

Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland. Over zijn prioritaire bevoegdheid, verhouding tot het OM en de bestuursrechtelijke handhavingskolom

DD 2021/54

Op 1 juni 2021 werd het Europees Openbaar Ministerie operationeel. Ook Nederland is een deelnemende staat. Onlangs kwam de Nederlandse invoeringswet tot stand. Die kenmerkt zich door haar bondigheid. Daarmee blijft onduidelijk wat de strafrechtspleging van het EOM kan verwachten en wat het EOM op zijn beurt van de actoren in de strafrechtspleging en de partners daarbuiten verwacht. In twee opeenvolgende bijdragen in dit tijdschrift wordt ingegaan op de verhouding van het EOM tot het Nederlandse OM en de bestuursrechtelijke handhavingskolom (deel 1) en op de verhouding tot de Nederlandse rechterlijke macht (deel 2). Die verhoudingen worden uitgewerkt aan de hand van twee van dragende pijlers van het EOM systeem, diens prioritaire bevoegdheid ten opzichte van nationale autoriteiten en diens zogenaamde ondeelbaarheid.

1. The new kid in town

Op 1 juni dit jaar deed het Europees Openbaar Ministerie (hierna: EOM) zijn intrede in de Nederlandse strafrechtspleging, na vele jaren van politiek en juridisch getouwtrek. Nieuwkomers kunnen vrijwel altijd op bijzondere belangstelling rekenen. Dat is een waarheid die niet alleen in de muziekindustrie geldt. Toch lijkt het EOM een uitzondering op deze ervaringsregel te zijn. Onlangs kwam de Nederlandse invoeringswet tot stand.² Deze kenmerkt zich door haar bondigheid. Wie door het aan de komst van het EOM aangepaste Wetboek van Strafvordering bladert, zal goed moeten zoeken naar deze nieuwe instantie.³ Dat komt, omdat in een nieuw artikel 144a RO, ingevoerd door de Invoeringswet EOM, het volgende is bepaald:

“Alle bevoegdheden die naar Nederlands recht toekomen aan de officier van justitie, de advocaat-generaal en het openbaar ministerie, komen toe aan de gedelegeerd Europees aanklager, bedoeld in artikel 13 van de Verordening EOM, ten behoeve van de uitoefening van de taken van het Europees Openbaar Ministerie als bedoeld in artikel 4 van de Verordening EOM.”

Artikel 144a RO is in operationeel opzicht de kern van de Nederlandse invoeringswet.⁴ Leiden van het EOM die in Nederland optreden – dat zijn altijd magistraten die ook lid zijn

1 Hoogleraar Transnationale rechtshandhaving en fundamentele rechten aan de Universiteit Utrecht. Graag dank ik dr. J.M.W. Lindeman en prof. dr. J.A.E. Vervaele voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

2 Wet van 17 maart 2021 tot aanpassing van enkele wetten ter uitvoering van de Verordening (EU) 2017/1939 van de Raad van 12 oktober 2017 betreffende nauwere samenwerking bij de instelling van het Europees Openbaar Ministerie («EOM») (PbEU 2017, L 283) (Invoeringswet EOM), Stb. 2021, 155.

3 Alleen in artikel 2 lid 3 Sv wordt ze vermeld. Ik besteed in dit artikel niet expliciet aandacht aan de onlangs aan de Raad van State ter advisering aangeboden voorstellen voor een nieuw Wetboek van Strafvordering. Uiteraard zijn daarin wijzigingen voorzien met directe relevantie voor het EOM. Deze veranderen echter de strekking van de in dit artikel gemaakte analyses en bevindingen (vooral nog) niet wezenlijk, terwijl evenmin duidelijk is hoe de relevante bepalingen uiteindelijk zullen luiden (zowel wat betreft hun inhoud als nummering).

4 Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de positie van de [Nederlandse] Europees aanklager; zie artikel 144b RO. De verhouding tussen beide ‘Nederlandse’ functies binnen het EOM – de Europees aanklager en de gedelegeerd Europese aanklagers – laat ik verder in het midden. In het onderstaande richt ik me op de positie van de gedelegeerd Europese aanklagers.

van het Nederlandse OM⁵ – zijn wat betreft hun bevoegdheden gelijkgesteld met officieren van justitie. In de Invoeringswet EOM is verder geregeld wat hun institutionele positie is, mede in het licht van de onafhankelijke positie van het EOM, bij welke rechtbanken zij zaken aanbrengen, welke opsporingsdiensten in elk geval bevoegd zijn in EOM-zaken en hoe de Overleveringswet in het kader van het EOM moet worden toegepast. Daartoe zijn wijzigingen aangebracht in wetten als de Wet op de Rechterlijke Organisatie, de Wet op de Bijzondere Opsporingsdiensten en de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen. Nog weer andere wetten, zoals de Wet Justitiële en Strafvorderlijke gegevens, zijn echter niet aangepast. Ik kom daarop nog terug.⁶

De bondigheid van de Nederlandse wetgever verbaast. Het leidt tot de vraag in hoeverre een nieuwe actor in de strafrechtspleging kan worden ingebed door alleen diens bevoegdheden te definiëren en wat er bijgevolg met die term ('bevoegdheden') is bedoeld. Waar die inbedding niet goed geschiedt, zijn immers problemen te verwachten, zowel wat betreft het effectief functioneren van het EOM zelf of de Nederlandse instanties met wie het samenwerkt, maar ook wat betreft de rechtspositie van personen die ermee in aanraking komen (verdachten, slachtoffers, getuigen, enzovoorts). De vraag is ook of die bondigheid noodzakelijkerwijs voortvloeit uit de omstandigheid dat de EOM-Verordening verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk is in elke lidstaat (vgl. artikel 288 EUWV). Voordat ik deze vragen aan het einde van deze inleiding nader uitwerk, is het nodig dat ik in deze inleiding eerst een korte schets geef van het EOM en twee van de belangrijkste pijlers waarop het is gebouwd.

Het EOM heeft, kort gezegd, tot taak strafbare feiten die de EU-begroting schaden, strafrechtelijk te onderzoeken en te vervolgen.⁷ Het kent een unieke, op integratie gerichte structuur die zich erdoor kenmerkt dat het naar buiten toe één, ondeelbare organisatie is, met decentrale vertakkingen in de 22 deelnemende EU-staten (artikel 8 lid 1 Vo). Het EOM is een orgaan van de Europese Unie dat een centrale, in Luxemburg gevestigde, en een decentrale, op nationaal niveau ingebedde, structuur kent. Tot het centrale niveau behoren de Europese hoofdaanklager, het college van Europese aanklagers, de zogenaamde permanente kamers en de Europese aanklagers. Op centraal niveau worden in collegeverband – gevormd door de Europese aanklagers, voorgezeten door de hoofdaanklager – de strategische en beleidsmatige lijnen van het EOM uitgezet. Tot dat niveau horen ook de permanente kamers. Deze bestaan, kort gezegd, uit vaste combinaties van drie Europees aanklagers, aangevuld met de Europees aanklager van het land waar het onderzoek wordt verricht.⁸ Zij oefenen toezicht uit op de (voortgang van de) onderzoeken en strafvervolgingen die door de gedelegeerd Europese aanklagers worden gevoerd. Zij zorgen ook voor de coördinatie van de onderzoeken en de strafvervolgingen in grensoverschrijdende zaken. Op decentraal niveau bestaat het EOM uit de gedelegeerd Europese aanklagers die iedere lidstaat moet aanwijzen. Zij verrichten onder het toezicht oog van de Europees aanklager van het land waar het onderzoek wordt verricht de operationele werkzaamheden. Zij leiden de opsporingsonderzoeken, sturen waar nodig de opsporingsdiensten aan, staan in contact met de nationale rechterlijke colleges of procesdeelnemers, bereiden vervolgingsbeslissingen voor en brengen uiteindelijk de zaken aan bij de nationale strafrechter. Dat laatste is

5 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 6.

