

Brussel, 11 januari 2017
(OR. en)

5137/17

**Interinstitutioneel dossier:
2013/0255 (APP)**

LIMITE

**JUR 7
JAI 9
EPPO 2
EUROJUST 4
CATS 3
FIN 7
COPEN 6
INST 3**

ADVIES VAN DE JURIDISCHE DIENST¹

van:	de Juridische dienst
aan:	de Groep samenwerking in strafzaken (COPEN)
Betreft:	Ontwerpverordening van de Raad tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie
	– Vraag betreffende de impliciete bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie naar aanleiding van de meest recente compromistekst

I. INLEIDING

1. Op 13 mei 2015 heeft de Juridische Dienst van de Raad juridisch advies uitgebracht over de vraag betreffende de impliciete bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie². Dat advies had als uitgangspunt het Commissievoorstel³ en de herziene teksten van het voorzitterschap⁴, die artikel 86 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") als rechtsgrondslag hadden.

¹ Het in dit document vervatte juridisch advies is beschermd krachtens artikel 4, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie. De Raad van de Europese Unie heeft dit advies niet voor het publiek beschikbaar gesteld en behoudt zich voor al zijn rechten te doen gelden in geval van openbaarmaking waarvoor geen toestemming is verleend.

² Doc. 8904/15 + COR 2.

³ Doc. 12558/13.

⁴ Doc. 7070/15 en 8316/15 (artikel 18).

2. In dat juridisch advies van 13 mei 2015 concludeerde de Juridische Dienst het volgende:
"Wanneer verruiming van de bevoegdheid ratione materiae van het Europees Openbaar Ministerie wordt beperkt tot de bijkomstige delicten die bestaan in feiten die identiek zijn aan en onlosmakelijk verbonden zijn met dominante PIF-delicten, is die verruiming verenigbaar met de rechtsgrondslag van artikel 86 VWEU dat, in het algemeen, het opsporen, vervolgen en voor het gerecht brengen beoogt van daders en medeplichtigen aan PIF-delicten, zoals omschreven in de verordening tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie. Door verruiming van de bevoegdheid ratione materiae in die zin te beperken kan bovendien, gelet op de toepassing van ne bis in idem, de nuttige werking van artikel 86, VWEU gevrijwaard worden. Om die redenen kan, mits het criterium voor dominantie van de PIF-delicten ten aanzien van de andere, bijkomstige delicten nauwkeurig wordt omschreven, hetgeen momenteel ontbreekt in de tekst, artikel 18 van de jongste compromistekst van het voorzitterschap worden aangemerkt als eventueel verenigbaar met de rechtsgrondslag van artikel 86 VWEU."
3. Op 2 december 2016 heeft het voorzitterschap ter voorbereiding van een oriënterend debat in de Raad JBZ van 8 december 2016 een herziene compromistekst⁵ voorgelegd, die met name betrekking had op artikel 17 en artikel 20, lid 3, van de ontwerpverordening: dit zijn nieuwe (gewijzigde) bepalingen over de impliciete bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie. Op 22 december 2016 is een bijgewerkte compromistekst van het voorzitterschap⁶ voorgelegd, met daarin enkele aanpassingen van die bepalingen. Dit advies heeft betrekking op de meest recente tekst van de ontwerpverordening tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie.
4. Op diens vergadering van 6 december 2016 heeft de Groep samenwerking in strafzaken (COPEN) de Juridische Dienst van de Raad om schriftelijk advies verzocht over de verenigbaarheid van de herziene compromistekst van artikel 17 en artikel 20, lid 3, van de ontwerpverordening met de rechtsgrondslag daarvan (artikel 86 VWEU), rekening houdend met de analyse in het advies van 13 mei 2015, dat gebaseerd was op eerdere compromisteksten.

⁵ Doc. 15200/16 van 2 december 2016.

⁶ Doc. 15760/16 van 22 december 2016.

5. Tijdens de vergadering van het Coreper van 7 december 2016 is er gesproken over de ontwerprichtlijn betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt (de "PIF-richtlijn")⁷, teneinde tot een politiek akkoord met het Europees Parlement te komen.

