

Bijlage 1

ICER 2002-3/31a

Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)

Datum: 27 februari 2002

Onderwerp: Strafrecht en de eerste pijler

Rapport werkgroep strafrecht en de eerste pijler

1. Inleiding

Op 1 oktober 2001 heeft de Minister van Justitie aan de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) advies gevraagd over de ontwerprichtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht (COM(2001)139 def., hierna: de milieurichtlijn) en de ontwerprichtlijn inzake strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (COM(2001)272 def., hierna: de frauderichtlijn). Gebruik makend van de door de Regering met de Raad van State gemaakte afspraak, om bij wijze van proef, voorlichting te vragen over enkele ontwerprichtlijnen, is door de Minister van Justitie op 27 juli 2001 overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State, de Raad van State verzocht om voorlichting betreffende bovengenoemde richtlijnen. Reden daarvan vormde het gegeven dat deze richtlijnen vanwege hun strafrechtelijke aard een aantal belangrijke vragen oproepen met betrekking tot de rechtsgrondslag, de inzet van het strafrechtelijk instrumentarium en de mogelijke consequenties daarvan voor andere handhavingsinstrumenten.

Voorlichting Raad van State

In zijn op 31 augustus 2001 gegeven voorlichting concludeerde de Raad van State in de eerste plaats dat naast artikel 31, aanhef en onder e, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, bepalingen van het EG-Verdrag als rechtsbasis kunnen dienen om op het gebied van milieu(beschermering) respectievelijk fraudebestrijding verplichtingen op te leggen aan de lidstaten die strekken tot onderlinge afstemming van nationale strafbaarstellingen en straffen. Hierbij geeft de Raad van State aan dat in acht moet worden genomen dat moet worden voorkomen dat de nationale strafrechtssystemen worden opgesplitst in deelsystemen al naar gelang of op het betrokken terrein Europese regels zijn gesteld. Met betrekking tot de rechtsbasis voor de milieurichtlijn (art. 175, lid 1, EG) stelt de Raad van State dat er principieel geen belemmering is voor een richtlijn waarbij lidstaten worden verplicht tot het voorzien in strafrechtelijke sancties tegen activiteiten die significante schade aan het milieu veroorzaken of kunnen veroorzaken. Alle maatregelen die geschikt kunnen zijn om de doelstellingen van het Verdrag rechtmatig te bereiken, kunnen – mits een en ander een grondslag heeft in het EG-Verdrag – worden getroffen. Een principiële uitsluiting van het strafrecht kent het Verdrag niet. Voor de vraag of een maatregel op het gebied van het strafrecht daadwerkelijk op een bepaling van het EG-Verdrag kan worden gebaseerd, moet vervolgens -- zoals geldt voor alle maatregelen -- worden gelet op de specifieke voorwaarden die gelden op het desbetreffende beleidsterrein. Verder moet ten aanzien van de onderwerpen die niet onder de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap vallen, worden getoetst aan het subsidiariteitsbeginsel (blz. 3).

De rechtsbasis voor de frauderichtlijn is art. 280 EG. Hierover zegt de Raad van State dat deze zijn betekenis zou verliezen indien strafrechtelijke maatregelen geheel zijn uitgesloten voor de toepassing ervan. Tevens concludeert de Raad van State voor beide richtlijnvoorstellen dat deze ten opzichte van bestaande handhavingssystemen een aanvullend karakter hebben en slechts enkele aspecten van het strafrecht harmoniseren (blz. 7). Tenslotte concludeert de Raad van State dat beide richtlijnvoorstellen niet leiden tot belemmeringen voor de toepassing van het strafrechtelijk opportuniteitsbeginsel en evenmin voor de toepassing van het *una via*-beginsel¹ (blz. 10).

¹ Het beginsel dat beperkingen stelt aan de samenloop van strafsancities en punitieve bestuursrechtelijke sancities.

De Adviesaanvraag

Het door de Raad van State op 31 augustus 2001 aldus gegeven advies heeft aanleiding gegeven tot enkele meer algemene vragen over de plaats en inhoud van het strafrecht in de eerste pijler. Deze vragen zijn van belang voor het standpunt van Nederland ten opzichte van bovengenoemde richtlijnvoorstellen en tevens ten opzichte van toekomstige richtlijnvoorstellen waarin het strafrecht een rol zou kunnen spelen. Het betreft daarbij meer algemene vragen naar aanleiding van het standpunt van de Raad van State dat voor zover artikelen in het EG-verdrag de bevoegdheid geven voorschriften op te stellen omtrent bepaalde onderwerpen, in beginsel ook de mogelijkheid bestaat de strafrechtelijke sanctionering ten aanzien van dat onderwerp te regelen of te harmoniseren.

De door de Minister van Justitie gestelde vragen zijn de volgende:

1. *Betekent dit [i.e. de door de Raad van State gegeven antwoorden] dat het bestaan van een gemeenschapsbevoegdheid tot regeling van een bepaald onderwerp van invloed is op het totstandbrengen van initiatieven op basis van artikel 31, aanhef en onderdeel e, van het Verdrag betreffende de Europese Unie ter zake van dat onderwerp en (eveneens) strekkende tot onderlinge afstemming van nationale strafbaarstellingen en straffen? Weegt daarbij mee de omstandigheid dat de Gemeenschap haar bevoegdheid nog niet heeft uitgeoefend?*

