzichte van de uitvoerende macht'. Het voegt daaraan toe dat, wanneer de bevoegdheid tot het ten uitvoer leggen van een EAB wordt toegekend aan een 'dergelijke autoriteit', deze 'haar taak niettemin [moet] uitoefenen in het kader van een procedure die voldoet aan de uit een effectieve rechterlijke bescherming voortvloeiende vereisten, wat impliceert dat in die lidstaat effectief beroep kan worden ingesteld tegen de beslissing van deze autoriteit'. Het is aan de lidstaten om te voorzien in het vereiste niveau van rechterlijke bescherming door voorschriften die van lidstaat tot lidstaat kunnen verschillen. Het begrip 'uitvoerende rechterlijke autoriteit' in de zin van art. 6 lid 2 van Kaderbesluit 2002/584/JBZ is dus een autonoom begrip van het Unierecht dat zo moet worden uitgelegd, dat 'het de autoriteiten van een lidstaat omvat die, zonder noodzakelijkerwijs rechters of rechterlijke instanties te zijn, in die lidstaat deelnemen aan de strafrechtsbedeling, die onafhankelijk handelen in de uitoefening van de taken die inherent zijn aan de tenuitvoerlegging van een [EAB], en die hun taken uitoefenen in het kader van een procedure die voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit een effectieve rechterlijke bescherming' (punt 56). De 'uitvoerende rechterlijke autoriteit' als bedoeld in art. 27 lid 3 onder g en lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ moet volgens het Hof van Justitie aan dezelfde voorwaar-

23 Conclusie van 25 juni 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:494 (*Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*).

24 Het Hof verwijst onder meer naar HvJ EU 10 november 2016, C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861 (*Kovalkovas*) en HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

25 Het Hof verwijst onder meer naar HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*) en HvJ EU 9 oktober 2019, C-489/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:849 (*NJ (Openbaar ministerie Wenen)*).

den voldoen als de ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ als bedoeld in art. 6 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Weliswaar zijn de beslissing over het verlenen van toestemming en de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB onderscheiden beslissingen met verschillende gevolgen, maar, evenals de laatste beslissing, kan de eerste beslissing de vrijheid van de betrokkene aantasten. De vervolging voor een ander feit kan immers leiden tot een zwaardere veroordeling. Daarom overweegt het Hof dat, ‘[l]os van de vraag of de rechterlijke autoriteit die de in artikel 27, lid 4, van kaderbesluit 2002/584 bedoelde toestemming verleent dezelfde moet zijn als die welke het [EAB] in kwestie heeft uitgevoerd’, de toestemming in geen geval kan worden verleend door een autoriteit die individuele instructies kan ontvangen met betrekking tot haar beslissingsbevoegdheid en die daarom niet voldoet aan de voorwaarden om als ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ te kunnen worden aangemerkt. Omdat de Minister van Justitie en Veiligheid (op grond van art. 127 RO) individuele instructies kan geven aan de officier van justitie bij het arrondissementsparket in het kader van de uitoefening van zijn beslissingsbevoegdheid, voldoet die officier van justitie niet aan de voorwaarden om te kunnen worden aangemerkt als een ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ in de zin van art. 6 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. De mogelijkheid van een kortgedingprocedure tegen een door de officier van justitie verleende toestemming maakt dat niet anders, omdat een dergelijke procedure niet kan beschermen tegen het risico dat de Minister van Justitie en Veiligheid hem een individuele instructie geeft met betrekking tot de beslissing over het verlenen van toestemming.<sup>26</sup> Art. 6 lid 2 en art. 27 lid 3 onder g en lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ moeten dus zo worden uitgelegd, dat ‘de officier van justitie van een lidstaat die weliswaar aan de rechtsbedeling deelneemt maar in het kader van de uitoefening van zijn beslissingsmacht individuele instructies kan ontvangen van de uitvoerende macht, geen “uitvoerende rechterlijke autoriteit” in de zin van deze bepalingen is’ (punt 70).

#### 4. Het arrest in de context van eerdere rechtspraak

Kon op grond van de rechtspraak over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ al worden aangenomen dat sprake is van gelijke monniken met gelijke kappen en had Nederland dus kunnen vermijden zich nogmaals aan dezelfde steen te stoten?

Al in het arrest *Poltorak* sprak het Hof van ‘het begrip “rechterlijke autoriteit” in de context van het kaderbe-

sluit<sup>27</sup> en dus niet uitsluitend in de context van art. 6 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Ook in het op dezelfde dag gewezen arrest *Özçelik* verwees het Hof naar de in het arrest *Poltorak* gegeven uitleg van dat begrip ‘in de context van het kaderbesluit en met name in het kader van artikel 6, lid 1, ervan’.<sup>28</sup> In het arrest *Özçelik* wees het Hof bovendien op het vereiste dat ‘de verschillende bepalingen van het kaderbesluit onderling coherent worden uitgelegd’, waaruit volgt dat de uitleg van het begrip ‘rechterlijke autoriteit’ als bedoeld in art. 6 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ in beginsel overdraagbaar is op art. 8 lid 1 onder c Kaderbesluit 2002/584/JBZ, dat spreekt van een ‘rechterlijke beslissing’.<sup>29</sup>

In het arrest *Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)* heeft het Hof van Justitie al overwogen dat zowel de beslissing over de uitvaardiging van een EAB als de beslissing over de tenuitvoerlegging daarvan ‘wordt genomen door een rechterlijke autoriteit die voldoet aan de eisen die aan effectieve rechterlijke bescherming inherent zijn – waaronder de waarborg van onafhankelijkheid – (...)’.<sup>30</sup>

Een belangrijke bouwsteen voor de uitleg van het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ is, ten slotte, dat de beslissing tot uitvaardiging van een EAB de vrijheid van de opgeëiste persoon kan aantasten.<sup>31</sup> Een beslissing tot tenuitvoerlegging van een EAB zal leiden tot aanhouding en overlevering. Om die reden was al voorzienbaar dat de bouwsteen van de (mogelijke) aantasting van de vrijheid ook een rol zou spelen bij de uitleg van het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’. Het belang van deze bouwsteen blijkt overigens ook uit het na het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* gewezen arrest *Staatsanwaltschaft Wien (Vervalste overschrijvingsopdrachten)*: in dat arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de eis van onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht *niet* geldt voor de officier van justitie die een Europees onderzoeksbevel (EOB) uitvaardigt, mede omdat een EOB, anders dan een EAB, ‘niet van dien aard [is] dat daardoor het in artikel 6 van het Handvest neergelegde recht op vrijheid van de betrokkene wordt aangetast’.<sup>32</sup>

Kortom, het antwoord op de hiervoor opgeworpen vraag luidt bevestigend. De rechtspraak over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ bevatte al (sterke) aanwijzingen dat de drie componenten van dat begrip bij de uitleg van het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ zouden worden overgenomen.

26 Het Hof verwijst naar HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*).

27 HvJ EU 10 november 2016, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, punt 38 (*Poltorak*).

28 HvJ EU 10 november 2016, C-453/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:860, punt 32 (*Özçelik*).

29 HvJ EU 10 november 2016, C-453/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:860, punt 33 (*Özçelik*).

30 HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, punt 56 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

31 HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, punt 68 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*); HvJ EU 27 mei 2019, C-509/18, ECLI:EU:C:2019:457, punt 46 (*PF (Procureur-generaal van Litouwen)*).

32 HvJ EU 8 december 2020, C-584/19, ECLI:EU:C:2020:1002, punt 73 (*Staatsanwaltschaft Wien (Vervalste overschrijvingsopdrachten)*).

## 5. Twijfel aan de rechterlijke hoedanigheid

Zowel de arresten over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ als het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* zijn het gevolg van gevallen waarin een autoriteit van een lidstaat twijfelt over de rechterlijke hoedanigheid van een autoriteit van een andere lidstaat. Nu het systeem van het EAB staat of valt met wederzijds vertrouwen, rijst de vraag in hoeverre dat systeem ruimte geeft voor twijfels aan de rechterlijke hoedanigheid.

