



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften.

Adriaanse, P.C.; Barkhuysen, T.; Boswijk, P.; Habib, K.; Kruif, C. de; Luchtman, M.J.J.P.; ... ; Widdershoven, R.J.G.M.

Citation

Adriaanse, P. C., Barkhuysen, T., Boswijk, P., Habib, K., Kruif, C. de, Luchtman, M. J. J. P., ... Widdershoven, R. J. G. M. (2008). *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften. Meijers-reeks*. Leiden: Universiteit Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12839>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12839>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften

Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften

P.C. Adriaanse
T. Barkhuysen
P. Boswijk
K. Habib
C. de Kruif
M.J.J.P. Luchtman
W. den Ouden
A. Prechal
B. Steunenberg
J.A.E. Vervaele
W.J.M. Voermans
S.A. de Vries
R.J.G.M. Widdershoven

Universiteit Leiden/Universiteit Utrecht
In opdracht van het WODC, Ministerie van Justitie

Den Haag – Boom Juridische uitgevers – 2008

Aanbevolen citeerwijze: P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2008 WODC, Ministerie van Justitie, tenzij anders is aangegeven

ISBN 978-90-5454-862-1

NUR 823

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

www.bju.nl

Woord vooraf

In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie is in de periode december 2006 tot begin november 2007 onderzoek verricht naar de implementatie van EU-handhavingsvoorschriften in Nederland. Het onderzoek werd uitgevoerd door een team van juristen en bestuurskundigen van de Universiteit Leiden en de Universiteit Utrecht. Dit rapport bevat het verslag van het onderzoek.

Het onderzoek werd begeleid door een commissie onder leiding van prof. mr. J.H. Jans. De volledige samenstelling van de commissie is vermeld in bijlage 5 van dit rapport. De onderzoekers richten graag een woord van dank aan de voorzitter en de leden van deze commissie voor hun nuttige opmerkingen en suggesties gedurende het onderzoek.

In het kader van het praktijkgedeelte van dit onderzoek zijn 37 interviews afgenomen met in totaal 60 respondenten op wetgevings-, beleids- en uitvoeringsniveau op diverse geselecteerde beleidsterreinen. De onderzoekers danken alle respondenten voor hun bereidwilligheid aan het onderzoek deel te nemen, alsook voor het verstrekken van relevante informatie.

Verder willen de onderzoekers op deze plaats ook de bestuurskundige masterstudenten bedanken voor hun medewerking aan dit onderzoek in het kader van hun gezamenlijke capstone-afstudeerproject (zie bijlage 4). Ook een woord van dank aan Alexander Klein Hofmeijer (UL) voor zijn ondersteuning bij de opmaak van het notenapparaat en de registers van dit rapport.

Het onderzoek is afgerond op 2 november 2007. Met meer recent verschenen of gewijzigde informatie is, op een enkele uitzondering na, geen rekening meer gehouden.

Leiden/Utrecht, november 2007
De onderzoekers

Verkorte inhoudsopgave

SAMENVATTING	XXI
1 INLEIDING	1
1.1 Aanleiding tot het onderzoek	1
1.2 Vraag- en doelstelling van het onderzoek	2
1.3 Afbakening en methode	3
1.4 Terminologie	3
1.5 Opbouw van het rapport en leeswijzer	4
1.6 Onderzoeksteam en begeleidingscommissie	5
2 ONDERZOEKSOPZET EN VERANTWOORDING	7
2.1 Algemene onderzoeksopzet	7
2.2 Onderzoekstrede I: selectie casestudies en theoretisch kader	7
2.3 Onderzoekstreden II en III: uitvoering casestudies en analyse	26
3 EUROPEANISERING VAN DE NATIONALE HANDHAVING	29
3.1 Inleiding	29
3.2 Jurisprudentiële eisen aan de nationale handhaving	33
3.3 Legislatieve beïnvloeding binnen de eerste pijler	52
3.4 Legislatieve beïnvloeding binnen de derde pijler	73
3.5 De verhouding tussen de eerste en de derde pijler	86
3.6 Conclusies	100
4 MEDIABELEID	103
4.1 Inleiding	103
4.2 EU-beleid zoals neergelegd in de richtlijn 'Televisie zonder grenzen'	103
4.3 Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	106
4.4 Uitvoering en handhaving	111
4.5 Conclusies	116
5 TERRORISMEBESTRIJDING	119
5.1 Inleiding	119
5.2 De pijleroverstijgende <i>counter-terrorism strategy</i> van de EU	120
5.3 (De totstandkoming van) het Kaderbesluit terrorismebestrijding	125

5.4	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	129
5.5	Uitvoering en handhaving van de normen van het Kaderbesluit	133
5.6	Toezicht op en evaluatie van de implementatie	134
5.7	Conclusies	136
6	FINANCIEEL TOEZICHT	141
6.1	Inleiding	141
6.2	Het EU-beleid met betrekking tot de financiële markten	143
6.3	De (totstandkoming van de) Richtlijn marktmisbruik en de MiFID	148
6.4	Juridische en beleidsmatige implementatie van de richtlijnen in Nederland	153
6.5	Uitvoering en handhaving van de normen van de richtlijnen	157
6.6	Toezicht op de uitvoering en handhaving van de richtlijnen	158
6.7	Conclusies	159
7	LUCHTKWALITEIT	163
7.1	Inleiding	163
7.2	EU-beleid en regelgeving	164
7.3	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	171
7.4	Uitvoering en handhaving	183
7.5	Conclusies	188
8	EUROPESE MEDEDINGING	191
8.1	Inleiding	191
8.2	Verordening (EG) nr. 1/2003	192
8.3	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	201
8.4	Uitvoering en handhaving	208
8.5	Conclusies	213
9	BESCHERMING VAN DE FINANCIËLE BELANGEN VAN DE GEMEENSCHAP BIJ DE UITVOERING VAN HET EUROPEES SOCIAAL FONDS	215
9.1	Inleiding	215
9.2	EU-beleid en regelgeving	218
9.3	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	232
9.4	Uitvoering en handhaving	243
9.5	Conclusies	249
10	GEMEENSCHAPPELIJK VISSERIJBELEID: VISQUOTABELEID	253
10.1	Inleiding	253
10.2	Het Europese quotabeleid	255
10.3	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	266
10.4	Uitvoering en handhaving	283
10.5	Conclusies	289

11	DOUANE	293
11.1	Inleiding	293
11.2	EU-beleid en regelgeving	296
11.3	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	307
11.4	Uitvoering en handhaving	314
11.5	Conclusies	318
12	IMPLEMENTATIE VAN EU-HANDHAVINGSVOORSCHRIFTEN IN NEDERLAND: PATRONEN EN PROBLEMEN	321
12.1	Inleiding: terug naar de doel- en vraagstelling van het onder- zoek en een <i>caveat</i> vooraf	321
12.2	EU-handhavingsvoorschriften in perspectief	323
12.3	Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften in Nederland: patronen en problemen	334
	SUMMARY	347
	LITERATUURLIJST	359
	JURISPRUDENTIELIJST	369
	BIJLAGEN	373
1	Quick scan format	375
2	Vragenlijst interviews	379
3	Lijst van geïnterviewde personen	385
4	Samenstelling van de Capstone projectgroep	389
5	Samenstelling van de begeleidingscommissie	391

Inhoudsopgave

SAMENVATTING	XXI
1 INLEIDING	1
1.1 Aanleiding tot het onderzoek	1
1.2 Vraag- en doelstelling van het onderzoek	2
1.3 Afbakening en methode	3
1.4 Terminologie	3
1.5 Opbouw van het rapport en leeswijzer	4
1.6 Onderzoeksteam en begeleidingscommissie	5
2 ONDERZOEKSOPZET EN VERANTWOORDING	7
2.1 Algemene onderzoeksopzet	7
2.2 Onderzoekstrede I: selectie casestudies en theoretisch kader	7
2.2.1 Algemeen	7
2.2.2 EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving: analyse en waardering van de <i>quick scans</i>	8
2.2.2.1 Sanctievoorschrift	9
2.2.2.2 Voorgeschreven controleur	11
2.2.2.3 Voorgeschreven controleprogramma	12
2.2.2.4 EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving: totaalscores	13
2.2.3 Analyse Europeanisering van de materiële normstelling	14
2.2.4 Resultaten: EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving en Europeanisering van de materiële normstelling	16
2.2.5 Categorisering en selectie casestudies	18
2.2.5.1 Achtergrond	18
2.2.5.2 Categorisering en selectie casestudies	20
2.2.6 Theoretisch kader Europeanisering van de nationale handhaving	21
2.2.7 Theoretisch kader nationale beïnvloeding van de handhaving: de uitvoering van beleid	22
2.2.7.1 Literatuuroverzicht	22
2.2.7.2 Naar een indeling van de vragenlijst en opzet van de casestudies	24

2.3	Onderzoekstreden II en III: uitvoering casestudies en analyse	26
2.3.1	Algemeen	26
2.3.2	Vorbereiding en uitvoering interviews	26
2.3.3	Dossieranalyse implementatiedossiers, jurisprudentieanalyse en literatuuranalyse	27
2.3.4	Algemene analyse: conclusies	27
3	EUROPEANISERING VAN DE NATIONALE HANDHAVING	29
3.1	Inleiding	29
3.1.1	Algemeen	29
3.1.2	De Europese bestuursorde	30
3.1.3	Instrumenten van Europeanisering	32
3.2	Jurisprudentiële eisen aan de nationale handhaving	33
3.2.1	Algemeen	33
3.2.2	Instrumentele eisen	33
3.2.2.1	Algemeen	33
3.2.2.2	Gelijkwaardigheid (Assimilatie)	35
3.2.2.3	Doeltreffendheid en afschrikwekkendheid	36
3.2.2.4	Instrumentele eisen in de wetgeving binnen de eerste en de derde pijler	38
3.2.3	Waarborgen	40
3.2.3.1	Algemeen	40
3.2.3.2	Fundamentele rechten	40
3.2.3.3	Europese rechtsbeginselen	43
3.2.3.4	Verdragsvrijheden	51
3.3	Legislatieve beïnvloeding binnen de eerste pijler	52
3.3.1	Algemeen	52
3.3.2	Controle	52
3.3.2.1	Algemeen	52
3.3.2.2	Europese normering van nationale controle	52
3.3.2.3	Europees toezicht en controle	56
3.3.2.4	Transnationale samenwerking van toezichthouders	62
3.3.3	Sanctionering	65
3.3.3.1	Algemeen	65
3.3.3.2	Herstelsancties	67
3.3.3.3	Sancties die verder gaan dan herstel	67
3.3.3.4	De uitvoering van Europese sancties: invloed op nationale uitvoering	69
3.3.4	Beleidsmatige beïnvloeding	69
3.3.4.1	Algemeen	69
3.3.4.2	Concrete invloed op de handhaving	70
3.3.4.3	Comitologie en netwerken	71

3.4	Legislatieve beïnvloeding binnen de derde pijler	73
3.4.1	Algemeen	73
3.4.2	Harmonisatie van het materiële strafrecht	74
3.4.3	EU-instrumenten voor transnationale strafrechtelijke samenwerking in de EU	77
3.4.3.1	Algemeen	77
3.4.3.2	Afstemmen van de strafrechtelijke handhaving: het beginsel van wederzijdse erkenning	77
3.4.3.3	Uitwisseling van informatie	79
3.4.3.4	Operationele samenwerking	81
3.4.4	Harmonisatie van strafprocesrecht en rechtswaarborgen	84
3.4.5	Invloed op handhaving in het bestuursrecht	85
3.5	De verhouding tussen de eerste en de derde pijler	86
3.5.1	Algemeen	86
3.5.2	Verschillen tussen de eerste en de derde pijler	87
3.5.3	De communautarisering van de derde pijler	88
3.5.3.1	Algemeen	88
3.5.3.2	<i>Pupino</i> : Het beginsel van loyale samenwerking en kaderbesluitconforme interpretatie	89
3.5.3.3	Toekomstige verwachtingen van de toepassing van het beginsel van loyale samenwerking in de derde pijler	90
3.5.4	De bevoegdheidsafbakening tussen de eerste en de derde pijler	93
3.5.4.1	Algemeen	93
3.5.4.2	De reikwijdte van de strafrechtelijke bevoegdheid	95
3.5.4.3	De omvang van de bevoegdheid	96
3.5.5	Het Hervormingsverdrag (Verdrag van Lissabon)	99
3.6	Conclusies	100
4	MEDIABELEID	103
4.1	Inleiding	103
4.2	EU-beleid zoals neergelegd in de richtlijn 'Televisie zonder grenzen'	103
4.2.1	Richtlijn 89/552 (zoals gewijzigd)	103
4.2.2	Voorstel voor een richtlijn 'audiovisuele media'	105
4.3	Juridische en beleidsmatige implementatie	106
4.3.1	Materiële normstelling	106
4.3.1.1	Minimumharmonisatie	106
4.3.1.2	Mediawet en Mediabesluit	107
4.3.2	Controle (toezicht en opsporing) en sanctionering	107
4.3.2.1	Instelling Commissariaat voor de Media	107
4.3.2.2	<i>Level playing field</i> problematiek	108
4.3.2.3	Bestuursrechtelijke handhaving	109
4.3.3	Implementatieketen	109

4.3.3.1	Actoren	109
4.3.3.2	Afstemming in Europees verband	110
4.4	Uitvoering en handhaving	111
4.4.1	Uitvoerbaarheid	111
4.4.2	Capaciteit en instrumenten	112
4.4.2.1	Het Commissariaat	112
4.4.2.2	Afstemming met andere handhavingsinstanties in Nederland	113
4.4.3	Handhaving in Europees verband	114
4.4.4	Toezicht op toezicht (tweedelijnstoezicht)	116
4.5	Conclusies	116
5	TERRORISMEBESTRIJDING	119
5.1	Inleiding	119
5.2	De pijleroverstijgende <i>counter-terrorism strategy</i> van de EU	120
5.2.1	Inleiding	120
5.2.2	<i>Blacklisting</i> en <i>smart sanctions</i>	122
5.2.3	Verbetering samenwerking en informatie-uitwisseling	122
5.2.4	Harmonisatie van het materiële strafrecht	124
5.3	(De totstandkoming van) het Kaderbesluit terrorismebestrijding	125
5.4	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	129
5.4.1	Het Nederlandse anti-terrorismebeleid	129
5.4.2	De implementatie van het KBTB	131
5.4.3	Tussenconclusies	132
5.5	Uitvoering en handhaving van de normen van het Kaderbesluit	133
5.6	Toezicht op en evaluatie van de implementatie	134
5.7	Conclusies	136
5.7.1	Vooraf	136
5.7.2	Onderbouwing van de conclusie	137
5.7.3	Nuancering van de conclusie	138
5.7.4	Tot slot	139
6	FINANCIEEL TOEZICHT	141
6.1	Inleiding	141
6.2	Het EU-beleid met betrekking tot de financiële markten	143
6.2.1	De weg naar het <i>Financial Services Action Plan</i> en zijn opvolgers	143
6.2.2	De Lamfalussy-procedure	146
6.3	De (totstandkoming van de) Richtlijn marktmisbruik en de MiFID	148
6.4	Juridische en beleidsmatige implementatie van de richtlijnen in Nederland	153

6.4.1	De handhaving van het effectenrecht tot de Richtlijn marktmisbruik	153
6.4.2	De implementatie van de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID	155
6.5	Uitvoering en handhaving van de normen uit de richtlijnen	157
6.6	Toezicht op de uitvoering en handhaving van de richtlijnen	158
6.7	Conclusies	159
7	LUCHTKWALITEIT	163
7.1	Inleiding	163
7.2	EU-beleid en regelgeving	164
7.2.1	Algemeen	164
7.2.2	Kaderrichtlijn luchtkwaliteit (96/62/EG)	165
7.2.3	Eerste Dochterrichtlijn (99/30/EG)	167
7.2.4	Andere dochterrichtlijnen	168
7.2.5	Europese eisen en criteria	168
7.2.6	Transnationale beleidsnetwerken	169
7.2.7	Hiaten in Europese regelgeving	169
7.3	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	171
7.3.1	Materiële normstelling	171
7.3.1.1	Besluit luchtkwaliteit 2001 en 2005	171
7.3.1.2	Wet tot wijziging van de Wet milieubeheer (luchtkwaliteitseisen)	173
7.3.2	Controle (toezicht en opsporing) en sanctionering	174
7.3.2.1	Aansluiting Europese voorschriften en nationale rechtshandhaving	174
7.3.2.2	Implementatievrijheid	176
7.3.2.3	Nieuwe maatregelen	177
7.3.2.4	Motivering van keuzes	178
7.3.2.5	Actoren	179
7.3.3	Implementatieketen	181
7.3.3.1	Actoren in de implementatieketen en regie	181
7.3.3.2	Afstemming in de implementatieketen	182
7.3.3.3	Internationale component	182
7.4	Uitvoering en handhaving	183
7.4.1	Uitvoerbaarheid	183
7.4.1.1	Fijnmazigheid meet- en rekenvoorschriften	185
7.4.1.2	Actieplannen	185
7.4.2	Capaciteit	186
7.4.3	Afstemming in de handhavingketen	186
7.4.4	Internationale component	188
7.4.5	Toezicht op toezicht	188
7.5	Conclusies	188

8	EUROPESE MEDEDINGING	191
8.1	Inleiding	191
8.2	Verordening (EG) nr. 1/2003	192
8.2.1	Achtergrond van de verordening	192
8.2.2	Materiële normen van de verordening	194
8.2.3	Indeling en inhoud van de verordening	194
8.2.4	Specifieke bepalingen ten aanzien van controle en sancties	197
8.2.5	Private handhaving van het mededingingsrecht	199
8.3	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	201
8.3.1	Achtergrond van de nationale regelgeving	201
8.3.2	Materiële normstelling	201
8.3.3	Controle (toezicht en opsporing) en sanctionering	203
8.3.3.1	Aansluiting Europese voorschriften en nationale rechtshandhaving	203
8.3.3.2	Implementatievrijheid en nieuwe maatregelen	204
8.3.3.3	Motivering van keuzes	206
8.3.4	Implementatieketen	207
8.3.4.1	Actoren in de implementatieketen en de afstemming	207
8.3.4.2	Internationale component	207
8.4	Uitvoering en handhaving	208
8.4.1	Uitvoerbaarheid	208
8.4.2	Juridische en financiële capaciteit	208
8.4.3	Afstemming in de handhavingssketen	209
8.4.4	Internationale component	210
8.4.5	Toezicht op toezicht (tweedelijnstoezicht)	211
8.4.6	Private handhaving in de praktijk	212
8.5	Conclusies	213
9	BESCHERMING VAN DE FINANCIËLE BELANGEN VAN DE GEMEENSCHAP BIJ DE UITVOERING VAN HET EUROPEES SOCIAAL FONDS	215
9.1	Inleiding	215
9.2	EU-beleid en regelgeving	218
9.2.1	Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap	218
9.2.1.1	Artikel 280 EG	218
9.2.1.2	Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95	218
9.2.1.3	Verordening (EG, Euratom) nr. 2185/96	219
9.2.1.4	Regelgeving inzake de activiteiten van OLAF	220
9.2.1.5	Verdrag met betrekking tot de financiële belangen van de Gemeenschappen	220
9.2.1.6	Beleidsdocumenten van de Commissie	222

9.2.2	Regelgeving structuurfondsen	223
9.2.2.1	De algemene structuurfondsenverordeningen	223
9.2.2.2	Uitvoeringsbepalingen	228
9.2.2.3	ESF-regelgeving	230
9.2.3	Deelconclusies EG-regelgeving en beleid	231
9.3.	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	232
9.3.1	Inleiding	232
9.3.2	De Algemene wet bestuursrecht	232
9.3.2.1	Subsidietitel	232
9.3.2.2	Toezicht op naleving	235
9.3.3	Subsidieregeling ESF-3	236
9.3.4	Subsidieregeling ESF-3 voor onderwijsinstellingen 2000-2006	239
9.3.5	De Wet Toezicht Europese Subsidies	239
9.3.6	Wijziging Comptabiliteitswet	241
9.3.7	Deelconclusies juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	242
9.4.	Uitvoering en handhaving	243
9.4.1	Bij de uitvoering betrokken nationale autoriteiten	243
9.4.2	Overlegstructuren	245
9.4.3	Controleactiviteiten	246
9.4.4	Geen verschuiving richting het strafrecht	248
9.4.5	Korte vooruitblik	248
9.5	Conclusies	249
10	GEMEENSCHAPPELIJK VISSERIJBELEID: VISQUOTABELEID	253
10.1	Inleiding	253
10.1.1	Het GVB: achtergrond	253
10.1.2	De casestudy GVB	254
10.2	Het Europese quotabeleid	255
10.2.1	Algemeen	255
10.2.2	Materiële normen op hoofdlijnen	255
10.2.3	Controlevoorschriften	257
10.2.3.1	De Controleverordening	257
10.2.3.2	Lijst van ernstige inbreuken	259
10.2.3.3	De Basisverordening	260
10.2.3.4	De TAC-verordeningen	262
10.2.3.5	Technische maatregelen	262
10.2.3.6	Toekomst	263
10.2.4	Sanctioneringsvoorschriften	263
10.2.4.1	De Controleverordening en de Basisverordening	263
10.2.4.2	De TAC-verordeningen	264
10.2.5	Transnationale netwerken	265

10.3	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	266
10.3.1	Materiële normstelling	266
10.3.1.1	Algemeen	266
10.3.1.2	Nationaal beleid en regelgeving	267
10.3.2	Controle (toezicht en opsporing) en sanctionering	271
10.3.2.1	Nederlandse visie	271
10.3.2.2	Aansluiting GVB op het nationale controlebeleid en -voorschriften	274
10.3.3	Implementatieketen	282
10.4	Uitvoering en handhaving	283
10.4.1	Algemeen	283
10.4.2	Afstemming in de handhavingsketen	285
10.4.3	Internationale component	287
10.4.4	Toezicht op toezicht (tweedelijnstoezicht)	287
10.5	Conclusies	289
11	DOUANE	293
11.1	Inleiding	293
11.1.1	Het beleidsgebied douane: taken en achtergrond	293
11.1.2	De casestudy douane	294
11.2	EU-beleid en regelgeving	296
11.2.1	Algemeen	296
11.2.2	Materiële normen	297
11.2.3	Handhaving	298
11.2.3.1	Algemeen	298
11.2.3.2	Controlemaatregelen	299
11.2.3.3	Administratieve samenwerking	300
11.2.3.4	Tweedelijnstoezicht	301
11.2.4	Sancties	302
11.2.5	Beleidsmatige beïnvloeding en overlegorganen	303
11.2.6	Toekomstige Europese ontwikkelingen	305
11.2.6.1	Algemeen	305
11.2.6.2	Voorstel voor een papierloze douaneomgeving	305
11.2.6.3	Het GCDW	305
11.3	Juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland	307
11.3.1	Algemeen	307
11.3.2	Aansluiting op de Awb en reikwijdte van het ADW	308
11.3.3	Controle	310
11.3.3.1	Algemeen	310
11.3.3.2	Controle- en opsporingsbevoegdheden in de ADW; administratieve samenwerking	310
11.3.4	Sancties	312
11.3.4.1	Algemeen	312

11.3.4.2	Bestuurlijke boeten	312
11.3.4.3	Strafrechtelijke sancties	313
11.4	Uitvoering en handhaving	314
11.4.1	Organisatie en afstemming	314
11.4.1.1	Organisatie van de douane	314
11.4.1.2	Afstemming Douane en OM	315
11.4.1.3	Transnationale samenwerking	315
11.4.2	Controle	316
11.4.2.1	Controle in de praktijk	316
11.4.2.2	Horizontaal toezicht	317
11.4.3	Sancties	317
11.4.3.1	Herstelsancties	317
11.4.3.2	Punitieve sancties	318
11.5	Conclusies	318
12	IMPLEMENTATIE VAN EU-HANDHAVINGSVOORSCHRIFTEN IN NEDERLAND: PATRONEN EN PROBLEMEN	321
12.1	Inleiding: terug naar de doel- en vraagstelling van het onderzoek en een <i>caveat</i> vooraf	321
12.2	EU-handhavingsvoorschriften in perspectief	323
12.2.1	Handhaving in een gedeelde rechtsorde	323
12.2.2	Europese beïnvloeding van het Nederlandse handhavingsrecht nader bezien	324
12.2.3	EU-handhavingsvoorschriften in de eerste pijler	327
12.2.3.1	Beïnvloeding van controleregime en -activiteiten	327
12.2.3.2	Beïnvloeding van sanctieregime en -activiteiten	329
12.2.3.3	Overige beïnvloeding	330
12.2.4	EU-handhavingsvoorschriften in de derde pijler	330
12.2.5	Convergentie tussen de eerste en derde pijler en de betekenis daarvan	332
12.2.6	Nederlandse invloed op EU-handhavingsvoorschriften?	332
12.3	Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften in Nederland: patronen en problemen	334
12.3.1	Algemeen	334
12.3.2	Juridische en beleidsmatige implementatie in de praktijk	337
12.3.2.1	Noodzaak tot implementatie	337
12.3.2.2	Wijze van juridische implementatie	338
12.3.2.3	Keuze van de handhavingsvorm	339
12.3.2.4	Transnationaal overleg en informatie-uitwisseling	339
12.3.2.5	Afstemming in de implementatieketen	340
12.3.3	De feitelijke handhaving	341
12.3.3.1	Bewustzijn van Europese oorsprong van te handhaven voorschriften	341

12.3.3.2	Handhavingsprioriteiten	341
12.3.3.3	Uitvoerbaarheid	342
12.3.3.4	Afstemming in de handhavingsketen	342
12.3.3.5	Internationaal overleg en informatie-uitwisseling	343
12.3.3.6	Samenwerking met Europese of buitenlandse toezichthouders	344
12.3.3.7	Handhavingscapaciteit	345
12.3.3.8	Tweedelijns toezicht	345
SUMMARY		347
LITERATUURLIJST		359
JURISPRUDENTIELIJST		369
BIJLAGEN		373
1	Quick scan format	375
2	Vragenlijst interviews	379
3	Lijst van geïnterviewde personen	385
4	Samenstelling van de Capstone projectgroep	389
5	Samenstelling van de begeleidingscommissie	391

Samenvatting

AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK EN PROBLEEMSTELLING

De Europese rechtsorde, waarvan Nederland sinds 1957 deel uitmaakt, is een gedeelde rechtsorde waarbinnen de Europese Unie en de lidstaten in een loyale samenwerking moeten komen tot een effectieve doorwerking van het Europese recht in de rechtsordes van de lidstaten. De handhaving van dit Europese recht is lange tijd een ondergeschoven kind geweest. Daarin komt onmiskenbaar verandering.

