

**Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de
Gemeenschap en de instelling van een Europees officier van justitie
Europese Commissie COM (2001) 715 def**

Opinie van Prof. Dr. John A.E. Vervaele
op het concept- Kabinetsstantpunt (1 mei 2002)

op verzoek van de bijzondere commissie voor de JBZ-Raad
Eerste Kamer der Staten-Generaal

10 mei 2002
Universiteit Utrecht
Juridische Faculteit

1. Achtergrond en context van het Groenboek van de Europese Commissie

In het Groenboek verwijst de Europese Commissie uitdrukkelijk naar haar aan de Intergouvernementele Conferentie van Nice gericht voorstel ter instelling van een Europees officier van justitie. De Europese Commissie wou hiervoor in het EG-Verdrag een nieuwe rechtsgrondslag creëren, uitgewerkt in art. 280bis. De bevoegdheid van de Europese officier van justitie zou uitdrukkelijk beperkt zijn tot de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Dit voorstel is door de staatshoofden en regeringsleiders in Nice niet overgenomen. Wel is in de derde pijler van het Unie-Verdrag voorzien in de instelling van Eurojust. Inmiddels is na een tijdje proefdraaien met Pro-Eurojust Eurojust definitief ingesteld op basis van een derde pijler besluit. Dit nieuwe derde pijler orgaan heeft tot doel de justitiële samenwerking op het niveau van het OM te optimaliseren door betere samenwerking en ondersteuning en door aansturing van rogatoire commissies. (zie infra). De bevoegdheid van Eurojust is veel ruimer dan EG-fraude en strekt zich uit over het ruime veld van georganiseerde criminaliteit, zoals neergelegd in het materiële bevoegdheidsterrein van de derde pijler van het Unie-Verdrag.

De Europese Commissie is er zich ook ten zeerste van bewust dat in de jaren negentig forse vooruitgang is geboekt op het terrein van de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. In de jaren negentig zijn Eg verordeningen tot stand gekomen die de lidstaten verplichten onregelmatigheden inzake EG-inkomsten of EG-uitgaven met bestuurlijke maatregelen of sancties af te doen¹². Voorts heeft de anti-fraude unit van de EG (toen nog UCLAF, nu OLAF) zelfstandige administratieve toezichtsbevoegdheden in de lidstaten gekregen. In de derde pijler zijn conventies, en daarbij horende protocollen, aangenomen die de lidstaten, na ratificatie, verplichten om EG-fraude strafrechtelijk aan te pakken en daarvoor te voorzien in de nodige strafbepalingen en om corruptie door ambtenaren van de lidstaten of van supranationale organen strafbaar te stellen. Tot slot heeft OLAF, na het collectief ontslag van de Commissie Santer, op basis van een interinstitutioneel akkoord en diverse verordeningen³, meer armslag en zelfstandigheid gekregen voor het aanpakken van interne fraude en corruptie.

Niettemin oordeelt de Europese Commissie het noodzakelijk om, met het oog op de Intergouvernementele Conferentie in 2004 en dus ter voorbereiding op concrete voorstellen in het najaar 2002, de praktische implicaties van een Europees Officier van Justitie grondiger te bestuderen en daarover een debat aan te gaan met alle betrokken partijen in de lidstaten. De Commissie was, is en blijft de mening toegedaan dat het huidige instrumentarium niet voldoet om te komen tot een efficiënte bestrijding van EG-fraude. Dit wordt deels ingegeven door de trage en onvolledige ratificatie van de conventies en protocollen in de derde pijler. Hoofdargument is evenwel dat het model van klassieke rechtshulp tussen justitiële autoriteiten tekort schiet in een sterk geïntegreerde markt, hetgeen wordt aangeduid als een versnippering van de Europese strafrechtelijke ruimte. De Europese Commissie wordt in dit argument gesteund door de bevindingen van de zogenaamde Corpus Juris studies, in opdracht van het Europees Parlement⁴, door de opinies van het comité van onafhankelijke deskundigen⁵, door het comité van wijzen⁶ en door het comité van toezicht op OLAF⁷, die allen voorstellen een Europees officier van Justitie in te stellen ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap.

Dat de klassieke interstatelijke rechtshulp, zelfs in geoptimaliseerde vorm, niet in staat is om te voorzien in efficiënte vormen van strafrechtelijke aanpak op Europees niveau wordt ook door anderen erkend. De regeringsleiders hebben in de conclusies van Tampere, ter uitvoering van de in het Verdrag van Amsterdam opgenomen « ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid) gekozen voor wederzijdse erkenning van gerechtelijke beslissingen, ook in strafzaken en ook met betrekking tot gerechtelijke beslissingen in het kader van het strafrechtelijk vooronderzoek.

¹ Verordening 2988/95 van 18 december 1995, Pb L 312, 1995, 1.

² Verordening 2185/96 van 11 november.

³ Zie o.a. verordening 1073/1999, Pb L 136, 1999, 1.

⁴ Zie M. Delmas-Marty (ed.), *Corpus Juris*, introducint penal provisions for the purpose of the financial interests of the EU, Economica 1997; M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol I- IV, Intersentia, 2000-2001.

⁵ Dit comité heeft fraude en nepotisme in de Europese Commissie onderzocht naar aanleiding van het ontslag van de Commissie Santer. Zie Tweede verslag over de hervorming van de Commissie, 10.09.1999, aanbeveling 59.

⁶ Verslag van de heren Dehaene, Simon en Von Weizsäcker, 18.10.1999, par. 2.2.6.

⁷ Adviezen nrs 5/99 en 2/2000 van het Comité van Toezicht op OLAF, in het Activiteitenverslag (juli 1999 – juli 2000), Pb C 360 van 14.12.2000.

Tevens hebben de regeringsleiders onderstreept dat we in de EU moeten komen tot het vrij verkeer van strafrechtelijk bewijs, hetgeent betekent dat bewijs verkregen in het ene land toelaatbaar bewijs zou moeten zijn in een ander EU-land. De Tampere voorstellen hebben geleid tot een lawine aan Commissie-voorstellen, neergelegd in het Commissie Scoreboard. In dit kader is ook het Europees aanhoudingsmandaat tot stand gekomen. Anderzijds heeft de derde pijler van het Verdrag van Amsterdam (titel VI EU-Verdrag, arts. 29-32), ten opzichte van de derde pijler van het Verdrag van Maastricht, duidelijk een formulering meegekregen (en dus ook de rechtsgrondslag) voor meer transnationale operationale samenwerking. Het instellen van gemeenschappelijk onderzoeksteams is daar een duidelijk voorbeeld van.

Het voorstel van de Europese Commissie tot het instellen van een Europese officier van Justitie integreert het gedachtengoed van Tampere, maar gaat ook duidelijk een stap verder dan de voorstellen van Tampere of het acquis van de derde pijler. Het kiest voor het totstandbrengen van een gemeenschappelijke vervolgings- en opsporingsruimte, zij het beperkt tot de financiële belangen van de Gemeenschap.

2. Algemeen uitgangspunt en algemene beoordeling van de Nederlandse regering

Analyse

De Nederlandse regering staat in beginsel positie tegenover het initiatief tot de instelling van een Europees officier van justitie en is de mening toegedaan dat voor de instelling ervan de weg van aanpassing van het EG-Verdrag begaanbaar is.

