

# Een Europees Openbaar Ministerie, het opportuniteitsbeginsel en de theorie van *dédoublement fonctionnel*

Mr. W. Geelhoed\*

## 1. Inleiding

Eén van de oorzaken waardoor het Nederlandse opportuniteitsbeginsel onder druk staat is de steeds groter wordende invloed van het Europees recht.<sup>1</sup> Het Europeesrechtelijke vereiste van effectiviteit stelt minimumeisen aan de inspanningen van nationale handhavingsautoriteiten, ook aan het Openbaar Ministerie.<sup>2</sup> Omdat het opportuniteitsbeginsel aan het Openbaar Ministerie een grote beleidsvrijheid verleent, kan het gebruik van die vrijheid in strijd komen met de eisen die aan een effectieve doorwerking van Europees recht worden gesteld. Die frictie is het duidelijkst in het licht van de voorstellen voor de oprichting van een Europees Openbaar Ministerie.<sup>3</sup> Vooral om fraude en corruptie waarvan de EU het slachtoffer is effectief te bestrijden, kan worden overgegaan tot oprichting van deze organisatie op grond van artikel 86 VWEU.<sup>4</sup> Het Europees Openbaar Ministerie zal waarschijnlijk zo worden ingericht, dat aan het hoofd een

Europese hoofdofficier van justitie komt te staan, die gedelegeerde officieren van justitie kan aansturen. Deze gedelegeerde officieren geven in de lidstaten leiding aan de opsporing en vervolgen strafbare feiten voor de nationale rechtbanken. Een belangrijk punt van discussie is nog, of deze officieren hun nationale aanstelling en taken behouden, maar door de Europese hoofdofficier in voorkomende gevallen kunnen worden aangestuurd, of dat ze volledig binnen Europese kaders opereren.

In dit artikel bespreek ik kort welke spanning er kan ontstaan tussen het op te richten Europees Openbaar Ministerie en het opportuniteitsbeginsel als uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht. Over de vraag hoe dat Europees Openbaar Ministerie eruit zal gaan zien zal nog veel worden gediscussieerd, maar ik neem hier de resultaten van voorbereidende studies als vertrekpunt. Daaruit haal ik twee kenmerken van het toekomstige Europees Openbaar Ministerie naar voren. In de eerste plaats is dat

\* W. Geelhoed is PhD-fellow straf- en strafprocesrecht, Instituut voor Strafrecht en Criminologie, Universiteit Leiden.

1 P.J.P. Tak, 'Opportuniteitsbeginsel en minimumstraf. Problemen bij harmonisering binnen het Europese strafrecht?', *DD* 2002, p. 356-366 en H. de Doelder, 'De teloorgang van het opportuniteitsbeginsel', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 109-122.

2 Zie daarover W. Geelhoed, 'Europeesrechtelijke eisen

aan de beslissing omtrent de omvang van de vervolging', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 139-161.

3 C.J.C.F. Fijnaut & M.S. Groenhuijsen, 'Een Europees openbaar ministerie: kanttekeningen bij het Groenboek', *NJB* 2002, p. 1234-1241.

4 Het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de nieuwe naam voor het EG-Verdrag.

de binding aan het legaliteitsbeginsel, in plaats van het opportuniteitsbeginsel. Daarop zijn wel wat uitzonderingen mogelijk gemaakt, maar het vertrekpunt is duidelijk anders dan we in Nederland gewend zijn. In de tweede plaats zal het Europees Openbaar Ministerie een hiërarchische structuur gaan bezitten waardoor de nationale vervolgingsautoriteiten kunnen worden aangestuurd. Hoewel een volledig van de nationale autoriteiten onafhankelijke organisatiestructuur nog steeds tot de mogelijkheden behoort, is het waarschijnlijker dat enkele nationale officieren van justitie tevens een Europese taakcomponent krijgen toebedeeld. Het moge duidelijk zijn dat daardoor botsingen kunnen ontstaan wanneer nationale en Europese belangen bij strafrechtelijke handhaving niet parallel lopen.

Om in kaart te brengen welke fricties ontstaan wordt eerst de aanloop naar een Europees Openbaar Ministerie geschetst, waarna ik de twee hierboven genoemde kenmerken wat meer aandacht wil geven: het legaliteitsbeginsel als grondslag voor de beslissingen van het Europees OM, en de hiërarchische inrichting van de organisatie. Vervolgens wil ik onderzoeken of een oplossing die voor deze fricties wordt aangedragen, de theorie van *dédoublement fonctionnel* zoals ontwikkeld door Georges Scelle,<sup>5</sup> ook daadwerkelijk tot bruikbare uitkomsten

leidt. Daartoe blijft dit artikel beperkt, hoewel er ongetwijfeld meer internationaalrechtelijke aanknopingspunten kunnen worden betrokken bij de vraag welke inrichting het Europees Openbaar Ministerie zou moeten krijgen.

