

Een autonome en uniforme uitleg van opzet binnen de Europese Unie. Een commentaar bij HvJ EU 27 februari 2014, zaak C-396/12

Mr. dr. J.M. ten Voorde*

In zijn arrest van 27 februari 2014, zaak C-396/12, heeft het Hof van Justitie uitleg gegeven over de betekenis en de ondergrens van het bestanddeel ‘opzettelijke niet-naleving’ in Verordening 2005/1698/EG en aangegeven hoe toerekening van verwijtbaar gedrag door ondergeschikten in het kader van deze verordening dient plaats te vinden. In deze bijdrage worden de centrale overwegingen van het arrest geanalyseerd.

HvJ EU 27 februari 2014, zaak C-396/12, Van der Ham en Van der Ham-Reijersen van Buuren, n.n.g.

Inleiding

Agrarisch natuurbeheer wordt door de Europese Unie ondersteund. Dat betekent onder andere dat het uitrijden van mest aan strenge voorwaarden is gebonden. Niet-naleving van die voorwaarden kan leiden tot verlaging of zelfs annulering van de steun. In Verordening 2006/1975/EG wordt onderscheid gemaakt tussen niet-naleving als gevolg van nalatigheid van de steunontvanger en opzettelijke niet-naleving (art. 23). Opzettelijke niet-naleving kan leiden tot een korting van 20 procent van het totale bedrag aan steun (art. 67 Verordening 2004/796/EG). In artikel 8 van de Nederlandse Beleidsregels normenkader randvoorwaarden Gemeenschappelijk landbouwbeleid (hierna: Beleidsregels) stonden verschillende criteria op basis waarvan opzet kon worden vastgesteld, waaronder ‘langdurig bestendig beleid’, ‘een actieve handeling dan wel bewust nalaten van een handeling’ en ‘de mate waarin de randvoorwaar-

de niet wordt nageleefd’. De Beleidsregels werden in 2011 vervangen door een nieuwe regeling.¹

In de casus die ten grondslag ligt aan het arrest dat in dit artikel centraal staat, wordt tijdens een controle op het landbouwbedrijf van het echtpaar Van der Ham geconstateerd dat op een perceel grasland mest niet conform de regels (namelijk niet-emissiearm) is uitgereden. De mest was in opdracht van Van der Ham door een loonwerker uitgereden. Het bedrijf ontvangt steun voor ‘agrarisch natuurbeheer’. Het College van Gedeputeerde Staten van de provincie Zuid-Holland besluit conform de Beleidsregels de aan Van der Ham verleende steun met 20 procent te korten wegens opzettelijke niet-naleving van de voor hem geldende verplichtingen. Volgens het College was er sprake van opzet, omdat het niet-emissiearm uitrijden van mest ‘langdurig bestendig beleid’ is. Van der Ham en zijn vrouw starten een procedure tegen deze beslissing. De zaak komt uiteindelijk bij de Raad van State die prejudiciële vragen stelt aan het Hof van Justitie. De Raad stelt drie vragen: Wat moet onder ‘opzettelijke niet-naleving’ worden verstaan?; Kan opzet op basis van objectieve omstandigheden (zoals ‘langdurig bestendig beleid’) worden aangenomen?; en Kan ‘de subsidieontvanger “opzet” van de “niet-naleving” worden aangerekend, indien een derde [de loonwerker] de werkzaamheden in opdracht van de begunstigde uitvoert?’ Het Hof van Justitie geeft in het arrest uitleg over opzet en aansprakelijkheid van steunontvangers voor gedragingen door ondergeschikten. In deze bijdrage geef allereerst de overwegingen van het Hof van Justitie kort weer. Daarna ga ik dieper in op vier onderwerpen die uit het arrest naar voren komen: de betekenis van opzet, boos opzet, voorwaardelijk opzet

203

* Mr. dr. J.M. (Jeroen) ten Voorde is universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Universiteit Leiden.

1. Beleidsregels van 24 juli 2006, *Stcrt.* 2006, 148, op 1 april 2011 vervangen door de Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 16 december 2010, houdende beleidsregels over de toepassing van artikel 68 van de Regeling GLB-inkomenssteun 2006, *Stcrt.* 2010, 20450. Zie voor de criteria op basis waarvan opzet wordt vastgesteld, art. 5 van deze Regeling.

en opzet in geval de gedraging door een ondergeschikte is gepleegd.

De overwegingen van het Hof van Justitie

De term ‘opzettelijke niet-naleving’ wordt in de relevante verordeningen niet nader omschreven, terwijl voor een omschrijving evenmin naar het recht van de lidstaten wordt verwezen. Dat betekent volgens het Hof van Justitie dat aan ‘opzettelijke niet-naleving’ een ‘autonome en uniforme uitlegging’ moet worden gegeven. Daarvoor is ‘de gewone betekenis van de gebruikte bewoordingen, de context van de betrokken artikelen alsook het doel van de regeling waartoe zij behoren’ van belang.² Volgens het Hof van Justitie bestaat ‘opzettelijke niet-naleving’ uit twee elementen: een objectief element, ‘niet-naleving’, en een subjectief element, ‘opzettelijk’. Onder ‘opzettelijk’ wordt door het Hof van Justitie zowel het beogen van niet-naleving als de mogelijkheid van niet-naleving aanvaarden verstaan (punt 35 en 37). Beogen van niet-naleving wordt door het Hof van Justitie omschreven als het ‘trachten te bewerkstelligen’ daarvan (punt 36).

