

## Rapport Strafrecht en de eerste pijler II, 2006

### 1. Inleiding

In 2002 stelde de ICER op verzoek van de Minister van Justitie, mede naar aanleiding van de door de Raad van State gegeven voorlichting van 27 juli 2001 over de ontwerprichtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht en de ontwerprichtlijn inzake strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, een rapport en een advies op over een drietal concrete vragen met betrekking tot strafrecht en de eerste pijler (ICER 2002-03/31).

In haar advies beval de ICER de volgende richtsnoeren voor onderhandelaars aan:

1. Indien de Commissie (strafrechtelijke) strafbaarstelling in een ontwerp-EG-besluit voorstelt, wordt uitdrukkelijk getoetst of, gelet op de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit, hiervoor een deugdelijke motivering wordt gegeven;
2. Er wordt voor gezorgd dat handhavings- en sanctieverplichtingen in EG-besluiten niet (mede) inhouden dat toepassing van andere, in Nederland veel effectievere, handhavingsinstrumenten onmogelijk wordt gemaakt. Daarom wordt bezwaar 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.
3. Indien specifieke handhavings- en sanctiebepalingen worden voorgesteld wordt tijdig de wetgevingsafdeling van het eigen departement ingeschakeld;
4. Indien de voorgestelde sanctiebepaling van strafrechtelijke aard is, wordt bovendien het Ministerie van Justitie betrokken.

Voorts werd aanbevolen voortaan in BNC fiches bij ontwerp-EG-besluiten in te gaan op eventueel voorgestelde specifieke handhavings- en sanctiebepalingen. Tenslotte werd de werkgroep Aanwijzingen (ICCW) in overweging gegeven te bezien in hoeverre de bovengenoemde richtsnoeren voor onderhandelaars zich lenen voor opname in (hoofdstuk 8 van) de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Op 13 september 2005 deed het Hof van Justitie uitspraak inzake het door de Europese Commissie aanhangig gemaakte beroep tot nietigverklaring van het kaderbesluit 2003/80/JBZ van de Raad inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht (zaak C-176/03). De Commissie bestreed de keuze van de Raad om voor de grondslag van dit kaderbesluit bepalingen uit het EU-Verdrag te kiezen. De Commissie voerde hiertoe aan dat het doel en de inhoud van dit kaderbesluit onder bevoegdheden vallen van het EG-Verdrag op het gebied van milieu. 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 zogenoemde derde pijler aan te nemen.

Het onderzoek is uitgevoerd tegen de achtergrond van het feit dat belangrijke verschillen bestaan tussen de eerste en derde pijler. In de eerste pijler (EG-Verdrag)

- geldt op de meeste beleidsterreinen besluitvorming bij gekwalificeerde meerderheid in de Raad van Ministers, in plaats van unanimitieit in de derde pijler (artikel 34 (2) EU);
- heeft de Commissie als enige het initiatiefrecht voor wetgeving, terwijl in de derde pijler ook de lidstaten dat recht hebben (artikel 34 (2) EU);
- is de rol van het Europees Parlement aanzienlijk prominenter (vaak co-decisieprocedure in plaats van enkel raadpleging (artikel 39 (1) EU)) en

- heeft het Hof van Justitie automatisch volledige prejudiciële rechtsmacht, terwijl deze rechtsmacht in de derde pijler beperkt is en mede afhankelijk is van een keuze van de lidstaten (artikel 35 EU);
- bestaat de zogenoemde inbreukprocedure bij het Hof van Justitie over de naleving van Gemeenschapsverplichtingen (artikel 226 en 228 EG), terwijl deze in de derde pijler niet bestaat.

Daarnaast is, wat betreft de rol van het Nederlandse parlement, het instemmingsrecht op grond van artikel 3 van de Goedkeuringswet voor het Verdrag van Nice alleen van toepassing op besluitvorming in de derde pijler ten aanzien van besluiten die beogen het Koninkrijk te binden. In de eerste pijler ontbreekt een dergelijk instemmingsrecht.

Tot slot is van belang dat de rechtsinstrumenten uit de eerste pijler, anders dan kaderbesluiten in de derde pijler rechtstreekse werking kunnen hebben. Dit verschil in werking voor nationale rechters is enigszins verminderd, doordat het Hof ook voor kaderbesluiten de plicht tot zogenoemde kaderbesluit conforme interpretatie door nationale rechters heeft aangenomen (zaak C-105/03, Pupino).