## 2. De aanloop naar een Europees Openbaar Ministerie

Het voorstel voor de oprichting van een Europees Openbaar Ministerie is één van de resultaten van de onderzoeksgroep die in de jaren negentig in het kader van het project *Corpus Juris*, geïnitieerd door de Europese Commissie, onderzoek deed naar mogelijkheden voor een eenvormige strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de (toen nog) Europese Gemeenschappen. Het onderzoek bevatte de uitgangspunten voor een Europees OM, vervat in een voorstel voor regeling daarvan in Europese wetgeving. Een voorstel van de Commissie voor een rechtsgrondslag in het EG-Verdrag op basis waarvan een Europees Openbaar Ministerie zou kunnen worden opgericht, sneuvelde in de Intergouvernementele Conferentie die plaatsvond voorafgaand aan de opstelling van het Verdrag van Nice.<sup>6</sup>

Om een uitgebreide discussie los te maken over de wenselijkheid en de inrichting van het

5 G. Scelle, *Précis de droit de gens. Principes et systématique*, Parijs: Sirey 1932-1934, twee delen; G. Scelle, 'Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international', *Recueil des cours, Académie de droit international* 1936, dl. I, p. 87-202; G. Scelle, 'Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel', in: W. Schätzel & H.-J. Schlochauer (red.), *Rechtsfragen der Internationalen Organisation* (Wehberg-bundel), Frankfurt am Main: Klostermann 1956, p. 324-342. Over deze theorie: F. Luchaire, 'L'exercice de la fonction exécutive du Droit international par les Organes étatiques (Etude théorique et appliquée à la Constitution française)',

in: S. Bastid e.a., *La technique et les principes du droit public* (Scelle-bundel), Parijs: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1950, p. 815-859; A. Cassese, 'Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (*dédoublement fonctionnel*) in International Law', *European Journal of International Law* 1990, p. 210-231.

6 Mededeling van de Commissie. Aanvullende bijdrage van de Commissie ten behoeve van de Intergouvernementele Conferentie over de institutionele vraagstukken. De strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap: een Europese officier van justitie, COM(2000) 608 def.

Europees Openbaar Ministerie publiceerde de Europese Commissie een Groenboek,<sup>7</sup> organiseerde discussiebijeenkomsten en publiceerde vervolgens nog een vervolgrapport.<sup>8</sup> Daardoor zijn de verschillende standpunten van de lidstaten vrij ver uitgekristalliseerd en zijn de belangrijkste vragen rondom de inrichting van het Europees Openbaar Ministerie al naar voren gekomen. Inmiddels is er aanleiding voor hernieuwde aandacht, omdat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, op 1 december 2009, het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie in artikel 86 een rechtsgrondslag biedt voor de oprichting van een Europees OM. Die rechtsgrondslag was ook al opgenomen in de verworpen Europese Grondwet. Onder het Verdrag van Lissabon is de kans dat het tot oprichting komt echter groter, omdat in het Verdrag de ontsnappingsroute is opgenomen, dat ingeval geen unanimitieit kan worden bereikt, negen lidstaten in onderlinge samenwerking toch een Europees Openbaar Ministerie kunnen oprichten.

In het Stockholm-programma, het vijfjarenplan voor de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, stelt de Raad zich vrij terughoudend op. Voordat kan worden overgegaan tot oprichting van een Europees Openbaar Ministerie zou eerst de wijze waarop binnen Eurojust de strafrechtelijke

samenwerking wordt vormgegeven moeten worden geëvalueerd.<sup>9</sup> De Europese Commissie wil echter aanzienlijk meer vaart maken, volgens het door haar gepubliceerde actieplan ter implementatie van het Stockholm-programma. Daarin kondigt de Commissie aan dat zij van plan is in 2012 een nieuwe Eurojust-verordening voor te stellen, en in 2013 een standpunt in te nemen over een Europees OM.<sup>10</sup> Commissaris Reding voor Justitie, grondrechten en burgerschap is vast van plan om vóór het einde van haar termijn in 2014 een voorstel voor een Europees Openbaar Ministerie gereed te hebben.<sup>11</sup> Ook binnen de Raad vinden voorbereidende werkzaamheden plaats in werkgroepen waarbinnen nagedacht wordt over de inrichting en de taken en bevoegdheden van het op te richten Europees OM. De Raad wil de discussie over oprichting stimuleren.<sup>12</sup>

In de verschillende voorstellen is een duidelijke kern te ontwaren. Het primaire doel van het Europees Openbaar Ministerie is om fraude en corruptie die in de Europese instellingen en in de lidstaten worden gepleegd, op een voortvarende wijze in het strafrechtelijk systeem te betrekken. De bevoegdheid *ratione materiae* kan echter sterk worden uitgebreid, namelijk naar alle ernstige criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie (art. 86 lid 4 VWEU). Het

7 Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie, COM(2001) 715 def.

8 Vervolgerslag over het Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie, COM(2003) 128 def.

9 Het programma van Stockholm – een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, Nota van het voorzitterschap aan de Raad Algemene Zaken en de Europese Raad van 2 december 2009, nr. 17024/09, p. 24.