In de Europese Unie wordt in overwegende mate gekozen voor indirecte handhaving van het Europese recht, uitzonderingen als het inmiddels ook al deels gedecentraliseerde mededingingsrecht daargelaten. Dat wil zeggen voor handhaving door de lidstaten. Ten behoeve van die handhaving stellen de Europese instellingen op een toenemend aantal beleidsterreinen uniforme of rechtstelsel-harmoniserende regels vast die rechtstreeks of via lidstatelijke tussenkomst doorwerken in de nationale rechtsordes. Om het EU-recht effect te doen sorteren moeten de lidstaten deze Europese regels ‘implementeren’. Daaronder wordt in dit onderzoek in ruime zin verstaan de juridische omzetting of inkadering, de uitvoering én daadwerkelijke handhaving van die regels. Met ‘handhaving’ wordt, eveneens ruim opgevat, in het kader van dit onderzoek bedoeld op controle (toezicht op de naleving alsook opsporing van strafrechtelijke overtredingen) en sanctionering.

Uitgangspunt is dus dat de Europese Unie voor een effectieve handhaving van haar recht in hoge mate afhankelijk is van de handhavingsinspanningen van de lidstaten. Die zijn verantwoordelijk voor correcte en tijdige toepassing van EU-verdragen en secundaire EU-regelgeving. Deze afhankelijkheid is een belangrijke reden voor de aansturing van de nationale handhaving door de Europese instellingen.

Dit onderzoek beoogt deze Europese sturing nader in kaart te brengen om op basis daarvan te analyseren hoe handhavingsvoorschriften in EU-recht (met name in regelgeving uit de eerste – EG-rechtelijke – pijler van de EU en uit de derde pijler inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken) in Nederland worden geïmplementeerd en welke ervaringen daarmee worden opgedaan. Met name is in dit onderzoek getracht te bezien of er bij de wijze waarop Nederland (wettelijke en jurisprudentiële) EU-handhavingsvoorschriften implementeert (via juridische maatregelen of feitelijk optreden van beleidsmakers

of handhavende instanties), zich bepaalde regelmatigheden of patronen voordoen, en of er bij de implementatie problemen en vraagstukken opkomen die aanleiding zouden kunnen vormen de huidige wijze van implementatie aan te passen. Door deze aanpak kunnen de resultaten uit het onderzoek bijdragen aan het ontwikkelen van (proactief) beleid met betrekking tot de totstandkoming van EU-handhavingsvoorschriften en de implementatie daarvan in Nederland.

Met het oog op die doelstelling staan in het onderzoek de volgende drie vragen centraal:

1. Hoe is de verhouding van EU-regelgeving op het gebied van de rechtshandhaving tot het Nederlands beleid en wetgeving dienaangaande?
2. Op welke wijze wordt die regelgeving geïmplementeerd en zijn er daarbij patronen te onderkennen?
3. Voor welke problemen zien de Nederlandse wetgever en de Nederlandse handhavingspraktijk en -organisatie zich te dien aanzien gesteld?

AFBAKENING EN METHODE

Mede op basis van aanwijzingen in de startnotitie en de offerte voor dit onderzoek is volgens de *quick scan* methode verkennend onderzoek gedaan op twaalf beleidsterreinen. Het betreft douane, visquotabeleid, ESF (bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap), financieel toezicht, Europese mededinging, voedselveiligheid, terrorismebestrijding (harmonisering materieel strafrecht), arbeidsomstandigheden, luchtkwaliteit, vervoer afvalstoffen, media-beleid (omroepen) en kwaliteit van medische dienstverlening. Door de resultaten van de *quick scans* vervolgens per beleidsterrein te analyseren en daarvoor een schaal te construeren, is een score berekend voor de EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving op de twaalf beleidsterreinen. Deze score is gecombineerd met een score die aan ieder beleidsterrein is toegekend voor de mate van Europeanisering van de materiële normstelling. Op basis van deze 'overall' scores is een beeld van de intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving op de verschillende beleidsterreinen ontstaan. Naar aanleiding daarvan zijn in totaal vier categoriën van intensiteit onderscheiden, variërend van een lichte tot een hoge mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving. In het licht van de wens van replicatie zijn per categorie twee beleidsterreinen geselecteerd die nader zijn onderzocht in de vervolgtreden van het onderzoek. Oplopend van een lichte tot een hoge intensiteit van Europeanisering betreft het de volgende clusters: I) mediabeleid en terrorismebestrijding; II) luchtkwaliteit en financieel toezicht; III) Europees Sociaal Fonds (ESF) en Europese mededinging; en IV) visquotabeleid en douane. Deze beleidsterreinen variëren dus voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving. Met deze

selectie beogen de onderzoekers binnen de gestelde kaders van dit onderzoek voor het zeer brede scala van EU-(beleids)terreinen een representatief beeld te geven van de Nederlandse implementatiepraktijk. In de vervolgfases van het onderzoek is de praktijk op deze terreinen nader onderzocht in verdiepende casestudies, op basis van implementatiedossier-, jurisprudentie- en literatuuranalyse en in totaal 37 half gestandaardiseerde interviews met in totaal 60 sleutelpersonen op wetgevings-, beleids- en uitvoeringsniveau. Het accent lag daarbij op de Nederlandse rechtspraktijk op de diverse terreinen. Het onderzoek werd uitgevoerd in de periode tussen 1 december 2006 en 2 november 2007.

OPBOUW VAN HET RAPPORT

Na een inleidend eerste hoofdstuk volgt in hoofdstuk 2 een nadere onderbouwing van de opzet en verantwoording van dit onderzoek. Daarna wordt in hoofdstuk 3 een algemene analyse van de Europeanisering van de nationale handhaving gemaakt. Dit hoofdstuk vormt een opmaat en kader voor de casestudies op de hiervoor genoemde terreinen, die zijn neergelegd in de hoofdstukken 4 t/m 11. De opzet van deze casestudies is zoveel mogelijk identiek. Er is steeds voorzien in een EU-deel waarin relevante Europeesrechtelijke voorschriften worden geanalyseerd, gevolgd door een nationaal gedeelte waarin zowel de juridische en beleidsmatige implementatie als de feitelijke implementatie (feitelijke handhaving) aan de orde komt. Hoofdstuk 12 biedt een slotbeschouwing waarin de bevindingen van het onderzoek in samenhang worden gepresenteerd. Op die basis wordt daarin tenslotte nagegaan of er patronen in de implementatie zijn te ontdekken en welke problemen zich daarbij voordoen.

EUROPESE INVLOED OP HET GEBIED VAN DE RECHTSHANDHAVING

De Europese invloed op handavingsgebied kent twee motieven en – daarmee – twee kanten. Enerzijds bestaat er voor een effectieve handhaving de noodzaak de handhaving in de lidstaten in verticale richting te sturen. Dat wil zeggen dat de EU-wetgever, EU-rechters (het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de EG) en de Europese Commissie zich inspannen om door beïnvloeding van actoren binnen een individuele lidstaat als Nederland via handavingsvoorschriften, rechtspraak en controle- en sanctie-inspanningen de naleving van EU-regels te verzekeren. Anderzijds is er ook sprake van horizontale sturing, vanuit de noodzaak tot handavingssamenwerking tussen de lidstaten onderling alsook tot facilitering van de afstemming van handavingsinspanningen in de verschillende lidstaten. Deze vorm van sturing komt in het bijzonder voor bij de bestrijding van grensoverschrijdende overtre-

dingen van Europese regels. De overtreding van EU-regels vindt immers lang niet altijd plaats binnen het grondgebied van één lidstaat.

De Europese invloed op handhavingsgebied is vooral ook bedoeld ter voorkoming van *level playing field* problemen, die zonder Europese beïnvloeding van de handhavingsamenwerking en -inspanningen al snel kunnen ontstaan. Immers, (grote) verschillen in de handhavingspraktijk in verschillende lidstaten leiden, evenals verschillen in materiële normstelling, voor de betrokken partijen tot ongelijke concurrentievoorwaarden. Dit probleem is op vrijwel alle onderzochte beleidsterreinen geconstateerd.

EU-beïnvloeding van de rechtshandhaving heeft plaats door middel van de legislatieve instrumenten uit zowel de eerste – EG-rechtelijke – pijler van de EU, als die uit de derde pijler inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken. Daarnaast is er sprake van jurisprudentiële beïnvloeding. Het Hof van Justitie van de EG stelt in het kader van het zogenoemde doeltreffendheidsbeginsel enerzijds instrumentele eisen aan de wijze waarop lidstaten het Europese recht, dan wel daarop geënt nationaal recht, handhaven. Anderzijds worden in de jurisprudentie ook waarborgeseisen gesteld. Een derde wijze van beïnvloeding is die via de weg van *soft law*. Men probeert dan aan te sturen door het formuleren van *best practices*, *guidelines*, *benchmarks* en *standards*, door het houden van *peer evaluations* en *reviews*, et cetera. Deze aanpak is sterk in opkomst. Uit het onderzoek volgt dat de EU de afgelopen jaren bij het bestrijden van het handhavingstekort ten aanzien van Europese regels steeds sterker inzet op de informatiestrategie (verder: I-strategie). Men legt de nadruk op het verkrijgen van (zo accuraat mogelijke) informatie ten aanzien van de nalevingssituatie. De hiervoor geïnventariseerde sturingsmodaliteiten waaraan ook de Commissie deelneemt, kunnen als onderdelen van die I-strategie bij de bevordering van de naleving van EU-voorschriften worden gezien. In de wijze waarop op EU-niveau (op regelstellend niveau) en op nationaal niveau wordt samengewerkt (de lidstaten zijn zoals hiervoor opgemerkt verantwoordelijk voor de effectuering van EU-regels) is informatie over de naleving in de lidstaten wezenlijk. Dat geldt onder andere, maar niet alleen, voor tweede lijnstoezicht. Zonder informatie bestaat er geen inzicht in het handhavingstekort ten aanzien van Europese regels en kan ook niet worden gereageerd. Gelet daarop heeft Nederland er in de regel baat bij de I-strategie van de EU bij de handhaving en naleving van EU-regels te omarmen. Dit geeft goede kansen te benchmarken en zo tot effectievere en efficiëntere handhaving van EU-regels te komen. Verder kan daarmee worden voorkomen dat het Europese *level playing field* ten nadele van Nederland wordt ondermijnd en kan daardoor ook de transparantie en dialoog met betrokken burgers en organisaties worden versterkt.

De EU-invloed ziet op verschillende modaliteiten van rechtshandhaving, variërend van vormen die wij in Nederland de publiekrechtelijke handhaving

door middel van bestuurs- en strafrecht zouden noemen, tot vormen van – naar Nederlandse maatstaven gemeten – privaatrechtelijke of private handhaving (verder: private handhaving). De Nederlandse en de Europese doctrine sluiten voor wat betreft het gebezigde jargon niet helemaal op elkaar aan. Ten aanzien van de – wat we in Nederland zouden noemen – publiekrechtelijke handhaving hebben EU-handhavingsvoorschriften betrekking op zowel de (controle)fase van het bestuursrechtelijke nalevingstoezicht en de strafrechtelijke opsporing, alsook op de sanctionering na geconstateerde overtredingen. Voor wat betreft de private handhaving hebben EU-handhavingsvoorschriften betrekking op acties die met name burgers hebben om hun door de EU beschermde aanspraken geldend te maken. Dit kunnen zij in relatie tot andere burgers of de overheid doen bij de nationale rechter. Ook kunnen zo geschillen onder EU-recht worden voorgelegd aan een bevoegde Europese rechter, via een procedure die een uniforme toepassing van EU-recht mogelijk maakt. Deze private wijze van beïnvloeding van de naleving van EU-regels is in dit onderzoek niet uitputtend behandeld. Zij speelt bijvoorbeeld op het terrein van het Europees mededingingsrecht en visquotabeleid echter wel een belangrijke rol.

Bezien we de wisselwerking tussen de Europese eisen en het nationale, publiekrechtelijke handhavingsrecht nader, dan vallen in algemene zin drie zaken op.

In de eerste plaats komt uit het onderzoek naar voren dat in (beleid of discussies over) EU-handhavingsvoorschriften traditioneel geen rekening wordt gehouden met dogmatische onderscheidingen, zoals die in het Nederlandse recht worden gehanteerd, tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Dat geldt in het bijzonder voor de EG. Dit heeft voor een deel te maken met het feit dat het EG-recht het vaak aan de lidstaten zelf overlaat of zij bepaalde normen strafrechtelijk, civielrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk willen handhaven. Voor een ander – wellicht veel belangrijker – deel heeft dit zijn oorzaak in het feit dat de EG, zoals lang werd aangenomen, geen, of op zijn best een omstreden bevoegdheid had op het vlak van het straf(proces)recht. Om die reden komt men wel voorschriften tegen die de relatie met het straf(proces)recht raken, evenwel zonder dat direct tot strafrechtelijke handhaving wordt verplicht. Een voorbeeld daarvan biedt het financieel toezicht, waar wordt bepaald dat men in dat kader over inbeslagnemingsbevoegdheden moet beschikken, welke in Nederland over het algemeen via het strafrecht zijn geregeld. Ook de casestudy visquotabeleid levert hiervan voorbeelden op. Recente hierna te bespreken ontwikkelingen in de jurisprudentie werpen op deze bevoegdheidskwestie echter een ander licht.

In het verlengde van het voorgaande valt in de tweede plaats op dat Europese handhavingsvoorschriften, althans op de onderzochte beleidsterreinen, veelal de nadruk leggen op de instrumentele kant van de rechtshandhaving, gericht op de wijze waarop lidstatelijke overheden en handhavingsinstanties moeten handhaven. De waarborgkant (inclusief de rechtsbescher-

ming) krijgt veel minder aandacht en vaak alleen in de jurisprudentie. Bij de keuze tussen diverse handhavingsmodaliteiten, alsook bij de implementatie daarvan, moet dan ook, meer dan thans het geval is, structureel aandacht worden gevraagd voor de begeleidende rechtswaarborgen en rechtsbescherming alsmede voor de implicaties voor transparantie, controle en democratie bij de rechtshandhaving.

In de derde plaats valt op dat de regelgever op het Europese toneel op de verschillende terreinen telkens weer het(zelfde) wiel aan het uitvinden is als het op handhavingsvoorschriften aankomt, zonder dat dit tussen de Brusselse beleidskolommen nu direct tot leereffecten over en weer lijkt te leiden. Men opereert op Europees niveau, in andere woorden, dus beleidsveldafhankelijk. Hier lijkt een meer integrale, horizontale benadering van de handhavingsproblematiek op EU-niveau aangewezen. Men is hiermee op Europees niveau pas zeer recent begonnen. De uitkomst van die ontwikkeling is niet te voorspellen.

EU-HANDHAVINGSVOORSCHRIFTEN BEZIEN VANUIT DE PIJLERSTRUCTUUR

Op terreinen die tot de eerste – EG-rechtelijke – pijler van de Europese Unie worden gerekend, wordt de rechtshandhaving in de lidstaten beïnvloed via de jurisprudentiële, de legislatieve en de beleidsmatige weg. Ook zijn wel vormen van spontane of vrijwillige aanpassing, afstemming en coördinatie van handhavingsinspanningen van lidstaten in het onderzoek waargenomen. De recente invoering van de doorzoekingsbevoegdheid van de NMa is hiervan een goed voorbeeld.

Uit dit onderzoek blijkt dat de legislatieve en beleidsmatige beïnvloeding binnen de eerste pijler de afgelopen vijftien jaar een duidelijke vlucht heeft genomen. Europa beïnvloedt langs die weg om te beginnen de nationale controleactiviteiten (in Nederland hoofdzakelijk bestaande uit toezicht op de naleving en opsporingsactiviteiten) op verschillende onderdelen. De precieze invloed op deze onderdelen is per beleidsgebied verschillend, maar met de nodige voorbehouden kan worden gesteld dat er meer Europese sturing ten aanzien van de controle kan worden waargenomen op beleidsterreinen die, waar het de materiële normstelling betreft, sterker zijn geëuropeaniseerd. Dit betreft terreinen als Europese mededinging en in toenemende mate ook ESF, visquotabeleid en douane.

Naast de controleactiviteiten betreft de legislatieve en beleidsmatige beïnvloeding in de eerste pijler ook de (bestuurs- en strafrechtelijke) sanctionering in de lidstaten. Bij het beïnvloeden van wat moet gebeuren na een geconstateerde overtreding is de Europese regelgever echter beduidend terughoudender. Lidstaten hebben doorgaans een betrekkelijk grote vrijheid bij de keuze voor een strafrechtelijk, dan wel bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk sanctioneringssysteem. Enkele ontwikkelingen lijken te wijzen in de richting van een afname van deze Europese terughoudendheid. Op verschillende gebieden

wordt – zo blijkt uit het onderzoek (vgl. douane en visquotabeleid) – een toenemende invloed verwacht op het gebied van regels die eisen stellen aan zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke sanctionering. Het voorschrijven van strafrechtelijke sancties in de eerste pijler is – zo valt te verwachten – een eerstvolgende stap. Het *milieustrafrecht* arrest van het Hof van Justitie van de EG en de reactie van de Commissie daarop vormen daarvoor een aanwijzing, in ieder geval op milieugebied waar het Hof van Justitie van de EG de bevoegdheid van de gemeenschapswetgever tot het voorschrijven van met het strafrecht samenhangende maatregelen koppelde aan de doeltreffende werking van het gemeenschapsrecht. De Commissie is van mening dat deze bevoegdheid ook buiten het milieugebied moet kunnen worden gehanteerd, zoals intellectueel eigendom, het in dienst nemen van illegale arbeiders en zeelozing. Voor laatstgenoemd terrein is dit inmiddels door het Hof van Justitie van de EG bevestigd in het *zeelozingen* arrest. Of dit ook geldt voor de overige genoemde terreinen valt nog niet met zekerheid te zeggen. Voor de onderzochte periode en beleidsterreinen in dit onderzoek geldt echter dat er op deze gronden geen daadwerkelijke verschuiving naar of versterking van de strafrechtelijke handhaving is geconstateerd.

Ook in de derde pijler vindt Europese beïnvloeding van de rechtshandhaving plaats. De laatste jaren zijn, bijvoorbeeld, allerlei initiatieven ontwikkeld, waarmee – zoals op het terrein van terrorismebestrijding – harmonisatie alsmede materiële en procedurele afstemming van het strafrecht van de lidstaten wordt beoogd. Ook hier is de eerder genoemde I-strategie duidelijk aanwezig.

De lidstaten hebben in de derde pijler niettemin meer ruimte voor een eigen invulling van hun handhavingspraktijk dan in de eerste pijler. Bovendien hebben de Europese instellingen juist minder ruimte om de nakoming van kaderbesluiten te verzekeren, in het bijzonder vanwege het ontbreken van de mogelijkheid tot het inleiden van een vedragsinbreukprocedure. In het *Pupino* arrest heeft het Hof van Justitie van de EG de deur van de derde pijler wel opengezet voor elementen uit de eerste pijler. In het licht hiervan zal het Hof van Justitie van de EG naar alle waarschijnlijkheid in de toekomst de loyaliteit aan de Unie vaker gebruiken om de lidstaten verplichtingen op te leggen inzake implementatie en toepassing van derde pijler-recht. Daarbij kunnen de in het kader van de eerste pijler ontwikkelde jurisprudentiële instrumentele eisen en waarborgen een belangrijke rol gaan spelen.

Wel moet hierbij worden opgemerkt dat de beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving in het kader van de derde pijler langs andere lijnen verloopt dan in de eerste pijler. De insteek is ten eerste niet primair gericht op de ondersteuning van het EG-recht, maar op de bestrijding van zware criminaliteit (georganiseerde misdaad, terrorisme, mensenhandel et cetera) in de gemeenschappelijke ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. De ondersteuning van het EG-recht door bijvoorbeeld de harmonisatie van het materiële

strafrecht was en is nog steeds beperkt. Ten tweede past men in de derde pijler een meer horizontale strategie toe. Veel initiatieven richten zich op de grensoverschrijdende strafrechtelijke samenwerking. Daarbij valt overigens op dat het strafprocesrecht nauwelijks aandacht krijgt. De kant van de internationale samenwerking is daarentegen weer wel sterk ontwikkeld in de derde pijler. Er vindt vergaande samenwerking plaats door het uitwisselen van informatie op basis van het beginsel van beschikbaarheid en het organiseren van gezamenlijke onderzoeksteams bij opsporing.