6 Zie paragraaf 3.

7 De materiële competentie van het EOM bestrijkt vooralsnog alleen de strafbare feiten die vallen binnen de reikwijdte van Richtlijn 2017/1371 betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie; zie Richtlijn (EU) 2017/1371 van 5 juli 2017, *Pb EU L* [2017] 198, p. 29–41, omgezet bij Wet van 3 juli 2019, *Stb.* 2019, 257.

8 Zie verder artikel 10 en artikel 12 EOM Verordening.

bijzonder. Het EOM, een EU-instantie, brengt dus zijn zaken aan voor de nationale rechter. In iedere deelnemende staat zijn gedelegeerd Europese aanklagers actief. Het centrale en het decentrale niveau tezamen vormen het EOM; het EOM is, anders gezegd, ondeelbaar (artikel 8 lid 1 Vo).

Ook Nederland heeft een Europees aanklager en twee gedelegeerd Europese aanklagers benoemd.⁹ Zij treden namens het EOM als aanklager op voor de rechtbanken die ook bevoegd zijn voor zaken van het Functioneel Parket. Zij werken samen met de Nederlandse opsporingsdiensten, in het bijzonder de FIOD en de NVWA, en oefenen het gezag uit over de opsporing. Dat alles is vastgelegd in de Invoeringswet EOM. De verwachting is dat er door het EOM in Nederland rond de 20, vaak gecompliceerde zaken per jaar zullen worden behandeld.¹⁰ Het gaat dan om zaken op het gebied van douane (invoerrechten), fraude met Europese subsidies (landbouw, structuurfondsen) of grote BTW-fraudes. In grensoverschrijdende onderzoeken werken de Nederlandse leden van het EOM samen met de gedelegeerd Europese aanklagers uit de andere (21) staten die zich bij het EOM hebben aangesloten.¹¹

Niet alleen zijn organisatorische structuur is ingewikkeld. Hetzelfde geldt voor de procedures die het EOM voert, zeker in het voorbereidend onderzoek. Het EOM opereert op basis van een combinatie van een EU-Verordening, die is aangevuld met 22 uiteenlopende nationale systemen van strafvordering. Typische EOM-zaken, zoals bijvoorbeeld douane- of grote carrouselfraudes, zullen vaak vertakkingen naar meerdere deelnemende staten kennen. Dan moet niet alleen worden bepaald welk decentraal onderdeel van het EOM de leiding heeft en welk recht in dat geval van toepassing is, maar ook hoe het EOM zich verhoudt tot de talloze betrokken nationale vervolgende en berechtende instanties.

Het EOM kent een systeem op basis waarvan kan worden bepaald welk decentraal onderdeel – welke gedelegeerd Europese aanklager dus – belast wordt met het onderzoek.¹² Met betrekking tot het door deze toe te passen recht bepaalt de EOM-Verordening dat, voor zover aangelegenheden niet in de verordening zelf worden geregeld, het nationale recht van deze aanklager daarop van toepassing is. Ten aanzien van aangelegenheden die zowel in het nationale recht als in deze verordening zijn geregeld, gaat de verordening voor (artikel 5 lid 3 Vo). In de Verordening is voorts voorzien in een ingewikkeld systeem van bevoegdheidsverdeling dat beoogt te bewerkstelligen dat het, op die terreinen waar het bevoegd is, met voorrang op nationale strafrechtelijke instanties onderzoeken kan starten of lopende nationale onderzoeken aan zich kan trekken (evocatierecht).¹³ Het EOM is dus niet alleen ondeelbaar, maar heeft ook een prioritaire bevoegdheid ten opzichte van nationale aanklagers.

Ik kom terug op mijn onderzoeksvragen. In een dergelijk gefragmenteerd en gedecentraliseerd handhavingslandschap zijn de twee hiervoor genoemde pijlers van het EOM-bouwwerk, diens ondeelbaarheid en diens prioritaire bevoegdheid, essentieel. Zonder deze eigenschappen zou het EOM ten onder gaan in een versnipperd handhavingslandschap, waarin zijn eigen taak en positie ten opzichte van talloze nationale partners in 22 landen volkomen onduidelijk zou zijn en steeds opnieuw zou moeten worden bevochten. Dan zou het zijn

9 Ik kom op deze gedelegeerd Europese aanklagers terug in paragraaf 2.

10 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 8-9.

11 Ik laat de samenwerking met niet-deelnemende EU-staten en derde landen hier verder buiten beschouwing, zie verder N. Franssen, 'The future judicial cooperation between the EPPO and non-participating Member States', *New Journal of European Criminal Law* 2018, p. 291-299, en van dezelfde auteur, 'Judicial Cooperation Between the EPPO and Third Countries - Chances and Challenges', *Eucrim* 2019, p. 198-205.

12 Ik daarop nog terug in paragraaf 2 en in het tweede deel van dit artikel in het volgende nummer van dit tijdschrift.

13 Daarover W. Geelhoed, 'De opsporings- en vervolgingscompetentie van het Europees Openbaar Ministerie in Nederland', *TBS&H* 2020, nr. 6, p. 290-296.

operationele, coördinerende, rechts- en beleidsvormende werkzaamheden niet kunnen vervullen. Er is dan ook weinig fantasie voor nodig om te beseffen dat juist deze twee pijlers zullen worden aangegrepen om het gefragmenteerde landschap niet nog verder te doen versplinteren. Beide pijlers werpen evenwel ook vragen op die, en dat verbaast toch wel, tijdens de parlementaire behandeling niet zijn gesteld. Wat betekent de prioritair bevoegdheid bijvoorbeeld voor de Nederlandse handhavingspraktijk waarin de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavingskolom onder de noemer van het concept van een 'geïntegreerde rechtshandhaving' nauw samenwerken? En wat staat de rechterlijke macht te doen, wanneer deze toezicht houdt op EOM-onderzoeken die deels in andere lidstaten plaatsvinden? Of wanneer het EOM zaken in Nederland aanbrengt die ook in andere deelnemende staten hadden kunnen worden aangebracht? Dergelijke forumkeuzes hebben immers grote invloed op de overige procesdeelnemers en de rechter zelf.

Over die vragen tast men ook na bestudering van de parlementaire geschiedenis in het duister. Dat is deels verklaarbaar. De Nederlandse wetgever kon dat immers ook niet allemaal voorzien. Tegelijkertijd ligt hier bij uitstek ook een taak voor nationale wetgevers, die zich niet helemaal kunnen verschuilen achter de EOM Verordening. Is het voldoende enkel te refereren aan de bevoegdheden van de [Nederlandse] leden van het EOM (art. 144a RO)? Kan worden volstaan met de conflictregel dat de Verordening voorgaat op nationaal recht? Die vragen wil ik verder uitdiepen. In deze bijdrage spits ik de vragen toe op de samenwerking met de bestuursrechtelijke handhavingskolom, met bijzondere aandacht voor de prioritair bevoegdheid van het EOM. In een volgend artikel, te verschijnen in het volgende nummer van dit tijdschrift, ga ik in op de verhouding van het EOM tot de Nederlandse rechterlijke macht.¹⁴ Dan werk ik ook het concept van ondeelbaarheid nader uit.

Wat betreft de verhouding tot de bestuursrechtelijke handhavingskolom richt ik mij in dit artikel op het *una via*-beginsel en op de mogelijkheden tot het wederzijds delen van operationele informatie (paragraaf 3). Daaraan vooraf gaan enige nadere beschouwingen over de institutionele kenmerken van het EOM en zijn impact op het vervolgingsmonopolie van het OM en het Nederlandse opportuniteitsbeginsel (paragraaf 2). Hoe zal het EOM zich moeten opstellen ten opzichte van zijn Nederlandse partners? Welke informatie, die deels in andere landen zal zijn verkregen, kan het EOM met hen delen? Wat kan het EOM op zijn beurt van de Nederlandse partners verlangen? Zijn zij zich voldoende bewust van hun verantwoordelijkheden jegens het EOM? Beschikken zij over de juridische mogelijkheden om die verantwoordelijkheden waar te maken? Die vragen raken veel meer dan alleen de bevoegdheden die de leden van het EOM hebben. Ze rijken ook verder dan het benadrukken van de prioritair bevoegdheid van het EOM.