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging van een EAB *limitatief* zijn neergelegd in de art. 3-4 bis Kaderbesluit 2002/584/JBZ<sup>33</sup> en dat buiten de in die bepalingen genoemde gevallen de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning alleen in ‘uitzonderlijke omstandigheden’ kunnen worden beperkt.<sup>34</sup> Zulke ‘uitzonderlijke omstandigheden’ heeft het Hof vooralsnog alleen aangenomen in zaken waarin de betrokkene in geval van overlevering een reëel gevaar van een schending van art. 4 Handvest<sup>35</sup> of van een schending van de kern van art. 47 Handvest zou lopen.<sup>36</sup>

Dat een EAB is uitgevaardigd door een autoriteit die niet als ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ kan worden aangemerkt, behoort niet tot deze twee categorieën. Toch mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit onder omstandigheden nagaan of de uitvaardigende autoriteit voldoet aan de voorwaarden om als uitvaardigende rechterlijke autoriteit te kunnen worden aangemerkt en of deze autoriteit, als zij deelneemt aan de strafrechtsbedeling, haar taken verricht in het kader van een procedure die voldoet aan de eisen van een effectieve rechterlijke bescherming.<sup>37</sup> Het EAB is namelijk een ‘rechterlijke beslissing’ (art. 1 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ), hetgeen vereist dat die beslissing wordt genomen door een ‘rechterlijke autoriteit’. Hoewel de lidstaten verplicht zijn om, overeenkomstig het beginsel van wederzijdse erkenning, elk EAB ten uitvoer te leggen (art. 1 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ), veronderstelt dat beginsel dus dat sprake is van een beslissing die afkomstig is van een ‘rechterlijke autoriteit’.<sup>38</sup> De lidstaten hoeven daarom een als EAB gepresenteerde beslissing die niet afkomstig is van een ‘rechterlijke autoriteit’ niet ten uitvoer te leggen.<sup>39</sup> Dat levert niet een beperking van de beginselen van we-

derzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning op, omdat die beginselen niet van toepassing zijn op die beslissing. Zoals uit het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* blijkt, gaat eenzelfde redenering op in het spiegelbeeldige geval dat de rechter in de uitvaardigende lidstaat wordt geconfronteerd met een beslissing tot verlening van toestemming die pretendeert afkomstig te zijn van een ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’, wanneer die rechter twijfels heeft over de rechterlijke hoedanigheid van de uitvoerende autoriteit. De strafrechter in België mag namelijk onderzoeken of de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam die de toestemming heeft verleend om de aan België overgeleverde persoon te vervolgen, berechten en van zijn vrijheid te beroven voor andere feiten dan waarvoor hij is overgeleverd een ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ in de zin van Kaderbesluit 2002/584/JBZ is. Dat volgt uit de verwerping van de niet-ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen, omdat een dergelijk onderzoek in strijd zou zijn met de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning. In wezen komt de redenering van het Hof erop neer dat het in de strafprocedure in België juist de vraag is of de door de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam verleende toestemming een rechterlijke beslissing is waarop die beginselen van toepassing zijn en dat het antwoord op die vraag afhankelijk is van de rechterlijke hoedanigheid van die autoriteit. Ontbreekt die rechterlijke hoedanigheid, dan is de beslissing tot het verlenen van toestemming geen rechterlijke beslissing en zijn de vervolging, berechting en vrijheidsbeneming in België wegens een ander vóór de overlevering begaan feit dan het feit waarvoor is overgeleverd niet toegestaan (art. 27 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ), tenzij een andere uitzondering op het specialiteitsbeginsel van toepassing is (art. 27 lid 3 onder a-f Kaderbesluit 2002/584/JBZ).

Twijfel aan de rechterlijke hoedanigheid van een autoriteit of aan de rechterlijke aard van de door haar genomen beslissing kan allereerst voortvloeien uit de positie van die autoriteit in de rechtsorde van de betrokken lidstaat: is zij een rechter, is zij een andere autoriteit die deelneemt aan de strafrechtsbedeling of is zij een orgaan van de uitvoerende macht? Daarnaast kan die twijfel volgen uit de toepasselijke procedure: staat tegen haar beslissing een beroep in rechte open overeenkomstig de vereisten van een effectieve rechterlijke bescherming?<sup>40</sup>

In beide opzichten maakt het Hof van Justitie onderscheid tussen autoriteiten die rechter zijn en andere

33 Zie bijv. HvJ EU 17 december 2020, C-416/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1042, punt 33 (*Generalstaatsanwaltschaft Hamburg*).

34 Zie bijv. HvJ EU 15 oktober 2019, C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857, punt 49 (*Dorobantu*).

35 HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, punt 88 (*Aranyosi en Căldăraru*).

36 HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, punt 59 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

37 HvJ EU 27 mei 2019, C-509/18, ECLI:EU:C:2019:457, punt 56 (*PF (Procureur-generaal van Litouwen)*).

38 Zie bijv. HvJ EU 10 november 2016, C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861, punten 28-29 (*Kovalkovas*).

39 De onverplichte tenuitvoerlegging van een dergelijk ‘EAB’ levert een probleem op onder art. 5 EVRM: de nationale omzettingwetgeving zal ook uitgaan van een EAB dat is uitgevaardigd door een ‘rechterlijke autoriteit’ in de zin van Kaderbesluit 2002/584/JBZ. De tenuitvoerlegging van een ‘EAB’ dat niet afkomstig is van een ‘rechterlijke autoriteit’ is dan niet ‘overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure’ in de zin van art. 5 lid 1 EVRM.

40 Volgens advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona is een uitvaardigende rechterlijke autoriteit bevoegd om een EAB uit te vaardigen voor zover een beroep in rechte mogelijk is: conclusie van 25 juni 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:494, punt 53 (*Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*). Onduidelijk is welke gevolgen de vaststelling dat de mogelijkheid van een beroep in rechte ontbreekt, heeft voor de beslissing van de uitvoerende rechterlijke autoriteit. Zie over de gevolgen van het ontbreken van een beroep in rechte voor de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat nadat de betrokkene is overgeleverd: HvJ EU 13 januari 2021, C-414/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:4, punt 59 e.v. (*MM*).

autoriteiten die deelnemen aan de strafrechtsbedeling in een lidstaat.

Wat betreft de *effectieve rechterlijke bescherming* eist het Hof van Justitie de mogelijkheid van toetsing door een *rechter* van een beslissing over de uitvaardiging/tenuitvoerlegging van een EAB die is genomen door een andere autoriteit die deelneemt aan de strafrechtsbedeling. De toetsing door die andere autoriteit zelf is dus op zichzelf niet voldoende om de procedure tot uitvaardiging/tenuitvoerlegging van een EAB te laten voldoen aan de eisen van een effectieve rechterlijke bescherming (zie ook paragraaf 2 en paragraaf 6).

Wat betreft de *onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht* eist het Hof van Justitie voor *andere autoriteiten die deelnemen aan de strafrechtsbedeling* het bestaan van nationale statutaire en organisatorische voorschriften die waarborgen dat deze autoriteiten bij de beslissing over de uitvaardiging of tenuitvoerlegging van een EAB geen enkel risico lopen om te worden onderworpen aan met name een individuele instructie vanwege de uitvoerende macht.<sup>41</sup> Het Unierecht eist immers niet dat een OM onafhankelijk is ten opzichte van de uitvoerende macht, maar slechts dat, wanneer een lidstaat zijn OM aanwijst als ‘rechterlijke autoriteit’ in de zin van Kaderbesluit 2002/584/JBZ, die autoriteit voor wat betreft de uitoefening van de inherent aan de uitvaardiging of tenuitvoerlegging van een EAB verbonden taken onafhankelijk is ten opzichte van de uitvoerende macht. Het enkele bestaan van een nationale wettelijke regeling die de Minister van Justitie de bevoegdheid geeft om individuele instructies te geven aan het OM, zelfs als de toepassing daarvan zeldzaam is – zoals in Duitsland<sup>42</sup> – of al tientallen jaren niet meer is voorgekomen – zoals in Nederland<sup>43</sup> –, is al voldoende om de hoedanigheid van ‘rechterlijke autoriteit’ te ontzeggen aan dat OM. In het kader van de rechtspraak over de gevolgen van structurele of fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Polen voor de tenuitvoerlegging van Poolse EAB’s maakt het Hof in het arrest *Openbaar Ministerie (Onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit)* in dit opzicht een onderscheid. *Rechters* handelen volgens het Hof namelijk ‘naar hun aard in volledige onafhankelijkheid van de uitvoerende macht’.<sup>44</sup> Voor rechters sluit het Unierechtelijke vereiste van onafhankelijkheid van rechterlijke instanties uit dat deze autoriteiten ‘onderworpen zijn aan een hiërarchisch verband of aan wie dan ook ondergeschikt zijn, of dat zij van waar dan ook bevelen of instructies ontvangen’.<sup>45</sup> Een nationale ‘wettelijke ondergeschiktheid’ van rechters aan de uitvoerende macht, waardoor rechters het risico

zouden lopen om in een individueel geval te worden aangestuurd door of instructies te ontvangen van de uitvoerende macht in het kader van de uitoefening van de inherent aan de uitvaardiging of tenuitvoerlegging van een EAB verbonden taken, zou dus in strijd zijn met het Unierecht. Het Hof verbindt daaraan de conclusie dat structurele of fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de uitvaardigende lidstaat (*in casu* Polen), ‘hoe ernstig zij ook zijn’, niet volstaan om de hoedanigheid van ‘rechterlijke autoriteit’ te ontzeggen aan elke rechterlijke instantie van die lidstaat.<sup>46</sup>

Die gebreken bestaan overigens voor een groot deel uit nationale wettelijke maatregelen die wel degelijk een risico van aansturing vanwege de uitvoerende macht creëren, zij het op een minder directe wijze dan een ‘wettelijke ondergeschiktheid’, bijvoorbeeld via (invloed op) de uitoefening van de tuchtrechtspraak.<sup>47</sup> Zolang een lidstaat niet zo ver over de rechtsstatelijke schreef gaat dat hij zijn rechters onderwerpt aan een directe ‘wettelijke ondergeschiktheid’, lijkt het echter niet mogelijk om aan rechters van die lidstaat de hoedanigheid van ‘rechterlijke autoriteit’ in de zin van Kaderbesluit 2002/584/JBZ te ontzeggen uitsluitend op grond van gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht, ook als die gebreken een risico van indirecte aansturing of beïnvloeding door of vanwege de uitvoerende macht in het leven roepen.

