

Tilburg University

## Een Europees openbaar ministerie; kanttekeningen bij het Groenboek

Fijnaut, C.J.C.F.; Groenhuijsen, M.S.

*Published in:*  
Nederlands Juristenblad

*Publication date:*  
2002

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Fijnaut, C. J. C. F., & Groenhuijsen, M. S. (2002). Een Europees openbaar ministerie; kanttekeningen bij het Groenboek. *Nederlands Juristenblad*, 77(26), 1234-1241.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

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

## Een Europees openbaar ministerie: kanttekeningen bij het Groenboek

### I. *Een nieuwe aanloop*

Ter gelegenheid van de Intergouvernementele Conferentie van Nice in december 2000 publiceerde de Europese Commissie (EC) een mededeling over de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap waarin zij met name pleitte voor de instelling van een Europees openbaar ministerie (OM).<sup>1</sup> De Europese Raad sprak zich blijkens de conclusies van de conferentie niet over dit voorstel uit, niet in positieve en ook niet in negatieve zin. Hij verwees het zonder veel woorden terug naar de Commissie met het verzoek om de praktische implicaties ervan diepgaander te onderzoeken. De uitkomst van dit onderzoek is het “Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie” dat op 11 december 2001 werd gepubliceerd en dat op uitnodiging van de Commissie vóór 1 juni door de Lidstaten en door specialisten en belanghebbenden van commentaar wordt voorzien.<sup>2</sup> Het ligt in de bedoeling van de EC om mede op basis van dit commentaar in 2003 een bijdrage te leveren aan de discussie over de herziening van de Verdragen die momenteel wordt voorbereid door de Europese Conferentie onder leiding van Giscard d’Estaing. Deze heeft onlangs trouwens al laten weten dat de machtsverhouding tussen de Europese Unie (EU) en haar Lidstaten op justitieel terrein een van de grote thema’s in de Conferentie is.

Het Groenboek moet blijkens de inleiding bovenal een antwoord zijn op de sceptische reacties die het voorstel vaak ten deel zijn gevallen. Daartoe wordt het deze keer “vanuit een praktische invalshoek uitgelegd en worden de mogelijkheden besproken voor de concrete tenuitvoerlegging van een ambitieuze oplossing, die met recht als vernieuwend wordt beschouwd”. De ondertoon in deze Mededeling is er dan ook een van: het principe van een Europees OM staat niet meer ter discussie, het gaat alleen nog om de manier waarop het in praktijk wordt gebracht. Wie nog vragen heeft bij “de legitimiteit van en de redenen voor de instelling van een Europese officier van justitie” wordt zodoende enigermate neergezet als iemand die niet met zijn tijd is meegegaan. Hierna zal echter worden gedemonstreerd dat die

- 
- 1 Deze bijdrage werd door de Commissie gepubliceerd op 29.09.2000 (COM(2000) 608 def.). In de stukken van de Commissie wordt overigens gewoonlijk gesproken van een “Europese officier van justitie” maar deze betiteling van het voorstel is in het Nederlands eigenlijk niet hanteerbaar - “wij” stellen geen officier in; in het Groenboek wordt de letterlijke vertaling van de Franse aanduiding niettemin wel gebezigd. In de recente Nederlandse vertaling van het *Corpus juris* wordt terecht gesproken van het Europees openbaar ministerie. Vgl. M. Luchtman e.a., *Corpus juris 2000; strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie*, Utrecht, Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie, 2001.
  - 2 Brussel, 11.12.2001, COM (2001) 715 def. Wij hebben kennis genomen van de reactie op het groenboek door de Nederlandse regering, die op 1 mei 2002 is gezonden naar de voorzitter van de Eerste Kamer(kenmerk 5163468/502/PV). Ook is inmiddels een commentaar opgesteld door Dasec: The Dutch Law Association for the study of the protection of the financial interests of the EC. In onze beschouwing staat het groenboek zelf centraal; we gaan slechts zijdelings in op de zojuist genoemde reacties daarop.

vragen nog altijd heel legitiem zijn.

Eerst - een beetje onlogisch misschien, maar wel conform de aanpak van de Commissie - zal worden uiteengezet om welke oplossing het in dit voorstel gaat. Dan zal worden geschetst voor welke problemen het een oplossing wil zijn. Vervolgens wordt niet alleen besproken of die problemen om deze oplossing vragen maar worden ook (enkele van) haar onvolkomenheden belicht. Daarna wordt ingegaan op enkele van de meer principiële kwesties die in dit voorstel aan de orde zijn. Enerzijds de voorkeur van de EC voor het legaliteitsbeginsel bij de vervolging van strafbare feiten die de financiële belangen van de Gemeenschap in het gedrang brengen. Anderzijds haar streven naar een zekere harmonisatie van het straf(proces)recht in de Lidstaten, met name op het punt van de toelaatbaarheid van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal.

## II. *De beeltenis en het voetstuk van het Europese OM*

### II.1. *Hoe ziet dit OM eruit?*

Institutioneel gesproken gaat het volgens de EC om een gedecentraliseerde instelling. Aan het hoofd staat de Europese officier van justitie die op voorstel van de EC en met instemming van het Europees parlement (EP) met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen door de Raad wordt benoemd voor een ambtsperiode van zes jaar; herbenoeming is niet mogelijk, juist ook om de onafhankelijkheid van zijn optreden te waarborgen. Om te verzekeren dat zijn optreden wordt geïntegreerd in de nationale rechtsordes - zonder dat die, nog altijd volgens de EC, ingrijpend worden gewijzigd - ressorteren onder hem per Lidstaat een of meer (afgevaardigde) Europese officieren van justitie: nationale functionarissen die in de respectievelijke Lidstaten zijn betrokken bij de vervolging van strafbare feiten en op dit vlak beschikken over een zekere ervaring. Deze officieren, waarvan de ambtstermijn overigens wel kan worden verlengd, zijn hiërarchisch ondergeschikt aan de Europese officier van justitie en mogen waar het gaat om de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap geen instructies ontvangen van hun nationale autoriteiten. De Europese officier van justitie, en hij alleen dus, is belast met de leiding en de coördinatie van de opsporing en vervolging van (de verdachten van) alle strafbare feiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad. En zoals de opsporing - wanneer de rechten van burgers hierbij op het spel staan - moet kunnen worden getoetst door een nationale rechter, zo moet de vervolging plaatsvinden voor een nationale rechtbank. Nationaal rechterlijk toezicht op de opsporing zou trouwens in de gehele Gemeenschap moeten worden erkend met het oog op de bruikbaarheid van bewijsmiddelen in een andere Lidstaat dan die waarin zij werden verzameld.

Om het Europese OM te kunnen laten functioneren is het volgens de EC niet nodig om op Europees niveau een algemene codificatie van het strafrecht te bewerkstelligen. Naar haar mening kan die codificatie op materieel-rechtelijk vlak beperkt blijven tot de voorstellen die zijn neergelegd in de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen en de bijbehorende protocollen, en die zijn overgenomen in het voorstel van de EC voor een Richtlijn van 23 mei 2001. Bij deze voorstellen gaat het onder meer om de strafbaarstelling van (Europese) fraude en corruptie, het witwassen van geld en de deelneming aan een criminele organisatie. Waar het

gaat om de strafprocessuele kant van het voorstel oppert de EC onder meer de gedachte dat zowel voor communautaire instellingen en ambtenaren als voor nationale autoriteiten de verplichting moet worden ingevoerd om in geval van strafrechtelijke inbreuken op de financiële belangen van de Gemeenschap aangifte te doen bij het Europese OM. Verder komt zij duidelijk op voor de introductie van het legaliteitsbeginsel bij de vervolging van zulke strafbare feiten. Met twee argumenten: enerzijds om een in beginsel uniforme vervolging in de gehele EU te garanderen, anderzijds om via “de correcte toepassing van het recht” de onafhankelijkheid van het Europese OM te onderstrepen.