Wat betreft de verhouding van het EOM tot de Nederlandse rechterlijke macht is de vraag wat het voornoemde uitgangspunt van ondeelbaarheid betekent voor de bevoegdheden van de Nederlandse rechter met betrekking tot de rechterlijke controle op het EOM. Ik spits die, in een volgend nummer, verder toe op de zogeheten forumkeuze en de rechterlijke omgang met onrechtmatig verkregen bewijs. Wat betekent het uitgangspunt van ondeelbaarheid in dat verband? Bestaat er nog wel zoiets als 'buitenlands' bewijs dat in een andere staat, onder verantwoordelijkheid van 'vreemde' autoriteiten is vergaard? Zo nee, hoe ver reikt dan de onderzoeksplicht van de rechter? Aan welk recht toetst deze? Opnieuw geldt dat deze vragen met alleen het toekennen van bevoegdheden aan leden van het EOM niet worden beantwoord. Ik hoop met deze bijdragen een eerste aanzet voor nadere gedachtvorming te leveren.

14 M.J.J.P. Luchtman, 'Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland. Over zijn ondeelbaarheid en verhouding tot de Nederlandse strafrechter', *DD* 2021/63 (te verschijnen).

2. Het EOM, zijn inbedding in de Nederlandse rechtsorde en zijn relatie tot het OM

De totstandkomingsgeschiedenis van het EOM bestrijkt inmiddels zo'n 35 jaar. Met name wanneer de huidige structuur wordt vergeleken met die in eerdere studies,¹⁵ valt op hoe zwaar dit orgaan van EU-recht leunt op het nationale recht. Van een concept van Europese territorialiteit, waarmee wordt bedoeld dat leden van het EOM overal in de Europese Unie, althans de deelnemende staten, onderzoekshandelingen kunnen (doen) uitvoeren, is geen sprake. De operationele bevoegdheid van de gedelegeerd aanklagers is gekoppeld aan de landsgrenzen van hun rechtsorde van herkomst. Zogenaamde gedelegeerd Europese aanklagers passen als gezegd hun eigen nationale recht toe in de gevallen waarin de Verordening niet voorziet (artikel 5 lid 3 Vo). Om die reden voorziet de Verordening in een systeem dat bepaalt welke gedelegeerd Europese aanklager de zaak behandelt en dus welk nationaal recht toepasselijk is. De behandelend gedelegeerd aanklager is doorgaans de aanklager uit de lidstaat waar zich het zwaartepunt van de strafbare activiteit bevindt of, indien verscheidene met elkaar verband houdende strafbare feiten zijn gepleegd die onder de bevoegdheid van het EOM vallen, de lidstaat waar de meeste van die feiten zijn gepleegd.¹⁶ Op basis van artikel 28 Vo kan de behandelend aanklager, overeenkomstig deze verordening en het nationale recht zelf onderzoeksmaatregelen treffen, dan wel de bevoegde autoriteiten in zijn lidstaat daartoe opdracht geven. Die autoriteiten zorgen er overeenkomstig het nationale recht voor dat alle instructies worden opgevolgd en treffen de maatregelen die hen zijn opgedragen. Met andere woorden, als het EOM besluit een onderzoek in te stellen naar een zaak waarin het zijn bevoegdheid kan uitoefenen, dienen de nationale opsporingsinstanties het EOM daarbij te ondersteunen.¹⁷ In Nederland zijn dat vooral de FIOD en de NVWA.

De beperkte territoriale armslag van de gedelegeerd Europese aanklagers is problematisch in grensoverschrijdende zaken, en vormt daarmee in wezen de *raison d'être* voor de totstandbrenging van het EOM. Hier speelt het concept van ondeelbaarheid een grote rol. Het EOM treedt op als één organisatie (artikel 8 Vo). Daarom is voor de grensoverschrijdende samenwerking voorzien in een relatief vormvrij systeem van interne samenwerking waarin de behandelend gedelegeerd aanklager zijn collega in een ander land kan vragen om assistentie (artikelen 31-33 Vo).¹⁸ De reguliere EU-regels voor strafrechtelijke samenwerking, gebaseerd op beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen, zijn dus niet toepasselijk, met uitzondering van de procedures voor overlevering van gezochte personen.¹⁹ De bepalingen inzake samenwerking kennen enige voorzieningen voor het geval de inzet van een bepaalde onderzoeksbevoegdheid een rechterlijke machtiging vereist naar het recht van de behandelende of, in de bewoordingen van de Verordening, assisterende lidstaat (zie hierna). Zeer opmerkelijk is de archaische constructie waarin de assisterende gedelegeerd aanklager bij diens assistentie in beginsel zijn eigen recht toepast, dat niet noodzakelijk aansluit op het rechtssysteem van de forumstaat.

15 Zie vooral M. Delmas-Marty e.a., *Corpus Juris: Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*, Parijs: Economica 1997, de studie onder leiding van M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele, *Implementation of the Corpus Juris*, vol 1-4, Antwerpen: Intersentia 2001, en K. Ligeti, (red.), *Model Rules for the Procedure of the EPPO*, Luxemburg: University of Luxembourg 2013.

16 Zie de artikelen 5, 13 en vooral 26 EOM? Verordening. Ik kom hierop terug in het tweede deel van dit tweeluik.

17 Vgl. *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 6, p. 10-11.

18 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 5.

19 Artikel 33 Vo bepaalt dat de daarvoor wél de EU-regels van het overleveringsrecht worden toegepast.

Het EOM is een orgaan van de EU, bezit rechtspersoonlijkheid en is onafhankelijk (artikelen 3 en 6 Vo). Het maakt geen deel uit van nationale instanties als het openbaar ministerie. Het EOM kan in de uitoefening van zijn functies ook geen externe instructies aanvaarden en is niet onderworpen aan de aanwijzingsbevoegdheid van de Nederlandse Minister van Justitie en Veiligheid. Evenmin kan het Nederlandse OM langs de ambtelijke lijnen toezicht uitoefenen, bijvoorbeeld wanneer bepaalde bijzondere opsporingsbevoegdheden worden ingezet.²⁰ Uiteraard legt het EOM wel verantwoording af voor zijn werkzaamheden. De Verordening voorziet in rapportage- en verantwoordingsplichten, zowel richting EU instanties als nationale parlementen (artikelen 6 en 7 Vo).

De verhouding met het Nederlandse OM is vanzelfsprekend een belangrijk punt van aandacht geweest tijdens de onderhandelingen over de Verordening en de Nederlandse invoeringswet. Over het precieze statuut van de gedelegeerd Europese aanklagers kan worden getwist, maar het lijkt mijns inziens het meest op wat de Duitse doctrine *Organleihe* zou noemen; de aanklagers zijn weliswaar Nederlands rechterlijk ambtenaar (artikel 144c RO), maar in hun hoedanigheid van gedelegeerd aanklager zijn ze in functioneel opzicht onderdeel van een Europees orgaan.²¹ Ze handelen niet op basis van delegatie of mandaat, maar ontlenen hun bevoegdheden rechtstreeks aan het Europees recht dat op zijn beurt op tal van plaatsen verwijst naar het nationale recht.²² Het nationale recht mag de bevoegdheden van de gedelegeerde aanklagers niet achterstellen op die van leden van het nationale OM (artikel 13 lid 1 Vo) en moet de gedelegeerde aanklagers op zijn minst van een aantal in de Verordening benoemde opsporingsmethoden (bevoegdheden worden in de verordening niet gecreëerd) voorzien (artikel 30 Vo). De handelingen die de gedelegeerde aanklagers verrichten, worden rechtstreeks toegerekend aan het EOM,²³ dat immers onafhankelijk en ondeelbaar is. De term *gedelegeerd* Europees aanklager is dus wat verwarrend.²⁴

De Nederlandse wetgever heeft de voor de hand liggende keuze gemaakt om de Nederlandse gedelegeerd aanklagers onder te brengen bij het functioneel parket. De aanklagers zijn ook officier van justitie en het is niet verboden dat zij als zodanig optreden, zolang dat geen afbreuk doet aan hun werkzaamheden als gedelegeerd aanklager.²⁵ Die combinatie van hoedanigheden kan met name nuttig zijn in strafzaken met gedeelde nationale en EU-componenten, zoals bijvoorbeeld tabaksmokkel of fraude met landbouwsubsidies.²⁶ In het verlengde daarvan ligt dat EOM-zaken zullen worden aangebracht bij de rechtbanken die voor FP-zaken bevoegd zijn. Via een aanpassing in de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten is als gezegd zeker gesteld dat de bijzondere opsporingsdiensten, in het bijzonder de FIOD (met name douane en BTW) en de NVWA (EU-subsidies) altijd bevoegd zullen zijn. De komst van het EOM betekent uiteraard een inperking van het vervolgingsmonopolie van het OM. Binnen de kaders die de Verordening biedt, komt aan het EOM een evocatierecht

20 Vgl. *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 18; *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 6, p. 11.