Het antwoord op de tweede prejudiciële vraag begint met de overweging dat de relevante verordeningen geen voorschriften geven hoe opzet moet worden aangetoond. Daaruit volgt dat het de lidstaten vrijstaat regels te stellen voor het aantonen van opzet (punt 39, 40). Wanneer voor het aantonen van opzet het criterium van een langdurig bestendig beleid wordt gebruikt en aan dat criterium een hoge bewijswaarde wordt toegekend, moet de steunontvanger volgens het Hof van Justitie in staat worden gesteld ‘om aan te tonen dat met betrekking tot zijn gedrag geen sprake was van opzet’ (punt 41).

Voor het antwoord op de derde prejudiciële vraag neemt het Hof van Justitie als uitgangspunt dat de sanctieregeling is ingesteld ter bestraffing van hen die steun krijgen en zich niet aan de regels houden (punt 44, 52). Weliswaar worden sancties pas opgelegd wanneer vaststaat dat de begunstigde met opzet of door nalatigheid de regels niet heeft nageleefd, maar de sanctieregeling geldt ook wanneer sprake is van niet-naleving als gevolg van handelen door derden (punt 46). Dit leidt tot de vraag op grond van welke criteria aansprakelijkheid kan worden gevestigd wanneer de gedraging door een ondergeschikte is gepleegd. Aansprakelijkheid voor handelen van een derde valt volgens het Hof van Justitie onder de in de relevante verordeningen (2004/796/EG en 2006/1975/EG) geformuleerde aansprakelijkheid (punt 48). Dat betekent dat ook ingeval een andere dan de steunontvanger ten behoeve van hem de gedragingen heeft verricht, moet worden vastgesteld of de steunontvanger opzettelijk of nalatig heeft gehandeld.

2. HvJ EU 27 februari 2014, zaak C-396/12, *Van der Ham en Van der Ham-Reijersen van Buuren*, n.n.g., punt 31 en 32. Hierna wordt in de tekst naar de rechtsoverwegingen van het Hof van Justitie verwezen.

Van aansprakelijkheid van de steunontvanger voor het handelen of nalaten van een derde kan slechts sprake zijn wanneer de derde ‘voor rekening werkzaamheden heeft uitgevoerd, indien de gedraging van deze steunontvanger opzettelijk of nalatig was’ (punt 49). Ook wanneer de gedraging van de steunontvanger ‘niet de rechtstreekse oorzaak van die niet-naleving is’ of wanneer de derde uit eigen hoofde aansprakelijk is, kan de steunontvanger aansprakelijk worden gehouden (punt 50, 51).

De omschrijving van opzet door het Hof van Justitie

In wetgeving van de Europese Unie komt opzet veelvuldig voor. Opzet wordt op vele manieren in het Europese recht uitgedrukt. Er is sprake van een grote variëteit.³ Het Hof van Justitie heeft zich nooit in algemene termen over de betekenis van opzet uitgelaten. Die betekenis wordt van geval tot geval bepaald.⁴

Wel heeft het Hof van Justitie aangenomen dat opzet een term is die in de gehele Europese Unie autonoom moet worden uitgelegd, gelet op ‘het belang van een zo groot mogelijke gelijkheid en eenvormigheid van de rechten en verplichtingen die voor de verdragsluitende staten en de belanghebbende personen uit het Verdrag [van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, JMtV] voortvloeien’.⁵ In de zaak *Afrasiabi e.a.* stelt het Hof van Justitie dat opzet een term is die in de gehele Europese Unie autonoom en uniform moet worden uitgelegd.⁶ De term uniform is wat misleidend, omdat uit het arrest niet blijkt dat het Hof van Justitie streeft naar een algemene uitleg van opzet, uniform voor het gehele Unierecht, maar naar een uniforme uitleg van opzet in de in het geding zijnde Verordening 2007/423/EG betreffende beperkende maatregelen ten aanzien van Iran. Op grond van die verordening is het verboden ‘bewust en opzettelijk deel te

3. De term ‘opzet’ wordt gebruikt in regelingen die strafrechtelijk van aard zijn, maar ook in regelingen die niet zonder meer tot het strafrecht hoeven te worden gerekend, zoals de Verordeningen 2006/1975/EG en 2004/796/EG. We zien hier een voorbeeld van vervaging van grenzen tussen rechtsgebieden, die op het terrein van de materieelrechtelijke begrippen nog nauwelijks is onderzocht. Vgl. A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law* (oratie Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011, die zich, zoals velen op het terrein van vervaging van grenzen tussen rechtsgebieden, richt op procedures en sancties.
4. In HvJ EG 12 juli 1979, gevoegde zaken 32/78 en 36/78 tot 82/78, *BMW Belgium/Commissie*, punt 35 wordt in een mededingingszaak opzet als willen en weten omschreven. In mededingingszaken ligt de nadruk wel meer op het (kunnen) weten. Zie o.a. HvJ EG 1 februari 1978, zaak C-19/77, *Miller/Commissie*, Jur. 1978, p. 131; HvJ EG 11 juli 1989, zaak C-246/86, *Belascoe.a./Commissie*, Jur. 1989, p. 2117.
5. HvJ EG 26 mei 1981, zaak C-157/80, *Rinkau*, Jur. 1978, p. 1391, punt 11.
6. HvJ EU 21 december 2011, zaak C-72/11, *Afrasiabi e.a.*, Jur. 2011, p. I-14285, punt 66.

nemen aan activiteiten die tot doel of tot gevolg hebben' de sancties tegen Iran direct of indirect te omzeilen. Een vergelijkbare omschrijving van opzet vinden we in andere sanctieverordeningen.⁷ Een vraag is of een autonome en uniforme uitleg van 'bewust en opzettelijk' in Verordening 2007/432/EG betekent dat de betekenis die daaraan wordt toegekend ook geldt voor andere verordeningen waarin voor de variant 'bewust en opzettelijk' is gekozen. Hoewel het Hof van Justitie daaromtrent in het arrest geen helderheid verschaft, lijkt het gelet op de vrijwel gelijklopende bepalingen waarin 'bewust en opzettelijk' wordt gebruikt, niet te ver gaan aan deze termen telkens dezelfde betekenis toe te kennen.