Het is van belang dit uitgangspunt goed in zijn context te plaatsen. De Nederlandse regering heeft tot voor kort steeds verdedigd dat het huidige instrumentarium, mits optimaal gebruikt, voldoende was en dat er geen noodzaak was – ook niet op het terrein van EG-fraude- om te voorzien in nieuwe instrumenten of structuren. Tevens heeft de Nederlandse regering steeds verdedigd dat het vigerende EG-recht geen rechtsgrondslag biedt voor harmonisatie van strafrecht of strafprocesrecht en dat die harmonisatie plaats moet vinden in het kader van de derde pijler, ook met betrekking tot de handhaving van communautair beleid. In de laatste notitie van de Nederlandse regering over Eurostrafrecht⁸, waarin zowel standpunt wordt ingenomen ten opzichte van het zich ontwikkelend straf(proces)recht in de derde pijler als ten opzichte van het Corpus Juris onderzoek en het daarin vervatte voorstel tot oprichting van een Europees officier van justitie is te lezen dat :

« Met de hierboven onder 3 genoemde fraude-overeenkomst met bijbehorende protocollen, waarvan sommigen parallel aan de studie van het Corpus Juris en sommige nadien tot stand zijn gekomen, wordt, voor wat betreft het materiële strafrecht, hetzelfde doel bereikt als wat met het Corpus Juris wordt nagestreefd (...) De in het Corpus Juris voorgestane aanpassing van de structuur van de strafvervolgging moet mijns inziens worden gezien als een onderdeel van de aan het gehele Corpus Juris ten grondslag liggende idee, namelijk dat de lidstaten zelf niet tot een effectieve aanpak van de EG-fraude bestrijding zullen geraken . Die veronderstelling is zo moge uit het voorgaande blijken gedateerd. Verder zullen naar mijn oordeel uitvoering van de door Nederland voor Tampere gekozen prioriteiten : coördinatie va strafvervolgging en Europese prioriteitsstelling bij de strafvervolgging reeds tot aanzienlijke verbeteringen in de concrete aanpak van EG-fraude-zaken leiden en voorts beter inzicht bieden in wat daarna aan reële behoeften tot verdere ontwikkeling resteert. Concluderend ben ik van oordeel dat het Corpus Juris een interessante impuls heeft gegeven aan de discussie over een verdere ontwikkeling van het Europees strafrecht. Deze heeft echter na de totstandkoming van het Verdrag van Amsterdam en de bijzondere instrumenten voor de bestrijding van fraude en corruptie een nieuwe wending genomen ».

In de huidige concept-notitie kiest de Nederlandse regering dus resoluut voor een ander uitgangspunt. In de geciteerde notitie over eurostrafrecht geeft de Nederlandse regering ook een lijst van criteria aan voor het beoordelen van initiatieven tot harmonisatie van regelgeving⁹. Criterium a luidt : »feitelijke omvang van het probleem en consensus over de wenselijkheid van een Europese aanpak daarvan, met andere woorden of en in welke mate een aanpassing nodig is (subsidiariteit) ». Met de principiële keuze voor een Europees officier van justitie erkent de Nederlandse regering ook dat aan het net geciteerde criterium is voldaan.

⁸ Eurostrafrecht, Tweede Kamer, 1998-1999, 26 656, nr. 1.

⁹ Idem, p; 6.

De Nederlandse regering onderstreept ook dat het afleggen van verantwoording als een essentiële voorziening. Tot slot onderstreept de Nederlandse regering dat een strafrechtelijke aanpak een ultimatum remedium aanpak is en steeds gepaard dient te gaan met een mix aan preventieve en bestuursrechtelijke maatregelen.

Opinie

Mijns inziens maakt de Nederlandse regering hier een doelbewuste terechte keuze, gestoeld op de Europese dimensie van het probleem. Deze keuze kan vanzelfsprekend niet alleen worden gemaakt van uit een louter Nederlands perspectief. De omvang van EG-fraude (zowel aan de inkomsten als aan de uitgavenkant) is van ernstige aard en heeft in zekere sectoren ook relaties met georganiseerde criminaliteit. Hierbij moeten we niet alleen denken aan olijfoliesubsidies, maar ook aan de recente smokkelzaken met tabak en alcohol of de BTW-carroussels. Ondanks de vooruitgang die is geboekt, met name op het normatieve terrein van harmonisatie van het materiële strafrecht, blijft het een feit dat in tal van lidstaten de aanpak van EG-fraude te wensen overlaat. Ook de aanpak van interne fraude en corruptie in de Europese instellingen voldoet niet, ondanks de oprichting van OLAF. OLAF is een Europese toezichthouder en geen opsporingsorgaan en het vervolgetraject met per definitie nationale opsporingsautoriteiten verloopt stroef. Uit meerdere studies blijkt dat het uitermate moeilijk is om ingewikkelde transnationale EG-fraudezaken voor de rechter te krijgen met kans op slagen. De versnippering van de informatie, het gebrek aan overzicht, het gebrek aan coördinatie tussen justitiële autoriteiten, problemen met de ontvankelijkheid van bewijs of met bewijskracht (gebruik van bewijs verkregen door toezicht in strafzaken, gebruik van bewijs verkregen via rogatoire commissies, etc.) hebben in diverse grote EG-fraude-zaken geleid tot gebrekkige opsporing, competentieproblemen, bewijsproblemen, lage straffen of vrijspraak. Er is dus sprake van een reëel handhavingstekort met een transnationale Europese dimensie. Uit het oogpunt van een efficiënte aanpak die tevens recht doet aan equivalentie tussen lidstaten en rekening houdend met de in het geding zijnde essentiële belangen van de Gemeenschap is de keuze voor een Europees officier van justitie legitiem en verantwoord vanuit het subsidiariteitsbeginsel.

Dat het Verdrag van Amsterdam hiervoor aanpassing behoeft staat buiten kijf. Dit is niet alleen noodzakelijk door het gebrek aan rechtsbasis, zowel in het EG-Verdrag als in het Unie-Verdrag, maar ook omwille van de democratische legitimiteit. Het is een substantiële stap, die gedragen moet worden door democratische legitimiteit en dus onderdeel moet zijn van het ratificatieproces van het volgende EU-Verdrag.

Wat met de opvallende keuze van de Nederlandse regering om die verdragswijziging door te voeren in het EG-Verdrag (communautaire eerste pijler) en niet in het Unie-Verdrag (derde pijler)? Ook hier ben ik de mening toegedaan dat de Nederlandse regering een terechte keuze maakt. Het is een goede zaak dat het beleid inzake normering, preventie, toezicht en opsporing op het terrein van de financiële belangen van de EG kan worden ontwikkeld binnen dezelfde institutionele structuur, met mede-beslissingsrecht van het Europees Parlement en onder het gerechtelijke controle van het Hof van Justitie. Hiermede zijn ook de randvoorwaarden gecreëerd voor een democratische en gerechtelijke controle op de werking van het nieuwe communautaire orgaan. Dat de Nederlandse regering heeft gekozen voor een eerste pijler insteek mag ook zijn ingegeven door het feit dat het huidige art. 280 EGV ter bescherming van de financiële belangen van de EG recentelijk, zowel door de Juridische dienst van de Raad als door de afdeling Wetgeving van de Nederlandse Raad van State is geïnterpreteerd in die zin dat de communautaire eerste pijler wel degelijk een rechtsbasis kan bieden voor bevoegdheid – zij het beperkt – tot harmonisatie van strafrecht. Zoals bekend heeft de Commissie in 2001 twee ontwerp voorstellen richtlijnen ingediend, respectievelijk met het doel strafrechtelijke harmonisatie te bewerkstelligen op het terrein van respectievelijk de financiële belangen van de EG¹⁰ en het milieurecht. Deze twee voorstellen concurreren respectievelijk met de reeds geciteerde Conventie (en bijhorende protocollen) inzake de financiële belangen en een ontwerp kaderbesluit inzake milieu. Indien het ontwerp kaderbesluit inzake strafrechtelijke milieuharmonisatie wordt goedgekeurd ziet het er naar uit dat de Commissie die beslissing zal aanvechten voor het Hof van Justitie op basis van schending van het *acquis communautaire* (communautaire bevoegdheden) door de derde pijler Raad. Indien het Hof van Justitie de uitgezette lijn in haar jurisprudentie volgt en indien de Commissie het Hof van Justitie kan overtuigen van het voor het communautaire beleid functionele belang van de strafrechtelijke harmonisatie voor het

¹⁰ Voorstel van 23 mei 2001, Pb 28 augustus 2001, C 240 E/125-129.

¹¹ Voorstel van 15 maart 2001, Pb 26 juni 2001, C 180 E 238-243.

realiseren van de communautaire doelstellingen, is het niet ondenkbaar dat ook het Hof van Justitie functionele bevoegdheid tot strafrechtelijke harmonisatie in de eerste pijler erkent.

Het belang van de verantwoording kan inderdaad niet genoeg worden benadrukt. Het is zaak dat binnen de Commissie een Commissaris politiek verantwoordelijk is voor het beleid van het Europees OM en hierover verantwoording aflegt aan het Europees Parlement. Voorts dient het Europees OM zelf inzicht te geven in zijn werkzaamheden (jaarverslag) en in zijn beleidsprioriteiten (jaarplan).

