

Het Europees Openbaar Ministerie en het hervormde OLAF uit de startblokken

Een nieuwe impuls voor Europese fraudebestrijding

Mr. S.J. Lopik, mr. E.M.R.H. Vancraybex en mr. Y. de Vries*

De strijd tegen fraude die ten koste kan gaan van EU-middelen heeft een nieuwe impuls gekregen. Op 1 juni 2021 is het Europees Openbaar Ministerie (EOM) met zijn werkzaamheden begonnen. Het EOM is een onafhankelijk vervolgingsorgaan dat, in het kort, bevoegd is om strafbare feiten die ten koste gaan van de begroting van de Europese Unie (EU) te onderzoeken, te vervolgen en voor de nationale strafrechter te brengen. Daarmee hebben de deelnemende lidstaten het vervolgingsmonopolie op dit gebied deels in de handen van de EU gelegd. De komst van het EOM brengt ook veranderingen met zich voor de rol en de taakuitoefening van het Europees bureau voor fraudebestrijding (OLAF). OLAF krijgt een ondersteunende rol voor het EOM en wordt uitgerust met nieuwe bevoegdheden die zijn doeltreffendheid moeten vergroten. In deze bijdrage gaan wij in op deze ontwikkelingen en leggen daarbij de nadruk op het spanningsveld rond deze bevoegdheids-overdracht en de noodzaak om te voorzien in effectieve procedurele waarborgen. Wij geven allereerst een korte omschrijving van het EOM en zijn bevoegdheden, en gaan kort in op enkele aspecten van de Nederlandse deelname aan het EOM. Vervolgens bespreken wij de veranderingen voor OLAF. Wij besteden eerst aandacht aan de rolverdeling tussen het EOM en OLAF. Daarna staan wij stil bij de veranderingen die strekken tot verbetering van de doeltreffendheid van onderzoeken door OLAF, de uitbreiding van zijn onderzoeksbevoegdheden en de nieuwe procedurele waarborgen die daartegenover staan.

* Mr. S.J. (Sjoerd) Lopik is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam en buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden. Mr. E.M.R.H. (Eline) Vancraybex is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam. Mr. Y. (Yvo) de Vries is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam en redactielid van NtEr. Twee van de auteurs hebben voor NtEr reeds een artikel over het EOM geschreven. Voor een algemene achtergrond van het EOM verwijzen zij naar dat artikel. Zie: Y. de Vries & S.J. Lopik, 'Het Europees Openbaar Ministerie komt eraan: waakhond of papieren tijger?', NtEr 2019/3-4, p. 105-112.

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 283/1-71) (EOM-verordening).

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) (Invoeringswet EOM).

Verordening (EU, Euratom) 2020/2223 van het Europees Parlement en de Raad van 23 december 2020 tot wijziging van Verordening (EU, Euratom) nr. 883/2013 wat betreft samenwerking met het Europees Openbaar Ministerie en de doeltreffendheid van de door het Europees Bureau voor fraudebestrijding ('OLAF') uitgevoerde onderzoeken (PbEU 2020, L 437/49) (Wijzigingsverordening).

Verordening (EU, Euratom) 883/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 september 2013 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad en Verordening (Euratom) nr. 1074/1999 van de Raad (PbEU 2013, L 248), zoals gewijzigd bij de Wijzigingsverordening (OLAF-verordening).

Het EOM in Nederland

Het EOM is een vervolgingsorgaan van de EU dat bevoegd is zaken te onderzoeken en te vervolgen waarin een verdenking bestaat van strafbare feiten die zijn opgesomd in Richtlijn (EU) 2017/1371. Kort gezegd betekent dit dat het werkdomein van het EOM strafbare gedragingen omvat waardoor de financiële belangen van de EU worden geschaad. De Europeesrechtelijke basis voor het EOM is te vinden in de EOM-verordening.

In Nederland zijn noodzakelijke wijzigingen voor de komst van het EOM met name doorgevoerd door middel van de Invoeringswet EOM die op 23 april 2021 in werking trad.

Het EOM is opgebouwd uit een centraal en een decentraal niveau. Het centrale niveau geeft vanuit Luxemburg leiding aan het EOM. Op 28 september 2020 werden de Europese aanklagers van het EOM, die werkzaam zijn op het centraal niveau, beëdigd. De Nederlandse Europese aanklager is mevrouw Goudriaan, voormalig coördinator corruptiebestrijding bij het Nederlandse Openbaar Ministerie (OM). Het decentrale niveau bestaat uit gedelegeerde Europese aanklagers per lidstaat. Deze aanklagers zijn lid van de vervolgingsautoriteit van een lidstaat (in Nederland zijn zij officieren van justitie) en doen op grond van hun nationale strafvorderlijke regelgeving onderzoek in hun lidstaat. De heren Notenboom en Visser zijn als gedelegeerd aanklager aangewezen. Zij werken volgens artikel 144c Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) bij het functioneel parket van het OM. Het belangrijkste uitgangspunt voor hun bevoegdheden is vastgelegd in artikel 144a Wet RO:

‘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 (...) ten behoeve van de uitoefening van de taken van het Europees Openbaar Ministerie (...).’