De betekenis van opzet moet 'worden gepreciseerd aan de hand van, enerzijds, de doeleinden en het stelsel van het Verdrag en, anderzijds, de algemene beginselen die de nationale rechtsstelsels gemeen hebben.' In de zaak *Van der Ham* worden de algemene beginselen niet meer genoemd. Moet daaruit worden afgeleid dat die voor de omschrijving van de betekenis van opzet niet meer van belang zijn? Verwijzing naar het recht van de lidstaten is in ieder geval niet nodig in het geval in een richtlijn of verordening niet uitdrukkelijk daarnaar wordt verwezen. Het staat het Hof van Justitie natuurlijk wel vrij om voor de betekenis van begrippen inspiratie op te doen in het recht van de lidstaten. De advocaten-generaal Bot en Kokott verwijzen wel naar algemene beginselen, in het bijzonder internationale mensenrechten en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, maar naar het recht dat de lidstaten gemeen hebben. Daaruit leidt advocaat-generaal Bot in de zaak *Afrasiabi e.a.* af dat een algemeen beginsel is dat 'iedere pleger van een strafbaar feit een bewustzijn en een vrije wil [moet] hebben gehad'. Opzet bestaat volgens Bot 'in het willen verwezenlijken van het door de wetgever juist verboden doel'.⁸ Deze eisen gelden 'per definitie als een impliciete maar noodzakelijke onmisbare voorwaarde[n]' voor aansprakelijkheid.⁹ Advocaat-generaal Kokott stelt in de zaak *Van der Ham* dat opzet uit twee componenten bestaat, namelijk bewustzijn of wetenschap en (vrije) wil. Dit volgt volgens haar uit 'een in Europa breed gedragen overtuiging (...), zodat ervan kan worden uitgegaan dat ook de Uniewetgever zich hierdoor laat leiden wanneer hij het begrip "opzet" gebruikt'.¹⁰

In het arrest *Van der Ham* omschrijft het Hof van Justitie 'opzettelijk' als beogen, waarmee weinig anders dan willen kan zijn bedoeld. Het weten wordt niet uitdrukkelijk in de Nederlandse en andere vertalingen van het arrest genoemd. Alleen in de Duitse vertaling wordt wetenschap in het arrest genoemd ('bewusst'). Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat wanneer in een bepaling de term 'opzettelijk' wordt gebezigd, die term moet worden uitgelegd als 'willen'.¹¹ Hoewel het Hof van Justitie in de zaak *Afrasiabi e.a.* de nadruk legt op het weten, is het weten geen onderdeel van de in Verordening 2007/423/EG gebruikte term 'opzettelijk'; weten verwijst naar de daarin tot uitdrukking komende term bewust.

Uit deze rechtspraak kan volgens mij niet worden afgeleid dat het *leerstuk* opzet wordt beperkt tot willen. Anders dan de genoemde advocaten-generaal beperkt het Hof van Justitie zijn uitleg tot de in het geding zijnde term (in dit geval 'opzettelijk'). Over het leerstuk opzet worden geen algemene uitspraken gedaan.¹²

Waarop is het opzet gericht?

Een andere vraag is waarop het opzet moet zijn gericht. In de wetenschap worden twee varianten onderscheiden. In de eerste variant ziet opzet slechts op de bestanddelen van de delictsomschrijving waarop het opzet is gericht. We spreken van kleurloos opzet. In de tweede variant ziet opzet ook op de wederrechtelijkheid van de handeling. We spreken van boos opzet.¹³ Wat doet het Hof van Justitie in de zaak *Van der Ham*? Het stelt dat opzettelijke niet-naleving bestaat uit twee elementen, een objectief en een subjectief element. Hoe het subjectieve en objectieve element zich tot elkaar verhouden, is niet duidelijk. De indruk kan ontstaan dat het ene element niet op het andere element hoeft te zien. Dat pleit voor kleurloos opzet. Van belang is echter dat het opzet in de betreffende verordening ziet op een toestand van niet-naleving, niet op de enkele toestand. Opzet ziet op alle onderdelen in de bepaling waarin opzet is vermeld.¹⁴ Voor de onderhavige zaak betekent dit dat de steunontvanger beoogt (of aanvaardt) een toestand in het leven te roepen die in strijd is met het recht. Dat duidt mijns inziens op boos opzet. Dat kan ook worden afgeleid uit punt 37 van het arrest. Daarin staat namelijk dat 'sprake

7. Zie o.a. art. 9 Verordening 2014/269/EU; art. 12 Verordening 2014/224/EU.

8. Conclusie A-G Bot, zaak C-72/11, *Afrasiabi e.a.*, punt 87 e.v. Op welk onderdeel van het Handvest Bot doelt, is niet duidelijk. Gedacht kan worden aan art. 48. Op basis van het EVRM zou ik niet zonder meer kunnen afleiden dat voor opzet willen en weten wordt vereist. Het EHRM heeft zich over opzet tot nu toe in vrij minimale termen uitgelaten. Zie bijvoorbeeld EHRM 30 augustus 2011, nr. 37334/08, *G./Vereinigd Koninkrijk*, *European Human Rights Cases* 2011/167, m.nt. Ten Voorde.