Bezien we de beïnvloeding van de rechtshandhaving vanuit de pijlerstructuur, dan kan dus worden gesteld dat zowel via de eerste als via de derde pijler een beïnvloeding plaatsvindt, maar dat de wijzen van beïnvloeding in deze pijlers onderling van elkaar verschillen. Opvallend is bovendien dat soortgelijke onderwerpen – bijvoorbeeld de grensoverschrijdende samenwerking – in de twee pijlers op verschillende wijzen worden aangepakt.

Niettemin zijn tussen de eerste en de derde pijler wel convergerende tendensen waarneembaar. Binnen de eerste pijler heeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG nu reeds betrekking op het strafrecht van een lidstaat wanneer deze er voor heeft gekozen op strafrechtelijke wijze te handhaven. Bovendien lijkt sinds het *milieustrafrecht* arrest en het *zeelozingen* arrest de deur open te staan voor het voorschrijven van strafrechtelijke handhaving in de eerste pijler, zij het dat de omvang van de bevoegdheid daartoe met laatstgenoemd arrest beperkt is. Anderzijds raakt in sommige gevallen derdepijler-regelgeving niet alleen het strafrecht maar ook het bestuursrecht. Hiermee is duidelijk dat de twee pijlers naar elkaar toe groeien en elkaar kunnen beïnvloeden. De gevolgen van deze convergentie tussen de eerste en de derde pijler voor de nationale rechtshandhaving zijn merkbaar. Een substantieel deel van het recht staat nu onder soms relatief vergaande Europese invloed. Op termijn zal die invloed in toenemende mate ook merkbaar worden op het niveau van de strafrechtelijke handhaving, op dezelfde wijze als dit is gebeurd ten aanzien van de bestuursrechtelijke handhaving.

De scheiding tussen de eerste en de derde pijler zal bij inwerkingtreding van het Hervormingsverdrag (Verdrag van Lissabon) overigens verdwijnen. Dit impliceert dat de communautaire methode met inbegrip van de jurisprudentiële instrumentele en waarborgende ook zou kunnen gaan gelden ten aanzien van de samenwerking in strafzaken. Dit maakt een verdergaande, geïntegreerde benadering van transnationale samenwerking inzake handhaving mogelijk.

NEDERLANDSE INVLOED OP EU-HANDHAVINGSVOORSCHRIFTEN?

Voor een juist perspectief op de verhouding van EU-regelgeving op het gebied van de rechtshandhaving tot het Nederlands beleid en wetgeving dienaangaan-

de is het ook belangrijk te kijken naar de mogelijke invloed die Nederland uitoefent op de totstandkoming van de Europese voorschriften.

Uit het onderzoek blijkt dat de houding van Nederland op de verschillende onderzochte beleidsterreinen varieert. Dat heeft vanzelfsprekend te maken met de hierna nog te bespreken beleidsveldafhankelijkheid. Toch zijn er wel enkele opmerkelijke ontwikkelingen die signalering verdienen. Soms worden er wel actieve Nederlandse pogingen gedaan ter beïnvloeding van Europese voorschriften, zoals op de terreinen terrorismebestrijding, visquotabeleid en douane. Op andere terreinen gebeurt dat juist niet en neemt Nederland vooral een passieve houding aan. Op sommige terreinen gebruikt men de Europese agenda als vehikel voor het tenuitvoerleggen van nationaal beleid, bijvoorbeeld op het terrein van mediabeleid, op andere is men vooral bezig met het verdedigen van de eigen ruimte (vgl. terrorismebestrijding, in mindere mate ook financieel toezicht, en douane). Daarbij lijkt Nederland vrij bedreven in het verdedigen van de eigen positie in de onderhandelingen, waarbij wel geldt dat de marges vaak groot genoeg zijn om in de implementatiefase niet in de problemen te komen. Er zijn duidelijke verschillen waarneembaar wat betreft de inbreng van Nederland in het Europese wetgevingsproces en de rol van de handhavende instanties daarbij. Die is soms groot (vgl. financieel toezicht), soms ook bijna afwezig (vgl. terrorismebestrijding). Ten aanzien van de Nederlandse invloed op de totstandkoming van EU-handhavingsvoorschriften is dus geen duidelijke lijn herkenbaar.

Daarbij moet worden opgemerkt dat er momenteel nog sprake lijkt te zijn van een redelijk grote eigen nationale ruimte ten aanzien van de inrichting van de rechtshandhaving in Nederland. In veel gevallen gaat dat gepaard met een wens om dat ook zo te houden. Met het oog daarop is alertheid gewenst en moet zo nodig actie worden ondernomen. De fundamenten van het Nederlandse handhavingsbestel zijn op het ogenblik kennelijk zodanig dat zonder grote aanpassingen van het nationale recht kan worden voldaan aan de huidige Europese voorschriften. Dit kan echter veranderen nu de gemeenschapswetgever gezien het *milieustrafrecht* arrest en het *zeelozingen* arrest ook met het strafrecht samenhangende maatregelen kan voorschrijven, zij het dat daarbij niet de aard en de hoogte kunnen worden bepaald. Betrokkenen dienen zich van deze mogelijkheid bewust te zijn en waar nodig een (pro)actieve opstelling te kiezen onder meer gebaseerd op ervaringen met de handhavingspraktijk in Nederland. In plaats van na te gaan welke bedreiging uitgaat van een concreet Europees instrument voor beleid of recht, zou de vraag moeten zijn op welke terreinen de lidstaten en dus ook Nederland bij het realiseren van een gemeenschappelijke ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid behoefte hebben aan Europese sturing en, zo dit het geval is, met welke invulling qua instrumentarium. Dit geldt in het bijzonder ter vermindering van *level playing field* problemen.

IMPLEMENTATIEPRAKTIJK IN NEDERLAND: PATRONEN EN PROBLEMEN

In dit onderzoek is uitgegaan van de hypothese dat een hoge mate van Europeanisering van de rechtshandhaving een rol speelt bij de implementatie in juridische en feitelijke zin (de handhavingsuitvoering) op een beleidsterrein. Onder Europeanisering wordt dan verstaan een ontwikkeling binnen de geïntegreerde Europese rechtsorde waarbij de nationale handhaving, waaronder ook de algemene leerstukken van het recht, soms in meerdere en soms in mindere mate door het Europees recht wordt bepaald. Indien de Europese Unie uitgebreide eisen stelt, mag ook verwacht worden dat die eisen op een of andere wijze een rol spelen bij de feitelijke uitvoering. Omgekeerd, indien amper eisen zijn geformuleerd, impliceert dit ook dat bij de uitvoering nauwelijks een invloed van de EU kan worden waargenomen. Kortom, het onderzoek is verricht vanuit de aanvankelijke gedachte dat wanneer de mate van Europeanisering van de handhaving toeneemt, ook de waarschijnlijkheid toeneemt dat Europese eisen een rol gaan spelen in de uitvoeringspraktijk en ook afwijkingen kunnen gaan ontstaan. Het heeft weinig zin om reacties op Europese eisen ten aanzien van de handhaving te zoeken daar waar die eisen nauwelijks bestaan.

Op basis van het algemene onderzoek en het onderzoek in de acht casestudies is geconstateerd dat op terreinen met een lage mate van Europeanisering van de materiële normstelling nauwelijks sprake is van een invloed op het Nederlandse handhavingsbeleid en de handhavingspraktijk. De handhaving in deze dossiers volgt gangbare, Nederlandse wijzen van inrichting van de handhaving. Het bijzondere is nu dat ook op terreinen waarin de mate van Europeanisering van de materiële normstelling toeneemt, en ook daar waar – nog los van die mate van Europeanisering – meer en directievere Europese handhavingsvoorschriften voorkomen, het nationale beleidsveld en de karakteristieken daarvan veelal bepalend zijn bij de verklaring waarom juist op de verkozen wijze uitvoering is gegeven aan de EU-handhavingsvoorschriften. Dit wordt in het kader van dit onderzoek aangeduid als *beleidsveldafhankelijkheid*. Een sterke beleidsveldafhankelijkheid van de uitvoering van EU-handhavingsvoorschriften zien we ondermeer terug in de dossiers mediabeleid, terrorismebestrijding, financieel toezicht en luchtkwaliteit.

Op terreinen met een lage mate van Europeanisering constateren we verder dat vanuit de EU vaak uitsluitend een aantal, algemene eisen aan de handhaving wordt gesteld, die ook vaak samenvloeien met de eisen die in Nederland aan handhaving worden gesteld. Dit geldt met name voor die dossiers waarin de in de jurisprudentie ontwikkelde eisen van passende sancties zijn voorgeschreven die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Het is dan nauwelijks mogelijk om voor deze terreinen een nadere, afwijkende Nederlandse invloed op de uitvoering van deze algemene Europese hand-

havingsvoorschriften vast te stellen, omdat de betrokken Europese handhavingsvoorschriften maar in zeer beperkte mate een kader stellen of richting geven aan de Nederlandse handhavingspraktijk. Dat maakt het vinden van verschillen bijna onmogelijk.

Waar we vaststellen dat een sterke invloed van het nationale beleidsveld op de wijze van uitvoering van EU-handhavingsvoorschriften aan de orde is, stellen we vast dat er sprake is van *asymmetrie van de Europese beïnvloeding*. Waar men zou verwachten dat meer Europeanisering van het beleidsveld en meer Europeesrechtelijke handhavingsvoorschriften ook tot meer merkbare Europese invloed op de uitvoering zou leiden, komen we in dit onderzoek tot de conclusie dat dit een te eenvoudig schema is. Zo bestaan op terreinen met een hogere mate van Europeanisering van de handhaving meer mogelijkheden voor afwijkingen van het door de Europese Unie gewenste regime. Dit zien we in het onderzoek bijvoorbeeld terug in de casestudies ESF en visquotabeleid. Afwijkingen zijn soms het gevolg van de wijze waarop Nederland de controle heeft ingericht of interpreteert (bijvoorbeeld de Biesheuvelgroepen in de casestudy visquotabeleid). In andere gevallen leidt een hogere mate van Europeanisering van de handhaving tot een feitelijke uitvoering waarin heel nadrukkelijk – soms meer dan strikt wordt vereist – met die EU-voorschriften rekening wordt gehouden. Nederland gaat dan in de bandbreedte, zagezegd, bovenaan zitten. Dit is bijvoorbeeld aan de orde op het terrein van Europese mededinging.

Gevraagd naar mogelijke patronen in de Nederlandse praktijk van implementatie van EU-handhavingsvoorschriften is zowel de praktijk van juridische en beleidsmatige implementatie, als de feitelijke implementatie (de feitelijke handhavingspraktijk) onderzocht. Op basis van aanknopingspunten in de literatuur is dit onderzoek voor wat betreft de juridische en beleidsmatige implementatie toegespitst op de volgende thema's: de noodzaak tot implementatie, de wijze van juridische implementatie, de keuze van de handhavingvorm, transnationaal overleg en informatie-uitwisseling en afstemming in de implementatieketen. Ten aanzien van de feitelijke implementatie (de feitelijke handhavingspraktijk) zijn dit de volgende thema's: bewustzijn van de Europese oorsprong van te handhaven voorschriften bij de betrokken instanties, eventuele handhavingsprioriteiten, de uitvoerbaarheid van Europese handhavingsvoorschriften en daarop gebaseerde nationale bepalingen, afstemming in de handhavingketen, internationaal overleg en informatie-uitwisseling, samenwerking met Europese of buitenlandse toezichthouders, de handhaving capaciteit en tweedelijns toezicht.

Gelet op de asymmetrie van Europese beïnvloeding en de sterke beleidsveldafhankelijkheid kan – ondanks het bestaan van enkele overeenkomsten – voor geen van de onderzochte thema's daadwerkelijk worden gesproken van één

bepaalde Nederlandse praktijk, of aanwijsbare gebruikelijke patronen van uitvoering van EU-handhavingsvoorschriften.

Wat betreft de vraag naar mogelijke problemen in de implementatiepraktijk zijn alleen enkele verbeterpunten – op Europees en/of nationaal niveau – geconstateerd op het niveau van sommige onderzochte beleidsterreinen. Zo kunnen onduidelijkheden in de implementatiefase ontstaan als gevolg van het feit dat Brussel soms twee verordeningen naast elkaar laat bestaan, zonder beide goed op elkaar af te stemmen (vgl. visquotabeleid). Het komt ook wel voor dat het overleg en de informatie-uitwisseling over implementatie van Europese voorschriften in transnationale fora ad hoc wordt ingevuld. Dat levert soms problemen op. Waar de uitvoerders zich in toenemende mate in netwerken organiseren, blijken nationale wetgevers nauwelijks zicht te hebben op de implementatiekeuzes die in Europa worden gemaakt. Toch heeft de praktijk een sterke behoefte aan informatie over de toepassing van de Europese controle- en sanctievoorschriften in andere lidstaten (vgl. financieel toezicht). Het komt ook wel voor dat in de implementatiefase weinig tot geen sprake is van transnationaal overleg of informatie-uitwisseling (vgl. luchtkwaliteit), terwijl dergelijk overleg in de regel op veel terreinen juist als zeer positief wordt ervaren. Ook de afstemming binnen de Nederlandse implementatieketen verloopt niet altijd even soepel (vgl. mediabeleid en ESF). Soms is er zelfs (vrijwel) geen afstemming (terrorismebestrijding en luchtkwaliteit). Ook de informatie-uitwisseling en de afstemming in de handhavingsketen blijkt soms een probleem (financieel toezicht en visquotabeleid). Een ander punt van aandacht betreft de te stellen handhavingsprioriteiten. Wanneer de handhaving van Europese normen prevaleert, kan daardoor de handhaving van puur nationale regels onder druk komen te staan (bijv. douane). Verder is op veel terreinen het risico van het *level playing field* probleem geconstateerd.

Structurele problemen in de praktijk van implementatie van Europese handhavingsvoorschriften blijken zich op de onderzochte terreinen in Nederland echter niet voor te doen.

1 | Inleiding

1.1 AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK

De toenemende invloed van het Europese c.q. EU-recht¹ op het nationale recht en de rechtspraktijk krijgt steeds meer aandacht. Het accent heeft daarbij tot nu toe vaak gelegen op de invloed van het Europese recht op het materiële recht en de rechtsbescherming, terwijl structurele aandacht voor handhavingsvraagstukken² en meer in het bijzonder de implementatie³ van Europeesrechtelijke handhavingsvoorschriften in Nederland minder aandacht heeft gekregen.

Recente ontwikkelingen geven aanleiding ook de verhouding van EU-regelgeving op het gebied van de rechtshandhaving tot het Nederlands beleid en wetgeving nader te doordenken, zeker nu de EU-rechtsorde waar het de handhaving betreft steeds sterker vervlochten lijkt te raken met de rechtsordes van de lidstaten. Daarbij kan worden gewezen op de derde pijler waarbinnen EU-regelgeving op het terrein van het strafrecht tot stand komt. Verder lijkt het Hof van Justitie van de EG met het *milieustrafrecht* arrest de mogelijkheid te hebben geopend voor het binnen de eerste pijler voorschrijven van het strafrechtelijk sanctioneren van gemeenschapsrechtelijke voorschriften.⁴ Het beoogde Hervormingsverdrag (Verdrag van Lissabon) zal het onderscheid tussen eerste en derde pijler grotendeels (in formele zin zelfs geheel) wegnemen, waardoor het terrein waarop de EU strafrechtelijk kan optreden potentieel aanzienlijk verruimd wordt. Los daarvan valt ook waar te nemen dat er in een aanzienlijk aantal EU-voorschriften nieuwe en – zo op het oog – steeds specifiekere regels worden gesteld terzake van de handhaving daarvan op nationaal niveau. In Brussel realiseert men zich steeds scherper dat de EU mogelijk kampt met een groot handhavingstekort. De gebrekkige naleving van regels is een zorg, die de Commissie zich heeft aangetrokken o.a. in de vorm van ‘beter wetgeven’-beleid en jaarlijkse nalevingsonderzoeken.⁵ De instellingen van de EU, de Commissie voorop, zoeken naar wegen om dat handhavingstekort op te lossen. Dat gebeurt via handhavingsvoorschriften

1 Zie voor nadere definiëring paragraaf 1.4.

2 Ibid.

3 Ibid.

4 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, Commissie t. Raad, *Jur.* 2005, p. I-7879.

5 Interinstitutioneel akkoord – ‘Beter wetgeven’ (*PbEU* 2003, C 321/1).

en aanscherping van de handhaving, maar ook via informatie, agentschappen, samenwerkingsverplichtingen en faciliteiten voor samenwerking e.d.

Ook de lidstaten komt een grote verantwoordelijkheid toe bij de handhaving van het EU-recht. Die verantwoordelijkheid geldt niet alleen voor individuele lidstaten. Door het wegvallen van de binnengrenzen binnen de EU is het belang van samenwerking tussen de diverse beleidsmakers en handhavende instanties van de lidstaten onderling vergroot. De lidstaten hebben tevens een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het realiseren van de doelstellingen van de ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Voor Nederland is het vraagstuk van de ontwikkeling binnen EU-handhavingsvoorschriften in het bijzonder actueel. In Nederland is er waar het betreft de handhaving – zo lijkt het – juist een verschuiving opgetreden van het strafrecht naar het bestuursrecht, hetgeen de vraag oproept of dit (op termijn) niet tot spanningen kan leiden met Europeesrechtelijke verplichtingen, indien die een andere richting (strafrecht) lijken uit te gaan.

1.2 VRAAG- EN DOELSTELLING VAN HET ONDERZOEK

In ieder geval kan worden geconstateerd dat het belang en daarmee de aandacht vanuit de EU voor de handhaving van EU-voorschriften op nationaal niveau toeneemt en dat dit de Nederlandse handhavingspraktijk voor de vraag stelt welke consequenties daaruit voortvloeien. Daarbij kan worden gedacht aan kwesties als de vraag of er een noodzaak tot implementatie bestaat, zo ja, hoe dit te doen, welke handhavingskeuzen er (nog) op nationaal niveau kunnen worden gemaakt en hoe de samenwerking en het overleg met andere handhavingorganen vorm dient te krijgen.

Een en ander was voor het WODC aanleiding om de onderzoekers uit te nodigen tot beantwoording van de volgende vragen:

1. Hoe is de verhouding van EU-regelgeving op het gebied van de rechtshandhaving tot het Nederlands beleid en wetgeving dienaangaande?
2. Op welke wijze wordt die regelgeving geïmplementeerd en zijn er daarbij patronen te onderkennen?
3. Voor welke problemen zien de Nederlandse wetgever en de Nederlandse handhavingspraktijk en -organisatie zich te dien aanzien gesteld?

Doelstelling van het onderzoek is het in kaart brengen van Europese sturing ten aanzien van de rechtshandhaving om op basis daarvan te analyseren hoe handhavingsvoorschriften in EU-recht (met name in regelgeving uit de eerste – EG-rechtelijke – pijler van de EU en uit de derde pijler inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken) in Nederland worden geïmplementeerd en welke ervaringen daarmee worden opgedaan, het in breder perspectief

plaatsen daarvan en het leggen van verbanden terzake. Nagegaan moet worden op welke wijze Nederland EU-handhavingsvoorschriften implementeert (waarbij naast het treffen van wettelijke of jurisprudentiële voorzieningen, ook de feitelijke toepassing door handhavende instanties wordt gezien), welke problemen en vraagstukken daarbij opkomen en of de huidige wijze van implementatie aanpassing behoeft. Door deze aanpak zou het onderzoek bouwstenen kunnen leveren voor de ontwikkeling van (proactief) beleid met betrekking tot de totstandkoming van EU-handhavingsvoorschriften en de implementatie daarvan in Nederland.

1.3 AFBAKENING EN METHODE

Om binnen de gestelde kaders van dit onderzoek voor het zeer brede scala van EU-(beleids)terreinen algemene, objectieve uitspraken te kunnen doen over de implementatie van Europeesrechtelijke handhavingsvoorschriften in Nederland, zijn na een verkennend onderzoek op twaalf beleidsterreinen volgens de *quick scan* methode acht beleidsterreinen geselecteerd voor nadere analyse. Deze beleidsterreinen variëren voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving. Daarbij is rekening gehouden met variatie in de mate van Europeanisering van de materiële normstelling. Verdeeld over vier categorieën met per categorie twee geselecteerde terreinen, beogen de onderzoekers met deze selectie een representatief beeld te geven van de Nederlandse implementatiepraktijk.

Oplopend van een lichte tot een hoge veronderstelde intensiteit van Europeanisering betreft het de volgende clusters: I) mediabeleid en terrorismebestrijding; II) luchtkwaliteit en financieel toezicht; III) Europees Sociaal Fonds (ESF) en Europese mededinging; en IV) visquotabeleid en douane.

In de vervolgfases van het onderzoek is de praktijk op deze terreinen nader onderzocht in verdiepende casestudies, op basis van implementatiedossier-, jurisprudentie- en literatuuranalyse en half gestandaardiseerde interviews met een accent op de Nederlandse rechtspraktijk op de diverse terreinen. Een nadere onderbouwing van deze opzet staat in hoofdstuk 2.

De looptijd van het onderzoek was 1 december 2006 – 2 november 2007. Met meer recent verschenen of gewijzigde wetgeving, rechtspraak en literatuur is, op een enkele uitzondering na, geen rekening meer gehouden.

1.4 TERMINOLOGIE

In dit onderzoek staan enkele kernbegrippen centraal. Zij worden hierna nader gedefinieerd. Overige begrippen zullen, waar nodig, elders in het rapport worden toegelicht.

Implementatie: het treffen van wettelijke of jurisprudentiële voorzieningen ter omzetting of uitvoering van Europese (handhavings)voorschriften, alsook de feitelijke toepassing (handhaving) van die (omgezette of uitgevoerde) voorschriften door handhavende instanties.

Het begrip implementatie wordt in het kader van dit onderzoek in beginsel ruim opgevat. Waar met het begrip implementatie in dit rapport louter wordt bedoeld op het treffen van wettelijke voorzieningen, zal dat expliciet worden aangegeven, als zijnde juridische implementatie.

Handhaving: controle en sanctionering

Het begrip handhaving wordt in het kader van dit onderzoek ruim opgevat. In Awb-termen ziet het op toezicht en handhaving; in strafrechtelijke zin op opsporing en bestrafing.

Controle: toezicht op de naleving alsook opsporing van strafrechtelijke overtredingen.

Sanctionering: het opleggen van sancties op overtredingen.

Europees of EU-recht: voorschriften uit ofwel de eerste ofwel de derde pijler.

Gemeenschapsrecht of EG-recht: EG-rechtelijke voorschriften uit de eerste pijler.

EU-voorschriften: in Europese regelgeving of jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, dan wel van het Gerecht van Eerste Aanleg vervatte regels die moeten worden gevolgd (door de lidstaten of door particulieren).

1.5 OPBOUW VAN HET RAPPORT EN LEESWIJZER

Na deze inleiding volgt in het tweede hoofdstuk een nadere onderbouwing van de opzet en verantwoording van dit onderzoek. Daarna wordt in hoofdstuk 3 een algemene analyse van de Europeanisering van de nationale handhaving gemaakt. Dit hoofdstuk vormt een opmaat en kader voor de casestudies op de hiervoor (onder 1.3) genoemde terreinen. Deze casestudies zijn in de hoofdstukken 4 t/m 11 gerangschikt volgens de in paragraaf 1.3 genoemde indeling in categorieën van veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving, beginnend met de laagste categorie en eindigend met de hoogste: mediabeleid (hoofdstuk 4) en terrorismebestrijding (hoofdstuk 5) uit categorie I; financieel toezicht (hoofdstuk 6) en luchtkwaliteit (hoofdstuk 7) uit categorie II; Europese mededinging (hoofdstuk 8) en bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap bij de uitvoering van het Europees Sociaal Fonds (hoofdstuk 9) uit categorie III en gemeenschappelijk visserijbeleid: visquotabeleid (hoofdstuk 10) en douane (hoofdstuk 11) uit

categorie IV. De opzet van deze afzonderlijke casestudies is zoveel mogelijk identiek. Er is steeds voorzien in een EU-deel waarin relevante Europeesrechtelijke voorschriften worden geanalyseerd, gevolgd door een nationaal gedeelte waarin zowel de juridische en beleidsmatige implementatie als de feitelijke implementatie (feitelijke handhaving) aan de orde komt. Hoofdstuk 12 biedt een slotbeschouwing waarin de bevindingen van het onderzoek in samenhang worden gepresenteerd. Op die basis wordt daarin tenslotte nagegaan of er patronen in de implementatie zijn te ontdekken en welke problemen zich daarbij voordoen.