10 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens. Action Plan Implementing the Stockholm Programme, COM(2010) 171, p. 5, 18-19.

11 In een toespraak op 12 maart 2010 bij de European Law Academy in Trier, SPEECH/10/89, te vinden op <<http://europa.eu/rapid>>.

12 Note from the Presidency to Delegations, The European Public Prosecutor's Office in the European judicial area, nr. 8614/10 van 15 april 2010.

Europees Openbaar Ministerie kan beschikken over allerlei strafvorderlijke bevoegdheden, die moeten worden vastgelegd in een statuut, dat tegelijk met de oprichtingsverordening wordt vastgesteld. Daarin wordt ook geregeld op welke wijze rechterlijk toezicht op de taakuitoefening van het Europees Openbaar Ministerie mogelijk is. De precieze omvang van die bevoegdheden en de inrichting van het toezicht zijn uiteraard nog onderwerp van veel discussie. Een andere grote vraag is nog wat de verhouding gaat zijn met de overige Europese en nationale autoriteiten in de rechtshandhaving, zoals Eurojust, Europol, OLAF en de nationale opsporingsinstanties. In het bijzonder is daarbij nog onduidelijk wat de zinsnede in artikel 86 VWEU betekent, dat het Europees Openbaar Ministerie kan worden opgericht 'op de grondslag van Eurojust'.<sup>13</sup>

### 3. Keuze voor het legaliteitsbeginsel

Eén van de aspecten die bij de introductie van een Europees Openbaar Ministerie waarschijnlijk fricties zal veroorzaken is een mogelijke keuze voor het legaliteitsbeginsel ten aanzien van de vervolgingsbeslissing. Nu is het nog geen uitgemaakte zaak dat het Europees Openbaar Ministerie daadwerkelijk aan een vervolgingsplicht zal worden gebonden. Met name voor het

Verenigd Koninkrijk en Ierland is het legaliteitsbeginsel een wezensvreemd element, en ook in de landen in de Franse rechtstraditie wordt het opportuniteitsbeginsel gehanteerd.<sup>14</sup> Die landen zullen dan ook trachten hun uitgangspunten te verzekeren. Europese strafrechtstelsels kennen bovendien aan hun vervolgingsinstanties steeds meer vrijheden toe.<sup>15</sup> Dat geldt niet alleen ten aanzien van de vervolgingsfase, maar zeker ook voor de opsporing. Met Engeland en Wales als belangrijkste uitzondering berust bij het Openbaar Ministerie immers de zeggenschap over de opsporing, waardoor het opportuniteitsbeginsel zijn schaduw vooruit werpt, en de capaciteit van politie en Openbaar Ministerie kan worden afgestemd op een rationele prioritering.<sup>16</sup> Door de onderzoekers van het Corpus Juris-project werd echter voorgesteld om een vervolgingsplicht te laten gelden voor de leden van het Europees Openbaar Ministerie. De achtergrond daarvan is onder meer de grote nadruk op de noodzaak van een effectieve bestrijding van EU-fraude, die het liefst in een *zero tolerance*-beleid zou moeten worden vormgegeven.<sup>17</sup> Die instrumentele achtergrond zou meebrengen dat de grote verschillen die tussen de lidstaten bestaan ten aanzien van de beleidsvrijheid omtrent opsporing en vervolging, zouden moeten worden overbrugd.<sup>18</sup> Vanuit een Euro-

13 Zie daarover eerder W. Geelhoed, 'Eurojust en het Europees Openbaar Ministerie', *Strafblad* 2008, p. 598-606, met verdere verwijzingen naar literatuur over het Europees OM.

14 Zie daarover o.a. J. Fionda, *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press 1995.

15 J.-M. Jehle & M. Wade, *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems. The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*, Berlijn: Springer 2006; J.-M. Jehle, P. Smit & J. Zila, 'The Public Prosecutor as Key-Player: Prosecutorial Case-Ending Decisions', *European Journal on Criminal Policy and Research* 2008, p. 161-179.

16 Zie over die ontwikkeling in Nederland A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 126-131.

17 M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele (red.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerpen: Intersentia 2000-2001, dl. I, p. 11.

18 Reeds in M. Delmas-Marty, 'Incompatibilities between Legal Systems and Harmonisation Measures: Final Report of the Working Party on a Comparative Study on the Protection of the Financial Interests of the Community', in: *The Legal Protection of the Financial Interests of the Community: Progress and Prospects since the Brussels Seminar of 1989*, Dublin: Oak Tree Press 1994, p. 59-93.

pese effectiviteitsgedachte is de keuze voor het legaliteitsbeginsel te begrijpen, maar daardoor ontstaan wel grote verschillen met het Nederlandse strafrecht. Weliswaar zouden er ook in het Corpus Juris-voorstel mogelijkheden zijn voor buitengerechtelijke afdoening, maar die komen niet overeen met de Nederlandse transactie: zo bekent een verdachte schuld aan het strafbare feit door met het Europees Openbaar Ministerie te transigeren.<sup>19</sup> Bezwaren van Nederlandse zijde bleken echter niet tot een andere oplossing te kunnen leiden.<sup>20</sup>