De ICER achtte noodzakelijk te bezien welke gevolgen aan dit arrest van het Hof moeten worden verbonden. In dat kader wilde de ICER tevens bezien in hoeverre haar eerdere advies uit 2002 aanpassing behoefde. Met dit doel heeft zij een interdepartementale werkgroep samengesteld; de bevindingen van die werkgroep zijn in dit rapport opgenomen. De samenstelling van de werkgroep is weergegeven in bijlage 1.

## 2. Korte weergave van het arrest in zaak C-176/03

Na een korte uiteenzetting van het juridisch kader en de voorgeschiedenis van het geschil (r.o. 2-15) en de argumenten van partijen (r.o. 18-37) gaat het Hof in r.o. 38-55 over tot een beoordeling van het geschil.

Eerst stelt het vast dat volgens de artikelen 47 en 29 EU niets in het EU-Verdrag afbreuk kan doen aan de bepalingen van het EG-Verdrag (r.o. 38), en dat het de taak van het Hof is erop toe te zien dat de handelingen van de Raad o.g.v. het EU-Verdrag geen inbreuk maken op handelingen van de Gemeenschap o.g.v. het EG-Verdrag (r.o. 39). Hieruit volgt dat het Hof moest nagaan of de artikelen 1-7 van het kaderbesluit geen inbreuk maken op de bevoegdheden op grond van het EG-Verdrag (r.o. 40).

In r.o. 41 en 42 geeft het Hof aan, dat op grond van jurisprudentie en de artikelen 2, 3 en 6 EG vaststaat dat de bescherming van het milieu behoort tot de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap, en een sectoroverschrijdend en fundamenteel karakter heeft. Ter verwezenlijking van die doelstelling bieden volgens r.o. 43 de artikelen 174 en 175 EG zowel uitgewerkte doelen alsook middelen om die te realiseren.

Vanaf r.o. 45 gaat het Hof in op de criteria voor de keuze van de rechtsgrondslag van een gemeenschapshandeling. Volgens vaste jurisprudentie moet die keuze zijn gebaseerd op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn, met name het doel en de inhoud van de handeling. Voor de bepaling van het doel moet volgens r.o. 46 worden gekeken naar het opschrift en de in de preambule van de handelingen opgenomen overwegingen. Op grond van deze criteria stelt het Hof vast dat het doel van het bestreden kaderbesluit was gelegen in de bescherming van het milieu.

Wat betreft de inhoud constateert het Hof in r.o. 47 en 48 dat het kaderbesluit leidt tot een gedeeltelijke harmonisatie van de strafrechtelijke bepalingen van de lidstaten, in het bijzonder wat betreft de bestanddelen van de verschillende strafbare feiten op milieugebied. Het Hof overweegt dat die domeinen in beginsel niet tot de Gemeenschapsbevoegdheid behoren. Die vaststelling staat er niet aan in de weg dat de Gemeenschap onder voorwaarden toch maatregelen neemt die verband houden met het strafrecht van de lidstaten. Het Hof overweegt in dat verband dat het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de lidstaten onontbeerlijk is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu, en dat het nemen van strafrechtelijke maatregelen noodzakelijk is om de volledige doeltreffendheid van de vastgestelde milieunormen te verzekeren.

Verder wijst het Hof er in r.o. 49 op, dat de artikelen 1-7 van het kaderbesluit weliswaar een vereiste van strafbaarstelling behelzen, maar de keuze van de toe te passen strafsancties aan de lidstaten laten - zij het dat die daarbij binnen de grenzen van de in artikel 5 opgenomen voorwaarden (doeltreffend, evenredig en afschrikkend) moeten blijven.

In r.o. 50 wijst het Hof erop dat de Raad onbetwist laat dat de strafbaarstelling betrekking heeft op normen van gemeenschapsrecht, en op het feit dat ook de Raad strafrechtelijke sancties onontbeerlijk acht. Daarop concludeert het Hof in r.o. 51 dat het hoofddoel van de artikelen 1-7 van het kaderbesluit milieubeleid was, waarvan regeling mogelijk was op basis van artikel 175 EG. De artikelen 135 en 280 (4) EG doen volgens het Hof aan deze conclusie niet af, nu uit deze artikelen niet kan worden afgeleid dat "iedere, zelfs een zo beperkte strafrechtelijke harmonisatie als die welke voortvloeit uit het kaderbesluit, moet worden uitgesloten, hoe noodzakelijk deze ook moge zijn om de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te verzekeren" (r.o. 52).