9. Conclusie A-G Bot in zaak C-72/11, *Afrasiabi e.a.*, punt 84.

10. Conclusie A-G Kokott, zaak C-396/12, *Van der Ham*, punt 35 (hierna: Conclusie). Kokott verwijst naar de uitspraak in de zaak *Afrasiabi e.a.* Zie over opzet in het Europese strafrecht ook U. Sieber e.a., *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos 2011, p. 276 waarin wordt gesteld: 'Das europäische Strafrecht geht vom Vorsatz als dem Wissen und Wollen der Tatverwirklichung aus.'

11. In HvJ EU 28 oktober 2010, zaak C-367/09, *Belgisch Interventie- en Restitutiebureau*, *Jur.* 2010, p. I-10761, punt 77, wordt voor het aantonen van opzet (ook) wetenschap vereist. Klip stelt op grond van dat arrest dat voor opzet wetenschap vereist is (A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2011, p. 202, voetnoot 793). Ik zou gelet op de in deze bijdrage besproken rechtspraak zo stellig niet willen zijn.

12. Uit andere rechtspraak valt slechts af te leiden dat opzet van culpa moet worden onderscheiden (*Rinkau*, punt 11, 15) en dat gedragingen die met opzet zijn begaan een ernstig karakter hebben waardoor een hoge sanctie kan zijn gerechtvaardigd (HvJ EG 15 juli 1970, zaak C-41/69, *ACF*, *Jur.* 1970, p. 661, punt 186).

13. Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 216-218.

14. Zie Sieber e.a. 2011, p. 276.

moet zijn van een inbreuk op de voorschriften inzake randvoorwaarden door een steunontvanger die een toestand van niet-overeenstemming met deze randvoorwaarden beoogt of die – zonder dat hij dit doel voor ogen heeft – de mogelijkheid aanvaardt dat die niet-overeenstemming zich voordoet.’

Het in het onderhavige geval aanvaarden van boos opzet is tegengesteld aan wat in het Nederlandse strafrecht gangbaar is. Gelet op de toenemende omvang en complexiteit van, met name Europese, regelgeving is gesteld dat boos opzet de regel zou moeten zijn.¹⁵ De vraag is of het wenselijk is van boos opzet uit te gaan. Europese regelgeving op dit terrein is niet eenduidig.¹⁶ Dat kan een argument zijn voor het aanvaarden van kleurloos opzet voor zover de regeling zich daar niet tegen verzet. De Jong en Sikkema stellen dat ‘om wetssystematische redenen en uit oogpunt van rechtseenheid’ kleurloos opzet de regel moet zijn.¹⁷ Dit erg in de Nederlandse rechtstraditie passende argument is, gelet op de variëteit van Europese regelgeving, niet zonder meer naar het Europese niveau te vertalen. Een voor kleurloos opzet overtuigender argument is dat burgers die zich in een bepaald geordend terrein begeven, zich goed op de hoogte moeten stellen van de aldaar geldende regels. Slechts bij uitzondering zou een burger een beroep kunnen doen op onbekendheid met de geldende regels. In dat geval zou voor het aantonen van opzettelijk niet-naleven bij langdurig bestendig beleid opzet op de wederrechtelijkheid niet zijn vereist. Dat verlicht de bewijslast voor de overheid. Het Hof van Justitie lijkt, hoewel het in casu gaat om langdurig bestendig beleid (punt 38–42), daar niet van uit te gaan.

De ondergrens van opzet

Opzet wordt in de rechtspraak van het Hof van Justitie onderscheiden van culpa.¹⁸ Daarmee is de ondergrens van opzet nog niet exact gegeven en de verhouding tot culpa nog niet duidelijk. In literatuur is bepleit het voorwaardelijk opzet niet als ondergrens van een ‘Europees’ opzet te erkennen.¹⁹ Het Hof van Justitie lijkt hier minder moeite mee te hebben. In de onderhavige zaak wordt over het aanvaarden van ‘de mogelijkheid dat die niet-

overeenstemming zich voordoet’ (punt 35, 37, 42). In het arrest in de zaak *Afrasiabi e.a.* wordt (in verschillende vertalingen) gesproken van de mogelijkheid de schending op de koop toe te nemen.²⁰ Op de koop toenemen wordt in Nederland en Duitsland gebruikt in de sfeer van het voorwaardelijk opzet.²¹ Op de koop toenemen en aanvaarden kunnen als synoniemen worden beschouwd. In beide gevallen gaat het om het blijkbaar billijken van het na de handeling ingetreden gevolg.

In de gekozen omschrijving van de ondergrens van opzet is de enkele mogelijkheid dat de niet-overeenstemming of niet-naleving zich voordoet voldoende om opzet aan te nemen. Mogelijkheidsopzet wordt in de strafrechttheorie als de laagst denkbare gradatie van opzet beschouwd.²² Dat het Hof van Justitie voor deze gradatie van opzet heeft gekozen, is opvallend. Met mogelijkheidsopzet als gradatie van opzet kiest het Hof van Justitie een eigen weg, zonder al te zeer acht te slaan op de discussies over voorwaardelijk opzet in de lidstaten.²³ Dat is in overeenstemming met en het gevolg van de overweging van het Hof van Justitie dat voor de uitleg van opzet wordt gekeken naar de gewone betekenis, de context van de bepalingen en het doel van de regeling, maar kennelijk niet naar de gemeenschappelijke rechtstradities van de lidstaten. Dat het Hof van Justitie niet (meer) verwijst naar die tradities kan worden verklaard doordat het Hof het (in het onderhavige geval) niet wenselijk acht om slechts vanuit de dogmatische kaders van het nationale recht (bijvoorbeeld het strafrecht) de grenzen van opzet te bepalen. Het lijkt erop dat het Hof van Justitie probeert opzet zo in te vullen dat die invulling bruikbaar is in alle rechtstelsels en in alle rechtsgebieden.