II. JURIDISCHE ACHTERGROND

6. Artikel 86 VWEU, dat de rechtsgrondslag van het verordeningsvoorstel vormt, luidt als volgt:

"1. Ter bestrijding van strafbare feiten die de financiële belangen van de Unie schaden, kan de Raad op de grondslag van Eurojust volgens een bijzondere wetgevingsprocedure bij verordeningen een Europees openbaar ministerie instellen. De Raad besluit met eenparigheid van stemmen, na goedkeuring door het Europees Parlement.
(...)

2. Het Europees openbaar ministerie is, in voorkomend geval in samenwerking met Europol, bevoegd voor het opsporen, vervolgen en voor het gerecht brengen van daders van en medeplichtigen aan strafbare feiten die de financiële belangen van de Unie, zoals omschreven in de in lid 1 bedoelde verordening, schaden. Het Europees openbaar ministerie is belast met de rechtsvordering voor de bevoegde rechterlijke instanties van de lidstaten in verband met deze strafbare feiten.
(...)

4. De Europese Raad kan tegelijkertijd of later een besluit vaststellen tot wijziging van lid 1, teneinde de bevoegdheden van het Europees openbaar ministerie bij de bestrijding van ernstige criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie uit te breiden en dientengevolge tot wijziging van lid 2 wat betreft de plegers van en medeplichtigen aan zware misdrijven die verscheidene lidstaten schaden. De Europese Raad besluit met eenparigheid van stemmen, na goedkeuring door het Europees Parlement en na raadpleging van de Commissie."
(onderstreping toegevoegd).

7. Artikel 17 en artikel 20, leden 3 en 3a, van het voorstel inzake het Europees Openbaar Ministerie luiden als volgt:

"Article 17

Material competence of the European Public Prosecutor's Office

1. The European Public Prosecutor's Office shall be competent in respect of the criminal offences affecting the financial interests of the Union which are provided for in Directive 2017/xx/EU, as implemented by national law⁸, irrespective of whether the same criminal conduct could be classified, under national law, as another type of offence.

⁷ Doc. 14902/16 en doc. 15130/16 van 2 december 2016.

⁸ Doc. 14902/16.

1a. The European Public Prosecutor's Office shall also be competent for offences regarding participation in a criminal organisation as defined in Framework Decision 2008/841/JHA, as implemented in national law, if the focus of the criminal activity of such a criminal organisation is to commit any of the offences referred to in paragraph 1.

2. The European Public Prosecutor's Office shall also be competent for any other criminal offence which is inextricably linked to a criminal conduct falling within the scope of paragraph 1 of this Article. The competence with regard to such criminal offences may only be exercised in conformity with Article 20(3).

3. In any case, the European Public Prosecutor's Office shall not be competent for criminal offences in respect of national direct taxes and the structure and functioning of the tax administration of the Member States shall not be affected by this Regulation."

Artikel 20, lid 3, luidt als volgt:

"The European Public Prosecutor's Office shall refrain from exercising its competence in respect of any offence falling within the scope of Article 17 and shall, upon consultation with the competent national authorities, refer the case without undue delay to the latter in accordance with Article 28a if:

a) the maximum sanction provided for by national law for an offence falling within the scope of Article 17(1) is equal to or less severe than the maximum sanction for an inextricably linked offence as referred to in Article 17(2), or

aa) the maximum sanction provided for by national law for an offence falling within the scope of Article 17(1) is equal to the maximum sanction for an inextricably linked offence as referred to in Article 17(2) unless the latter offence has been instrumental to commit the offence falling within the scope of Article 17(1) or;

b) there is a reason to assume that the damage caused or likely to be caused, to the Union's financial interests by an offence as referred to in Article 17 does not exceed the damage caused, or likely to be caused to another victim.

Point b) of this paragraph shall not apply to offences referred to in Article 3(a) and (d) of Directive 2017/xx/EU⁹ as implemented by national law."

⁹ Doc. 14902/16.

Artikel 20, lid 3a, luidt als volgt:

"The European Public Prosecutor's Office may, with the consent of relevant national prosecution authorities, exercise its competence even in cases which would otherwise be excluded due to application of paragraph 3 subparagraph a)."