### 3. Gevolgen van de uitspraak

#### ***Algemeen***

Het Hof bepaalde hiermee kort gezegd dat een beperkte strafrechtelijke harmonisatie mogelijk is in de eerste pijler. Het Hof voert ter ondersteuning van deze conclusie de volgende omstandigheden aan:

- het gaat om de strafbaarstelling van overtreding van gemeenschapswetgeving, in casu wetgeving ter bescherming van het milieu, die betrekking heeft op een gemeenschapsdoelstelling met een sectoroverschrijdend en fundamenteel karakter (onder verwijzing naar artikel 6 EG);
- de strafrechtelijke sancties zijn onontbeerlijk als doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties tegen een ernstige aantasting van het milieu en om de volledige doeltreffendheid van de vastgestelde milieunormen te verzekeren; en
- de keuze van de toe te passen strafsancties wordt gelaten aan de lidstaten.

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.

Over de juiste interpretatie en de precieze gevolgen van het arrest bestaan voor het overige nog vele, uiteenlopende meningen. Het arrest is immers het eerste over deze problematiek en roept verschillende vervolgvragen op. Nadere rechtspraak, die inmiddels op komst is doordat de Commissie nog een kaderbesluit ter vernietiging aan het Hof heeft voorgedragen (zaak C-440/05 betreffende het kaderbesluit bestrijding van verontreiniging vanaf schepen), kan op onderdelen meer duidelijkheid bieden. In onderhavig rapport wordt hieronder ingegaan op de mogelijke implicaties van deze eerste uitspraak. Daarbij ligt volgens de werkgroep een terughoudende interpretatie voor de hand, gezien de verstrekkende gevolgen die besluitvorming in de eerste pijler over strafrecht in Europa meebrengt (zie hierboven onder 1). De eerste discussies in de Raad van Ministers over de reikwijdte van dit arrest laten zien dat alle lidstaten een vergelijkbare restrictieve interpretatie voorstaan.

### ***Ook andere beleidsterreinen dan milieu?***

De uitspraak heeft strikt genomen alleen betrekking op specifieke milieuzaken; op de relevantie van zijn arrest voor andere terreinen van Gemeenschapsrecht gaat het Hof niet in. Het Hof benadrukt het feit dat de bescherming van het milieu een van de wezenlijke doelstellingen van de EG is met een sectoroverschrijdend en fundamenteel karakter (artikel 2 en 6 EG). Hierdoor is de vraag gerechtvaardigd in hoeverre de uitspraak ook gevolgen kan hebben voor andere beleidsterreinen. De vervolgsaak C-440/05 kan hierover meer duidelijkheid bieden, nu de Commissie daarin stelt dat een bevoegdheid tot strafbaarstelling bestaat in artikel 80 lid 2 EG met betrekking tot zeevervoer. Volgens de werkgroep moet er rekening mee worden gehouden dat eenzelfde redenering als met betrekking tot milieubeleid ook kan opgaan voor andere terreinen van Gemeenschapsrecht waarvoor een duidelijke EG-doelstelling in artikel 2 en/of 3 EG en duidelijke bevoegdheden en doelstellingen zoals in artikel 174 en 175 EG bestaan.

Het moet in ieder geval gaan om een beleidsterrein waarvoor de EG bevoegd is tot het stellen van bindende normen. Dat betekent dat de uitspraak geen gevolgen zal hebben voor het Nederlandse justitiële beleid t.a.v. onderwerpen die niet tot het Gemeenschapsbeleid behoren, zoals drugs, euthanasie, abortus en prostitutie.

Op een aantal EG-beleidsterreinen is toepassing van de gevolgde redenering volgens de werkgroep niet mogelijk omdat zij slechts aanvullende, coördinerende of ondersteunende communautaire bevoegdheden kennen, of omdat op die terreinen harmonisatie is uitgesloten. De werkgroep ziet in ieder geval de volgende voorbeelden:

- werkgelegenheid (artikel 129 EG)
- sociaal beleid (art. 137 lid 2 sub a)
- onderwijs, beroepsopleiding en jeugd (art. 149 lid 4, eerste streepje, art. 150 lid 4)
- cultuur (art. 151 lid 5, eerste streepje)
- volksgezondheid (art. 152 lid 4 sub c).