De verschillende casestudies in dit rapport zijn ook los van elkaar te lezen. De lezer die vooral geïnteresseerd is in één van de geselecteerde beleidsterreinen, zou dus op zich kunnen volstaan met lezing van de desbetreffende casestudy. Echter, voor een volledig begrip van de (keuze van de) afzonderlijke casestudies, bezien tegen de achtergrond van de centrale vraagstelling van dit onderzoek, alsook voor de onderlinge samenhang tussen de casestudies, wordt de lezer aanbevolen ook de andere hoofdstukken van dit rapport te lezen. Daarbij verdient opmerking dat het tweede hoofdstuk vooral methodologisch van aard is.

1.6 ONDERZOEKSTEAM EN BEGELEIDINGSCOMMISSIE

Het onderzoek is verricht door een team van juristen (van de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden (UL), de disciplinegroepen Staats- en Bestuursrecht, Internationaal, Sociaal en Economisch Publiekrecht (ISEP/ Europa Instituut) en het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtwetenschappen van de Universiteit Utrecht (UU)) en bestuurskundigen van de Faculteit der Sociale Wetenschappen (FSW) van de UL. Het team stond onder leiding van prof.mr. T. Barkhuysen (UL) en prof.dr. W.J.M. Voermans (UL). Zij werden bijgestaan door mr. P.C. Adriaanse (UL), die ook als coördinerend secretaris van het onderzoek optrad en de dagelijkse organisatie van het onderzoek voor zijn rekening nam, mr. P. Boswijk (UU), mr. K. Habib (UL), mr. C. de Kruif (UL), mr. M.J.J.P. Luchtman (UU), prof.mr.drs. W. den Ouden (UL), prof.mr. A. Prechal (UU), prof.dr. B. Steunenberg (UL, FSW, Bestuurskunde), prof.dr. J.A.E. Vervaele (UU), mr. S.A. de Vries (UU) en prof.mr. R.J.G.M. Widdershoven (UU). Verder vervulde een groep bestuurskundige masterstudenten onder aansturing van prof.dr. B. Steunenberg een ondersteunende rol in het kader van hun gezamenlijke capstone afstudeerproject (zie voor hun namen bijlage 4). Het onderzoek werd begeleid door een Begeleidingscommissie onder leiding van prof.mr. J.H. Jans (RUG). De volledige samenstelling van de commissie is vermeld in bijlage 5 van dit rapport.

2 | Onderzoeksopzet en verantwoording

2.1 ALGEMENE ONDERZOEKSOPZET

Het onderzoek is uitgevoerd in drie zogenaamde treden. In de eerste onderzoekstrede is via *quick scans* op basis van primaire bronnen (Europese en nationale regelgeving, beleidsdocumenten, jurisprudentie) en beperkte literatuurstudie een representatieve hoofddruk verkregen van de wijze en intensiteit van Europeanisering van de rechtshandhaving in Nederland binnen sterk geëuropeaniseerde en minder sterk geëuropeaniseerde beleidsterreinen. Tevens is in deze onderzoeksfase, op basis van diepgaander studie van zowel primaire als secundaire bronnen, het algemeen hoofdstuk van dit onderzoeksrapport over Europese beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving in concept geschreven. Ook is ten behoeve van interviews een vragenlijst opgesteld op basis van in de literatuur gevonden aanknopingspunten. In de tweede en derde onderzoekstrede zijn vervolgens verdiepende casestudies uitgevoerd op geselecteerde beleidsterreinen. Naast interviews met sleutelpersonen op wetgevings-, beleids- en uitvoeringsniveau, is een verdiepende dossier-, jurisprudentie- en literatuuranalyse uitgevoerd. De verschillende onderzoekstreden zullen hierna worden toegelicht en verantwoord.

2.2 ONDERZOEKSTREDE I: SELECTIE CASESTUDIES EN THEORETISCH KADER

2.2.1 Algemeen

De eerste trede van het onderzoek beoogde een representatief beeld te geven van de aard, de wijze en vooral de variatie waarmee de EU/EG de nationale handhaving rechtstreeks en middellijk tracht te beïnvloeden. Daartoe zijn in de periode maart/april 2007 de handhavingsvoorschriften in EU/EG-regelgeving en EU/EG-beleid op twaalf beleidsterreinen door middel van een *quick scan* volgens een vast format in kaart gebracht. Dit waren de volgende (EU/EG-)beleidsterreinen: douane, visquotabeleid, ESF (bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap), financieel toezicht, Europese mededinging, voedselveiligheid, terrorismebestrijding (harmonisering materieel strafrecht), arbeidsomstandigheden, luchtkwaliteit, vervoer afvalstoffen, media-beleid (omroepen) en kwaliteit van medische dienstverlening. Deze terreinen

zijn mede gekozen op basis van aanwijzingen in de startnotitie en de offerte voor dit onderzoek. Het *quick scan* format is opgenomen als bijlage 1.

Door de resultaten van de *quick scans* vervolgens per beleidsterrein te analyseren en daarvoor een schaal te construeren, is een score berekend voor de EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving op de twaalf beleidsterreinen. Deze score is gecombineerd met een score die aan ieder beleidsterrein is toegekend voor de mate van Europeanisering van de materiële normstelling. Op basis van deze 'overall' scores is een beeld van de intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving op de verschillende beleidsterreinen ontstaan. Deze verschillende stappen in deze eerste trede van het onderzoek, alsook de selectie van casestudies op basis van de *overall* scores, zullen hieronder worden toegelicht (zie paragraaf 2.2.2 tot en met 2.2.5).

Verder is in deze eerste onderzoekstrede een algemeen theoretisch kader voor nader casestudy-onderzoek in kaart gebracht. Enerzijds is in algemene zin onderzocht op welke manieren sprake is van Europeanisering van de nationale rechtshandhaving. Dit heeft geleid tot het hierna volgende hoofdstuk 3 (zie verder ook paragraaf 2.2.6). Anderzijds is ten behoeve van het opstellen van een verantwoorde vragenlijst en opzet van de casestudies onderzocht welke aanknopingspunten in de literatuur kunnen worden gevonden over de nationale beïnvloeding van de handhaving (zie hierover verder paragraaf 2.2.7).

2.2.2 EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving: analyse en waardering van de *quick scans*

Het *quick scan* format bestaat uit een A- en een B-onderdeel. De letter 'A' duidt op het Europeesrechtelijk kader, de letter 'B' op het nationaalrechtelijk kader. Beide kaders zijn onderverdeeld in 6 onderdelen: beleidskader (1), regelgeving (2), beleidsbeïnvloeding anders dan door regelgeving en niet zijnde transnationale netwerken (3), transnationale netwerken (4), jurisprudentie (5) en instellingen/autoriteiten (6). Voor zover deze onderdelen betrekking hebben op het Europeesrechtelijk kader worden deze aangeduid met A1, A2 etc. De onderdelen binnen het nationaalrechtelijk kader hebben een B meegekregen: B1, B2 etc. Per onderdeel is een onderverdeling in twee kolommen gemaakt. In de linkerkolom kon de relevante bron (besluit, beleidsdocument, uitspraak etc.) met bijbehorende URL worden vermeld. In de rechterkolom konden per bron verwijzingen naar relevante handhavingsvoorschriften (of andere vormen van handhavingsbeïnvloeding) worden vermeld. Teneinde de *quick scans* overzichtelijk te houden, is gewerkt met een systeem van verwijzingen in voetnoten. In de voetnoten werd de vindplaats van ieder document vermeld. In de eindnoten konden de relevante handhavingsvoorschriften (of andere relevante teksten) letterlijk worden aangehaald.

De ruime opzet van de *quick scan* formats maakte het mogelijk in een nog verkennende onderzoeksfase reeds zoveel mogelijk relevante informatie gestructureerd in kaart te brengen, zowel over de Europese beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving, als over de wijze(n) waarop op nationaal niveau met die beïnvloeding wordt omgegaan.

Het primaire doel van de *quick scans* was niettemin per onderzocht beleids-terrein de bestaande EU/EG-handhavingsvoorschriften te inventariseren om een beeld te krijgen van de mate van EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving. Voor de verdere selectie zijn die handhavingsvoorschriften ontleend aan onderdeel A2 (regelgeving) van de *quick scans*. Met het oog op de selectie van casestudies is bij de analyse van deze voorschriften verder onderscheid gemaakt naar Europese voorschriften ten aanzien van (a) sancties, (b) de mate waarin eisen ten aanzien van de controlerende instantie zijn opgenomen, en (c) de mate waarin sprake is van een voorgeschreven controle-programma. Deze aspecten en hun weging worden hierna verder besproken.

De verzamelde informatie in de overige A-onderdelen van de *quick scans* (zoals beleid en jurisprudentie) is bij de vaststelling van de mate van Europeanisering van de rechtshandhaving in deze onderzoeksfase nog buiten beschouwing gelaten.¹ Datzelfde geldt voor de B-onderdelen van het nationaalrechtelijke kader op ieder beleidsterrein. Deze informatie vormde echter wel een zeer nuttige basis voor het casestudy-onderzoek in de volgende treden van het onderzoek, waarin de Europese beïnvloeding op de desbetreffende terreinen nader is bestudeerd en waarin de implementatie van de relevante EU/EG-handhavingsvoorschriften centraal stond.

2.2.2.1 Sanctievoorschrift

Het eerste aspect van EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving betreft de mate waarin het sanctievoorschrift in EU/EG-regelgeving wordt voorgeschreven. Ten aanzien van dit aspect zijn de volgende deelaspecten onderscheiden:

1 Met uitzondering van de *Griekse maïs*-uitspraak (HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Griekse Maïs, Jur.* 1989, p. 2965) (en de in het verlengde daarvan liggende uitspraken met betrekking tot de instrumentele eisen van de rechtshandhaving) waarmee uitdrukkelijk wel rekening is gehouden.

- I schrijft de EU/EG een sanctievoorschrift in algemene zin voor?²
- II zo ja, is dit sanctievoorschrift strafrechtelijk van aard?
- III zo ja, is dit sanctievoorschrift dan concreet en dwingend gericht tot de wetgever van de lidstaat?
- IV is het onder I genoemde sanctievoorschrift administratiefrechtelijk van aard, concreet en dwingend gericht tot de wetgever van de lidstaat?
- V zo ja, is het sanctievoorschrift ook dwingend voor de uitvoerende instanties in de lidstaat?

Zodra een vraag met 'ja' wordt beantwoord, is een score van één aan het desbetreffende deelaspect toegekend. Een overzicht van de scores is opgenomen in tabel 1.

Tabel 1: Scores ten aanzien van de Europese invloed op het sanctievoorschrift

		INPUT					OUTPUT	
		criterium:						
		weging:					ruw	norm
I		1	II	III	IV	V		
1	financieel toezicht	1	0	0	0	0	1	0,08
2	visquotabeleid	1	1	0	1	0	5	0,38
3	douane	1	0	0	1	1	9	0,69
4	Europese mededinging	1	0	0	1	0	4	0,31
5	ESF (fin. bel. Gem.)	1	0	0	1	0	4	0,31
6	voedselveiligheid	1	0	0	0	0	1	0,08
7	terrorisbestrijding (mat. strafrecht)	1	1	0	0	0	2	0,15
8	arbeidsomstandigheden	1	0	0	0	0	1	0,08
9	luchtkwaliteit	1	0	0	0	0	1	0,08
10	afvalstoffen	1	0	0	1	0	4	0,31
11	media (omroepen)	1	0	0	0	0	1	0,08
12	medische dienstverlening	0	0	0	0	0	0	0,00

Om de totaalscore op dit aspect te bepalen is een weging toegepast, aangezien niet elk deelaspect even belangrijk is voor de bepaling van de Europese invloed. Zoals in de tabel is aangegeven, kennen de deelaspecten III en IV een gewicht van 3, terwijl deelaspect V een gewicht van 5 is toegekend. De redenen voor deze weging zijn de volgende:

- 2 Bij de aan- of afwezigheid van dit sanctievoorschrift is in alle gevallen de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG over de instrumentele eisen van rechtshandhaving (de handhaving moet gelijkwaardig, effectief, afschrikkend en evenredig zijn) betrokken. Omdat in de *quick scans* ook een beleidsterrein is meegenomen dat op het gebied van regelgeving niet geëuropeiseerd is (kwaliteit medische dienstverlening), is deze eerste subvariabele wel onderscheidend.

- Het voorschrijven van concrete en dwingende strafrechtelijke sancties is een ‘zwaar’ middel van Europese beïnvloeding dat meer moet wegen dan alleen de vermelding van een algemeen sanctievoorschrift (deelaspect I) al dan niet in combinatie met een duiding van de aard ervan (deelaspect II). Aangezien op basis van de eerste twee deelaspecten een maximum score van twee mogelijk is, heeft een positieve score op deelaspect III een gewicht van drie. Dit geldt ook voor concrete en dwingend voorgeschreven administratiefrechtelijke sancties (deelaspect IV).
- Aan de uitvoerende instanties dwingend voorgeschreven sancties hebben een gewicht van vijf gekregen vanwege het feit dat deze, op dit moment, het hoogste niveau van Europese beïnvloeding weergegeven en deze ten minste op eenzelfde niveau liggen als een specifieke strafrechtelijke sanctiebepaling die dwingend aan de wetgever is opgelegd (een ‘ja’ op deelaspecten I, II en III). Aangezien dit laatste tot een totaalscore van vijf punten leidt is het gewicht voor deelaspect V op vijf gezet.

De resultaten van de gevonden scores en hun weging zijn weergegeven in de laatste twee kolommen van tabel 1. De kolom met ‘ruw’ geeft de ruwe, gewogen totaalscore weer. Deze score is vervolgens genormaliseerd – dat wil zeggen, teruggebracht naar het interval van nul tot één – om vergelijking met andere scores die tot een afwijkend maximum aantal punten optellen mogelijk te maken. Deze score staat in de kolom onder de noemer ‘norm’. Voor zover van belang, is deze methode ook toegepast in de hierna volgende tabellen.

2.2.2.2 Voorgeschreven controleur

Het tweede aspect van EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving is of en zo ja, in hoeverre de Unie voorschriften geeft ten aanzien van de controleur. Dit aspect kent zeven deelaspecten:

- I rust op de lidstaat de verplichting om een nationale toezichthouder in te stellen?
- II zo ja, worden de bevoegdheden van de toezichthouder vanuit de EU/EG voorgeschreven?
- III zo ja, worden er ruimere bevoegdheden toegekend dan de ‘gangbare’ bevoegdheden uit Hoofdstuk 5 Awb?
- IV wordt er vanuit de EU/EG voorgeschreven dat sprake moet zijn van horizontale of verticale samenwerking in de vorm van operationele bijstand (dus niet louter informatie-uitwisseling)?
- V zo ja, is deze samenwerking concreet omschreven?
- VI is er (al dan niet naast de nationale toezichthouder) nog een Europese toezichthouder actief?
- VII zo ja, is er toezicht op toezicht in de vorm van onder meer audits en verificaties (Europese toezichthouder in relatie tot nationale toezichthouders)?

Er is een één toegekend zodra een vraag met 'ja' wordt beantwoord. Een overzicht van de scores is opgenomen in tabel 2.

Tabel 2: Scores ten aanzien van de Europese invloed op de controleur

	criterium: weging:	INPUT							OUTPUT	
		I	II	III	IV	V	VI	VII	ruw	norm
		1	1	2	1	1	2	1		
1	financieel toezicht	1	1	1	1	1	0	0	6	0,67
2	visquotabeleid	0	0	0	1	1	1	1	5	0,56
3	douane	1	1	1	1	1	0	0	6	0,67
4	Europese mededinging	1	1	1	1	1	1	0	8	0,89
5	ESF (fin. bel. Gem.)	0	0	0	1	1	1	1	5	0,56
6	voedselveiligheid	1	0	0	0	0	1	1	4	0,44
7	terrorismebestrijding (mat. strafrecht)	0	0	0	1	1	0	0	2	0,22
8	arbeidsomstandigheden	1	0	0	0	0	0	0	1	0,11
9	luchtkwaliteit	1	0	0	0	0	0	0	1	0,11
10	afvalstoffen	1	0	0	1	0	0	0	2	0,22
11	media (omroepen)	1	0	0	0	0	0	0	1	0,11
12	medische dienstverlening	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00

Om de totaalscore op dit aspect te bepalen is een weging toegepast, aangezien niet elk deelaspect even belangrijk is voor de bepaling van de Europese invloed. Zoals in de tabel is aangegeven, kennen de deelaspecten III en VI een groter gewicht van 2. De redenen voor deze weging zijn de volgende:

- Het toekennen van ruimere bevoegdheden dan Hoofdstuk 5 Awb biedt, wordt als een 'zwaarder' middel gezien en wordt daarom met een factor twee meegewogen.
- Het hebben van een Europese toezichthouder is ook een 'zwaarder' middel dan de meeste andere deelaspecten en heeft om die reden ook een hoger gewicht.

2.2.2.3 Voorgeschreven controleprogramma

Het derde aspect van EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving betreft de Europese invloed op het controleprogramma. Dit aspect kent drie deelaspecten:

- I rust op de lidstaat de verplichting om de nodige maatregelen te nemen?
- II wordt vanuit de EU/EG een specifiek controleprogramma voorgeschreven?
- III bestaat er een vorm van EU/EG-subsidiëring voor nationale controleprogramma's?

Een overzicht van de scores is opgenomen in tabel 3. In dit geval is aan alle deelaspecten een gelijk gewicht toegekend.

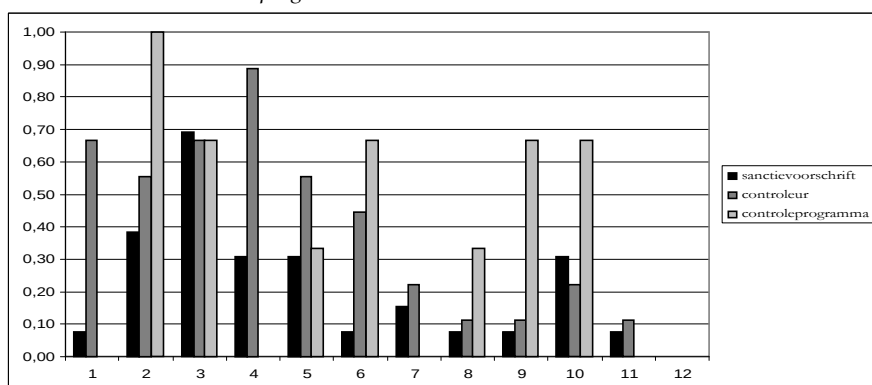
Tabel 3: Scores ten aanzien van de Europese invloed op het controleprogramma

		INPUT			OUTPUT	
		I	II	III		
		variabele:	weging:	1	1	1
1	financieel toezicht	0	0	0	0	0,00
2	visquotabeleid	1	1	1	3	1,00
3	douane	1	1	0	2	0,67
4	Europese mededinging	0	0	0	0	0,00
5	ESF (fin. bel. Gem.)	1	0	0	1	0,33
6	voedselveiligheid	1	1	0	2	0,67
7	terrorismebestrijding (mat. strafrecht.)	0	0	0	0	0,00
8	arbeidsomstandigheden	1	0	0	1	0,33
9	luchtkwaliteit	1	1	0	2	0,67
10	afvalstoffen	1	1	0	2	0,67
11	media (omroepen)	0	0	0	0	0,00
12	medische dienstverlening	0	0	0	0	0,00

2.2.2.4 EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving: totaalscores

Op basis van de informatie in de *quick scans* komen wij tot het volgende overzicht van de mate van EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving. Figuur 1 geeft de genormaliseerde totaalscores voor de drie aspecten die zijn onderscheiden: de mogelijke beïnvloeding van sanctionering, controleurs en het controleprogramma.

Figuur 1: Genormaliseerde totaalscores ten aanzien van beïnvloeding van sanctionering, controleurs en het controleprogramma



Legenda: 1=financieel toezicht; 2=visquotabeleid; 3=douane; 4=Europese mededinging; 5=ESF (bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap); 6=voedselveiligheid; 7=terrorismebestrijding (materieel strafrecht); 8=arbeidsomstandigheden; 9=luchtkwaliteit; 10=afvalstoffen; 11=media (omroepen); 12=medische dienstverlening

2.2.3 Analyse Europeanisering van de materiële normstelling

De Europeanisering van de materiële normstelling wordt doorgaans in gevalstudies aan de orde gesteld, maar is minder goed onderzocht vanuit een vergelijkend perspectief. Lastig daarbij is vooral de wijze waarop Europeanisering wordt geoperationaliseerd en gemeten en dus hoe verschillende beleidsterreinen met elkaar worden vergeleken. Een recent voorbeeld is de studie van Bovens en Yesilkagit³ die ingaat op de vraag in welke mate Europa tot wet- en regelgeving leidt in Nederland. Zij hebben getracht de Nederlandse wet- en regelgeving – dat wil zeggen, wetten in formele zin, amvb's, ministeriële regelingen en verordeningen van PBO's – te herleiden naar EG-richtlijnen die door Nederland zijn omgezet. Ministeries en daarmee beleidsterreinen die, volgens dit onderzoek, relatief veel met EG-richtlijnen te maken hebben zijn de ministeries van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (22%), Volksgezondheid, Welzijn en Sport (21%), Economische Zaken (20%), en Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu (19%). De tussen haakjes vermelde percentages hebben betrekking op de proportie wet- en regelgeving die door deze ministeries als gevolg van richtlijnen zijn omgezet.

De vraag is of deze proporties een indicatie opleveren van de Europeanisering van de materiële normstelling. Nog afgezien van de beperking dat de afbakening van ministeriële portefeuilles meerdere beleidsterreinen omvat en soms bepaalde beleidsterreinen onvoldoende afbakt, houdt een focus op omzetting geen rekening met verordeningen, verplichtingen die rechtstreeks uit de Europese verdragen voortvloeien, jurisprudentie en meer indirecte methodes om de wet- en regelgevingen in de lidstaten te beïnvloeden (denk bijvoorbeeld aan de open methode van coördinatie) om de Europeanisering van de materiële normstelling in voldoende, en daarmee op geldige wijze te meten. Door het Asser Instituut is een nadere, verkennende studie uitgevoerd naar de meting van de invloed van Europa.⁴ Weliswaar levert deze pilot een *kwantitatieve* methode op die op twee beleidsterreinen – onderwijs en milieu – is toegepast, maar de door het Asser Instituut ontwikkelde methode geeft géén inzicht in de *kwalitatieve* aspecten die voor het meten belangrijk zijn. Hoe inhoudelijk de Europese materiële normstelling is en hoe zij dus een stempel zet op de wet- en regelgeving in Nederland kan langs deze weg niet worden bepaald.

