

# Artikel

## Het OM uit positie? De institutionele positionering van het Openbaar Ministerie ter discussie

Prof. mr. J.H. (Jan) Crijns, mr. dr. S.M.A. (Sjarai) Lestrade, prof. mr. J.W. (Jannemieke) Ouwerkerk en mr. dr. K.M. (Kelly) Pitcher\*

### 1. Inleiding

De constitutionele en institutionele positie van het Openbaar Ministerie (hierna: OM) is in de jaren negentig van de vorige eeuw hevig bediscussieerd.<sup>1</sup> Enerzijds waren er voorstanders van een zo onafhankelijk mogelijk OM met OM-functionarissen die zoveel mogelijk opereren als waren zij rechter, zonder dat zij kunnen worden aangestuurd door het ministerie van Justitie. Anderzijds waren er voorstanders van een OM dat als 'gewoon' bestuursorgaan fungeert, met weliswaar een speciale strafrechtelijke taak, maar toch zoveel mogelijk onderhevig aan democratische controle en politieke aansturing door de minister van Justitie en Veiligheid. In de gewijzigde Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) is het OM uiteindelijk gepositioneerd als orgaan 'tussen' de rechtsprekende macht en de uitvoerende macht, waarbij de minister een algemene en bijzondere aanwijzingsbevoegdheid heeft (art. 127 en 128 Wet RO).

\* Jan Crijns is hoogleraar straf- en strafprocesrecht en wetenschappelijk directeur bij het Instituut voor Strafrecht & Criminologie aan de Universiteit Leiden en is tevens redacteur van *Boom Strafblad*. Sjarai Lestrade is universitair hoofddocent bij de vaksectie Strafrecht & Criminologie aan de Radboud Universiteit. Jannemieke Ouwerkerk is hoogleraar Europees Strafrecht aan de Universiteit Leiden. Kelly Pitcher is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie voor een schets van deze discussie door de jaren heen onder meer M.E. Verburg, *De minister de baas. Minister van Justitie en Openbaar Ministerie. Grepen uit de historie van de aanwijzingsbevoegdheid*, Den Haag: Sdu uitgeverij 2004. Zie voorts de literatuur genoemd in par. 2.

Inmiddels heeft zich in de praktijk een zeker evenwicht ontwikkeld ten aanzien van deze hybride positie, en is vrij algemeen aanvaard dat de minister zich mag inlaten met het beleid dat het OM voert waardoor democratische controle door het parlement mogelijk is, maar dat hij zich terughoudend opstelt waar het gaat om strafvorderlijke beslissingen in concrete strafzaken, zodat het OM in die context zo onafhankelijk mogelijk te werk kan gaan.<sup>2</sup>

Tegelijkertijd is daarmee de discussie omtrent de positie van het OM niet verstomd. Zeker waar zich veranderingen voordoen in bepaalde taken van het OM, wakkert de discussie bij tijd en wijle weer aan. In dat kader wordt bijvoorbeeld de vraag opgeworpen hoe nieuwe verantwoordelijkheden zich verhouden tot de positionering van het OM en diens institutionele (on)afhankelijkheid.<sup>3</sup> Dit nationale discours over de institutionele positionering van het OM heeft recentelijk een forse impuls gekregen als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie in het kader van de Europese samenwerking. Die jurisprudentie komt er in de kern op neer dat vervolgende autoriteiten die (in potentie) blootstaan aan aansturing door de minister, zichzelf daarmee diskwalificeren als rechterlijke autoriteit, waardoor zij bepaalde beslissingen in de context van de Europees-strafrechtelijke samenwerking niet (meer) kunnen nemen.<sup>4</sup>

2 Zie bijv. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 121.

3 Zie voor diverse voorbeelden par. 3 van deze bijdrage.

4 Zie hierover uitgebreid J.W. Ouwerkerk, S.M.A. Lestrade, K.M. Pitcher, J.H. Crijns & J.M. ten Voorde, *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht. Een verkennende studie naar een toekomstbestendige vormgeving van de rol en de positie van het openbaar*

In dit artikel beogen wij in kaart te brengen op welke taakgebieden zich de laatste jaren ontwikkelingen hebben voorgedaan die raken aan de positionering van het OM of in ieder geval aanleiding hebben gegeven die positionering ter discussie te stellen, om vervolgens de vraag op te werpen wat deze ontwikkelingen en discussies zeggen over de (hybride) positionering van het OM en of deze ertoe nopen deze positionering te heroverwegen. In het navolgende werken wij eerst de huidige positionering van het OM nog wat nader uit (par. 2), om vervolgens een aantal van voornoemde ontwikkelingen op nationaal niveau in kaart te brengen (par. 3). Daarna zullen wij het vizier richten op de ontwikkelingen die zich op Europees niveau hebben voorgedaan, waarbij al op voorhand zij aangetekend dat deze nog in volle gang lijken te zijn (par. 4). In par. 5 zullen wij vervolgens pogen nader te duiden wat de geschetste ontwikkelingen betekenen voor de positionering van het OM en of deze aanleiding geven deze positionering te herijken. Hoewel de discussie als gevolg van de Europese ontwikkelingen breder is, concentreren wij ons in deze bijdrage op het Nederlandse OM.<sup>5</sup>

## 2. De huidige positionering van het OM

De meest recente discussie over de positionering van het OM werd gevoerd in de jaren negentig van de vorige eeuw, voorafgaand aan en in het kader van de reorganisatie van het OM en de daarmee verband houdende wijziging van de Wet RO.<sup>6</sup> Zoals in de inleiding al benoemd, is deze discussie destijds tot een voorlopig einde gekomen door het OM te positioneren tussen de uitvoerende macht en de rechterlijke macht in – of, zo men wil: als orgaan dat deel uitmaakt van zowel de rechterlijke macht als de uitvoerende macht. Dat het OM deel uitmaakt van de rechterlijke macht kan onder meer worden opgemaakt uit artikel 117 Grondwet (Gw), waarin wordt gesproken over leden van de rechterlijke macht die met rechtspraak zijn belast (de zogenoemde ‘zittende magistratuur’). Die zinsnede impliceert dat de rechterlijke macht ook leden kent die *niet* met rechtspraak zijn

belast (de zogenoemde ‘staande magistratuur’).<sup>7</sup> De opdracht vervat in artikel 116 Gw om bij wet de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de rechterlijke macht te regelen, is vervolgens uitgewerkt in de Wet RO, waarin naast de institutionele positie en organisatie van de zittende magistratuur ook de inrichting en de taken van het OM (op hoofdlijnen) worden geregeld. Over dat laatste leert artikel 124 RO ons dat het OM is belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, hetgeen in het Wetboek van Strafvordering vervolgens verder wordt uitgewerkt door het OM te belasten met de opsporing en vervolging van strafbare feiten (zie resp. art. 141 en art. 9 Sv), ook in het kader van strafvorderlijke samenwerking met het buitenland.<sup>8</sup>

Hoewel aldus deel uitmakend van de rechterlijke macht is het OM tevens een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).<sup>9</sup> Als bestuursorgaan is het OM (en daarmee ieder lid van het OM) ondergeschikt aan de minister van Justitie en Veiligheid en verricht het zijn taken en bevoegdheden onder diens verantwoordelijkheid. Dat maakt dat het OM ook kan worden gezien als onderdeel van de uitvoerende macht. Met de politieke ministeriële verantwoordelijkheid hangt samen dat de minister jegens de Staten-Generaal gehouden is tot het verstrekken van inlichtingen over het optreden van het OM (art. 42 lid 2 jo. art. 68 Gw). De parlementaire controle die de Staten-Generaal langs die weg op het optreden van het OM kan uitoefenen, bewerkstelligt de democratische legitimatie van dit bestuursorgaan, dat als hoogste opsporingsautoriteit in Nederland over bevoegdheden beschikt die zeer diep kunnen ingrijpen in het leven van burgers. Dat de minister voor de uitoefening daarvan politiek verantwoordelijk is, betekent overigens niet dat het OM zijn taken en bevoegdheden ook aan de minister ontleent; artikel 125 RO bepaalt immers dat de leden van het OM hun taken en bevoegdheden uitoefenen op de wijze bij of krachtens de wet bepaald.<sup>10</sup>

Verantwoordelijkheid impliceert voorts zeggenschap. Uit het voorgaande vloeit dan ook voort dat de minister van Justitie en Veiligheid de bevoegdheid heeft jegens het OM sturend op te treden ten aanzien van de aspecten waarover zijn verantwoordelijkheid zich uitstrekt.<sup>11</sup>

ministerie in de EU-brede justitiële samenwerking in strafzaken, Den Haag/Leiden/Nijmegen: WODC/Universiteit Leiden/Radboud Universiteit 2021. In dit artikel wordt – mogelijk meer dan tot uitdrukking komt in dit notenapparaat – mede gebruikgemaakt van de bevindingen uit dit onderzoek.