Overigens is het zo dat de EC voorstelt dat het bureau van de Europese officier van justitie beperkt van omvang blijft - niet groter dan nodig is voor zijn goed functioneren. Het merendeel van de middelen moet worden geconcentreerd op het niveau van de afgevaardigde officieren. Waar de bezoldiging van deze officieren ten laste zal komen van de begroting van de afzonderlijke Lidstaten zullen de eventuele meerkosten van het Europese OM voor de Lidstaten moeten kunnen worden geboekt op de eigen begroting van de Europese officier. Zijn begroting zelf zal op haar beurt een onderdeel moeten vormen van de algemene begroting van de Gemeenschap. De plaats waar de hoofdzetel van het Europese OM wordt gevestigd, moet worden bepaald volgens de procedure die in de Gemeenschap gebruikelijk is.

## II.2. *Waar is het op gebaseerd?*

Wanneer men de mededelingen beziet die de EC sinds het einde van de jaren tachtig heeft gedaan over de bestrijding van de EG-fraude, kan worden vastgesteld dat zij zich tot in 1998-1999 niet expliciet heeft uitgesproken over de noodzaak van een Europees openbaar ministerie.<sup>3</sup> Het voorstel om zo'n openbaar ministerie op te richten stamt in theorie uit een onderzoeksproject - het *corpus juris* project - dat door de EC, mede onder druk van het EP, is gefinancierd. In het rapport dat in 1997 door de betrokken onderzoeksgroep werd gepubliceerd worden immers voor het eerst de contouren van dit openbaar ministerie aangegeven.<sup>4</sup> Maar zoals in het voorwoord van dit rapport wordt vermeld was het gehele project in feite gebaseerd op ideeën van een hoge ambtenaar bij de EC, Francesco de Angelis. De EC was in zijn persoon dus vanaf het begin nauw betrokken bij de ontwikkeling van het idee om een Europees OM op te richten.<sup>5</sup> Nadien kreeg deze idee overigens ook steun van de Commissie van Onafhankelijke Deskundigen die in 1999 de organisatie en werkwijze van de EC heeft doorgelicht.<sup>6</sup>

---

3 Bij wijze van voorbeeld kan ter adstructie van deze vaststelling worden verwezen naar de strategienota respectievelijk het werkprogramma van de EC uit 1994 en 1998/1999 op dit terrein. In de laatstbedoelde nota wordt wel instemmend verwezen naar de steun die de EC op verzoek van het EP heeft gegeven aan de afronding van het *corpus juris* project (p. 17).

4 M. Delmas-Marty e.a., *Corpus juris*, Paris, Economica, 1997, P. 4.

5 Zie het voorwoord van de in noot 4 genoemde publikatie. De aangepaste versie van het corpus juris werd in het Nederlands bezorgd door M. Luchtman e.a., op.cit. (zie noot 1).

6 Comite van Onafhankelijke Deskundigen, Tweede verslag over de hervorming van de Commissie, Brussel, 1999, deel II A, p. 188 - 195.

Hier is niet aan de orde waarom de laatstgenoemde commissie en de auteurs van het *corpus juris* project hebben gekozen voor de oprichting van een Europees OM.<sup>7</sup> Wel waarom de EC dit zo nodig vindt. In het Groenboek (p. 12) gaat zij in eerste instantie haastig aan deze vraag voorbij en verwijst naar de Mededeling betreffende de bestrijding van EG-fraude die zij in september 2000 heeft gepubliceerd.<sup>8</sup> Alsof voor haar een discussie over de noodzaak van zijn oprichting passé is en het nu nog enkel gaat om “de haalbaarheid en de modaliteiten” van een dergelijk OM, zoals in de inleiding al werd opgemerkt. Maar op andere plaatsen in het Groenboek (p. 9 en p. 14 e.v.) blijkt dat de EC ook wel begrijpt dat zij zich er niet zo gemakkelijk vanaf kan maken. Dan worden alsnog de argumenten besproken waarom er volgens haar een Europees OM moet komen.

Het uitgangspunt van de EC is dat voor de bestrijding van fraude waarbij de financiële belangen van de EG in het geding zijn ook “een doeltreffende strafrechtelijke handhaving noodzakelijk” is. Waarom? Omdat sinds jaar en dag is gebleken van “betrokkenheid van georganiseerde misdaad” bij deze fraude. Daarenboven gaat het vooral om gecompliceerde en omvangrijke zaken waarbij de strafrechtsstelsels van meerdere Lidstaten in het geding zijn, dus zaken met een grensoverschrijdend karakter. En, vervolgt de EC - zonder een nadere indicatie te geven -, “een probleem van deze omvang moet op passende wijze worden aangepakt. Het specifieke karakter van deze criminaliteit vraagt ook om een specifieke oplossing. Gezien de aard van het probleem vereist dit antwoord ook een repressieve component(...)”. Bovendien: wanneer die fraude niet ook strafrechtelijk wordt aangepakt kan dit “de geloofwaardigheid van het Europese bouwwerk in de ogen van het publiek ernstig aantasten”.

In het verlengde van dit uitgangspunt wordt vervolgens de “toegevoegde waarde” van een Europees OM besproken. Waaruit bestaat die?

Ten eerste zal met de oprichting van dit OM een einde worden gemaakt aan de versnippering van de “Europese strafrechtelijke ruimte” waarin politieke en justitiële autoriteiten nog altijd uitsluitend bevoegd zijn om op te treden op het nationale grondgebied en die zodoende heeft geleid tot “gelijktijdige of partiële vervolgingen of tot het volledig ontbreken van vervolgingen”. Hier komt bij dat een aantal Lidstaten nog altijd niet de Overeenkomst van 26 juli 1995 en de bijbehorende protocollen inzake de fraudebestrijding heeft geratificeerd. Maar ook al zou dit wel het geval zijn en zou zelfs de hiervoor ook al genoemde richtlijn worden aangenomen, dan nog zouden de negatieve gevolgen van de versnippering van de Europese strafrechtsruimte niet voldoende worden opgevangen “aangezien de strafvervolging op nationaal niveau zal blijven plaatsvinden”. De Gemeenschap zal alleen met een Europees OM en dus met “gecentraliseerde leiding van opsporing en vervolging” beschikken over een middel om “de doeltreffende en in de gehele Europese Unie gelijkwaardige bescherming van haar financiële belangen te waarborgen”.

Ten tweede wordt aangevoerd dat de conventionele methoden van justitiële

---

7 Voor een commentaar op het *corpus juris* project - dat natuurlijk mede de achtergrond vormt van deze bijdrage - kan worden verwezen naar C. Fijnaut, De strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude, *Delikt en Delinkwent* 2000, p. 972 - 988.