Voor het onderhavige onderzoek, waarin de mate van Europeanisering van de materiële normstelling moet worden bepaald, is daarom voor een andere methode gekozen. Aangezien de kwantitatieve methodes blijven steken

3 M. Bovens & K. Yesilkagit, 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse wetgever', *NJB* 2005, p. 523-525.

4 W.Th. Douma e.a., *Pilot – Monitor EU invloed*, T.M.C. Asser Instituut 2006, < http://www.asser.nl/eurlaw/documents/cms_eurlaw_id52_1_EINDRAPPORT%20dd%20061206%20def.pdf >

in aantallen maatregelen of bepalingen waarvan het onderlinge gewicht of hun maatschappelijke belang niet kan worden bepaald, kiezen wij in dit onderzoek voor een *kwalitatieve* bepaling van de mate van Europeanisering van de materiële normstelling op een bepaald beleidsterrein. Dit betekent dat wij een aantal relevant geachte aspecten van die normstelling door een panel van experts hebben laten scoren.

In ons onderzoek zijn de methode en de daarbij behorende aanpak ontwikkeld door de Leidse participanten van het onderzoeksteam. De Utrechtse participanten zijn vervolgens als experts benaderd en in een paneldiscussie op 14 mei 2007 bevraagd over de Europese invloed op de materiële normstelling.

De variabelen bij de beoordeling van de mate van Europeanisering van de materiële normstelling zijn de middelen die de EG/EU ten dienste staan om regelgeving te effectueren, te weten:

- I het EG-verdrag
- II verordeningen
- III richtlijnen/kaderbesluiten/negatieve harmonisatie.⁵

Aan deze variabelen zijn door de experts wegingsfactoren toegekend, namelijk (in bovenstaande volgorde) 1, 2 en 1 zodat elk beleidsterrein een score verwerft voor de mate van Europeanisering van de materiële normstelling. Een overzicht van de gegeven scores is opgenomen in tabel 4:

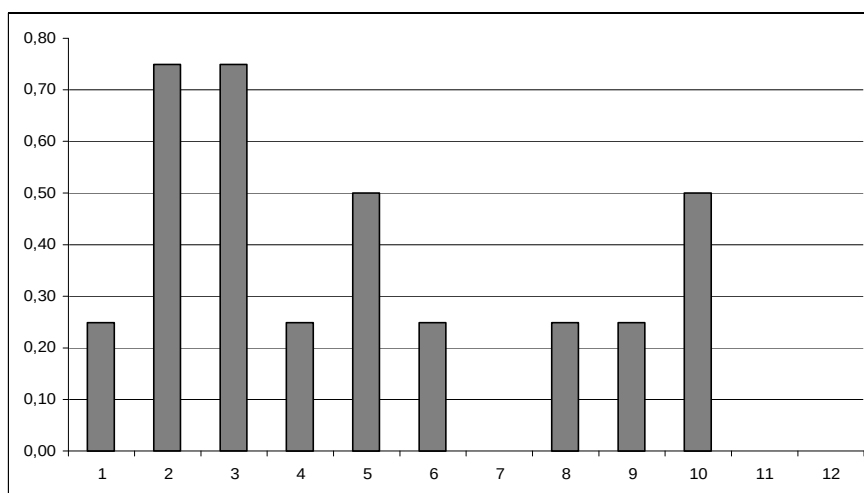
Tabel 4: Scores ten aanzien van de Europese invloed op de materiële normstelling

	criterium: weging:	INPUT			OUTPUT	
		I	II	III		
		1	2	1	ruw	norm
1	financieel toezicht	0	0	1	1	0,25
2	visquotabeleid	1	1	0	3	0,75
3	douane	1	1	0	3	0,75
4	Europese mededinging	1	0	0	1	0,25
5	ESF (fin. bel. Gem.)	0	1	0	2	0,50
6	voedselveiligheid	0	0	1	1	0,25
7	terrorismebestrijding (mat. strafrecht)	0	0	0	0	0,00
8	arbeidsomstandigheden	0	0	1	1	0,25
9	luchtkwaliteit	0	0	1	1	0,25
10	afvalstoffen	0	1	0	2	0,50
11	media (omroepen)	0	0	0	0	0,00
12	medische dienstverlening	0	0	0	0	0,00

⁵ Deze aspecten zijn met de experts bediscussieerd en die discussie heeft geen aanleiding gegeven om deze te veranderen.

De genormaliseerde scores uit tabel 4 zijn samengevat in figuur 2. Met name visquotabeleid en douane kennen een hoge mate van Europeanisering van de materiële normstelling. In het geval van terrorismebestrijding, media en medische dienstverlening is de Europese invloed op de normstelling, op basis van de drie criteria die wij in dit onderzoek hanteren, nagenoeg afwezig. Omdat wij ons in dit onderzoek richten op beleidsterreinen en niet op werkgebieden van de Nederlandse ministeries, wijken onze resultaten enigszins af van die welke door Bovens & Yesilkagit worden gerapporteerd. Daarnaast beperken wij ons niet tot richtlijnen, maar is in dit onderzoek ook naar invloed van verdragsbepalingen en verordeningen gekeken.

Figuur 2: Europeanisering van de materiële normstelling op de twaalf onderzochte beleidsterreinen



Legenda: 1=financieel toezicht; 2=visquotabeleid; 3=douane; 4=Europese mededinging; 5=ESF (bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap); 6=voedselveiligheid; 7=terrorismebestrijding (materieel strafrecht); 8=arbeidsomstandigheden; 9=luchtkwaliteit; 10=afvalstoffen; 11=media (omroepen); 12=medische dienstverlening

2.2.4 Resultaten: EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving en Europeanisering van de materiële normstelling

De som van de score voor de mate van EU/EG-beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving en de score die het beleidsterrein heeft gekregen voor de mate van Europeanisering van de materiële normstelling, tezamen aangeduid als de *intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving* op een beleidsterrein maakt uiteindelijk categorisering mogelijk. Het totaaloverzicht van de scores is opgenomen in tabel 5.

Tabel 5: Intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving: scores

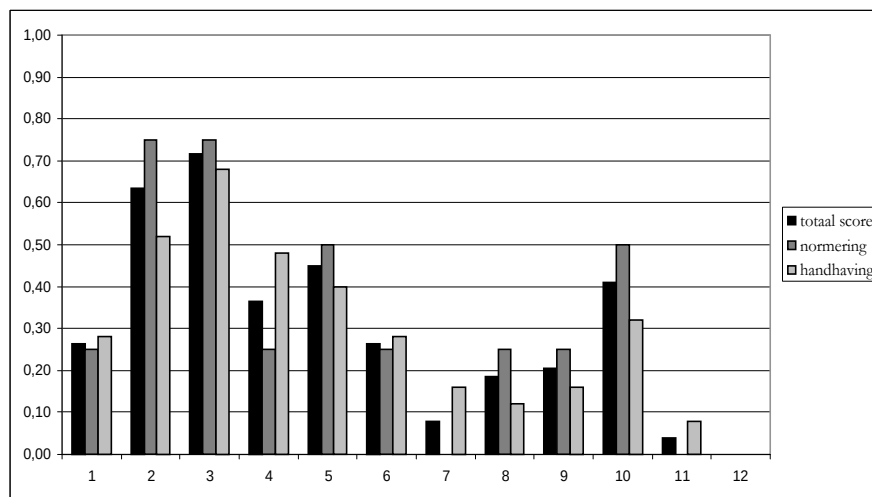
	genormaliseerde scores:	1 norm	2a sanctie	2b controleur	2c controle program	totaal 2		totaal	
	weging (a+b+c) van 2:		0,5	0,4	0,1	ruw	norm	ruw	norm
	weging (1+2):	1					1		
1	financieel toezicht	0,25	0,08	0,67	0,00	0,28	0,28	0,53	0,27
2	visquotabeleid	0,75	0,38	0,56	1,00	0,52	0,52	1,27	0,64
3	douane	0,75	0,69	0,67	0,67	0,68	0,68	1,43	0,72
4	Europese mededinging	0,25	0,31	0,89	0,00	0,48	0,48	0,73	0,37
5	ESF (fin. bel. Gem.)	0,50	0,31	0,56	0,33	0,40	0,40	0,90	0,45
6	voedselveilig- heid	0,25	0,08	0,44	0,67	0,28	0,28	0,53	0,27
7	terrorisme- bestrijding (mat. straf- recht)	0,00	0,15	0,22	0,00	0,16	0,16	0,16	0,08
8	arbeidsom- standigheden	0,25	0,08	0,11	0,33	0,12	0,12	0,37	0,19
9	luchtkwaliteit	0,25	0,08	0,11	0,67	0,16	0,16	0,41	0,21
10	afvalstoffen	0,50	0,31	0,22	0,67	0,32	0,32	0,82	0,41
11	media (om- roepen)	0,00	0,08	0,11	0,00	0,08	0,08	0,08	0,04
12	medische dienst- verlening	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00

De laatste kolom van tabel 5 geeft de genormaliseerde eindscore. Bij het berekenen van de eindscore is de volgende weging toegepast:

- De aspecten van handhaving (2a t/m 2c) zijn gewogen naar het maximum-puntentotaal dat per onderdeel kon worden behaald. Dat levert voor de onderdelen a, b en c een verhouding van 5:4:1 op. Er is ook een alternatief berekend waarbij deze verhouding is gebaseerd op het aantal items per onderdeel. Deze weging levert qua uitkomsten amper verschillen op met de hier gepresenteerde methode.
- Materiële normstelling (aspect 1) en handhaving (aspect 2) zijn gewogen in een verhouding 1:1.

Gevisualiseerd ontstaat dan het beeld zoals is weergegeven in figuur 3: de beleidsterreinen visquotabeleid (nr. 2) en douane (nr. 3) zijn het meest onderhevig aan Europeanisering; media (nr. 11) en kwaliteit van medische dienstverlening (nr. 12) het minst.

Figuur 3: Intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving: staafdiagram



Legenda: 1=financieel toezicht; 2=visquotabeleid; 3=douane; 4=Europese mededinging; 5=ESF (bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap); 6=voedselveiligheid; 7=terrorismebestrijding (materieel strafrecht); 8=arbeidsomstandigheden; 9=luchtkwaliteit; 10=afvalstoffen; 11=media (omroepen); 12=medische dienstverlening

Op basis van een analyse van de *quick scans*, aangevuld met het kwalitatieve oordeel van ons panel, valt op dat de intensiteit van Europeanisering van de rechtshandhaving sterk varieert. Sommige terreinen, zoals visserij en douane, scoren zeer hoog. Ook op terreinen als mediabeleid en terrorismebestrijding is op basis van de specifieke eisen ten aanzien van sanctievoorschriften, voorschriften ten aanzien van controleurs en controleprogramma's die wij in de *quick scans* ten aanzien van de handhaving hebben gemeten sprake van enige Europeanisering van de rechtshandhaving.

2.2.5 Categorisering en selectie casestudies

2.2.5.1 Achtergrond

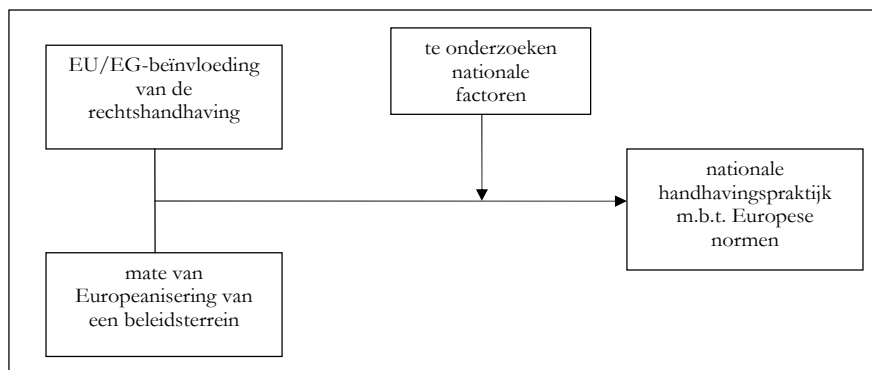
Ten behoeve van een representatieve selectie van casestudies uit de verkregen *overall* scores is rekening gehouden met een tweetal factoren.

In de eerste plaats is rekening gehouden met een variatie in de mate van Europeanisering van de diverse beleidsterreinen. Hoewel het onderzoek explorierend van aard is – er is nog maar weinig bekend over de handhavingspraktijk – is het wel duidelijk dat het omgaan met de normen die door Europa worden gesteld afhankelijk is van het aandeel dat (geïmplementeerd) Europees beleid inneemt binnen een beleidsterrein. Deze mate van Europeanisering van de

materiële normstelling op een beleidsterrein is in dit onderzoek daarom een factor waarvan wordt verwacht dat hij bepalend is voor de wijze waarop in Nederland de rechtshandhaving ter hand wordt genomen. In de berekening van de *overall* scores is, zoals hiervoor is aangegeven, rekening gehouden met deze factor.

Een voor de hand liggende relatie is dat naarmate sprake is van een hogere mate van Europeanisering van de materiële normstelling op een beleidsterrein, er ook meer Europese druk bestaat die normen te handhaven, dat wil zeggen de naleving ervan te controleren en eventuele overtredingen te sanctioneren. Vanzelfsprekend kan de feitelijke praktijk hiervan sterk afwijken. Dat heeft te maken met het feit dat deze relatie wordt beïnvloed door uiteenlopende nationale factoren die in de tweede en derde trede van het onderzoek zijn onderzocht. De verschillende factoren en hun onderlinge relaties zijn geïllustreerd in figuur 4.

Figuur 4: Europese en nationale factoren die de controle- en handhavingspraktijk beïnvloeden



Een willekeurige keuze van de casestudies die in dit onderzoek worden meegenomen kan ertoe leiden dat alleen terreinen worden onderzocht die maar in zeer geringe mate met Europa te maken hebben. De ervaringen op die beleidsterreinen zullen, zo is de veronderstelling, dan sterk afwijken van die op terreinen waar Europa veel normen heeft gesteld en duidelijk aangeeft hoe die normen moeten worden gehandhaafd. Om een dergelijke vertekening te voorkomen, is ervoor gekozen de te selecteren cases naar de mate van Europeanisering te variëren.

In de tweede plaats is bij de selectie van casestudies rekening gehouden met de repliceerbaarheid van onze bevindingen, gelet op de vraag of waarnemingen ten aanzien van een bepaalde casus toevallig zijn of een algemener patroon volgen. Omwille van de replicatie zouden meerdere gevallen van hetzelfde type moeten worden onderzocht om tot meer algemene conclusies te kunnen komen. Binnen de marges van dit onderzoek is ervoor gekozen om per cate-

gorie (uitgaande van vier categorieën) iedere casus te dupliceren met een tweede geval uit dezelfde categorie. Indien de bevindingen voor beide gevallen hetzelfde zijn, is er meer reden om aan te nemen dat sprake is van een algemeen patroon.

Voor de rechtshandhaving van belang zijnde nationale factoren zijn buiten de selectie van casestudies gehouden. De belangrijkste reden is dat in deze fase van het onderzoek nog onvoldoende inzicht bestond wanneer welke factoren van belang zijn, en hoe die factoren gezamenlijk de nationale handhavingspraktijk beïnvloeden. Met andere woorden, op dit punt bestond nog onvoldoende theorievorming en empirisch onderzoek om duidelijke en precieze verwachtingen te formuleren. Nadat de selectie van cases eenmaal was gemaakt, zijn de bedoelde nationale factoren wel onderzocht in de vervolgtreden van het onderzoek (zie hierna).

2.2.5.2 Categorisering en selectie casestudies

Op basis van de hiervoor beschreven scores (zie tabel 5) worden in totaal vier categoriën van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving onderscheiden. Deze categorieën zijn als volgt ingedeeld:

Categorie I:	score van 0 – 10	lage mate van Europeanisering
Categorie II:	score van 10 – 30	matige Europeanisering
Categorie III:	score van 30 – 50	redelijk hoge mate van Europeanisering
Categorie IV:	score van 50 en hoger	hoge mate van Europeanisering

Tot categorie I worden gerekend:

- *mediabeleid (omroepen)*
- *terrorismebestrijding (harmonisering van het materieel strafrecht)*
- *kwaliteit van medische dienstverlening*

Tot categorie II worden gerekend:

- *financieel toezicht*
- *voedselveiligheid*
- *arbeidsomstandighedenbeleid*
- *luchtkwaliteit*

Tot categorie III worden gerekend:

- *Europese mededinging*
- *ESF (bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap)*
- *vervoer van afvalstoffen*

Tot categorie IV worden gerekend:

- *visquotabeleid*
- *douane*

In het licht van de hiervoor genoemde wens van replicatie zijn per categorie twee beleidsterreinen geselecteerd die nader zijn onderzocht in de vervolgtreden van het onderzoek (zie hierna). Dit is bedoeld om patronen bij de implementatie van EG/EU-regelgeving te beschrijven en mogelijk verbanden met andere, in de nationale politieke en bestuurlijke arena aanwezige factoren te kunnen leggen.⁶

De geselecteerde beleidsterreinen zijn gecursiveerd weergegeven in bovenstaand overzicht. Indien per categorie meer dan twee terreinen aanwezig zijn, is de selectie mede gebaseerd op een zekere spreiding over departementen.

2.2.6 Theoretisch kader Europeanisering van de nationale handhaving

Gelet op de centrale vragen van dit onderzoek is, alvorens de verschillende casestudies uit te voeren, eerst in algemene, theoretische zin onderzocht hoe de EU-regelgeving op het gebied van de rechtshandhaving zich verhoudt tot het Nederlands beleid en wetgeving dienaangaande. Zoals reeds gesteld in hoofdstuk 1, is daarbij in algemene zin verondersteld dat het Europees recht steeds belangrijker wordt en er een groeiende invloed is vanuit Europa op de nationale rechtsorde. Deze toenemende invloed van Europa op de nationale rechtsorde wordt wel Europeanisering genoemd. Toegespitst op het bestuursrecht wordt volgens Jans e.a. onder de Europeanisering van het nationale bestuursrecht verstaan 'dat het nationale recht, waaronder ook de klassieke algemene leerstukken van nationaal bestuursrecht, soms in meerdere en soms in mindere mate door het gemeenschapsrecht wordt bepaald.'⁷ Ruimer geformuleerd en meer gericht op het onderwerp van onderhavig onderzoek kan Europeanisering dan ook wel worden omschreven als een ontwikkeling binnen de geïntegreerde Europese rechtsorde waarbij de nationale handhaving, waaronder ook de algemene leerstukken van het recht, soms in meerdere en soms in mindere mate door het Europees recht wordt bepaald. In hoeverre en op welke wijze(n) sprake is van Europeanisering van de nationale handhaving

6 In dit verband valt ook te wijzen op een recente studie naar de invloed van Europa op overheidstoezicht in Nederland, uitgevoerd in opdracht van de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties. In deze studie is ook onderzoek verricht naar de ervaringen van een aantal rijksinspecties met het toezicht op de naleving van Europese regelgeving. De onderzochte rijksinspecties in deze studie zijn echter andere dan die welke in onderhavig onderzoek zijn onderzocht. Zie Bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07 27831, nr. 21.

7 J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 27.

is in algemene zin uitgewerkt in hoofdstuk 3 van dit rapport en nader bestudeerd in de casestudies in de hoofdstukken 4 t/m 11.

2.2.7 Theoretisch kader nationale beïnvloeding van de handhaving: de uitvoering van beleid

Ten behoeve van het opstellen van een vragenlijst voor de interviews, alsook de daarmee samenhangende opzet van de casestudies naar de wijze van zowel juridische als feitelijke implementatie van Europese handhavingsvoorschriften, is in de literatuur over nationale beïnvloeding van de rechtshandhaving gezocht naar aanknopingspunten voor relevante thema's. Hieronder wordt dit theoretisch nader uitgewerkt.

2.2.7.1 Literatuuroverzicht

Het onderzoek naar de uitvoering van beleid heeft door de tijd verschillende perspectieven gehanteerd die, afhankelijk van het perspectief, verschillende factoren aanwijzen die invloed hebben op de mate waarin en de wijze waarop beleid wordt uitgevoerd. Deze perspectieven zijn de klassieke *top-down* en *bottom-up* benaderingen en de meer recent ontwikkelde *synthesizers* die elementen van beide voorafgaande benaderingen proberen te verenigen.⁸

De *top-down* benadering gaat uit van een hiërarchische kijk op de uitvoering waarin de politieke top sturend optreedt naar de uitvoerende organisaties.⁹ Beleid wordt vooral gezien als één of meerdere doelen die door een inzet van instrumenten gerealiseerd zouden moeten worden. Gebruik makend van uiteenlopende inzichten uit verschillende vakgebieden, waaronder organisatie-sociologie en de beleidswetenschappen, zijn tal van factoren benoemd die zowel het sturende vermogen van de 'top'¹⁰ in het uitvoeringsproces als de welwillendheid van de uitvoeringsorganisaties om het beleid daadwerkelijk tot uitvoering te brengen, verminderen.¹¹ Daarbij gaat het vooral om hoe ambitieus de beleidsdoelstellingen zijn geformuleerd, de vraag of voldoende middelen voor de uitvoering beschikbaar zijn, de vraag of het beleid en de daarbij gekozen beleidsinstrumenten zijn gebaseerd op een geldige beleids-

8 M.J. Hill & P.L. Hupe, *Implementing public policy: governance in theory and practice*, Londen: Sage 2002.

9 Zie bijvoorbeeld: J.L. Pressman & A. Wildavsky, *Implementation*, 3rd edn, Berkley: University of California 1984; D. van Meter & C.E. van Horn, 'The policy Implementation process: A conceptual framework', *Administration and society* 1975-4, p. 445-488; P. Sabatier & D. Mazmanian, 'The Conditions of Effective Implementation', *Policy Analysis*, 1979-5, p. 481-504.

10 Dat wil zeggen, degenen die de doelstellingen hebben geformuleerd.

11 Zie voor een verdere discussie: Hill & Hupe 2002.

theorie,¹² de betrokkenheid van de 'top' bij de uitvoering, de mate van overeenstemming over het te voeren beleid, de opspoorbaarheid van afwijkingen in de uitvoering en de centrale beïnvloedingsmogelijkheden van de lagere uitvoeringsorganisaties. Verder wordt er ook op gewezen dat de context waarin beleid tot uitvoering moet worden gebracht een rol speelt, maar die factor is vaak niet beïnvloedbaar voor de actoren.

De *bottom-up* benadering let vooral op de diensten of ambtenaren die betrokken zijn bij de feitelijke uitvoering van beleid.¹³ De betrokkenheid en vaardigheden van deze ambtenaren bepalen in belangrijke mate het succes en falen van de beleidsuitvoering.¹⁴ Een belangrijke reden daarvoor is dat in voorschriften, handleidingen of circulaire's niet alles kan worden geregeld waardoor een bepaalde mate van beleidsvrijheid overblijft waarbinnen uitvoerders nadere keuzes kunnen maken.¹⁵ Die kleuring zal hoofdzakelijk afhankelijk zijn van de professionele voorkeuren van de uitvoerders. Vanzelfsprekend zal dat meer overeenstemmen met de officiële doelstellingen van het beleid op het moment dat degenen die met de uitvoering zijn belast die doelstellingen kennen, voorts met die doelstellingen kunnen instemmen¹⁶ en in staat zijn die doelstellingen met het beschikbare instrumentarium te bereiken.¹⁷ 'Kunnen, weten en willen' zijn, zoals Hoogerwerf¹⁸ het formuleert, voorwaarde voor een effectieve beleidsuitvoering. Tegelijkertijd zijn onduidelijkheden over de te bereiken doelstellingen, verschillen van opvatting over die doelstellingen of het te hanteren instrumentarium, onvoldoende kennis van zaken en onvoldoende middelen om de beleidsinstrumenten in te zetten (dat wil zeggen, capaciteitsproblemen) belangrijke faalfactoren van beleid.