142

De EOM-verordening schrijft voor dat de gedelegeerd aanklager na een strafrechtelijk onderzoek een concept-vervolgingsbeslissing neemt, die hij met het centrale niveau deelt. Op dat niveau wordt vervolgens de definitieve vervolgingsbeslissing genomen. Als het centrale niveau tot vervolging besluit, brengt de gedelegeerd Europese aanklager de zaak voor de nationale rechter. Op lidstaten rust een meldplicht ten opzichte van het EOM ten aanzien van zaken die vallen binnen de bevoegdheid van het EOM. Het EOM heeft een evocatierecht op basis waarvan het kan afdwingen dat een onderzoek dat binnen zijn mandaat valt aan hem wordt overgedragen. Naast onderzoeken die bij het EOM komen door het evocatierecht kan het EOM ook eigenhandig het initiatief nemen om een onderzoek te openen.¹

Het EOM is om meerdere redenen baanbrekend, waaronder vanwege de inbreuk die het maakt op het vervolgingsmonopolie van de nationale vervolgingsautoriteiten. Het OM was in Nederland de enige partij die een zaak bij de strafrechter mocht aanbrengen.² Het EOM

heeft deze bevoegdheid door de Nederlandse deelname inmiddels ook, voor zover het gaat om zaken die binnen zijn domein vallen. Bovendien kan het EOM met zijn evocatierecht dat soort zaken bij het OM wegnemen. Nadat het EOM een zaak naar zich heeft toegetrokken, kan het OM niet langer beslissen hoe het de betreffende zaak afhandelt. Om die reden is het maar zeer de vraag of is voldaan aan de voorwaarde die het regeerakkoord van Rutte-III stelde aan deelname aan het EOM, namelijk dat dit geen afbreuk zou doen aan het opportuniteitsbeginsel van het OM.³ In zaken van het EOM kan het OM immers niet langer zelf over een mogelijke wijze van vervolging beslissen.

Mede door deze aanzienlijke invloed van het EOM stond Nederland aanvankelijk sceptisch tegenover deelname.⁴ Ook tijdens de Nederlandse parlementaire behandeling bleek dat bepaalde partijen kritisch staan tegenover bevoegdheidsoverdracht op dit gebied naar de EU.⁵ Bevoegdheidsoverdracht naar de EU ligt extra gevoelig als het op het strafrecht aankomt. Het strafrecht is van oudsher een gebied waar de lidstaten primair verantwoordelijk bleven. Dit uitgangspunt kent inmiddels echter zoveel uitzonderingen dat wel wordt gesproken van een Europeanisering van het Nederlands strafrecht.⁶ Overigens wekt het geen verbazing dat Nederland niet heeft kunnen deelnemen aan het EOM zonder strafvorderlijke bevoegdheden van het OM prijs te geven. Een van de redenen voor de oprichting van het EOM is nu juist dat veel lidstaten onvoldoende gevolg geven aan fraude met EU-middelen. Door vervolgingsbeslissingen weg te nemen bij de nationale vervolgingsautoriteiten verzekert de EU dat in dergelijke gevallen wel vervolging zal plaatsvinden. Het gedeeltelijk wegnemen van de vrijheid van nationale vervolgingsautoriteiten is dan ook een van de bestaansredenen van het EOM.

Na een stevige politieke discussie, kan het EOM in Nederland van start. Met de inwerkingtreding van de Invoeringswet EOM heeft het EOM in Nederland zijn wettelijke basis gekregen. Daarnaast zijn de relevante functionarissen voor het EOM in Nederland benoemd. Hierdoor kunnen strafzaken van het EOM worden aangebracht bij de rechtbanken van Amsterdam, Oost-Brabant, Overijssel en Rotterdam.⁷ Buiten Nederland vond afgelopen november de eerste veroordeling plaats in een strafzaak van het EOM. In deze zaak kreeg een Slowaakse burgemeester een voorwaardelijke gevangenis-

1 Voor een verdere achtergrond van het EOM en zijn plaats in Nederland, zie W. Geelhoed, 'De opsporings- en vervolgingscompetentie van het Europees Openbaar Ministerie in Nederland', *TBS&H* 2020, p. 290-296; M.J. Borgers, 'Het Europees Openbaar Ministerie in de Nederlandse rechtsorde', *NTS* 2021/5, p. 263-273; M.J.J.P. Luchtman, 'Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland. Over zijn prioritaire bevoegdheid, verhouding tot het OM en de bestuursrechtelijke handhavingsskolom', *DD* 2021/54, p. 694-708.

2 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 49.

3 Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017-2021 VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-2017-vertrouwen-in-de-toekomst/Regeerakkoord+%27Vertrouwen+in+de+toekomst%27.pdf, 10 oktober 2017.

4 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken I* 2013/14, 33709, C en *Kamerstukken II* 2013/14, 33709, nr. 2.

5 Zie bijvoorbeeld de vragen van Eerste Kamerlid Van Hattem (PVV) in *Handelingen I* 2017/18, nr. 25, item 7. Zie ook *Kamerstukken I* 2013/14, 33709, C en *Kamerstukken II* 2013/14, 33709, nr. 2.

6 M.J.J.P. Luchtman & R.J.G.M. Widdershoven, 'Het Nederlands strafrecht in de ban van het Unierecht', *AA* 2018/11, p. 873. Zie ook K.H.P. Bovend'Eert, 'Fundamentele rechten in het gedrang bij directe handhaving door EU-handhavingssautoriteiten', *Strafblad* 2017/6.

