

## **Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)**

Aan alle Ministers

### **Datum**

23 maart 2006

### **Doorkiesnummer**

070-348 6643

### **Onderwerp**

Advies bij het rapport Strafrecht en de eerste pijler II, 2006 (Concept)

## **1. Inleiding**

Op 13 september 2005 deed het EG Hof van Justitie uitspraak in de eerste zaak met betrekking tot de bevoegdheid van de Gemeenschap op het terrein van het strafrecht (zaak C-176/03, Commissie/Raad, milieustrafrecht). In zijn uitspraak vernietigde het Hof het kaderbesluit 2003/80/JBZ van de Raad inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.

De Commissie had de keuze van de Raad bestreden om als grondslag van dit kaderbesluit bepalingen uit het EU-Verdrag te kiezen. Hiertoe had zij aangevoerd dat het doel en de inhoud van het kaderbesluit onder de bevoegdheden vallen van het EG-Verdrag op het gebied van milieu (met name artikel 175). Het Hof stelde de Commissie in het gelijk en oordeelde dat, nu de in het kaderbesluit geregelde materie op grond van het EG-Verdrag, de eerste pijler, had kunnen worden geregeld, de Raad het Gemeenschapsrecht had geschonden door in deze een kaderbesluit op grond van de derde pijler aan te nemen.

Over het gebruik van het strafrecht in de eerste pijler bracht de ICER in 2002 al eens een advies uit: 'Strafrecht en de eerste pijler' (ICER 2002-03/31). Dat eerdere advies, waarin werd geconcludeerd dat het gebruik van het strafrecht in de eerste pijler niet geheel uitgesloten was, maar wel met grote terughoudendheid moest worden benaderd, heeft ook ten grondslag gelegen aan het standpunt van de Nederlandse regering in de zaak C-176/03. De ICER heeft onderzocht welke gevolgen aan dit arrest van het Hof moeten worden verbonden voor het advies uit 2002, alsmede voor de Nederlandse onderhandelaars die geconfronteerd worden met voorstellen omtrent het gebruik van strafrecht in de eerste pijler. Het onderhavige advies bevat de conclusies van dat onderzoek.

Het advies is opgesteld op basis van een rapport geschreven door een ad-hoc werkgroep van de ICER, welk rapport als bijlage bij dit advies is gevoegd.

## **2. Conclusies**

Het onderzoek door de ICER-werkgroep is uitgevoerd tegen de achtergrond van het feit dat belangrijke verschillen bestaan tussen de eerste pijler (EG-Verdrag) en de derde pijler (titel VI EU-Verdrag), bij voorbeeld waar het betreft (meerderheids)besluitvorming in de Raad, de

betrokkenheid van het Europees Parlement, de rol van het Hof van Justitie en het initiatiefrecht van de Commissie. De constatering van het Hof dat beperkte harmonisatie in de eerste pijler mogelijk is, heeft dan ook potentieel grote gevolgen. De ICER benadrukt echter dat naar haar mening de reikwijdte van het arrest beperkt is. Het arrest laat bovendien nog belangrijke vragen open en in afwachting van nadere rechtspraak is de terughoudende uitleg van het recht op het punt van de gemeenschapsbevoegdheden op het terrein van het strafrecht onverminderd op zijn plaats.

Nadere rechtspraak is inmiddels op komst, nu de Commissie ook het kaderbesluit bestrijding verontreiniging vanaf schepen ter vernietiging heeft voorgedragen (zaak C-440/05). De Nederlandse regering zal in deze zaak interveniëren aan de zijde van de Raad van Ministers, waarbij wederom het onderhavige ICER-advies als grondslag zal dienen.