Een verklaring voor de keuze van de laagste gradatie van opzet zou kunnen zijn dat het Hof van Justitie geen ‘gat’ tussen opzet en culpa wil laten bestaan. Het voorkomen daarvan hoeft echter niet te betekenen dat de (dogmatisch) laagst denkbare gradatie van opzet moet worden aanvaard. Wellicht hangt de keuze voor mogelijkheidsopzet af van de invulling van culpa. Aanvaarding van een zware gradatie van culpa zou een erg lichte gradatie van opzet minder relevant maken. Denkbaar is echter dat het Hof van Justitie minder voelt voor een zware gradatie van culpa wanneer in regelgeving niet expliciet daarnaar wordt verwezen (zoals in art. 4 van Richtlijn 2005/35/EG (‘roekeloosheid’ of ‘ernstige ‘nalatigheid’) en art. 9 onder f van Richtlijn 2011/93/EU (‘roekeloosheid’)). Maar dit zijn slechts gissingen. Het Hof van Justitie zou er goed aan doen op het punt van de ondergrens van opzet (en de verhouding tot culpa) meer helderheid te verschaffen, zeker als het Hof kennelijk de nationale rechtstradities niet meer openlijk van belang

15. Zie voor een overzicht van opvattingen F. de Jong en E. Sikkema, ‘Subjectieve bestanddelen’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 389-406; J. Blomsma, *Mens rea and defences in European Criminal Law*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2012, p. 88-93.

16. Zie bijv. art. 6 Richtlijn 2013/40/EU (‘opzettelijk en op onrechtmatige wijze’); art. 3 Richtlijn 2008/99/EG (‘wederrechtelijk en opzettelijk’).

17. De Jong en Sikkema 2011, p. 401.

18. Zie het arrest *Rinkau* waar culpa wordt omschreven als ‘niet met opzet gepleegde strafbare feiten [die] het gevolg zijn van onvoorzichtigheid, van nalatigheid’. Een variant van culpa, ernstige nalatigheid, wordt door het Hof van Justitie omschreven als: ‘een onopzettelijk handelen of nalaten (...) waardoor de aansprakelijke persoon een gekwalificeerde schending begaat van zijn zorgvuldigheidsplicht die hij in acht had moeten en had kunnen nemen rekening gehouden met zijn hoedanigheid, zijn kennis, zijn vaardigheden en met zijn individuele situatie’ (HvJ EG 3 juni 2008, zaak C-308/06, *Intertanko*, Jur. 2008, p. I-4057, punt 77).

19. Blomsma 2012, p. 164-166.

20. Conclusie punt 35, 36. Zie ook *Afrasiabi e.a.*, punt 67.

21. De Hullu 2012, p. 226-232; K. Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 60-63.

22. J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 205-206; P. Canin, *Droit pénal général*, Paris: Hachette 2013, p. 66; Hoffmann-Holland 2011, p. 60-61.

23. Zie uitgebreid Blomsma 2012, p. 99-134, 142-164.

acht voor een autonome en uniforme invulling van begrippen.

Het aannemen van opzet

In de zaak *Van der Ham* was opzet aangenomen op grond van het criterium dat emissiearm uitrijden van mest ‘langdurig bestendig beleid’ is. Advocaat-generaal Kokott stelt in haar conclusie voor het arrest dat objectieve criteria voor het aannemen van opzet, zoals ‘langdurig bestendig beleid’ aanvaardbaar zijn, mits zij geen onweerlegbaar vermoeden van opzet inhouden.²⁴ Denkbaar is immers dat niet-naleving het gevolg is geweest van nalaten (dat wil zeggen culpoos handelen). Volgens de advocaat-generaal zijn de in artikel 8 lid 1 Beleidsregels genoemde criteria ‘geschikt’ om opzet aan te nemen.²⁵ Ze wekt de indruk dat ieder criterium afzonderlijk voldoende is voor het aannemen van opzet. Dat is echter niet het geval met betrekking tot het criterium van de complexiteit van de randvoorwaarde. Hoe complexer een regeling, hoe eerder zij verkeerd kan worden begrepen, hoe minder vanzelfsprekend het is om opzet aan te nemen. Dwingend uitsluiten van opzet doet dit criterium echter niet, aldus Kokott.²⁶ Dit is voor Nederland een interessante overweging, omdat het facetten van dwaling in verband brengt met het aannemen van opzet. Hoe complexer en onbegrijpelijker de regeling, hoe sneller overtreding daarvan verontschuldigbaar wordt en, volgens Kokott, hoe meer deze aan bewijs van opzet in de weg staat.²⁷

Het Hof van Justitie stelt dat de relevante verordeningen niet preciseren hoe het bewijs van opzet moet worden geleverd. Het staat de lidstaten vrij bepalingen voor het aannemen van opzet vast te stellen. Aan de in die bepalingen opgenomen criteria voor het vaststellen van opzet (zoals ‘langdurig bestendig beleid’) mag een ‘hoge bewijswaarde’ worden toegekend. De steunontvanger moet wel in staat worden gesteld ‘om aan te tonen dat met betrekking tot zijn gedrag geen sprake was van opzet’ (punt 38-41). Uit de Duitse en Engelse versie leid ik af dat de steunontvanger de mogelijkheid moet hebben om bewijs van het tegendeel (van opzet) aan te brengen. Het gaat hier dus om een formele beperking.