5 Zie voor een bredere blik Ouwerkerk e.a. 2021.

6 Zie de Wet reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket van 19 april 1999, *Stb.* 1999, 1994 (i.w.tr. op 1 juni 1999). Zie voorts uitgebreid over de institutionele positie van het OM en de discussie daarover De Doelder 1988; A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving. Een verkenning*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 311-324; D. van Daele, *Het Openbaar Ministerie en de afhandeling van strafzaken in Nederland*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003, p. 119-133; J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 313-319.

7 *Kamerstukken I 1980/81*, 16162, nr. 100b, p. 4-5. Zie ook P. Bovend'Eert, *T&C Grondwet en Statuut*, commentaar op art. 116 Gw, aant 2.

8 Artikel\*#x00A0;124 Wet RO spreekt voorts van ‘andere bij de wet vastgestelde taken’. Daaronder vallen onder meer taken op bestuursrechtelijk en civielrechtelijk gebied. Zie M.E. de Meijer, *Het openbaar ministerie in civiele zaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2003 en M.E. de Meijer, ‘Het openbaar ministerie’, in: E.R. Muller, H.R.B.M. Kummeling & R. Nehmelman (red.), *Instituten van de staat*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 13.4. Deze andere taken blijven hier verder buiten beschouwing.

9 Bestuursorganen zijn in beginsel onderworpen aan het regime van de Awb, maar ingevolge artikel 1:6 sub a en c Awb zijn de kerntaken van het OM daarvan uitgezonderd.

10 Voor wat betreft het strafvorderlijk optreden wordt dit uitgangspunt nader kracht bijgezet door artikel 1 Sv.

11 Er is discussie mogelijk over de vraag wat de regel ‘geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid’ nu precies betekent of moet betekenen voor de reikwijdte van de bevoegdheid van de minister alsmede over de vraag of de bevoegdheid tot sturend optreden een logische implicatie van die hoofdregel is. Een heldere weergave van de discussie geeft S. Meijer in

Dit uit zich meer specifiek in de bevoegdheid van de minister om algemene en bijzondere aanwijzingen te geven (art. 127 RO).<sup>12</sup> Een ministeriële aanwijzing geldt als publiekrechtelijke rechtshandeling die de geadresseerde ervan tot opvolging verplicht.<sup>13</sup> Een aanwijzing van algemene aard is gericht op het strafrechtelijk vervolgingsbeleid of de uitoefening van andere taken en bevoegdheden van het OM in den brede. Een bijzondere aanwijzing heeft betrekking op een ‘concreet geval’ van opsporing of vervolging. Ten aanzien van het geven van bijzondere aanwijzingen heeft de wetgever voorzien in ofwel rechterlijke controle ofwel parlementaire controle, afhankelijk van de vraag of de aanwijzing betrekking heeft op een beslissing tot het instellen van vervolging dan wel op een beslissing tot het afzien van vervolging (art. 128 Wet RO).<sup>14</sup> Deze controlemogelijkheden onderstrepen dat het geven van een bijzondere aanwijzing als zwaar middel wordt beschouwd, waarmee terughoudend dient te worden omgegaan, niet enkel vanwege de breed gedragen wens dat de politiek een zekere distantie bewaart tot de individuele zaaksbehandeling door leden van het OM, maar ook omdat die wens een wettelijke basis heeft gekregen in de keuze van de wetgever om via attributie bepaalde zelfstandige beslissingsbevoegdheden rechtstreeks aan het OM toe te kennen.<sup>15</sup> Aldus is theoretisch gezien een tamelijk complexe positionering van het OM tot stand gekomen. Toch is deze hybride positionering in de praktijk aardig werkbaar gebleken. Inmiddels is een werkwijze ontstaan waarbinnen het OM bij monde van de voorzitter van het College van procureurs-generaal (hierna: College van P-G’s) geregeld overleg voert met de minister, bij gelegenheid waarvan de minister invulling kan geven aan zijn verantwoordelijkheid voor de wijze waarop het OM zijn taak vervult door politieke wensen ten aanzien van die taakvervulling met de voorzitter van het College van P-G’s te bespreken, maar zelden tot nooit gebruikmaakt van zijn formele aanwijzingsbevoegdheid van art. 127 Wet RO.<sup>16</sup> Het algemene vervolgingsbeleid van het OM krijgt vervolgens gestalte langs de weg van aanwijzingen van het College van P-G’s in de zin van artikel 130 lid 6 Wet RO, terwijl het OM ten aanzien van beslissingen in concrete zaken conform voornoemde wens tot distantie een grote vrijheid geniet en de betrokkenheid van de minister zich beperkt tot informatievoorziening

richting de minister over grote(re) en politiek gevoelige(re) strafzaken.<sup>17</sup>

### 3. Ontwikkelingen op nationaal niveau

Als gevolg van deze werkbare praktijk heeft de hybride positionering van het OM, zoals die in de vorige paragraaf is beschreven, sinds de reorganisatie van het OM en de inwerkingtreding van de vernieuwde Wet RO eind vorige eeuw als zodanig niet meer wezenlijk ter discussie gestaan (met uitzondering van de recent opgelaaide discussie, waarover in het navolgende meer). Daarmee is echter niet gezegd dat – gegeven de positionering van het OM zoals deze is – in de loop der jaren niet geregeld discussie is ontstaan over de vraag of het OM wel het juiste orgaan is om bepaalde taken uit te voeren. Dit kunnen bestaande taken zijn die na verloop van tijd anders worden gezien, maar ook nieuwe taken waarvan wordt overwogen of voorgesteld deze aan het OM toe te bedelen. We stippen er enkele aan.<sup>18</sup>

Een goed voorbeeld van dit laatste is de discussie die aan het begin van deze eeuw ontstond naar aanleiding van het voornemen de transactie tot een strafbeschikking om te vormen. Waar het bij de transactie gaat om het afkopen van het vervolgingsrecht van het OM waarbij de schuldvraag strikt genomen in het midden blijft, behelst de uitvaardiging van een strafbeschikking een daad van vervolging, waarbij de schuld aan een strafbaar feit eenzijdig door het OM wordt vastgesteld en deswege een sanctie wordt opgelegd.<sup>19</sup> Zonder op deze plaats verder in te gaan op de *ins en outs* van deze ingrijpende hervorming van de buitengerechtelijke afdoening die in 2008 zijn beslag kreeg met de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening,<sup>20</sup> zal duidelijk zijn dat de taak van het OM hiermee een ingrijpende verandering onderging. Met de introductie van de strafbeschikking werd het OM immers van een opsporend en vervolgend

Openbaar Ministerie en tenuitvoerlegging. De taak van het Openbaar Ministerie tot tenuitvoerlegging van de door de rechter opgelegde strafrechtelijke sancties vanuit constitutioneel en strafrechtsdogmatisch perspectief gezien (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 49-51.

12 Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 30.

13 Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 42. Zie uitgebreid over (de geschiedenis van) de aanwijzingsbevoegdheid Verburg 2004 en Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 121.

14 Vgl. o.a. Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 121; De Meijer 2020, par. 13.3; Crijns & Schoep, *T&C Strafvordering*, commentaar op art. 127 Wet RO, aant. 2.