2. *De Raad van State merkt op dat beide richtlijnvoorstellen geen uitdrukkelijke bepalingen bevatten die de handhaving van een parallel nationaal wettelijk stelsel inzake bestuurlijke punitieve sancties uitsluiten. Daaruit leidt de Raad af dat de richtlijnvoorstellen het hanteren van dergelijke andere handhavingsmechanismen naast het strafrecht onverlet laten. Kan meer in het algemeen worden aangenomen dat een gemeenschapsbevoegdheid om strafrechtelijke sanctionering te regelen niet zo ver reikt dat in een richtlijn dwingend de keuze wordt voorgeschreven voor uitsluitend strafrechtelijke handhaving?*

3. *De standaardjurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen brengt mee dat de lidstaten op grond van artikel 10 van het EG-verdrag verplicht zijn die maatregelen te treffen om de effectiviteit van uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende normen te verzekeren en te voorzien in sancties en handhaving die doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig zijn. Ook al zou de onder 2 geformuleerde vraag bevestigend worden beantwoord, moet dan niet toch uit deze jurisprudentie worden afgeleid dat richtlijnen als de onderhavige - gegeven de mogelijkheid van een verdragsinbreukprocedure en de inroepbaarheid van een EG-rechtelijke handhavingsplicht - tot aantasting van de aan het Nederlands strafrechtstelsel ten grondslag liggende beginselen (zoals o.m. het opportuniteitsbeginsel en het uitgangspunt dat het strafrecht als ultimum remedium wordt ingezet) kunnen leiden?*

Eerdere standpunten

Al eerder is aandacht besteed aan de verhouding tussen het strafrecht en het communautaire recht, met name in het licht van een Nederlands standpunt over deze materie. Reeds in 1992² heeft de Minister van Justitie een brief aan de Tweede Kamer gezonden inzake de verhouding tussen het Gemeenschapsrecht en het strafrecht. In deze brief heeft de Minister van Justitie aangegeven dat Nederland in onderhandelingen in Brussel niet heeft uitgesloten dat de lidstaten bij communautaire regeling worden verplicht tot het voorzien in strafrechtelijke

² Brief van de Minister van Justitie in het kader van de vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van hoofdstuk VI (Ministerie van Justitie) voor het jaar 1992, Kamerstukken II 1991-1992, 22 300 VI, nr. 39.

sancties (bij uitsluiting van andere sancties) ten aanzien van bepaalde gedragingen. Hierbij werd als voorwaarde gesteld dat de aldus strafrechtelijk te sanctioneren norm tot het domein van het Gemeenschapsrecht behoort, en dat harmonisatie niet zover mag gaan dat daardoor een inbreuk wordt gemaakt op de door de lidstaten als belangrijk beschouwde uitgangspunten van hun straf- en strafprocesrecht.

Op 14 februari 2001 heeft de ICER een meer algemeen advies uitgebracht inzake EG-eisen aan handhaving.³ In dit advies werd onder andere aandacht besteed aan strafrechtelijke handhaving als één van de mogelijke vormen van handhaving in de eerste pijler. De ICER concludeerde dat bij handhaving van regels van EG-origine minder vrijheid bestaat dan bij de handhaving van zuiver nationale regels. De lidstaten dienen wel vrij te zijn een handhavingsregime te kiezen. Binnen het gekozen regime hebben de bevoegde instanties de ruimte om te bepalen welke maatregelen in de gegeven situatie het meest geschikt zijn. Dit met dien verstande dat een effectief toezicht noodzakelijk is en dat, indien wordt gekozen voor een straf- of bestuursrechtelijke handhaving, tegen geconstateerde overtredingen van EG-recht moet worden opgetreden.⁴

2. Algemeen kader

Twee visies

De discussie over de vraag of strafrecht door de EG of de EU kan worden voorgeschreven wordt gekenmerkt door een ‘spanning’ tussen twee visies: enerzijds de vraag of, en in hoeverre, de Gemeenschap beschikt over bevoegdheden om regels tot stand te brengen op het terrein van het strafrecht; anderzijds de vraag of en in hoeverre het de Gemeenschap is toegestaan is om, ook al zijn haar geen uitdrukkelijke competenties op het terrein van het strafrecht toegekend, bij de uitoefening van haar wél toegekende bevoegdheden op het terrein van het strafrecht te komen.

Expliciete en impliciete EG-bevoegdheden: de betekenis van artikel 308 EG

Wat betreft het eerste punt moet worden vastgesteld dat de Gemeenschap, ingevolge het zogenoemde attributiebeginsel, alleen kan handelen krachtens een haar opgedragen bevoegdheid (artikel 5, eerste alinea, EG). Zo’n opdracht kan uitdrukkelijk geschieden (‘expliciete’ bevoegdheden), maar kan ook als het ware worden ‘afgeleid’ uit bestaande verdragsbepalingen (‘impliciete’ bevoegdheden).⁵

Het staat vast dat een uitdrukkelijke, aan de Gemeenschap verleende, bevoegdheid op het terrein van het strafrecht en strafprocesrecht niet bestaat (artikelen 2 en 3 EG-Verdrag). Evenmin is aannemelijk dat zo’n, algemene, bevoegdheid geacht kan worden voort te vloeien uit een andere, wél aan de Gemeenschap toegekende, bevoegdheid. Daarvoor zou immers moeten worden aangetoond dat de desbetreffende, expliciete, communautaire bevoegdheid niet goed kan worden uitgevoerd zonder gebruik te maken van een, communautaire, strafrechtelijke bevoegdheid.⁶

³ ICER-advies EG-eisen aan handhaving, 14 februari 2001, ICER 2001-01/06.

⁴ Inmiddels is naast een in het kader van de derde pijler voorgesteld kaderbesluit milieu door de Commissie een milieurichtlijn voorgesteld onder de eerste pijler. Het ziet ernaar uit dat het kaderbesluit zal worden aangenomen. De onderhandelingen voor de milieurichtlijn en de frauderichtlijn lijken stil te liggen.