7 Art. 2 lid 3 Wetboek van Strafvordering.

straf van drie jaar voor het opstellen van valse documenten om een EU-subsidie te bemachtigen.⁸

De veranderingen voor OLAF

De totstandkoming van het EOM leidt niet alleen tot gevolgen voor de nationale strafrechtelijke autoriteiten. Ook OLAF ondervindt gevolgen van het nieuwe EU- vervolgingsorgaan. OLAF is een directoraat-generaal van de Europese Commissie dat in volledige onafhankelijkheid onderzoek kan doen ter bestrijding van fraude, corruptie en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de EU worden geschaad. De onderzoeken van OLAF hebben hoofdzakelijk betrekking op fraude met EU-uitgaven, zoals structuurfondsen, landbouwsubsidies, directe uitgaven en buitenlandse hulp of EU-inkomsten zoals douanerechten. Deze onderzoeken richten zich op partijen buiten de EU-instellingen (zogenoemde externe onderzoeken). Daarnaast kan OLAF onderzoek doen naar ernstig wangedrag van personeel en leden van de EU-instellingen (zogenoemde interne onderzoeken).⁹

Een onderzoek van OLAF kan worden afgesloten met een verslag waarin aanbevelingen worden gedaan. Die aanbevelingen strekken veelal tot vervolging van fraudeurs of terug- of invordering van financiële middelen die, ten koste van de EU-middelen, ten onrechte zijn ontvangen of niet voldaan.¹⁰ In 2020 heeft OLAF 230 onderzoeken afgesloten waarbij 375 aanbevelingen zijn gedaan. Van deze aanbevelingen strekten 222 tot terugvordering van EU-middelen (voor een totaalbedrag van € 293,4 miljoen) en strekten 87 tot vervolging. De overige 66 aanbevelingen waren administratief of disciplinair van aard.¹¹ Noch het verslag noch de aanbevelingen van OLAF zijn echter bindend voor derden. Tot grote frustratie van de Commissie werden aanbevelingen van OLAF vaak niet (voortvarend) opgepakt door de autoriteiten van de lidstaten.¹² Het EOM, dat zelf tot vervolging over kan gaan, is de oplossing voor dit probleem. Omdat zowel het EOM als OLAF tot doel heeft om fraude met EU-middelen te bestrijden is het nodig om in een duidelijke taakafbakening te voorzien. Deze afbakening is terug te vinden in de EOM-verordening. Op 23 december 2020 is de OLAF-verordening gewijzigd. Daarbij is de taakverdeling en beoogde samenwerking van OLAF

en het EOM nader uitgewerkt. De komst van de EOM-verordening viel ook samen met de reeds voorziene evaluatie van de OLAF-verordening. Deze evaluatie heeft geleid tot nadere wijzigingen van de OLAF-verordening (zoals opgenomen in de Wijzigingsverordening) die strekken tot verbetering van de doeltreffendheid en efficiëntie van OLAF en een versterking van de procedurele waarborgen voor betrokkenen.¹³

De rolverdeling tussen OLAF en het EOM

Het uitgangspunt onder de EOM-verordening en de gewijzigde OLAF-verordening is dat het EOM en OLAF nauw moeten samenwerken om de complementariteit van hun taken te waarborgen en dubbel werk te voorkomen.¹⁴ Binnen deze samenwerking is het EOM echter de bovenliggende partij. Indien bij het EOM een onderzoek loopt, mag OLAF in beginsel geen parallel administratief onderzoek doen naar dezelfde feiten.¹⁵ Dit betekent dat een lopend onderzoek moet worden gestaakt en geen nieuw onderzoek mag worden geopend voor zover het dezelfde feiten betreft. Omgekeerd mag het EOM wel een onderzoek starten als OLAF al een administratief onderzoek uitvoert.

Om dit uitvoerbaar te maken, krijgen het EOM en OLAF op basis van een *hit-/no hit*-systeem indirect toegang tot elkaars casemanagementsystemen.¹⁶ Daartoe dienen zij werkafspraken vast te leggen waarin, onder andere, staat dat elke toegang terdege moet worden gemotiveerd.¹⁷ In het geval van een *match* dienen het EOM en OLAF elkaar daarvan op de hoogte te brengen en zal OLAF passende maatregelen moeten nemen. Als uitzondering op deze regel van 'geen dubbel onderzoek' mag OLAF in een terdege gemotiveerd geval ook een onderzoek openen ter facilitering van het nemen van voorzorgsmaatregelen of het ondernemen van financiële, tuchtrechtelijke of administratiefrechtelijke acties. OLAF dient het EOM daarvan schriftelijk in kennis te stellen, met vermelding van de aard en het doel van het onderzoek. Het EOM kan binnen een nog nader te bepalen termijn bezwaar maken tegen het openen van het onderzoek of het verrichten van onderzoekshandelingen door OLAF. In dat geval dient OLAF het onderzoek

8 Zie www.eppo.europa.eu/en/news/first-conviction-eppo-case-former-slovak-mayor-sentenced-3-years-conditional-imprisonment.
9 OLAF is ook bevoegd tot het doen van interne onderzoeken naar ambtelijke overtredingen van ambtenaren en personeelsleden van de Unie. Interne onderzoeken vallen buiten het bestek van deze bijdrage.
10 Art. 11 OLAF-verordening.
11 OLAF-jaarverslag 2020.
12 Zie bijvoorbeeld Speciaal verslag nr. 8/98 van de Rekenkamer over de diensten van de Commissie die specifiek betrokken zijn bij de fraudebestrijding, met name de 'Unité de coordination de la lutte antifraude', UCLAF, vergezeld van antwoorden van de Commissie (PbEU 1998, C 230/1), punt 3.19-3.27 en Groenboek betreffende de oprichting van een Europees openbaar ministerie met het oog op de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, COM(2001)715 final, punt 2.1.