8 COM (2000) 608 def. d.d. 29.9.2000 (zie noot 1). Hier kan overigens worden vermeld dat de EC in haar strategienota van 28.6.2000 (COM (2000) 358 def.) betreffende de fraudebestrijding ook enkele regels wijdt aan het Europees OM.

samenwerking tussen de Lidstaten log en inadequaar zijn. De Commissie erkent in dit verband wel dat hun strafrechtelijke samenwerking in de Derde Pijler wordt versterkt maar stelt dat in de betrokken overeenkomsten “geen afdoende antwoord (wordt gegeven) op de specifieke vraag omtrent de strafvervolgning van inbreuken waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad”. In het bijzonder de ontwikkeling van de georganiseerde misdaad ten nadele van deze belangen maakt dat de conventionele instrumenten op het gebied van de wederzijdse rechtshulp niet langer volstaan en dat de vooruitgang die op dit gebied wordt geboekt, te beperkt blijft. Een Europees OM vormt voor dit probleem de oplossing volgens de EC omdat het namelijk “een interface tot stand (zou) kunnen brengen tussen het communautaire niveau en de nationale gerechtelijke autoriteiten”. Op deze manier zouden - dit zijn haar eigen voorbeelden - de vernietiging van bewijsstukken en de vlucht van verdachten gemakkelijker kunnen worden voorkomen.

Ten derde zal een Europees OM enerzijds een oplossing bieden voor de problemen die zich momenteel voordoen bij de uitwisseling van (administratieve en strafrechtelijke) informatie tussen Lidstaten en het Europese Bureau voor Fraudebestrijding - OLAF - als gevolg van de verschillen tussen de regimes die in de Lidstaten deze vorm van samenwerking beheersen. Anderzijds zou de verwerkelijking van een “gemeenschappelijke opsporings- en vervolgingsruimte” ook het obstakel van de “wederzijdse toelaatbaarheid van bewijzen” uit de weg ruimen omdat bewijzen, verzameld onder leiding van het Europese OM, zonder problemen zullen worden aanvaard door de rechtbanken in de Lidstaten.

En ten vierde zou een Europees OM ook enig soulaas bieden ten aanzien van de kritiek dat de (administratieve) onderzoeken door OLAF binnen de instellingen van de EG niet zo doeltreffend zijn omdat strafrechtelijke vervolging op grond van de uitkomsten van deze onderzoeken te zeer afhankelijk is van de goede wil van het OM in de Lidstaat waar de strafbare feiten zich hebben voorgedaan.

### III. *Een lemen sokkel en een ijle gestalte*

De Nederlandse regering heeft bij monde van de minister van Justitie in een brief d.d. 1 mei 2002 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer laten weten het voorstel van de EC positief te beoordelen. Hij laat deze evaluatie echter wel volgen door een lange reeks van voorwaarden, bezwaren en vragen.<sup>9</sup> Deze lijst is dermate lang dat men gaandeweg de indruk krijgt dat hij het voorstel bepaald niet uit overtuiging en *con amore* heeft omarmd maar er eerder uit politieke noodzaak mee instemt. Hoe dit ook zij, het is niet de bedoeling hier de reactie van de Nederlandse regering ten gronde te bespreken maar wel de redenen waarom de EC meent dat er een Europees OM moet komen. Die zijn gegroepeerd rond drie kwesties: de omvang en aard van het probleem van georganiseerde misdaad in de sfeer van de EG-fraude, de organisatie en werking van de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, en de organisatorische inbedding van het Europese OM in de EU en in de Lidstaten.

#### III.1. *Het probleem van de georganiseerde misdaad*

De drijvende kracht achter het voorstel van de EC is het probleem van de (betrokkenheid

---

9 Zie voetnoot 2 hierboven.

van) georganiseerde misdaad bij EG-fraude. Wie echter wil weten hoever die betrokkenheid dan gaat krijgt zowel in het Groenboek en de Mededelingen die daaraan vooraf zijn gegaan als in de rapporten van de EC en van OLAF van de laatste jaren over deze fraude nul op het request. In de laatstbedoelde verslagen worden wel voorbeelden van fraude gegeven die sterk doen denken aan georganiseerde misdaad, maar van enige becijfering of schatting van de omvang van dit probleem is geen sprake.<sup>10</sup> Zo worden in het jaarverslag van de EC over 2000 drie gevallen van grootschalige fraude genoemd die in alles doen denken aan georganiseerde misdaad, maar dit dan wel op een totaal van 6.915 nieuwe gevallen van fraude respectievelijk onregelmatigheid waarmee de Lidstaten en Olaf in dat jaar werden geconfronteerd en die blijkens de toelichting niet of toch lang niet altijd in de sfeer van de georganiseerde misdaad spelen.<sup>11</sup> Legt men hier het rapport van OLAF over de periode juni 2000 - mei 2001 naast dan ziet men hetzelfde beeld: enkele belangrijke (deels dezelfde) voorbeelden van fraude in de hoek van georganiseerde misdaad, maar overwegend ernstige en minder ernstige gevallen van “gewone” fraude.<sup>12</sup> De conclusie die hieruit voortvloeit is duidelijk. De EC roept vooralsnog ten onrechte het probleem van de georganiseerde misdaad in om haar voorstel voor de oprichting van een Europees OM te rechtvaardigen. Zonder nadere analyse van (de omvang van) dit probleem kan hier in elk geval niet de noodzaak van zulk een verstrekkende ingreep in de verhoudingen tussen de Lidstaten en de Gemeenschap resp. de Unie aan worden ontleend.

Zelfs in het geval dat het hier besproken probleem wel omvangrijk zou zijn moet men zich echter afvragen of het moet worden aangepakt op de manier die de EC in het Groenboek voorstelt.

Deze vraag wordt enerzijds opgeroepen door de stelling van de EC dat het bij georganiseerde misdaad met betrekking tot EG-fraude om een heel speciaal probleem gaat. Want is dit wel zo? Blijkens de voorbeelden gaat het bovenal om smokkel van sigaretten, bananen en andere goederen. Maar dit is helemaal niet iets speciaals: bij de meeste vormen van georganiseerde misdaad gaat het om smokkel, is het niet van goederen als drugs en wapens dan wel van mensen. Het min of meer bijzondere aan EG-fraude is dat zij rechtstreeks de financiële belangen van de EG raakt. Maar is dit een voldoende reden om er een Europees OM voor op te tuigen? Naar onze mening niet. Niet alleen niet omdat op deze manier de EG zichzelf een geprivilegieerde positie toeëigent in de strafrechtelijke rechtshandhaving binnen de EU maar ook niet omdat dan met recht en reden zou kunnen worden geponeerd dat ook allerlei andere vormen van georganiseerde misdaad op een dergelijke speciale manier zouden moeten worden aangepakt. Waarom wel EG-fraude en waarom niet drugshandel, mensensmokkel of wapenhandel? Zijn dit minder ernstige vormen van (georganiseerde) misdaad? Zijn de financiële belangen van de EG hierbij trouwens niet eveneens - indirect - in het geding? Maar men moet er natuurlijk niet aan denken dat deze weg zou worden ingeslagen. Dan zou de horizontale versnippering van de rechtshandhaving waartegen de EC zich zo afzet nog worden aangevuld met een verticale versnippering

---

10 Voor een bespreking van de oudere rapporten, zie het artikel waarnaar wordt verwezen in noot 7.

11 Zie COM (2001) 255 def./2, p. 24 - 27 en 76 e.v.

12 Zie het *Activity report for the period 1 June 2000 - 31 May 2001*, OJ C 365/31- 63, 20.12.2001.

hiervan, net als in de Verenigde Staten.