21 Considerans EOM Verordening, onder 12, 13, 32 en 42; *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 4, 6, 7 en 18.

22 Die hybride constructie is op zich niet nieuw; zie bijvoorbeeld het Single Supervisory Mechanism in het Europese banktoezicht, waarin vertegenwoordigers van centrale banken als het ware worden 'uitgeleend' aan het Europese toezichtmechanisme (via Joint Supervisory Teams) en volledig opgaan in een Europeesrechtelijke regime dat sterk leunt op nationaal recht; daarover uitvoerig L. Wissink, *Effective Legal Protection in Banking Supervision*, Zutphen: Europa Law Publishing 2021, en S. Allegrezza (red.), *The enforcement dimension of the Single Supervisory Mechanism*, Milaan: CEDAM/Wolters Kluwer 2020.

23 Zie ook artikel 113 Vo.

24 Vgl. A. Meij, 'Some explorations into the EPPO's administrative structure and judicial review', in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij en M. Pawlik (eds.), *The European Public Prosecutor's Office*, Den Haag: Asser/Springer 2015, p. 108.

25 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 4, 6.

26 De regels voor het in dat geval toepasselijke rechtsregime – dat van het EOM of van het Nederlandse OM – zijn te vinden in artikel 25 lid 3 Vo, waarover W. Geelhoed, 'De opsporings- en vervolgingscompetentie van het Europees Openbaar Ministerie in Nederland', *TBSE&H* 2020, nr. 6, p. 290-296.

(ten aanzien van lopende nationale onderzoeken; artikel 27 Vo) en een prioritaire rang ten aanzien van te starten onderzoeken toe (artikel 26 Vo). Met het oog daarop is ook voorzien in een meldplicht van 'bevoegde [nationale] autoriteiten' ten aanzien van 'elke strafbare gedraging ten aanzien waarvan het EOM (...) zijn bevoegdheid zou kunnen uitoefenen' (artikel 24 lid 1 Vo).²⁷ Is de zaak eenmaal in handen van de Nederlandse gedelegeerde aanklager, dan oefent deze – alsof hij een officier van justitie is (zie artikel 144a RO) – conform artikel 28 Vo en het Wetboek van Strafvordering het gezag uit over het opsporingsonderzoek.²⁸ De gedelegeerd aanklager is bijgevolg ook verantwoordelijk voor het dossier.²⁹

Voor de opsporing en vervolging van fiscale en douanedelicten zijn enige bijzondere voorzieningen getroffen. In fiscale strafzaken 'deelt' het OM het vervolgingsmonopolie immers met het bestuur van 's Rijks belastingen. Ingevolge artikel 76 AWR kan uitsluitend het bestuur strafbeschikkingen in fiscale strafzaken opleggen. Daarom moeten processen-verbaal naar het bestuur worden gezonden. Het Nederlands OM staat daarmee onder 'negatieve controle' van dat bestuur;³⁰ het oefent zijn bevoegdheden pas uit als dat bestuur de processen-verbaal doorzendt. Dat systeem strookt echter niet met het uitgangspunt van de prioritaire bevoegdheid van het EOM.

Daarom bepaalt artikel 80 lid 2 AWR dat processen-verbaal van fiscale delicten die binnen de bevoegdheid van het EOM vallen door het bestuur van 's Rijks belastingen direct aan de officier van justitie – lees: de gedelegeerd Europese aanklager – moeten worden gezonden.³¹ Hoewel dat niet met zoveel woorden uit de tekst van artikel 144a RO volgt, treden de gedelegeerde aanklagers, ook als zij geen bevoegdheden uitoefenen in de strikte zin van het woord, dus in de plaats van officieren van justitie in gevallen waarin de Verordening zwijgt of naar het nationale recht verwijst.

Een punt van discussie is in hoeverre het EOM is gebonden aan het legaliteitsbeginsel en, zo ja, wat de invloed daarvan is op het Nederlandse opportuniteitsbeginsel. Die vraag laat zich niet gemakkelijk beantwoorden.³² Dat komt omdat het EOM als het ware bovenop het nationale systeem van strafvordering is geplaatst. Alleen in de gevallen waarin dat systeem wordt geactiveerd, zoals bepaald in de Verordening, heeft het voorrang op nationale systemen. Andersluidend nationaal recht wijkt dan. In die gevallen zijn dus beleidssepts door een officier van justitie op basis van artikel 167 of 242 Sv niet mogelijk en is er in zeker opzicht sprake van een inperking van het opportuniteitsbeginsel, zij het indirect; het OM moet dulden dat een andere instantie voorrang heeft. Dat was in fiscale en douanezaken overigens al langer zo, zo bleek zojuist.

Uit de Verordening kan daarenboven worden afgeleid dat het EOM inderdaad zelf aan het legaliteitsbeginsel gebonden is,³³ maar dat er ook nog zekere marges voor beleidsafwegingen blijven bestaan bij de uitoefening van zijn bevoegdheid. Uit artikel 25, leden 2 en 3, volgt namelijk, ten eerste, dat het EOM in bepaalde, door de Verordening en beleidsmatige criteria ingevulde gevallen van de uitoefening van zijn bevoegdheid moet *afzien*. Daarnaast is er nadrukkelijk speelruimte voor opportuniteitsafwegingen in zaken met een financieel

27 Op deze bepaling kom ik hieronder in paragraaf 3 nog terug.

28 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 6.

29 Zie art. 45 Vo, waar opnieuw naar het nationale recht wordt verwezen. Vgl. ook de verwijzing in artikel 41, lid 2, onder b Vo naar 'het recht op informatie en op toegang tot de stukken van een dossier, zoals vastgesteld in Richtlijn 2012/13/EU' en de omzetting ervan in de artikelen 30-34, 149a en 149b Sv.

30 In de praktijk is er eerder sprake van een gedeelde taakopvatting; zie het Protocol aanmelding en afdoening van fiscale delicten en delicten op het gebied van douane en toeslagen (Protocol AAFD), *Stcrt.* 2015, 17271.

31 Vgl. *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 14-15. Een soortgelijke voorziening is getroffen voor douanedelicten.

32 Hierover ook Geelhoed 2020.

33 Dat volgt met zoveel woorden uit overwegingen 66 en 81 van de Considerans en artikel 26 lid 1 Vo.

belang van tussen de 10.000 en 100.000 euro.³⁴ Het EOM wordt daarbij aangespoord met nationale autoriteiten te overleggen (artikel 25 lid 5 Vo). Het EOM – bij hoofde van de bevoegde Permanente Kamer – beschikt ten derde ook over de bevoegdheid om de een aangenomen zaak weer terug te wijzen naar de nationale autoriteiten, met name in gevallen waarin het toch niet bevoegd blijkt te zijn,³⁵ of wanneer de zaak van te gering belang blijkt.³⁶ In die gevallen herleven de bevoegdheden van de nationale autoriteiten weer.