Kortom, waar het Hof van Justitie ten aanzien van een *andere autoriteit* die deelneemt aan de strafrechtsbedeling eist dat nationale voorschriften elk risico van individuele aansturing uitsluiten, gaat het ten aanzien van een *rechter* uit van een schijnbaar onweerlegbaar vermoeden dat een dergelijke autoriteit onafhankelijk is, omdat rechters naar hun aard onafhankelijk zijn en op grond van het Unierecht onafhankelijk moeten zijn. Het eerste argument is een *petitio principii* (wanneer er bewijzen zijn van structurele of fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de uitvaardigende lidstaat is het immers juist de vraag of die rechter daadwerkelijk onafhankelijk is) en het tweede argument is een *non sequitur* (uit een ‘Sollen’ kan men geen ‘Sein’ afleiden). Het onderscheid tussen rechters en andere autoriteiten die deelnemen aan de strafrechtsbedeling is – begrijpelijkerwijs – ingegeven door de wens om het overleveringsverkeer met Polen te handhaven en om Poolse rechters niet de mogelijkheid van het stellen van

41 Zie bijv. HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, punt 74 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*).

42 HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, punt 78 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*).

43 Europese Commissie, *Verslag over de rechtsstaat 2020. Landenhoofdstuk over Nederland*, SWD(2020) 318 def., p. 5.

44 HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, punt 41 (*Openbaar Ministerie (Onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit)*).

45 HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, punt 49 (*Openbaar Ministerie (Onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit)*).

46 HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, punt 50 (*Openbaar Ministerie (Onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit)*).

47 Vgl. HvJ EU 8 april 2020, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277, punten 89-90 (*Commissie/Polen*).



prejudiciële vragen te ontnemen<sup>48</sup> (bijvoorbeeld over maatregelen die hun onafhankelijkheid in gevaar brengen). Niettemin kan dit onderscheid, bij het bestaan van structurele of fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, afbreuk doen aan het vertrouwen in de (beslissingen van de) ‘rechterlijke autoriteit’, welk vertrouwen juist zou moeten worden ge- en bevestigd door de ‘rechterlijke aard’ van die autoriteit (zie paragraaf 2).

## 6. Het arrest en het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming

### 6.1. Effectieve rechterlijke bescherming en beroep op een rechter

Met het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* is weer een stukje van de puzzel van de betekenis van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming voor het EAB gelegd. Dat beginsel is een algemeen beginsel van Unierecht, dat voortvloeit uit de art. 6 en 13 EVRM en dat is neergelegd in art. 47 Handvest.<sup>49</sup>

Sinds de arresten *OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)* en *PF (Procureur-generaal van Litouwen)* weten we dat de lidstaten *verplicht* zijn om te voorzien in de mogelijkheid van een ‘beroep in rechte dat volledig voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit een effectieve rechterlijke bescherming’ tegen de beslissing tot *uitvaardiging* van een EAB die is genomen door een autoriteit die deelneemt aan de strafrechtsbedeling maar die geen rechter is, zoals het OM.<sup>50</sup> Een rechtsstelsel waarin de voorwaarden voor uitvaardiging van een dergelijk (vervolgings-)EAB en de evenredigheid daarvan door een rechter van die lidstaat kan worden getoetst,<sup>51</sup> voorafgaand aan of vrijwel gelijktijdig met die uitvaardiging en hoe dan ook na de uitvaardiging (naar gelang van het geval vóór of na de feitelijke overlevering), voldoet aan die verplichting.<sup>52</sup>

In het arrest *Jeremy F.* oordeelde het Hof van Justitie echter dat de regeling van de overleveringsprocedure in Kaderbesluit 2002/584/JBZ *op zichzelf* al voldoet aan de eisen van art. 47 Handvest. De hele overleveringsprocedure – van uitvaardiging tot en met tenuitvoerlegging –

vindt immers plaats onder rechterlijk toezicht. Daarom verplicht Kaderbesluit 2002/584/JBZ de lidstaten niet om te voorzien in een beroep met opschortende werking tegen de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB of tegen de beslissing over het verlenen van toestemming, maar dat kaderbesluit staat evenmin in de weg aan het openstellen van een dergelijk beroep, mits de definitieve beslissing wordt genomen binnen de beslistermijnen van art. 17 Kaderbesluit 2002/584/JBZ.<sup>53</sup>

Met het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* weten we nu dat de lidstaten *verplicht* zijn om te voorzien in de mogelijkheid van een effectief beroep tegen een beslissing over de *tenuitvoerlegging* van een EAB die is genomen door een autoriteit die deelneemt aan de strafrechtsbedeling, maar die geen rechter is. Die verplichting vloeit voort uit de eis dat een dergelijke niet-rechter zijn taken uitoefent ‘in het kader van een procedure die voldoet aan de uit een effectieve rechterlijke bescherming voortvloeiende vereisten’ (punt 54).

Hoe valt deze verplichting nu te rijmen met het arrest *Jeremy F.*? In die zaak vormde een door een *rechter* – namelijk de raadkamer van het *Cour d’appel de Bordeaux* – genomen beslissing tot het verlenen van toestemming de aanleiding voor de prejudiciële verwijzing. De vraag of een niet-rechter een ‘rechterlijke autoriteit’ in de zin van Kaderbesluit 2002/584/JBZ zou kunnen zijn, kwam pas drie jaar na het arrest *Jeremy F.* aan de orde (in de arresten *Kovalkovas* en *Poltorak*) en de vraag of een magistraat van het OM een ‘rechterlijke autoriteit’ zou kunnen zijn pas zes jaar na dat arrest (in de arresten *OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)* en *PF (Procureur-generaal van Litouwen)*). De verplichting tot het openstellen van een effectief beroep is, evenals de verplichting tot het openstellen van een beroep in rechte, het gevolg van ‘s Hof’s uitleg dat, onder omstandigheden, een niet-rechter een ‘rechterlijke autoriteit’ kan zijn. Om te kunnen volhouden dat de overleveringsprocedure zoals geregeld in Kaderbesluit 2002/584/JBZ van begin tot eind al voldoet aan de eisen van art. 47 Handvest, dus aan de eisen van een effectieve rechterlijke bescherming, moest het Hof die verplichtingen wel introduceren. De huidige betekenis van het arrest *Jeremy F.* is dan ook dat, *buiten de gevallen* waarin de in Kaderbesluit 2002/584/JBZ opgenomen regeling de lidstaten dwingt om te voorzien in een effectief beroep – kortom: buiten

48 HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, punten 43-44 (*Openbaar Ministerie (Onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit)*).

49 HvJ EU 29 juli 2019, C-680/17, ECLI:EU:C:2019:627, punt 80 (*Vethanayagam e.a.*). Zie over recente ontwikkelingen met betrekking tot dit beginsel S. Prechal, ‘Effective Judicial Protection: some recent developments – moving to the essence’, *Review of European Administrative Law* 2020, afl. 2, p. 175-190.

50 HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, punt 75 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*); HvJ EU 27 mei 2019, C-509/18, ECLI:EU:C:2019:457, punt 53 (*PF (Procureur-generaal van Litouwen)*).

51 HvJ EU 12 december 2019, C-566/19 PPU en C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077, punt 74 (*Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg en Openbaar Ministerie (Officiëren van justitie van Lyon en van Tours)*); HvJ EU 12 december 2019, C-625/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1078, punt 56 (*Openbaar Ministerie (Openbaar ministerie van Zweden)*).

52 HvJ EU 12 december 2019, C-566/19 PPU en C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077, punten 70-71 (*Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg en Openbaar Ministerie (Officiëren van justitie van Lyon en van Tours)*); HvJ EU 12 december 2019, C-625/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1078, punten 52-53 (*Openbaar Ministerie (Openbaar ministerie van Zweden)*); HvJ EU 21 januari 2020, C-813/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:31, punt 52 (*MN*); HvJ EU 13 januari 2021, C-414/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:4, punt 69 (*MM*); HvJ EU 28 januari 2021, C-649/19, ECLI:EU:C:2021:75, punt 79 (*Spetsializirana prokuratura (Verklaring van rechten)*). In geval van een vervolgings-EAB moet echter hetzij de nationale rechterlijke beslissing hetzij EAB uitgevaardigd zijn door of onderworpen kunnen worden aan een *rechterlijke* toetsing *vóór de feitelijke overlevering*: HvJ EU 10 maart 2021, C-648/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:187, punten 42-48 (*Svishtov Regional Prosecutor’s Office*).