Het arrest sluit nauw aan bij de hoofdconclusie uit het ICER-advies uit 2002: hoewel strafrecht en strafprocesrecht in beginsel niet behoren tot de bevoegdheid van de eerste pijler, is het gebruik van het strafrecht in de eerste pijler niet geheel uitgesloten, maar er is wel reden om het dan met grote terughoudendheid te hanteren. Op grond hiervan concludeert de ICER dat haar eerdere advies uit 2002 als zodanig niet hoeft te worden bijgesteld. De daarin vervatte aanbevelingen worden in het onderhavige advies herhaald en alleen op onderdelen verder ingevuld. Nu in onderhavig arrest de bevoegdheid van de EG tot strafbaarstelling in de eerste pijler is bevestigd, is naar de mening van de ICER extra alertheid bij de toepassing van deze aanbevelingen geboden.

Hieronder volgen de voornaamste, meer specifieke conclusies met betrekking tot de mogelijke gevolgen van het arrest. Deze conclusies zijn verwerkt in de (herziene) aanbevelingen.

(A) Het strafrecht en het strafprocesrecht behoren in beginsel niet tot de bevoegdheid van de gemeenschap. Het opnemen van strafrechtelijke bepalingen in een gemeenschapsinstrument blijft dus uitzondering.

(B) Vast staat dat een eventuele communautaire verplichting tot strafbaarstelling alleen overtredingen van (om te zetten) Gemeenschapsnormen kan betreffen; zij kan geen betrekking hebben op overtredingen van in nationale wetgeving vastgestelde normen, die niet zijn uitgevaardigd ter uitvoering van Gemeenschapswetgeving. Blijkens de uitspraak van het Hof is de Gemeenschapswetgever immers alleen bevoegd om maatregelen in verband met het strafrecht te nemen die hij noodzakelijk acht om de volledige doeltreffendheid van de *door hem* inzake milieubescherming *vastgestelde normen* te verzekeren.

(C) De uitspraak van het Hof heeft strikt genomen alleen betrekking op specifieke milieuzaken. De ICER is niettemin van mening dat niet kan worden uitgesloten dat de door het Hof gevolgde redenering ook buiten het milieu kan opgaan voor andere terreinen van Gemeenschapsrecht, waarvoor een duidelijke EG-doelstelling in artikel 2 en/of 3 EG-Verdrag en duidelijke bevoegdheden en doelstellingen (zoals in artikel 174 en 175 EG) bestaan. Doordat het in elk geval moet gaan om een beleidsterrein waarvoor de EG bevoegd is tot het stellen van bindende normen, zal het arrest echter geen gevolgen hebben voor het Nederlandse justitiële beleid ten aanzien van onderwerpen zoals drugs, euthanasie, abortus en prostitutie. Ook op rechtsgrondslagen, die de bevoegdheid van de Gemeenschap tot slechts aanvullende, coördinerende of ondersteunende bevoegdheden beperken, of waarin harmonisatie expliciet is uitgesloten, acht de ICER analoge toepassing van de uitspraak niet mogelijk. (zie aanbeveling 1).

(D) Uit de door het Hof in zijn arrest genoemde voorwaarden van 'onontbeerlijkheid', 'ernstige aantasting', 'noodzakelijkheid' en 'volledige doeltreffendheid' voor gebruik van strafrecht in de eerste pijler en uit het feit dat het hier gaat om de vestiging van een bevoegdheid van de Gemeenschap, leidt de ICER af dat deze voorwaarden een zwaardere toets inhouden dan de gebruikelijke toets van noodzaak en proportionaliteit. Aan het opnemen van strafbaarstelling in EG-besluiten moeten dus zware motiveringseisen worden gesteld. (zie aanbeveling 2)

(E) De uitspraak geeft geen helder antwoord op de vraag of de Gemeenschap bevoegd is tot het voorschrijven van specifieke strafsancities en de hoogte daarvan. In afwachting van verdere jurisprudentie is de ICER van mening dat het voorschrijven hiervan in beginsel een derde-pijleraangelegenheid moet blijven. Een EG-instrument moet op dit gebied bij voorkeur geen gedetailleerde voorschriften bevatten. Indien desondanks in eerste pijlerinstrumenten bepalingen omtrent type en hoogte van strafsancities worden opgenomen, dient dat alleen bij wijze van voorbeeld te worden gedaan (bijvoorbeeld door het gebruik van de toevoeging "zoals"). (zie aanbeveling 5)