In de zojuist genoemde gevallen gaat het in de kern om de vraag wie het gezag over de opsporing en vervolging uitoefent. Dat is een vraag die meer het vervolgingsmonopolie raakt dan het opportunititeitsbeginsel. De vraag is daarnaast of het EOM ook in de Verordening niet voorziene, aan het nationale recht ontleende sepotgronden kan uitoefenen. De Nederlandse implementatiewet laat zich niet uit over de verhouding tussen de artikelen 167 Sv en 242 Sv en artikel 39 van de verordening.³⁷ In de Duitse parlementaire geschiedenis wordt evenwel de stelling betrokken dat naast de in artikel 39 genoemde dwingende en ogenschijnlijk exclusieve sepotgronden (vervolgingsbeletselen), een sepot ook nog mogelijk is in die gevallen waarin zo'n bevoegdheid naar nationaal recht aan de rechter toekomt en het OM ermee instemt (bijvoorbeeld vanwege het geringe belang van de zaak).³⁸ Ook al is die lezing vanuit proceseconomisch oogpunt wellicht verdedigbaar, toch komt ze mij gewrongen voor en zal het laatste woord hierover aan het Hof van Justitie zijn.³⁹ Materieel wordt echter min of meer hetzelfde effect bereikt wanneer het EOM de zaak terugwijst, waarna het Nederlandse OM vervolgens beslist. De laatste maakt in dat geval in volledige autonomie zijn eigen afweging; het EOM kan hier geen instructies geven. In dat opzicht wordt het opportunititeitsbeginsel niet aangetast. Tegen de (sepot)beslissing van de Nederlandse autoriteiten staat dan een artikel 12-procedure open.⁴⁰

3. Het EOM in het Nederlandse handhavingslandschap

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat het EOM een prioritaire bevoegdheid heeft ten opzichte van het OM en het bestuur van de Belastingdienst. Leden van het EOM oefenen via een schakelbepaling in de Invoeringswet dezelfde bevoegdheden uit als leden van het OM. Met die aanpak is echter de verhouding van het EOM tot de overige onderdelen van de bestuursrechtelijke handhavingskolom nog niet geduid. In de verordening wordt met regelmaat verwezen naar de 'bevoegde nationale autoriteiten', zonder dat duidelijk wordt wie dat zijn. De Invoeringswet behandelt op zijn beurt vooral de beoogde relaties met de bijzondere opsporingsdiensten. Aldus blijft onduidelijk wat de verhouding met de bestuursrechtelijke handhaving is, alsmede wat de mogelijkheden zijn tot samenwerking en het delen van operationele informatie, waaronder persoonsgegevens, met de bestuursrechtelijke handhavingskolom.

34 Zie artikel 27 lid 8 en 34 lid 3 Vo.

35 Artikel 34 leden 1 en 2.

36 Artikel 34 leden 3 en 6. Tegen die beslissing staat, indien rechtstreeks op Unierecht gebaseerd, beroep bij het Hof van Justitie open; zie artikel 42 lid 3 Vo.

37 Wel wordt gesteld dat toepassing van een artikel 12-procedure in theorie denkbaar is bij sepots door het EOM; *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 6, p. 12.

38 Dat zou zo zijn omdat de Verordening niet de bevoegdheden van nationale rechters raakt en samenhangen met de *Grundsatz der Prozessökonomie*; *Deutscher Bundestag Drucksache 19/17963*, 16 maart 2020, p. 34.

39 De tekst van artikel 39 Vo en 81 van de Considerans wijzen in ieder geval duidelijk in een andere richting, die aansluit bij het legaliteitsbeginsel.

40 Vgl. *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 6, p. 12.

De eerste vraag die daarbij rijst is of er ook een prioritering bestaat tussen het EOM en de punitieve bestuursrechtelijke handhaving.⁴¹ Dat valt in ieder geval niet af te leiden uit de richtlijn die de basis vormt van de bevoegdheid van het EOM, namelijk de voornoemde PIF-richtlijn. In de considerans van die richtlijn is het volgende te lezen:

“Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de juiste en doeltreffende toepassing van disciplinaire maatregelen of sancties, andere dan van strafrechtelijke aard. Bij de veroordeling van een persoon wegens een in deze richtlijn omschreven strafbaar feit mag rekening worden gehouden met sancties die niet aan strafrechtelijke sancties kunnen worden gelijkgesteld maar al aan dezelfde persoon zijn opgelegd wegens dezelfde gedraging. Voor andere sancties dient het beginselverbod om tweemaal in een strafrechtelijke procedure voor hetzelfde strafbare feit te worden berecht of gestraft (*ne bis in idem*-beginsel) volledig in acht te worden genomen. (...)”⁴²

De verplichting tot strafbaarstelling *in abstracto* betekent dus geenszins een voorrang voor strafrechtelijke procedures *in concreto*. Onduidelijk is of dat nu, wat het EOM betreft, is veranderd voor de lidstaten die aan het EOM deelnemen. De meldplicht van artikel 24 leden 1 en 2 Vo dwingt niet noodzakelijk tot die conclusie en evenmin de evocatiebepalingen van artikel 27 lid 1 Vo, op basis waarvan het EOM een reeds gestarte strafrechtelijke procedure aan zich kan trekken. De vraag rijst in het bijzonder waarom de wetgever geen aandacht heeft besteed aan de *una via*-bepalingen van artikel 243 Sv en artikel 5:44 Awb. Dat speelt bij BTW-fraudes, maar mogelijk ook bij douanefraudes en fraudes met landbouwsubsidies, met name in die gevallen waar de subsidievoorwaarden zijn gekoppeld aan met bestuurlijke boetes te handhaven duurzaamheidseisen.⁴³

Uit de wetsgeschiedenis is bovenal af te leiden dat de huidige praktijk van overleg op basis van de fiscale AAFD-richtlijnen⁴⁴ (BTW en douane) wordt voortgezet en dat de gedelegeerd Europese aanklagers daarin ook een plaats zullen krijgen.⁴⁵ Ook is er stilgestaan bij de inhoud en omvang van de meldingen richting het EOM op basis van artikel 24 lid 1 Vo.⁴⁶ Daarmee is echter geen oplossing geboden voor de situatie dat een bestuursrechtelijke autoriteit die een zaak bij het EOM heeft gemeld, maar niet tijdig een reactie ontvangt, voor dezelfde gedraging aan dezelfde persoon een boete oplegt. Dat laatste is mogelijk wanneer het bestuursorgaan tevoren contact heeft gezocht met de officier van justitie (artikel 5:44 lid 3 Awb). Wanneer de officier van justitie vervolgens van actie afziet of 13 weken niets van zich laat horen, kan het bestuursorgaan een boete opleggen. Op dat moment vervalt naar nationaal recht het recht tot strafvervolging.⁴⁷

De Invoeringswet zwijgt over de *una via*-problematiek. De *una via*-regeling is niet aangepast aan de komst van het EOM, terwijl artikel 144a RO hier taalkundig geen uitkomst biedt; het gaat hier immers niet om de uitoefening van bevoegdheden door leden van het EOM. Daardoor rijst de vraag of bestuursorganen bestuurlijke boetes kunnen opleggen als de zaak wel aan de gedelegeerd aanklager is voorgelegd, maar niet tijdig, binnen 13 weken,

41 Klaarblijkelijk is men in Nederland daarvan wel uitgegaan; zie met name de bij de Memorie van Toelichting Invoeringswet horende Impactanalyse EOM bij FIOD, p. 3.

42 Considerans onder 17, *supra* noot 4.

43 In die gevallen rijst immers de vraag of er sprake is van hetzelfde feit, dezelfde gedraging in de zin van de *una via*-bepalingen en het *ne bis in idem*-beginsel van artikel 50 Hv.

44 Protocol aanmelding en afdoening van fiscale delicten en delicten op het gebied van douane en toeslagen (Protocol AAFD), *Stcrt.* 2015, 17271.

45 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 6.

46 Vgl. *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 3, 8, 12-13, 15; *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 6, p. 14-16, 23; *Kamerstukken I*, 2019/20, 33 709, AR.

47 Behoudens uitzonderingen als in artikel 5:47 Awb.

een reactie is ontvangen. Er zou kunnen worden betoogd dat deze regeling niet slaat op het EOM. De strafvervolgning vervalt in de zojuist genoemde situatie alleen wanneer deze wordt uitgeoefend door het OM. Artikel 5:44 Awb raakt dan niet de bevoegdheid van het EOM. Dat is pas zo wanneer een boete hetzelfde feit betreft en deze punitieve sanctie onherroepelijk is geworden (artikel 50 Hv).