53 HvJ EU 30 mei 2013, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358, punten 37-49 (*Jeremy F.*).

de gevallen waarin een *niet-rechter* de bevoegde rechterlijke autoriteit is –, de lidstaten *niet* verplicht zijn om te voorzien in een beroep tegen de beslissing tot tenuitvoerlegging van een EAB en de beslissing tot het verlenen van toestemming en dat, als de lidstaten dat toch doen, zij daarbij de beslistermijn van negentig dagen in acht moeten nemen.

Waar het arrest *OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)* spreekt van een ‘beroep in rechte dat volledig voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit een effectieve rechterlijke bescherming’,<sup>54</sup> heeft het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* het over de taakuitoefening ‘in het kader van een procedure die voldoet aan de uit een effectieve rechterlijke bescherming voortvloeiende vereisten, wat impliceert dat in die lidstaat effectief beroep kan worden ingesteld (...)’ (punt 54). Is een dergelijk ‘effectief beroep’ iets anders dan een ‘beroep in rechte’? Meer nog dan de beslissing tot uitvaardiging van een EAB, kan een beslissing tot tenuitvoerlegging van een EAB de vrijheid van de betrokkene aantasten: de eerste beslissing *kan* leiden tot aanhouding en overlevering, terwijl de tweede beslissing *zal* leiden tot aanhouding en overlevering. Daarbij komt dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit onder omstandigheden moet nagaan of, in geval van tenuitvoerlegging van het EAB, andere grondrechten van de betrokkene dan het recht op vrijheid dreigen te worden geschonden<sup>55</sup> of al zijn geschonden in de uitvaardigende lidstaat.<sup>56</sup> Deze argumenten vormen een stevig fundament voor de opvatting dat het ‘effectieve beroep’ (ten minste) eenzelfde niveau van rechterlijke bescherming vereist als het ‘beroep in rechte’.<sup>57</sup>

## 6.2. Effectieve rechterlijke bescherming en executie-EAB's

In geval van de *uitvaardiging* van een *executie-EAB* door een autoriteit die geen rechter is maar die deelneemt aan de strafrechtsbedeling in de uitvaardigende lidstaat is het niet vereist dat de beslissing tot uitvaardiging en de evenredigheid ervan moeten kunnen worden onderworpen aan een *afzonderlijk* beroep in rechte.<sup>58</sup> Het Hof van Justitie geeft de lidstaten een beoordelingsmarge bij het vormgeven van de effectieve rechterlijke bescherming.<sup>59</sup> het openstellen van een afzonderlijk recht op beroep is

maar een van de mogelijkheden.<sup>60</sup> Bij de uitvaardiging van een *executie-EAB* is het beroep in rechte echter al *geïncorporeerd* in de rechterlijke procedure in de uitvaardigende lidstaat die tot het voor tenuitvoerlegging vatbare veroordelende vonnis heeft geleid. Die procedure komt tegemoet aan de behoefte aan rechterlijke bescherming. Bovendien vloeit de evenredigheid van de beslissing tot uitvaardiging van een *executie-EAB* al voort uit de opgelegde straf, die ten minste vier maanden moet bedragen (art. 2 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ).<sup>61</sup>

Een soortgelijke redenering gaat mijns inziens niet op voor de beslissing tot *tenuitvoerlegging* van een *executie-EAB*. Ook bij de beslissing over de tenuitvoerlegging van een *executie-EAB* kunnen andere grondrechten van de opgeëiste persoon dan het grondrecht op vrijheid in het geding zijn – denk aan de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat en aan verstekvonnissen (art. 4 bis Kaderbesluit 2002/584/JBZ) –, zodat effectieve rechterlijke bescherming in de *uitvoerende* lidstaat zeker niet overbodig kan worden geacht. In elk geval komt de procedure die in de *uitvaardigende* lidstaat tot de veroordeling heeft geleid niet tegemoet aan de behoefte aan die bescherming. In die procedure zal de strafrechter bijvoorbeeld niet hebben nagegaan of de betrokkene in geval van overlevering een reëel gevaar loopt om te worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat dan wel of de verstekprocedure voldoet aan de voorwaarden van art. 4 bis Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Daarom moet naar mijn mening ook tegen de beslissing tot tenuitvoerlegging van een *executie-EAB* die is genomen door een niet-rechter die deelneemt aan de strafrechtsbedeling een effectief beroep in de uitvoerende lidstaat openstaan (punt 55), zij het dat de lidstaten bij het vormgeven van dat beroep een ruime beoordelingsmarge hebben.

## 6.3. Effectieve rechterlijke bescherming en het verlenen van toestemming

Geldt de eis van een effectief beroep ook, wanneer een niet-rechter een beslissing tot het verlenen van toestemming neemt? Als deze eis behoort tot de voorwaarden voor een niet-rechter om te kunnen worden aangemerkt als uitvoerende rechterlijke autoriteit, dan geldt hij inderdaad ook in het kader van de beslissing over het verlenen

54 HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, punt 75 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*).

55 HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, punt 88 (*Aranyosi en Căldăraru*); HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, punt 60 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

56 HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, punt 68 (*Openbaar Ministerie (Onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit)*).

57 In de arresten over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ verduidelijkt het Hof dat het doel van het ‘beroep in rechte’ is om te verzekeren dat de toetsing wordt verricht ‘in het kader van een procedure waarin wordt voldaan aan de uit een effectieve rechterlijke bescherming voortvloeiende vereisten’ (HvJ EU 12 december 2019, C-566/19 PPU en C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077, punt 63 (*Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg en Openbaar Ministerie (Officier van justitie van Lyon en van Tours)*); HvJ EU 12 december 2019, C-625/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1078, punt 42 (*Openbaar Ministerie (Openbaar ministerie van Zweden)*)). Deze zinsnede komt vrijwel letterlijk voor in punt 54 van het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*, in welke overweging de eis van een effectief beroep wordt afgeleid uit die vereisten.

58 HvJ EU 12 december 2019, C-627/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1079, punt 39 (*Openbaar Ministerie (Procureur des Konings te Brussel)*).

59 HvJ EU 13 januari 2021, C-414/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:4, punt 70 (MM).

60 HvJ EU 12 december 2019, C-566/19 PPU en C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077, punt 65 (*Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg en Openbaar Ministerie (Officiëren van justitie van Lyon en van Tours)*); HvJ EU 12 december 2019, C-625/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1078, punt 44 (*Openbaar Ministerie (Openbaar ministerie van Zweden)*); HvJ EU 13 januari 2021, C-414/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:4, punt 68 (MM).

61 HvJ EU 12 december 2019, C-627/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1079, punten 35-39 (*Openbaar Ministerie (Procureur des Konings te Brussel)*).

van toestemming. Die beslissing moet immers worden genomen door een uitvoerende rechterlijke autoriteit. Nu overweegt het Hof in zijn rechtspraak over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ dat de eis van een beroep in rechte – die evenals de eis van een effectief beroep voortvloeit uit de vereisten van een effectieve rechterlijke bescherming – niet behoort tot de voorwaarden om als uitvaardigende rechterlijke autoriteit te kunnen worden aangemerkt. Deze eis heeft namelijk betrekking op de procedure, niet op de statutaire en organisatorische voorschriften over de onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht (*Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*), punt 46). Omdat het Hof de componenten van de rechtspraak over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ – waaronder de vereiste statutaire en organisatorische voorschriften die de onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht waarborgen – heeft overgedragen op het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ (punt 54 jo. punt 44), lijkt het niet waarschijnlijk dat het Hof de eis van een effectief beroep beschouwt als een voorwaarde om als uitvoerende rechterlijke autoriteit te kunnen worden aangemerkt.