15 Meijer 2012, p. 53.

16 Zie J.M.W. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21e eeuw. Een verslag van participerend observatieonderzoek naar de taakopvatting en taakinfilling van officieren van justitie* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 83-84.

17 Vgl. art. 11 Reglement van Orde College van Procureurs-Generaal van 8 juni 1999, *Stcr.* 1999, 106.

18 Een ontwikkeling die in dit verband ook vermelding verdient, is het overhevelen van de formele verantwoordelijkheid voor de tenuitvoerlegging van het OM naar de minister van Justitie en Veiligheid (zie art. 6:1:1 Sv) ingevolge de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen van 22 februari 2017, *Stb.* 2017, 82 (in werking getreden op 1 januari 2020). Nu het hier gaat om een taak die juist is weggehaald bij het OM (en in de praktijk ook al bij het ministerie was gelegen), blijft deze in het navolgende evenwel onbesproken.

19 *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3, p. 2. Zie uitgebreid over de verschillen in rechtskarakter tussen beide modaliteiten M. Kessler, *De strafbeschikking*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 5-11.

20 Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330 (grotendeels in werking getreden op 1 februari 2008). Zie voor een schets in vogelvlucht J.H. Crijns & R.S.B. Kool, 'Buitengerechtelijke conflictoplossing in het strafrecht', in: M.J. Dubelaar, L.R. Glas, A.B. Terlouw & M.J. ter Voert, *Conflictoplossing: het domein van rechters? Een vergelijkende studie naar rechterlijke en alternatieve conflictoplossing in verschillende rechtsgebieden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 227-253, i.h.b. p. 229-236. Zie voorts uitgebreid over de bedoelingen van de wetgever R. Robroek, *OM-strafbeschikking*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

orgaan tevens een schuldvaststellend en bestraffend orgaan, taken die tot dat moment – zeker in de context van het strafrecht – waren voorbehouden aan de onafhankelijke rechter. De vraag rees dan ook of het – gegeven de institutionele positionering van het OM – verantwoord was het OM deze nieuwe taken toe te bedelen.<sup>21</sup> Uiteindelijk dolven deze en dergelijke bezwaren het onderspit, met name met een beroep op de argumenten dat bestraffing door organen van de uitvoerende macht al langer gemeengoed was in het bestuursrecht en dat voor de verdachte die zich niet in de door het OM uitgevaardigde strafbeschikking kan vinden, te allen tijde de weg naar de rechter openstaat.<sup>22</sup> Voor dat moment was de discussie daarmee beslecht. Later kreeg deze echter een nieuwe impuls, toen uit verschillende onderzoeken bleek dat de kwaliteit van de schuldvaststelling en straftoemeting door het OM in het kader van de strafbeschikking niet in alle gevallen de toets der kritiek kon doorstaan.<sup>23</sup> Deze kritiek leidde weliswaar niet tot een fundamentele herbezinning op de vraag of het – gegeven zijn institutionele positionering – het OM wel kon worden toevertrouwd over schuld en straf te beschikken; het scherpte wel in dat deze nieuwe taak bijzondere verantwoordelijkheden met zich bracht die het OM er toe dwong zich in dit verband meer te laten leiden door zijn rechterlijke attitude dan door zijn ‘lidmaatschap’ van de uitvoerende macht. Anders gezegd: een OM dat rechterlijke taken krijgt toebedeeld, moet zich ook als zodanig gaan gedragen.

Ook recenter kwam de institutionele geschiktheid van het OM tot het zelfstandig nemen van bepaalde beslissingen in het kader van de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken ter discussie te staan en wel in de context van de hoge transactie. Hoewel de transactie lange tijd op zijn retour leek ten faveure van de strafbeschikking,<sup>24</sup> bleek de laatste jaren de transactie (afgezet tegen de strafbeschikking) toch de meest wenselijke modaliteit te zijn in het kader van de buitengerechtelijke afdoening van omvangrijke normovertredingen door rechtspersonen.<sup>25</sup> Nadat het OM in een relatief kort tijdsbestek een aantal zeer forse schikkingen had getroffen,<sup>26</sup> nam de maatschappelijke en politieke roep om

rechterlijke controle van dergelijke hoge transacties echter toe. Naast de bekende argumenten tegen hoge transacties (zoals het gevaar van klassenjustitie en een mogelijk gebrek aan waarheidsvinding en transparantie)<sup>27</sup> werd ook de rol van de minister in dit verband (en daarmee ook de positionering van het OM) als relevante factor genoemd, nu de minister niet alleen via de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid een potentiële vinger in de pap heeft bij het nemen van individuele vervolgingsbeslissingen, maar in het kader van hoge transacties tot voor kort ook daadwerkelijke bemoeienis had, nu de destijds geldende aanwijzing voorschreef dat dergelijke transacties afhankelijk waren van ministeriële goedkeuring.<sup>28</sup> Dit riep de vraag op of en in hoeverre in het kader van de totstandkoming van dergelijke hoge transacties sprake was van politieke bemoeienis, zonder dat dit voor de buitenwereld kenbaar was.<sup>29</sup> Inmiddels is mede naar aanleiding van deze kritiek een procedure voorgesteld waarbij hoge transacties voorafgaand aan de totstandkoming daarvan door het hof dienen te worden getoetst.<sup>30</sup> Vooruitlopend daarop is de toetsing belegd bij een onafhankelijke toetsingscommissie, zodat de minister ook thans geen rechtstreekse bemoeienis meer heeft met de totstandkoming van hoge transacties.<sup>31</sup> Voorstanders betogen dat dergelijke onafhankelijke (en in de toekomst rechterlijke) toetsing de legitimiteit van hoge transacties kan verhogen.<sup>32</sup> Kritiek is er echter ook, nu dit tegelijk het gevaar in zich bergt dat de minister in relatie tot hoge transacties niet langer invulling kan geven aan zijn politieke ministeriële verantwoordelijkheid, en de democratische controle op de totstandkoming van dergelijke hoge transacties wordt bemoeilijkt.<sup>33</sup> Op deze plaats hoeft de discussie niet op al zijn merites te worden beoordeeld;<sup>34</sup> wel kan worden vastgesteld dat ook in deze context de positionering van het OM – zij het indirect – vragen oproept.

In deze context is voorts interessant dat – na een periode van aftasten – het afgelopen halfjaar het fenomeen van procesafspraken de wind in de zeilen lijkt te hebben gekregen. In toenemende mate komen OM en verdediging, ook in gevallen waarin de zaak eerder al aanhangig is gemaakt bij de rechter, tot een vergelijk over de meest

21 Zie voor deze en dergelijke kritiek onder meer M. de Graaf, ‘Doelmatigheid boven rechtmatigheid. Bespreking van het concept-wetsvoorstel Wet OM-afdoening’, *DD* 2003, p. 811-829; en J.H. Crijns, ‘Het wetsvoorstel OM-afdoening: een wolf in schaapskledij?’, *Sancties* 2004, p. 225-236.

22 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3, p. 2 en 42.

23 Zie onder meer het rapport van de procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Beschikt en gewogen. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het uitvoeren van strafbeschikkingen*, Den Haag 2014; D. Abels e.a., *Evaluatie Wet OM-afdoening*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2018; en L.M. Schoutsen, J.W. de Keijser, P.M. Schuyt & J.H. Crijns, *De strafzaak achter de strafbeschikking. Een observatieonderzoek naar de berechting van strafbeschikkingzaken*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

24 Conform de oorspronkelijke bedoeling van de Wet OM-afdoening, die voorzag in het op termijn schrappen van de transactiebevoegdheid. Zie artikel II van de Wet OM-afdoening.

25 Zie hierover onder meer Crijns & Kool 2021, p. 233-236.

26 Zie bijvoorbeeld de schikkingen met Rabobank, SBM Offshore, VimpelCom, ING en ABN AMRO. Zie voor een overzicht ook M. Pheijffer & E.L. Zetteler, ‘Geschiedt of ongeschikt? That’s the question. Een overzicht van de schikkingspraktijk bij financieel-economische fraude’, *NJB* 2019, p. 512-525.