⁵ Barents en Brinkhorst, Grondlijnen van Europees recht, 10^e druk, omschrijven ‘impliciete’ bevoegdheden als bevoegdheden die niet letterlijk zijn genoemd, maar die uit de desbetreffende bepalingen wel kunnen worden afgeleid omdat zonder die bevoegdheden de betrokken bepaling niet goed ten uitvoer zou kunnen worden gelegd: p. 135. Opgemerkt wordt dat deze impliciete bevoegdheden een grote rol spelen op het terrein van de externe betrekkingen: idem.

⁶ Zie vorige voetnoot.

In dit verband is ook niet aannemelijk dat een zelfstandige communautaire bevoegdheid inzake strafrecht kan worden gecreëerd door toepassing te geven aan artikel 308 EG-Verdrag. Daargelaten immers dat het kader voor toepassing van deze 'rest'-bepaling wordt gevormd door de werking van de Interne Markt, moet, gezien het fundamentele karakter van de onderhavige problematiek, worden aangenomen dat het ontwikkelen van een algemene bevoegdheid van de gemeenschap de mogelijkheden van toepassing van deze verdragsbepaling te buiten gaat.

Daar komt bij dat ook uit de, vaste, jurisprudentie van het Hof kan worden afgeleid dat strafrecht in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort. Zulks laat onverlet dat de lidstaten, bij de uitoefening van hun eigen soevereine rechten op deze terreinen, in strijd kunnen handelen met gemeenschapsrechtelijke verplichtingen.⁷

Verdrag van Maastricht en de Pijlerstructuur

Sedert de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht, per 1 november 1993, heeft met de invoering van de pijlerstructuur de strafrechtelijke samenwerking een plaats gevonden in de zogenoemde Derde Pijler. Met name de wijzigingen zoals ingevoerd door het Verdrag van Amsterdam, maken duidelijk dat harmonisatie van strafrecht in zijn algemeenheid niet plaatsvindt in het kader van de Gemeenschap, doch –indien ze al opportuun geoordeeld wordt- is voorbehouden aan de samenwerking in het kader van de Derde Pijler. De verwijzing, in de aanhef van artikel 29 EU-Verdrag naar 'de bevoegdheden van de Europese Gemeenschap'⁸ doet daar niet aan af. Immers is in het voorgaande vastgesteld dat algemene bevoegdheden van de Gemeenschap op het terrein van het strafrecht niet bestaan.

Tevens geeft het Unie-Verdrag, zoals gewijzigd door het Verdrag van Amsterdam, aan wat 'harmonisatie van strafrecht' in het kader van de Unie-samenwerking kan behelzen. Het gaat dan, ingevolge de omschrijving van artikel 31, onder e, EU-Verdrag om voorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen. Ingevolge de redactie van artikel 31, onder e, EU-Verdrag geschiedt deze harmonisatie op 'minimum'-niveau, en is de mogelijkheid tot harmonisatie beperkt tot een aantal specifieke gebieden van (ernstige) criminaliteit, namelijk georganiseerde criminaliteit, terrorisme en illegale drugshandel. Echter is in de praktijk aan de mogelijkheden van harmonisatie via artikel 31 EU-Verdrag reeds een - zij het in beperkte mate - breder bereik gegeven,⁹ in welk verband de terminologie 'omvat' in de aanhefzin van artikel 31 van belang is.

⁷ Zie met name arrest van 16 juni 1998, zaak C-226/97, Lemmens, Jur. 1998, blz. I-3722; arrest van 19 januari 1999, zaak C-348/96, Calfa, Jur. 1999, blz. I-0011. Zie ook arrest van 24 november 1998, zaak C-274/96, Bickel en Franz, Jur. 1998, blz. I-7637. De relevante rechtsoverweging in deze vaste rechtspraak luidt als volgt: 'Het strafrecht en het strafprocesrecht behoren in beginsel weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten, doch hieruit kan niet worden afgeleid dat dit rechtsgebied niet kan worden beïnvloed door het gemeenschapsrecht'.

⁸ De tekst van artikel 29 luidt: 'Onverminderd de bevoegdheden van de Europese Gemeenschap is het doel van de Unie de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid te verschaffen door de ontwikkeling van gezamenlijk optreden van de lidstaten op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken en door voorkoming en bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat. Deze doelstelling wordt verwezenlijkt door het voorkomen en bestrijden van al dan niet georganiseerde criminaliteit, met name terrorisme, mensenhandel en misdrijven tegen kinderen, illegale drugshandel, corruptie en fraude (...).'

⁹ Vergelijk de besluitvorming inzake valsemunterij (2001/887/JBZ: Besluit van de Raad van 6 december 2001 inzake de bescherming van de euro tegen valsemunterij) en inzake slachtoffers (2001/220/JBZ: Kaderbesluit van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure).

Interim-conclusie

Uit het voorgaande kan derhalve worden afgeleid dat, anders dan bijvoorbeeld –sedert de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam- het geval is ten aanzien van zo'n ander (algemeen) rechtsgebied, het privaatrecht,¹⁰ een algemene communautaire bevoegdheid op het terrein van het strafrecht niet bestaat.