Anderzijds wordt deze vraag ingegeven door de karakterisering - in het Groenboek - van EU-fraude als een grensoverschrijdend probleem. Tot op zekere hoogte is dit natuurlijk het geval: goederen worden de grens overgebracht, geld vloeit langs dezelfde weg terug, er wordt internationaal gecommuniceerd etc. Maar zoals bij alle vormen van georganiseerde misdaad die zich in smokkel manifesteren, geldt ook hier dat de productie en de distributie van die goederen zich in beginsel lokaal afspelen. Dit wil zeggen dat een effectieve strafrechtelijke bestrijding van zulke georganiseerde misdaad eerst en vooral vraagt om nationale en lokale politie- en justitie-autoriteiten die bereid en in staat zijn om die misdaad ter plaatse aan te pakken en die daarenboven over de mensen en middelen beschikken om zelf over de grenzen heen te kunnen opereren respectievelijk om grensoverschrijdende opsporing en vervolging door anderen te ondersteunen of te faciliteren. Grensoverschrijdende opsporing en vervolging - in welke gedaante ook - van georganiseerde misdaad staat of valt in elk geval met competente en daadkrachtige plaatselijke structuren. Tegen deze achtergrond is het bepaald vreemd dat de EC per se een Europees OM wil oprichten, ook al is dit in de vorm van een gedecentraliseerd stelsel. Waarom legt zij zich niet toe op de ontwikkeling van organisatorische en normatieve kaders waaraan de politie en het OM in de Lidstaten moeten voldoen bij de bestrijding van georganiseerde misdaad? Waarom bedenkt zij niet - in het verlengde van de anti-witwas-richtlijn - mechanismen om ook ook meer controle te krijgen op de andere transnationale aspecten van zulke misdaad, bijvoorbeeld het transport van illegale goederen? Waarom bevordert zij niet uit alle macht de politieke en justitiële samenwerking tussen de Lidstaten bij de misdaadbestrijding? En waarom schenkt zij in de praktijk nog zo weinig aandacht aan de (grensoverschrijdende) administratieve aanpak van georganiseerde misdaad zoals die bijvoorbeeld in Amsterdam tot ontwikkeling is gekomen.<sup>13</sup>

### III.2. *De kwestie van de wederzijdse rechtshulp*

In het licht van het vorenstaande is het niet vreemd dat soms de gedachte opkomt dat de EC - of toch in elk geval een deel van haar ambtenaren - zich blindstaart, welhaast gefixeerd lijkt, op de verwerving van een stukje eigen strafrechtsmacht en dat de argumenten er eigenlijk niet toe doen. Zojuist is het argument besproken dat de georganiseerde misdaad hiertoe noopt (gewogen en te licht bevonden), nu komen we toe aan het argument dat de wederzijdse rechtshulp niet behoorlijk functioneert. En ook hier geldt: is dit wel zo? Waarop baseert de EC zich om dit te kunnen beweren? Opnieuw: dit is niet erg duidelijk, want serieus empirisch onderzoek naar het functioneren van deze vorm van rechtshulp werd, ook door de Commissie, nooit verricht. Natuurlijk, in haar stukken worden bij herhaling problemen aangestipt bij deze vorm van samenwerking. En die zullen er heus wel zijn. Maar: zijn ze zo groot dat zij nopen tot de oprichting van een Europees OM? Naar ons oordeel voorlopig in elk geval niet.

Hier komt bij dat in Augustus 2001 het eindrapport werd gepubliceerd over de resultaten van de eerste evaluatie van de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, uitgevoerd

---

13 Verg. C. Fijnaut (red.), *De bestuurlijke aanpak van (georganiseerde) criminaliteit in Amsterdam*, Amsterdam, Gemeente Amsterdam, 2001.



door deskundigen van de Lidstaten.<sup>14</sup> Vanzelfsprekend worden ook in dit rapport problemen aangesneden, maar de eindbalans is zonder meer positief: “The evaluation exercise made it clear that, while mutual assistance is not without its faults, the criticism habitually levelled at it that it is slow, inefficient and powerless is excessive; in general mutual assistance does not operate as badly as it is reputed to do. In the field of drugs or serious offences under ordinary criminal law, a great majority of the practitioners interviewed consider that mutual assistance operates efficiently and to the satisfaction of the practitioners”. Deze conclusie staat vanzelfsprekend haaks op de stelling van de EC. Zij vormt dus een reden temeer om weinig gewicht toe te kennen aan het onderhavige argument voor het voorstel van de EC voor de oprichting van een Europees OM.

Naar ons oordeel zou veeleer het tegendeel moeten gebeuren. De EC zou de komende tijd bovenal haar energie moeten steken in de versterking van de mechanismen die in de afgelopen jaren zijn ontworpen om de justitiële samenwerking in de Europese Unie in het algemeen beter te doen functioneren: het justitiële netwerk en Eurojust. In elk geval verdient het de voorkeur om eerst deze beide hulpstructuren optimaal te effectueren dan in de vorm van een Europees OM nog weer een nieuwe hulpstructuur op te zetten. Want in de kern van de zaak is het Europees OM niet meer dan dat. Met name niet omdat ook dit OM - evenals het netwerk en Eurojust - uiteindelijk erg afhankelijk zal zijn van de manier waarop rechtshulpverdragen door de Lidstaten in de praktijk worden toegepast. Ook zijn officieren zullen immers veelal beroep moeten doen op de samenwerkingsmechanismen die in deze verdragen zijn neergelegd om de opsporing en vervolging van gevallen van EG-fraude die in meerdere landen spelen, van de grond te krijgen. In dit opzicht onderscheidt het zich niet wezenlijk van het justitiële netwerk en Eurojust. Verbetering van deze bestaande organen is dan verstandiger dan er nog een nieuw bij te maken. Op den duur kan trouwens niemand nog wijs uit het institutionele raamwerk van de EG/EU.

### III.3. *De moeilijkheid van de organisatorische inbedding*

De manier waarop hiervoor de beeltenis van het Europees OM werd geschetst doet eigenlijk geen recht aan de moeilijkheid van zijn organisatorische inbedding in de EU en in de Lidstaten. Daarom is het van belang dit probleem apart te belichten.

In het Groenboek wordt ervan uitgegaan dat de Europese officier van justitie een onafhankelijke autoriteit zal zijn, onafhankelijk zowel “ten opzichte van de procespartijen in het kader van een contradictoire procedure, als ten opzichte van de Lidstaten en de communautaire instellingen, organen en instanties”. Afgezien van het feit dat hier wel iets té gemakkelijk twee vormen van onafhankelijkheid in één adem worden genoemd, staat op voorhand vast dat zij beide heel wat vragen oproepen over de organisatorische inbedding van het Europese OM. Hier willen wij alleen maar de vraag opwerpen: wie is er in de EG uiteindelijk politiek verantwoordelijk voor het optreden van deze officier van justitie? Tegenover wie heeft hij zich dus voor zijn optreden te verantwoorden? Het Groenboek bewaart op dit punt het stilzwijgen en voorziet alleen in een regeling voor zijn afzetting in het geval van ernstig tekortschieten. Wellicht zou men kunnen beweren dat hij zich tot op

---

14 Zie het Final report on the first evaluation exercise - mutual legal assistance in criminal matters, OJ C 216/14 - 26, 1.8.2001.

zekere hoogte rechtstreeks zal moeten verantwoorden tegenover het EP omdat de begroting van zijn bureau immers deel uitmaakt van de algemene begroting van de Gemeenschap. Maar is hij dan zelf politiek verantwoordelijk voor hetgeen hij doet of niet doet? Dit is in het verband van de Europese Unie toch een heel eigenaardige en moeilijk te aanvaarden constructie. In vele Lidstaten is immers uiteindelijk de minister van Justitie politiek verantwoordelijk voor het functioneren van het OM.<sup>15</sup>