De redenering van de Nederlandse regering over de noodzaak het strafrecht te zien als « ultimum remedium » en het in te bedden in een mix aan maatregelen onderschrijf ik volledig. Alleen begrijp ik niet waarom dit hier als argument wordt opgevoerd in het kader van het Groenboek. Het EG-beleid met betrekking tot EG-fraude bestaat momenteel vooral uit preventieve maatregelen (ook op wetgevingsniveau) en uit bestuursrechtelijke instrumenten (harmonisatie van bestuurlijke sancties, europees toezicht, etc.). Pas met de derde pijler Conventies is er een luik strafrechtelijke harmonisatie van het bijzonder materiële strafrecht aan toegevoegd. Ook het werkplan van OLAF voor de komende jaren gaat uitvoerig in op preventie en op de bestuursrechtelijke aanpak. De insteek van het Groenboek is beperkt tot de strafrechtelijke kant, maar dat betekent geenszins dat die aanpak in de plaats komt van preventie of bestuursrechtelijke maatregelen. Het is de ontbrekende schakel voor de aanpak van de zware EG-fraude.

3. Concrete vragen van de Europese Commissie in het Groenboek

3.1. Wat vindt u van de voorgestelde interne structuur en organisatie van het Europees openbaar ministerie ? Moeten de afgevaardigde Europese officieren van justitie een exclusief Europees mandaat krijgen of kan dit worden gecumuleerd met een nationaal mandaat ?

Analyse

De Nederlandse regering onderschrijft het voorgestelde gedecentraliseerde model, waarbij de afgevaardigde Europese officieren van justitie worden ingebed in de nationale vervolgingsautoriteiten. Voor de afgevaardigde officieren verkiest de regering een « exclusief mandaat », zodanig dat deze zich volledig kunnen wijden aan deze taak.

Opinie

Vooraf dringt zich een juridisch taalprobleem op. In Nederlandse versie van het Groenboek is er sprake van een Europese officier van justitie. Hierbij dient voor ogen te worden gehouden dat de Europese officier van justitie aan het hoofd staat van een Europees OM, dat bestaat uit een Europees parket en afgevaardigde officieren van justitie in de lidstaten. Om die reden had de term Europees Openbaar Ministerie meer voor de hand gelegen. In een aantal talen wordt deze term in het Groenboek trouwens wel gebruikt.

Het gedecentraliseerde model lijkt me een optimale keuze. Immers, het komt erop aan , ook voor de instroom van zaken naar de Europees officier van justitie, goede voeling te hebben en te houden met de dagdagelijkse opsporingspraktijk. Bovendien zijn veel zaken per definitie gemengde zaken, dus zaken die zich niet beperken tot EG-fraude alleen (zie vraag 2 en 6). Aangezien veel zaken in de praktijk ook zullen worden behandeld (opsporingshandelingen en vervolgingshandelingen op het niveau van de afgevaardigde officier van justitie is het belangrijk dat hij onderdeel uitmaakt van de nationale vervolgingsautoriteiten. Een separate structuur loopt het gevaar van « drooglegging ».

De Nederlandse regering stipt terecht aan dat er een spanningsverhouding is tussen het onderdeel zijn van de nationale vervolgingsautoriteiten, maar het hiërarchisch niet onderworpen zijn aan die nationale vervolgingsautoriteiten. Die spanning is voor ons niet nieuw : we hoeven maar te denken aan de relatie tussen het landelijk parket en de ressortparketten in Nederland of tussen het landelijk OM tegen de mafia en de ressortparketten in Italië. Die verhouding dient dus verder uitgewerkt in concrete regelgeving, waarbij het uitgangspunt moet zijn dat de prioriteit voor EG-fraude zaken bij de Europees officier van justitie ligt, die dus mede aansturing kan geven aan het nationale opsporingsapparaat en dus ook invloed uitoefend op het nationale strafrechtsbeleid op dat terrein. Vergelijkbare aansturingmodellen en samenwerkingsmodellen hebben we inmiddels ook op het terrein van Europese mededinging tussen de Europese mededingingsautoriteit en de nationale

mededingingsautoriteiten, zoals de Nederlandse NMA. Kortom, het is denkbaar hiervoor regels te bedenken die moeten worden uitgewerkt én op Europees niveau én op het niveau van het nationaal strafprocesrecht.

De keuze voor een exclusief mandaat lijkt me minder overtuigend. Ik zie niet goed in waarom dit een verplichting zou moeten zijn. Wel lijkt me belangrijk dat de afgevaardigde officier van justitie de noodzakelijke tijd en middelen heeft om de EG-fraude zaken naar behoren te kunnen behandelen. Evenwel, het zij niet gezegd dat de afgevaardigde slechts een persoon zou mogen zijn. Ik zie niet in waarom een team van landelijke officieren, gespecialiseerd in bijvoorbeeld financieel-economische criminaliteit, niet én verantwoordelijk zouden kunnen zijn voor bijvoorbeeld fiscale fraude (AWR zaken) en ook afgevaardigde officieren. Het feit dat zij ook directe fiscale fraude opsporen en vervolgen hoeft an sich niet in de weg te staan aan de behandeling van EG-fraude, als ze inderdaad voldoende tijd en middelen ter beschikking hebben om de communautaire taak naar behoren uit te voeren. Het kiezen voor een « gemengd mandaat » heeft ook weer voordelen voor de instroom van zaken/ voeding richting Europese officier van justitie, gezien het grote aantal gemengde zaken.

3.2. Voor welke strafbaarstellingen zou de Europese officier van justitie bevoegd moeten zijn ? Zouden de gedefiniëerde strafbaarstellingen in het kader van de Europese Unie moeten worden aangevuld ?

Analyse

De Nederlandse regering kiest voor een gecumuleerde bevoegdheid voor de Europese officier van justitie en de nationale vervolgingsautoriteit, met een voorrangsregel voor de Europese officier van justitie. Wel pleit de regering voor een financiële drempel en voor een stricte afbakening van de materiële bevoegdheid van de Europese officier van justitie. Die bevoegdheid is beperkt tot een specifiek aantal artikelen in het nationale wetboek van strafrecht. Van een aanvulling met andere strafbare feiten is de Nederlandse regering voorhands geen voorstander.

Opinie

De optie voor een gecumuleerde bevoegdheid met een voorrangsregel voor de Europese officier van justitie is een logisch vervolg van de principiële keuze. Ook de keuze voor een financiële drempel en dit, zoals de regering terecht stelt, als criterium voor het vaststellen van de bevoegdheid, is overtuigend.

Lastig punt is evenwel de materiële afbakening van de bevoegdheid van de Europese officier van justitie. Het is voor de Europese Gemeenschap zaak efficiënt op te kunnen treden met betrekking tot ernstige vormen van EG-fraude of complexe transnationale vormen van EG-fraude. De definitie van EG-fraude behoort inmiddels tot het acquis, dank zij de harmonisatie via de derde pijler conventies (en daarbij horende protocollen). Iedereen behoort dus te weten wat EG-fraude is en dat geldt ook voor de nationale handhavingsorganen. Probleem is evenwel dat de lidstaten, voor zover ze het nationale recht reeds hebben aangepast aan de inhoud van de Conventies en de daarbij horende protocollen, dit bij lange niet altijd hebben gedaan door te voorzien in separate, specifieke strafbaarstellingen. Bovendien zijn specifieke strafbaarstellingen in lidstaten niet altijd specialis bepalingen. Kortom, door de nationale wetgevingstructuur of door de verhouding tussen gemeen strafrecht en bijzonder strafrecht is het bijzonder moeilijk om op basis van het door de Nederlandse regering voorgestelde regeling tot een Europees wijd werkbaar model te komen. Niet alle EG-fraude zaken zijn per definitie te herleiden tot strafbaarstellingen in het wetboek van strafrecht. Veel bruikbare strafbaarstellingen zijn te vinden in bijzondere fiscale en/of economische wetgeving. Het is uiteraard van nut om per land een catalogo op te stellen van toepasselijke artikelen, maar het bevoegdheidscriterium lijkt me toch te zijn : ernstige aantasting van de financiële belangen van de Gemeenschap, met een voorrangsregel. Dit betekent dat bijvoorbeeld ook ernstige BTW-fraude zaken per definitie tot het bevoegdheidsterrein van het Europees Openbaar Ministerie dienen te behoren.

Het lijkt me voor een Europees Openbaar Ministerie (Europees officier van justitie en afgevaardigden) zeer moeilijk operationaal opsporingshandelingen te stellen in de gemeenschappelijke ruimte op basis van een uitermate versnipperde lappendeken aan nationale strafbepalingen. Om die reden ben ik de mening toegedaan dat de keuze van het Corpus Juris om EG-fraude delicten en aanverwante delicten volledig te harmoniseren de voorkeur verdient. Dit hoeft nog niet te betekenen dat er hiermee « federale delicten worden gecreëerd ». Er kan worden gedacht aan een wetgevingstechniek waarbij ze onder een aparte titel in het wetboek van strafrecht worden ingeschreven, met een specialisregeling ten opzichte van andere delicten en dus ook een bevoegdheidsvoorrangsregel voor het Europees Openbaar Ministerie.