Het derde en, op dit moment, laatste perspectief zijn de hybride theorieën die elementen van zowel de *top-down* als de *bottom-up* benaderingen bevatten. Beleidsuitvoering is een proces waarin meerdere actoren zijn betrokken die trachten om de uitvoering in een bepaalde richting te beïnvloeden. Die richting kan door sommigen worden gedeeld maar niet door allen, waardoor een

12 Dat wil zeggen, een causaal model over hoe interventies in de beleidspraktijk tot veranderingen leiden.

13 In dit verband wordt wel gesproken van *street-level bureaucrats*.

14 M. Howlett & M. Ramesh, *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*, Toronto: Oxford Press University Press 2003, p. 190.

15 Zie bijvoorbeeld: W. Bakker & F. van Waarden, *Ruimte voor regels, stijlen van regulering en beleidsuitvoering vergeleken (Beleid en maatschappij jaarboek)*, Amsterdam: Boom 1999; A. Hoogerwerf, *Overheidsbeleid, een inleiding in de beleidswetenschap*, Alphen a/d Rijn Samson 1993; A. Korsten & W. Derksen (red.), *Uitvoering van overheidsbeleid: Gemeenten en ambtelijk gedrag belicht*, Leiden: Stenfert Kroese 1986.

16 Omdat zij bijvoorbeeld betrokken zijn geweest bij de beleidsvoorbereiding.

17 H. van de Graaf & R. Hoppe, *Beleid en kritiek, een inleiding tot de beleidswetenschap en de beleidkunde*, Bussum: Coutinho 1989, p. 368.

18 Hoogerwerf 1993.

inherente spanning in de uitvoering optreedt. Dit laatste sluit goed aan bij Scharpf die aangeeft dat uitvoering het resultaat is van interacties tussen de verschillende actoren in een beleidsnetwerk met verscheidene belangen, doelen en strategieën.¹⁹ Op vergelijkbare wijze wijst O'Toole op het belang van de onderhandelingsprocessen tussen de centrale autoriteiten en de uitvoerders.²⁰ Voor een meer effectieve uitvoering is de kwaliteit van communicatie en coördinatie belangrijk en de vraag of de verschillende actoren betrokken bij het beleid (zich realiseren dat zij) van elkaar afhankelijk zijn. Andere, belangrijke factoren die naar voren komen zijn het aantal betrokken actoren met diffuse en mogelijk conflicterende belangen, de mate waarin de uitvoering zich uitstrekt naar verschillende overheidslagen, de mate waarin verschillende (en mogelijk elkaar tegensprekende) belangengroepen actief zijn in het veld en de vraag of het beleid een gevolg is van een complex, politiek compromis.

2.2.7.2 Naar een indeling van de vragenlijst en opzet van de casestudies

De resultaten van het onderzoek naar factoren die de uitvoering van beleid beïnvloeden kunnen worden samengevat aan de hand van begrippen die in figuur 5 zijn geïllustreerd. Dat zijn:

1. *context*: de institutionele context waarin de uitvoering plaatsheeft;
2. *actoren, hun belangen en capaciteiten*: dit betreft de vraag wie een rol spelen, wat deze actoren willen en wat zij kunnen (ondermeer ten aanzien van het kennen van de inhoud van het beleid en het kunnen uitvoeren van dit beleid met behulp van beschikbare instrumenten). Met betrekking tot de actoren speelt ook de vraag of belangengroepen of de media actief zijn. Capaciteit heeft ook betrekking op de kennis van de uitvoerders en de middelen die aan de uitvoerders ter hand zijn gesteld;
3. *configuraties*: combinaties van actoren, belangen en capaciteiten zoals die aanwezig zijn. Daarbij kan worden gedacht aan een complex netwerk van actoren die bij de uitvoering zijn betrokken (waaronder organisaties op verschillende overheidslagen), de mate van hiërarchie binnen de organisatie van de uitvoering (of, de mate waarin sprake is van een ongelijke verdeling van bevoegdheden), de mate waarin sprake is van conflicterende belangen van de betrokken actoren, en de mate waarin sprake is van een ongelijke verdeling van kennis en middelen;
4. *interactievormen*: dit betreft de wijze waarop de verschillende actoren met elkaar omgaan bij de uitvoering van beleid. Er kan sprake zijn van beperkte

19 F.W. Scharpf, 'Interorganizational policy studies: Issues, concepts and perspectives', in: K.I. Hanf & F.W. Scharpf (red.), *Interorganizational policy making: limits to Coordination and Central Control*, Londen: Sage 1978, p. 345-370.

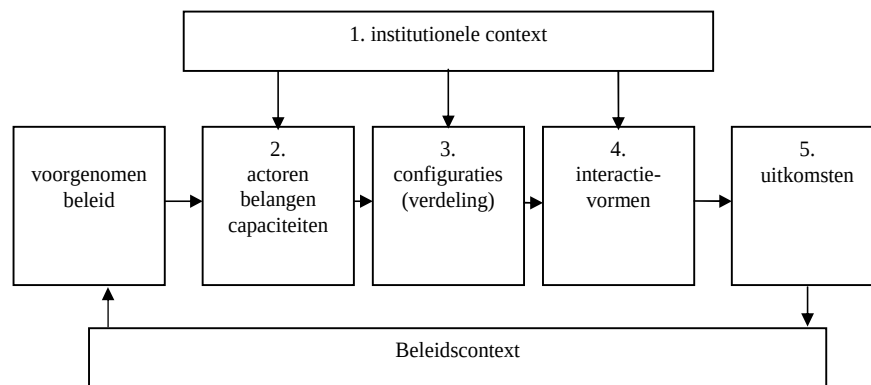
20 L.J. O'Toole, 'Research on Policy Implementation: Assessment and Prospects', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2000-10(2), p. 263-288.

of intense sturing door de politieke top; er kan sprake zijn van communicatie in verschillende intensiteiten, naast andere sturingsmiddelen; er kan sprake zijn van uiteenlopende vormen van samenwerking, variërend van collegiaal tot conflicterend;

5. *uitkomsten*: het resultaat van de beleidsuitvoering.

De relatie tussen uitkomsten, beleidscontext en voorgenomen beleid duidt op de feedback van de uitvoering op de andere elementen van het beleid. Dit duidt ook op de mogelijkheid van tussentijdse aanpassingen die de uitkomsten kunnen doen veranderen.

Figuur 5: Beleidsuitvoering als proces



Geïnspireerd op: F.W. Scharpf, *Games real actors play: Actor-centered institutionalism in policy research*, Boulder CO: Westview Press 1997, p. 44.

In dit onderzoek naar de implementatie (daaronder begrepen de juridische implementatie alsook de feitelijke uitvoering) van EU-handhavingsvoorschriften zijn vooral de factoren (1), (2), (3) en (4) van belang. Daarvan uitgaande is in de analyse vooral gelet op de volgende kernthema's: de juridische/beleidsmatige implementatie (waaronder aansluiting tussen Europese voorschriften en nationale rechtshandhaving, implementatievrijheid, noodzaak en keuze voor nieuwe maatregelen en gekozen handhavingsregime); de implementatieketen (waaronder de actoren en de gevoerde regie, afstemming en de internationale component) en de feitelijke handhaving (waaronder uitvoerbaarheid, capaciteit, afstemming, de internationale component en toezicht op toezicht (tweedelijnstoezicht)).

De vragenlijst die in het onderzoek is gehanteerd voor de interviews (zie paragraaf 2.3.2), alsook de daarmee samenhangende opzet van de casestudies (zie paragraaf 2.3.3) zijn rond deze kernthema's gestructureerd. Zie voor een nadere uitwerking van deze thema's bijlage 2 van dit rapport.

2.3 ONDERZOEKSTREDEN II EN III: UITVOERING CASESTUDIES EN ANALYSE

2.3.1 Algemeen

De tweede en derde trede van het onderzoek beoogden patronen van implementatie van Europese eisen gesteld aan de nationale rechtshandhaving, alsmede ervaringen met (de patronen van) implementatie bloot te leggen. Het verdiepende onderzoek in deze treden is uitgevoerd aan de hand van 8 geselecteerde cases (zie paragraaf 2.2.5.2). In de periode begin mei tot begin juli 2007 (trede II) zijn op de geselecteerde terreinen 37 interviews gehouden met in totaal 60 respondenten. Het betreft beleidsmedewerkers en wetgevingsambtenaren en andere professionals die voor de implementatie van EU/EG-besluiten verantwoordelijk waren/zijn, alsook sleutelpersonen bij inspectie- en handhavingsautoriteiten. In de interviews met eerstgenoemde personen stond de vraag centraal hoe via Nederlandse maatregelen, met name wettelijke maatregelen, op een bepaald beleidsterrein gevolg is gegeven aan de algemene (artikel 10 EG), dan wel bijzondere verplichtingen (jurisprudentie, via specifieke voorschriften uit EU/EG-besluiten) terzake handhaving (controle en sanctiëring) van EU/EG-regels. In de interviews met laatstgenoemde personen stond de vraag centraal hoe in de handavings- en uitvoeringsfase wordt omgegaan met sturing vanuit Europa, al dan niet via terzake relevante (geïmplementeerde) nationale regelgeving en welke mogelijke knelpunten zich, tengevolge van de implementatie van EU/EG-eisen op het gebied van de rechtshandhaving, voordoen met betrekking tot organisatie, (juridische) uitrusting en capaciteit ten behoeve van de rechtshandhaving. In de periode juli/augustus 2007 (trede III) is verdiepende implementatiedossier-, jurisprudentie- en literatuuranalyse op de geselecteerde beleidsterreinen uitgevoerd.

2.3.2 Voorbereiding en uitvoering interviews

Ten behoeve van de selectie van sleutelpersonen voor interviews is per geselecteerd beleidsterrein eerst vastgesteld welk ministerie eerstverantwoordelijk is voor implementatie van Europese voorschriften, alsook welke inspectie-, handavings- en uitvoeringsinstanties betrokken zijn.

Via de leden van de begeleidingscommissie van dit onderzoek zijn vervolgens diverse namen van eerste contactpersonen bij deze ministeries en instanties verkregen. Deze personen zijn telefonisch of per e-mail benaderd door de onderzoekers met het verzoek of zij gelet op hun kennis en expertise medewerking zouden willen verlenen aan onderhavig onderzoek, dan wel of zij zouden kunnen doorverwijzen naar andere relevante contactpersonen in het veld. Via deze methode konden in relatief korte tijd veel contactpersonen worden benaderd. Na het leggen van deze eerste contacten is aan de contact-

personen vervolgens nog een brief van het WODC gestuurd, met daarin uitleg over de aard, opzet en uitvoering van het onderzoek, alsook een verzoek tot medewerking daaraan.

Wanneer contactpersonen bereid bleken medewerking te verlenen aan dit onderzoek, zijn concrete afspraken gemaakt en is voorafgaande aan de interviews een lijst met interviewthema's toegestuurd. In totaal zijn aan de hand van half-gestandaardiseerde vragenlijsten (zie bijlage 2) in dit onderzoek 37 interviews afgenomen met in totaal 60 respondenten. De vragenlijsten zijn opgesteld op basis van in de literatuur gevonden aanknopingspunten (zie paragraaf 2.4). Ten behoeve van interne verslaglegging zijn de gesprekken digitaal opgenomen, tenzij dit door geïnterviewden bezwaarlijk werd bevonden.

Voor zover dat mogelijk en gewenst was, is bij organisaties soms met meerdere contactpersonen (met verschillende functies) tegelijkertijd gesproken. Zie bijlage 3 voor een overzicht van de geïnterviewde instanties en personen.

De interviews zijn afgenomen door kleine teams van onderzoekers, in de meeste gevallen bestaande uit een senior-onderzoeker, vergezeld door een junior-onderzoeker en een student-onderzoeker.

2.3.3 Dossieranalyse implementatiedossiers, jurisprudentieanalyse en literatuuranalyse

De verdiepende implementatiedossier-, jurisprudentie- en literatuuranalyse op de geselecteerde beleidsterreinen is uitgevoerd op basis van nationale regelgeving, wetsvoorstellen, parlementaire geschiedenis, beleidsdocumenten, nationale jurisprudentie en relevante literatuur. Daarbij is gebruik gemaakt van elektronische zoeksystemen via Kluwer Plaza, SDU-wettenbank, Opmaat, Eurlex, www.wetten.nl, www.rechtspraak.nl en Picarta.

De bevindingen uit de interviews en de voornoemde analyses zijn verwerkt in de casestudies, die in beginsel zijn opgezet volgens een vaste structuur, corresponderend met de in paragraaf 2.2.7.2 genoemde aanknopingspunten uit de literatuur. De precieze uitwerking van deze opzet kan voor de verschillende casestudies op onderdelen verschillen, daar niet alle aanknopingspunten voor alle casestudies even relevant bleken te zijn.

2.3.4 Algemene analyse: conclusies

Op basis van de bevindingen uit het algemene hoofdstuk 3 in combinatie met de casestudies in de hoofdstukken 4 t/m 11 zijn algemene conclusies opgesteld, die zijn weergegeven in hoofdstuk 12 van dit rapport.

Het onderzoek is afgerond op 2 november 2007. Met meer recent verschenen of gewijzigde wetgeving, rechtspraak en literatuur is, op een enkele uitzondering na, geen rekening meer gehouden.

3 | Europeanisering van de nationale handhaving

3.1 INLEIDING

3.1.1 Algemeen

De Europeanisering van het nationale recht staat volop in de belangstelling.¹ Op veel verschillende rechtsgebieden wordt bekeken hoe het recht van de Europese Unie invloed uitoefent op het nationale rechtssysteem.² Dat geldt zeker ook voor de rechtshandhaving.³ Europeanisering van de nationale

-
- 1 Zie onder andere het standaardwerk van G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2004. Met betrekking tot het bestuursrecht: J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002; en de vernieuwde Engelstalige versie: J.H. Jans e.a., *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007. Zie daarvoor ook de conclusies uit de derde evaluatie van de Awb, R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007. Met betrekking tot het strafrecht zie R. Barents, 'De denationalisering van het strafrecht', *SEW* 2006-10, p. 358-374; J.A.E. Vervaele, *Europeanisering van het strafrecht of de strafrechterlijke dimensie van de Europese integratie*, Kontich: Panopticon 2004, p. 3-26; G.J.M. Corstens & M.I. Veldt-Foglia, 'Communautarisering van het straf- en strafprocesrecht', *DD* 2003-2, p. 123 e.v. En voor het privaatrecht: J.M. Smits, Europa en het Nederlands privaatrecht, *NTB-10* 2004, p. 490-500.
 - 2 Zie bijvoorbeeld het onderzoek van de Raad voor de Rechtspraak door S. Prechal e.a., *Europeanisation of the Law: consequences for the Dutch Judiciary*, Groningen: University Library Groningen 2005, < <http://irs.ub.rug.nl/ppn/27857565X> 2005 >. Zie ook: A. Schout & K. Nomden, 'De Europeanisering van het Nederlandse openbaar bestuur', *Bestuurswetenschappen* 2000-5, p. 336-354; W.J.M. Voermans, 'De communautarisering van toezicht en handhaving', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van regels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 69-87; T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006.
 - 3 J.T.K. Bos e.a., *Handhaving van het bestuursrecht*, Preadviezen VAR, VAR-reeks 114, Alphen a/d Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1995; T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van regels*, Deventer: Kluwer 2005; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, Londen: British Institute of International and Comparative Law, 2006; R. van Gestel & Ph. Eijlander (red.), *Domeinconflicten tussen Europees en nationaal toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006; F.C.M.A. Michiels, *Houdbaar handhavingsrecht* (oratie), Deventer: Kluwer 2006. F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006; L.J.J. Rogier & H. de Doelder (red.), *Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht*, Den Haag: BJu 2006; T. Barkhuysen, W. den Ouden

handhaving vindt plaats zowel binnen de eerste – EG-rechtelijke – pijler als binnen de derde pijler van de Europese Unie inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken. De grens tussen beide pijlers vervaagt bovendien, zoals wordt onderstreept door het recente politieke akkoord over het Hervormingsverdrag (Verdrag van Lissabon). Ook uitspraken van het Hof van Justitie van de EG illustreren dit. Zo brengt de uitspraak van 16 juni 2005 in de zaak *Pupino* communautaire elementen in de derde pijler, terwijl de uitspraak van 13 september 2005 over het milieustrafrecht het bevoegdheidsgebied van de eerste pijler uitbreidt ten koste van de derde.⁴ Zeer recent heeft het Hof van Justitie van de EG uitspraak gedaan in de *zeelozingen*zaak.⁵ De uitspraken hebben geleid tot veel nieuwe publicaties en onderzoek.⁶ Ze zijn ook relevant voor de handhaving van het Europees recht. In dit hoofdstuk wordt de verhouding tussen het Europese recht en het nationale recht op het gebied van de nationale handhaving weergegeven. Het dient als algemeen kader voor de casestudies die hoofdstuk 4 tot en met hoofdstuk 11 beslaan en wil een algemeen overzicht geven van de Europeanisering van de nationale handhaving over de volle breedte van het Europese recht.

3.1.2 De Europese bestuursorde

Het systeem van de Europese bestuursorde wordt aangeduid als een gedeeld bestuur in een veellagige rechtsorde. Het systeem bestaat zowel uit Europese als nationale instituties. Samen moeten zij zorg dragen voor de uitvoering van het EU-recht. Slechts in enkele gevallen treedt de Unie zelf handhavend op (*directe handhaving*).⁷ Veel vaker is er sprake van indirecte handhaving en is Europa afhankelijk van de lidstaten voor de handhaving van haar recht (*indirecte handhaving*). De lidstaten moeten dan de materiële Europese regelgeving op correcte wijze implementeren. Bovendien moeten ze voor de uitvoering een nationaal orgaan aanwijzen dat met de uitvoering is belast en dat met de nodige bevoegdheden is toegerust om de opgedragen taak te vervullen.

Het beginsel van een *gedeeld bestuur* in de Europese Unie wordt beheerst door enkele samenhangende principes. Het betreft allereerst het principe van de voorrang van het Europese recht en het loyaliteitsbeginsel van artikel 10

& E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007; F.L. Leeuw, J.S. Kerseboom & R. Elte (red.), *Turven, tellen, toetsen. Over toezicht, inspectie, handhaving en evaluatie en hun maatschappelijke betekenis in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; A.P.W. Duijkersloot, *Toezicht op gereguleerde markten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

4 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285; HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, Commissie t. Raad, *Jur.* 2005, p. I-7879.

5 HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, Commissie t. Raad, n.n.g.

6 Zie paragraaf 3.5 en de daar genoemde literatuur.

7 Bijvoorbeeld in het mededingingsrecht.

EG, die een uniforme handhaving van het Europese materiële recht moeten waarborgen. Het gaat hier om het verzekeren van de uitvoering van het Europese recht door te voorkomen dat er een te groot verschil bestaat tussen de verschillende lidstaten bij de uitvoering van Europees recht. Het Hof van Justitie heeft op basis van artikel 10 EG de verplichting ontwikkeld voor lidstaten om te zorgen voor een gelijkwaardige, evenredige, doeltreffende en afschrikwekkende handhaving. Verder kan de Gemeenschap ook andere eisen stellen aan de handhaving. Deze eisen stellen grenzen aan de vrijheid van de lidstaten. Het loyaliteitsbeginsel reikt verder dan de eerste pijler. Zoals het Hof van Justitie in *Pupino* heeft beslist, vormt dit beginsel eveneens een onderdeel van de derde pijler.⁸ Daarnaast bestaat het principe van de nationale institutionele en procedurele autonomie.⁹ Dit betekent dat lidstaten in beginsel zelf mogen bepalen op welke manier en door middel van welke instanties zij het Europees recht handhaven, voor zover het gemeenschapsrecht daarover niets bepaalt. Dit beginsel is erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG.¹⁰ Het kan in verband worden gebracht met het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 EG. Het gevolg van dit uitgangspunt is dat de staat zelf ten opzichte van Europa verantwoordelijk is voor de handhaving. Een lidstaat kan daarom ook aansprakelijk worden gesteld door middel van de verdragschendingsprocedure (artikel 226 EG). Deze procedure kan ook worden ingesteld wanneer decentrale lichamen of zelfstandige bestuursorganen nalatig zijn in de uitvoering van het Europees recht.¹¹

Deze principes geven tezamen in belangrijke mate vorm aan de *geïntegreerde rechtsorde*.¹² Het is echter goed te benadrukken dat de samenwerking die zo

8 Zie verder paragraaf 3.5.

9 Jans e.a. 2002, p. 26 en 39.

10 HvJ EG 12 juni 1990, zaak 8/88, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1990, p. I-2321.

11 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 september 2001, zaak C-417/99, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2001, p. I-6015. Het beroep van Spanje op de exclusieve bevoegdheid van de autonome regionale overheden werd verworpen.

12 De Duitse bestuursrechtwetenschap kent op dit gebied al langer het begrip *Verwaltungsverbund* om het bijzondere karakter te beschrijven van het Europees bestuursrecht. Zie algemeen E. Schmidt-Assman & B. Schondorf-Haubold 'Der Europaeischen Verwaltungsverbund', *Archiv des öffentlichen Rechts* 2006-3, p. 476-480; Ch. Calliess & Ch. Möllers, Gottinger Online-Beiträge zum Europarecht nr. 49, *Der europäische Verwaltungsverbund: Verwaltung in Mehrebenen-Rechtsordnungen*, <<http://www.europarecht.uni-goettingen.de/Paper49.pdf>>. Op pagina 2 wordt het Verwaltungsverbund als volgt omschreven: 'Erst Trennung und Verbindung, Alleinzuständigkeit und Zusammenarbeit machen das Vollzugskonzept des Gemeinschaftsrechts aus. Die Eckpfeiler dieses Konzepts sind Artikel 5 und Artikel 10 EGV: die begrenzte Einzelmächtigung und das Subsidiaritätsprinzip einerseits, die umfassende gegenseitige Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsorgane andererseits. Seinen Regelungsgegenstand bildet jenes Gefüge von nationalen und gemeinschaftlichen Behörden, Ämtern, Dienststellen, Körperschaften und anderen juristischen Personen, die nach den einschlägigen Kompetenzvorschriften das EG-Recht und das von ihm harmonisierte mitgliedstaatliche Recht – getrennt in ihren organisatorischen Zuordnungen, funktionel

binnen deze orde ontstaat niet enkel te vatten is in juridische leerstukken als directe werking, voorrang van gemeenschapsrecht, loyale samenwerking, e.d. Het is ook een veelsoortig complex van bestuurlijke informatienetwerken, comitologie, transnationale samenwerking en tweedelijnstoezicht. Daarbij zal op elk beleidsgebied op verschillende wijze het accent worden gelegd op het nationale of Europese element of op een combinatie van beide. In dit hoofdstuk worden deze elementen in algemene zin besproken.

3.1.3 Instrumenten van Europeanisering

Tot de jaren tachtig van de vorige eeuw waren lidstaten sterk autonoom in de handhaving van gemeenschapsrecht. Ze waren vrij om voor het strafrecht, het bestuursrecht of het privaatrecht te kiezen. De EG stelde geen nadere eisen aan de in te zetten sancties, de organisatie van de handhaving, etc. Sindsdien is de Europese beïnvloeding toegenomen. Deze heeft zich ontwikkeld langs twee lijnen. Het Hof van Justitie heeft op basis van artikel 10 EG een aantal *instrumentele* eisen gesteld aan de nationale handhaving. Ook heeft het Hof een aantal *waarborgen* geformuleerd waaraan de (nationale) handhaving moet voldoen. Deze jurisprudentie wordt behandeld in paragraaf 3.2.