In het Groenboek stelde de Commissie zich ook op het standpunt dat het Europees Openbaar Ministerie aan een legaliteitsbeginsel moet worden gebonden, waarvoor zij verschillende argumenten aandroeg. Zo zou een versterkte en uniforme bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap een uniforme vervolging in de gehele Europese justitiële ruimte vereisen. Daarnaast zou ook de onafhankelijkheid van het Europees Openbaar Ministerie 'haar passende pendant vinden in de correcte toepassing van het recht'. Op grond van deze argumenten had de Commissie een voorkeur voor een legaliteitsbeginsel. Die keuze werd nog verder onderbouwd door erop te wijzen dat de nationale stelsels convergeren: zowel van het legaliteitsbeginsel als van het opportuniteitsbeginsel worden de scherpe kantjes afgehaald.

Ook ten aanzien van het Europees Openbaar Ministerie voorzag de Commissie in uitzonderingsgronden, waarin zij aansloot bij de rapporten van het *Corpus Juris*-project. De eerste uitzondering is dat bagatelzaken kunnen worden geseponeerd, eventueel onderworpen aan rechterlijke toetsing. Een sepot door het Europees Openbaar Ministerie zou gevolgd moeten worden door een verwijzing naar het

nationale OM, dat vervolgens kan bezien of er reden is om op het nationale niveau een vervolging in te stellen. De tweede uitzondering is dat wat betreft de tenlastelegging een keuze kan worden gemaakt voor een gedeelte van het maximaal haalbare. Daarbij denkt de Commissie aan het geval dat voldoende bewijs voorhanden is om een veroordelend vonnis te verkrijgen en in redelijkheid gedacht kan worden dat verdere opsporingen geen ingrijpende wijziging van het eindvonnis ten gevolge zullen hebben. Die uitzonderingsbevoegdheid blijkt dus zeer marginaal te zijn. De derde uitzonderingsgrond is de transactie, die echter slechts mogelijk zou moeten zijn bij fraude met bescheiden bedragen.<sup>21</sup> De meeste reacties op het Groenboek zagen de uitzonderingsmogelijkheid voor weinig ernstige feiten als de belangrijkste. Een financiële drempel zou daarvoor kunnen worden ingevoerd. Een andere conclusie uit de discussieronde was dat, als logisch uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel, elk gebruik van een uitzonderingsgrond aan rechterlijke toetsing zou moeten worden onderworpen. Daartoe zou bijvoorbeeld een Europese preliminaire kamer kunnen worden ingericht.<sup>22</sup>

Uit deze voorstellen komt naar voren dat het legaliteitsbeginsel waaraan het Europees Openbaar Ministerie gebonden zal worden, enigszins wordt verzacht door de mogelijkheid uitzonderingen te maken op de vervolgingsverplichting. De voorstellen gaan echter niet zover in de richting van het opportuniteitsbeginsel, dat men kan zeggen dat het midden is gevonden tussen beide stelsels. Zeker gezien de beperkte reikwijdte van de uitzonderingsgronden en het voorstellen van rechterlijke toetsing wordt weinig beleidsvrijheid gelaten aan het op te richten Europees OM. Gezien de institutionele

19 J.A.E. Vervaele & A.H. Klip, 'National report of the Netherlands', in: idem, dl. III, p. 637-678, p. 666, 671-672.

20 Idem, dl. I, p. 322-324.

21 Groenboek, p. 54-55.

22 Vervolgerslag, p. 16-17.

inbedding is dat ook niet verwonderlijk: alleen een onafhankelijke vervolgingsinstantie behoort tot de opties. Een van de Europese Commissie afhankelijk Europees Openbaar Ministerie is niet wenselijk, gezien de beperkte mogelijkheden van democratische controle door het Europees Parlement, en het feit dat het, mede gezien het verleden, juist ook de Commissie is die door het Europees Openbaar Ministerie in de gaten moet worden gehouden. Het inzetten van het legaliteitsbeginsel leek daartoe een goede optie, maar wijkt af van het Nederlandse stelsel dat zich kenmerkt door een veel omvangrijker beleidsvrijheid.