Tot slot begrijp ik de beperking voorhands tot EG-fraude en corruptie van ambtenaren niet. Waarom zou het Europees OM alleen bevoegd moeten zijn voor corruptie door EU ambtenaren en niet voor andere strafbare feiten gepleegd door EU ambtenaren, voor zover gerelateerd aan de uitoefening van hun ambt, zoals bijvoorbeeld ernstige schending van ambtsgeheim ? Ten tweede denk ik aan de valsmunterij van de euro. De euro is functioneel en symbolisch zodanig verbonden met de Gemeenschap dat een parallel met de financiële belangen van de Gemeenschap voor de hand ligt. De bevoegdheid zou bovendien het grote voordeel hebben dat een gecoördineerd strafrechtelijk handhavingsbeleid voor de euro ter hand kan worden genomen. Daardoor zouden ook de relaties tussen het Europees OM en Europol en OLAF verder uitgetekend kunnen worden.

3.2. Zou de instelling van een Europees officier van justitie gepaard moeten gaan met de vaststelling van bepaalde aanvullende gemeenschappelijke regels op het gebied van sancties, aansprakelijkheid, verjaring of andere ? Zo ja, in welke mate ?

Analyse

De Nederlandse regering acht verdergaande gemeenschappelijke regels op het gebied van sancties niet nodig. Tevens houdt de Nederlandse regering vast aan de niet-invoering van minimumstraffen. De Nederlandse regering is wel voorstander van het invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen en van harmonisatie van verjaringstermijnen. Tevens pleit de regering voor het uitvaardigen op EU-niveau van richtlijnen voor strafvordering.

Opinie

Het is opvallend dat de Nederlandse regering voorbij gaat aan de fundamentele vraag of de harmonisatie van delen van het bijzonder deel van strafrecht (vraag 2) gepaard dient te gaan met (partiële) harmonisatie van het algemeen deel van strafrecht. Heeft harmonisatie van delicten zin zonder harmonisatie van het algemeen deel ? In het Corpus Juris was gekozen voor een doelbewuste partiële harmonisatie van het algemeen deel van het wetboek van Sr. Deze aanpak wordt door de Europese Commissie niet gevolgd in het Groenboek. De Europese Commissie is van mening dat « een dergelijke harmonisatie evenredig moet blijven aan de specifieke doelstelling van de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen en dat de mate van harmonisatie moet worden gevarieerd afhankelijk van het onderwerp ». De Nederlandse regering lijkt de aanpak van de Europese Commissie stilzwijgend te onderschrijven, zij het met kanttekeningen.

De redenering van de Nederlandse regering inzake de harmonisatie van strafrechtelijke sancties is niet helemaal duidelijk. Als met « verdergaand » wordt bedoeld, verdergaand dan het huidige acquis (de derde pijler conventies en protocollen), dan is dat een overtuigend standpunt. Evenwel, de redeneringen over art. 280 en het assimilatiebeginsel zijn vreemd en moeilijk te plaatsen in dit verband. Art. 280 EGV verplicht de lidstaten ook tot proportionele, effectieve en afschrikwekkende handhaving, niet alleen tot assimilatie. Kortom, art. 280 EGV staat niet in de weg tot strengere bestrafing van EG-fraude dan vergelijkbare nationale fraude. Meer nog, het kan zijn dat louter assimilatie niet voldoet aan de eisen van art. 280 EGV. Wetstechnisch kan het probleem, zoals geschetst met art. 225 Sr, worden opgevangen door mijn voorstel voor een aparte titel in het wetboek van Sr (zie vraag 2).

Ik onderschrijf de mening van de Nederlandse regering inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Toch mis ik hier enige fundering. Ook hier zal de functionaliteit van die harmonisatie aangetoond moeten worden. Bovendien blijft een groep lidstaten – weliswaar steeds kleiner – behoorlijk gekant tegen het idee. Voor een efficiënt handhavingsmodel lijkt het me evenwel noodzakelijk dat het Europees OM ook rechtspersonen kan vervolgen en niet in het ene land wel kan vervolgen en in het andere land de handhaving moet overlaten aan nationale bestuursorganen. Met zo'n diagonaal model valt moeilijk te werken.

Ook de opinie van de regering over verjaring onderschrijf ik. Een progressieve verjaringstermijn afhankelijk van de zwaarte van het delict lijkt me overtuigend en noodzakelijk.

Voor de niet-invoering van minimumstraffen kan ik begrip opbrengen, maar Nederland behoort met dit standpunt tot een minderheidsgroep aan landen. Bovendien is het vreemd dat Nederland voorstelt om het strafvorderingsbeleid van de afgevaardigden van het Europees OM te stroomlijnen, maar aan de rechter volledige vrijheid wil laten. In welke

mate is het voorschrijven van minimumstraffen een essentiële inbreuk op de grondbeginselen van het Nederlandse straf(proces)recht ?

Vraag 4 In welke gevallen en door wie zou de zaak verplicht moeten worden verwezen naar de Europese officier van justitie ?

Analyse

De Nederlandse regering onderschrijft de in het Groenboek geformuleerde aangifteplicht voor nationale en communautaire autoriteiten. De regering is er evenwel geen voorstander van dat de aangifte direct, zonder tussenkomst van de nationale vervolgingsautoriteiten, bij de EG-aanklager wordt gedaan.

Opinie

De verplichte aangifteplicht is mijns inziens essentieel om de informatiestroom richting Europees Openbaar Ministerie te garanderen en « drooglegging » te voorkomen. Op Europees niveau dienen evenwel instrumenten te worden ontwikkeld om de naleving van die aangifteplicht ook te garanderen. Indien nodig dient het Europees OM ook over instrumenten te beschikken om de nodige informatie op te vorderen, c.q. ze desnoods via doorzoeking te halen. Conflicten tussen tegenwerkende nationale handhavingsorganen en Europese handhavingsorganen hebben zich in het verleden in meerdere lidstaten reeds voorgedaan met betrekking tot gegevens in het kader van het bestuurlijk Europees toezicht. Het is belangrijk voor ogen te houden dat het Nederlandse bestuurlijk model niet in alle EU landen functioneert zoals in Nederland. Bovendien kunnen nationale handhavingsautoriteiten ter kwader trouw feiten onder tafel houden.

De plicht om alle aangiftes te doen via de nationale vervolgingsautoriteiten overtuigt me niet en vind ik in het licht van voorgaande ook niet wijs. Indien het inderdaad zaken betreffen waarover twijfel bestaat of ze onder de materiële bevoegdheid vallen van het Europees OM, dan kan ik me goed voorstellen dat nationale handhavingsorganen contact opnemen met de afgevaardigde officier van justitie. Evenwel is het alleen is om zicht te houden op aard en omvang van de op het nationaal grondgebied geconstateerde misdrijven, dan is een systeem denkbaar om dit te realiseren gekoppeld aan de verplichte aangifteplicht aan het Europees OM. Immers, het is perfect denkbaar aan de aangever of aan het Europees OM de verplichtin op te leggen om een kopie van de aangifte te sturen aan de nationale afgevaardigde officier van justitie. Vermeden moet evenwel worden dat het nationale OM, dat niet in alle EU landen volledig onafhankelijk van de uitvoerende macht kan opereren, zaken kan filteren vooraleer ze worden doorgestuurd aan het Europees OM. Ook voor het Europees OM is het van essentieel belang volledig overzicht te hebben op de EG-fraude problematiek. Voorts moet burgers en bedrijven ook het recht hebben om klacht in te dienen bij het Europees OM. Tenslotte, ligt het voor OLAF, Eurojust en Europol niet voor de hand dat ze aangifte zouden moeten doen bij nationale vervolgingsautoriteiten. Het is van het grootste belang dat het Europees OM zicht krijgt en houdt op de ernstige vormen van EG-fraude en op transnationale EG-fraudezaken.

Vraag 5 Zou de Europese officier van justitie moeten worden geleid door het beginsel van de legaliteit van de vervolging, zoals de Commissie voorstelt, of door het opportuniteitsbeginsel ? In welke uitzonderingen zou in elk van deze gevallen moeten worden voorzien ?