Wat de afgevaardigde officieren van justitie betreft wordt in het Groenboek gedaan alsof met de aanwijzing van leden van het nationale openbaar ministerie tot lid van het Europese OM de zo vurig gewenste slagkracht van dit laatste OM is gegarandeerd. Niets is echter minder waar. Het tegendeel is eerder het geval! Want door hen te plaatsen onder het gezag van de Europese officier van justitie worden zij op nationaal niveau als vanzelf gereduceerd tot buitenstaanders, zonet marginalen, binnen hun eigen OM. En dit terwijl zij geen enkele bevoorrechte relatie hebben tot de reguliere en/of bijzondere politiediensten die in de praktijk de opsporing van EG-fraude op het grondgebied van de Lidstaten zullen moeten realiseren. Dit wil zeggen dat zij voor de welhaast onmogelijke taak staan mensen en middelen te vinden voor hun onderzoeken terwijl zij er helemaal niets over te zeggen hebben. En in de mate dat dit in de een of andere Lidstaat wel het geval zal zijn of dat men hier en daar wel bereid is rekening te houden met hun behoeften aan opsporingscapaciteit, dan zullen zij hun claims moeten zien te realiseren in een zeer competitieve omgeving. In de Lidstaten, zeker ook in Nederland, woedt er immers welhaast permanent een hevige strijd om de schaarse middelen voor de uitvoering van de gecompliceerde en omvangrijke onderzoeken waarvan de EC in het Groenboek spreekt. Of de bedenkers van het Europees OM zich dit enorme probleem - met de oplossing waarvan het idee van een werkzaam Europees OM feitelijk staat of valt - bewust zijn, blijkt niet uit het Groenboek. Het voorstel dat de meerkosten van dit OM voor de Lidstaten op de rekening van de Europese officier geboekt moeten kunnen worden, suggereert wel enig besef van dit probleem, maar of hierbij is gedacht aan de totale opsporingskosten van grote fraudeonderzoeken of alleen maar aan de bureaunkosten van de afgevaardigde officieren is bijvoorbeeld niet duidelijk. Een dergelijke omissie laat wel zien dat de ontwerpers van het Europese OM niet erg vertrouwd zijn met de praktijk van het strafrechtspleging in de Lidstaten. Hun constructie heeft in dit opzicht veel weg van een institutionele illusie.

#### IV *Legaliteitsbeginsel of opportuniteitsbeginsel?*

Een van de meest principiële kwesties die in het groenboek aan de orde wordt gesteld betreft de vraag of alle opgehelderde gevallen van EU-fraude aan een rechter moeten worden voorgelegd.<sup>16</sup> Heeft de Europese officier van justitie alleen maar de mogelijkheid of een echte verplichting om strafvervolgning in te stellen? Vraag nr. 5 in het Groenboek luidt dan ook: *“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*

---

15 Zie onder meer C. Fijnaut, D. van Daele en S. Parmentier, *Een openbaar ministerie voor de 21ste eeuw*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000.

<sup>16</sup>Zie paragraaf 6.2.2.1., p. 54 e.v.

*opportuiniteitsbeginsel? In welke uitzonderingen zou in elk van deze gevallen moeten worden voorzien?”*

De Commissie heeft een voorkeur voor het legaliteitsbeginsel met de mogelijkheid om uitzonderingen te kunnen maken. Uitgangspunt hierbij is dat de keuze om al dan niet te vervolgen moet worden gemaakt op communautair niveau. Doorslaggevend is voor de Commissie dat er in beginsel een uniforme vervolging plaats dient te hebben in de gehele Europese justitiële ruimte, hetgeen zou impliceren dat er geen beoordelingsmarge mag zijn voor de Europese officier van justitie. Deze oplossing wordt buitengewoon summier gemotiveerd. Wij noemden al als kernoverwegingen de wens om binnen de EU een uniforme vervolging te realiseren alsmede het streven om langs deze weg de onafhankelijkheid van de Europese aanklager te onderstrepen. In feite wordt daarnaast alleen nog de constatering toegevoegd dat er binnen de lidstaten op dit punt sprake is van een zekere convergentie: overal waar een legaliteitsbeginsel wordt gehanteerd zijn er uitzonderingen mogelijk, en overal waar het opportuiniteitsbeginsel bestaat is dit niet geheel zonder beperkingen. Gekoppeld aan het reeds vermelde uitgangspunt<sup>17</sup> dat in deze sector een minimale discretionaire ruimte tevens de optimale ruimte is, is het logisch om het legaliteitsbeginsel als vertrekpunt te nemen voor de verdere beschouwingen. In het Groenboek gebeurt dit ook zonder omhaal van woorden, en zijn de inhoudelijke overwegingen daarna beperkt tot het type uitzonderingen dat bij hantering van het legaliteitsbeginsel in acht genomen zou kunnen worden. Er worden drie uitzonderingen onder de aandacht gebracht. Ten eerste moet worden voorkomen dat de Europese officier van justitie wordt overladen met zaken van geringe betekenis. Bagatellen zouden niet voor de rechter moeten worden gebracht. Dat kan operationeel vorm worden gegeven door een financieel grensbedrag van de fraude te fixeren, dan wel door als meer flexibele maatstaf in te voeren de “geringe ernst” wat betreft de belangen van de EU, zulks ter beoordeling van het openbaar ministerie. Als tweede mogelijke afwijking van het legaliteitsbeginsel wordt gewezen op het nut van de vervolging voor de uitkomst van het proces. Daarmee wordt bedoeld dat wanneer een deel van de feiten waarvan iemand wordt verdacht tot een rechterlijk vonnis kan leiden, het aanvaardbaar kan zijn om de zaak voor wat de overige onderdelen betreft te laten rusten. En als derde en laatste uitzondering wordt het criterium genoemd van de doeltreffendheid inzake de terugvordering van de bedragen die met de geschade belangen corresponderen. Dit gaat over de mogelijkheid van transactie met ontneming van wederrechtelijk genoten voordeel. De Commissie voegt hier ter explicatie aan toe dat dit alleen zou kunnen wanneer het gaat om een “bescheiden bedrag” en - een randvoorwaarde die binnen onze eigen rechtsorde toch wel enigszins als schokkend mag worden aangemerkt - “wanneer de kans op veroordeling gering is”. Indien een zaak op één van de genoemde gronden op Europees niveau tot een sepot zou leiden, dient het dossier volgens het Groenboek te worden overgedragen aan de nationale autoriteiten die vervolgens zouden moeten bezien of er niettemin binnen de eigen rechtsorde reden is om het geval alsnog voor te leggen aan de strafrechter.

De gedachtengang van de EC is naar ons oordeel weinig overtuigend. Natuurlijk is het waar dat er binnen de lidstaten op dit punt een aanmerkelijke toenadering zichtbaar is in de praktische toepassing van zeer verschillende beginselen omtrent de uitoefening van het

---

<sup>17</sup>Het behoeft geen betoog dat een uitgangspunt niet automatisch ook een zelfstandig *argument* vormt.

vervolgingsrecht.<sup>18</sup> Maar dat mag niet het zicht benemen op de principiële - en dus blijvende - verschillen die er reesteren. Het maakt zowel in theorie als in de praktijk nogal wat uit of de beginvraag voor een vervolgende autoriteit is of het inschakelen van de rechter moet worden gerechtvaardigd (in termen van opportuniteit) of dat er juist bijzondere redenen aanwezig moeten worden geacht om daarvan af te zien.<sup>19</sup> De EC suggereert alsof dat een bijna academische kwestie is. Vanuit de pragmatiek van bestrijding van het door hen bedoelde kleine segment van de criminaliteit mag daar iets voor te zeggen zijn, maar hier staat veel meer op het spel. De nauwelijks verantwoorde keuze van de Commissie houdt bijvoorbeeld ten onrechte geen rekening met de verankering van dit onderdeel in de meer omvattende systematiek van de nationale strafvordering. Wij noemen enkele van de kernpunten die in dit verband ten onrechte niet in de beschouwing zijn betrokken.