13 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Evaluatie van de toepassing van Verordening (EU, Euratom) nr. 883/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 september 2013 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad en Verordening (Euratom) nr. 1074/1999 van de Raad [SWD(2017)332 final], COM(2017)589 final (het Evaluatieverslag).
14 EOM-verordening, overweging 103; art. 1 lid 4bis OLAF-verordening.
15 Art. 101 lid 2 EOM-verordening.
16 Art. 12octies lid 2 OLAF-verordening; art. 101 lid 5 EOM-verordening voorzager reeds in dat het EOM toegang zou krijgen tot de systemen van OLAF, maar voorzager niet in toegang voor OLAF tot de systemen van het EOM.
17 Art. 12octies lid 2 OLAF-verordening.

te schorsen of te staken en ziet het af van onderzoekshandelingen.¹⁸

Binnen deze rolverdeling is het EOM dus leidend en krijgt OLAF met name een ondersteunende rol. Zo kan het EOM door middel van een schriftelijk en gespecificeerd verzoek OLAF vragen om bepaalde ondersteunende taken te verrichten.¹⁹ Onder deze ondersteunende taken vallen het verstrekken van informatie en analyses, het verlenen van operationele ondersteuning, het faciliteren van de coördinatie van specifieke acties met nationale bestuurlijke autoriteiten en organen van de EU en het verrichten van administratief onderzoek. Bij het verlenen van ondersteuning moet OLAF afzien van handelingen of maatregelen die het onderzoek of de vervolging in gevaar kunnen brengen.²⁰ Indien OLAF dergelijke ondersteunende taken verricht, dienen het EOM en OLAF ervoor te zorgen dat de toepasselijke procedurele waarborgen van hoofdstuk IV van de EOM-verordening (inzake bevoegdheid en uitoefening van bevoegdheid van het EOM) in acht worden genomen. Daarmee wordt beoogd de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en de grondrechten en procedurele waarborgen te beschermen.²¹ OLAF dient het EOM in deze gevallen dus zo veel mogelijk te ondersteunen en zo min mogelijk in de weg te lopen. De praktijk zal moeten uitwijzen hoe deze samenwerking in de toekomst zal verlopen.

Verbetering van de doeltreffendheid en efficiëntie van OLAF

De OLAF-verordening is ook gewijzigd met het oog op de verbetering van de doeltreffendheid en efficiëntie van OLAF. Deze wijzigingen hebben betrekking op (1) het verbeteren en verduidelijken van de samenwerking tussen OLAF en de autoriteiten van de lidstaten, (2) het versterken van de onderzoeksbevoegdheden van OLAF en (3) het verbeteren van de toelaatbaarheid van OLAF-verslagen als bewijs in nationale procedures. De achtergrond van deze wijzigingen is met name terug te vinden in het Werkdocument van de Commissie bij het Evaluatieverslag.²²

18 Art. 12septies lid 1 OLAF-verordening.

19 Art. 12sexies lid 2 OLAF-verordening.

20 Art. 12sexies lid 1 OLAF-verordening.

21 Art. 12sexies lid 3 OLAF-verordening.

22 Werkdocument van de diensten van de Commissie, Evaluatie van de toepassing van Verordening (EU, Euratom) nr. 883/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 september 2013 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad en Verordening (Euratom) nr. 1074/1999 behorend bij het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad (SWD(2017)332 final) (Werkdocument).

(1) Verbetering en verduidelijking van de samenwerking tussen OLAF en de autoriteiten van de lidstaten

Onduidelijkheden en (bijgevolg) tekortkomingen in de samenwerking tussen OLAF en de autoriteiten van de lidstaten zijn al geruime tijd een doorn in het oog van de Commissie.²³ Daarom voorziet de OLAF-verordening nu in een aantal verduidelijkingen. Eerder werden de lidstaten al verplicht om coördinatiediensten fraudebestrijding aan te wijzen om de samenwerking met OLAF te faciliteren. De OLAF-verordening verduidelijkt nu dat deze diensten OLAF ook daadwerkelijk moeten ondersteunen bij het verrichten van onderzoeken, waaronder ook bij het opvragen van informatie en het verrichten van onderzoeken ter plaatse (ook wel controles en verificaties ter plaatse genoemd).²⁴

Daarnaast verduidelijkt de OLAF-verordening welk recht van toepassing is op deze controles en verificaties ter plaatse.²⁵ Onduidelijkheid over de vraag in hoeverre de uitoefening van deze bevoegdheden door nationaal of Unierecht wordt beheerst, heeft vaker een belemmering voor OLAF gevormd.²⁶ Daarom codificeert de OLAF-verordening nu het *Sigma Orionis*-arrest van het Gerecht. Daarin is bepaald dat de uitoefening van deze bevoegdheden geschiedt op basis van de OLAF-verordening en Verordening (EG) nr. 2185/1996²⁷ en dat het nationale recht buiten beschouwing moet worden gelaten.²⁸ Kortom, uitsluitend het Unierecht is van toepassing.²⁹ Dat is met uitzondering van de situatie waarin een betrokken marktdeelnemer zich verzet en OLAF een beroep doet op bijstand door de nationale autoriteiten (bijvoorbeeld de politie). In dat geval wordt die bijstand niet beheerst door het Unierecht, maar door de procedureregels van het nationale recht.³⁰