Opzet en functioneel daderschap

De laatste prejudiciële vraag betreft het functioneel daderschap.²⁸ Kan een natuurlijke persoon (i.c. een steunontvanger) aansprakelijk worden gehouden voor gedragingen binnen de onderneming gepleegd, zonder dat die natuurlijke persoon zelf een uitvoeringshandeling heeft verricht en er geen sprake is van een vorm van strafbare deelneming? En zo ja, wanneer kan een functionele dader aansprakelijk worden gehouden voor gedragingen binnen de onderneming gepleegd? De eerste vraag wordt door de advocaat-generaal en het Hof van Justitie onder verwijzing naar de (ontstaansgeschiedenis van de) relevante verordeningen (ondanks verschillen in taalversies van de verordeningen) bevestigend beantwoord.²⁹

Belangrijker zijn de overwegingen van de advocaat-generaal en het Hof van Justitie over de criteria op basis waarvan wordt bepaald dat een natuurlijke persoon als functioneel dader aansprakelijk kan worden gehouden. Het Hof van Justitie gaat er allereerst van uit dat de aansprakelijkheid van een functionele dader niet een aansprakelijkheid *sui generis* is, maar dat hij aansprakelijk wordt gehouden voor niet-naleving van de voorwaarden voor het verkrijgen van steun. De functionele dader wordt dus beschouwd *als dader* van dat niet-naleven, ook al heeft hij zelf geen uitvoeringshandelingen verricht die daartoe hebben geleid. Die uitvoeringshandelingen zijn verricht door een derde die voor rekening van de steunontvanger ‘werkzaamheden op zijn perceel heeft uitgevoerd’ (punt 49). Dat hij als dader wordt beschouwd betekent ook dat bij de functionele dader opzet of nalatigheid moet worden vastgesteld, nu opzet

24. Zie ook HvJ EG 23 december 2009, zaak C-45/08, *Spector, Jur.* 2009, p. I-12073, punt 43-44.

25. Conclusie, punt 45.

26. Conclusie, punt 47, 42.

27. Doordat het Hof van Justitie in de onderhavige verordening geen enkel belang aan weten lijkt te hechten, zal een beroep op dwaling evenwel weinig kans van slagen hebben.

28. Ik gebruik hier strafrechtelijke terminologie. Functioneel daderschap is een in de jurisprudentie ontwikkelde bijzondere aansprakelijkheidsvorm die vooral voor het economische strafrecht relevant is en anders is dan de deelnemingsvormen (zoals uitlokking en medeplichtigheid, die in verschillende kaderbesluiten en richtlijnen worden genoemd) en anders is dan daderschap van rechtspersonen, een daderschapsvorm die in het Europese recht tegenwoordig vaak uitdrukkelijk in (strafrechtelijke) regelingen wordt genoemd. Zie over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht E. Gritter, ‘Functioneel plegen door een natuurlijke persoon’, in: J.B.J. van der Leij (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-31.

29. Zie Conclusie, punt 54-61 en de overwegingen van het Hof van Justitie, punt 44-46.

en nalatigheid vereisten zijn voor het korten op de te verlenen steun.³⁰

Het Hof van Justitie maakt vervolgens onderscheid tussen een functionele dader wiens handelen of nalaten de rechtstreekse oorzaak van de niet-naleving is en wiens handelen niet de rechtstreekse oorzaak van de niet-naleving is. In het eerste geval is functioneel ouderschap niet moeilijk vast te stellen. In de omstandigheid dat het handelen van de steunontvanger rechtstreeks de oorzaak voor het niet-naleven is (er is opdracht tot niet-naleven gegeven), volgt dat opzet of nalatigheid bij de steunontvanger kan worden vastgesteld. In dat geval ligt het voor de hand de steunontvanger aansprakelijk te houden voor de niet-naleving. Hoewel een ander de voorwaarden voor steun feitelijk niet heeft nageleefd, kan de steunontvanger als de intellectuele dader worden beschouwd. Dit lijkt op de deelnemingsvorm uitlokking. Bij gebrek aan deelnemingsvormen in de onderhavige verordeningen, heeft het Hof van Justitie mogelijk voor de oplossing van het functioneel ouderschap gekozen. Die keuze ligt, gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van de verschillende verordeningen, voor de hand.³¹ Het introduceren van een deelnemingsvorm, zonder dat daarvoor een basis in de verordeningen of andere relevante regelgeving kan worden gevonden, zou volgens mij in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel.