Eerst iets over de door de EC aangevoerde argumenten. De wens tot uniforme strafvervolging is in het geheel niet afhankelijk van een legaliteitsbeginsel. Als *op Europees niveau* het vervolgingsrecht door het opportuniteitsbeginsel wordt beheerst, kan dit uiteraard in gelijke mate uniform worden toegepast binnen de lidstaten. En ook het argument gericht op de bevordering van de onafhankelijkheid van de Europese aanklager doet erg gezocht aan. De ervaring in sommige (zuidelijke) lidstaten van de EU laat zien dat het legaliteitsbeginsel zeer wel kan samengaan met politieke beïnvloeding van het OM en het ons bekende Nederlandse voorbeeld toont aan dat dergelijke inmenging wel degelijk gerich kan zijn bij toepassing van een opportuniteitsbeginsel. Daar komt nog bij dat een Europees OM bij hantering van het legaliteitsbeginsel in andere opzichten juist sterker *afhankelijk* wordt: bijvoorbeeld van het aanbod van zaken, dat zich onvermijdelijk voor een groot deel aan zijn invloedssfeer zal blijven onttrekken.

Vanzelfsprekend dient bij de bestrijding van EU-fraude het algemene richtsnoer voorop te staan dat schending van de financiële belangen van de Unie moet worden tegengegaan met middelen, zowel materieelrechtelijk als procedureel van aard, die niet minder slagvaardig zijn dan de maatregelen die worden getroffen om vergelijkbare inbreuken op het nationale recht af te wenden. Sancties moeten in dit verband in gelijke mate effectief, proportioneel en ontmoedigend zijn.<sup>20</sup> Vanuit dit vertrekpunt zijn er evenwel nog allerlei overwegingen die pleiten voor een een meer selectieve - en dus minder automatische - inzet van het strafrechtelijk systeem. Zo is al vaker naar voren gebracht dat het van groot belang kan zijn om enigermate de vrije hand te hebben bij het kiezen van bestuursrechtelijke dan

---

<sup>18</sup>Zie de klassieke - maar inmiddels gedateerde - studie van H.H. Jescheck, J. Driendl, R. Leibinger (red.), *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Baden-Baden 1979; en meer recent C. Fijnaut, D. Van Daele, S. Parmentier (red.), *Een openbaar ministerie voor de 21<sup>ste</sup> eeuw*, Leuven 2000; D. Van Daele, *Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Duitsland*, Leuven 2000; en P.J.P. Tak & J.P.S. Fiselier, *Duitsland-Nederland en de afdoening van strafzaken*, Nijmegen 2002.

<sup>19</sup>Vgl. J. Reijntjes in A.L. Melai c.s., *Het wetboek van strafvordering*, Arnhem z.j., aant. 5 op art. 167 (suppl. 120).

<sup>20</sup>Deze eisen worden uitgewerkt in ieder (hand)boek over Europees recht; zie bijvoorbeeld Geert Corstens & Jean Pradel, *European Criminal Law*, The Hague/London/New York 2002.

wel strafrechtelijke instrumenten om concrete gevallen van EU-fraude aan te pakken.<sup>21</sup> Dit systeem wordt zonder inhoudelijke motivering overboord gezet indien de keuze voor het legaliteitsbeginsel tot gevolg heeft dat het strafrecht in deze sector onvoorwaardelijk wordt gepromoveerd tot superieur handhavingsmodel.

Maar zelfs als de blik even wordt beperkt tot het strafrecht, is de keuze voor het legaliteitsbeginsel in deze sector een systeemverstoring uitgangspunt. Hoe kan binnen een nationale rechtsorde als de Nederlandse ooit worden gerechtvaardigd dat financiële schade voor de EU in beginsel steeds leidt tot een procedure bij de strafrechter, maar soortgelijke benadeling van de Nederlandse staat niet? Nog sterker: waarom deze drastische verplichting bij vermogensschade voor een rechtspersoon, met een minder op bescherming gericht regiem in gevallen van ernstige letselschade voor natuurlijke personen? Als er goede redenen zijn om vast te houden aan het vertrekpunt van het opportuniteitsbeginsel in de meest ingrijpende strafzaken - het vereist weinig fantasie om dan in een grensoverschrijdend bereik te denken aan terrorisme, vrouwenhandel, mensensmokkel in het algemeen, georganiseerde criminaliteit in de sfeer van de verdovende middelen - dan is het toch volstrekt arbitrair om alleen voor de EU-fraude iedere afweging van belangen in beginsel uit te sluiten.

Waarschijnlijk is de onuitgesproken, diepere reden voor dit voorstel gelegen in de wens om EU-gelden beter te kunnen beschermen tegen lidstaten die weliswaar met de mond loyaliteit betuigen met het streven EU-fraude tegen te gaan, maar het daar in de praktijk niet zo nauw mee nemen. In de Brusselse wandelgangen wordt wel degelijk gefluisterd over (veelal zuidelijk gelegen) landen waar het 'creatief' aanwenden van Unie-middelen eerder wordt beschouwd als een patriottische daad dan als een misdrijf dat met animo dient te worden bestreden. Zou de keuze voor een strafvorderlijk legaliteitsbeginsel dan een effectief middel vormen om deze onwillige lidstaten beter in de teugel te krijgen? Wij denken van niet. De vervolgingsbeslissing is slechts een deel van een meeromvattend strafrechtelijk traject. In principe is er op dit punt alleen iets te beslissen indien het voorbereidend onderzoek zodanige resultaten heeft opgeleverd dat een veroordeling door de strafrechter haalbaar is.<sup>22</sup> Deze stand van zaken leidt er met een zekere voorspelbaarheid toe dat de introductie van een vervolgingsplicht in de zojuist bedoelde weinig geanimeerde lidstaten tot een soort 'verplaatsingseffecten' zullen leiden. Als alle haalbare zaken aan de rechter moeten worden voorgelegd, zullen er door een andere invulling van opsporingsonderzoeken minder zaken worden 'opgelost', zodat er niets meer valt te beslissen omtrent een eventuele strafvervolgning. De enige denkbare remedie tegen deze vluchtweg is gelegen in een

---

<sup>21</sup>Zo o.a. Y. Buruma, 'EC Law and the National Enforcement Agencies', in: M.S. Groenhuijsen & M.I. Veldt (eds.), *The Dutch Approach in Tackling EC Fraud*, The Hague-London-Boston 1995, p. 73-84. Zien wij het goed, dan is ook het beleid van DG XX van de Commissie er in het afgelopen decennium - althans in theorie - op gericht geweest om een prominente rol aan het bestuursrecht toe te kennen in het bestrijden van crimineel onrecht gericht tegen de financiële belangen van de Unie. In paragraaf III.1 hierboven merkten wij reeds op dat aan dit streven in de praktijk nog relatief weinig handen en voeten is gegeven.

<sup>22</sup>Wij herinneren aan de voor ons systeem-vreemde gedachte van de Commissie dat een uitzondering op het legaliteitsbeginsel door middel van een transactie aanvaardbaar zou kunnen zijn indien de kans op veroordeling gering is.

rechtstreekse zeggenschap van de Europese officier van justitie over de omvang en de concrete inzet van opsporingsmiddelen binnen de lidstaten. Maar daarmee zijn we weer terug bij de in de vorige paragraaf gesignaleerde problemen omtrent de organisatorische inbedding van de Commissievoorstellen in de veelal typisch nationaal bepaalde institutionele verhoudingen.