(2) Versterking van de onderzoeksbevoegdheden van OLAF

De OLAF-verordening voorziet OLAF na wijziging ook van twee nieuwe bevoegdheden, namelijk het opvragen van bankgegevens en het verkrijgen van toegang tot alle informatiedragers bij bewijsvergaring. In het kader van een onderzoek naar fraude waarbij EU-middelen betrokken zijn, is het voor OLAF van groot belang dat het de geldstromen goed in beeld kan brengen. Onder de OLAF-verordening kan OLAF nu de lidstaten verzoeken om informatie door te geven over bankrekeningen en financiële transacties.³¹ OLAF dient dit verzoek schrifte-

23 Werkdocument, punt 5.2.2.2.

24 Art. 12bis lid 1 OLAF-verordening.

25 Art. 3 lid 4 en art. 7 lid 3 OLAF-verordening.

26 Evaluatieverslag, punt 5.2.1.2.

27 Verordening (Euratom, EG) nr. 2185/96 van de Raad van 11 november 1996 betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraudes en andere onregelmatigheden (Verordening 2185/96).

28 Gerecht EU 3 mei 2018, T-48/16, ECLI:EU:T:2018:245 (*Sigma Orionis SA/ Europese Commissie*), punt 79 e.v.

29 Zie ook Wijzigingsverordening, preambule punt 21.

30 Art. 9 lid 2 Verordening 2185/96.

31 Art. 7 lid 3bis OLAF-verordening. Met deze wijziging verkrijgt OLAF ook de mogelijkheid tot samenwerking met EUROFISC om zo een rol op het

lijk te onderbouwen met een motivering over de geschiktheid en proportionaliteit van de maatregel in verhouding tot de aard en de ernst van de onderzochte feiten. De betrokken nationale autoriteiten verstrekken de betreffende informatie onder dezelfde voorwaarden als de voorwaarden die op nationale autoriteiten van toepassing zijn. Nederland heeft de Anti-Fraude Coördinatie Service (AFCOS) van de Douane en de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (FIOD) benoemd om informatieverzoeken van OLAF inzake bankgegevens in behandeling te nemen en de betreffende informatie met OLAF te delen.³²

Uit de evaluatie van de OLAF-verordening bleek dat onderzoeken van OLAF werden gehinderd door onduidelijkheid over de vraag tot welke informatiedragers OLAF toegang mag hebben, en meer specifiek of daar ook privétoestellen onder vallen.³³ Daarom is in de OLAF-verordening nu verduidelijkt dat OLAF toegang mag hebben tot *alle* relevante informatie en gegevens met betrekking tot de onderzochte feiten die nodig blijken voor een doelmatig en doeltreffend verloop van controles en verificaties ter plaatse.³⁴ Dat is ongeacht de aard van de informatiedrager en omvat dus ook toegang tot privétoestellen, mits deze voor professionele doeleinden worden gebruikt en OLAF gegronde redenen heeft om te vermoeden dat de inhoud daarvan relevant is voor het onderzoek. In dat geval mag OLAF toegang hebben tot privétoestellen onder dezelfde voorwaarden en in dezelfde mate als de nationale controleautoriteiten dat ook zouden hebben.³⁵ Dit is een welkome verduidelijking.

(3) Verbetering van de bewijspositie van OLAF-verslagen

In sommige lidstaten werd de opvolging van OLAF-verslagen bemoeilijkt door onduidelijkheden over de bewijskracht daarvan. In het verleden gold dat OLAF-verslagen bewijskracht hadden in administratieve of gerechtelijke procedures van een lidstaat maar onder dezelfde voorwaarden als administratieve verslagen van nationale administratieve controleurs. Omdat niet in alle lidstaten bewijskracht toekomt aan nationale verslagen deelden OLAF-verslagen in dat lot.³⁶ Na de laatste wijziging van de OLAF-verordening vormen nu ook OLAF-verslagen en de daarbij in de bijlagen opgenomen bewijsstukken toelaatbare bewijsmiddelen in

gebied van bestrijding van btw-fraude te kunnen vervullen, zie ook art. 12 lid 5 OLAF-verordening. EUROFISC is een netwerk van fraudespecialisten uit verschillende landen die onderling informatie uitwisselen over mogelijk bij btw-fraude betrokken bedrijven om btw-fraude te bestrijden. De Nederlandse overheid plaatste een kritische noot bij deze wijziging, inhoudende dat de aanpak van btw-fraude in de eerste plaats een nationale verantwoordelijkheid is en dat de rol voor OLAF hierbij niet tot tijdsverlies mag leiden. Zie *Kamerstukken II 2017/18, 22112, nr. 2635 (Fiche Wijziging Verordening nr. 883/2013)*, p. 4; Evaluatie, p. 4.

32 Ontwerptoelichting bij de Wijzigingswet verwijzingsportaal bankgegevens, d.d. 18 oktober 2021, www.internetconsultatie.nl/verwijzingsportaalbankgegevenswijziging/document/7378.