Niettemin kan men op goede gronden betogen dat ook tegen een beslissing tot het verlenen van toestemming die is genomen door een niet-rechter die deelneemt aan de strafrechtsbedeling een effectief beroep moet kunnen worden ingesteld. Het beslissen over het verlenen van toestemming maakt onderdeel uit van de ‘taken die inherent zijn aan de tenuitvoerlegging van een [EAB]’ (punt 56). Alleen de uitvoerende rechterlijke autoriteit ‘die de gezochte persoon overgeleverd heeft’ – die dus het EAB ten uitvoer heeft gelegd – is immers bevoegd om te beslissen over de verlening van toestemming. Die inherent aan de tenuitvoerlegging van een EAB verbonden taken moeten volgens punten 54 en 56 van het arrest worden uitgeoefend in het kader van een procedure die voldoet aan de uit een effectieve rechterlijke bescherming voortvloeiende vereisten, wat volgens punt 54 van het arrest de mogelijkheid van een effectief beroep tegen de bewuste beslissing impliceert. Daarbij komt dat een beslissing tot het verlenen van toestemming, evenals de beslissing tot tenuitvoerlegging van een EAB, de vrijheid van de betrokkene kan aantasten, omdat zij een ander strafbaar feit betreft dan waarvoor is overgeleverd en dus in de uitvaardigende lidstaat tot een zwaardere veroordeling kan leiden (punt 62). De potentiële aantasting van de vrijheid van de betrokkene is één van de drie argumenten voor de overdracht van de componenten van de rechtspraak over het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ op het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ (punt 51).<sup>62</sup>

Het Hof van Justitie besteedt geen aandacht aan het recht van de betrokkene om te worden gehoord in het kader van een beslissing over het verlenen van toestemming. De prejudiciële vragen die daarop betrekking hadden,

werden niet beantwoord, omdat deze vragen uitgingen van de premisse dat de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam een uitvoerende rechterlijke autoriteit is. Kaderbesluit 2002/584/JBZ zwijgt over het recht van de betrokkene om te worden gehoord over het verlenen van toestemming, terwijl het aan de betrokkene wel een recht toekent om te worden gehoord over de tenuitvoerlegging van het EAB (art. 14 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona wijst erop dat de rechten van de verdediging deel uitmaken van het recht op effectieve rechterlijke bescherming. Die rechten van de verdediging zouden kunnen worden geëerbiedigd hetzij door het houden van een hoorzitting in de uitvoerende lidstaat hetzij door de betrokkene de mogelijkheid te bieden om zich te verzetten tegen toestemming bij de uitvaardigende rechterlijke autoriteit, voordat deze autoriteit het verzoek indient.<sup>63</sup> Omdat de betrokkene zich niet in de uitvoerende lidstaat bevindt – hij is immers al overgeleverd aan de uitvaardigende lidstaat – en omdat de *definitieve* beslissing over de toestemming binnen dertig dagen na de ontvangst van het daartoe strekkende verzoek moet worden genomen (art. 27 lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ), lijkt de tweede optie het meest efficiënt. Het horen van de betrokkene door de *uitvaardigende* rechterlijke autoriteit over een verzoek om toestemming voordat het verzoek wordt ingediend, doet de beslistermijn nog niet ingaan. Wanneer de eventuele bezwaren van de betrokkene tegen het verlenen van toestemming samen met het verzoek om toestemming ter kennis van de uitvoerende lidstaat worden gebracht, kunnen de uitvoerende rechterlijke autoriteit en, in voorkomend geval, de rechter die oordeelt over een effectief beroep daarmee rekening houden bij hun beslissingen. Een dergelijke handelwijze is bekend uit het uitleveringsrecht (zie art. 14 lid 1 onder a Europees Verdrag betreffende uitlevering).

#### 6.4. Effectieve rechterlijke bescherming en prejudiciële verwijzingen

Hoewel de verantwoordelijkheid voor het naleven van grondrechten primair bij de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat ligt,<sup>64</sup> rust ook op de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat de verplichting om het Handvest te eerbiedigen, wanneer zij de nationale wetgeving ter omzetting van Kaderbesluit 2002/584/JBZ toepassen en dus het Unierecht ten uitvoer brengen.<sup>65</sup> Voor de naleving van die verplichting kan het in een concreet geval nodig zijn om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van

62 Vgl. HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, punt 68 (*OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau)*). Ook advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona is van mening dat een rechtsmiddel moet openstaan tegen een beslissing tot het verlenen van toestemming die is genomen door een lid van het OM: conclusie van 25 juni 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:494, punten 79-82 (*Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*).

63 Conclusie van 25 juni 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:494, punten 84-90 (*Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*).

64 Zie bijv. HvJ EU 23 januari 2018, C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27, punt 50 (*Piotrowski*).

65 Zie bijv. HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, punt 84 (*Aranyosi en Căldărău*).

Justitie.<sup>66</sup> In dit verband stelt de eis van de mogelijkheid van een effectief beroep buiten twijfel dat, ook wanneer de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB is genomen door een niet-rechter, zoals een lid van het OM, in de uitvoerende lidstaat steeds een ‘rechterlijke instantie’ in de zin van art. 267 VWEU voorhanden is die in voorkomend geval een prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof van Justitie. Die instantie is namelijk de rechter die in het kader van dat effectieve beroep de beslissing van de parketmagistraat toetst.<sup>67</sup>

## 7. Het arrest en het recht op vrijheid

De tenuitvoerlegging van een EAB kan de vrijheid van de opgeëiste persoon aantasten en kan dus een beperking van art. 6 Handvest opleveren. Deze bepaling correspondeert met art. 5 EVRM.<sup>68</sup> Specifiek in de context van overlevering komt art. 6 Handvest overeen met art. 5 lid 1 onder f EVRM (aanhouding of detentie van een persoon waartegen een ‘uitleveringsprocedure hangende is’).<sup>69</sup> De overleveringsprocedure in de uitvoerende lidstaat is geen strafprocedure. Een aanhouding in de uitvoerende lidstaat op grond van een EAB valt daarom niet onder het bereik van art. 5 lid 1 onder c EVRM (aanhouding of detentie in geval van een redelijke verdenking van een strafbaar feit) noch onder het bereik van art. 5 lid 3 EVRM (de verplichte voorgeleiding aan een rechter of aan ‘een andere magistraat die door de wet bevoegd verklaard is rechterlijke macht uit te oefenen’ van een op grond van art. 5 lid 1 onder c EVRM bedoelde persoon).<sup>70</sup> Op een aangehouden opgeëiste persoon is wel art. 5 lid 4 EVRM van toepassing (het recht van een aangehouden of gedetineerde persoon om ‘bij het gerecht’ om invrijheidstelling te verzoeken). Deze *habeas corpus*-regeling is een *lex specialis* van het recht op effectieve rechterlijke bescherming als bedoeld in art. 13 EVRM en art. 47 Handvest.<sup>71</sup> Nu overeenkomstig art. 12 Kaderbesluit 2002/584/JBZ de uitvoerende rechterlijke autoriteit beslist of de aangehouden opgeëiste persoon ‘in hechtenis blijft overeenkomstig het recht van de uitvoerende lidstaat’ en nu deze bepaling grondrechtenconform moet worden uitgelegd,<sup>72</sup> moet die autoriteit zelf een ‘gerecht’ in de zin van art. 5 lid 4 EVRM zijn of moet tegen haar beslissing kunnen worden opgekomen bij een dergelijk ‘gerecht’.

Het begrip ‘gerecht’ als bedoeld in art. 5 lid 4 EVRM is een autonoom begrip, dat niet uitsluitend ziet op het klassieke concept van een gerecht.<sup>73</sup> Dat begrip moet op dezelfde wijze worden uitgelegd als het begrip ‘gerecht’ in de zin van art. 6 lid 1 EVRM en vereist dus onder meer dat de betrokken instantie onafhankelijk en onpartijdig is.<sup>74</sup> Het Straatsburgse Hof heeft geoordeeld dat magistraten van het OM die allereerst ondergeschikt zijn aan het hoofd van het OM en vervolgens aan de Minister van Justitie niet de vereiste onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht hebben en dus niet kunnen kwalificeren als een ‘gerecht’ (in de zin van art. 6 lid 1 EVRM).<sup>75</sup> Daarmee is echter niet zonder meer gezegd dat een magistraat van het OM die ondergeschikt is aan het hoofd van het OM, maar niet – ook niet via het hoofd van het OM – aan de Minister van Justitie, niet een ‘gerecht’ zou kunnen opleveren. Men zou deze rechtspraak zo kunnen opvatten, dat de crux zit in de omstandigheid dat zowel de magistraat van het OM als het hoofd van het OM aan de instructies van de Minister van Justitie zijn onderworpen. Zo bezien, strookt deze rechtspraak met de Straatsburgse rechtspraak over het begrip ‘een andere magistraat die door de wet bevoegd verklaard is rechterlijke macht uit te oefenen’ als bedoeld in art. 5 lid 3 EVRM. Die andere magistraat moet onafhankelijk zijn ten opzichte van de uitvoerende macht en de partijen, maar de eis van onafhankelijkheid sluit niet uit dat die autoriteit enigermate ondergeschikt is aan ‘other judges or officers *provided that they themselves enjoy similar independence*’.<sup>76</sup> Bij deze lezing zou de uitleg die het Hof aan het begrip ‘rechterlijke autoriteit’ geeft niet wezenlijk verschillen van de uitleg die het EHRM geeft aan het begrip ‘gerecht’. Volgens het Hof van Justitie verbiedt het vereiste van onafhankelijkheid namelijk niet dat een magistraat van het OM op grond van de ‘ondergeschiktheidsband die de werking van het openbaar ministerie beheerst’ gebonden is aan *interne* instructies die zijn gegeven door zijn meerderen *die zelf parketmagistraat zijn*, omdat dit vereiste van onafhankelijkheid alleen uitsluit dat ‘van *buiten de rechterlijke macht* afkomstige instructies

66 Vgl. HvJ EU 25 juli 2018, C-268/17, ECLI:EU:C:2018:602, punten 28-29 (AY (*Aanhoudingsbevel – getuige*)).

67 Advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona heeft erop gewezen dat het aanmerken van het OM als een (uitvaardigende) ‘rechterlijke autoriteit’ niet betekent dat het OM prejudiciële vragen kan stellen, omdat het OM, anders dan een ‘rechterlijke instantie’, niet tot taak heeft om een bij hem aanhangig geding te beslechten: conclusie van 19 oktober 2016, C-453/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:783, punt 62 (*Özçelik*). Zie ook A. Rosanò, ‘If You Are a Judicial Authority and You Know It, Raise Your Hands – Case Note on C-452/16 PPU, Poltorak, C-453/16 PPU, Özçelik, C-477/16 PPU, Kovalkovas’, *European Criminal Law Review* 2017, afl. 1, p. 96-97.