8. Overweging 49 van de ontwerpverordening luidt als volgt:

"The efficient investigation of crimes affecting the financial interests of the Union and the principle of ne bis in idem may require, in certain cases, an extension of the investigation to other offences under national law, where these are inextricably linked to an offence affecting the financial interests of the Union. The notion of inextricably linked offences should be considered in light of the relevant case law which, for the application of the ne bis in idem principle, retains as a relevant criterion the identity of the material facts (or facts which are substantially the same), understood in the sense of the existence of a set of concrete circumstances which are inextricably linked together in time and space."

Overweging 49 a van de ontwerpverordening luidt als volgt:

"The notion of instrumental offences should cover in particular offences which have been committed for the main purpose of creating the conditions to commit the offence affecting the financial interests of the Union, such as offences strictly aimed at ensuring the material or legal means to commit the offence affecting the financial interests of the Union, or to ensure the profit or product thereof."

Overweging 49 b van de ontwerpverordening luidt als volgt:

"In cases of inextricably linked offences, where the offence affecting the Union's financial interests is preponderant, the competence of the European Public Prosecutor's Office should be exercised after consultation with the competent authorities of the Member State concerned. Preponderance should be established primarily on the basis of the seriousness of the offence concerned, as reflected in the sanction that could be imposed."

III. JURIDISCHE ANALYSE

9. Zoals reeds uiteengezet in punt 14 van het advies van de Juridische Dienst van de Raad van 13 mei 2015, is volgens een letterlijke uitlegging van artikel 86, lid 2, VWEU de bevoegdheid *ratione materiae* van het Europees Openbaar Ministerie niet noodzakelijk beperkt tot strafbare feiten die onder het toepassingsgebied van de PIF-richtlijn¹⁰ vallen. Omdat die richtlijn een minimumharmonisering van het materieel strafrecht behelst, dient zij te worden vastgesteld op grond van artikel 83, lid 2, VWEU en de meeste (maar niet alle) strafbare feiten die de financiële belangen van de Unie schaden, te bestrijken. In het algemeen bestrijkt de bevoegdheid *ratione materiae* van het Europees Openbaar Ministerie, volgens de letter van artikel 86, lid 2, VWEU, het opsporen, vervolgen en voor het gerecht brengen van daders en medeplichtigen aan strafbare feiten die de financiële belangen van de Unie schaden, zoals omschreven in de toekomstige verordening tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie. Dat bijkomstige, met de PIF-delicten samenhangende delicten, die gelijktijdig met de "zuivere" PIF-delicten kunnen worden vervolgd, buiten het toepassingsgebied van de PIF-richtlijn vallen, wil niet zeggen dat zij automatisch en per definitie buiten het toepassingsgebied van artikel 86, lid 2, VWEU vallen. Integendeel, die bijkomstige, samenhangende delicten kunnen volgens de verordening tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie wel degelijk onder het toepassingsgebied van artikel 86, lid 2, VWEU vallen.
10. In het licht van het bovenstaande mag de laatste zin van artikel 17, lid 1, "(...) *ongeacht of dezelfde criminele gedraging krachtens het nationale recht als een ander strafbaar feit zou kunnen worden gekwalificeerd*", niet worden beschouwd als een verruiming van de bevoegdheden van het Europees Openbaar Ministerie tot andere dan PIF-delicten. Het beoogt namelijk de situatie te regelen waarin een criminele gedraging die op grond van de in nationaal recht omgezette PIF-richtlijn als PIF-delict wordt aangemerkt, volgens het nationale recht ook als een ander soort delict kan worden gekwalificeerd. Dit kan het geval zijn in een situatie die in sommige rechtsstelsels bekend staat als een *concoures d'infractions*, wat betekent dat er op grond van dezelfde of verwante feiten sprake kan zijn van verschillende achtereenvolgens of gelijktijdig gepleegde delicten, gepleegd door één en dezelfde dader. Die situatie, zoals die is geregeld bij de verordening tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie, is daarom verenigbaar met artikel 86 VWEU.