Een andere lezing vind ik echter beter verdedigbaar, omdat die recht doet aan de beoogde gelijkenschakeling van leden van het EOM met leden van het OM. Een redelijke wetsuitleg zou dan uitweg kunnen bieden; waar in artikel 5:44 Awb ‘officier van justitie’ staat, kan ook gedelegeerd Europese aanklager worden gelezen. Wanneer deze geen verdere actie onderneemt, waartoe op basis van artikel 27 lid 1 Vo snel moet worden besloten, staat mijns inziens niets aan de volle werking van het *una via*-beginsel in de weg; het vervolgingsrecht van het EOM vervalt, wanneer het bestuursorgaan een boete oplegt, ook zolang de bestuurlijke boete niet onherroepelijk is.⁴⁸ De *una via*-regels fungeren dan als een handhavingmechanisme van de EOM Verordening. Op die manier wordt ook voorkomen dat de procedure positie van betrokkenen verandert, naar gelang de uitkomsten van het afstemmingsoverleg tussen openbaar ministerie en EOM. De parlementaire geschiedenis zwijgt over het antwoord op de vraag welke interpretatie de voorkeur geniet.

Praktisch relevanter dan de *una via*-regels is het gebrek aan aandacht voor voorschriften die een soepele samenwerking en verdere afstemming tussen het EOM en nationale bestuursrechtelijke autoriteiten mogelijk maken. Dan gaat het niet alleen om afstemming wat betreft punitieve (straf- en bestuursrechtelijke) sanctionering, maar om het geheel van maatregelen dat tegenwoordig onder het concept geïntegreerde handhaving wordt geschaard; samenwerking die niet alleen op bestraffing is gericht, maar ook op herstel, reparatoire sancties of andere maatregelen, zoals bijvoorbeeld een naheffing of randvoorwaardenkorting, waarbij ook de evenredigheid van het totale sanctie- en maatregelenpakket voor ogen moet worden gehouden.⁴⁹

Het gaat daarbij enerzijds over de mogelijkheden voor het EOM om informatie met nationale partners te delen, anderzijds om de mogelijkheden die de laatstgenoemden hebben om informatie aan het EOM te zenden. Het betreft de verstrekking van gegevens op verzoek van de laatste, maar ook uit eigen beweging. Het kan gaan om het delen van gegevens in het licht van een gedeeld belang of in het kader van bijstand aan de taak van de ander. De wetsgeschiedenis zwijgt hierover. Van de uitoefening van bevoegdheden in de strikte zin van het woord is echter lang niet altijd sprake (vgl. artikel 144a RO).

Een complicerende factor is dat het in de Verordening veelvuldig gebruikte begrip ‘bevoegde [nationale] autoriteiten’ evenmin in de Nederlandse wet wordt geduid. Toch ligt daar bij uitstek een taak voor de Nederlandse wet- en regelgever. Nederlandse autoriteiten, ook andere dan de directe partners van het EOM (zoals het Functioneel Parket of de opsporingsdiensten), moeten weten of de Verordening op hen van toepassing is, alsmede of hun taakopdracht de samenwerking met het EOM omvat. De ervaringen met betrekking tot bijvoorbeeld het Europees Bureau voor Fraudebestrijding (OLAF) tonen aan dat deze zaken voor nationale autoriteiten *in concreto* vaak allesbehalve duidelijk zijn.⁵⁰ Met name aan de

48 Uiteraard is het dan ook de vraag of het EOM, zolang de boete nog niet onherroepelijk is, alsnog in een ander land mag aanbrengen. Ik zou menen van niet.

49 Zie verder M. Luchtman, ‘Samenwerkingsverbanden en de strafrechtspleging’, *TBS&H* 2020 (5), p. 222-235.

50 Vgl. M. Simonato, M. Luchtman & J. Vervaele, *Exchange of information with EU and national enforcement authorities - Improving OLAF legislative framework through a comparison with other EU authorities (ECN/ESMA/ECB)*, Utrecht: Utrecht University 2018.

uitgavenkant van de EU-begroting gaat het om een bonte verzameling van instanties op rijks-, provinciaal en gemeentelijk niveau.⁵¹

Natuurlijk is de speelruimte voor de Nederlandse wetgever beperkt als het gaat om de informatiestromen vanuit het EOM. Daarover gaat de Verordening zelf. Leden van het EOM, inclusief gedelegeerd aanklagers, zijn allen gebonden aan een geheimhoudingsplicht.⁵² Vertrouwelijke informatie wordt dus in beginsel niet gedeeld. De uitzonderingen op die regel zijn, wat betreft persoonsgegevens, limitatief omschreven in de Verordening.⁵³ Daarbij valt op dat de uitwisseling vooral is gericht op het oplossen van bevoegdheidsvraagstukken met strafrechtelijke partners,⁵⁴ dan wel – in het kader van de samenwerking met andere ‘bevoegde autoriteiten’ – de bestuursrechtelijke *follow-up*, wanneer het EOM afziet van vervolging.⁵⁵ Dat zou *a contrario* betekenen dat informatie-verstrekking door het EOM in het kader van een integrale, gezamenlijke aanpak van een bepaald maatschappelijk ongewenst fenomeen niet altijd mogelijk lijkt.⁵⁶ Het delen van informatie staat duidelijk in de sleutel van het bevoegdheidsvraagstuk en de prioritaire bevoegdheid van het EOM.

Die interpretatie wordt bevestigd door de artikelen 47 lid 3 en 49 van de Verordening. Artikel 49 lid 1 Vo bepaalt namelijk dat operationele persoonsgegevens *uitsluitend* worden verwerkt – en dus ook uitsluitend worden verstrekt – voor, onder meer, strafrechtelijke onderzoeken en strafvervolgingen op grond van de Verordening of informatie-uitwisseling met de *bevoegde autoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie (...) overeenkomstig deze verordening*. Omdat uit de laatste cursief weergegeven woorden duidelijk wordt dat artikel 49 op zichzelf geen bevoegdheidsgrondslag kan zijn, ziet het delen van informatie door het EOM dus op de zojuist in de Verordening benoemde situaties.

Vornoemd artikel 47 lid 3 Vo brengt binnen die kaders nog verdere beperkingen aan. Wanneer gegevens worden gebruikt voor andere doeleinden dan waarvoor ze werden verzameld, is dat gebruik alleen toelaatbaar als, onder meer, het niet is verboden door het toepasselijke nationale procesrecht betreffende de onderzoeksmaatregelen die overeenkomstig artikel 30 zijn toegepast. Dat toepasselijke nationale recht is het procesrecht van de lidstaat waar de gegevens werden verkregen. Dat betekent dat de Duitse gebruiksbeperkingen op met een telefoontap verkregen gegevens bijvoorbeeld zullen moeten worden gerespecteerd in een andere Nederlandse strafzaak.⁵⁷

Omgekeerd is er nauwelijks aandacht geweest in de parlementaire geschiedenis voor wie de nationale instanties zijn die informatie aan het EOM verstrekken – zowel in het kader van de meldplicht van artikel 24 lid 1 Vo, als aanvullende verzoeken om informatie, bedoeld in artikel 24 lid 7 Vo – en wat hun mogelijkheden zijn om informatie uit eigen beweging te delen.

Wat betreft de strafvorderlijke autoriteiten valt op dat de Wet Justitiële en Strafvorderlijke gegevens (WJSG) niet aan de komst van het EOM is aangepast; het EOM valt naar de letter

51 Zoals ook erkend, maar niet uitgewerkt in de *Kamerstukken II 2019/20*, 35 429, nr. 3, p. 3: ‘Voor de Nederlandse situatie houdt [de meldplicht van artikel 24 Vo] in dat een veelheid aan instanties, variërend van toezichthouders, bijzondere opsporingsdiensten, de politie en het openbaar ministerie (hierna ook: OM) onder deze meldplicht vallen.’