Tenuitvoerlegging van bestaande EG-bevoegdheden

Het voorgaande laat onverlet –en hier wordt ingegaan op het tweede uitgangspunt- dat niet uitgesloten behoort te worden geacht dat de EG, in het kader van de uitoefening van uitdrukkelijk aan haar opgedragen bevoegdheden, maatregelen kan treffen die effect kunnen hebben op het terrein van het (nationale) strafrecht. In dat verband kan worden gedacht aan alle beleidsterreinen waarop de Gemeenschap actief is, doch met name wel aan die beleidsterreinen, zoals bij fraudebestrijding¹¹ en de toepassing van douaneregeling,¹² waarbij op nationaal niveau strafrechtelijk optreden -als ultimum remedium- onderdeel vormt van het handhavingsinstrumentarium. In verband met deze discussie dient te worden bedacht dat het proces betreffende de verwezenlijking van de verdragsdoelstellingen van de Gemeenschap een 'autonoom' proces is, dat bijvoorbeeld geen rekening houdt met de specifieke aard van nationale rechtsregels en procedures die erdoor worden geraakt. Met andere woorden, gemeenschapsrecht kan effect hebben op alle terreinen van het nationale recht, gene uitgezonderd, derhalve of dat nu –ingevolge nationaal recht- als privaatrecht, bestuursrecht dan wel strafrecht dient te worden aangemerkt. Nergens ook is in het Verdrag, het afgeleid recht of in de jurisprudentie van het Hof van Justitie een aanwijzing te vinden dat het effect van gemeenschapsrecht op de nationale rechtsorde op enigerlei wijze is beperkt.

Zo kan de werkgroep zich voorstellen dat, voor zover tenminste daadwerkelijk aangetoond kan worden dat zulks noodzakelijk is voor het realiseren van haar verdragsdoelstellingen op het betreffende materiële beleidsterrein,¹³ de EG geacht moet worden haar bevoegdheid uit te kunnen oefenen om de lidstaten voor te schrijven dat ter zake van bepaalde, in communautair verband afgesproken en in nationale wetgeving om te zetten, gedragingen op nationaal niveau voorzien moet worden in de mogelijkheid tot het opleggen van strafrechtelijke sancties.

De werkgroep benadrukt wel dat de noodzaak om zo'n opdracht aan het adres van de lidstaten uit te vaardigen, door de communautaire wetgever zélf moet worden aangetoond. In dit verband komt het de werkgroep voor dat dat 'bewijs', in de praktijk, zeer moeilijk te leveren zal zijn indien de EG strafrechtelijke sanctionering bij uitsluiting van andere vormen van handhaving zou willen voorschrijven. Hierbij speelt evenzeer een rol dat strafrecht niet noodzakelijkerwijze in alle lidstaten eenzelfde betekenis zal hebben. Bovendien vraagt de werkgroep zich in het algemeen af of het wel wenselijk is dat de communautaire wetgever in een instrument slechts zou voorschrijven dat bij de constatering van een overtreding van een communautaire (en in nationaal recht omgezette) norm voorzien moet zijn in de mogelijkheid deze overtreding te bestraffen met een strafrechtelijke sanctie.

Dit gezegd zijnde, acht de werkgroep het minder voorstelbaar dat de Gemeenschap bevoegd kan worden geacht om zelfstandig concrete, nader omschreven, strafrechtelijke sancties voor te schrijven met betrekking tot de overtreding van bepaalde, in de betreffende communautaire maatregel omschreven, specifieke gedragingen. De vraag of de Gemeenschap van deze

¹⁰ Artikel 65 EG.

¹¹ Artikel 280 EG.

¹² Artikel 135 EG.

¹³ Vergelijk de jurisprudentie BRD/Commissie, zaak C-240/90, Jur EG 1992, blz. I-5383.

bevoegdheid gebruik zou moeten maken, is een beleidsmatige vraag die per EG-doelstelling en per voorgestelde maatregel moet worden beantwoord. Immers, voorshands valt niet in te zien welke -binnen bereik van het EG-verdrag vallende- doelstellingen zouden nopen tot een dergelijke vergaande interferentie van de Gemeenschap.

De 'effectiviteit' van gemeenschapsrecht en artikel 10 EG

Ongetwijfeld is juist dat de Gemeenschap bij het geven van 'instructies' in het kader van de implementatie van EG-rechtelijke verplichtingen, interfereert in de uitoefening van de eigen verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de lidstaten in het kader van de implementatie van EG-rechtelijke verplichtingen, in het bijzonder de vrijheid om zélf de meest passende vormen en middelen te kiezen om uitvoering te geven aan en richtlijn.¹⁴ Toch behoeft zo'n 'ingreep' in de nationale 'sovereiniteit' niet uitgesloten te worden geacht. Het gaat dan immers om beleidsmatige keuzes, gemaakt door de communautaire wetgever zélf, ten gunste van een bepaalde implementatiemethode: de Gemeenschap kán daar voor kiezen, maar hoeft dat niet te doen. Soms krijgen die instructies vorm door de gedetailleerdheid van de te implementeren bepalingen. Even zo goed, zo zou men kunnen zeggen, moet het de gemeenschapswetgever toegestaan kunnen zijn om de lidstaten op te dragen om voor de handhaving van in communautair verband afgesproken gedragingen te voorzien in strafsancities.¹⁵

Bezien vanuit de lidstaten speelt in deze discussie ook het beginsel, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en gebaseerd op artikel 10 van het EG-Verdrag, betreffende de 'effectiviteit' van gemeenschapsrecht een rol. Bij dit beginsel past dat de communautaire wetgever de lidstaten voorschrijft om, teneinde gemeenschapsrecht binnen de nationale rechtsorde werkelijk effectief te doen zijn, voor de implementatie, toepassing en handhaving van EG-rechtelijke verplichtingen, bepaalde instructies mee te geven.¹⁶