¹⁰ Doc. 14902/16 van 2 december 2016.

11. Artikel 17, lid 1a, dat in de meest recente compromistekst is ingevoegd, beoogt te waarborgen dat de gecombineerde toepassing van artikel 17 en artikel 20, lid 3, van de ontwerpverordening niet tot onbevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie leidt wanneer het zwaartepunt van de criminele activiteit van een criminele organisatie het plegen van een PIF-deliict betreft, ook in gevallen waarin de maximumstraf voor deelname aan een dergelijke criminele organisatie zwaarder is dan voor het "zuivere" PIF-deliict – wat vaak het geval is. Net zoals de hierboven weergegeven laatste zin van artikel 17, lid 1, blijft door deze nieuwe bepaling de bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie beperkt tot delicten die de financiële belangen van de Unie schaden als bedoeld in artikel 86, lid 2, VWEU, en blijft tegelijkertijd de nuttige werking van artikel 86 VWEU gewaarborgd. Zoals uiteengezet in het advies van de Juridische Dienst van 13 mei 2015, moet het dominantie-criterium duidelijk worden omschreven, en mag het niet gaan om een louter kwantitatief criterium dat berust op de financiële schade. In dit specifieke geval is het gehanteerde criterium kwalitatief van aard en verwijst het naar zowel het zwaartepunt van de criminele activiteit van de criminele organisatie – die wordt gedefinieerd onder verwijzing naar Kaderbesluit 2008/841/JBZ – als de door dergelijke criminele organisaties gepleegde PIF-delicten als gedefinieerd in artikel 17, lid 1. Om deze redenen is deze verruiming van de bevoegdheid *ratione materiae* van het Europees Openbaar Ministerie tot strafbare feiten die vallen onder het toepassingsgebied van artikel 17, lid 1 a, verenigbaar met artikel 86 VWEU en het vereiste van rechtszekerheid.
12. Artikel 17, lid 2, van de ontwerpverordening breidt de bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie uit tot onlosmakelijk verbonden strafbare feiten in de zin van de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake *ne bis in idem*, zoals nader uiteengezet in het advies van de Juridische Dienst van de Raad van 13 mei 2015. Terwille van de rechtszekerheid worden in overweging 49 van de ontwerpverordening een aantal richtsnoeren gegeven over de interpretatie van het begrip "onlosmakelijk verbonden strafbare feiten".
13. Artikel 17, lid 3, dat in de meest recente compromistekst van het voorzitterschap is toegevoegd, is bedoeld om bepaalde strafbare feiten die verband houden met nationale directe belastingen uit te sluiten, voor het onwaarschijnlijke geval dat zij als "onlosmakelijk verbonden strafbare feiten" worden beschouwd. Het is inderdaad onwaarschijnlijk dat de materiële feiten van btw-fraude of strafbare feiten in verband met nationale directe belastingen identiek of in wezen hetzelfde zijn in de zin van de rechtspraak van het Hof, waarnaar in overweging 49 van de compromistekst van het voorzitterschap wordt verwezen.

14. Het eerdere criterium van dominantie, waar de Juridische Dienst van de Raad bezwaar tegen had¹¹ omdat een nauwkeurige definitie ontbrak of omdat het enkel werd gehanteerd als kwantitatief criterium dat betrekking had op de financiële schade, is nu geschrapt uit artikel 17, lid 2, en wordt nu strikt en duidelijk omschreven in artikel 20, lid 3, van de ontwerpverordening. Het criterium dat nu in artikel 20, lid 3, in eerste instantie wordt gehanteerd, gaat uit van de maximumstraf. Het wordt niet gebruikt indien de maximale straffen "gelijk" zijn en het onlosmakelijk verbonden strafbare feit een belangrijke factor was voor het plegen van het strafbare feit. Indien niet aan het "strafmaat"-criterium is voldaan, kan de bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie volgens artikel 20, lid 3a, alsnog worden uitgebreid; hiervoor is evenwel de instemming van de betrokken nationale vervolgingsinstanties vereist.
15. De dominantie kan objectief worden vastgesteld aan de hand van de maximale strafmaat. In artikel 20, lid 3, onder aa), wordt – in afwijking van het hoofdcriterium dat betrekking heeft op de strafmaat – een criterium gebruikt dat betrekking heeft op de overwegende component. Het Hof van Justitie gebruikt dit criterium wanneer het zich een oordeel moet vormen van het hoofddoel en de ondergeschikte componenten van strafbare feiten om zo een juridische toetsing te verrichten van de keuze van de rechtsgrondslag door de Uniewetgever¹². Voorts wordt het criterium dat betrekking heeft op de overwegende component, nader toegelicht in de nieuwe overweging 49 a.