52 De Verordening voorziet niet in bepalingen die schendingen van die plicht sanctioneren. In die gevallen zou artikel 272 Sr kunnen worden toegepast.

53 Het is gezien de voorrang van het Unierecht niet aannemelijk dat met bestuursrechtelijke vorderingsbevoegdheden zoals die van artikel 55 AWR (of mogelijk zelfs strafvorderlijke dwangmiddelen) de verstrekking van gegevens kan worden afgedwongen.

54 Vgl. de relevante afstemmingsvoorzieningen in de artikelen 24, 25, 27 en 34 Vo.

55 Vgl. in het bijzonder artikel 39, lid 4 Vo.

56 Vgl. voor Nederland het voorstel voor een Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, *Kamerstukken II 2019/20*, 35 447.

57 Vgl. *Deutscher Bundestag Drucksache 19/17963*, 16 maart 2020, p. 39-40.

van de wet, als ontvanger van informatie van het OM, onder artikel 39ga, op basis waarvan het EOM door het OM⁵⁸ op gelijke voet wordt behandeld als autoriteiten uit andere lidstaten of EU-instanties als Eurojust of Europol.⁵⁹ Die constructie conflicteert met artikel 43 lid 1 Verordening en ook met het systeem van de Invoeringswet.⁶⁰ In artikel 43 lid 1 Vo is bepaald dat gedelegeerd Europese aanklagers, “onder dezelfde voorwaarden als die welke overeenkomstig de nationale wetgeving in soortgelijke gevallen gelden”, alle relevante informatie kunnen verkrijgen die is opgeslagen in nationale strafonderzoeks- en rechtshandhavingsdatabanken, alsmede in “andere registers van openbare instanties.” Het EOM moet in de Nederlandse strafrechtspleging dus met het OM gelijk worden geschakeld. In dat opzicht had men beter aansluiting kunnen zoeken bij de tekst van artikel 39e WJSG en het EOM daarin opgenomen.⁶¹ De route van artikel 39ga WJSG oogt in ieder geval circulair; dat artikel staat informatieverstrekking toe, conform het toepasselijke EU rechtsinstrument dat in artikel 43 Vo weer naar het nationale recht, dus artikel 39ga WJSG, verwijst. Dat wringt vooral bij de informatieverstrekking uit eigen beweging door de Nederlandse politie en justitie, die meer situaties kan omvatten dan alleen de meldplicht van artikel 24 Vo. Het alternatief is het buiten toepassing laten van artikel 39ga WJSG en, op basis van artikel 43 lid 1, aansluiting zoeken bij artikel 39e WJSG, waar wordt verwezen naar Nederlandse rechterlijk ambtenaren.

Ook voor bestuursrechtelijke uitvoerders en handhavers zijn vooralsnog geen uitdrukkelijke voorzieningen getroffen die informatieverstrekking aan het EOM mogelijk maken. De gedachte zal zijn geweest dat waar die mogelijkheden al bestaan, bijvoorbeeld omdat het delen van informatie tot de taakuitvoering van het bestuursorgaan moet worden gerekend, de bevoegdheid tot het delen van informatie – op verzoek of uit eigen beweging – volgt uit het Europeesrechtelijke equivalentiebeginsel, de plicht tot loyale samenwerking⁶² en uit artikel 43 lid 1 Vo. Gelijkschakeling met vergelijkbare nationale situaties is het devies. Maar daarvoor is opnieuw nodig dat het ook voor de betrokken bestuursorganen duidelijk is dat het EOM op dezelfde manier moet worden behandeld als het Nederlandse OM en niet – zoals nu in de WJSG – als een *Fremdkörper*, waarvoor vaak andere, meer restrictieve voorschriften gelden.⁶³ De direct werkende bepaling van de verordening heeft hier enige begeleiding nodig; voor Nederlandse autoriteiten moet duidelijk zijn dat samenwerking en afstemming met het EOM op het eigen beleidsterrein voortaan tot het takenpakket behoort. Het past dat bij of krachtens wet te doen.

Daarenboven zijn er situaties denkbaar waarin het verstrekken van gegevens uit eigen beweging niet direct in het belang van de eigen taak is, maar wel in die van het EOM. Die situatie betreft ook de verhoudingen met bestuursrechtelijke organen op aanpalende terreinen, zoals de financiële toezichtwetten of de regels ter bestrijding van witwassen. Dan is, als vertrouwelijke of persoonsgegevens worden verstrekt, een uitdrukkelijke wettelijke

58 Bij monde van het College van Procureurs-Generaal dat die bevoegdheid heeft gemandateerd; zie de Aanwijzing Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens, *Stcrt.* 2018, 36059.

59 Vgl. ook artikel 16 WJSG en de artt. 40 en 41 BJSJ, alsmede artikel 15a Wet politiegegevens.

60 Vgl. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 429, nr. 3, p. 1: ‘Uitgangspunt is dat het EOM samenwerkt met de nationale autoriteiten en gebruik maakt van de nationale structuren en wettelijke bevoegdheden.’

61 Dat artikel bepaalt vooralsnog: ‘Voorzover dit noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, kan het College van procureurs-generaal aan de volgende personen of instanties strafvorderlijke gegevens verstrekken: a. *Nederlandse* rechterlijke ambtenaren; (etc) [mijn cursivering].’

62 Vgl. Considerans EOM Verordening, onder 14.

63 Denk wat betreft de fiscale samenwerking aan de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen, dat een apart – van artikel 67 AWR afwijkend – regime creëert voor informatie-uitwisseling met buitenlandse en Europese mogendheden (directe belastingen; voor de omzetbelasting geldt nog weer een ander EU-regime), net zoals de hierboven genoemde bepaling van de WJSG.

grondslag nodig.⁶⁴ In die grondslagen is nu evenmin voorzien. Zo is in de uitvoeringsregels inzake de fiscale geheimhoudingsplicht van artikel 67 AWR het EOM nog niet opgenomen.⁶⁵ Ook in deze gevallen, dus de situaties waarin een specifieke wettelijke voorziening ontbreekt, houd ik het erop dat in de uitleg van nationale geheimhoudings- en informatie-delingsbepalingen het EOM op gelijke manier wordt behandeld als het OM, ook in situaties waarin gedelegeerd Europese aanklagers zelf geen ‘bevoegdheden’ uitoefenen. Daarmee wordt een optimale werking van het Unierecht verzekerd, terwijl die uitleg in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel mij evenmin als bezwaarlijk voorkomt. Het had opnieuw niet misstaan dat de Nederlandse wetgever dit met zoveel woorden had bepaald. Dat is met name belangrijk in die gevallen waarin het EOM zelf niet ervan op de hoogte is dat dergelijke informatie bij deze Nederlandse partners voorhanden is. Vooral in die gevallen moet duidelijk zijn dat samenwerking met het EOM tot de taak van die partners behoort.

4. Afrondende beschouwing

Dit artikel is deel van een tweeluik. Dat tweeluik vraagt aandacht voor een ontwikkeling die in het nationale debat nogal is ondergesneeuwd. Toch is de komst van het EOM in menig opzicht een zeer belangwekkende ontwikkeling. Ten eerste, vanwege de bijzondere structuur van deze nieuwe speler en de vragen die het oproept voor de Nederlandse strafrechtspleging. Ten tweede, omdat het EOM naar verwachting een aanjager zal zijn voor de verdere Europeanisering van de strafrechtspleging in den brede, zelfs al is zijn materiële competentie beperkt.