Artikel 10 EG-Verdrag schrijft de lidstaten alsook hun organen, zoals de rechterlijke macht, ook voor om alle maatregelen te nemen die het gemeenschapsrecht zijn 'nuttige werking' kunnen geven respectievelijk werkelijk effectief kunnen doen zijn.¹⁷ In die zin dwingt deze bepaling lidstaten bij het implementeren van een (voorgestelde) EG-maatregel tot een effectiviteits-toets: met behulp van welke nationale voorzieningen kan de door de EG-maatregel beoogde beleidsdoelstelling het beste worden bereikt. Dit kan betekenen dat, hoewel een communautaire maatregel niet zich niet uitlaat over de aard van de in te voeren sancties, op nationaal niveau gekozen wordt voor handhaving van deze norm via het strafrecht. Het beginsel inzake de effectiviteit van gemeenschapsrecht gebiedt ook dat de lidstaten overtredingen van gemeenschapsrecht op dezelfde wijze sanctioneren als zij doen met vergelijkbare overtredingen naar nationaal recht ('assimilatiebeginsel').¹⁸

¹⁴ Vergelijk de omschrijving van de richtlijn in artikel 249, derde alinea, EG.

¹⁵ Zie, opnieuw, de zaak BRD/Commissie, zaak C-240/90, reeds aangehaald.

¹⁶ Barents en Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, reeds aangehaald, pp. 194-195.

¹⁷ Hier valt bijvoorbeeld te denken aan de jurisprudentie inzake Commissie/Griekenland (zaak 83/88) ingevolge welke de lidstaten in het kader van de handhaving van gemeenschapsrecht moeten voorzien in sancties die afschrikkend, proportioneel en effectief zijn. Een ander voorbeeld betreft de zaak Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien'), hofzaak C-265/95, in het kader waarvan het Hof van Justitie oordeelde dat lidstaten zich schuldig maken aan een schending van hun verdragsverplichtingen wanneer zij nalaten op te treden tegen stelselmatige inbreuken op het beginsel van het vrij goederenverkeer, ook al worden die gepleegd door natuurlijke personen.

¹⁸ Zie ook artikel 280, tweede lid, EG als 'species' assimilatie-bepaling waar het gaat om fraude-bestrijding.

Artikelen 135 en 280, lid 4, EG

Tenslotte komt nog aandacht toe aan de zin: ‘Deze maatregelen hebben geen betrekking op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling’ in de artikelen 280, vierde lid, derde zin en artikel 135, tweede zin, EG.¹⁹ Deze terminologie geeft naar het oordeel van de werkgroep aan welke beperkingen de Gemeenschap in ieder geval in acht moet nemen bij de ontwikkeling van beleid op de desbetreffende terreinen. Voor zover de werkgroep heeft kunnen achterhalen, is een uniforme of, tenminste, gezaghebbende uitleg van deze clausuleringen niet voorhanden.

De werkgroep meent niettemin uit de verdragsredactie ‘toepassing van het nationale strafrecht’ te moeten afleiden dat de wijze waarop de lidstaten toepassing geven aan hun nationale strafrechtelijke regelingen in het kader van opsporing en vervolging, niet geraakt kan worden door de activiteiten van de Gemeenschap op de betreffende beleidsterreinen. Zulks geldt dan onder andere voor beginselen zoals –in Nederland- het opportuniteitsbeginsel. Er dient aldus, ook los van de uitvoering van EG-regelgeving, vrijheid voor de lidstaten te zijn om invulling te geven aan de mogelijkheden voor toepassing van het strafrecht.

Waar het gaat om het woordgebruik ‘toepassing van de nationale rechtsbedeling’ in artikel 135 en 280, lid 4, EG lijkt bedoeld te worden de wijze waarop in de lidstaten hun rechterlijke macht hebben georganiseerd, de wijze waarop recht wordt gesproken (inclusief het straftoemittingsbeleid) en hun systeem van rechtsbescherming hebben ingericht. Uit artikel 135 en 280, lid 4, EG blijkt dat ook die nationale uitgangspunten door de Gemeenschap te ontwikkelen regelgeving niet mogen worden geraakt op de in die artikelen genoemde terreinen.

Algemene conclusies

Uit het voorgaande kan een aantal algemene conclusies worden getrokken:

- De Gemeenschap beschikt niet over een algemene bevoegdheid op het terrein van het strafrecht;
- Daarentegen hoeft niet te worden uitgesloten dat de Gemeenschap, bij de uitoefening van wél aan haar toegekende bevoegdheden, maatregelen kan nemen die effect hebben op het gebied van het strafrecht;
- Evenzeer is denkbaar dat de Gemeenschap, indien de noodzaak daartoe kan worden aangetoond, de lidstaten opdraagt om voor de handhaving van in communautair verband afgesproken gedragingen te voorzien in strafsancties;
- Indien wordt overwogen algemene harmonisatiemaatregelen te treffen waar het gaat om de omschrijving van bestanddelen van strafbare feiten en van straffen, ligt voor de hand om deze in Derde Pijler-verband tot stand te brengen.

3. De twee ontwerp-richtlijnen

De twee ontwerp-richtlijnen dienen beschouwd te worden in het licht van bovenstaande algemene overwegingen. Voor de beantwoording van de door de Minister van Justitie gestelde vragen is het van belang de relevante aspecten uit de ontwerp-richtlijnen op een rijtje te zetten.

¹⁹ Dit is een invulling van de term ‘nationale rechtsbedeling’ uit art. 280 lid 4 EG aan de Nederlandse nationaalrechtelijke terminologie. In het Engels luidt deze term ‘national administration of justice’, in het Frans ‘administration de la justice’ en in het Duits ‘Strafrechtspflege’.