#### 4. Enkel of dubbel mandaat

In het *Corpus Juris* werd het Europees Openbaar Ministerie als onafhankelijke, hiërarchisch opgebouwde en van de nationale autoriteiten afgezonderde organisatie voorgesteld. Daarbij staat een Europees hoofdofficier van justitie aan de top van de hiërarchische piramide, met onder zich afgevaardigde officieren van justitie in de lidstaten. Deze voeren hun werkzaamheden in de lidstaten uit en vervolgen strafbare feiten voor de nationale gerechten. Het Europees Openbaar Ministerie vormt zo een aparte kolom naast de nationale vervolgende instanties.<sup>23</sup> De rechtsprekende macht wordt in dat geval dus geconfronteerd met twee verschillende typen officieren van justitie: nationale en Europese. In het Groenboek werden drie modellen ter discussie voorgelegd: gedelegeerde Europese officieren van justitie met een exclusief Europees

mandaat, een gecumuleerd mandaat, waarbij nationale officieren tevens Europese officieren zijn, en een model waarbij elke lidstaat zelf mag kiezen.<sup>24</sup> Een apart Europees Openbaar Ministerie met enkel een Europees mandaat bleek uit de reacties op het Groenboek de meeste steun te hebben in de lidstaten. Een uitsluitend Europees mandaat voor de afgevaardigde Europese officieren van justitie zou een teken en waarborg zijn van hun volledige onafhankelijkheid. Maar de meningen waren verdeeld: er waren ook voorstanders voor een functiecumulatie. Daarbij is wel opgemerkt dat het in dat geval passend zou zijn om te voorzien in regels die een strikte hiërarchie van prioriteiten vastleggen.<sup>25</sup> De frictie die kan ontstaan wanneer wordt gekozen voor een gecumuleerd mandaat, wordt in ieder geval onderkend. Maar de vraag blijft hoe daarmee om te gaan: op welke manier kan in die situatie tot een zorgvuldige prioritering worden gekomen? In dat verband dient ook te worden opgemerkt dat de positie van het Europees Openbaar Ministerie ten opzichte van andere instellingen aandacht verdient: als administratief onderzoek door OLAF, of strafrechtelijk onderzoek door Europol, onder toezicht van het Europees Openbaar Ministerie plaatsvindt, zullen daarin ook keuzes moeten worden gemaakt. Wie bepaalt dan voor welke vormen van ernstige, grensoverschrijdende criminaliteit, welk deel van de opsporingscapaciteit wordt ingezet? En in hoeverre wordt daarvoor een beroep gedaan op de nationale opsporingsinstanties, of op de Europese?<sup>26</sup> Recente voorstellen lijken aan het model van

23 In het oorspronkelijke ontwerp was dit punt wat minder expliciet, zie M. Delmas-Marty, *Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Parijs: Economica 1997, p. 82-85. Het rapport over de implementiemogelijkheden is in dat opzicht veel stelliger: M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele (red.), *The Implementation*

*of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerpen: Intersentia 2000-2001, dl. I, p. 318-319.

24 Groenboek, p. 34-37.

25 Vervolgerslag, p. 12.

26 H. de Doelder, 'Europese opsporing en vervolging', *DD* 2002, p. 712-725.

functiecumulatie de voorkeur te geven boven de strikt van de nationale vervolgingsautoriteiten gescheiden opererende Europese officieren van justitie. In voorstudies, onder Spaanse leiding uitgevoerd, is naar voren gebracht dat er al ervaringen bestaan met zulke dubbele pettenstructuren. Het zou mogelijk moeten zijn om een hiërarchische structuur op te zetten waarin een Europese hoofdofficier van justitie, of een Europees college, aanwijzingsbevoegdheden heeft over officieren van justitie die in de lidstaten werkzaam zijn. Die officieren van justitie behouden in die structuur hun nationale bevoegdheden en zijn zowel ondergeschikt aan de Europese hoofdofficier als aan hun nationale meerderen. In dat geval vervalt de noodzaak tot unificatie van materieel en formeel strafrecht ten behoeve van de taakuitoefening van het Europees OM, en hoeft er alleen een hiërarchische structuur te worden opgericht.<sup>27</sup> De fricties die ontstaan door de plaatsing in een dubbele hiërarchische structuur zouden kunnen worden opgelost door een heldere bevoegdheidsverdeling tussen Europees en nationaal niveau, zodat er geen conflicten ontstaan. Bovendien zou de behartiging van Europese belangen voorrang moeten krijgen.<sup>28</sup> Of dat laatste een goede oplossing kan bieden voor de belangenconflicten waartoe een dubbele pettenconstructie aanleiding kan geven, wil ik niet aan de orde laten komen voordat een wat meer theoretische verdieping wordt gezocht in de volkenrechtelijke dogmatiek.

## 5. Scelle: de theorie van *dédoublement fonctionnel*

Bij het voorstel om het Openbaar Ministerie met 'twee petten' te laten werken, kan de vraag worden gesteld, welk theoretisch fundament aan deze functiecumulatie ten grondslag kan worden gelegd. Brinkhorst heeft voorgesteld om daarvoor inspiratie op te doen bij de door Scelle geformuleerde theorie van *dédoublement fonctionnel*. Nationale autoriteiten zouden naast hun nationale taken ook uitvoering moeten geven aan Europees beleid. Het Openbaar Ministerie zou in die visie als nationaal orgaan moeten blijven fungeren, maar daarin tevens een functie uitoefenen om het Europees beleid in de nationale structuur te verankeren.<sup>29</sup>