Daarnaast hebben Europese instanties de handhaving genormeerd door middel van regelgeving en beleidsmatige instrumenten in het kader van zowel de eerste als de derde pijler van de EU. De eerste pijler beïnvloedt in het bijzonder, maar niet uitsluitend, de bestuursrechtelijke handhaving van specifieke beleidsgebieden (sectoraal). Hierbij gaat het niet alleen om de juridische normering van controleactiviteiten, maar ook om de organisatie van transnationale samenwerking, tweedelijnstoezicht en beleidsmatige instrumenten. Deze ontwikkeling wordt weergegeven in paragraaf 3.3. Sinds 1993 kunnen regels omtrent de politieke en justitiële samenwerking en de strafrechtelijke harmonisatie worden vastgesteld in de derde pijler. In deze pijler is inmiddels een groot aantal kaderbesluiten en andere maatregelen tot stand gebracht. De beïnvloeding van de handhaving in het kader van de derde pijler wordt weergegeven in paragraaf 3.4. Binnen de genoemde paragrafen worden de huidige praktijk en de belangrijkste ontwikkelingen beschreven.

Een aantal recente ontwikkelingen zorgt als gezegd voor een verschuiving en vervaging van de grenzen tussen de eerste en de derde pijler en bijgevolg ook tussen de grenzen van het bestuurlijk en strafrechtelijk handhaven. De eerste ontwikkeling is de communautarisering van de derde pijler. De tweede

geeint im Auftrag wirksamer und gleichmäßiger Verwaltungsführung – zu vollziehen haben. Dieses Gefüge soll hier als *Europäischer Verwaltungsverbund* oder kürzer als *Europäischer Verwaltung* bezeichnet werden.'

ontwikkeling betreft de schuivende bevoegdheidsafbakening tussen de eerste en de derde pijler. Ze omvat de vraag of de Gemeenschap bevoegd is om strafrechtelijke regels voor te schrijven op het gebied van het strafrecht. Paragraaf 3.5 bevat een analyse van de verhouding tussen de eerste en de derde pijler en van de verschuivingen die op dit moment plaatsvinden.

3.2 JURISPRUDENTIËLE EISEN AAN DE NATIONALE HANDHAVING

3.2.1 Algemeen

Volgens het Hof van Justitie moet de nationale handhaving van gemeenschapsrecht voldoen aan de eisen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid, afschrikwekkendheid en evenredigheid. Daarnaast heeft het Hof nog een aantal eisen gesteld aan de handhaving ter waarborging van fundamentele rechten, algemene rechtsbeginselen van de Gemeenschap en de verdragsvrijheden. De eerste lijn van instrumentele eisen heeft als doel om in de effectieve uitvoering van het EG-recht te voorzien. De tweede lijn van eisen wil kort gezegd de rechten van burgers waarborgen. Beide lijnen zullen hieronder verder worden uitgewerkt.

3.2.2 Instrumentele eisen

3.2.2.1 Algemeen

Lidstaten moeten alle passende maatregelen treffen die geschikt zijn om de nakoming van het EG-recht te verzekeren (positieve plicht). Ook moeten ze zich onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag in gevaar kunnen brengen (negatieve plicht). In een reeks arresten heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat de samenwerkingsplicht die in artikel 10 EG is vervat, voor de lidstaten ook een doelgebonden handhavingsplicht impliceert.¹³ Al vroeg in de ontwikkeling van de Europese Gemeenschap gaf het Hof van Justitie aan dat de lidstaten de bevoegdheid hebben om op overtredingen van EG-recht sancties te stellen (*Amsterdam Bulb*¹⁴). In *Von Colson en Kamann*, schreef het Hof een doeltreffende en afschrikwekkende sanctionering voor van de gelijke-behandelingsrichtlijn 76/

13 Zie ook P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties', in: E. Ankaert e.a., *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006, p. 26-27.

14 HvJ EG 2 februari 1977, zaak 50/76, *Amsterdam Bulb BV*, *Jur.* 1977, p. 137. Zie ook HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, *Jur.* 1984, p. 1891.

207.¹⁵ In de zaak *Griekse Maïs*¹⁶ zette het Hof vervolgens uiteen dat nationale handhaving moet voldoen aan de eisen van gelijkwaardigheid, evenredigheid, effectiviteit en afschrikwekkendheid. De kernoverweging van het Hof in deze zaak was als volgt:

‘(...) wanneer een gemeenschapsregeling geen specifieke strafbepaling met betrekking tot een overtreding bevat of daarvoor verwijst naar de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, (zijn) de Lid-Staten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag (thans artikel 10 EG) verplicht (...), alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Daartoe dienen de Lid-Staten er met name op toe te zien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Verder dienen de nationale autoriteiten even energiek op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling.’¹⁷

De Europese handhavingsplicht geldt voor alle nationale autoriteiten die bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht zijn betrokken. Ook de nationale rechter heeft de taak om zorg te dragen voor een doeltreffende, afschrikwekkende, maar ook evenredige sanctionering van schendingen van EG-recht. Deze plicht, die overigens geldt met inachtneming van de waarborgen die ook in de jurisprudentie zijn geformuleerd, beïnvloedt het gehele traject van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving.

In *Griekse Maïs* ging het om de handhaving van een verordening, met andere woorden om de handhaving op terreinen waarop sprake is van positieve integratie. In *Spaanse aardbeien* heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat ook ten aanzien van de verbodsbepalingen uit het EG-Verdrag voor de lidstaten een handhavingsplicht kan bestaan.¹⁸ Deze is enigszins anders geformuleerd dan bij de handhaving van secundaire communautaire regelgeving. Ook hier staan effectiviteit en evenredigheid echter centraal. In het arrest *Spaanse aardbeien* stelt het Hof eerst vast dat artikel 28 EG niet alleen overheidsmaatregelen verbiedt die het handelsverkeer tussen de lidstaten beperken, maar dat het ook van toepassing kan zijn wanneer een lidstaat niet de vereiste maatregelen heeft getroffen ter opheffing van belemmeringen van het vrije

15 HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, *Jur.* 1984, p. 1891.

16 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Griekse Maïs*, *Jur.* 1989, p. 2965; HvJ EG 2 oktober 1991, zaak C-7/90 Vandevenne, *Jur.* 1991, I-4371; HvJ EG 23 januari 1997, zaak C-29/95, Pastoors, *Jur.* 1997, p. 285. Recentelijk: HvJ EG 3 mei 2005, gev. zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Berlusconi e.a., *Jur.* 2005, I-3565.

17 Zie r.o. 23-25 van zaak 68/88.

18 HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *Spaanse aardbeien*, *Jur.* 1998, p. I-963.

goederenverkeer, waarvan de oorzaak buiten de sfeer van de overheid ligt. Het Hof concludeert dat in samenhang met artikel 10 EG artikel 28 EG de lidstaten verplicht 'alle noodzakelijke en passende maatregelen te treffen om de eerbiediging van die fundamentele vrijheid op hun grondgebied te verzekeren'. Bij de keuze van de handhavingsmiddelen beschikken de lidstaten over een beoordelingsvrijheid, maar het middel moet uiteraard wel geschikt zijn om het vrij verkeer te garanderen. De eisen die aan deze handhavingsplicht worden gesteld, zijn dus niet woordelijk gelijk aan de in *Griekse mais* genoemde criteria, maar zij zien op hetzelfde doel.

De eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid zijn overigens niet speciaal bedacht voor het handhavingsrecht. Ze werden als zodanig door het Hof van Justitie al in de zaak *Rewe* geformuleerd.¹⁹ Het zijn algemene eisen die het Hof stelt aan het nationale recht bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht.²⁰ De eisen van het Hof gelden bovendien over de gehele linie van het EG-recht en zijn van toepassing in alle casestudies in dit onderzoek.

3.2.2.2 Gelijkwaardigheid (Assimilatie)

De eerste eis die aan de nationale handhaving van EG-recht wordt gesteld, is die van *gelijkwaardigheid* (*non-discriminatie / assimilatie*). Deze eis houdt in dat lidstaten overtredingen van gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden moeten sanctioneren als vergelijkbare overtredingen van het nationale recht. Uit het vereiste van gelijkwaardigheid vloeien echter ook eisen aan de handhavingsinspanningen van de lidstaten voort. Dat blijkt duidelijk uit het oordeel van het Hof van Justitie in *Griekse Mais*:

'Verder dienen de nationale autoriteiten even energiek op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling.'²¹

De eis heeft dus betrekking op het gehele traject van de handhaving (van controle en opsporing tot sanctionering).

Een eerste vraag die in dit verband moet worden gesteld is met de handhaving van welk nationaal recht de handhaving van gemeenschapsrecht moet worden vergeleken. Tot nu toe heeft deze vraag in de rechtspraak van het Hof alleen gespeeld op het terrein van de rechtsbescherming en aansprakelijkheid. Uit de zaken *Palmisani* en *Levez* blijkt dat de toepassing van minder gunstige nationale regelingen op Europese vorderingen niet meteen betekent dat het

19 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe*, *Jur.* 1976, p. 1989.

20 Zie Jans e.a. 2002, p. 74 e.v. voor een algemeen overzicht.

21 HvJ EG 21 september 1988, zaak 68/88, *Griekse Mais*, *Jur.* 1989, p. 2965.

gelijkwaardigheidsvereiste wordt geschonden.²² Er moet rekening worden gehouden 'met de plaats van de betrokken bepaling in de gehele procedure, alsook met het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure voor de verschillende nationale rechterlijke instanties' (*Levez*).²³ Bij de toetsing moet gekeken worden naar de handhaving van vergelijkbaar nationaal recht. Dit betekent bijvoorbeeld dat de handhaving van het Europese milieurecht moet worden vergeleken met de handhaving van het nationale milieurecht.²⁴

Een tweede vraag is of dit vereiste ook een grensoverschrijdende betekenis kan hebben. Welk gevolg moet worden verbonden aan de omstandigheid dat sommige landen (substantieel) minder streng handhaven dan andere landen? Dit punt kwam ter sprake in de zaak *Hansen*.²⁵ In zijn conclusie stelde Advocaat-Generaal Van Gerven dat een lidstaat bij de keuze voor een bepaalde handhavingstechniek rekening moet houden met de doelstelling van de aan de orde zijnde verordening, waaronder ook het vermijden van distorsies in de mededingingsvoorwaarden op de gemeenschappelijke markt kan vallen.²⁶ Het Hof van Justitie schonk hieraan in zijn uitspraak echter geen aandacht. In algemene zin lijkt het argument dat men niet strenger mag handhaven dan een andere lidstaat niet bevorderlijk voor de effectiviteit van de handhaving. De handhaving zou dan net zo sterk zijn als de zwakste schakel in de handhaving.²⁷ In hoofdstuk 4 tot en met hoofdstuk 11 zal dit heikele punt onder de noemer van het *level playing field* probleem nog herhaaldelijk terugkomen.

3.2.2.3 Doeltreffendheid en afschrikwekkendheid

Behalve gelijkwaardig, moet de nationale handhaving van EG-recht *doeltreffend* en *afschrikwekkend* zijn. Het is hiervoor niet voldoende om enkel een sanctie in de wetgeving voor te schrijven. Men moet daadwerkelijk handhavend optreden om aan het vereiste van doeltreffendheid te voldoen.²⁸ Ook kunnen lidstaten zich niet verdedigen met de stelling dat het vergelijkbare nationaal recht eveneens niet (doeltreffend) wordt gehandhaafd. Doeltreffendheid gaat in dat geval voor gelijkwaardigheid.²⁹

22 HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95, *Palmisani*, *Jur.* 1997, p. I-4025; HvJ EG 1 december 1998, zaak C-326/96, *Levez*, *Jur.* 1998, p. I-7835.

23 HvJ EG 1 december 1998, zaak C-326/96, *Levez*, *Jur.* 1998, p. I-7835.

24 Zie voor de toepassing van dit beginsel door de Hoge Raad: HR 11 april 2000, *NJB* 2000, p. 989, nr. 68.

25 HvJ EG 10 juli 1990, zaak 326/88, *Hansen*, *Jur.* 1990, p. I-2911.

26 Conclusie A-G Van Gerven, HvJ EG 10 juli 1990, zaak 326/88, *Hansen*, *Jur.* 1990, p. I-2911, punt 10.

27 Zie ook Jans e.a. 2002, p. 273.

28 HvJ EG 5 juli 1990, zaak C-42/89, *Drinkwater Verviers*, *Jur.* 1990, p. I-2821.

29 HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82, *San Giorgio*, *Jur.* 1983, p. 3595.

Het doeltreffendheidsvereiste is in combinatie met de eis van afschrikwekkendheid in de rechtspraak van het Hof van Justitie vooral toegepast in het kader van de (privaatrechtelijke) handhaving van gelijke-behandelingsrichtlijn 76/207.³⁰ In vaste rechtspraak heeft het Hof geoordeeld dat wanneer lidstaten ervoor kiezen de schending van het discriminatieverbod te handhaven met een verplichting tot schadevergoeding, deze schadevergoeding

‘een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming moet waarborgen, tegenover de werkgever een reële afschrikwekkende werking dient te hebben en in elk geval in een passende verhouding tot de geleden schade moet staan.’³¹

Op basis hiervan werd in *Von Colson en Kamann* geoordeeld dat een symbolische schadevergoeding in strijd was met het EG-recht. In *Marshall II* kon een nationale limitering van de toe te kennen schadevergoeding evenmin door de beugel, omdat deze in de weg zou kunnen staan aan de volledige compensatie van de geleden schade. In *Draehmpaehl* werd een vergelijkbaar standpunt ingenomen, waarbij mede van belang was dat de schadevergoeding alleen was gemaximeerd bij schendingen van de gelijke-behandelingsrichtlijn, en niet bij de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen. Daarom was ook het gelijkwaardigheidsbeginsel geschonden.

In samenhang met het vereiste van doeltreffendheid verlangt het vereiste van afschrikwekkendheid dat de sancties een particulier ervan zullen weerhouden het gemeenschapsrecht te schenden. De verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-recht is afhankelijk van het feitelijk opleggen van de vastgestelde sanctie. Deze sanctionering mag daarom niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt.³² Ter beoordeling hiervan is echter niet alleen de aard en de hoogte van de sanctie belangrijk, maar tevens de kans dat zij daadwerkelijk wordt opgelegd. Advocaat-Generaal Kokott verwoordt het in haar conclusie in de zaak *Berlusconi* als volgt: ‘Waar het om gaat is dat degene

30 Richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (*PbEG* 1976, L 39/40).

31 HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, *Jur.* 1984, p. 1891; HvJ EG 22 april 1997, zaak C-180/95, *Draehmpaehl*, *Jur.* 1997, p. I-2195; HvJ EG 22 april 1997, zaak C-271/91, *Marshall II*, *Jur.* 1993, p. I-4367.

32 Conclusie van advocaat-generaal Kokott van 14 oktober 2004 bij HvJ EG 3 mei 2005, gev. zaken C-387, p. I-3565; HvJ EG 3 mei 2005, gev. zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *Berlusconi e.a.*, *Jur.* 2005, I-3565.

die een inbreuk pleegt, moet vrezen dat de sanctie ook daadwerkelijk aan hem zal worden opgelegd.³³

Een vraag voor Nederland is hoe de vereisten van doeltreffendheid en afschrikwekkendheid zich verhouden tot de Nederlandse gedoogpraktijk. De bovenstaande eisen zorgen er immers voor dat er in het bestuursrecht (of het strafrecht) niet zonder meer gedoogd mag worden.³⁴ Ze brengen mee dat in elk geval niet vooraf bepaald mag worden dat EG-regels minder streng of in het geheel niet zullen worden gehandhaafd. Aan de handhaving van de Europese regels zal bovendien bijzondere betekenis moeten toekomen in de te maken belangenafweging.³⁵ De huidige nationale beginselplicht tot handhaving lijkt echter voldoende ruim om een schending van EG-recht te voorkomen.

3.2.2.4 Instrumentele eisen in de wetgeving binnen de eerste en de derde pijler

De hierboven beschreven instrumentele eisen uit de jurisprudentie worden in toenemende mate ook door de Europese wetgever overgenomen. Sinds het Verdrag van Amsterdam zijn de eisen wanneer het gaat om de financiële belangen van de EG ook gecodificeerd in artikel 280 EG.³⁶ Het komt ook vaak voor dat in verordeningen en richtlijnen de desbetreffende formulering wordt opgenomen. Zo stelt het voorstel voor een nieuwe verordening voor de vaststelling van een gemoderniseerd douanewetboek:

‘Iedere lidstaat stelt bestuurlijke en strafrechtelijke sancties vast voor de niet nakoming van de Europese douanewetgeving. Dergelijke sancties moeten effectief, proportioneel en ontmoedigend zijn.’³⁷

Richtlijn (EG) nr. 2005/35 inzake de verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken stelt in artikel 8 lid 1:

33 Conclusie van advocaat-generaal Kokott van 14 oktober 2004, gev. zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Berlusconi, *Jur.* 2005, p. I-3565. Zie verder ook HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-354/99, Commissie/Ierland, *Jur.* 2001, p. I-7657, punt 47 en de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed, *Jur.* 2001, p. I-7660, r.o. 27. Zie ook HvJ EG 8 juni 1994, zaak C-382/92, Commissie t. Verenigd Koninkrijk *Jur.* 1994, p. I-2435, r.o. 56-58; HvJ EG 8 juni 1994, zaak C-383/92, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, *Jur.* 1994, p. I-2479, r.o. 41 en 42.

34 Zie ook het rapport van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), *EG-eisen aan handhaving*, d.d. 14 februari 2001, ICER 2001-01-06.

35 Zie Jans e.a. 2002, p. 278-281; Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 46-47.

36 Zie de casestudie ESF in hoofdstuk 9.

37 Artikel 22 van het voorstel voor een Verordening (EG) van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het communautaire douanewetboek (gemoderniseerd douanewetboek) (COM(2005)608 def.). Inmiddels is er ook instemming bereikt binnen de Raad.

‘De lidstaten nemen de maatregelen die nodig zijn om ervoor te zorgen dat voor de in artikel 4 bedoelde inbreuken doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, die onder andere van strafrechtelijke of administratieve aard kunnen zijn, worden opgelegd.’³⁸

Een ander voorbeeld is artikel 14 van de richtlijn marktmisbruik in het financieel toezicht:

‘Onverminderd het recht van de lidstaten tot het opleggen van strafrechtelijke sancties, zorgen de lidstaten ervoor dat overeenkomstig hun nationale wetgeving passende administratieve maatregelen of administratieve sancties kunnen worden opgelegd aan de verantwoordelijke personen indien krachtens deze richtlijn vastgestelde bepalingen niet worden nageleefd. De lidstaten zien erop toe dat deze maatregelen doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.’³⁹

Echter, niet alleen de verordeningen en de richtlijnen van de eerste pijler, maar ook de kaderbesluiten van de derde pijler bevatten deze eisen. Hierbij gaat het niet alleen om kaderbesluiten die richtlijnen uit de eerste pijler willen ondersteunen met strafrechtelijke maatregelen.⁴⁰ Zo stelt artikel 4 lid 1 van het kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privé-sector:

‘Elke lidstaat treft de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in de artikelen 2 en 3 bedoelde gedragingen kunnen worden bestraft met een doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sanctie.’⁴¹

Dit is een duidelijke kruisbestuiving van een concept uit de jurisprudentie van de eerste pijler dat overgeheveld wordt naar de derde pijler. Dit betekent dat de jurisprudentie uit de eerste pijler die deze eisen nader vormgeven, tevens van toepassing kan zijn bij de juiste uitleg van de verplichtingen onder de derde pijler. Dit zal nader worden uitgewerkt in paragraaf 3.5.

38 Richtlijn nr. 2005/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken (*PbEG* 2005, L 255/11), waarover de casestudy douane in hoofdstuk 11.

39 Richtlijn nr. 2003/6/EG van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik) (*PbEG* 2003, L 96/16), waarover de casestudy financieel toezicht in hoofdstuk 6.

40 Kaderbesluit nr. 2005/667/JBZ van de Raad van 12 juli 2005 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van verontreiniging vanaf schepen (*PbEU* 2005, L 255/164).

41 Kaderbesluit nr. 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de privé-sector (*PbEG* 2003, L 192/54). Zie ook bijvoorbeeld r.o. 7 van de considerans van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad van 22 december 2003 ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie (*PbEG* 2004, L 13/44).

3.2.3 Waarborgen

3.2.3.1 Algemeen

Naast deze instrumentele eisen, die de toepassing van het EG-recht willen verzekeren, heeft het Hof van Justitie op basis van artikel 10 EG ook waarborgen ontwikkeld. Deze moeten door de nationale uitvoeringsinstanties eveneens in acht worden genomen bij de toepassing van EG-recht. Nationale handhaving moet worden uitgeoefend met eerbiediging van de beginselen van het gemeenschapsrecht en de verdragsvrijheden. Omdat onder de beginselen van het gemeenschapsrecht de fundamentele rechten een bijzondere plek innemen, worden deze hierna afzonderlijk behandeld.

3.2.3.2 Fundamentele rechten

Algemeen

Alhoewel het gemeenschapsrecht zelf geen grondrechten kent in de geldende verdragen vormen zij toch een deel van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. De positie van grondrechten in de EG en de verhouding tussen het gemeenschapsrecht en het EVRM zijn belangrijke onderwerpen. Artikel 6 lid 2 EU verwijst expliciet naar het EVRM. Ook zijn er grondrechten opgenomen in het Handvest van de Grondrechten. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt bovendien dat het Hof het EVRM een bijzondere positie toekent binnen het EG-recht, waarbij het probeert een juist evenwicht te vinden tussen de belangen van de gemeenschap en die van het EVRM. Grondrechten worden op verschillende manieren betrokken in het gemeenschapsrecht, onder andere als objectieve rechtvaardiging voor een beperking van de verdragsvrijheden en als waarborgrechten bij toezicht en sanctionering.

Fundamentele rechten als grond voor de beperking van verdragsvrijheden

In het kader van de handhaving van het EG-recht blijkt de werking van grondrechten duidelijk uit de zaak *Schmidberger*.⁴² Net als in de zaak *Spaanse Aardbeien* ging het hier om de vraag of er een verplichting was tot handhaven, omdat één van de verdragsvrijheden in het geding was. In *Schmidberger* wilden milieugroepen gedurende dertig uur de Brennerpas blokkeren, waardoor het vrij verkeer voor een ieder werd belemmerd. Aan het Hof van Justitie werd de vraag voorgelegd of de Oostenrijkse autoriteiten in strijd handelden met het Europese recht door toestemming te verlenen voor de demonstratie en niet op te treden tegen de blokkade. In de beoordeling volgde het Hof de lijn uit *Spaanse Aardbeien* door allereerst vast te stellen dat elke lidstaat de verplichting heeft

42 HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Schmidberger*, *Jur.* 2003, p. I-5659.

‘om het vrij verkeer van goederen op zijn grondgebied te waarborgen door de noodzakelijke en gepaste maatregelen te treffen teneinde elke belemmering te beletten welke te wijten is aan handelingen van particulieren.’