In dit artikel lag de nadruk op een van de dragende pijlers van het EOM-systeem, zijn prioritaire bevoegdheid ten opzicht van de nationale justitie. Vanuit die optiek zijn de relaties van het EOM met het Nederlandse OM en de bestuursrechtelijke handhavingskolom verkend. Wat daarbij opvalt is dat de verordening vooral, niet geheel onbegrijpelijk, gericht is op het bewerkstelligen van die prioritaire bevoegdheid op zichzelf. *Als* er overleg plaatsvindt met nationale partners (wie dat zijn definieert de Verordening niet en de Invoeringswet evenmin), dan gaat dat overleg over wie er bevoegd is. Ik heb me afgevraagd of die benadering goed past in het Nederlandse handhavingslandschap, waar samenwerking in de sleutel staat van, kort gezegd, integrale rechtshandhaving. Dat concept omvat ook de afstemming tussen parallelle punitieve en niet-punitieve handhavingstrajecten, staat idealiter – de praktijk is helaas anders – niet in de sleutel van ‘afpakken’ en repressie, maar van evenredige sanctionering en een goede rechtsbedeling,⁶⁶ en omvat zowel de initiële als de latere fasen van een procedure (inclusief de tenuitvoerlegging van straffen of maatregelen). Integrale handhaving omvat dus meer dan alleen het voeren van overleg over en het bevestigen van de onderlinge pikorde. De focus op diens prioriteit heeft in het EOM-raamwerk een blinde vlek gecreëerd; de mogelijkheden tot informatievoorziening aan nationale partners ogen nogal beperkt. Het zal moeten worden afgewacht of het EOM zich net zo zal opstellen als het openbaar ministerie nu in die gremia doet en welke ruimte het daarvoor krijgt. Mijns inziens biedt de verordening weinig ruimte.

Aan Nederlandse zijde valt op hoe weinig er door de invoeringswetgever wordt benoemd. De constructie van art. 144a RO, waarin is bepaald dat de bevoegdheden die naar Nederlands recht toekomen aan de officier van justitie ook toekomen aan de gedelegeerd Europees aanklager, vind ik minder gelukkig. Het gebruik van het woord ‘bevoegdheden’

64 Vgl. artikel 6 lid 1, aanhef en onder c, Algemene verordening gegevensbescherming, *Pb EU* [2016] L 119/1.

65 Zie artikel 43c Uitvoeringsregeling Algemene wet inzake rijksbelastingen 1994.

66 Recent, T. Kooijmans, *In het belang van een goede rechtsbedeling* (afscheidsrede Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2021.

veronderstelt immers een actie, een wilsbesluit aan de zijde van het EOM. Naar mijn indruk gaat het echter niet zozeer, of althans niet alleen om de uitoefening van 'bevoegdheden', maar om de toepassing van de voorschriften van de relevante wettelijke voorschriften, in de gevallen waarin de Verordening niet voorziet of verwijst naar het nationale recht.⁶⁷ Dan nog valt op dat de WJSG in de Nederlandse invoeringsoperatie niet is meegenomen.

Maar ook als deze aanpak zou zijn gevolgd, blijven er nog zaken open. Vier afsluitende opmerkingen passen nog. Ten eerste is de positie van bestuursrechtelijke handhavers jegens het EOM goeddeels impliciet gebleven, ook in de parlementaire geschiedenis. Daarmee wordt het aan de praktijk overgelaten hoe die bevoegdheidsverdeling verder gestalte wordt gegeven. Toch zal daar lang niet altijd duidelijk zijn wat de komst van het EOM van hen verlangt. Wie de in de Verordening genoemde 'bevoegde autoriteiten' zijn, wordt niet benoemd. Op welke wijze zij informatie (moeten) delen met het EOM is evenmin aan de orde geweest. Niet alleen de strafrechtelijke wetten moeten aan de komst van het EOM worden aangepast. Bestuursrechtelijke handhavers moeten er eveneens van zijn doordrongen dat de komst van het EOM ook van hen loyale samenwerking verlangt. Het signaal moet zijn dat samenwerking met het EOM op dezelfde wijze plaatsvindt als met het OM. Het EOM is geen *Fremdkörper*. Dat signaal geeft de wet momenteel niet, althans onvoldoende duidelijk. Het had ten tweede niet misstaan dat er nadrukkelijker aandacht was besteed aan de vraag welke nationale (strafvorderlijke en andere) voorschriften in de context van het EOM *niet* van toepassing zijn. Ook die interpretatieve arbeid is geheel aan de rechtspraak gelaten. Dat de regels over het opportuniteitsbeginsel op het EOM niet van toepassing zijn zal, neem ik aan, duidelijk zijn. Maar daarnaast kan deze vraag rijzen voor bijvoorbeeld de toepassing van bepaalde definities (ik denk aan de bepalingen van de artikelen 132 en 132a Sv) of wellicht (anders dan ik hiervoor betoogde) de *una via*-bepalingen. Het systeem van de verordening is lang niet op alle onderdelen zonneklaar en zal de rechtspraak voor vragen stellen. De wetgever kan zich, daar waar een oordeel over de verenigbaarheid van het eigen systeem met de verordening wordt gevraagd, niet alleen achter die verordening verschuilen. Ze moet kleur bekennen en de rechtspraak kaders bieden.

Ten derde moet worden bedacht dat er in veel gevallen nog nader moet worden afgestemd tussen het EOM en het nationale OM, zeker in de initiële fasen van het onderzoek en de overgangen met het bestuurlijk handhavingstoezicht. De constructie waarin het EOM in de plaats treedt van het OM, voor zover het gaat om de uitoefening van 'bevoegdheden', biedt te weinig richting in gevallen waarin in theorie beide (EOM en OM) nog bevoegd kunnen zijn. Ik leid uit de verordening af dat ook in de initiële stadia van het onderzoek het EOM in elk geval moet worden geïnformeerd. Maar pas als de laatste een onderzoek start of overweegt, maakt het OM een pas op de plaats (artikel 27 Vo). Diens bevoegdheid kan later nog herleven. Welke verplichtingen er in de tussentijd jegens het OM bestaan voor de opsporingsdiensten, bestuursorganen of anderen is mij onduidelijk.⁶⁸ Die duidelijkheid is nodig om te voorkomen dat OM en EOM elkaar in de wielen rijden of dat er tegenstrijdige beslissingen in dezelfde zaak worden genomen. Mogelijk lost de praktijk dit probleem zelf op. Europees gedelegeerde aanklagers hebben immers een dubbele hoedanigheid en bovendien

67 Mij bevalt in dat opzicht de Duitse benadering beter. De Duitse invoeringswetgever koos voor de volgende formulering: "§ 2 Verfahrensvorschriften - Ist die Europäische Staatsanwaltschaft nach den Artikeln 22 und 23 der Verordnung (EU) 2017/1939 zuständig und hat sie gemäß Artikel 25 dieser Verordnung die Verfolgung übernommen, sind die Vorschriften über das strafrechtliche Verfahren, insbesondere die Strafprozessordnung, das Gerichtsverfassungsgesetz, das Jugendgerichtsgesetz und die Abgabenordnung, anzuwenden, soweit nicht in der Verordnung (EU) 2017/1939 in der jeweils geltenden Fassung oder in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist." Ook de Duitse wet beperkt zich tot de strafvordering.

68 Denk bijvoorbeeld aan de aangifteplichten van art. 160-162 Sv.

kenmerkt de Nederlandse handhavingspraktijk zich door vele afstemmingsoverleggen. Andere leden van het OM hebben bovendien ook een meldingsplicht jegens het EOM (artikel 24 lid 2 Vo). Opnieuw vraagt dat echter veel van alle betrokken actoren.

Ten slotte zijn er gevallen waarin noch de Verordening, noch de Invoeringswet voorzien. Ik vermoed dat dit probleem zich vooral zal voordoen in gevallen waarin binnen het raamwerk van het EOM meerdere rechtsordes met elkaar in verband worden gebracht. Het EOM is gebouwd op een integratiemodel, waarin formele grenzen tussen nationale rechtsordes grotendeels zijn geslecht. Ik noem de forumkeuze en vooral de omgang met bewijs in grensoverschrijdende zaken. Welk kader geldt er voor onrechtmatig verkregen bewijs? Die vraag lag van meet af aan op tafel, maar is nauwelijks aan de orde geweest. Geldt art. 359a Sv in die gevallen onverkort? Wat betekent 'ondeelbaarheid' in dat verband? Hier komen we als gezegd op het terrein van de tweede bijdrage, in een volgend nummer, die gaat over de relaties tussen het EOM en de Nederlandse rechterlijke macht in het licht van de tweede besproken pijler, die van de ondeelbaarheid van het EOM.