Hoe ziet die internationaalrechtelijke theorie van *dédoublement fonctionnel* eruit? Scelle baseert zijn theorie op twee uitgangspunten. Het eerste uitgangspunt is dat menselijke samenlevingen zijn opgebouwd uit vele elkaar overlappende verbanden die alle een gelijke opbouw hebben, en waarin steeds de essentiële functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak aanwezig zijn. Het tweede uitgangspunt is dat tussen die verschillende verbanden bovendien hiërarchische relaties bestaan.<sup>30</sup> Een belangrijke keuze die de theorie verder inkleurt, is dat het individu het enige rechtssubject is in al die verschillende samenlevingsverbanden, en dus ook in het internationale recht. Rechterlijke uitspraken, het sluiten van verdragen, het vast-

27 R.A. Morán Martínez in: J.A. Espina Ramos & I. Vicente Carbajosa, *The Future European Public Prosecutor's Office*, Madrid: Ministerio de Justicia 2009, p. 106-116, p. 113-114.

28 European Public Prosecutor Working Group Conclusions, 29 juni tot 1 juli, Madrid, te vinden op <www.fiscal.es>.

29 L.J. Brinkhorst, *Europese Unie en nationale soevereiniteit* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2008, p. 14.

30 Als zodanig in G. Scelle, 'Le phénomène juridique du *dédoublement fonctionnel*', in: W. Schätzel & H.-J. Schlochauer (red.), *Rechtsfragen der Internationale Organisation* (Wehberg-bundel), Frankfurt am Main: Klostermann 1956, p. 324-342.



stellen van wetten en de werkzaamheden van de uitvoerende macht zijn uiteindelijk handelingen van individuele actoren. Afhankelijk van de bevoegdheden van die individuele actoren hebben hun handelingen een verder of minder verreikende uitwerking. Die functies worden de ene keer aangewend op een internationale schaal en de andere keer slechts op een nationale schaal; niet tegelijkertijd maar volgtijdelijk. Die individuele actoren verenigen dus meerdere bevoegdheden in zich, elk met zijn eigen reikwijdte: de *dédoublement fonctionnel*. Scelle poneert dat als een wetmatigheid die steeds terug te vinden is in samenlevingen die zijn samengesteld uit verschillende onderdelen.<sup>31</sup> Dat geldt ook voor de verhoudingen binnen een federale staat. Zo hoeft bijvoorbeeld voor de uitvoering van federale wetten geen zelfstandig ambtenarenapparaat te worden opgezet, maar kunnen lokale ambtenaren tevens het federale recht uitvoeren.<sup>32</sup> Dat op dezelfde manier internationaal recht wordt uitgevoerd door nationale ambtenaren is volgens Scelle vooral noodzakelijk wanneer specifieke organisaties op het internationale niveau ontbreken.<sup>33</sup> In die situatie moeten ambtenaren van nationale autoriteiten invulling geven aan die *dédoublement fonctionnel*, door bijvoorbeeld rechtsregels toe te passen die uit dat uitgangspunt kunnen worden afgeleid. Zo'n regel die volgens Scelle uit zijn uitgangspunten voortvloeit is dat hoger recht voorrang moet hebben op lager recht.<sup>34</sup> Dat idee is al in de oudste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG terug te vinden ten aanzien van de verplichtingen van de nationale rechter.

De vraag is echter wel of deze theorie van *dédoublement fonctionnel* ten aanzien van de

nationale autoriteiten kan worden toegepast in een situatie waarin op supranationaal niveau specifieke autoriteiten zijn opgericht om uitvoering te geven aan het internationale recht. De nationale autoriteiten moeten dan bij hun handelen niet slechts een keuze maken in de toepassing van nationaal en internationaal recht, maar daarnaast zijn er hogergeplaatste autoriteiten die zelfstandig op de toepassing van het internationale recht toezien. Volgens Scelle is in dat geval ten aanzien van de internationale autoriteiten de *loi de dédoublement fonctionnel* niet van toepassing, omdat die autoriteiten specifiek belast zijn met de toepassing van internationaal recht en niet met nationaal recht. Maar omdat de internationale organisatie in het leven is geboren door de nationale regeringen, wordt de *loi de dédoublement fonctionnel* als het ware getransformeerd in een *loi de participation*. Op die manier zijn de internationale autoriteiten ook niet zuivere toepassers van internationaal recht, maar oefenen steeds mede een nationale functie uit. Desondanks is volgens Scelle een internationale hiërarchische organisatie ter uitvoering van het internationale recht noodzakelijk. Wanneer slechts wordt vertrouwd op de uitvoering van zowel nationaal als internationaal recht door nationale autoriteiten, volgens de *loi de dédoublement fonctionnel*, is het vrijwel onmogelijk het internationale recht gelijkvormig uit te voeren omdat er geen coördinatiemogelijkheden zijn, en omdat er niet in internationaal verband een voorziening is om opgekomen rechtsvragen te beantwoorden.<sup>35</sup>

Wat betreft de uitvoerende macht rijst er volgens Scelle in dit verband een probleem, omdat de rechterlijke toetsing van uitvoeringshandelingen in het algemeen is beperkt tot de wettelijkheid

31 G. Scelle, *Précis de droit de gens. Principes et systématique*, Parijs: Sirey 1932, dl. I, p. 42-43.

32 Idem, dl. I, p. 217-218.

33 Idem, dl. II, p. 10-11.

34 G. Scelle, 'Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international', *Recueil des cours, Académie de droit international* 1936, dl. I, p. 87-202, p. 97-100.