Minder eenvoudig is het wanneer de functionele dader niet rechtstreeks de oorzaak voor het niet-naleven is. Het Hof van Justitie, in navolging van de advocaat-generaal, stelt dat ook wanneer de steunontvanger niet de rechtstreekse oorzaak van niet-naleving is, hij aansprakelijk kan worden gehouden. Aansprakelijkheid wordt dan bepaald 'door de keuze van de derde, het op hem uitgeoefende toezicht en de hem gegeven instructies' (punt 50).³² Daarbij is niet noodzakelijk dat de derde opzettelijk of nalatig de voorwaarden niet heeft nageleefd (punt 51). Die laatste overweging heeft twee kanten. Enerzijds hoeft niet te worden vastgesteld of de derde opzettelijk of nalatig zich niet aan de regels heeft gehouden. Hiermee wordt duidelijk gemaakt dat het opzet of de nalatigheid van de steunontvanger niet

afhankelijk is van het opzet of de nalatigheid van de derde die het werk heeft verricht, maar dat het opzet of de nalatigheid van de steunontvanger geheel zelfstandig wordt vastgesteld. Anderzijds kan de steunontvanger aansprakelijk worden gehouden, ook al heeft de derde opzettelijk of nalatig gehandeld. Hij kan zich dus niet achter de aansprakelijkheid van de derde verschuilen.

Aansprakelijkheid van de steunontvanger is volgens het Hof van Justitie dus mogelijk 'indien hij opzettelijk of nalatig heeft gehandeld door de keuze van de derde, het op hem uitgeoefende toezicht en de hem gegeven instructies' (punt 52). Dit betekent dat wanneer bij de keuze voor, het toezicht op en/of de instructies aan de derde opzettelijk of nalatig is gehandeld, de steunontvanger aansprakelijk kan zijn voor het opzettelijk of nalatig niet-naleven van de randvoorwaarden. Opzet en nalatigheid zien niet op het niet-naleven, maar op de omstandigheden waaronder het niet-naleven heeft kunnen ontstaan. Hoe meer invloed de steunontvanger heeft gehad op het feitelijke handelen van de derde, hoe eerder het opzettelijk of nalatig niet-naleven aan de steunontvanger aan hem kan worden toegerekend en hoe sneller hij aansprakelijk kan 'worden gemaakt' voor overtreding van de voorwaarden.³³

De criteria instructies en toezicht hebben vrij direct betrekking op het niet-naleven zelf, terwijl het derde criterium (keuze van de derde) veel minder direct betrekking hoeft te hebben op het niet-naleven. We mogen aannemen dat de instructies en het toezicht betrekking hebben op het naleven van de randvoorwaarden en dat van aansprakelijkheid pas sprake is wanneer ten aanzien daarvan de instructies en het toezicht hebben gefaald (door opzet of nalatigheid). Het derde criterium, het in dienst nemen van iemand van wie niet valt te verwachten dat deze de regels niet zal naleven, begrijp ik aldus dat wanneer de steunontvanger iemand in dienst heeft genomen van wie niet viel te verwachten dat deze de regels niet zou naleven en die wellicht zelfs op betrouwbaarheid en kennis van de geldende regels in dienst was genomen, de steunontvanger minder snel aansprakelijk kan worden 'gemaakt'³⁴ voor het door die op het eerste gezicht betrouwbare ondergeschikte niet-naleven van de randvoorschriften.

Opvallend is dat de criteria in de Nederlandse vertaling cumulatief zijn opgesomd ('en') en in de Duitse, Engel-

30. Vgl. Conclusie, punt 81. A-G Ruiz-Jarabo Colomer heeft in een mededingingszaak gesteld dat het *ius puniendi* wordt beperkt door het schuldbeginnel en 'het beginsel van het persoonlijk karakter van de straffen, dat het schuldbeginnel aanvult, dat eerst en vooral inhoudt dat een strafbaar feit enkel aan de dader daarvan kan worden toegerekend.' De A-G erkent echter ook dat dit beginsel in 'administratieve procedures' beperkt moet worden toegepast. Zie Conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-204/00 P, *Aalborg Portland*, punt 63, 64. Het standpunt van de A-G is nooit met zoveel woorden door het Hof van Justitie of het Gerecht bevestigd (vgl. Blomsma 2012, p. 224-225). In de onderhavige zaak wordt het belang van het vaststellen van opzet (of nalatigheid) slechts benadrukt, omdat opzet (of nalatigheid) een voorwaarde is voor het korten van de steun (en de hoogte van de korting bepaalt), niet omdat het een beginsel van Unierecht zou zijn. Dat opzet (of nalatigheid) ook geldt voor de functionele dader wijst niet op een ander inzicht over het schuldbeginnel, nu het Hof van Justitie de steunontvanger beschouwt als persoon die de voorwaarden niet heeft nageleefd (*als dader dus*).

31. Conclusie, punt 54-61.

32. Het gaat daarbij om het toezicht op en de instructies over de werkzaamheden die op het perceel van de steunontvanger door de ondergeschikte zijn verricht. Vgl. punt 49.

33. Enkele van de door het Hof van Justitie (in navolging van de A-G) geformuleerde criteria lijken op de criteria die het Hof heeft ontwikkeld in het kader van het vaststellen van aansprakelijkheid van moedermaatschappijen voor gedragingen van een dochteronderneming. Instructies en toezicht op het handelen van de dochteronderneming blijken belangrijke vereisten voor het bepalen of de moedermaatschappij 'hoofdelijk aansprakelijk' kan worden gehouden voor het door de dochteronderneming gepleegde gedrag. Zie o.a. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08 P, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, Jur. 2009, p. I-8237, punt 60-62.