¹¹ Zie punt 25 van het advies van de Juridische Dienst van de Raad van 13 mei 2015 (doc. 8904/15 + COR 2).

¹² Zie punt 25 en voetnoot 21 van het advies van de Juridische Dienst van 13 mei 2015 (doc. 8904/15 + COR 2).

16. Het laatste criterium, dat wordt voorgesteld in artikel 20, lid 3, onder b), heeft betrekking op de financiële schade. Het gaat hier om een horizontaal criterium dat van toepassing is op PIF-delicten ongeacht hun kwalificatie in het nationale recht (artikel 17, lid 1), op met PIF-delicten samenhangende delicten die worden gepleegd in het kader van een criminele organisatie (artikel 17, lid 1 a) en op onlosmakelijk verbonden strafbare feiten (artikel 17, lid 2). Met dit criterium wordt beoogd om, wat de schade aan de financiële belangen van de Unie betreft, de bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie ten aanzien van de bevoegdheid van de nationale autoriteiten af te bakenen, hoofdzakelijk op grond van het subsidiariteitsbeginsel. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat het Europees Openbaar Ministerie, in tegenstelling tot wat voorzien is in het Commissievoorstel, geen exclusieve bevoegdheid heeft voor het opsporen, vervolgen en voor het gerecht brengen van plegers van PIF-delicten. De Juridische Dienst van de Raad merkt op dat dit "financiële schade"-criterium duidelijk afgebakend is, aangezien het in een aantal gevallen niet van toepassing is: op deze manier wordt de doeltreffendheid van de materiële bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie met betrekking tot PIF-delicten gewaarborgd. De laatste alinea van artikel 20, lid 3, onder b), bepaalt dat dit criterium niet van toepassing is op btw-fraude als gedefinieerd in artikel 3, onder d), van de PIF-richtlijn. Als dit wel zo was, dan zou het Europees Openbaar Ministerie nooit in staat zijn om zijn materiële bevoegdheid uit te oefenen ten aanzien van dergelijke strafbare feiten, omdat bij btw-fraude de schade voor de nationale begroting altijd hoger is dan de schade aan de begroting van de Unie. In datzelfde lid is ook bepaald dat dit criterium niet van toepassing is op fraude met betrekking tot uitgaven die geen verband houden met aanbestedingen (bv. structuurfondsen waarbij sprake is van cofinanciering uit de EU-begroting en nationale begrotingen).
17. De combinatie van bovengenoemde, duidelijk omschreven criteria voor de uitoefening van de bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie beperkt de bevoegdheid tot hetgeen noodzakelijk is om de nuttige werking van artikel 86 VWEU te behouden. Duidelijk omschreven criteria zorgen ervoor dat de bevoegdheden niet verder gaan dan delicten die samenhangen met PIF-delicten. De bevoegdheden van de Uniewetgever uit hoofde van artikel 86 VWEU worden dus niet aangetast.

IV. CONCLUSIE

18. De afbakening en uitbreiding van de bevoegdheid *ratione materiae* van het Europees Openbaar Ministerie, zoals voorgesteld in artikel 17 en artikel 20, leden 3 en 3a, van de ontwerpverordening tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie (versie van 22 december 2016, doc. 15760/16), zijn verenigbaar met de rechtsgrondslag van artikel 86 VWEU, zowel wat betreft de definitie van de strafbare feiten die onder de materiële bevoegdheid van het Europees Openbaar Ministerie vallen als wat betreft de beperkingen op de uitoefening van die bevoegdheid aan de hand van duidelijk omschreven criteria.
-