Daarbij zij aangetekend dat richtlijnen op grond van artikel 95 EG, omtrent de interne markt, tevens elementen van andere beleidsterreinen, zoals volksgezondheid, kunnen bevatten. De werkgroep acht niet uitgesloten dat in een dergelijke richtlijn op grond van artikel 95 EG een verplichting tot strafbaarstelling kan worden opgenomen. De bovenstaande conclusie van de werkgroep dat een verplichting tot strafbaarstelling niet mogelijk is op een aantal terreinen is dus nadrukkelijk beperkt tot de desbetreffende rechtsgrondslagen.

### ***Voorwaarden voor strafbaarstelling***

Voor de motivering of is voldaan aan de voorwaarden van “onontbeerlijkheid”, “ernstige aantasting”, “noodzakelijkheid” en “volledige doeltreffendheid” verwijst het Hof in de uitspraak alleen naar hetgeen de Raad hierover in de eerste drie overwegingen van het kaderbesluit heeft vastgesteld (r.o. 50). Hoe in andere gevallen moet worden vastgesteld of aan de genoemde voorwaarden wordt voldaan, wordt uit het arrest nog niet duidelijk. Onduidelijk is ook in hoeverre deze voorwaarden cumulatief gelden, en of zij in alle gevallen zo strikt moeten worden toegepast (bijv. “ernstig”?). De werkgroep meent dat voor de toepasselijkheid van deze voorwaarden aan zware motiveringseisen moet worden voldaan. Het betreft hier immers voorwaarden die dienen ter afbakening van de bevoegdheden uit de eerste pijler ten opzichte van de bevoegdheden uit de derde pijler. Ook uit de door het Hof gebruikte formuleringen kan worden afgeleid dat deze voorwaarden in ieder geval een zwaardere toets inhouden dan de gebruikelijke toets van noodzaak en proportionaliteit, zoals die geldt voor de uitoefening van de bevoegdheden waarvan al is vastgesteld dat die zich binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag bevinden (artikel 5 EG).

### ***Alleen delictomschrijving en strafbaarstelling?***

Over de vraag of het voorschrijven van een specifiek type strafsancie en de hoogte daarvan blijft voorbehouden aan de derde pijler is de uitspraak onvoldoende duidelijk. Enerzijds wijst het Hof er in zijn motivering van de Gemeenschapsbevoegdheid zelf uitdrukkelijk op dat de keuze van de toe te passen strafsancies door het Kaderbesluit aan de lidstaten is gelaten (r.o. 49). Anderzijds wordt artikel 5 van het kaderbesluit in zijn geheel vernietigd, terwijl daarin ook was opgenomen dat de lidstaten strafrechtelijke sancties stellen “waaronder, tenminste in ernstige gevallen, vrijheidsstraffen waarvoor uitlevering kan plaatsvinden”. Deze bepaling schrijft in zoverre wel degelijk een bepaalde type sanctie voor; het Hof gaat daarop echter verder niet in.

Voor meer duidelijkheid in dezen zal verdere jurisprudentie moeten worden afgewacht. In de vervolgzak C-440/05 stelt de Commissie dat de bepalingen uit het aangevochten kaderbesluit bestrijding van verontreiniging vanaf schepen, die betrekking hebben op type en hoogte van strafsancies ook onder de gemeenschapsbevoegdheid vallen.

In de tussentijd meent de werkgroep dat het onderhavige arrest geen grond vormt voor het oordeel dat het voorschrijven van type en hoogte van sancties onder de eerste pijler bevoegdheden valt. De werkgroep beveelt daarom aan dat niet wordt ingestemd met het opnemen van dergelijke bepalingen in eerste pijler instrumenten. Indien (desondanks) in eerste pijler instrumenten bepalingen omtrent type en hoogte van strafsancies worden opgenomen, dient dat alleen bij wijze van voorbeeld te worden gedaan (bijv. door het gebruik van de toevoeging “zoals”).

De werkgroep vindt dat op grond van deze uitspraak niet ter discussie staat dat de bepalingen over rechtsmacht en over politieke en justitiële samenwerking in strafzaken volledig gereserveerd blijven voor instrumenten onder de derde pijler, nu het Hof bevestigt dat de desbetreffende bepalingen uit het kaderbesluit (artikel 8 en 9) niet onder de EG-bevoegdheid vallen. De verdeling van strafrechtelijke regelgeving over een richtlijn en een bijbehorend kaderbesluit zal dan ook blijven bestaan.