De milieurichtlijn

Het doel van de milieurichtlijn is het verzekeren van een doeltreffender toepassing van het Gemeenschapsrecht op het gebied van de milieubescherming door voor de gehele EG minimumnormen inzake strafbare feiten vast te stellen (artikel 1 van het richtlijnvoorstel). Volgens de Commissie is om dat doel te bereiken behoefte aan de mogelijkheid om strafrechtelijke sancties te kunnen toepassen op activiteiten die in het algemeen significante aantasting van het milieu veroorzaken of kunnen veroorzaken. Daartoe verplicht de richtlijn tot het strafbaar stellen van bepaalde activiteiten. Artikel 3 somt deze activiteiten (waaronder blijkens artikel 2 ook valt het nalaten te handelen) op. Voorzover deze activiteiten opzettelijk of uit grove nalatigheid worden verricht en voorzover zij een overtreding inhouden van de in de bijlage vermelde bepalingen van het Gemeenschapsrecht ter bescherming van het milieu en/of de bepalingen die de lidstaten hebben getroffen teneinde het Gemeenschapsrecht terzake toe te passen (het betreft drie verordeningen en 48 richtlijnen), moeten deze activiteiten door de Lidstaten in hun nationale wetgeving als strafbare feiten worden aangemerkt.

Vervolgens bepaalt artikel 4 dat de Lidstaten op deze strafbare feiten en op de medeplichtigheid aan of uitlokking daarvan doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen moeten stellen. Daarbij wordt aangegeven uit welke mogelijke straffen voor natuurlijke respectievelijk rechtspersonen deze strafbaarstelling dient te bestaan. Uit de toelichting bij dit artikel blijkt dat “overeenkomstig het evenredigheids- en subsidiariteitsbeginsel in de richtlijn geen vraagstukken worden geregeld die verband houden met strafrechtelijk onderzoek en vervolging, noch vraagstukken in verband met strafvervolging. Het is aan de rechterlijke instanties in de lidstaten om te beslissen of de in artikel 3 genoemde strafbare feiten in alle gevallen moeten worden vervolgd ..”

Art. 4 dient in samenhang met art. 3 van de richtlijn te worden gelezen. Deze tekst schrijft daarmee voor dat een strafrechtelijke sanctie beschikbaar moet zijn gesteld. Ook al lijken de toelichting van de Commissie en de preambule erop te duiden dat in alle voorkomende gevallen moet worden overgegaan tot oplegging van een strafrechtelijke sanctie, uit de tekst van art. 4 blijkt dit niet. In art. 4 wordt immers gesproken over “voorzien in”. Ook andere sanctiestelsels kunnen qua effectiviteit derhalve in aanmerking komen in individuele gevallen. Evenmin legt deze tekst dwingende regels op over vervolging.

De frauderichtlijn

De richtlijn is onderverdeeld in 5 hoofdstukken. Hoofdstuk I omschrijft het doel van de richtlijn als de verbeterde strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, en bevat definities van het begrip ambtenaar, nationaal ambtenaar, communautair ambtenaar en rechtspersoon. Hoofdstuk II streeft naar harmonisatie van de delictsomschrijvingen van fraude, corruptie en witwassen in relatie tot de financiële belangen van de Gemeenschap. Hoofdstuk III ziet op de aansprakelijkheid van leidinggevend en rechtspersonen en hoofdstuk IV richt zich op sancties. Hoofdstuk V bevat de slotbepalingen; naast de gebruikelijke bepalingen omtrent inwerkingtreding, implementatietermijn en normadressaat ziet deze ook op maatregelen die de lidstaten moeten nemen om samenwerking met de Commissie mogelijk te maken.

De delictsomschrijvingen van fraude en witwassen zijn niet echt verrassend; bij de definiëring van corruptie valt vooral het streven op om de leden van de Europese Commissie strafrechtelijk aansprakelijk te maken, ook als in de lidstaat zelf politieke ambtsdragers op enigerlei wijze zijn afgeschermd van strafrechtelijke vervolging. Bij alle drie delictsomschrijvingen valt op dat er, op een weinig systematische wijze, naar gestreefd wordt om alle vormen van onvoltooide delicten en vormen van deelneming strafbaar te laten stellen.

In het oog springt de versluierde jurisdictieregeling die voor het witwassen in artikel 6, tweede lid, is opgenomen. Dit lid bepaalt “er is ook sprake van witwassen van geld indien de activiteiten die ten grondslag liggen aan de wit te wassen voorwerpen gelokaliseerd zijn op het grondgebied van een andere lidstaat op dat van een derde staat”. Voor alle drie de delictomschrijvingen wordt vervolgens in artikel 7 bepaald dat lidstaten moeten bereiken dat het opzettelijke karakter van deze gedragingen op grond van objectieve feitelijke omstandigheden kan worden vastgesteld.

Bij de aansprakelijkheid van leidinggevend en rechtspersonen is duidelijk dat het voorstel weliswaar de aansprakelijkheid van rechtspersonen beoogt, maar deze hoeft niet noodzakelijkerwijs een strafrechtelijk karakter te hebben. In artikel 9 wordt de aard van de aansprakelijkheid in het midden gelaten, terwijl later in artikel 11 bij de sancties wordt bepaald dat de geldboetes die aan rechtspersonen worden opgelegd “al dan niet” strafrechtelijk zijn. Voor leidinggevend moet de aansprakelijkheid wél een strafrechtelijk karakter hebben. Bij deze definitie van deze strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend wordt overigens expliciet gesteld dat deze tevens “overeenkomstig de beginselen van het nationale recht” moet zijn. De rechtspersoon is aansprakelijk als leidinggevend bij de fraude zijn betrokken en de fraude ten voordele van de rechtspersoon is gepleegd, dan wel als leidinggevend tekort zijn geschoten in hun toezicht.