68 HvJ EU 12 februari 2019, C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108, punt 57 (*TC*).

69 HvJ EU 16 juli 2015, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, punten 56-57 (*Lanigan*).

70 Zie bijv. EHRM 17 september 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0917JUD006277514, § 143 (*Mirgadirov/Azerbeidzjan en Turkije*). Zie ook HvJ EU 28 januari 2021, C-649/19, ECLI:EU:C:2021:75, punt 55 (*Spetsializirana prokuratura (Verklaring van rechten)*).

71 HvJ EU 30 mei 2013, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358, punt 43 (*Jeremy F.*).

72 HvJ EU 16 juli 2015, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, punt 54 (*Lanigan*).

73 Zie bijv. EHRM 6 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1106JUD007401201, § 56 (*Gavril Yosifov/Bulgarije*).

74 EHRM 3 maart 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0303JUD006644817, § 266-267 (*Baş/Turkije*).

75 EHRM 22 mei 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0522JUD002705395, § 40-41 (*Vasilescu/Roemenië*). Zie ook EHRM 3 juni 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0603JUD003334396, § 238 (*Pantea/Roemenië*).

76 EHRM 4 december 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1204JUD000771076, § 31 (*Schiesser/Zwitserland*) (cursivering toegevoegd).

worden gegeven, met name afkomstig van de *uitvoerende macht*.<sup>77</sup> Het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ omvat daarom ook magistraten van het OM die ‘onder leiding en toezicht staan van hun hiërarchieke meerderen’, mits in het kader van de uitvaardiging van een EAB hun onafhankelijkheid, met name ten opzichte van de *uitvoerende macht*, is gewaarborgd.<sup>78</sup>

Toch kan men betogen dat ook *interne* onafhankelijkheid – dat wil zeggen onafhankelijkheid binnen de eigen organisatie ten opzichte van meerderen – een onderdeel is van de voor een ‘gerecht’ vereiste onafhankelijkheid. Volgens de rechtspraak van het EHRM moeten *rechters* immers vrij zijn van ‘directives or pressures from the fellow judges or those who have administrative responsibilities in the court such as the president of the court or the president of a division in the court’. De afwezigheid van voldoende waarborgen voor de onafhankelijkheid van rechters met name ten opzichte van hun ‘judicial superiors’ kan ertoe leiden dat het EHRM twijfels over de onafhankelijkheid van een ‘gerecht’ objectief gerechtvaardigd acht.<sup>79</sup> Natuurlijk is het zo dat de ondergeschiktheidsband de werking van het OM beheerst (zie hiervoor), maar dit gegeven kan mijn inziens niet rechtvaardigen dat *in het kader van de vraag of sprake is van een ‘gerecht’* aan magistraten van het OM een andere, minder strenge onafhankelijkheidseis zou worden gesteld dan aan rechters. In dit verband is niet onbelangrijk dat volgens het Straatsburgse Hof zelf het begrip ‘gerecht’ juist strengere eisen veronderstelt dan het begrip ‘een andere magistraat die door de wet bevoegd verklaard is rechterlijke macht uit te oefenen’.<sup>80</sup>

Het is daarom op zijn minst een pleitbaar standpunt dat de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan het begrip ‘rechterlijke autoriteit’ op het punt van de (interne) onafhankelijkheid afwijkt van de uitleg die het EHRM geeft aan het begrip ‘gerecht’. Die opvatting brengt mee dat een magistraat van het OM die voldoet aan de voor een ‘rechterlijke autoriteit’ vereiste onafhankelijkheid niet noodzakelijkerwijs ook voldoet aan de voor een ‘gerecht’ vereiste onafhankelijkheid. Dat is echter niet problematisch, zolang een beslissing van een dergelijke magistraat die het recht op vrijheid aantast, kan worden onderworpen aan een toetsing door een ‘gerecht’, bijvoorbeeld in het kader van een ‘effectief beroep’ (zie paragraaf 6).

## 8. Gevolgen van het arrest voor Nederland

### 8.1. Kaderbesluitconforme uitleg?

Hiervoor is al geconstateerd dat het arrest niet alleen gevolgen moet hebben voor de regeling van het verlenen van toestemming, maar ook voor andere bepalingen van de Overleveringswet die bevoegdheden die Kaderbesluit 2002/584/JBZ opdraagt aan de ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ hebben neergelegd bij de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam. Zolang die officier van justitie onderworpen blijft aan de individuele instructiebevoegdheid van de Minister van Justitie en Veiligheid, kan hij immers niet worden aangemerkt als ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’.

Alle Nederlandse autoriteiten zijn verplicht om de genoemde bepalingen ‘zo veel mogelijk’ kaderbesluitconform uit te leggen.

Wat betreft het verlenen van toestemming rustte deze verplichting vóór 1 april 2021 dus op de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam en, in geval van een kort geding tegen diens beslissing, op de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag.<sup>81</sup> Een uitleg waarbij de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming komt te liggen bij een ‘rechterlijke autoriteit’ in de zin van Kaderbesluit 2002/584/JBZ leek af te stuiten op de bewoordingen van art. 14 lid 3 (oud) OLW (‘De officier van justitie geeft (...) toestemming (...’). Met ingang van 1 april 2021 is die bevoegdheid inderdaad bij een ‘rechterlijke autoriteit’ neergelegd (zie paragraaf 8.2).

Wat betreft de bepalingen inzake de overleveringsprocedure rust de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg op de rechtbank Amsterdam, de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam, de Minister van Justitie en Veiligheid<sup>82</sup> en, in geval van een kort geding tegen een beslissing van de officier van justitie of de minister, bij de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag.<sup>83</sup>

Het Amsterdamse OM stelt zich op het standpunt dat de bepalingen van de Overleveringswet een geheel vormen en dat, nu niet aan alle bepalingen een kaderbesluitconforme uitleg kan worden gegeven, geen van de bepalingen van de Overleveringswet kaderbesluitconform kan worden uitgelegd. De rechtbank Amsterdam heeft deze opvatting verworpen. De verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg is immers in het leven geroepen om de doel-

77 HvJ EU 12 december 2019, C-566/19 PPU en C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077, punt 56 (*Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg en Openbaar Ministerie (Officiëren van justitie van Lyon en Tours)*) (cursivering toegevoegd).

78 HvJ EU 12 december 2019, C-566/19 PPU en C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077, punt 58 (*Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg en Openbaar Ministerie (Officiëren van justitie van Lyon en Tours)*) (cursivering toegevoegd). Kritisch M. Böse, ‘The European Arrest Warrant and the independence of public prosecutors: *OG & PI, PF, JR & YC*’, *Common Market Law Review* 2020, afl. 4, p. 1272-1273 (hierna: Böse 2020); vanwege de mogelijkheid van algemene aanwijzingen van de Minister van Justitie en van aanwijzingen van hiërarchisch meerdere parketmagistraten biedt de eis van onafhankelijkheid geen doeltreffende bescherming van het recht op vrijheid.

79 EHRM 22 december 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002481006, § 86 (*Parlov-Tkalcic/Kroatië*).

80 EHRM 4 december 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1204JUD000771076, § 31 (*Schiesser/Zwitserland*).

81 Zie bijv. Rb. Den Haag 16 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6211.

82 Zie HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, punt 94 (*Popławski II*).

83 Vgl. Rb. Den Haag 10 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10054.

treffendheid van het Unierecht te waarborgen.<sup>84</sup> De ‘en bloc’-benadering van het OM zou evident afbreuk doen aan de doeltreffendheid van Kaderbesluit 2002/584/JBZ, omdat deze benadering ertoe zou leiden dat een kaderbesluitconforme uitleg die niet *contra legem* is toch achterwege zou moeten blijven.<sup>85</sup> Daarom beoordeelt de rechtbank Amsterdam van bepaling tot bepaling of een kaderbesluitconforme uitleg mogelijk is. Zo heeft zij wel een kaderbesluitconforme uitleg kunnen geven aan de bepalingen over de inverzekeringstelling door de officier van justitie en over het regelen van de feitelijke overlevering,<sup>86</sup> maar heeft zij geoordeeld dat een kaderbesluitconforme uitleg van de bepalingen over de voorlopige terbeschikkingstelling van de opgeëiste persoon aan de uitvaardigende lidstaat *contra legem* zou zijn.<sup>87</sup> Tegen beslissingen die in dat kader zijn genomen, kan de opgeëiste persoon alleen opkomen bij de voorzieningenrechter.