De slotsom kan niet anders zijn dan dat zowel in een op het legaliteitsbeginsel gebaseerd model als in een stelsel met een opportuniteitsbeginsel er onvermijdelijk een aanzienlijke discretionaire ruimte bestaat voor de verantwoordelijke justitiële autoriteiten. Een belangrijk voordeel van het werken met een opportuniteitsbeginsel is dat die beslissingsmarges zichtbaar zijn. Dit voordeel van transparantie leidt er vervolgens toe dat rechterlijke controle op de wijze waarop van die vrijheid gebruik wordt gemaakt, zowel plausibel als feitelijk uitvoerbaar is. Ook daarin zien wij aanvullende argumenten om het onderhavige voorstel van de EC niet te steunen.<sup>23</sup>

#### V *Harmonisatie van bewijsrecht*

Vanaf het eerste moment dat serieus studie is gemaakt van de juridische problemen rond de bestrijding van EU-fraude is er gewezen op de verschillen tussen de toepasselijke rechtsregels in de lidstaten. Daarbij is steeds in het oog gehouden dat het lastig kan zijn als de toepasselijke delictsomschrijvingen onderling uiteen lopen. Vandaar dat er voortdurend is aangedrongen op meer gemeenschappelijke omschrijvingen van de meest in aanmerking komende strafbare feiten (vooral fraude, corruptie en witwassen). Het Groenboek zet deze trend op het gebied van het materiële recht voort: aanbevolen wordt om op dit terrein tot een hogere mate van harmonisatie te komen dan tot dusverre is voorgesteld.<sup>24</sup>

Naast het materiële recht is evenwel in steeds toenemende mate het procesrecht voorwerp van kritische beschouwingen geweest. Verschillende landen kennen sterk uiteenlopende bevoegdheden die de overheid kan uitoefenen teneinde informatie omtrent frauduleuze activiteiten te achterhalen. Voor ons onderwerp zijn er in theorie twee wegen om de nadelen hiervan te beperken. Enerzijds kan men streven naar een harmonisering van opsporingsbevoegdheden; anderzijds kan met behoud van verschillen op dit punt worden gepoogd de consequenties van het bestaan van verschillende nationale normeringen te minimaliseren.

De Commissie kiest - in het voetspoor van de besluiten die door de Europese Raad zijn genomen in Tampere<sup>25</sup> - voor de laatstgenoemde aanpak. Het voorstel komt er op neer

---

<sup>23</sup>In dezelfde zin het in voetnoot 2 vermelde commentaar van Dasec; hiervan afwijkend is de eerdergenoemde reactie van de Nederlandse regering, die “voor het beperkte en afgescheiden rechtsgebied waarvoor de EG-aanklager bevoegd is (kan) instemmen met een keuze voor het legaliteitsbeginsel”.

<sup>24</sup>Zie paragraaf 5.2. van het Groenboek en paragraaf II.1 hierboven.

<sup>25</sup>Conclusie no. 36 van het voorzitterschap van de Europese Raad van Tampere: “moet door de autoriteiten van een lidstaat legaal verkregen bewijsmateriaal gebruikt kunnen worden in rechtszaken in andere lidstaten, rekening houdend met daar toepasselijke normen”.

dat nationale rechterlijke instanties verplicht zouden moeten worden om bewijsmateriaal dat in een andere lidstaat op rechtmatige wijze is verkregen - evenals bewijs dat voortvloeit uit onderzoek bij de communautaire instellingen - toelaatbaar moeten achten in het eigen strafproces. De andere optie, communautaire unificatie van opsporingsbevoegdheden, wordt van de hand gewezen. Daarvan wordt - terecht - gezegd dat dit een brug te ver zou zijn: dat zou neerkomen op een verplichting tot algemene codificatie van Europees strafprocesrecht hetgeen niet evenredig zou zijn aan doelstelling en bereik van het Groenboek.<sup>26</sup>

Wij stellen voorop dat de Commissie op dit punt enkele zwaarwegende argumenten noemt voor de gekozen oplossing. Het belangrijkste daarvan is wellicht de wens om 'forumshopping' te voorkomen. Vermeden moet worden dat de Europese officier van justitie de strafvervolgung laat plaatshebben in de lidstaat waar de meest flexibele voorschriften omtrent de toelaatbaarheid van onderzoeksresultaten gelden. Wat dat betreft pleit er inderdaad veel voor een zekere vorm van erkenning van in het buitenland verrichte opsporingshandelingen.

Maar er is ook een keerzijde. Aan de voorgestelde oplossing zijn nieuwe problemen verbonden. Ten eerste is er het element van consistentie binnen het systeem. Waarom zou op het terrein van de EU-fraude een principieel ander uitgangspunt moeten worden aanvaard dan bij interstatelijke rechtshulp in geval van andere vormen van ernstige grensoverschrijdende criminaliteit? Het probleem is ook daar bekend<sup>27</sup>, wordt ook in die sectoren (zelfs binnen de territoriale begrenzings van Europa) intensief bestudeerd, maar heeft daar om allerlei inhoudelijke redenen nog niet geleid tot een voor iedere jurisdictie aanvaardbare aanpak.<sup>28</sup>

Een tweede probleem betreft het spiegelbeeld van het eerderbedoelde 'forumshoppen' door justitie. In het voorstel van de Commissie wordt er in feite een premie gesteld op het concentreren van opsporingsactiviteiten in landen met achterstallige of lacuneuze wetgeving. Lidstaten met stringente bewijsuitsluitingsregels of met een stricte normering van bijzondere opsporingsbevoegdheden - soms zelfs met expliciet verbod van sommige vormen van ingrijpen - zullen kunnen worden gepasseerd als centrum van waaruit de opsporing wordt georganiseerd. En als in zo'n jurisdictie vervolgens wel de berechting plaatsheeft, wordt dat land geconfronteerd met de verplichting om het naar de eigen maatstaven onrechtmatig verkregen onderzoeksmateriaal als bewijs in het geding te accepteren.

Vervolgens ontstaan er in deze aanpak allerlei moeilijkheden van praktische aard.

---

<sup>26</sup>Zie omtrent dit alles paragraaf 6.3.4. van het Groenboek.

<sup>27</sup>In enkele trefwoorden samengevat gaat het om de vraag naar de verhouding tussen de uitgangspunten *locus regit actum* versus *forum regit actum*, steeds aangevuld met algemene basisnormen uit bijvoorbeeld de mensenrechtenverdragen. Zie Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'Strafvordering en rechtshulp', deelrapport 3 in M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer 2001, m.n. p. 366 e.v.

<sup>28</sup>Vgl. J. Koers, *Nederland als verzoekende staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken*, diss. Tilburg, Nijmegen 2001, m.n. p. 515-608 met veel rechtsvergelijkende gegevens en nadere literatuurverwijzingen.

Thans toetst een Nederlandse rechter de over de grens verkregen onderzoeksresultaten aan het eigen, nationale recht.<sup>29</sup> Volgens het Groenboek zou de rechter het gehele opsporingstraject op rechtmatigheid moeten gaan controleren aan de hand van het recht van het land waar de gegevens zijn vergaard. Dit impliceert dat de nationale rechter kennis moet hebben van zo ongeveer het gehele strafprocesrecht van alle lidstaten van de Unie. Als we in aanmerking nemen hoe lastig het in de praktijk al kan zijn om een beslissing te nemen omtrent het bekende leerstuk van de dubbele strafbaarheid in bijvoorbeeld het uitleveringsrecht - in vergelijking met de onderhavige buitenlandse opsporingstechnische problemen in feite een peuleschil - dan belooft dit nog heel wat linguïstische en juridische hoofdbrekens waar de EC in dit voorstel niet helemaal aan lijkt te hebben gedacht.