Bij de sancties maakt de richtlijn onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Voor natuurlijke personen wordt bepaald dat lidstaten moeten voorzien in sancties met een strafrechtelijke karakter die doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. Helaas wordt overzichtelijkheid van de richtlijn niet bevorderd doordat ook in dit artikel weer gerefereerd wordt aan vormen van deelneming en onvoltooide delicten – niet duidelijk wordt waarom in het sanctie-artikel bepaald wordt dat poging tot corruptie door lidstaten niet met een strafrechtelijke sanctie behoeft te worden bedreigd – dit zou eenvoudiger geregeld kunnen worden door poging tot corruptie dan niet op te nemen in de gedragingen in artikel 4 die strafbaar moeten worden gesteld. De richtlijn bepaald expliciet dat bij ernstige fraude ook vrijheidsstraffen tot het sanctie-instrumentarium moeten behoren.

Voor de sancties bij rechtspersonen wordt dus expliciet bepaald dat geldboetes niet verplicht een strafrechtelijk karakter moeten hebben; verder wordt in sancties voorzien zoals uitsluiting van steun, verbod op commerciële activiteiten, liquidatie of ondertoezicht van een rechter plaatsen. Confiscatie van instrumenten en opbrengsten lijkt mogelijk te zijn bij delicten gepleegd door zowel natuurlijke als rechtspersonen.

In de slotbepalingen wordt in artikel 13 voorzien in samenwerking met de Europese Commissie. Bij alle in de richtlijn omschreven dienen lidstaten maatregelen nemen “opdat de Commissie de technische en operationele bijstand kan verlenen die de bevoegd nationale autoriteiten nodig kunnen hebben om coördinatie van het door het ingestelde onderzoek te vergemakkelijken.” Artikel 13 maakt niet duidelijk hoe deze bijstand van de Commissie zich verhoudt tot rechtshulp. Daarnaast bevat de richtlijn een regeling met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens en het geheim van (strafrechtelijk) onderzoek.

4. De eerste vraag

De eerste vraag uit de adviesaanvraag richt zich op de verhouding tussen de derde pijler en de eerste pijler: is het bestaan van een gemeenschapsbevoegdheid tot regeling van een bepaald onderwerp van invloed op het tot stand brengen van initiatieven op basis van art. 31, aanhef en onder e, EU ter zake van dat onderwerp en (eveneens) strekkende tot onderlinge

afstemming van nationale strafbaarstellingen en straffen? De werkgroep merkt op dat in de eerste vraag een prealabele vraag besloten ligt. De eerste vraag gaat uit van een bevoegdheid van de Gemeenschap op het gebied van het strafrecht. Ook de Raad van State gaat met de in paragraaf 2 hiervoor genoemde tweede visie als uitgangspunt in zijn commentaar uit van een bevoegdheid van de Gemeenschap op het gebied van het strafrecht. Het college is van oordeel dat maatregelen op het gebied van het strafrecht niet principieel zijn uitgesloten van communautaire regulering (blz. 2 en 3). Er kunnen zich volgens het college allerlei situaties voordoen waarin -met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel (artikel 5 van het EG-verdrag)- een bepaalde mate van afstemming van de inzet van strafrechtelijke handhaving dienstbaar kan zijn aan de volle effectuering van communautaire bepalingen. Moet evenwel - met inachtneming van en na een toepassing van de hierboven aangereikte criteria- inderdaad worden aangenomen dat een bevoegdheid bestaat, dan mag de uitoefening daarvan niet worden doorkruist door een optreden in het kader van de Derde Pijler Dit vloeit voort uit de tekst van art. 47 EU.

Het antwoord op de eerste vraag moet daarom luiden dat ten eerste moet worden gesteld dat strafrecht in beginsel tot de soevereiniteit van de lidstaten behoort. Dit leidt ertoe dat, indien er een beperkte strafrechtelijke bevoegdheid van de EG is, deze bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend in de Derde Pijler als deze uitoefening optreden in de Eerste Pijler zou doorkruisen. Indien wordt overwogen algemene harmonisatiemaatregelen te treffen waar het gaat om de omschrijving van bestanddelen van strafbare feiten en van straffen, ligt voor de hand om deze in Derde Pijler-verband tot stand te brengen.

5. De tweede vraag

De tweede vraag uit de adviesaanvraag betreft de keuzevrijheid van lidstaten om in het nationale rechtssysteem zelf het meest effectieve handavingsregime te kiezen: kan worden aangenomen dat een gemeenschapsbevoegdheid om strafrechtelijke sanctionering te regelen niet zo ver reikt dat in een richtlijn dwingend de keuze wordt voorgeschreven voor uitsluitend strafrechtelijke handhaving?

De Raad van State gaat er in zijn commentaar van uit dat handhaving door alternatieve instrumenten in principe mogelijk is bij de twee voorliggende voorstellen. De Raad van State stelt dat het strafrecht niet uitsluitend tot het domein van het EU-Verdrag behoort en dat geen onderwerpen bij uitsluiting zijn voorbehouden aan de toepassing van het EU-Verdrag zonder zich uit te spreken hoever de bevoegdheid van de Europese Gemeenschap strekt (blz. 2 voorlichting Raad van State, bijgevoegd).