## 8.2. Het verlenen van toestemming

Het uitsluiten van de inzet van de ministeriële individuele aanwijzingsbevoegdheid in EAB-zaken of het volledig afschaffen van die bevoegdheid zou meebrengen dat de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam alsnog zou voldoen aan het vereiste van onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht. Van een ‘wettelijke ondergeschiktheid’<sup>88</sup> aan de uitvoerende macht zou dan geen sprake meer zijn. Het inperken of afschaffen van de ministeriële individuele aanwijzingsbevoegdheid is echter een zodanig principiële kwestie,<sup>89</sup> dat de vraag is gerechtvaardigd of men deze maatregel wel moet inzetten om een puur overleveringsrechtelijk probleem op te lossen.<sup>90</sup> Dat is ook min of meer het standpunt van de regering, die voor de korte termijn voor een andere route kiest (zie hierna), maar het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) onderzoek laat doen naar een structurele oplossing, waarbij moet worden getoetst of partiële afschaffing van de aanwijzingsbevoegdheid een mogelijke en haalbare oplossingsrichting is.<sup>91</sup>

De partiële afschaffing van de individuele aanwijzingsbevoegdheid zou overigens een ander probleem in stand laten. De officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam zou dan nog steeds niet de ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit die de gezochte persoon overgeleverd heeft’ zijn waaraan art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit 2002/584/JBZ de bevoegdheid tot het verlenen van toe-

stemming opdraagt. Weliswaar laat het Hof van Justitie de vraag of de rechterlijke autoriteit die de toestemming verleent dezelfde moet zijn als de autoriteit die het EAB ten uitvoer heeft gelegd onbeantwoord (punt 64), maar in de context van de zaak was een antwoord op die vraag niet relevant. De officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam kan immers vanwege de ministeriële individuele aanwijzingsbevoegdheid toch al geen uitvoerende rechterlijke autoriteit zijn. Advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona heeft er terecht op gewezen dat de formulering van art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit 2002/584/JBZ een ontkenkend antwoord op de vraag niet toelaat en dat er ook overigens goede redenen zijn voor de uitleg dat het om een en dezelfde autoriteit moet gaan. De autoriteit die het EAB ten uitvoer heeft gelegd – en die dus op de hoogte is van de bijzonderheden ervan – is het beste in staat om te beoordelen of het EAB moet worden uitgebreid. In het verlengde daarvan zou het inzetten van een andere autoriteit de procedure vertragen, omdat die andere autoriteit niet vertrouwd is met het oorspronkelijke EAB.<sup>92</sup> Zou de wetgever de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming bij de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam laten, dan zou de regeling mogelijk dus nog steeds in strijd met art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit 2002/584/JBZ zijn.

In het kader van de Nederlandse omzettingwetgeving komen daarom alleen twee andere instanties in aanmerking: de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken in de rechtbank Amsterdam, en de rechtbank Amsterdam zelf. Voor de rechter-commissaris geldt hetzelfde als voor de officier van justitie: hij is niet de autoriteit ‘die de gezochte persoon overgeleverd heeft’, zodat uiteindelijk alleen het opdragen van de bevoegdheid aan de rechtbank Amsterdam een veilige keuze lijkt. Deze keuze is ook in het belang van de rechtseenheid en de proceseconomie. Het toetsingskader bij de beslissing over het verlenen van toestemming is gelijk aan het toetsingskader dat geldt voor de beslissing over de tenuitvoerlegging van het EAB. De rechtseenheid kan daarom in het gedrang komen, wanneer een andere autoriteit de beslissing neemt over het verlenen van toestemming dan de autoriteit die de beslissing neemt over de tenuitvoerlegging van het EAB. In een dergelijk geval kan ook de proceseconomie in het gedrang komen. Anders dan de rechter-commissaris is de rechtbank Amsterdam immers vertrouwd met het toepasselijke toetsingskader.

84 HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, punt 56 (*Popławski II*).

85 Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5778.

86 Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5778.

87 Rb. Amsterdam 11 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6231.

88 HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, punt 48 (*Openbaar Ministerie (Onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit)*).

89 Kai Ambos heeft vanuit democratisch oogpunt (het ontbreken van politieke en parlementaire controle) en vanuit rechtsstatelijk oogpunt (verstoring van de ‘equality of arms’ ten nadele van de verdediging) kritiek op een volledig onafhankelijk OM: K. Ambos, ‘The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU’s judgment in OG (C-508/18) and PI (C-82/19 PPU)’, *New Journal of European Criminal Law* 2019, afl. 4, p. 405. Böse 2020, p. 1278, wijst op het risico van misbruik van bevoegdheden.

90 Het Tweede Kamerlid Groothuizen heeft een wetsvoorstel ingediend, waarin wordt voorgesteld om de mogelijkheid van het geven van individuele aanwijzingen te schrappen en om de uitoefening van de bevoegdheden en taken van het OM in een concreet geval zonder ondergeschiktheid aan de Minister van Justitie en Veiligheid te laten plaatsvinden: *Kamerstukken II 2020/21, 35768, nr. 2*.

91 *Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 8*.

92 Conclusie van 25 juni 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:494, punten 57-68 (*Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*).

Desondanks koos de regering aanvankelijk ervoor om, in afwachting van een mogelijke structurele oplossing, voor te stellen de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming op te dragen aan de rechter-commissaris in de rechtbank Amsterdam,<sup>93</sup> een keuze die niet op voorhand ‘Luxemburg-proof’ lijkt en die dus aanleiding kan geven tot verdere, kostbare prejudiciële procedures en wetwijzigingen. Die keuze was ingegeven door redenen van flexibiliteit en eenvoud. De rechter-commissaris zou flexibeler kunnen handelen dan de rechtbank. Omdat de betrokkene al is overgeleverd, zou kunnen worden volstaan met een eenvoudiger procedure dan het overleveringsproces. Ten slotte zocht de regering naar een zekere congruentie met de keuze in 2019 – toen Nederland zich voor de eerste keer stootte aan de steen van de individuele aanwijzingsbevoegdheid – om de bevoegdheid tot uitvaardiging van EAB’s op te dragen aan elke rechter-commissaris.<sup>94</sup> Die redenen kunnen de aanvankelijke keuze niet dragen. De rechtbank kan immers buiten de zitting om – als raadkamer – ook flexibel en volgens een eenvoudige procedure optreden. Dat elke rechter-commissaris nu de bevoegdheid heeft om EAB’s uit te vaardigen, dwingt niet tot het opdragen van de bevoegdheid om toestemming te verlenen aan de rechter-commissaris in de rechtbank Amsterdam. Hoewel de regering niet onder de indruk was van het rechtseenheidsargument – gelet op het relatief kleine aantal verzoeken om toestemming (ongeveer 25-30 per jaar)<sup>95</sup> en op de mogelijkheden van interne communicatie –,<sup>96</sup> was zij wel van mening dat haar keuze niet in alle opzichten de enig denkbare was<sup>97</sup> en erkende zij dat een opdracht van de bevoegdheid aan de rechtbank als voordeel heeft dat deze instantie al vertrouwd is met het dossier.<sup>98</sup> Mede omdat een opdracht van de bevoegdheid aan de rechtbank de voorkeur van de Raad voor de rechtspraak had,<sup>99</sup> liet de regering daarom het oordeel over een amendement dat voorstelde om de bevoegdheid alsnog op te dragen aan de rechtbank Amsterdam<sup>100</sup> aan de Tweede Kamer. Dat amendement is aangenomen. De gewijzigde Overleveringswet kent de bevoegdheid met ingang van 1 april 2021 toe aan de rechtbank Amsterdam (art. 14 lid 1 onder f en lid 3 (nieuw) OLW).