(F) Op de vraag of het de lidstaten vrij staat naast strafrechtelijke ook andere sancties op te leggen in geval van een communautaire verplichting tot strafbaarstelling van overtreding van Gemeenschapsnormen, gaat het arrest niet in. Op basis van bestaande jurisprudentie en de praktijk bij andere eerste-pijler instrumenten lijkt deze vrijheid dan ook in tact te blijven. De ICER ziet wel enig risico dat deze vrijheid beperkt wordt, indien in een eerste pijler instrument wordt volstaan met de verplichting tot strafbaarstelling en de keuzemogelijkheid voor andere modaliteiten niet is opgenomen. Om die reden benadrukt de ICER het belang van het expliciet vastleggen van deze keuzemogelijkheid. (zie aanbeveling 3)

(G) Met betrekking tot de toepassing van het opportuniteitsbeginsel wijst de ICER op haar advies "EG-eisen aan handhaving" (ICER-advies 2001-01/05). Daarin constateerde de ICER reeds dat bij de handhaving van nationale regels van EG-origine minder ruimte bestaat voor opportuniteitsafwegingen dan bij handhaving van zuiver nationale regels. Het onderhavige arrest brengt daarin als zodanig geen verandering, omdat het Hof hier geen uitspraak over doet. De ICER acht het daarom van belang om haar eerdere aanbevelingen terzake te herhalen. (zie aanbeveling 6)

### **3. Aanbevelingen**

#### Richtsnoeren voor onderhandelaars

Ten aanzien van het ICER-advies uit 2002 wordt zoals gezegd geconcludeerd dat de daarin opgenomen aanbevelingen voor onderhandelaars mutatis mutandis overeind blijven. Wel moet worden toegevoegd dat sinds het arrest extra alertheid geboden is. Waar het om de bescherming van het milieu gaat, staat inmiddels de mogelijkheid van het onder voorwaarden voorschrijven van strafbaarstelling van overtreding van Gemeenschapsnormen in de eerste pijler vast, terwijl die mogelijkheid voor een aantal andere beleidsterreinen niet kan worden uitgesloten.

Voorts dienen de aanbevelingen voor onderhandelaars op enkele onderdelen verder te worden aangevuld, zodat ze als volgt komen te luiden.

Met voorstellen voor EG-besluiten met een strafrechtelijke component, waaronder een voorstel om een bestaand kaderbesluit om te zetten in een richtlijn, kan slechts worden ingestemd onder de volgende voorwaarden:

1. **Bevoegdheid:** Duidelijk dient te zijn dat de Gemeenschap bevoegd is om op basis van de desbetreffende rechtsgrondslag te besluiten tot een instrument dat (mede) een verplichting tot strafbaarstelling bevat. Uit doel en inhoud van het instrument moet kunnen worden afgeleid dat het hoofddoel een uitdrukkelijke gemeenschapsbevoegdheid betreft tot het stellen van bindende normen. Daarbij is in ieder geval vereist dat het te beschermen belang een wezenlijke doelstelling van de Gemeenschap betreft; van milieubescherming staat dat vast.
2. **Motivering:** Uitdrukkelijk dient te worden getoetst of voor de strafbaarstelling een deugdelijke motivering wordt gegeven, waaruit blijkt dat de voorgestelde maatregelen noodzakelijk zijn en onontbeerlijk om de volledige doeltreffendheid van de gestelde normen te verzekeren.
3. **Behoud instrumentenmix:** Er dient voor te worden gezorgd dat handhavings- en sanctieverplichtingen in EG-besluiten niet (mede) inhouden dat toepassing van andere, in Nederland effectievere, handhavingsinstrumenten onmogelijk wordt gemaakt. Daarom dient bezwaar te worden gemaakt tegen een ontwerp-EG-besluit dat geen keuzeruimte met betrekking tot handhaving(instrumenten) laat en wordt gestreefd naar het uitdrukkelijk in de tekst van het EG-besluit opnemen van keuzevrijheid van de lidstaten terzake.
4. **Uitdrukkelijk woordgebruik:** Een eventuele verplichting te voorzien in strafrechtelijke sancties dient altijd expressis verbis in een EG-besluit te zijn opgenomen om onduidelijkheid over de - in de ogen van de Commissie en Hof - noodzakelijke sancties achteraf voor te zijn. Het gebruik van het woord sanctie of pendants daarvan in andere talen (zoals “penalties”) betekent niet automatisch dat deze ook strafrechtelijk van aard zullen zijn. Het gebruik van het woord “strafrechtelijk” (“criminal”) geeft dat wel duidelijk aan.
5. **Alleen delictsomschrijving en strafbaarstelling:** De sanctiebepaling in een EG-besluit dient zich in beginsel niet uit te strekken tot het type en de hoogte van de strafrechtelijke sanctie; eventuele verwijzingen daarnaar moeten zoveel mogelijk worden beperkt tot voorbeelden. Bepalingen inzake rechtsmacht en politieke en justitiële samenwerking in strafzaken dienen in een EG-besluit niet te worden opgenomen.
6. **Behoud opportuniteitsbeginsel:** De ruimte voor opportuniteitsafwegingen dient in het EG-besluit zelf niet verder beperkt te worden dan tot de volgende, reeds op grond van de rechtspraak van het EG Hof bestaande eisen: Een effectief toezicht is noodzakelijk en, indien is gekozen voor straf- of bestuursrechtelijke handhaving, moet tegen geconstateerde overtredingen van EG-recht worden opgetreden. Bovendien moeten de te nemen maatregelen “passend” zijn, d.w.z. doeltreffend, evenredig, niet-discriminerend, afschrikwekkend en conform de Europese grondrechten.
7. **Inschakeling wetgevingsjuristen:** Indien specifieke handhavings- en sanctioneringsbepalingen worden voorgesteld, dient tijdig de wetgevingsafdeling van het eigen departement te worden ingeschakeld.
8. **Inschakeling ministerie van Justitie:** Indien de voorgestelde sanctioneringsbepaling van strafrechtelijke aard is, dient bovendien tijdig het Ministerie van Justitie te worden betrokken, mede in verband met de voorbereiding van behandeling en besluitvorming in Brussel (zie in dit verband het Haags

programma, nummer 3.3.2, en de procedurele afspraken die in Brussel zijn gemaakt om JBZ-betrokkenheid te verzekeren).

#### 4. Overige aanbevelingen

De ICER herhaalt de aanbeveling uit haar advies Strafrecht en de eerste pijler 2002 om in BNC-fiches in te gaan op eventueel voorgestelde handhavings- en sanctioneringsbepalingen en stelt voor een apart lemma op te nemen omtrent eventuele strafrechtelijke consequenties van voorstellen. Deze aanbeveling heeft volgens de ICER door het recente arrest aan (praktisch) belang gewonnen.

De ICER beveelt alle ministers aan de bovenstaande richtsnoeren op gepaste wijze onder de aandacht te brengen van de ambtenaren die betrokken zijn bij de totstandkoming van communautaire wetgeving.

De ICER beveelt de minister van Buitenlandse Zaken en de Staatssecretaris voor Europese Zaken aan bovenstaande richtsnoeren onder de uitdrukkelijke aandacht te brengen van de ambtenaren werkzaam bij de Permanente Vertegenwoordiging van Nederland bij de EU en de leden van de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen.

De ICER zal, nadat arrest zal zijn gewezen in zaak C-440/05, de gevolgen daarvan bezien en onderhavig advies en rapport zo nodig aanpassen.

Namens de Interdepartementale Commissie Europees Recht

M. Krop  
(voorzitter)

P.H. Holthuis  
(voorzitter)