Analyse

De Nederlandse regering hecht op nationaal niveau zeer aan de handhaving van het opportuniteitsbeginsel, maar is er zich van bewust dat het systeem van democratisch en rechterlijke toezicht en alle daaraan verbonden checks and balances veel moeilijker te realiseren is op Europees niveau. Om die reden kan de Nederlandse regering voor het beperkte en afgescheiden rechtsgebied waarvoor de EG-aanklager bevoegd is instemmen met een keuze voor het legaliteitsbeginsel. De daaraan verbonden verplichting om in alle gevallen strafvervolging in te stellen, stelt de

Nederlandse regering, versterkt de rechterlijke controle op de EG-aanklager, aangezien de rechter in alle gevallen (behoudens sepot) in de gelegenheid zal zijn zich een oordeel te vormen over het handelen van de EG-aanklager.

De Nederlandse regering stelt voor om de in het Groenboek voorgestelde uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel te beperken tot welbepaalde gronden van technisch sepot.

Opinie

In de reeds geciteerde notitie over eurostrafrecht hanteert de Nederlandse regering als één van de criteria voor het beoordelen van initiatieven tot harmonisatie van regelgeving het criterium d/ behoud van de ruimte voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel zoals dat in de Nederlandse strafvordering vorm heeft gekregen¹²

De Nederlandse regering kiest hier dus expliciet voor het omgekeerde uitgangspunt. Voor die keuze kan ik begrip opbrengen en de daarvoor aangevoerde gronden zijn overtuigend. Om daaruit evenwel te besluiten dat er geen enkele ruimte zou of kunnen mogen zijn voor een opportuniteitsbeleid of transactiebeleid lijkt me niet te rechtvaardigen. Waarom zou het Europees OM niet in staat mogen of kunnen zijn om een zo'n beleid uit te werken ? Kortom, er lijkt me ruimte voor toepassing van het legaliteitsbeginsel, maar getemperd door richtlijnen die zaken stroomlijnen en ruimte creëren voor voorwaardelijk sepot en transactie.

Vraag 6 Hoe moeten, met inachtneming van de in dit Groenboek gedane suggesties, de zaken tussen de Europese officier van justitie en de nationale vervolgingsinstanties worden verdeeld, met name om gemengde zaken te kunnen behandelen ?

Analyse

Op dit punt bevat het concept kabinetsstandpunt eigenlijk geen standpunt. Er wordt aangeduid dat er ook meerdaadse samenloop bestaat naast ééndaadse samenloop en dat er een reguliere overlegstructuur nodig is tussen de EG-aanklager en de nationale vervolgingsinstanties.

Opinie

De problematiek van de gemengde zaken is zonder twijfel één van de moeilijkste uit het hele Groenboek en ook vrij substantieel. Om die reden is de reactie van de regering op dit punt onder de maat. Het probleem van de meerdaadse samenloop is eigenlijk een schijnprobleem, omdat het Groenboek erop wijst dat de nationale vervolginginstanties en het Europees OM zich in een zaak kunnen voegen. Essentieel is de bevoegdheidsverdeling, tussen het Europees OM en de nationale vervolgingsinstanties, bij EG-fraude zaken die tevens strafbaar zijn als klassieke nationale delicten, zoals douanefraude, belastingfraude, valsheid in geschrifte, oplichting, deelneming aan een criminele organisatie, etc. Die gemengde zaken, in de praktijk de meerderheid, creëren problemen voor de bevoegdheidsverdeling en voor het uitoefenen van de strafvordering. Positieve of negatieve bevoegdheidsconflicten dienen te worden vermeden en er dient te worden gestreefd naar het vermijden van dubbele procedures (ne bis in idem vexari - zie vraag 14). Tevens dient de vervolging zo geoptimaliseerd mogelijk te verlopen.

De regeling van bevoegdheidsconflicten heb ik reeds behandeld onder vraag 2. Toch zal dat niet alle problemen kunnen wegnemen. Om die reden dient er bij het gevaar van dubbele procedures of van conflicten gewerkt te worden met de voorgestelde overlegstructuur. Evenwel, overleg op zich is niet voldoende. Er zal tevens een regeling uitgewerkt moeten worden die criteria aangeeft voor werkverdeling tussen het Europees OM en het nationaal OM en daarmee ook leidt tot het vermijden van dubbele opsporingstrajecten.

Vraag 7 Is de lijst met voor de Europese officier van justitie beoogde opsporingsmaatregelen voldoende, met name om een einde te maken aan de versnippering van de Europese strafrechtelijke ruimte ? Welk kader (toepasselijk recht, controle – zie par. 6.4) moet voor dergelijke opsporingsmaatregelen worden voorzien ?

¹² Idem, p. 6.

Analyse

De Nederlandse regering is zeer kritisch over de passages in het Groenboek met betrekking tot de opsporingsbevoegdheden. De regering is de mening toegedaan dat diverse concepten hier door elkaar worden gehaald en dat de positie van de rechter van de vrijheden onduidelijk is. Het valt evenwel op dat de Nederlandse regering geen voorstellen formuleert.

Opinie

De opinie van de Nederlandse regering dat het hier om « een aantal fundamentele vraagstukken gaat, die bepaald vragen om een zorgvuldiger en preciezere uitwerking dan in het Groenboek is gebeurd » onderschrijf ik volledig. Dit betekent nog niet dat ik alle kritiek van de Nederlandse regering deel. Mijns inziens is positie van de rechter van de vrijheden niet zo onduidelijk. Het betreft een rechter die waakt over de procedurele waarborgen en over de grondrechten bij de toepassing van dwangmiddelen. Kortom, hij dient vooraf rechterlijke toestemming te verlenen aan het Europees OM (Europees officier van justitie of afgevaardigde) voor het inzetten van die dwangmiddelen.. In tegenstelling tot wat de Nederlandse regering beweert is de nationale rechter van de vrijheden, vergelijkbaar in Nederland met de garantiefunctie van de rechter-commissaris, wel degelijk een rechter die deel uitmaakt van de nationale rechterlijke macht, en die bij zijn beslissingen zijn nationaal recht toepast.

Veel problematischer is inderdaad het vermengen van de opsporingsbevoegdheden van het Europees OM en de rechter van de vrijheden met het derde pijler concept van wederzijdse erkenning, zoals uitgewerkt in de conclusies van Tampere. Op dit punt is de tekst van het Groenboek duidelijk een compromis tussen de uiteenlopende denklijnen binnen de diverse units in de Europese Commissie (met name OLAF en de unit belast met het JBZ beleid). In het Corpus Juris voorstel was ook sprake van een europees aanhoudingsmandaat en euro-opsporingshandelingen, zelfs een europees proces-verbaal, kortom opsporingshandelingen met effect in het terroir van de vijftien lidstaten. Groot verschil met het Groenboek is evenwel dat het Corpus Juris voorziet in artikelen met betrekking tot de strafrechtelijke harmonisatie van de rechten van de verdediging en van de regels met betrekking tot toelaatbaarheid van bewijs en bewijslast. In het Groenboek zijn die onderdelen van harmonisatie van het strafprocesrecht weggelaten en vervangen door automatische wederzijdse erkenning. Met uiteenlopende regimes van rechten van de verdediging en bewijsrecht dreigt hierdoor een situatie te ontstaan waarbij de rechten van de verdediging speelbal kunnen worden van forumkeuzes van het Europees OM en er dus een neerwaartse spiraal (Delaware effect) ontstaat. Dat de automatische wederzijdse erkenning vergaande consequenties kan hebben voor de rechten van de verdachte hebben we voldoende kunnen ervaren met het voorstel europees aanhoudingsmandaat van de Europese Commissie. Dezelfde problemen zijn aan de orde met betrekking tot automatische erkenning van een europees onderzoeksmandaat of een europees inbeslagname mandaat, om eer maar een paar te noemen.

Het standpunt van de Nederlandse regering om deze problematiek te herleiden tot een land per land aanpak lijkt me ook niet realistisch en een paar stappen terug ten opzichte van de verworvenheden in de derde pijler en niet te rijmen met de conclusies van Tampere. Mijn inziens dienen we te werken aan transnationale instrumenten voor de opsporing, maar niet zonder de rechten van de verdachte uit het oog te verliezen. Hiervoor zal enige harmonisatie van het strafprocesrecht nodig zijn en zullen instrumenten geschapen moeten worden om de verdachte ook toegang te geven tot bepaalde transnationale instrumenten. De equality of arms zal ook in een Europese dimensie moeten worden heroverwogen.