34. Aansprakelijk gemaakt worden wordt in de Duitse vertaling ('gemacht werden') van het arrest gebezigd.

se en Franse vertaling alternatief.³⁵ Uitgaande van een alternatieve opsomming betekent dit dat elk van de criteria voldoende kan zijn voor het aannemen van opzet. Het opzettelijk of door nalatigheid kiezen voor iemand waarvan valt te verwachten dat die de regels niet in acht zou nemen, zou dan tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Dat kan vrij snel tot aansprakelijkheid leiden. Het is de vraag of dat wenselijk is, zeker nu dit criterium vrij ver van het niet-naleven van voorwaarden in een concreet geval af kan staan. Hier kan tegenin worden gebracht dat dit criterium de steunontvanger noopt tot zorgvuldige keuze van werknemers en permanente educatie van werknemers op het terrein van de voorschriften waaraan het bedrijf zich in ruil voor steun heeft te houden. Gebrek daaraan kan de indruk geven van een bedrijfscultuur waarin de regels niet zo nauw worden genomen, waardoor fouten snel en vrij eenvoudig en om verklaarbare redenen kunnen worden gemaakt. Dat valt echter niet direct uit het criterium af te leiden. Het Hof van Justitie zou hierover meer duidelijkheid mogen scheppen.

Meer in het algemeen zal het Hof van Justitie de relatie tussen de criteria mogen verhelderen. Ook moet het Hof van Justitie duidelijk maken waarom het criterium van de keuze relevant is. Waarom kan niet worden volstaan met de eis dat de steunontvanger feitelijke zeggenschap had over de verboden gedragingen? In dat geval gaat het primair om de (inhoud van de) gegeven instructies over of het uitgeoefende toezicht op de door de ondergeschikte 'op het perceel' van de steunontvanger verrichte werkzaamheden.

Slotopmerkingen

Het Hof van Justitie heeft voor een 'autonome en uniforme' invulling van opzet gekozen. Het is echter de vraag waarom het Hof van Justitie niet kiest voor een algemene omschrijving van opzet en vervolgens per opzetvariant gaat differentiëren. De keuze voor mogelijksopzet zal, naar ik verwacht, de komende jaren nog voor de nodige rechtspraak zorgen. Niet alleen omdat aanvaarden van de mogelijkheid voor veel rechters in de lidstaten een niet eenvoudig te hanteren omschrijving is, bijvoorbeeld omdat ze ver afstaat van hun dagelijkse (nationale) praktijk, maar ook omdat niet duidelijk is waarom het Hof van Justitie voor deze omschrijving heeft gekozen en niet heeft geopteerd voor een ruime uitleg van culpa (nalatigheid).

Als ik het goed zie heeft het Hof van Justitie functioneel daderschap voor het eerst erkend.³⁶ Het valt op dat het

Hof van Justitie bij de uitwerking van dit leerstuk niet verwijst naar de rechtstradities van de lidstaten. Het Hof van Justitie kiest voor een aansprakelijkheidsconstructie waarin, in het geval aan bepaalde voorwaarden is voldaan, ervan wordt uitgegaan dat de functionele dader zelf een norm heeft geschonden. Daardoor moet ook opzet of culpa worden aangetoond in geval zij in een bepaling zijn opgenomen. Dat betekent niet dat het Hof van Justitie risicoaansprakelijkheid in zijn algemeenheid afwijst, wel in het geval opzet of culpa in een bepaling staat vermeld. Voor het aantonen van opzet en culpa bij de steunontvanger is de keuze van de ondergeschikte, het uitgeoefende toezicht of de gegeven instructies van belang. Of sprake is van alternatieve of cumulatieve criteria is gelet op de verschillende taalversies niet duidelijk. Denkbaar is dat aan de criteria toezicht en instructies de meeste waarde moet worden gehecht, in het bijzonder omdat zij rechtstreeks verband houden met de in het geding zijnde verboden gedragingen. Het is de vraag of het wenselijk is om het criterium van de keuze van de ondergeschikte te blijven gebruiken.

De belangrijkste uitkomst van het arrest in de zaak *Van der Ham* lijkt mij dat het Hof van Justitie voor het bepalen van de betekenis en de reikwijdte van leerstukken de nationale rechtstradities niet leidend acht, maar een eigen weg bewandelt, waarbij 'de gewone betekenis van de gebruikte bewoordingen, de context van de betrokken artikelen alsook het doel van de regeling waartoe zij behoren' van belang zijn. Een autonome invulling van leerstukken betekent kennelijk een van de nationale rechtstradities geëmancipeerde invulling daarvan. Tevens valt op dat begrippen die in bepaalde rechtsgebieden zeer nauwkeurig zijn uitgewerkt, zoals het opzet in het strafrecht, op Europees niveau niet binnen het keurslijf van die traditie worden uitgewerkt. Er lijkt dus ook sprake van een emancipatie ten opzichte van het rechtsgebied waarbinnen begrippen zich in nationale rechtstradities hebben ontwikkeld. Deze dubbele emancipatie, van het nationale recht en van een bepaald rechtsgebied (zoals het strafrecht), geeft het Hof van Justitie grote autonomie in de ontwikkeling van eigen dogmatiek. Juristen die op het grensvlak van verschillende rechtsgebieden onderzoek doen, worden door deze rechtspraak uitgedaagd zich meer op het terrein van het materiële recht te begeven en 's Hofs rechtspraak verder te doordenken.

35. Een ander aspect is dat voor deze punten opnieuw niet wordt verwezen naar het recht van de lidstaten. Net als bij opzet wijst dit erop dat het Hof van Justitie een eigen weg kiest in het ontwikkelen van leerstukken van aansprakelijkheid. Zie voor een – mijns inziens op dit moment verouderde – opvatting over het belang van het nationale (straf)recht Sieber e.a. 2011, p. 277.

36. Vgl. J. Keiler, *Actus reus and participation in European criminal law* (diss. Maastricht), Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2013, p. 200-209.