27 Zie hierover onder meer E. Sikkema & W.S. de Zanger, ‘Rechterlijke toetsing van hoge transacties en ontnemingsschikkingen’, *TBS&H* 2019, p. 48-49.

28 Zie Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties, *Stcr.* 2008, 209 (ingetrokken op 4 september 2020).

29 Zie in dit verband T. Felix, ‘De interne besluitvorming bij het Openbaar Ministerie in gevoelige zaken en hoge transacties: een geschikte procedure?’, *S&O* 2019, p. 139-145.

30 Conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening, te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl).

31 Aanwijzing hoge transacties (2020A005), *Stcr.* 2020 46166 (i.w.tr. op 4 september 2020).

32 Zie onder meer G.J.M. Corstens, ‘Megaschikkingen’, in: J. Balkema e.a. (red.), *Praktisch en veelzijdig. Vriendenboek voor Paul Vegter*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 101-102.

33 Zie in dit verband S. Kerssies, ‘Hoge transacties en de politieke verantwoordelijkheid voor het Openbaar Ministerie’, *Ars Aequi* 2020, p. 464-474.

34 Zie hierover uitgebreider E. Sikkema & W.S. de Zanger, ‘Schikken of beschikken? Buitengerechtelijke afdoening van grote en bijzondere strafzaken in een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering’, *Platform Modernisering Strafvordering* 2019-4.

wenselijke wijze van afdoening, daartoe niet zelden aangemoedigd door de rechter zelf.<sup>35</sup> De ratio, inhoud en vormgeving van dergelijke afspraken lopen in de praktijk sterk uiteen,<sup>36</sup> maar de gemene deler is gelegen in de wens de zaak snel en efficiënt af te doen in ruil voor een zekere mildheid jegens de verdachte in het kader van de afdoening. Hoewel de rechter geen partij is bij dergelijke afspraken en derhalve volledig vrij is in zijn beoordeling daarvan, hebben dergelijke afspraken – indien de rechtsgevolgen daarvan door de rechter worden overgenomen – *de facto* wel degelijk gevolgen voor de verhouding tussen OM en rechter. Door tot een vergelijk met de verdediging te komen, oefent het OM immers een bepalende invloed uit op het verdere verloop van de strafzaak, terwijl met het uitbrengen van de dagvaarding de verantwoordelijkheid voor de strafzaak strikt genomen in handen van de rechter ligt. Dit is niet de plaats om de voors en tegens van deze ontwikkeling te bespreken.<sup>37</sup> Hier kan worden volstaan met het opwerpen van de vraag hoe deze ontwikkeling – indien deze zich daadwerkelijk voortzet<sup>38</sup> – moet worden gewaardeerd in het licht van de institutionele positionering van het OM. Een dergelijke ontwikkeling zou bijvoorbeeld kunnen nopen tot het bewaken (zo niet het vergroten) van de afstand tot de minister, al was het maar om te voorkomen dat de indruk wordt gewekt dat procesafspraken onderhevig (kunnen) zijn aan politieke beïnvloeding. In ieder geval kan worden vastgesteld dat ook deze ontwikkeling – net als destijds de strafbeschikking – kan leiden tot het vergroten van de armslag van het OM, hetgeen het aangewezen maakt de wenselijkheid daarvan en de wijze waarop daaraan in de praktijk invulling wordt gegeven mede te bezien in het licht van diens institutionele positionering.

Ter afsluiting van dit overzicht van ontwikkelingen op nationaal niveau dient te worden gewezen op het feit dat ook de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de minister zelf de laatste jaren expliciet onder vuur is komen te liggen. Voor een deel ligt de in de navolgende paragraaf te bespreken jurisprudentie van het Hof van Justitie hieraan ten grondslag, maar voor een deel wordt

deze discussie toch ook gevoed door ontwikkelingen op nationaal niveau. Zo laaide de discussie over de wenselijkheid van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid onder andere op in de context van de vervolging van Tweede Kamerlid Geert Wilders voor zijn ‘minder Marokkanen’-uitlatingen. Zoals bekend wierp Wilders met nadruk de vraag op of de beslissing om hem te vervolgen niet het resultaat was geweest van politieke druk vanuit het ministerie.<sup>39</sup> Er was in deze zaak weliswaar formeel geen gebruik gemaakt van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de minister, informeel zouden topambtenaren van het ministerie van Justitie en Veiligheid (al dan niet met medeweten en instemming van de minister zelf) volgens Wilders wel degelijk bij het OM hebben aangedrongen op het initiëren van vervolging. Het gerechtshof Den Haag dat de zaak in hoger beroep behandelde, kwam tot een andere conclusie en oordeelde dat het OM de beslissing tot vervolging zelfstandig, dus zonder politieke inmenging, had genomen.<sup>40</sup> De brede publieke belangstelling voor deze strafzaak leidde er echter toe dat ook de (bijzondere) aanwijzingsbevoegdheid onderwerp werd van publiek debat.

Mede naar aanleiding van deze discussie diende voormalig D66-Kamerlid Groothuizen eind 2020 een wetsvoorstel in dat ertoe strekt de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid volledig af te schaffen.<sup>41</sup> Zijn initiatiefvoorstel voor een ‘wet verval bijzondere aanwijzingsbevoegdheden OM’ was mede ingegeven door de in het navolgende te bespreken ontwikkelingen op EU-niveau, maar ook door de perikelen in de strafzaak tegen Wilders en in de civiele zaak tegen Shell.<sup>42</sup> Het initiatiefwetsvoorstel behelst om precies te zijn een wijziging van artikel 127 Wet RO (door er de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid uit te schrappen) alsmede een wijziging van artikel 128 Wet RO door daarin met zoveel woorden op te nemen dat het OM zijn taken en bevoegdheden in concrete gevallen uitoefent zonder ondergeschiktheid aan de minister van Justitie en Veiligheid. Die laatste wijziging moet garanderen dat de minister zich op geen enkele wijze, dus ook niet informeel, ‘bezighoudt’ met beslissingen van het OM.<sup>43</sup> In reactie op dit wetsvoorstel werd ook vanuit de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) aangedrongen op afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid.<sup>44</sup> De NVvR sloot zich aan bij de stellingname van Groothuizen dat de ontwikkelingen in EU-verband daartoe

35 Zie voor een bekend voorbeeld Rb. Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12699.

36 Zie voor een beknopte analyse van recente rechtspraak J.H. Crijns & M.J. Dubelaar, ‘Rubriek Straf(proces)recht’, *Ars Aequi KwartaalSignaal* 2022, nr. 162, p. 9604-9606.

37 Zie hierover eerder uitgebreid L.J.J. Peters, *Dealen met ondermijningsdelicten. Naar een efficiënte strafprocedure voor ondermijnende criminaliteit*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

38 De minister lijkt hier in ieder geval niet afwijzend tegenover te staan. In antwoord op Kamervragen geeft zij aan een wettelijke regeling van procesafspraken echter niet nodig te achten, mede gelet op de recente, goeddeels goedkeurende rechterlijke uitspraken en het feit dat het OM een aanwijzing ter zake in voorbereiding heeft. Zie Antwoorden op vragen over procesafspraken tussen verdachte en het Openbaar Ministerie d.d. 22 maart 2022, *Aanhangsel van de Handelingen* 2021/22, nr. 2185. Kort daarop maakte de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad bekend voornemens te zijn een vordering tot cassatie in het belang der wet in te dienen teneinde de Hoge Raad in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de vraag of en zo ja onder welke voorwaarden het maken van procesafspraken toelaatbaar kan worden geacht (zie <https://www.hogeraad.nl/actueel/nieuwsverzicht/2022/april/pg-hoge-raad-voornemens-cassatie-belang-wet-stellen-zaak/>).

39 Zie in dit verband onder meer [www.rechtspraak.nl/Bekende-rechtszaken/Strafzaak-Wilders](http://www.rechtspraak.nl/Bekende-rechtszaken/Strafzaak-Wilders).

40 Hof Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1606, r.o. 7.1.4. Met de uitspraak van de Hoge Raad van 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036 is deze beslissing onherroepelijk geworden.