De Europese Commissie is zich bewust van deze dimensie en heeft in 2002 een « Consultation Paper on Procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings » gepubliceerd. Dit document beperkt zich evenwel tot een analyse van de procedurele garanties in het EVRM en in het Charter van 2000 over Grondrechten van de EU. Op een aantal punten worden hiaten aangestipt. Zou wordt onder « h/fairness in obtaining and handling evidence (including the prosecution's duty of disclosure) gesteld dat : »There is a need to ensure that the rules on the means of obtaining and handling evidence and the inadmissibility of improper evidence are equivalent throughout the European Union. This is particularly important as regards jurisdiction in cross-border crime cases. Ideally, the duty of disclosure should also be the same ». De Commissie verwijst verder naar « a separate proposal for a Council framework decision on mutual recognition of pre-trial orders to obtain evidence (including for cybercrime investigation) which will cover search and seizure orders and production orders ». Dit alles heeft aan dat Europese opsporingshandelingen niet kunnen zonder enige harmonisatie van het strafprocesrecht. De geciteerde voorbeelden,

het Europees aanhoudingsmaandaat en het voorstel tot wederzijdse erkenning van « pre-trial orders to obtain evidence » zijn uitstekende illustraties van het feit dat het uitwerken van operationale opsporingsinstrumenten op basis van wederzijdse erkenning substantiële harmonisatie vergen, die ook rekening moet houden met de rechten van de verdediging. Om die reden is het zaak zeer kritisch naar deze passages in het Groenboek te kijken en de voorstellen, die mijns inziens gerechtvaardigd zijn, te koppelen aan de nodige harmonisatie van de waarborgen. Het door de Nederlandse regering voorgestelde optie, om de slagkracht van het Europees OM afhankelijk te maken van opsporingshandelingen met enkel effect in de lidstaat lijkt me in de huidige stand van ontwikkelingen van de derde pijler achterhaald en niet meer verdedigbaar.

Zie voor verder analyse de vragen 10-14.

Vraag 8 Welke oplossingen moeten worden overwogen om ervoor te zorgen dat de door de Europees officier van justitie nuttig geachte opsporingshandelingen daadwerkelijk worden verricht ?

Analyse

In de algemene inleiding en bij de behandeling van deze vraag wijst de Nederlandse regering erop dat beroep wordt gedaan op de nationale handhavingscapaciteit, zonder dat het Groenboek verder duidelijkheid verschaft over de aansturing en de financiering daarvan. Bovendien zou er wel een concurrentie kunnen ontstaan tussen communautaire en nationale prioriteiten.

Opinie

Ook nu al kan er uiteraard concurrentie ontstaan tussen communautaire en nationale handhavingsprioriteiten. Het is evenwel zo dat de arts. 10 en 280 EGV en specifiek secundair gemeenschapsrecht de lidstaten vergaande handhavingsverplichtingen opleggen, hetgeen nu al de nodige consequenties heeft voor het inzetten van handhavingscapaciteit en het hanteren van prioriteiten. In 1999 is Frankrijk door het Hof van Justitie veroordeeld voor het stelselmatig seponeren van strafzaken met betrekking tot gewelddadige acties van landbouwers tegen vrachtvervoer van Spaans fruit over de weg. Dit heeft aan dat het huidige strafrechtsbeleid nu al een forse communautaire dimensie heeft.

Dit neemt niet weg dat het argument van de Nederlandse regering (zowel in de inleiding als onder deze vraag) met betrekking tot capaciteit en extra financiering hout snijdt. Het is van het grootste belang dat de financiële en organieke omkadering van het Europees OM duidelijk wordt uitgewerkt en dat het Europees OM over financiële mogelijkheden beschikt om de handhavingscapaciteit in de lidstaten aan te sturen. Hier kunnen parallelen worden getrokken met de « federal-state enforcement cooperation » in de VS.

Vraag 9 Onder welke voorwaarden zou de Europees officier van justitie een beslissing tot sepot dan wel een beslissing tot het aanhangig maken van de zaak ter terechtzitting moeten nemen ?

Analyse

De Nederlandse regering kiest voor het legaliteitsbeginsel met een beperkt technisch sepot. Voor rechtsmiddelen tegen de beslissing de vervolging te staken wordt doorverwezen naar het nationale recht (voor Nederland dus art. 12 Sv). Voorts werpt Nederland in de inleiding en onder deze en andere vragen het punt op van de verantwoording voor het gevoerde strafrechtsbeleid. Vandaar een pleidooi voor jaarverslagen, jaarplannen, etc.

Opinie

Supra heb ik gepleit voor ruimere uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel, dus ook opportunitessepot op basis van geobjectiveerde criteria en ruimte voor een transactiebeleid. Het is belangrijk dat tegen de sepotbeslissing beroep bij de rechter open staat. Het nationale recht zou daarin moeten voorzien. Tevens is belangrijk dat het sepotbeleid vooraf gekend is en er verantwoording wordt over afgelegd. Met betrekking tot de transactie is er een tendens in Europese landen om die beslissing te laten nemen of te formaliseren door de rechter. Het zou dus een van de afdoeningswijzen worden op rechterlijk niveau, na verzoek door het OM.

Vraag 10 Volgens welke criteria moet(en) de lidsta(a)t(en) kiezen voor het aanhangig maken van de zaak ter terechtzitting ? Moet op de keuze van de Europese officier van justitie terzake toezicht worden uitgeoefend ? Zo ja, door wie ?

Analyse

De Nederlandse regering is voorstander van het opstellen van bevoegdheidsregels met prioriteitsstelling. In geval van een bevoegdheidsconflict zou Eurojust kunnen bemiddelen. De controle wordt neergelegd bij de rechter ten gronde, die eventueel zou kunnen doorverwijzen naar een bevoegde rechter in een andere lidstaat.

Opinie

Doordat in het Groenboek, mijns inziens terecht, wordt geopteerd voor de berechting op nationaal niveau, is het voor het OM in theorie mogelijk om de zaak te laten berechten voor 17 jurisdicties (14 jurisdicties van lidstaten en 3 jurisdicties in het VK). Een compleet vrije forumkeuze voor het Europees OM is ondenkbaar. Om die reden is het objectiveren van de forumkeuze, gekoppeld aan prioriteitscriteria, evident. Evenwel, ook op basis van de huidige praktijk weten we dat dit nooit dichtgetimmerd kan en moet worden. Er dient hier enige flexibiliteit ingebouwd te worden. Bij ernstige transnationale zaken zullen er snel belangrijke aanknopingspunten zijn in meerdere jurisdicties. In het besluit tot instelling van Eurojust is aan Eurojust inderdaad de bevoegdheid toegekend om in deze te bemiddelen. De redenen voor forumkeuze door het OM kunnen sterk uiteenlopen, maar bij niet geharmoniseerde strafprocesrechtregels is dit in ieder geval geen neutrale keuze. Kortom, voor de verdachte is de forumkeuze door het OM een handeling met verstreckende juridische gevolgen. Om het nog niet te hebben over het feit dat hij zich in het buitenland met toepassing van buitenlands recht moet verdedigen. Dat hij daarmee zijn ‘natuurlijke rechter’ verliest overtuigt mij niet. Wie in de Europese ruimte actief is in het economische verkeer neemt het risico dat hij te maken krijgt met recht en rechters die niet behoren tot zijn lidstaat. Dit is zo in het civiele recht en bestuursrecht en ik zie geen reden waarom dat anders zou liggen voor het strafrecht.

Een belangrijk punt is wel dat die forumkeuze zeer verstreckende juridische gevolgen kan hebben voor de verdachte. Op dit punt kan ik het standpunt van de Nederlandse regering niet onderschrijven. Zo’n belangrijke keuze kan vanuit de positie van de verdachte niet worden overgelaten aan een bemiddelingsbevoegdheid van Eurojust. Mijns inziens dient hier een rechterlijke filter te worden ingebouwd, die zowel toezicht houdt op de kwaliteit en toelaatbaarheid van het bewijs als op de jurisdictie/forumkeuze. Die functie kan worden toebedeeld aan een specifieke nationale rechterlijke instantie (dit kan ook de rechter van de vrijheden zijn) of aan een Europese preliminaire kamer (‘pre-trial chamber’), zoals die ook bestaat voor het Internationaal Tribunaal voor ex-Joegoslavië en is voorzien voor het toekomstige Internationaal Strafhof. De toebedeling aan een Europese preliminaire kamer, bij voorkeur een speciale kamer bij het Hof van Justitie, heeft het voordeel van rechtseenheid en rechtszekerheid voor de gehele Europese ruimte. Bovendien zal van de jurisprudentie van die kamer een geleidelijke harmoniserende werking uitgaan op de nationale stelsels van strafprocesrecht (een harmoniserende werking die vergeleken kan worden met de invloed van het EHRM). Die rechtszekerheid en harmoniserende werking is absoluut noodzakelijk voor het opbouwen van het nodige wederzijdse vertrouwen in elkaars strafrechtssystemen en voor het handhaven van een behoorlijk rechtsstaatgehalte in transnationale zaken.