### 8.3. De overige bevoegdheden

Bij de beantwoording van de vraag welke bevoegdheden bij de officier van justitie bij het arrondissementsparket

Amsterdam kunnen blijven en welke bevoegdheden noodzakelijkerwijs aan een andere autoriteit moeten worden opgedragen, heeft de regering aansluiting gezocht bij het criterium van potentiële aantasting van de vrijheid van de opgeëiste persoon, met het gelijktijdige verzoek aan het WODC om onderzoek te doen naar een structurele oplossing. De regering wilde de resultaten van dat onderzoek afwachten alvorens grootschalige wijzigingen aan te brengen in de Overleveringswet en stelde daarom voor om voor de korte termijn alleen de meest noodzakelijke bevoegdheden op te dragen aan een andere autoriteit. Van een potentiële aantasting van de vrijheid is wel sprake bij de beslissing over de tenuitvoerlegging van het EAB, bij de beslissing tot het verlenen van toestemming voor vervolging voor andere feiten, bij de beslissing tot het verlenen van toestemming voor verdere overlevering (ook wel doorlevering genoemd)<sup>101</sup> en bij de beslissing over de verkorte overlevering, maar bijvoorbeeld niet bij de bevoegdheid om aanvullende informatie op te vragen en de bevoegdheden om de betrokkene voorlopig ter beschikking te stellen van de uitvaardigende lidstaat.<sup>102</sup> Wat betreft de beslissing tot het verlenen van toestemming voor doorlevering volgde de regering het spoor van het verlenen van toestemming voor vervolging voor andere feiten: de rechter-commissaris in de rechtbank Amsterdam zou deze bevoegdheid moeten krijgen. Als gevolg van het in paragraaf 8.2 genoemde amendement draagt de gewijzigde Overleveringswet deze bevoegdheid sinds 1 april 2021 ook aan de rechtbank Amsterdam op (art. 14 lid 2 onder c en lid 3 (nieuw) OLW). Om dezelfde redenen die bij het verlenen van toestemming voor vervolging voor andere feiten en voor doorlevering aan haar keuze ten grondslag lagen, stond de regering op het punt van de verkorte overlevering een overdracht van de bevoegdheid aan de rechter-commissaris in de rechtbank Amsterdam voor. Het al eerder genoemde, door de Tweede Kamer aangenomen amendement hield ook op dit punt een overdracht van de bevoegdheid aan de rechtbank Amsterdam in<sup>103</sup> en ook op dit punt kent de gewijzigde Overleveringswet sinds 1 april 2021 de bevoegdheid aan die rechtbank toe (art. 40 lid 1 (nieuw) OLW). Daarvoor pleiten de proceseconomie en de rechtseenheid. De opgeëiste persoon mag namelijk niet worden overgeleverd via de verkorte procedure, wanneer een of meer gespecificeerde weigeringsgronden van toepassing zijn (art. 40 lid 2 onder a (nieuw) OLW). Anders dan de rechter-commissaris, is de rechtbank vertrouwd met dat toetsingskader. Wanneer de beslissin-

93 Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 10.

94 Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 10 en p. 20; Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 11, p. 4; Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 12, p. 1.

95 Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 12.

96 Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 10.

97 Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 11, p. 4.

98 Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 11, p. 4; Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 12, p. 1.

99 Het advies van de Raad voor de rechtspraak kwam tot stand na consultatie van de rechtbank Amsterdam. De auteur was betrokken bij het leveren van input voor dat advies.

100 Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 10.

101 Vergelijkbaar met de werking van het specialiteitsbeginsel, verbiedt art. 28 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ de uitvaardigende lidstaat om de overgeleverde persoon aan een andere lidstaat over te leveren (verder te leveren) wegens enig vóór de eerdere overlevering begaan strafbaar feit, tenzij de uitvoerende rechterlijke autoriteit daartoe toestemming geeft (art. 28 lid 2 en 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ) of een andere uitzondering zich voordoet (art. 28 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ).

102 Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 9-10.

103 Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 10.

gen over de overlevering via de normale procedure en via de verkorte procedure in één hand zijn, dan wordt bovendien het gevaar van uiteenlopende toepassing van die weigeringsgronden vermeden.

Wat betreft de andere aan de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam opgedragen bevoegdheden, vond de regering wetgevend optreden niet noodzakelijk, omdat, zoals gezegd, de uitoefening van die bevoegdheden de vrijheid van de opgeëiste persoon niet kan aantasten. Voor de bevoegdheden in het kader van de feitelijke overlevering geldt dat deze worden uitgeoefend in een stadium van de procedure waarin de rechtbank Amsterdam, zonder enige twijfel een uitvoerende rechterlijke autoriteit, al heeft beslist dat het EAB ten uitvoer moet worden gelegd.<sup>104</sup>

De opvatting van de regering negeert dat Kaderbesluit 2002/584/JBZ dergelijke bevoegdheden desalniettemin uitdrukkelijk aan de ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ toekent, wat in overeenstemming is met het aan dat kaderbesluit ten grondslag liggende uitgangspunt dat de hele overleveringsprocedure voldoet aan de eisen van effectieve rechterlijke bescherming, omdat die procedure onder rechterlijke toezicht wordt uitgevoerd (punt 49). Gelet op het vereiste van coherente uitleg (zie paragraaf 4), ligt het niet voor de hand om aan te nemen dat de definitie van het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ varieert al naar gelang de aan die autoriteit opgedragen bevoegdheid de vrijheid van de opgeëiste persoon kan aantasten. Daarbij komt dat het arrest uitdrukkelijk zegt dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit onafhankelijk moet handelen – en dus niet onderworpen mag zijn aan een ministeriële individuele aanwijzingsbevoegdheid – ‘in de uitoefening van de taken die inherent zijn aan de tenuitvoerlegging van een [EAB]’ (punt 56). Dus niet alleen bij de beslissing over de overlevering (en over het verlenen van toestemming). Verdedigbaar is daarom dat tot die inherente taken ook behoren taken die betrekking hebben op en nauw verbonden zijn met de totstandkoming van die beslissing – zoals het opvragen van aanvullende informatie<sup>105</sup> – en met het effectueren daarvan – zoals de beslissing over de voorlopige terbeschikkingstelling.<sup>106</sup> Overigens neemt de *Minister van Justitie en Veiligheid* de beslissing dat en onder welke voorwaarden een voorlopige terbeschikkingstelling zal plaatsvinden (art. 36 lid 2 OLW). Deze autoriteit behoort tot de uitvoerende macht en kan dus, anders dan een of

ficier van justitie, onder geen enkele omstandigheid een ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’ zijn, maar kan eventueel als ‘centrale autoriteit’ praktische en administratieve bijstand verlenen (zie paragraaf 2). De beslissing over voorlopige terbeschikkingstelling gaat zonder enige twijfel verder dan zulke bijstand.

## 9. Tot slot

Zijn met de inwerkingtreding van de in paragraaf 8 besproken wetswijziging alle stenen opgeruimd waaraan Nederland zich opnieuw zou kunnen stoten?

De met ingang van 1 april 2021 gewijzigde Overleveringswet draagt de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming op aan een autoriteit die zonder enige twijfel kwalificeert als ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit die de gezochte persoon overgeleverd heeft’ in de zin van art. 6 lid 2 en art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Toch blijft het – zeker met het oog op de mogelijk toekomstige structurele oplossingen voor de bevoegdheden die nu aan de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam opgedragen blijven – verontrustend dat de regering niet heeft willen inzien dat haar oorspronkelijke keuze Unierechtelijk riskant was. De keuze voor de rechter-commissaris is volgens haar niet de enig denkbare, maar op grond van letter en geest van art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit 2002/584/JBZ kan men betogen dat de rechtbank Amsterdam en de rechter-commissaris in dit opzicht geen gelijke monniken zijn.

Wat betreft de andere bevoegdheden dan de bevoegdheden in het kader van het verlenen van toestemming en de verkorte procedure is een riskante keuze gemaakt, die in elk geval niet strookt met de letter van Kaderbesluit 2002/584/JBZ en waarvan verdedigbaar is dat deze evenmin in overeenstemming is met de geest van dat kaderbesluit. Daardoor valt te verwachten dat de positie van de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam ook in de toekomst een steen des aanstoets blijft (althans, zolang de individuele ministeriële aanwijzingsbevoegdheid in stand blijft). Het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* is het eerste arrest over de positie van die autoriteit in de procedure tot tenuitvoerlegging van een EAB, maar wellicht niet het laatste.

<sup>104</sup> *Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 10.*

<sup>105</sup> De uitoefening van deze bevoegdheid is een middel ‘waarvan alleen gebruik kan worden gemaakt in de uitzonderlijke gevallen waarin de uitvoerende rechterlijke autoriteit van oordeel is dat zij niet over alle formele gegevens beschikt die noodzakelijk zijn om met spoed een beslissing te nemen over de overlevering (...)’: HvJ EU 23 januari 2018, C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27, punt 61 (*Piotrowski*).

<sup>106</sup> Overigens is het standpunt van de regering innerlijk tegenstrijdig. Ook een beslissing over voorlopige terbeschikkingstelling kan de vrijheid van de betrokkene aantasten: blijft voorlopige terbeschikkingstelling achterwege, dan zal de betrokkene (langer) in Nederlandse detentie verblijven in afwachting van de definitieve terbeschikkingstelling (feitelijke overlevering) en van de berechting in de uitvaardigende lidstaat; vindt een voorlopige terbeschikkingstelling plaats, dan zal de betrokkene in de uitvaardigende lidstaat in detentie worden genomen op grond van het nationale aanhoudingsbevel dat aan het EAB ten grondslag ligt.