33 Werkdocument, punt 5.2.1.2.

34 Art. 3 lid 5 OLAF-verordening.

35 Art. 3 lid 5 OLAF-verordening.

36 Werkdocument, punt 5.3.1.3; Wijzigingsverordening, preambule, punt 36.

(a) niet-strafrechtelijke procedures voor de nationale rechter en in administratieve procedures in de lidstaten, (b) strafrechtelijke procedures (maar dan slechts onder dezelfde voorwaarden die gelden voor administratieve verslagen van nationale administratieve controleurs), en (c) in gerechtelijke procedures voor de Unierechter en administratieve procedures binnen de instellingen.³⁷ Daarmee is de bewijspositie van OLAF-verslagen – buiten het strafrecht – verbeterd en geharmoniseerd.

Met de hiervoor beschreven wijzigingen in haar onderzoeksbevoegdheden gaat het instrumentarium van OLAF mee met de tijd. Oneffenheden in de samenwerking met de lidstaten zijn gelijk getrokken en OLAF heeft aanvullende bevoegdheden gekregen die passen bij modern forensisch onderzoek. Opvallend is echter dat op het punt van bewijskracht een onderscheid is gemaakt tussen strafrechtelijke en andere procedures. Alleen voor het strafrecht blijft gelden dat OLAF-verslagen (net als eerder) onder dezelfde voorwaarden als bewijs toelaatbaar zijn als de verslagen van nationale instanties. De redenen voor dit onderscheid zijn niet terug te vinden in het Evaluatieverslag of het Werkdocument. Vermoedelijk lag een dergelijke uitbreiding binnen het strafrecht nog net te gevoelig. Hoe dan ook is het EOM, dat zich richt op strafzaken, niet gebaat bij deze versterking van de bewijskracht.

Verbeterde procedurewaarborgen

De OLAF-verordening voorziet ook in een versterking van de procedurewaarborgen bij OLAF-onderzoeken. Voor controles en verificaties ter plaatse verduidelijkt de OLAF-verordening dat een betrokken persoon³⁸ het recht heeft om (1) geen zichzelf belastende verklaringen af te leggen, (2) te worden bijgestaan door een persoon naar keuze en (3) een van de officiële talen te gebruiken van de lidstaat waarin hij gevestigd is. Betrokken personen krijgen ook, indien zij daarom verzoeken, recht op toegang tot een (geredigeerde versie) van een OLAF-verslag dat op hen betrekking heeft. Dit geldt alleen voor verslagen waarin OLAF gerechtelijke *follow-up* aanbeveelt. OLAF zal echter alleen toegang verlenen indien alle ontvangers van het verslag uitdrukkelijk toestemmen. Daar krijgen zij twaalf maanden de tijd voor. Indien in die periode geen bezwaar wordt aangetekend, verleent OLAF toegang.³⁹

De OLAF-verordening versterkt ook het toezicht op de naleving van de procedurewaarborgen. OLAF kent reeds een onafhankelijk Comité van Toezicht (het Comité) dat

37 Art. 11 lid 2 OLAF-verordening.

38 Betrokken personen zijn personen of marktdeelnemers tegen wie vermoedens bestaan van fraude, corruptie of elke andere onwettige activiteit waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad en tegen wie om die reden een onderzoek door OLAF wordt ingesteld, zie art. 2 lid 5 OLAF-verordening.

39 Art. 10 lid 3ter OLAF-verordening.

naleving van de procedurele waarborgen monitort. Het Comité kan op eigen initiatief adviezen en aanbevelingen geven aan de directeur-generaal van OLAF, maar mag zich niet in lopende onderzoeken mengen.⁴⁰ In de praktijk verliep deze samenwerking zacht gezegd stroef omdat het Comité niet altijd toegang verkreeg tot OLAF-dossiers.⁴¹ Daar komt met de OLAF-verordening een einde aan: het Comité verkrijgt voor zijn taakuitoefening toegang tot alle informatie en documenten die het nodig heeft voor de uitoefening van zijn taak, met inbegrip van de dossiers van OLAF.⁴²

Daarnaast krijgt OLAF een nieuwe Toezichthouder op de procedurewaarborgen (de Toezichthouder). De Toezichthouder is verbonden aan het Comité en oefent zijn functie volledig onafhankelijk uit.⁴³ Die functie behelst het behandelen van procedurele klachten die door betrokken personen worden ingediend.⁴⁴ De Toezichthouder beoordeelt de klacht volgens een contradictoire procedure.⁴⁵ Het indienen van een klacht heeft geen opschortend effect op de uitvoering van het onderzoek waarop de klacht betrekking heeft.⁴⁶ De Toezichthouder brengt, na raadpleging van het Comité, onverwijld een aanbeveling uit over de wijze waarop de klacht kan worden opgelost. Die aanbeveling kan ook strekken tot wijziging of intrekking van verslagen en aanbevelingen van OLAF.⁴⁷ De directeur-generaal dient passende maatregelen te nemen die op grond van de aanbeveling geboden zijn. Legt hij de aanbeveling naast zich neer, dan dient hij dit gemotiveerd mee te delen aan de Toezichthouder en de klager. De redenen om geen gevolg te geven aan de aanbeveling moeten worden opgenomen in een nota die aan het verslag wordt gehecht.⁴⁸

De mogelijkheid voor betrokken personen om toegang te krijgen tot het verslag van OLAF is een stap in de juiste richting. Als het EOM of een andere instantie op aanbeveling van OLAF een gerechtelijke procedure begint, dan moeten betrokkenen zich tegen de bevindingen en aanbevelingen in het verslag kunnen verweren. Helemaal bevredigend is deze wijziging echter niet. Het kan tot wel een jaar duren voordat de betrokkene inzage krijgt. Het is goed mogelijk dat in de tussentijd naar aanleiding van het verslag al juridische stappen zijn ondernomen die voor de betrokkene verstreckende gevolgen hebben zonder dat de betrokkene de gelegenheid heeft gehad om zich adequaat te verweren tegen de inhoud van het verslag.