41 *Kamerstukken II* 2020/21, 35768, nr. 2.

42 *Kamerstukken II* 2020/21, 35768, nr. 3.

43 *Kamerstukken II* 2020/21, 35768, nr. 3, p. 2.

44 Wetenschappelijke Commissie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, reactie op het initiatiefwetsvoorstel van D66 inzake de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie en Veiligheid in de richting van het OM en de inlichtingenplicht in individuele zaken (art. 127 RO e.v.) in het perspectief van internationale rechtelijke ontwikkelingen en the rule of law, 3 juni 2021 (<https://nvvr.org/uploads/documenten/adviezen/731-Aanwijzingsbevoegdheid-definitief.pdf>).

stevig aanleiding geven en wijst in dat kader ook op de zorgelijke staat van de rechtsstaat in Polen en sommige andere EU-lidstaten. Het bestaan van een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid, zoals in Nederland, kan volgens de NVvR door die landen gemakkelijk worden aangegrepen om te suggereren dat in andere landen net zo goed sprake is van (de schijn van) politieke inmenging met vervolgingsbeslissingen en dat het hun derhalve vrijstaat ‘zelf wel te bepalen hoe het omgaat met zijn magistraten’.<sup>45</sup> Een ander argument voor de NVvR om afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid te bepleiten, is dat de reden waarom die destijds werd ingevoerd heden ten dage niet meer als reden kan worden aangevoerd nu sprake is van een – ten opzichte van destijds – ‘duidelijker, landelijk gestuurd, beleid op het gebied van opsporing en vervolging’.<sup>46</sup> Bovendien zouden nut en noodzaak van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid volgens de NVvR niet zijn gebleken, nu de bevoegdheid nooit is gebruikt en dus ‘in de praktijk een dode letter is’.<sup>47</sup>

Met het vertrek van Groothuizen als lid van de Tweede Kamer is onduidelijk wat de status van het wetsvoorstel is; op basis van openbare bronnen kan in ieder geval niet worden vastgesteld of een ander Kamerlid de behandeling van het voorstel heeft overgenomen. Wel kan worden vastgesteld dat het wetsvoorstel in de literatuur niet onweersproken is gebleven. Zo toonde Verburg zich een fervent voorstander van behoud van de (bijzondere) aanwijzingsbevoegdheid door er in ferme bewoordingen op te wijzen dat zonder een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid het handelen van het OM aan parlementaire controle onttrokken raakt, met als risico dat het OM ‘een staat in een staat’ wordt.<sup>48</sup> In reactie hierop pleitten Lindeman en Sikkema ervoor de discussie over de toekomst van de (bijzondere) aanwijzingsbevoegdheid opener en genuanceerder tegemoet te treden.<sup>49</sup>

## 4. Ontwikkelingen op Europees niveau

Bij de bespreking van de in de inleiding reeds genoemde ontwikkelingen op Europees niveau en de betekenis daarvan voor de positionering van het OM is het van belang op te merken dat het Hof van Justitie zich de afgelopen jaren steeds nadrukkelijker is gaan bezighouden met het waarborgen van grondrechten in het strafproces. Deze tendens is terug te zien in de rechtspraak van het Hof inzake strafrechtelijke samenwerking in het kader van EAB- en EOB-procedures, maar ook buiten die context, bijvoorbeeld bij de uitleg van Richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie.

45 Kamerstukken II 2020/21, 35768, nr. 3, p. 6.

46 Kamerstukken II 2020/21, 35768, nr. 3, p. 4.

47 Kamerstukken II 2020/21, 35768, nr. 3, p. 4.

48 M. Verburg, ‘Met D66 op weg naar een politiestaat?’, *NJB* 2021, p. 282.

49 J.M.W. Lindeman & E. Sikkema, ‘De aanwijzingsbevoegdheid (niet) ter discussie?’, *NJB* 2021, p. 697-698.

Het Hof tracht de bescherming van grondrechten onder meer af te dwingen door strenger toe te zien op procedurele voorwaarden door te eisen dat bepaalde besluiten alleen door een onafhankelijke instantie worden genomen dan wel dat wordt voorzien in rechterlijke controle. Zoals hierna duidelijk wordt, heeft deze ‘procedurele koers’ een directe invloed op de positie van het Nederlandse OM, omdat het beslissingen in het EU-rechtelijke discours ofwel niet meer mag nemen ofwel alleen nog maar mag nemen als beroep in rechte openstaat. Ten aanzien van de EAB-procedure is die trend zichtbaar vanaf 2016, wanneer het Hof zich in een viertal zaken buigt over de begrippen ‘rechterlijke autoriteit’ en ‘rechterlijke beslissing’ als bedoeld in het Kaderbesluit EAB, en over het niveau van rechtsbescherming dat staten dienen te bieden.<sup>50</sup> Deze uitspraken vormen de opmaat naar een reeks volgende prejudiciële vragen over de bevoegde autoriteit bij executie-EAB’s, vervolgings-EAB’s, en inkomende en uitgaande bevelen. Het voert in het licht van deze bijdrage te ver om alle EAB-jurisprudentie die nadien is gevolgd, te bespreken.<sup>51</sup> Een aantal contouren – die van belang zijn voor de positionering van het OM – kan evenwel in kaart worden gebracht. Daarbij moet de kanttekening worden geplaatst dat de rechtspraak van het Hof in ontwikkeling is en dat er nog de nodige vragen openstaan die (nog) niet door het Hof zijn geadresseerd.

In 2016 oordeelt het Hof in de zaak *Bob-Dogi* dat het in het kader van een EAB-procedure van belang is een ‘dual level of judicial protection’ vorm te geven, waarbij procedurele rechten en grondrechten worden gewaarborgd.<sup>52</sup> Het Hof stelt in deze zaak dat een EAB moet worden voorafgegaan door een nationale rechterlijke beslissing tot aanhouding en dat dit *nationale* aanhoudingsbevel losstaat van de beslissing tot uitvaardiging van het *Europese* aanhoudingsbevel door een rechterlijke autoriteit.<sup>53</sup> Dit niveau van rechterlijke bescherming acht het Hof nodig vanwege de ingrijpende inbreuk op het recht op vrijheid die een EAB met zich brengt. In *Poltorak* en *Kovalkovas* verduidelijkt het Hof vervolgens wat de ‘rechterlijke autoriteit’ is die bevoegd is tot het uitvaardigen van het *Europese* aanhoudingsbevel. Die rechterlijke autoriteit moet een autoriteit zijn die ‘deelneemt aan de rechtsbedeling’ in een lidstaat. Dit kan evenwel niet mede een orgaan van de uitvoerende macht van een lidstaat zijn. Het Hof voert daarvoor drie argumenten aan: 1) het voor de werking van een rechtsstaat kenmerkende beginsel van de scheiding der machten; 2) de waarborgen die voortvloeien uit de grondrechten en het feit dat rechterlijk toezicht in het kader van de

50 HvJ EU 1 juni 2016, C-241/15 (*Bob-Dogi*); HvJ EU 10 november 2016, C-452/16 (*Poltorak*), ECLI:EU:C:2016:858, NJ 2017/379 m.nt. Reijntjes en EHRC 2017/25 m.nt. Krommendijk; HvJ EU 10 november 2016, C-477/16 PPU (*Kovalkovas*), ECLI:EU:C:2016:861, NJ 2017/381 m.nt. Reijntjes en EHRC 2017/27 m.nt. Krommendijk; HvJ EU 10 november 2016, C-453/16 (*Özcelik*), ECLI:EU:C:2016:860, NJ 2017/380 m.nt. Reijntjes en EHRC 2017/26 m.nt. Krommendijk.