35 Idem, p. 100-101.



ervan, en zich niet uitstrekt over de opportuniteit: daarover is de uitvoerende macht slechts politieke verantwoording schuldig. Regeringen zijn daarom weinig bereid om inmenging te dulden in beleidskwesties, terwijl ze volgens de theorie van *dédoublement fonctionnel*, waar het hun territoire betreft, wel optreden als handhavers van het internationale recht.<sup>36</sup> Dat probleem dat Scelle zelf ook signaleert, leidt ertoe dat zijn theorie voor de uitvoerende macht van betrekkelijk geringe meerwaarde is. Er is geen enkele verzekering dat op nationaal niveau uitvoering wordt gegeven aan het internationale recht als daarop geen toezicht wordt gehouden door een internationale organisatie.<sup>37</sup> Daarom verdient de vraag hoe deze theorie in de context van een Europees Openbaar Ministerie kan worden toegepast nog serieuze aandacht.

## 6. Een juridisch kader voor een Openbaar Ministerie met dubbele petten?

Hoe moet zo'n functiecumulatie bij het Openbaar Ministerie nu worden vormgegeven? Het is duidelijk dat die dubbele pettenmethode bij de rechter tot goede uitkomsten heeft geleid: de Nederlandse rechter is tevens Europese rechter wanneer hij Europees recht toepast. Voor de uitoefening van die Europese taak als nationale rechter heeft het Hof van Justitie in jarenlange jurisprudentie tal van regels gegeven, bijvoorbeeld over ambtshalve toepassing, directe werking en voorrang van het Europese recht.<sup>38</sup> Maar kunnen die regels worden toegepast op het OM? Een groot verschil tussen de dubbele taakstelling bij de rechter en bij het OM, is de hiërarchische structuur die het Europees Openbaar Ministerie

toevoegt aan de al bestaande structuren waarbinnen het Nederlandse Openbaar Ministerie moet functioneren. Een individuele officier van justitie ziet zich dan geconfronteerd met twee gezagslijnen: zowel het nationale als het Europese Openbaar Ministerie zal verplichtende aanwijzingen kunnen geven ten aanzien van zijn taakuitoefening. Bovendien zijn de uitgangspunten voor de vervolging van strafbare feiten in beide organisaties niet hetzelfde: het Europees Openbaar Ministerie hanteert een legaliteitsbeginsel met uitzonderingsmogelijkheden, het Nederlandse Openbaar Ministerie opereert op basis van het opportuniteitsbeginsel, uitgewerkt in beleidsprioriteiten. Voor zover er sprake kan zijn van beleidsvoering bij het Europees Openbaar Ministerie, heeft dat een ander karakter, omdat het is afgeleid van een uitgangspunt van verplichte bevoegdheidsuitoefening.

Daardoor rijzen twee problemen: door deze twee organisaties kan ten eerste conflicterend beleid worden gevoerd. Sterker nog: het is de veronderstelling die ten grondslag ligt aan het hele idee van een Europees OM, dat de nationale vervolgingsautoriteiten vanuit de Europese belangen bezien veel te weinig prioriteit geven aan de strafrechtelijke bestrijding van fraude en corruptie waarvan de EU het slachtoffer is. Het is niet moeilijk in te zien hoe in gevoelige dossiers de druk die vanuit beide beleidslijnen op de beslissende officier van justitie wordt uitgeoefend tot spanningen kan leiden. Ten tweede zijn die beleidsprioriteiten niet op één noemer te brengen, omdat de grondslagen van de handhaving fundamenteel verschillend zijn. Wanneer bijvoorbeeld overheidsorganen betrokken zijn bij fraude of corruptie met EU-subsidies zal er,

36 Idem, p. 102-106.

37 Zie daarover ook A. Cassese, 'Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (*dédoublement fonctionnel*) in International Law', *European Journal of International Law* 1990, p. 210-231.

38 Zie voor een samenvatting S. Prechal & R.H. van Ooik, 'Het institutionele recht van de Europese Unie en de Nederlandse rechter: het acquis in een notendop', *SEW* 2003, p. 328-352.

op grond van het voor het Europese Openbaar Ministerie geldende legaliteitsbeginsel, een Europeesrechtelijke vervolgingsplicht bestaan, terwijl de prioriteit die vanuit het nationale Openbaar Ministerie aan die zaken wordt toegekend veel lager kan zijn. Van een afweging van Europese en nationale belangen kan bij die stand van zaken geen sprake zijn, maar onverkort zal voorrang gegeven moeten worden aan het Europese belang. Of daarbij aansluiting gevonden kan worden bij de regels die het institutionele recht van de EU aan de nationale rechter oplegt, is de vraag. In een concreet geval waarin rechtsnormen botsen, moet voorrang worden gegeven aan de Europeesrechtelijke norm, maar hoe zit dat in het beleid? Dat wordt vooral relevant wanneer boven het individuele geval uit gedacht wordt: welk deel van de opsporingscapaciteit moet worden ingezet ter opsporing van subsidiefraudes?