40 Art. 15 lid 1 OLAF-verordening.

41 Evaluatie, p. 4-5; Standpunt van de Raad in eerste lezing, met het oog op de vaststelling van een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EU, Euratom) nr. 883/2013 wat betreft samenwerking met het Europees Openbaar Ministerie en de doeltreffendheid van de door het Europees Bureau voor fraudebestrijding uitgevoerde onderzoeken, interinstitutioneel dossier 2018/0170(COD), d.d. 4 december 2020, p. 5; zie ook 'EU anti-fraud office in "open hostility" with independence panel', *EU Observer* 18 april 2013.

42 Art. 15 lid 1 OLAF-verordening.

43 Art. 9bis lid 2 en lid 6 OLAF-verordening.

44 Art. 9bis lid 8 OLAF-verordening.

45 Art. 9ter lid 6 OLAF-verordening.

46 Art. 9ter lid 1 OLAF-verordening.

47 Art. 9ter lid 5 OLAF-verordening.

48 Art. 9ter lid 7 OLAF-verordening.

Het is daarnaast niet ondenkbaar dat de betrokkene zich pas bij kennisneming van het verslag bewust wordt van een procedurele overtreding. Bijvoorbeeld wanneer in het verslag feiten en omstandigheden staan waar de persoon in kwestie niet op heeft kunnen reageren. Omdat een klacht bij de Toezichthouder uiterlijk binnen een maand na het sluiten van het onderzoek moet worden ingediend, is de kans groot dat deze weg door tijdsverloop in dit geval niet meer openstaat. Het kan ook zo zijn dat het OLAF-verslag op feitelijke onjuistheden berust,⁴⁹ die nog rechtgezet hadden kunnen worden als de betrokkene daarop had kunnen reageren. Tegen een OLAF-verslag staat geen rechtstreeks rechtsmiddel open bij de Unierechter.⁵⁰ De betrokkene zal daarom zijn eerstvolgende kans bij de nationale rechter moeten afwachten om zich te verdedigen tegen de inhoud van het verslag en de bewijskracht daarvan. In de tussentijd kan de betrokkene echter al te maken krijgen met allerlei handelingen van de nationale autoriteiten die worden genomen naar aanleiding van het verslag. Dit kan voorkomen worden door betrokkenen recht tot inzage te geven in een voorlopige versie van het verslag waarop zij dan zouden kunnen reageren. In deze mogelijkheid voorziet de OLAF-verordening niet. Betrokkenen krijgen weliswaar de gelegenheid om te reageren op een door OLAF opgestelde samenvatting van de feiten,⁵¹ maar deze samenvatting blijkt in de praktijk dusdanig summier dat het geen effectieve hoor en wederhoor mogelijk maakt, temeer omdat deze samenvatting geen (voorlopige) conclusies van OLAF bevat.

Een andere tekortkoming in de OLAF-verordening is dat niet duidelijk is voorzien in het recht op toegang tot het dossier.⁵² Toegang tot het dossier is essentieel om de rechten van de verdediging en meer specifiek het beginsel van processuele gelijkheid te waarborgen. In mededingingszaken wordt dit recht al jaren erkend en toegepast.⁵³ In onderzoeken van OLAF echter niet. Het is gebruikelijk dat bepaalde bewijsstukken als bijlagen worden opgenomen bij het eindverslag van OLAF. Betrokkenen kunnen daar dus kennis van nemen als zij het verslag krijgen. Dit staat echter niet gelijk aan volledige toegang tot het onderliggende dossier. Het is denk-

49 Uit de Evaluatie blijkt dat de kwaliteit van OLAF-verslagen een aandachtspunt blijft, zie Werkdocument, punt 5.2.1.3.

50 Gerecht EU 18 december 2003, T-215/02, ECLI:EU:T:2003:352 (*Gómez-Reino/Commissie*); zie ook M. Rodopolous & K. Pantazatou, 'Judicial Protection Against Olaf's Acts: In Search of Effectiveness', *HLEP* 2013, p. 133 en J. Ingelhrum, 'Judicial Review of Investigative Acts of the European Anti-Fraud Office (OLAF): A Search for Balance', *CMLR* 2012, p. 601.

51 Art. 9 lid 4 OLAF-verordening.

52 In art. 11 lid 2 OLAF-verordening wordt weliswaar verwezen naar 'bewijsstukken ter ondersteuning van [verslagen] en als bijlage bij die verslagen', maar deze bepaling gaat slechts over de toelaatbaarheid van dergelijke stukken in nationale procedures en bevat derhalve geen verplichting om alle onderliggende stukken in de eerste plaats ook als bijlage toe te voegen aan het verslag. Ook de Richtlijnen voor onderzoeksprocedures voor medewerkers van OLAF zeggen niets over recht op toegang tot het dossier.