51 Voor een overzicht zij verwezen naar Ouwerkerk e.a. 2021, hoofdstuk 3. HvJ EU 1 juni 2016, C-241/15 (*Bob-Dogi*).

53 Dit volgt uit artikel 8 lid 1 onder c Kaderbesluit EAB.

toereikende controle op het aanhoudingsbevel essentieel is; en 3) de beoogde vervanging van de klassieke regeling met samenwerking door politieke autoriteiten door een vereenvoudigd systeem op basis van samenwerking tussen *rechterlijke* autoriteiten.<sup>54</sup> In *Özçelik* wordt vervolgens duidelijk dat ook de ‘rechterlijke beslissing’ inzake het *nationale* aanhoudingsbevel afkomstig dient te zijn van een ‘rechterlijke autoriteit’ die deelneemt aan de strafrechtsbedeling (hetgeen politiefunctionarissen en ministeries van Justitie dus uitdrukkelijk uitsluit).<sup>55</sup> Belangrijk daarna zijn de uitspraken in de gevoegde zaken *OG en PI*,<sup>56</sup> gevolgd door de zaak *AZ*.<sup>57</sup> In deze zaken maakt het Hof duidelijk dat ‘een rechterlijke autoriteit’ ofwel betreft een rechter ofwel een autoriteit die anderszins deelneemt aan de strafrechtsbedeling in een EU-lidstaat en dat het OM kan worden gezien als zo’n autoriteit die ‘anderszins deelneemt aan de strafrechtsbedeling’. Als het evenwel gaat om een autoriteit die ‘anderszins deelneemt aan de strafrechtsbedeling’ in een EU-lidstaat, dan dient die autoriteit volledig onafhankelijk te kunnen handelen bij de uitoefening van diens taken. Omdat het Hof een *dual level of judicial protection* voorstaat, moet in een dergelijk geval bovendien worden voorzien in een rechtsmiddel bij een rechter zodat de evenredigheid van de beslissing kan worden betwist en getoetst. Voorts wordt helder dat de vereisten voor de bevoegde rechterlijke autoriteit tot het *uitvaardigen* van EAB-verzoeken dezelfde zijn als die voor de rechterlijke autoriteit tot het *uitvoeren* van EAB-verzoeken. Aangezien in Nederland het OM niet onafhankelijk is van de minister, kon het op grond van deze rechtspraak niet langer fungeren als rechterlijke autoriteit bij het *uitvaardigen* en *uitvoeren* van EAB’s.

De ‘procedurele lijn’ die door het Hof, zoals hiervoor beschreven, in EAB-zaken is gevolgd, is ook waar te nemen in ‘s Hof’s jurisprudentie inzake de EOB-praktijk, nu ook daarin het belang van rechterlijke controle wordt benadrukt. In de zaak *A. e.a.* maakt het Hof weliswaar duidelijk dat een EOB wél door een officier van justitie kan worden uitgevaardigd, ook als deze niet geheel onafhankelijk is van de uitvoerende macht.<sup>58</sup> Tegelijkertijd moet op grond van artikel 14 van de Richtlijn EOB worden voorzien in een rechtsmiddel jegens de in een EOB omschreven onderzoekshandelingen evenwaardig met de mogelijkheden in een binnenlandse zaak. In *Gavanzov II* bepaalt het Hof dat óók als een nationale regeling

helemaal níet voorziet in rechtsmiddelen, alsnog een voorziening in rechte moet openstaan tegen een EOB dat betrekking heeft op doorzoeking, inbeslagname van het horen van getuigen.<sup>59</sup> Het niet beschikken over een rechtsmiddel vormt een belemmering het EOB uit te vaardigen en in een dergelijk geval kan het EOB ook niet zomaar worden uitgevoerd door een andere lidstaat. Ook hier stelt het Hof abstracte eisen. Of de betreffende onderzoekshandeling al dan niet evenredig was, hoeft niet in concreto te worden beoordeeld. Het niet voldoen aan de procedurele voorwaarden vormt reeds een belemmering. Het Nederlandse OM blijft aldus bevoegd tot het *uitvaardigen* van EOB’s, maar tegelijkertijd moet worden voorzien in een beroep in rechte. Het voert te ver om in deze bijdrage in te gaan op de vraag wat dit exact betekent voor de onderzoekshandelingen die in de uitspraak aan de orde waren (doorzoeking, inbeslagname en het horen van getuigen),<sup>60</sup> maar het is duidelijk dat de verscherpte aandacht voor het waarborgen van grondrechten ook de taken en bevoegdheden van het OM in de EOB-procedure (kan) raken.

Deze verscherpte aandacht beginnen we, tot slot, ook terug te zien in jurisprudentie van het Hof die géén betrekking heeft op de specifieke context van grensoverschrijdende samenwerking en die, zodoende, gevolgen heeft voor de algemene Nederlandse strafrechtspraktijk. Het betreft tot op heden ‘s Hof’s privacygerelateerde jurisprudentie met betrekking tot Richtlijn 2002/58/EG en Richtlijn 2006/24/EG. Een heel duidelijke grens werd reeds getrokken in de zaak *Digital Rights Ireland*, waarbij het Hof Richtlijn 2006/24/EG ongeldig verklaarde.<sup>61</sup> In navolging van deze uitspraak oordeelde het Hof in de zaak *Prokuratuur* inzake Richtlijn 2002/58/EG dat wanneer precieze conclusies over iemands privéleven mogelijk zijn aan de hand van gevorderde verkeers- of locatiegegevens, een rechterlijke autoriteit of een onafhankelijke administratieve autoriteit over de vordering van het OM moet beslissen.<sup>62</sup> Voor de positie van het Nederlandse OM betekent dit dat de zelfstandige bevoegdheid van de officier van justitie om bepaalde data van telecommunicatieaanbieders te vorderen, onder omstandigheden in strijd is met de Unierechtelijke privacybescherming en dat controle van een onafhankelijke instantie nodig is.<sup>63</sup>

Hoewel de hierboven besproken uitspraken laten zien dat het Hof van Justitie inmiddels strenger toeziet op de bescherming van grondrechten in het strafproces, is de rechtspraak van het Hof niet eenduidig over de precieze

54 HvJ EU 10 november 2016, C-452/16 (*Poltorak*), ECLI:EU:C:2016:858, NJ 2017/379 m.nt. Reijntjes en EHRC 2017/25 m.nt. Krommendijk, par. 35-44. Bevestigd in HvJ EU 10 november 2016, C-477/16 PPU (*Kovalkovas*), ECLI:EU:C:2016:861, NJ 2017/381 m.nt. Reijntjes en EHRC 2017/27 m.nt. Krommendijk, par. 36-41.

HvJ EU 10 november 2016, C-452/16 (*Poltorak*), ECLI:EU:C:2016:858, NJ 2017/379 m.nt. Reijntjes en EHRC 2017/25 m.nt. Krommendijk, par. 34, 46 en 52.

55 HvJ EU 10 november 2016, C-453/16, (*Özçelik*), ECLI:EU:C:2016:860, NJ 2017/380 m.nt. Reijntjes en EHRC 2017/26 m.nt. Krommendijk, par. 33-34.

56 HvJ EU (GK) 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 (*OG*) en C-82/19 PPU (*PI*), ECLI:EU:C:2019:456, EHRC 2019/181 m.nt. Lestrade.

57 HvJ (GK) 24 november 2020, zaak C-510/19, *AZ*, ECLI:EU:C:2020:953, EHRC Updates m.nt. Lestrade.

58 HvJ EU 8 december 2020, *A e.a.*, zaak C-584/19, ECLI:EU:C:2020:1002.

59 HvJ EU 11 november 2021 (*Gavanzov II*), zaak C-852/19, ECLI:EU:C:2021:902, EHRC Updates m.nt. Lestrade.

60 Zie daarover de conclusies alsmede de vragen die Lestrade opwerpt in haar noot bij de uitspraak: HvJ EU 11 november 2021 (*Gavanzov II*), zaak C-852/19, ECLI:EU:C:2021:902, EHRC Updates m.nt. Lestrade.

61 HvJ EU (GK) 8 april 2014 (*Digital Rights Ireland*), C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, EHRC 2014/140, m.nt. Koning.