Voor alle duidelijkheid, niet alle EG-fraudezaken dienen voorgelegd aan die preliminaire kamer. Veel ernstige fraude-zaken zullen beperkt zijn tot één jurisdictie en kunnen dus worden vervolgd en berecht met toepassing van het nationale strafprocesrecht, zonder dat daarvoor een preliminaire kamer nodig is. Voor deze zaken is het voldoende dat de nationale rechter van de vrijheden kijkt naar de kwaliteit en toelaatbaarheid van het bewijs. Indien de

verdachte vindt dat zijn zaak door de preliminaire kamer behandeld moet worden zou het beroep moeten kunnen aantekenen tegen het verzoek van het OM de zaak te laten behandelen door de nationale rechter van de vrijheden.

De door de Nederlandse regering voorgestelde bemiddeling door Eurojust en het eventueel doorverwijzen door rechters ten gronde komt geenzins tegemoet aan de eisen van rechtszekerheid en rechtswaarborgen voor de verdachte.

Vraag 11 Vindt u dat het beginsel op grond waarvan in een lidstaat op rechtmatige wijze verkregen bewijzen door de rechterlijke instanties in elke andere lidstaat zouden moeten worden toegelaten, wat de Europese officier van justitie betreft, het obstakel uit de weg kan ruimen dat wordt gevormd door de verschillen inzake de toelaatbaarheid van bewijzen ?

Analyse

Zie vooral vraag 7. De Nederlandse regering stelt ook oplossingen voor in het nationale recht met betrekking tot bewijskracht van buitenlands bewijs.

Opinie

Zie vooral vraag 7 en 10. Ter aanvulling : de onderhandelingen over het europees aanhoudingsmandaat en over de 'mutual recognition of pre-trial order of production of evidence' (euro-doorzoeking, euro-inbeslagnames, etc.) illustreren dat wederzijdse erkenning pas kan slagen als er voldoende wederzijds vertrouwen is in de kwaliteit van elkaars systemen. Dit vereist op een aantal punten harmonisatie van strafprocesrecht, zowel op het punt van toelaatbare bewijsmiddelen als op het punt van de consequenties van onrechtmatig verkregen bewijs (hier dus gekoppeld aan grondrechten). Ook om die reden is het van vitaal belang dat bij transnationale zaken één preliminaire kamer een oordeel kan vellen over de kwaliteit en de toelaatbaarheid van het bewijs. Ook op die manier kan een jurisprudentie worden ontwikkeld voor de gehele Europese ruimte. Die jurisprudentie over de toelaatbaarheid van bewijs zou ook een belangrijke spin-off kunnen hebben voor nationale fraudezaken met bewijs verkregen uit het buitenland en dus ook voor de toetsing door de nationale rechters van de vrijheden.

Vraag 12 Wie moet de onder het gezag van de Europese officier van justitie verrichte opsporingshandelingen toetsen ?

Analyse

De Nederlandse regering legt deze functie ofwel bij de rechter van de vrijheden, ofwel bij de zittingsrechter. Voorts stelt ze een consultatiemechanisme voor op rechterlijk niveau.

Opinie

In mijn antwoord op vraag 11 en 12 heb ik aangegeven dat mijn voorkeur uitgaat naar een Europese preliminaire kamer. Het toebedelen aan de rechter van de vrijheden is denkbaar, maar heeft het nadeel van versnippering en dus minder rechtszekerheid. Het volledig overlaten aan de zittingsrechter lijkt me vanuit het perspectief van rechtswaarborgen niet te verdedigen. In het voorstel van de Nederlandse regering mis ik de keuze voor harmonisatie van het strafrechtelijk bewijs. Op zich vreemd, want de Nederlandse regering heeft die consequenties in haar inleiding wel aan.

Vraag 13 Wie moet worden belast met de toetsing van de akte van het aanhangig maken van de zaak ter terechtzitting ?

Analyse

De Nederlandse regering kiest hier resoluut voor de zittingsrechter en wijst de optie van de rechter van de vrijheden van de hand.

Opinie

Vooreerst lijkt me de keuze van de Nederlandse regering hier niet consequent met de beantwoording van de vorige vragen, waarbij de optie voor de rechten van de vrijheden wel als begaanbaar wordt voorgesteld.

Voor het overige zie mijn opinie onder de vragen 7, 10, 11 en 12.

Vraag 14 Denkt u dat de grondrechten van het individu tijdens de gehele door de Europese officier van justitie gevoerde procedure, zoals voorgesteld, voldoende worden beschermd? Wordt met name het recht om niet twee maal voor hetzelfde feit strafrechtelijk te worden vervolgd, naar behoren gewaarborgd (zie par. 6.2.1.)?

Analyse

De Nederlandse regering is de mening toegedaan dat in het Groenboek onvoldoende rekening wordt gehouden met de rechten van het individu. Het is evenwel opvallend dat dit juridisch eigenlijk hoofdzakelijk wordt ingevuld met een argumentatie over het « ne bis in idem ».

Opinie

In mijn opinie onder de vragen 7, 10, 11, 12 en 13 heb ik uitvoerig aangegeven dat noch het Groenboek, noch het ontwerp kabinetsstandpunt van de Nederlandse regering voldoende garantie bieden voor de nodige rechtswaarborgen van de verdachte. Meer nog, het standpunt van de Nederlandse regering is nog minimalistischer op dit punt dan het Groenboek. In dat licht zijn de opmerkingen over de ‘gevoelens van de verdachte die wordt berecht in een andere lidstaat’ moeilijk te plaatsen, omdat de Nederlandse regering niet met oplossingen komt om de juridische gevolgen van de forumkeuze te regelen en dus ook niet voorziet in een rechtswaarborgensysteem voor de verdachte. Het is opvallend dat in de voorstellen van de Nederlandse regering met geen woord wordt gerept over de mogelijkheden voor de advocaat van de verdachte om inzage te krijgen in het strafdossier, om te verzoeken tot het stellen van bepaalde opsporingshandelingen, etc.

Het ne bis in idem is inderdaad een erkend grondrecht, maar over de strekking van het beginsel is veel onzekerheid. Wat is bis en wat is idem? Dat bepaalde handelingen kunnen leiden tot meerdere strafbaarstellingen is duidelijk. Hiervoor zijn er in het nationale strafrecht regels van anti-cumulatie, specialis/generalis of samenloopbepalingen. In de regel wordt de werking van het beginsel beperkt tot de berechting, maar de laatste jaren wint ook het beginsel ne bis in idem veld (dat dus ook betrekking heeft op de opsporing en vervolging) aan terrein. Mag een persoon geconfronteerd worden met meerdere procedures voor één en dezelfde gedraging? Met betrekking tot EG-fraudezaken heb ik onder vraag 2 aangegeven hoe via een specialisregeling bevoegdheidsconflicten en cumulaties van procedures kunnen worden vermeden. Een zaak die behandeld is door de Europese officier van justitie of de afgevaardigde en heeft geleid tot berechting (met veroordeling of vrijspraak), transactie of sepot dient kracht van gewijsde te hebben en staat in de weg aan heropenen van die zaak door nationale vervolgingsautoriteiten, tenzij er natuurlijk nieuwe feiten zijn. In dat laatste geval dient het Europees OM de zaak opnieuw te heropenen. Indien het gemengde feiten betreft is de regel « ne bis in idem » niet van toepassing, omdat het geen idem-zaken betreft. Een verdachte kan dus voor fraude met de vennootschapsbelasting nationaal worden vervolgd, ook al is zijn EG-fraude zaak (de bron van inkomsten) afgedaan met een transactie. Dat zou op nationaal vlak, in de huidige context, niet anders zijn.