Tenslotte is er op dit punt nog een dogmatische complicatie die naar ons oordeel onvoldoende is doorgrond. De EC heeft het in dit onderdeel van het Groenboek steeds over de 'toelaatbaarheid van bewijzen'. Daarbij gaat het voortdurend om de methode van het verkrijgen van onderzoeksresultaten en is de vraagstelling bijna geheel beperkt tot het normstelsel waaraan de daarop gerichte justitiële handelingen moeten worden getoetst. Voor de praktijk is evenwel minstens van net zo groot belang op welke wijze die onderzoeksresultaten in het land van berechting als bewijsmiddel in het strafgeding mogen worden gepresenteerd (de Duitsers spreken in dit verband van '*Beweiserhebungsbestimmungen*'). Bij deze kwestie gaat het om het bewijsrecht in enge zin, en op dat punt blijven er zelfs in het Commissie-voorstel nog grote problemen over waar nog niet systematisch over is nagedacht. In het Groenboek schemert een flart van deze materie door. Zonder veel motivering wordt geopperd dat het wenselijk is te bekijken of het opportuun is dat de Europese officier van justitie gebruik kan maken van modaliteiten die speciaal zijn afgestemd op grensoverschrijdende vervolging. In dat verband wordt dan voorbeeldsgewijs genoemd: "een Europees proces-verbaal van verhoor opgemaakt op basis van een getuigenverklaring (pv van getuigenverhoor) en een Europees proces-verbaal van ondervraging opgemaakt op basis van de verklaringen van de verdachte (pv van verdachtenverhoor), in beide gevallen mede via videoconferentie".<sup>30</sup> Het is gemakkelijk om dergelijke denkbeelden bijna in het voorbijgaan te opperen. De opstellers van het Groenboek lijken zich echter niet bewust van de immense consequenties die dit soort aanbevelingen hebben voor de stijl van procederen in de verschillende lidstaten. Dergelijke suggesties gaan niet over randvoorzieningen, maar raken het hart van de procescultuur waar de meeste landen voorshands geen afstand van zouden willen nemen.<sup>31</sup> Dit type modaliteiten leiden sluipenderwijs tot een verplichting tot partiële codificatie of unificatie van het Europese strafprocesrecht, waarvan de EC slechts enkele alinea's eerder had gezegd dat zulks niet evenredig is aan de specifieke doelstelling van het Groenboek. Dat lijkt ons dus niet

---

<sup>29</sup>Zie o.a. HR 18 mei 1999, NJ 2000, 187 m.nt. Sch. En J. Koers, t.a.p.

<sup>30</sup>Zie paragraaf 6.3.4.1. van het Groenboek.

<sup>31</sup>De concrete voorbeelden van Europese processen-verbaal zouden overigens in het Nederlandse stelsel van strafvordering best in te passen zijn. Maar voor landen waarin een aanmerkelijk sterker nadruk ligt op mondelinge procesvoering en het onmiddellijkheidsbeginsel kan dit geheel anders liggen.



wenselijk, tenzij de dogmatische finesse van dergelijke hervormingen expliciet wordt doordacht en verantwoord.

## VI *Slotsom*

Europa is in beweging. Het is duidelijk dat dit ook het strafrecht niet onberoerd laat. Sedert enkele jaren is in dat verband de gedachte naar voren gebracht om ter bescherming van de financiële belangen van de EU een Europees OM tot stand te brengen. Dat idee is onlangs uitgewerkt in een Groenboek van de EC. In deze bijdrage hebben wij aangegeven hoe zo'n nieuw vervolgingsorgaan er in de voorstelling van de EC uit zou moeten zien en wat daarvan de verwachte voordelen zijn. Op grond van de voorafgaande paragrafen moeten wij concluderen dat de gepresenteerde voorstellen niet overtuigend zijn.

Nieuwe Europese instellingen moeten alleen worden opgericht als daarmee wezenlijke problemen kunnen worden opgelost. Wij hebben betoogd dat enerzijds de door de EC vooropgestelde problemen niet voldoende aannemelijk zijn gemaakt, en dat anderzijds het aanbevolen middel niet het meest geschikte is om de veronderstelde kwaal te bestrijden. Het Europese OM zou alleen bevoegd zijn terzake van - kort gezegd - EU-fraude, omdat van deze vorm van georganiseerde misdaad een bijzondere dreiging uitgaat die niet op andere wijze toereikend kan worden bestreden. Wij hebben daar tegenover gesteld, op basis van alle beschikbare wetenschappelijke kennis, dat de EU-fraude geen bijzondere kenmerken vertoont ten opzichte van andere vormen van georganiseerde en grensoverschrijdende criminaliteit. Daar komt bij dat over de preciese omvang van de EU-fraude weinig bekend is, en dat de basisprocessen van deze tak van de misdaad lokaal plaatsvinden, zodat een adequate bestrijding daarvan juist in de eerste plaats afhankelijk is van competente en daadkrachtige plaatselijke (nationale) structuren. Voorzover het probleem inderdaad belangrijk is en grensoverschrijdend moet worden aangepakt, hebben we laten zien dat er ten onrechte nog weinig praktische aandacht is besteed aan de mogelijkheden van bestuursrechtelijke instrumenten. En waar strafrechtelijke interventies aangewezen zijn, hebben wij op basis van deskundigenberichten vanuit de EU zelf aanbevolen om meer heil te verwachten van investeringen in intergouvernementele samenwerking in het justitiële netwerk en in Eurojust dan van de oprichting van een Europees OM. Een Europees OM als geschetst in het Groenboek leidt bovendien tot enorme problemen in de verhouding met nationale strafrechtelijke autoriteiten. Wij hebben gewezen op de manco's met betrekking tot de politieke verantwoordelijkheid voor het optreden van een Europees OM. Wij hebben duidelijk gemaakt dat de constructie van een Europese aanklager met afgevaardigde officieren in de lidstaten de laatstgenoemde groep tot een soort 'Fremdkörper' maakt binnen het nationale OM. En wij hebben laten zien dat in de voorgestelde organisatie de Europese officieren uiteindelijk voor een onmogelijke taak komen te staan omdat zij geen zeggenschap hebben omtrent de inzet van mensen en middelen ten behoeve van de uit te voeren onderzoeken. Ook in technisch opzicht is er veel aan te merken op de voorstellen van de EC. Voorbeeldsgewijs hebben wij er twee onderwerpen uitgelicht. Als er al een Europees OM zou moeten komen, dient volgens de EC de uitoefening van het vervolgingsrecht te worden beheerst door het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel. De argumenten daarvoor zijn onderzocht en van weinig gewicht bevonden: het opportuniteitsbeginsel verdient ook in deze sector de voorkeur. Tenslotte hebben wij belangrijke tekortkomingen gesignaleerd in de

beschouwingen in het Groenboek omtrent een zekere harmonisering van het bewijsrecht van de lidstaten.

Het Groenboek wijst dus in de verkeerde richting. Implementatie van de daarin opgenomen ideeën werkt in allerlei opzichten ontwrichtend voor het bestaande systeem van strafvordering zonder dat de noodzaak voor de voorstellen of het daarvan verwachte rendement is aangetoond. De Europese Commissie is zelf de benadeelde partij in gevallen van EU-fraude. Het Groenboek laat eens te meer zien dat het niet zonder risico's is als het slachtoffer zelf het voortouw neemt in het bepalen van de beste strafrechtelijke reactie op bepaalde vormen van criminaliteit.