53 Zie mededeling van de Commissie betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-Overeenkomst en Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad (*PbEU* 2005, C 325/7).

baar dat het dossier bewijsmiddelen bevat die niet in het eindverslag worden genoemd, maar die wel een ander licht kunnen werpen op de zaak. Een betrokkene zou dat ten minste voor zichzelf moeten kunnen vaststellen. Betrokkenen zouden dit wellicht kunnen afdwingen met een beroep op artikel 41 lid 2 onder b Handvest voor de grondrechten (Handvest), op grond waarvan eenieder het recht heeft om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim. Ook zou een beroep kunnen worden gedaan op artikel 47 tweede alinea Handvest, op grond waarvan eenieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Deze alinea correspondeert met artikel 6 lid 1 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), waarin recht op toegang tot het dossier besloten ligt, vanaf het moment dat sprake is van een *criminal charge*. Hoewel een onderzoek van OLAF niet zonder meer een *criminal charge* oplevert, is daar wel degelijk sprake van indien bijvoorbeeld naar aanleiding van zo'n onderzoek vervolging wordt ingesteld. Naar wij menen zou het recht op toegang tot het dossier niet alleen moeten gelden voor betrokkenen, maar in principe voor eenieder die het verslag in een gerechtelijke procedure als bewijs tegengeworpen krijgt. Anders zou de uitoefening van dit recht geheel afhangen van wie OLAF in het onderzoek formeel als betrokkene aanmerkt. De zaak *Liviu Dragnea/Commissie*⁵⁴ is hier een treffend voorbeeld van. Hoewel de heer Dragnea niet was aangemerkt als betrokkene bij het betreffende OLAF-onderzoek,⁵⁵ zagen de Roemeense autoriteiten in het OLAF-verslag wel aanleiding om hem te vervolgen. OLAF weigerde hem toegang te geven tot het dossier omdat hij niet als betrokkene was aangemerkt. Zijn strijd om toegang te krijgen tot het dossier sleept zich inmiddels al jaren voort. Wij zien het als een groot gebrek dat de OLAF-verordening nog niet voorziet in een recht op toegang tot het dossier voor eenieder die een verslag van OLAF in een gerechtelijke procedure tegengeworpen krijgt.⁵⁶

Conclusie

Met de komst van het EOM heeft de vervolging van fraude die ten koste gaat van EU-middelen een nieuwe impuls gekregen. Na veel wikken en wegen heeft ook

Nederland besloten om aan het EOM deel te nemen. Dit heeft baanbrekende gevolgen voor het Nederlands strafrecht. Naast het OM kan nu ook het EOM bepaalde zaken bij de Nederlandse strafrechter aanbrengen. Aangezien het Nederlandse juridisch kader voor het EOM inmiddels staat en de Nederlandse gedelegeerd aanklagers zijn benoemd, achten wij het waarschijnlijk dat de eerste Nederlandse EOM-zaak niet lang op zich zal laten wachten.

Het EOM en OLAF streven hetzelfde doel na: het bestrijden van fraude met EU-middelen. De gewijzigde OLAF-verordening voorziet in een bevoegdheidsverdeling die ervoor moet zorgen dat OLAF de werkzaamheden van het EOM gaat ondersteunen en niet in de weg loopt. OLAF blijft onafhankelijk maar vervult een hulpfunctie voor het EOM. Bij de wijziging van de OLAF-verordening zijn ook tal van noodzakelijke verduidelijkingen doorgevoerd op punten die uit de evaluatie naar voren zijn gekomen. Het is echter spijtig om te zien dat deze, wat het recht van hoor en wederhoor betreft, nog tekortschieten. Of, wat het recht tot toegang tot het dossier betreft, helemaal niet lijkt te zijn overwogen. Wij zien dit als een gemiste kans.

Wellicht dient zich spoedig een nieuwe kans aan om deze gebreken te corrigeren. De eerstvolgende evaluatie zou namelijk in 2023 moeten plaatsvinden.⁵⁷ Dat nadere wijzigingen in de rede liggen is hoe dan ook aannemelijk. Het einde van de ambities voor het EOM en OLAF zijn immers nog niet in zicht. Zo zijn er plannen om de bevoegdheden van het EOM uit te breiden naar terrorismebestrijding⁵⁸ en die van OLAF naar klimaatverandering en de illegale handel in afval.⁵⁹ Iedere bevoegdheidsuitbreiding noopt logischerwijs tot een heroverweging van bevoegdheden. Nieuwe ronde, nieuwe kansen.

54 HvJ 13 januari 2022, zaak C-351/20 P, ECLI:EU:C:2022:8 (*Liviu Dragnea/Commissie*).

55 Maar wel bij naam werd genoemd in het persbericht dat OLAF aan het einde van het onderzoek publiceerde.

56 Zie in vergelijkbare zin J. Inghelram, *EPP Group Public Hearing, OLAF and interferences with rights of persons concerned*, 2013, p. 9-12, rapport voor het Europees parlement, *The protection of the procedural rights of persons concerned by OLAF-administrative investigations and the admissibility of OLAF Final Reports as criminal evidence*, PE 603.790, 2017, p. 16-18.

57 Art. 19 lid 1 OLAF-verordening en art. 120 lid 2 EOM-verordening.

58 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Europese Raad: een Europa dat bescherming biedt: een initiatief om de bevoegdheden van het Europees Openbaar Ministerie uit te breiden tot grensoverschrijdende terroristische misdrijven, COM(2018)641 final.

59 OLAF Persbericht, 'OLAF to play an even bigger role in stopping waste trafficking and fighting climate change', nr. 23/2021, 17 november 2021.