Vraag 15 Wat zouden de kenmerken moeten zijn van een goede structurering van de betrekkingen tussen de Europese officier van justitie en de actoren op het gebied van de samenwerking in strafzaken die in het kader van de Europese Unie zijn ingesteld?

Analyse

De Nederlandse regering onderstreept de coördinerende rol van Eurojust en pleit voor goede afstemming met het Europees Justitieel Netwerk en met Europol. De inhoud van die afstemming en samenwerking wordt niet nader ingevuld.

Opinie

Eurojust is een derde pijler orgaan met belangrijke coördinerende en ondersteunende bevoegdheden op het terrein van de justitiële samenwerking inzake het bevoegdheidsterrein van de derde pijler. Het is duidelijk dat onder de vlag van georganiseerde criminaliteit, drugs en terrorisme ook financiële criminaliteit thuishoort. Het Europees OM is in het Groenboek en ook in het standpunt van de Nederlandse regering een communautair orgaan met operationele opsporingsbevoegdheden in het Europees territorium. De Nederlandse regering houdt zich hier evenwel teveel op de vlakte en komt niet tot een invulling van de afstemming en samenwerking. Vooreerst dient onderlijnd dat voor EG-fraudezaken het Europees OM prioriteit bevoegd is. Ook Eurojust, EJN en Europol hebben aangifteplicht indien ze worden geconfronteerd met EG-fraude zaken. Ten tweede betekent dit dat het Europees OM toegang moeten hebben en krijgen tot de informatie van Eurojust, EJN en Europol. Voorts zou het Europees OM op hun handhavingscapaciteit beroep moeten kunnen doen, uiteraard in overeenstemming met de hen toegewezen bevoegdheid. Het is met name opvallend dat de Nederlandse regering geen link legt tussen het Europees OM en de « gemeenschappelijke onderzoekteams », waarbij Eurojust en Europol een belangrijke rol zouden moeten spelen. Het ligt voor de hand om die teams, voor zover betrekking hebbende op EG-fraude zaken (denk aan de sigaretten- en alcoholsmokkel) onder de regie van het Europees OM te brengen. Kortom, de Nederlandse regering benadert de problematiek hier vanuit een klassieke opstelling van staat-staat samenwerking, terwijl het verticale model van het Europees OM is gestoeld op een model van operationele samenwerking in het Europese territorium.

In het licht van mijn opinie over vraag 2 (welke delicten) ben ik ook van mening dat de bevoegdheid voor de valsmunterij van de euro een optimale kans is om te komen tot een slagvaardige transnationale handhaving, waarbij aan Europol operationele gerechtelijke bevoegdheden, onder leiding en gezag van het Europees OM, toebedeeld zouden kunnen worden.

Tot slot, op termijn dient gestreefd naar een integratie van de derde pijler en de eerste pijler. Op termijn is het dus wenselijk dat EJN, Eurojust en het Europees OM één organisatie worden. Dit zou ook de nadelen van de huidige constructie van Eurojust wegnemen. Eurojust heeft nu immers te bescheiden bevoegdheden (kan niet echt operationaal opsporingshandelingen stellen in de Europese ruimte, met uitzondering van het recht te verzoeken tot het verrichten van rogatoire commissies) en is door haar inbedding in de Raad niet opgezet als een onafhankelijke orgaan van de uitvoerende macht.

Vraag 16 Welke elementen inzake de relatie tussen het Bureau en de Europese officier van justitie vindt u relevant in het perspectief van de door de Commissie te verrichten evaluatie van de status van OLAF ?

Analyse

De Nederlandse regering ziet in de instelling van het Europees OM geen aanleiding om in de status van OLAF wijzigingen aan te brengen. Tegelijkertijd benadrukt de regering het belang van de interne fraude- en corruptiebestrijding.

Opinie

De Nederlandse regering heeft gelijk dat een Europees OM ingesteld kan worden zonder dat aan de bevoegdheden van OLAF geraakt moet worden. De vraag is evenwel of de status en de bevoegdheden van Olaf niet opnieuw bekeken moeten worden in het licht van een Europees OM. Hetzelfde geldt trouwens voor Europol. Eén van de argumenten om aan OLAF en aan Europol geen operationele gerechtelijke bevoegdheden toe te kennen was precies het feit dat er op Europees niveau geen OM structuur aanwezig was onder wiens gezag, leiding en verantwoordelijkheid door deze buitengewone Europese opsporingsambtenaren opsporingshandelingen zouden kunnen worden gesteld. Met de inrichting van een Europees OM valt dit argument weg.

Ten tweede is het voor een slagvaardige aanpak van de interne fraude en corruptie in de instellingen van de EU noodzakelijk dat het Europees OM kan beschikken over een Europese bod die opsporingshandelingen kan stellen en

niet voortdurende aanloopt tegen de grenzen van het Europees bestuurlijk toezicht. Die keuze zou wel leiden tot een opsplitsing van het huidige OLAF. Slechts een deel, namelijk belast met het intern opsporingsonderzoek, zou rechtstreeks onder de leiding van het Europees OM dienen te komen.

Vraag 17 Hoe zouden de betrekkingen van de Europese officier van justitie met derde landen, met name de kandidaat lidstaten, moeten zijn om activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, krachtiger te bestrijden?

Analyse

De Nederlandse regering vindt dit duidelijk geen prioriteit en is de mening toegedaan dat de organisatie zich eerst in de EU moet bewijzen.

Opinie

De prioriteit voor de aanpak van de EG-fraude in de EU ligt voor de hand. Niettemin moet het perspectief van de kandidaat-lidstaten en andere derde landen niet uit het oog worden verloren. Steeds meer komen forse EG-fraudezaken aan het licht in derde landen (bv. Slovakije, Palestina, Kosovo). In het Verdrag van Amsterdam is ook de rechtsgrondslag opgenomen voor het onderhandelen van rechtshulp- en uitleveringsverdragen tussen de EU en derde landen. Zopas is een onderhandelingsmaandag in die zin gegeven voor het openen van de onderhandelingen met de VS. Bij die onderhandelingen is het van belang om de bestrijding van EG-fraude niet uit het oog te verliezen. Met name bij het onderhandelen van een dergelijk verdrag met Zwitserland zou dit van groot belang kunnen zijn. IN zo'n verdrag dient het Europees OM te worden opgenomen als een erkende autoriteit, waardoor het Europees OM dus zowel verzoeken tot rogatoire commissies en tot aanhoudingen zou kunnen doen uitgaan als zou kunnen ontvangen.

Voor de bestaande bilaterale verdragen tussen lidstaten en derde landen dient het Europees OM inderdaad beroep te doen op de nationale autoriteiten voor de verzoeken. De nationale vervolgingsautoriteiten zouden door dit verzoek gebonden moeten zijn en dus een uitvoeringsplicht hebben. De facto kan dit worden uitgevoerd door de afgevaardigde. Aangezien hij onderdeel is van de nationale vervolgingsautoriteiten is hij per definitie ook erkende autoriteit

Vraag 18 Welke rechtsmiddelen zouden beschikbaar moeten worden gesteld tegen de door de Europees officier van justitie in de uitoefening van zijn functie verrichte handelingen?

Analyse

De Nederlandse regering verwijst naar de zittingsrechter of desgevallend naar de rechter van de vrijheden. Tegen de beslissing van de rechter in eerste aanleg staat onder het nationale recht beroep open.

Opinie

De Nederlandse regering gaat mijns inziens volledig voorbij aan de vragen die betrekking hebben op forumkeuze, toelaatbaarheid van bewijs, uitoefening van de rechten van de verdediging tijdens het vooronderzoek, etc. In mijn beantwoording van deze problematiek heb ik onder de vragen 10-14 de beslissingen daarover toebedeeld aan een preliminaire kamer. Mijns inziens komt dat voldoende tegemoet aan de rechten van de verdachte en hoeft daartegen geen beroep open te staan. Indien echter de zaken rechtstreeks zouden doorstromen van het Europees OM naar de zittingsrechter, hetgeen dus duidelijk niet mijn voorkeur verdient, liggen de zaken heel anders. In zo'n

constructie moet de verdachte minstens in beroep kunnen tegen de forumkeuze. Bovendien dient hij zich ook tot een instantie te kunnen wenden om zijn rechten tijdens het vooronderzoek te garanderen (bijvoorbeeld inzage in het dossier, verzoeken tot het stellen van opsporingshandelingen).

Prof. Dr. John A.E. Vervaele
Utrecht
10 mei 2002.