Zoals uit het algemeen deel en het antwoord op de eerste vraag blijkt, mag naar de mening van de werkgroep niet snel worden aangenomen dat de Gemeenschapswetgever bevoegd is voor te schrijven dat bepaalde normovertredingen in de nationale wetgeving strafbaar moeten worden gesteld en bedreigd dienen te worden. Het is niettemin niet ondenkbaar dat een voorstel voor EG-regelgeving een dergelijke bevoegdheid wordt voorgesteld. Onderhandelaars in Brussel moeten zich daarom nadrukkelijk de vraag stellen tegen welke achtergrond een verplichting om te voorzien in (strafrechtelijke) strafbaarstelling in een ontwerp voor een communautair instrument wordt voorgesteld. In de eerste plaats dient de Europese Commissie daarvoor een deugdelijke motivering te hebben en in de tweede plaats dient zeker te zijn gesteld dat opneming van de verplichting niet (mede) inhoudt dat toepassing van andere, veelal effectievere, handavingsinstrumenten onmogelijk wordt gemaakt.

Het antwoord op de tweede vraag luidt daarom dat niet is uitgesloten dat de Gemeenschapswetgever bevoegd is voor te schrijven dat bepaalde normovertredingen in de nationale wetgeving strafbaar moeten worden gesteld en bedreigd dienen te worden met strafrechtelijke sancties.

6. De derde vraag

De derde vraag informeert naar mogelijke algemene lijnen die zijn af te leiden uit de jurisprudentie van het Hof. Punt van aandacht is of richtlijnen als de onderhavige tot aantasting van de aan het Nederlandse strafrechtstelsel ten grondslag liggende beginselen kunnen leiden. Tot nu toe heeft het Hof in de jurisprudentie geen enkele maal gesteld dat het mogelijk is dat in communautaire regelgeving *uitsluitend* strafrechtelijke handhaving wordt voorgeschreven en heeft het Hof zich niet rechtstreeks uitgelaten over de vraag of dit daadwerkelijk mogelijk is. Echter, er zijn wel verschillende algemene lijnen in de jurisprudentie van het Hof te vinden met betrekking tot eisen aan handhabingsbepalingen. Deze lijnen zijn indicatief voor beantwoording van de derde vraag.

De lidstaten zijn verantwoordelijk voor de handhaving van EG-recht. Het staat de nationale wetgever vrij te kiezen voor een bepaald handhabingsregime. Binnen het gekozen regime hebben de bevoegde instanties ruimte om te bepalen welke maatregelen in de gegeven situatie het meest geschikt. Het staat hen daarom in beginsel vrij te bepalen hoever hun inspanningen in een bepaald geval moeten gaan, mits het doel van de betrokken regeling wordt verwezenlijkt: “Het is hierbij aan het oordeel van het Hof of een voorgestelde nationale maatregel de toets aan effectiviteitscriterium kan doorstaan. De mate waarin het Nederland vrijstaat te bepalen hoever de nationale inspanningen tot handhaving gaan, betekent niet dat een *beginsel* als het opportuniteitsbeginsel in het geding zal zijn. Wel kan de *werking* ervan in de praktijk geraakt en beperkt worden om in voldoende mate te voldoen aan de EG-verplichtingen. Dit sluit overigens niet uit dat onder omstandigheden een schikking in plaats van een strafrechtelijke veroordeling aan het effectiviteitscriterium voldoet. Het is aan het oordeel van het Hof om te bepalen of een voorgestelde nationale maatregel en de uitvoering ervan in de praktijk de toets aan het effectiviteitscriterium kunnen doorstaan.”²⁰

Een waarschuwing voor onderhandelaars is echter op zijn plaats. Uit artikel 135 en 280, lid 4, EG blijkt ook dat deze nationale rechtsbeginselen op de gebieden die onder de Eerste Pijler vallen door de door de Gemeenschap te ontwikkelen regelgeving niet mogen worden geraakt (zie het algemeen deel). Echter, ook al dient de Europese Gemeenschap nationale beginselen zoals het (Nederlandse) opportuniteitsbeginsel te respecteren, de gemeenschapstrouw zoals neergelegd in art. 10 EG kan in de praktijk een zodanige uitwerking hebben dat dit type soevereine nationale rechtsbeginselen wel door het communautaire recht kan worden geraakt.

In het kader van de onderhandelingen dient er dan ook voor te worden gewaakt -ook hier gaat het om een aanbeveling aan het adres van onderhandelaars- dat de redactie van het betreffende wetgevingsvoorstel de lidstaten ertoe zal verplichten in elk geval waarin is voldaan aan de communautaire omschrijving van een te verbieden gedraging op te treden.

Het antwoord op de derde vraag luidt daarmee dat in beginsel de nationale rechtsbeginselen niet kunnen worden aangetast. Wel moet worden opgepast bij de redactie van zulke bepalingen. De toepassing van deze beginselen kan namelijk wel door de EG-regelgeving

²⁰ Zie het advies van de Interdepartementale Commissie Europees Recht, *EG-eisen aan handhaving*, ICER 2001-01/06, 14 februari 2001.

worden beïnvloed of geraakt. Het is daarom zaak de redactie van Europese regelgeving waar dit aan de orde is, tijdens het onderhandelingsproces zeer zorgvuldig te beoordelen.

Bijlage 3

Samenstelling werkgroep

Voorzitter:

prof. dr J.W. de Zwaan (Erasmus Universiteit Rotterdam)

Leden:

mr F. Akkerman (Ministerie van BZK)

mr N. Aland (Ministerie van Verkeer en Waterstaat)

mr drs P.R. van den Berghe (Ministerie van LNV)

mr N. Dirkzwager (Ministerie van Financiën)

mr F. Grondman (Ministerie van Financiën)

mr F.J.E. Krips (Ministerie van Justitie)

mr drs S. Terstal (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

mr J.S. Watson (Ministerie van Economische Zaken)

mr L.B.A. Wöltgens (Ministerie van VROM)

mr dr F.A.N.J. Goudappel (Ministerie van Justitie, tevens secretaris)

mr J.S. van den Oosterkamp (Ministerie van Buitenlandse Zaken, tevens secretaris)