### ***Verordeningen en richtlijnen***

Het arrest stelt vast dat sprake is van een gemeenschapsbevoegdheid, maar laat onbepaald in welk rechtsinstrument de strafbaarstelling kan worden voorgeschreven. In de meeste gevallen zal het gaan om richtlijnen. De werkgroep meent dat een verplichting tot strafbaarstelling ook in een verordening niet kan worden uitgesloten. Ook (bestaande) verordeningen bevatten immers vaak bepalingen waarin de lidstaten verplicht worden tot sanctionering. Gezien de redenering van het Hof is niet uit te sluiten dat een dergelijke sanctionering kan worden

toegespitst op strafsancties. Daarbij acht de werkgroep essentieel dat de lidstaten ruimte behouden om bij de formulering van de in nationale wetgeving om te zetten strafbaarstelling gebruik te maken van de systematiek en terminologie die aansluit bij het materiële strafrecht van die lidstaat. Daarom beveelt de werkgroep aan om bij verordeningen een grote terughoudendheid in acht te nemen.

### ***Gevolgen voor de handhaving: andere sancties en opportuniteitsbeginsel***

Op de implicaties van communautaire strafbaarstelling voor de feitelijke handhaving gaat het arrest niet in. De uitspraak gaat, net als het bestreden kaderbesluit, alleen over strafbaarstelling als wetgevende maatregel. In dat opzicht brengt de uitspraak dus geen verandering in de stand van zaken. Dit brengt twee vragen mee in verband met de handhaving. In de eerste plaats de vraag of bij de handhaving van bepalingen waarvan het gemeenschapsrecht strafbaarstelling voorschrijft, ook andere sancties dan strafrechtelijke sancties mogen worden opgelegd. In de tweede plaats de vraag of het opportuniteitsbeginsel onverkort mag worden toegepast.

Over de vraag of het de lidstaten vrij staat ook andere dan strafrechtelijke sancties op te leggen, in geval van communautaire strafbaarstelling, zegt het arrest niets. Op basis van bestaande jurisprudentie en de praktijk bij andere eerste-pijlerinstrumenten lijkt voorsnag aannemelijk dat daartoe de vrijheid blijft bestaan. De werkgroep ziet wel enig risico dat deze vrijheid beperkt wordt voor het in een concreet geval gebruiken van andere handhavingsmodaliteiten, wanneer het desbetreffende instrument volstaat met de verplichting tot strafbaarstelling en de keuzemogelijkheid voor andere modaliteiten niet nadrukkelijk is opgenomen. In de toekomst zal daarop bij het opstellen van richtlijnen etc. wel moeten worden gelet; bij voorkeur dient de mogelijkheid van het ook toepassen van andere dan strafrechtelijke sancties expliciet uit de tekst te blijken, zoals dat bijvoorbeeld ook het geval is bij de Visserijverordening 2371/2002 (Pb L 358/59 van 31 december 2002).

De werkgroep beveelt aan dat onderhandelaars erop toezien dat een verplichting te voorzien in strafrechtelijke sancties altijd met zoveel woorden in een EG-besluit wordt opgenomen. Hierdoor wordt onduidelijkheid voorkomen over de – in de ogen van de Commissie en het Hof – noodzakelijke sancties. 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 (zie Interpretatieve verklaring in het kader van de Energieraad van 18 november 2004, annex II bij document nr. 2003/0301 (COD), ENER 238, CODEC 1180). Het gebruik van het woord “strafrechtelijk” (“criminal”) geeft dat wel duidelijk aan.

Ten aanzien van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, beperkt de werkgroep zich tot het herhalen van hetgeen eerder in een ander ICER-verband is geconstateerd. Het opportuniteitsbeginsel staat immers al onder enige druk door eerdere jurisprudentie van het Hof. Zo constateert de ICER in haar advies 2001-01/05 over ‘EG-eisen aan handhaving’ al, dat bij de handhaving van nationale regels van EG-origine minder vrijheid bestaat dan bij de handhaving van zuiver nationale regels. De ICER stelt in dat advies:

*“(3) De lidstaten zijn verantwoordelijk voor de handhaving van EG-recht. Het staat de nationale wetgever vrij te kiezen voor een bepaald handhavingsregime. Binnen het gekozen regime hebben de bevoegde instanties ruimte om te bepalen welke maatregelen in de gegeven situatie het meest geschikt zijn. Het staat hen dus vrij te bepalen hoever hun inspanningen in een bepaald geval moeten gaan. Dit met dien verstande (ondergrens), dat een effectief toezicht noodzakelijk is en dat, indien is gekozen voor straf- of bestuursrechtelijke handhaving, tegen*

*geconstateerde overtredingen van EG-recht moet worden opgetreden. Bovendien moeten de te nemen maatregelen “passend” zijn, d.w.z. doeltreffend, evenredig, niet-discriminerend, afschrikwekkend en conform de Europese grondrechten.*

*(4) Uit de Hof-rechtspraak is een aantal omstandigheden af te leiden waaronder het mogelijk moet worden geacht gedeeltelijk of tijdelijk van handhaving af te zien omdat de lidstaat als geheel niet is gehouden de EG-regel na te leven. Ook hier geldt, dat niet duidelijk is hoe beperkt deze inspanningen dan mogen zijn, met dien verstande dat de ICER meent dat het op voorhand volledig afzien van handhaving niet geoorloofd is.”*

### ***Gevolgen voor andere (ontwerp-)kaderbesluiten***

Indien de redenering van het Hof met inachtneming van het bovenstaande en van toekomstige nadere rechtspraak ook opgaat voor andere kaderbesluiten, waarin sprake is van strafbaarstelling op een terrein van de gemeenschap, geldt dat deze eveneens nietig zijn en in zoverre op een communautaire rechtsbasis hadden moeten worden gestoeld. Voorzover een procedure tot nietigverklaring mogelijk is – zoals bij het kaderbesluit bestrijding van verontreiniging vanaf schepen – kan dat leiden tot vernietiging van zo een kaderbesluit. De geldigheid van een kaderbesluit kan overigens ook in het kader van een prejudiciële procedure aan de orde worden gesteld. Mocht het in de toekomst nodig zijn om bestaande kaderbesluiten in het licht van die rechtspraak inhoudelijk aan te passen, dan zal die aanpassing moeten geschieden bij Richtlijn en waar relevant bijbehorend kaderbesluit. Ditzelfde geldt voor als ontwerp aanhangige, al dan niet met Richtlijnen gecombineerde kaderbesluiten.

Uit het arrest volgt naar de mening van de werkgroep dat dit slechts per geval kan worden vastgesteld, na een nauwkeurige analyse van doel en inhoud van een kaderbesluit. In dit verband kan worden vermeld dat de Commissie van de door haar oorspronkelijk voorgestane “pakketbenadering” (verschillende bestaande kaderbesluiten tegelijk en integraal in richtlijnen omzetten) is afgestapt. Wel wordt verwacht, dat de Commissie nog dit jaar zal voorstellen de kaderbesluiten inzake de bescherming van de euro tegen valsemunterij om te zetten in een richtlijn (Kaderbesluit 2000/383/JBZ, PB L 140 van 14 juni 2000 en Kaderbesluit 2001/888 JBZ tot wijziging van voornoemd Kaderbesluit, PB L 329 van 14 december 2001).

### ***Gevolgen voor Nederlandse implementatiewetgeving***

Nu het kaderbesluit is vernietigd, bestaat niet langer de verplichting de daarin opgenomen bepalingen om te zetten in nationale wetgeving. Niettemin heeft de uitspraak als zodanig geen gevolgen voor de voorgestelde strafbaarstelling van de overtredingen genoemd in het kaderbesluit. Immers, de bevoegdheid tot strafbaarstelling van gedragingen door de wetgever bestaat ongeacht het bestaan van een kaderbesluit dat daartoe eventueel verplicht. Hetzelfde geldt indien in de toekomst ook andere kaderbesluiten worden vernietigd of ingetrokken. De Nederlandse omzetting, dat wil zeggen de strafbaarstelling van de gedragingen, wordt door een (eventuele) vernietiging of intrekking niet geraakt.

## **4. Conclusies en 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(sinstrumenten) 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 pendanten 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).

#### Overige aanbevelingen

De werkgroep 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 werkgroep door het recente arrest aan (praktisch) belang gewonnen.

Tot slot beveelt de werkgroep aan dat de ICER, nadat arrest zal zijn gewezen in zaak C-440/05, de gevolgen daarvan opnieuw zal bezien en onderhavig advies en rapport zo nodig zal aanpassen.