62 HvJ EU 2 maart 2021, zaak C-746/18 (*Prokuratuur*), ECLI:EU:C:2021:152, EHRC Updates m.nt. Van Toor.

63 Zie voor de precieze gevolgen voor de Nederlandse situatie HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475 alsmede de daaraan ten grondslag liggende vordering tot cassatie in het belang der wet van A-G Keulen, ECLI:NL:PHR:2021:1181.

implicaties van een meer op grondrechtbescherming gestoelde benadering van strafrechtelijke samenwerking in EU-verband. Van de rechtspraak van het Hof lijken gemengde signalen uit te gaan. Immers, terwijl het Hof in de hiervoor besproken rechtspraak een toetsing *in abstracto* voorstaat (als het niet de rechterlijke autoriteit is die een EAB uitvaardigt, kan geen gevolg worden gegeven aan de uitvoering van dat bevel, ook al heeft de uitvoerende macht *in concreto* geen individuele bemoeienis gehad), vereist het Hof in een andere categorie uitspraken juist een concrete toets.<sup>64</sup> Het gaat dan om uitspraken waarin eveneens sprake is van een versterkte nadruk op grondrechtenbescherming in de context van grensoverschrijdende samenwerking (nl. de EAB-praktijk), maar waarin in plaats van de eerder genoemde *procedurele lijn* een lijn is ontwikkeld waarin het *niet naleven van fundamentele rechten* in de uitvaardigende lidstaat in uitzonderlijke omstandigheden als zelfstandige weigeringsgrond is geaccepteerd, ondanks de uitgangspunten van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen.<sup>65</sup> In deze categorie zaken kan alleen worden overgegaan tot weigering van het EAB als in het *concrete geval* sprake is van een (dreigende) schending van grondrechten.<sup>66</sup>

Voor de positie van het Nederlandse OM is het vooral van belang te beseffen dat het wat betreft het uitvaardigen dan wel uitvoeren van EAB's enerzijds niet uitmaakt of in het concrete geval de onafhankelijkheid in het geding is; formeel moet de procedure juist worden geregeld, anders blokkeert dit de samenwerking zonder meer. Anderzijds kan het OM niet zomaar weigeren een EAB uit te voeren in gevallen waarin het daadwerkelijk twijfelt aan de onafhankelijkheid van de 'formeel correct bevoegde rechterlijke autoriteit' in de specifieke lidstaat.

## 5. Het OM uit positie?

In het voorgaande hebben wij verschillende ontwikkelingen op nationaal en Europees niveau besproken die raken aan de institutionele positionering van het OM. De vervolgvraag is welk beeld hieruit naar voren komt en wat dit beeld vervolgens betekent voor de discussie

over de positionering van het OM. Hierbij moet worden vooropgesteld dat deze discussie op verschillende niveaus en vanuit verschillende invalshoeken kan worden – en wordt – gevoerd. Zo kunnen de ontwikkelingen worden gezien vanuit het perspectief van de specifieke taken die (inmiddels) aan het OM zijn toebedeeld met als logische vervolgvraag in hoeverre die taken al dan niet nopen tot een heroverweging van de institutionele positionering van het OM. De ontwikkelingen kunnen echter ook worden gezien vanuit de houdbaarheid van de institutionele positionering van het OM als zodanig, bijvoorbeeld in het licht van de jurisprudentie van het Hof en de zorgen over de staat van de rechtstaat in collega-lidstaten van de Europese Unie. Bij de waardering van de besproken ontwikkelingen is het in onze optiek van belang goed voor ogen te houden vanuit welk perspectief de materie wordt beoordeeld, nu dit mede bepalend kan zijn voor het antwoord op de vraag op welk niveau (takenpakket of institutionele positionering) eventueel reden bestaat tot heroverweging van de *status quo*.

In dit verband stellen wij ons op het standpunt dat de toebedeling van bepaalde taken aan het OM op zichzelf genomen geen voldoende aanleiding vormt om de institutionele positionering van het OM als zodanig te heroverwegen. Het is weliswaar voorstelbaar dat het takenpakket als geheel zich in een zodanige richting kan ontwikkelen dat als het ware vanzelf de vraag opdoemt of en in hoeverre de institutionele positionering van het OM daar nog bij past. In dat licht is ook de huidige roep om een onafhankelijker positionering van het OM op zichzelf begrijpelijk; het OM is de laatste decennia immers in toenemende mate taken gaan verrichten die voorheen aan de rechter waren toebedeeld. Zo beschouwd is een roep om meer onafhankelijkheid een logisch gevolg van het uitdijend takenpakket van het OM. Dat geldt niet in het minst vanwege het feit dat de zorgelijke ontwikkelingen inzake de rechtsstaat in verscheidene Europese landen ons hebben ingescherpt hoe groot het belang is van een integer en onafhankelijk optreden van instituties, maar ook hoe kwetsbaar de positie van dergelijke instituties in feite is. Tegelijkertijd moet worden onderkend dat bij een dergelijke stand van zaken een herijking van de institutionele positionering van het OM slechts één van de beschikbare oplossingsrichtingen is. Door de discussie over het takenpakket van het Nederlandse OM direct te vertalen in een oproep tot diens onafhankelijker positionering wordt onze inziens aan de meer fundamentele vraag voorbijgegaan of het huidige takenpakket van het OM eigenlijk nog wel aansluit op diens institutionele positionering. Een ontkenning antwoord op deze vraag laat ruimte voor meerdere oplossingsrichtingen, waarbij de herpositionering van het OM in de richting van meer onafhankelijkheid slechts één optie is. Het heroverwegen van het takenpakket van het OM is immers net zo goed een denkbare optie. Hierbij is het van belang te beseffen dat bij de huidige institutionele positionering van het OM de wetgever niet over één nacht ijs is gegaan. Geacht is tot een zorgvuldige balans te komen tussen

64 De discrepantie tussen enerzijds een abstracte en anderzijds een concrete toets werd eerder al door andere auteurs gesignaleerd, zie bijvoorbeeld A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Cambridge: Intersentia 2021, p. 650.

65 Vgl. A.P. van der Mei, 'Het Europees aanhoudingsbevel, Recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie', *Strafblad* 2018, afl. 1. Hij signaleert drie lijnen en maakt onderscheid tussen: 1) het uitleggen van begrippen; 2) het gebruiken van fundamentele rechten als instrument voor de uitleg van het Kaderbesluit; en 3) fundamentele rechten die een zelfstandige grond opleveren.

66 HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15, (*Aranyosi en Căldăraru*), ECLI:EU:C:2016:198, EHRC 2016/157 m.nt. Van der Wilt; HvJ EU 25 juli 2018, C 216/18, ECLI:EU:C:2018:586, EHRC 2018/190 m.nt. K.A.M. van Kruisbergen en J. Krommendijk en JV 2018/203 m.nt. F.T.C. Dölle en J.A. Nijland; HvJ (GK) 17 december 2020, L & P, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 EHRC Updates m.nt. Lestrade; HvJ (GK) 22 februari 2022, X & Y, C-562/21 en C-563/21.



enerzijds democratische legitimering en anderzijds onafhankelijke taakvervulling, een balans die de afgelopen decennia ook heel aardig werkbaar is gebleken in de praktijk. Dat pleit er naar onze mening voor niet al te gemakkelijk te kiezen voor een herijking van de institutionele positionering van het OM en de oplossing voor een discrepantie tussen takenpakket en institutionele positionering veeleer te zoeken in het – waar nodig – heroverwegen van het samenstel aan taken. En het voorgaande laat zien dat dit tot op zekere hoogte ook al gebeurt: daar waar het takenpakket van het OM in relatie tot diens institutionele positionering mogelijk schuurt, worden concrete oplossingen voorgesteld. Vooralsnog lijken deze niet zozeer te liggen in het weghalen van taken en bevoegdheden bij het OM, maar veeleer in het inbouwen van aanvullende controlemechanismen, zoals het geval is bij de mogelijkheid tot het instellen van verzet tegen strafbeschikkingen en de voorgenomen invoering van rechterlijke toetsing van hoge transacties.<sup>67</sup> Voorts geldt ten aanzien van procesafspraken dat de rechter vrij is en blijft om deze al dan niet over te nemen. Daarnaast wordt in samenspraak met de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten gewerkt aan een OM-aanwijzing, die de inzet van dit instrument nader beoogt te reguleren.<sup>68</sup> Of dergelijke oplossingen steeds ver genoeg gaan, kan per geval worden bediscussieerd, maar vooralsnog kan het inbouwen en waar nodig versterken van controlemogelijkheden bij de rechter in zijn algemeenheid worden gezien als een stap in de goede richting als antwoord op de uitbreiding van het takenpakket van het OM.