In het licht van de theorie van *dédoublement fonctionnel* is een groot verschil tussen de posities van de Nederlandse rechters, en officieren van justitie zoals die in de beoogde nieuwe structuur van het Europees Openbaar Ministerie moeten gaan functioneren, dat de eerste niet en de laatste wel in een hiërarchische structuur zijn geplaatst. Volgens Scelle bood zijn theorie een verklaring voor de manier waarop internationaal recht door nationale autoriteiten wordt verwezenlijkt. Hij stelde zich daarbij echter op het standpunt dat zo'n structuur weinig garanties biedt voor een zorgvuldige toepassing van internationaal recht, en slechts een voorlopige oplossing is in afwachting van een supranationaal gespecialiseerd orgaan met een eigen taakstelling ten aanzien van de toepassing van het internationale recht. Vanuit dat oogpunt bezien is de huidige structuur waarin nationale vervol-

gingsinstanties belast zijn met de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie goed te beschrijven in termen van Scelles theorie. Zijn alternatieve oplossing is een gespecialiseerd orgaan op internationaal niveau dat met de handhaving zou zijn belast. Daarom valt het Europees OM, wanneer dat zou worden opgericht met een dubbele pettenstructuur, niet goed te beschrijven in het kader van de theorie van Scelle: zowel de *loi de dédoublement fonctionnel* als de *loi de participation* zijn niet onverkort van toepassing. Een hybride structuur is het gevolg, waarbij de vraag is hoe de Europese aanwijzingsbevoegdheid zich laat combineren met een dubbel mandaat voor nationale officieren van justitie.

## 7. Besluit

Mijn conclusie is dat in ieder geval Scelles theorie voor de dubbele pettenstructuur weinig houvast biedt, omdat die theorie is toegesneden op een toepassing van internationaal recht op ofwel supranationaal niveau, ofwel nationaal niveau. Dat hoeft zeker nog niet te betekenen dat het verstandiger is om een geheel Europese strafrechtelijke kolom in het leven te roepen,<sup>39</sup> als we er tenminste vanuit kunnen gaan dat het mogelijk is om een Europees Openbaar Ministerie zijn werkzaamheden in de lidstaten uit te laten voeren. Die vraag heb ik hier niet behandeld, maar als die optie kan worden meegenomen resteren drie min of meer deugdelijke alternatieven: het traditionele model waarin de lidstaten volledig verantwoordelijk zijn voor de handhaving, het (politiek voorlopig onhaalbare) model van een aanvullende strafrechtspleging op Europees niveau, en het compromismodel waarin een volledig Europees Openbaar Minis-

39 Zoals betoogd door J.P.H. Donner, 'De toekomst van strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia

(red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht* (Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 342-351.

terie onafhankelijk van de lidstaten opereert en vervolgt voor de nationale rechter. Een verwatering van het idee van het Europees Openbaar Ministerie, in een organisatie waarin de nationale officieren van justitie geplaatst zijn in een dubbele hiërarchie, valt in ieder geval niet goed vorm te geven op grond van Scelles theorie van *dédoublement fonctionnel*. Bovendien leidt dat voor de officier van justitie tot een ingewikkelde spagaat, waarin hij zich geconfronteerd ziet met een Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel dat op gespannen voet staat met het opportuniteitsbeginsel als uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht.

Die conclusie hoeft nog niet te betekenen dat er in de praktijk met de gesignaleerde spagaat niet

valt te leven. Voor praktische oplossingen zou inspiratie kunnen worden opgedaan uit de hierboven genoemde situatie binnen het Spaanse Openbaar Ministerie, of, om in Nederland te blijven, bij de manier waarop de NMa het Europese mededingingsrecht uitvoert. De NMa past immers zelf krachtens artikel 88 Mw Europees recht toe, en is door verordening 1/2003 in een zeer vergaande samenwerkingsstructuur met de Europese Commissie geplaatst.<sup>40</sup> Dat soort 'Network-Based Governance' zou wel eens waardevolle inzichten kunnen leveren voor de inrichting van het Europees Openbaar Ministerie.<sup>41</sup> Wellicht hoeft het in dit artikel gesignaleerde theoretisch tekort op die manier niet te leiden tot grote toepassingsproblemen.

---

40 Zie daarover J. Steenberg & M.H. van der Woude, 'Het EU-mededingingsrecht na 1 mei 2004: Verordening 1/2003', *SEW* 2004, p. 192-201.

---

41 M. de Visser, *Network-Based Governance in EC Law. The Example of EC Competition and EC Communications Law* (diss. Tilburg), Oxford: Hart 2009.