De ontwikkelingen op Europees niveau nopen wat ons betreft evenmin tot een andere benadering. Enerzijds kunnen aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie krachtige argumenten worden ontleend voor een onafhankelijker positionering van het OM. Daarbij is niet alleen het dwingende karakter van het supranationaal recht van belang, maar speelt ook de aanleiding voor de strengere jurisprudentiële lijn van het Hof een rol: de behoefte aan een betere borging van grondrechten in het strafproces. Anderzijds zijn er, naast de hierboven genoemde implicaties voor de democratische legitimatie van de taken van het OM, andere redenen om juist niet al te snel op basis van die rechtspraak tot heroverweging van de positionering van het OM over te gaan. Ten eerste, voor zover de wens om te komen tot een onafhankelijker positionering van het OM is ingegeven door de ontwikkelingen op Europees niveau, rijst de vraag of datgene wordt bereikt wat met een dergelijke herpositionering wordt beoogd. In het kader van strafrechtelijke samenwerking in EU-verband geldt immers dat bij beslissingen die aan het recht op vrijheid in de zin van artikel 6 van het Handvest raken, de rechtmatig-

heid van de procedure niet uitputtend wordt bepaald door de onafhankelijkheid van de bevoegde autoriteit. Het gaat het Hof er primair om of kan worden gesproken van een (voldoende) rechterlijke procedure, dat wil zeggen een procedure waarin beslissingen omtrent de individuele vrijheid aan rechterlijke toetsing kunnen worden onderworpen.<sup>69</sup> Ten tweede geldt dat hoewel de toenemende aandacht voor bescherming van grondrechten op zichzelf is toe te juichen, de rechtspraak op dit moment nog volop in ontwikkeling is en niet eenduidig is te noemen voor wat betreft de implicaties van een meer op grondrechten gestoelde benadering van strafrechtelijke samenwerking in EU-verband. In die zin zou het wat prematuur kunnen blijken te zijn om reeds op basis van de huidige rechtspraak tot een fundamentele herijking van de positie van het Nederlandse OM over te gaan. Bovendien is in het kader van de overleveringspraktijk onzes inziens principieel weinig in te brengen tegen het aan de rechter toebedelen van bevoegdheden, waarvan de uitoefening (in potentie) een forse inbreuk op de vrijheid met zich brengt. De huidige wettelijke situatie – die in het leven is geroepen als gevolg van de in het voorgaande besproken jurisprudentie van het Hof, waarbij het OM fungeert als centrale autoriteit maar de beslissing tot het uitvaardigen van EAB's uiteindelijk door de rechter-commissaris geschiedt en waarbij de tenuitvoerlegging van EAB's exclusief bij de IRK is belegd – is wat ons betreft dan ook een duurzame taakverdeling.<sup>70</sup> In die zin lijkt het ook in het kader van de Europese samenwerking meer aangewezen eerst te kijken naar de vraag hoe bepaalde taken en verantwoordelijkheden tussen OM en rechter zouden moeten worden verdeeld, alvorens de institutionele positionering van het OM ingrijpend aan te passen.

Intussen blijft gelden dat vanuit verschillende hoeken, om uiteenlopende redenen en ingegeven door terechte zorgen over de staat van de *rule of law*, de oproepen tot een onafhankelijker OM luid en Europa-breed klinken. De onderliggende ratio waarmee de positie van het Nederlandse OM is vormgegeven – een balans tussen enerzijds het waarborgen van de democratische legitimatie van de taakvervulling van het OM en anderzijds de onafhankelijkheid daarvan – lijkt in de recente discussie op zowel nationaal als Europees niveau enigszins naar de achtergrond verdwenen te zijn. Juist vanuit rechtsstatelijk oogpunt zou die ratio echter moeten aanspreken, niet in de laatste plaats nu de democratische legitimatie van de Nederlandse strafrechtspleging moeilijk op andere manieren te realiseren is. Wat ons betreft is er daarom vooraleerst alle reden om de ratio van de huidige institutionele positionering van het OM vaker en krachtiger uit te leggen; niet alleen in Nederland, maar ook in Europa.

67 Conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-aanwijzing, te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl).

68 Mede in het licht van het belang van rechtsbescherming voor de verdachte kan men zich afvragen of dit voldoende is. Om die reden bepleit Peters een wettelijke regeling van proces- en vonnisafspraken (zie Peters 2018, p. 194).

69 Zie ook Ouwerkerk e.a. 2021, p. 131-133.

70 Zie ook Ouwerkerk e.a. 2021, p. 116.

## 6. Conclusie

In deze bijdrage hebben wij een aantal ontwikkelingen geschetst die zich de laatste jaren hebben voorgedaan met betrekking tot het takenpakket van het OM, meer in het bijzonder waar deze raken aan de institutionele positionering van het OM. Daarbij hebben wij ons de vraag gesteld of deze ontwikkelingen ertoe nopen deze positionering te heroverwegen. Vastgesteld kan worden dat het takenpakket van het OM de laatste decennia fors is uitgebreid, waarbij het OM diverse taken toebedeeld heeft gekregen die voorheen tot het domein van de rechter behoorden. Ook kan worden vastgesteld dat deze ontwikkelingen ertoe hebben geleid dat in toenemende mate wordt gepleit voor een onafhankelijker positionering van het OM.

Deze oproep is zonder meer begrijpelijk. Tegelijkertijd moet naar onze mening de oplossing voor een discrepantie tussen enerzijds het takenpakket van het OM en anderzijds diens institutionele positie veeleer worden gezocht in een heroverweging van dat takenpakket dan in de herijking van die positionering. Voorkomen moet immers worden dat het kind met het badwater wordt weggegooid en dat de huidige (op zichzelf terechte) discussie over de positionering van het OM leidt tot een verstoring van de balans tussen democratische legitimatie en onafhankelijke taakvervulling zoals de wetgever die heeft weten te treffen met de huidige positionering van het OM tussen de rechtsprekende macht en de uitvoerende macht in. Daarom pleiten wij ervoor in eerste instantie naar het takenpakket zelf te kijken en indien nodig daarin aanpassingen aan te brengen, voordat wordt overgegaan tot een eventuele herijking van de positie van het OM. Wij merken daarbij op dat op nationaal niveau een voorzichtige tendens van versterking van controlemogelijkheden bij de rechter is waar te nemen, terwijl in het kader van de Europese strafrechtelijke samenwerking binnen de overleveringspraktijk taken die voorheen aan het OM waren toebedeeld, bij de rechter zijn belegd, mede in het licht van het belang van de grondrechtenbescherming. Onzes inziens dienen dergelijke oplossingsrichtingen verkend en ingezet te worden, alvorens aan de institutionele positionering van het OM te sleutelen.

Tegelijkertijd realiseren wij ons terdege dat een dergelijke benadering vragen kan oproepen, zowel in nationaal als in Europees verband. Wat ons betreft is het dan ook van belang dat meer bewustwording wordt gecreëerd met betrekking tot de achterliggende gedachte bij de huidige hybride positie van het OM. Het OM heeft een belangrijke verantwoordelijkheid in de opsporing en vervolging van strafbare feiten. De beslissingen van het OM kunnen verstrekkende gevolgen hebben voor de burger. Dergelijke beslissingen vergen democratische legitimatie. In vergelijking met lidstaten waarin sprake is van lekenrechtspraak, is de democratische legitimatie van de strafrechtspleging in Nederland toch al gering, hetgeen noodzaakt die democratische legitimatie anderszins vorm te geven. Tegelijkertijd ligt er dan een

taak voor de politiek, de strafrechtspraktijk én de strafrechtswetenschap om de ratio achter de huidige hybride positionering van het Nederlandse OM krachtiger uit te dragen.