Dit is volgens het Hof zo, ‘tenzij dat handelen objectief gerechtvaardigd kan worden’. Volgens het Hof kan de bescherming van grondrechten een dergelijke objectieve rechtvaardiging vormen. Daarbij verwees het Hof van Justitie in het bijzonder naar het EVRM. Nu deze twee belangen tegenover elkaar stonden, moest er een afweging worden gemaakt tussen het beschermen van de handelsvrijheden en het beschermen van de rechten van de mens, in dit geval de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vergadering. Het Hof stelde:

‘in die omstandigheden moeten de betrokken belangen tegen elkaar worden afgewogen en moet aan de hand van alle omstandigheden van elk afzonderlijk geval worden nagegaan of een juist evenwicht tussen die belangen is geëerbiedigd. De bevoegde autoriteiten beschikken daarbij over een ruime beoordelingsbevoegdheid. Niettemin moet worden nagegaan of de beperkingen op het intra Europese handelsverkeer evenredig zijn aan de nagestreefde legitieme doelstelling, in casu de bescherming van de grondrechten.’⁴³

In deze zaak prevaleerden uiteindelijk de grondrechten inderdaad boven het vrij verkeer. Daarbij woog mee dat het ging om een van tevoren aangekondigde actie, die voor een beperkte tijd zou duren, terwijl er tegelijkertijd ook alternatieven waren. Deze uitspraak maakt zo duidelijk dat de handhavingsplicht die op de overheid rust in verband met de verzekering van het vrij verkeer van goederen, onder omstandigheden moet wijken voor de in het Europese recht (als algemene rechtsbeginselen) erkende grondrechten. Aan de andere kant worden in dit arrest echter ook grenzen gesteld aan de uitoefening van grondrechten. *Schmidberger* impliceert immers ook dat een rechtvaardiging voor de beperking van grondrechten kan worden gevonden in het belang van het vrij verkeer.⁴⁴

Fundamentele rechten als waarborgen bij de uitoefening van toezicht en opsporing
Zoals gezegd, staat bij de benadering van de rechten van individuen het EVRM voor het Hof van Justitie centraal. Dit is niet anders bij de waarborgen die het EVRM biedt voor handhaving. Een zaak waarin dit aan de orde kwam was *Roquette Frères*.⁴⁵ Uit deze zaak blijkt onomwonden dat het Hof van Justitie ter invulling van deze waarborgen aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van

43 HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Schmidberger*, *Jur.* 2003, p. I-5659, r.o. 81 en 82.

44 Vgl. de bij het Hof van Justitie van de EG aanhangige zaken C-438/05, *Viking*, Conclusie van de Advocaat-Generaal M. Poiares Maduro van 23 mei 2007.

45 HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères*, *Jur.* 2002, p. I-9011.

het EHRM.⁴⁶ Eerder had het Hof van Justitie in de zaak *Hoechst* nog geoordeeld dat er geen algemeen beginsel van gemeenschapsrecht bestaat dat het recht op de onschendbaarheid van de woning erkent voor ondernemingen, ook al moeten rechtspersonen wel worden beschermd tegen willekeurige en onredelijke ingrepen van het openbaar gezag in de privé-sfeer.⁴⁷ Het EHRM had nadien echter in de zaken *Niemetz* en *Colas est* aangegeven dat het recht op bescherming van de woning van artikel 8 EVRM in beginsel van toepassing is op bedrijfsruimten.⁴⁸ Beperkingen van dit recht zijn mogelijk op grond van artikel 8 lid 2 waarbij de inmenging voor bedrijfsruimten verder kan gaan dan bij woningen. Wil van een dergelijke rechtvaardiging sprake zijn, dan dient volgens het EHRM voor de toepassing van de dwangmaatregel van tevoren toestemming door de nationale rechter te zijn verleend. Het Hof van Justitie heeft zich bij de Straatsburgse benadering aangesloten. In *Roquette Frères* ging het om een doorzoeking (huiszoeking) van de bedrijfsruimte van het bedrijf Roquette Frères door de Franse autoriteiten in het kader van een verificatie-onderzoek van de Commissie naar een mogelijke overtreding van de Europese mededingingsregels. Het overwoog expliciet:

‘Bij de bepaling van het toepassingsbereik van genoemd beginsel dient, waar het de bescherming van bedrijfslokalen van vennootschappen betreft, rekening te worden gehouden met de na het reeds aangehaalde arrest *Hoechst/Commissie* totstandgekomen rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, waaruit in de eerste plaats blijkt dat de bescherming van de woning waarvan in artikel 8 van het EVRM sprake is, zich in bepaalde omstandigheden ook kan uitstrekken tot genoemde lokalen en in de tweede plaats dat het recht op inmenging op grond van artikel 8 lid 2 van het EVRM voor bedrijfslokalen of -activiteiten zeer wel veel verder zou kunnen gaan dan in andere gevallen.’

Aldus oordeelde het Hof van Justitie dat de doorzoeking van bedrijfsruimten van rechtspersonen in beginsel onder de bescherming valt van artikel 8 lid 1 EVRM, en dat inbreuken op deze bepaling daarom gerechtvaardigd moeten zijn onder artikel 8 lid 2 EVRM. Hoewel een dergelijke rechtvaardiging bij rechtspersonen eerder wordt aangenomen dan bij natuurlijke personen, meent het Hof – wederom in lijn met het EHRM – dat een doorzoeking van bedrijfsruimten zonder voorafgaande toestemming van een nationale rechter een te vergaande inbreuk op artikel 8 EVRM vormt. Er is in dit geval sprake van een gedeelde rechtsbescherming. De nationale rechter heeft bij de beoordeling van de evenredigheid een bijzondere positie. Hij kan geen oordeel uitspreken over

46 Het Hof van Justitie van de EG en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hebben een rechterlijk overleg waarbinnen de spanningen besproken worden. De zaak *Roquettes Frères* is daarvan een sprekend voorbeeld.

47 HvJ EG 21 september 1989, gev. zaken 46/87 en 227/88, *Hoechst AG*, *Jur.* 1989, p. 2859.

48 EHRM 16 december 1992, *Niemietz t. Duitsland* en EHRM 16 april 2002, *Colas Est t. Frankrijk*.

de opportuniteit van de verificatie, omdat dit is voorbehouden aan de gemeenschapsrechter. De controle door de nationale rechter is beperkt tot de toepassing van de nationale dwangmaatregel, omdat de vraag van opportuniteit enkel bij de Commissie ligt. De nationale rechter gaat dus niet in op de vraag of de maatregel mocht worden toegepast, maar dient te onderzoeken of de maatregel geschikt is om de uitvoering van genoemde verificatie te waarborgen. Hij moet vaststellen of dergelijke maatregelen geen nadelen met zich brengen die in verhouding tot hetgeen met deze verificatie wordt nagestreefd, onevenredig en onduidbaar zijn. Is dat het geval, dan mag de nationale rechter de toestemming voor de toepassing van de dwangmaatregel weigeren.⁴⁹

De mogelijkheid bestaat dat lidstaten bij uitvoering van het EG-recht in strijd komen te handelen met het EVRM doordat er afwijkende rechtswaarborgen worden toegepast. Hoewel het EVRM wordt genoemd in artikel 6 lid 2 van het EU-Verdrag en het in de artikelen 52 en 53 van het Handvest voor de Grondrechten zelfs boven het recht van de Europese Unie wordt geplaatst, bestaat er vooralsnog geen directe verplichting voor het Hof van Justitie om het EVRM te volgen. In het geval het EU-recht minder bescherming biedt dan het EVRM kan dit nationale rechters in een lastig parket brengen met betrekking tot de toe te passen waarborgen.⁵⁰

3.2.3.3 Europese rechtsbeginselen

Algemeen

Behalve aan fundamentele rechten moet de nationale handhaving ook voldoen aan de algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht. Hieronder wordt achtereenvolgens kort de betekenis van de beginselen behandeld die van bijzondere betekenis zijn voor de handhaving. Dit zijn het gelijkheidsbeginsel, het verdedigingsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het *ne-bis-in-idem*beginsel. Nationale bestuursorganen zijn gebonden aan deze beginselen wanneer zij binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht handelen.⁵¹

Gelijkheidsbeginsel

Het Europese gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod eisen dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties gelijk worden behandeld en dat ongelijke situaties verschillend worden behandeld.⁵² Met betrekking tot handhaving is in de rechtspraak met name een beroep gedaan op het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (art. 12 EG), dat een

49 HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, Roquette Frères, *Jur.* 2002, p. I-9011, r.o. 71 en 76.

50 Zie voor een uitgebreidere analyse over de verhouding tussen het EVRM en het EU-recht op dit terrein Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 21-25.

51 HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, ERT v. Dimotiki, *Jur.* 1991, p. I-2925.

52 HvJ EG 13 december 1994, zaak C-306/93, Winzersekt, *Jur.* 1994, p. I-5555.

specifieke uitdrukking is van het algemene gelijkheidsbeginsel. Een dergelijk beroep was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak *Pastoors*.⁵³

In deze zaak ging het om de handhaving in België van twee EG-verordeningen inzake het wegvervoer.⁵⁴ Aan de overtreders van deze verordeningen schreef de Belgische wetgeving een boete voor. In de gevallen waarin niet onmiddellijk een boete werd betaald, moesten de niet-ingezetenen een waarborgsom van 15.000 BFR per overtreding storten om de eventuele geldboete en de gerechtskosten te dekken. *Pastoors* ontving een boete voor 11 overtredingen en moest daarom een waarborgsom betalen, die hij niet in contanten bij zich had. Hij liet de zaak voorkomen bij de Belgische rechter en die stelde bij prejudiciële vraag aan de orde of deze sanctieregeling verenigbaar was met artikel 12 EG. Er was volgens het Hof van Justitie geen sprake van directe discriminatie, omdat de verplichting om een waarborgsom te storten gold voor alle overtreders die niet in België wonen, ongeacht hun nationaliteit. Het woonplaatscriterium kon op zichzelf echter wel een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit opleveren. *In casu* was dat echter niet het geval, omdat er een objectieve rechtvaardiging bestond voor de verschillende behandeling van de overtreders. Toch achtte het Hof de Belgische regeling in strijd met artikel 12 EG. De reden hiervoor was dat de op zichzelf gerechtvaardigde ongelijke behandeling in strijd was met het evenredigheidsbeginsel, omdat voor elke overtreding een afzonderlijke waarborg nodig was. De waarborgsomregeling ging verder dan noodzakelijk was voor het doel van de regeling. Het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel gaan zo hand in hand. Een nationale sanctie op een overtreding van Europees recht wordt in strijd geacht met artikel 12 EG, wanneer de sanctie onevenredig hoog kan uitpakken.

Een ander voorbeeld is de zaak *Bickel*, waarin het Hof van Justitie een regeling van strafprocesrecht in strijd achtte met artikel 12 EG, doordat die regeling het aan Duitstalige burgers van de provincie Bolzano toestond om een proces in het Duits te voeren, maar dit recht onthield aan Duitstalige onderdanen van andere lidstaten.⁵⁵ Het Hof beperkte de werking van het Italiaans strafprocesrecht door middel van het Europese gelijkheidsbeginsel. Hieruit blijkt

53 HvJ EG 23 januari 1997, zaak C-29/95, *Pastoors en Trans-Cap*, *Jur.* 1997, p. I-285.

54 Verordening (EEG) nr. 3820/85, tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer (*PbEG* 1985, L 370/1) en Verordening (EEG) nr. 3821/85, betreffende het controleapparaat in het wegvervoer (*PbEG* 1985, L 370/8).

55 HvJ EG 24 oktober 1998, zaak C-274/96, *Bickel*, *Jur.* 1998, p. I-7637.

dat wanneer lidstaten kiezen voor strafrechtelijke handhaving het straf(proces)-recht niet gevrijwaard is van de beperkingen die het EG-recht stelt.

Verdedigingsbeginsel (het recht op verdediging)

Het Hof van Justitie erkende al vroeg in de ontwikkeling van de Europese Gemeenschap 'dat de adressanten van overheidsbeslissingen, die aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen, in staat moeten worden gesteld hun standpunt genoegzaam kenbaar te maken'.⁵⁶ Dit ongeschreven verdedigingsbeginsel moet ook in administratieve procedures in acht worden genomen. Het Hof heeft het verdedigingsbeginsel vooral uitgewerkt in het kader van het Europese mededingingsrecht. Het beginsel reikt echter verder. In de zaak *Lisrestal*, waarin het ging om de terugvordering van verleende gelden, overwoog het Hof:

'dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure tegen iemand die tot een bezwarend besluit kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij ontbreken van iedere regeling inzake de betrokken procedure in acht moet worden genomen.'⁵⁷

Daarmee heeft het verdedigingsbeginsel invloed op het gehele Europese recht.⁵⁸ De zaak *Dokter*⁵⁹ is voorlopig het sluitstuk van deze ontwikkeling. Hierin werd het Europees verdedigingsbeginsel aangemerkt als een *grondrecht*. Ook werd bepaald dat het van toepassing is op de uitvoering van EG-recht door de lidstaten. Daarmee heeft het verdedigingsbeginsel, of beter gezegd het recht op verdediging, zijn invloed uitgebreid over het gehele nationale recht dat uitvoering geeft aan EG-recht met behulp van bezwarende besluiten. Er wordt daarbij, net zoals bij andere fundamentele rechten, aansluiting gezocht bij het EVRM.

Het recht om gehoord te worden bij bezwarende besluiten en handelingen vormt de kern van het recht op verdediging. Het verdedigingsbeginsel kent echter ook andere deelaspecten die deze kern ondersteunen. Op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie betreft het met name:

- het recht om inlichtingen te ontvangen omtrent het voorgenomen besluit;
- het recht op voldoende voorbereidingstijd voor de verdediging;

56 HvJ EG 23 oktober 1974, zaak 17/74, *Transocean Marine Paint Association*, *Jur.* 1974, p. 1063.

57 HvJ EG 24 oktober 1996, zaak C-32/95P, *Lisrestal*, *Jur.* 1996, p. I-5373.

58 Zoals te zien is in geschillen tussen de Commissie en de lidstaten. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 16 mei 1991, zaak C-96/89, *Commissie t. Nederland*, *Jur.* 1991, p. 2461. Ook is dit te zien in prejudiciële procedures. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 29 november 1978, zaak 83/78, *Pigs Marketing Board*, *Jur.* 1978, p. 2347.

59 HvJ EG 15 juni 2006, zaak C-28/05, *Dokter*, *Jur.* 2006 p. I-5431, *AB* 2006, 390, m.nt. Widdershoven.

- het recht op geheimhouding van zakengeheimen;
- het verbod op zelfincriminatie (*nemo-tenetur*beginsel);
- het recht op rechtsbijstand;
- het *legal privilege*.

Het recht op verdediging kent, zoals ook geldt voor andere grondrechten, zijn beperkingen,

‘mits deze werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd en, het nagestreefte doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.’⁶⁰

Wanneer het algemeen belang dit nodig maakt, kunnen de ondersteunende rechten beperkt worden. Deze beperking kan in uitzonderlijke gevallen wel ver gaan. In *Dokter* vormden maatregelen die nodig waren ter bestrijding van de mond-en-klauwzeerepidemie een gerechtvaardigde beperking op het recht om gehoord te worden voordat een bezwarend besluit werd vastgesteld. Wel moest de belanghebbende na het nemen van het besluit alsnog worden gehoord. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in het mededingingsrecht blijkt dat het verdedigingsbeginsel ook belangrijk is voor het onderzoek dat vooraf gaat aan een eventueel bezwarend besluit.⁶¹

Het Nederlands recht kent (als een van de zeer weinigen lidstaten) als zodanig geen gecodificeerd verdedigingsbeginsel. Hoewel elementen ervan in de Awb zijn opgenomen en in het mededingingsrecht wel een aantal typische Europese elementen is terug te vinden,⁶² is het niet ondenkbaar dat dit in de toekomst tot spanningen zal leiden.

Rechtszekerheidsbeginsel

Het rechtszekerheidsbeginsel heeft met betrekking tot de handhaving verschillende toepassingen. Allereerst kan een niet correct geïmplementeerde richtlijn op grond van het verbod van omgekeerde verticale werking niet door de overheid aan particulieren worden tegengeworpen. Dit geldt met name in het geval een richtlijn wordt ingeroepen in een strafzaak. Volgens vaste jurisprudentie moet een nationale wettelijke grondslag aanwezig zijn voor (verzwaarde)

60 HvJ EG 15 juni 2006, zaak C-28/05, *Dokter*, *Jur.* 2006 p. I-5431, AB 2006, 390, m.nt. Widdershoven, r.o. 75.

61 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffmann LaRoche*, *Jur.* 1979, p. I-461; HvJ EG 21 september 1989, zaken 46/87 en 227/88, *Hoechst*, *Jur.* 1989, p. I-2859.

62 Voorbeelden zijn artikelen 60 lid 1, 66 lid 2 en 78 lid 1 van de Mededingingswet, die beperkingen op het recht om gehoord te worden uitsluiten voor alle bezwarende beslissingen. Ook is het *legal privilege* gecodificeerd in artikel 51 Mededingingswet.

strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁶³ Het Hof van Justitie baseert zijn rechtspraak op het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. Dit betekent dat een niet-correct omgezette richtlijn niet kan worden gehandhaafd met behulp van het strafrecht. Hoewel hierover nog geen uitspraak is, is het waarschijnlijk dat dit ook geldt voor punitieve bestuurlijke sancties. In de zaak *Rolex* oordeelde het Hof dat deze redenering ook opgaat voor de strafrechtelijke handhaving van verordeningen die nog omzettingsmaatregelen vergen.⁶⁴ In die zaak was sprake van een verordening die de lidstaten enkel een bevoegdheid toekende bepaalde gedragingen strafbaar te stellen. Dit betekent dat strafrechtelijke handhaving in zulke gevallen alleen kan plaatsvinden wanneer daarvoor een grondslag in een nationale wet is. Dit geldt ook voor administratieve sancties.

Naast het verbod van terugwerkende kracht heeft het rechtszekerheidsbeginsel ook betrekking op de retroactieve toepassing van de lichtste straf (het *lex mitior* beginsel). Dit beginsel wordt teruggevonden in artikel 2 lid 2 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95: 'Ingeval van latere wijziging van de bepalingen van een Gemeenschapsbesluit waarin administratieve sancties zijn vastgesteld, worden de minder strenge bepalingen met terugwerkende kracht toegepast.' De retroactieve toepassing van de lichtste straf kwam ook aan de orde in de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Berlusconi*. Volgens het Hof behoort *het beginsel van de retroactieve toepassing van de lichtste straf* tot de constitutionele tradities van de lidstaten. Het beginsel moet volgens het Hof worden

'beschouwd als een van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht die de nationale rechter in acht moet nemen bij de toepassing van het nationale recht dat is aangenomen ter uitvoering van het gemeenschapsrecht.'⁶⁵

In zijn uitspraak van 8 maart 2007 in zaak *Campina* heeft het Hof dit bevestigd.⁶⁶

Evenredigheidsbeginsel

Het evenredigheidsbeginsel geldt in het Europese recht voor elke belangenafweging in het gehele handhavingstraject. Het is zowel een toetsingsnorm voor Europese regelgeving als voor een besluit van een nationaal handhavingsorgaan. Het kan zowel betrekking hebben op de afweging tussen de instrumen-

63 HvJ EG 12 juli 1989, zaak 80/86, Kolpinghuis, *Jur.* 1987, p. I-3939; HvJ EG 12 december 1996, zaak C-74/95 en C-129/95, strafzaak t. X, *Jur.* 1996, p. I-6609; HvJ EG 3 mei 2005, gev. zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Berlusconi e.a. *Jur.* 2005, p. I-3565.

64 HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-60/02, strafzaak tegen X (Rolex), *Jur.* 2004, p. I-651.

65 Ibid. r.o. 68 en 69.

66 HvJ EG 8 maart 2007, zaak C-45/06, Campina GmbH & Co. T. Hauptzollamt Frankfurt (Oder), *Jur.* n.n.g.

tele eisen en de waarborgereisen bij de handhaving als op de afweging tussen de belangen van de Gemeenschap en die van de lidstaten. Het is gedeeltelijk gecodificeerd in artikel 5 EG dat bepaalt dat 'het optreden van de Gemeenschap niet verder gaat dan nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken'.⁶⁷ In het algemeen wordt er een driedeling geaccepteerd in de toetsing aan het Europese evenredigheidsbeginsel. Een nationale maatregel moet geschikt zijn om een legitiem belang te beschermen, het moet onmisbaar (noodzakelijk) zijn om het doel te bereiken, en de gevolgen van het besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot het met het besluit te dienen doelen.⁶⁸ Het evenredigheidsbeginsel speelt een belangrijke rol bij de beoordeling van het beleid en de wetgeving van de Raad en de Commissie, bij de beoordeling van het optreden van de lidstaten inzake het vrij verkeer, en bij het beoordelen van opgelegde sancties.

Volgens het Hof van Justitie moeten de middelen die worden gekozen passend en noodzakelijk zijn om het doel van de regeling te bereiken. Een voorbeeld van een zaak waarin het evenredigheidsbeginsel speelde, is de uitspraak *Käserie Champignon Hofmeister*.⁶⁹ In deze zaak ging het om een sanctie die de lidstaten moesten opleggen wanneer een exporteur zonder opzet een hoger bedrag had gevorderd dan waarop hij recht had.⁷⁰ De sanctie schreef voor dat in zulke gevallen de exporteur het geld terug moest geven en een boete moest betalen, bestaande uit de helft van het teveel gevorderde bedrag. In het beroep van KCH stelde het Bundesfinanzhof vervolgens onder andere de vraag hoe dit zich verhoudt met het beginsel van evenredigheid. Een schending van het evenredigheidsbeginsel was volgens het Hof niet aanwezig omdat

'de sanctie van artikel 11 lid 1 eerste alinea sub a van Verordening (EG) nr. 3665/87 (...) niet kan worden aangemerkt als niet geschikt voor het bereiken van het beoogde doel, te weten de strijd tegen onregelmatigheden en fraude, en zij evenmin verder gaat dan ter bereiking van dit doel noodzakelijk is.'⁷¹

Daarbij was tevens van belang dat een duidelijk onderscheid werd gemaakt in de verordening tussen sancties waarbij opzet en sancties waarbij geen opzet in het spel was.

67 Deze is verder uitgewerkt in een van de protocollen bij het Verdrag van Amsterdam en ook in artikel 52 van het Handvest van de Grondrechten. In het Verdrag van Amsterdam staat de verhouding tussen de Unie en de lidstaten centraal, in het Handvest de verhouding tussen de Unie en de burger.

68 Zie voor een uitvoerige behandeling Jans e.a. 2002, p. 183-195.

69 HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00, *Käserie Champignon Hofmeister*, *Jur.* 2002, p. I-6453; HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-262/99, *Louloudakis*, *Jur.* 2001, p. I-5547.

70 Artikel 11 lid 1 van Verordening (EEG) nr. 3665/87 van de Commissie van 27 november 1987 houdende gemeenschappelijke uitvoeringsbepalingen van het stelsel van restituties bij uitvoer voor landbouwproducten (*PbEG* 1987, L 351/1).

71 Zie r.o. 59-68.

Ne-bis-in-idembeginsel

In de geïntegreerde rechtsorde is er altijd een gevaar voor een cumulatie van sancties door de gelijktijdige sanctionering door de Commissie en een lidstaat of door meerdere lidstaten tegelijkertijd.⁷² In de rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Gerecht van Eerste Aanleg wordt het *ne-bis-in-idembeginsel*, onder verwijzing naar artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM, erkend als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht.⁷³ Op de naleving daarvan moet daarom worden toegezien door de rechter.⁷⁴ Verder is het beginsel ook gecodificeerd in artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten, in de Schengen uitvoeringsovereenkomst en in verschillende derde pijler instrumenten.⁷⁵ Het beginsel is als beginsel van gemeenschapsrecht niet beperkt tot strafrechtelijke sancties, maar het vindt tevens toepassing bij het opleggen van bestuurlijke punitieve sancties.⁷⁶

Het beginsel heeft bijzondere aandacht gekregen in het mededingingsrecht waar de Commissie een zelfstandige bevoegdheid heeft om sancties op te leggen. Daar verbiedt het beginsel dat een onderneming opnieuw door de Commissie wordt gesanctioneerd wanneer de Commissie reeds in de zaak besloten heeft. Dit is anders wanneer tegen de zaak nog beroep openstaat bij de rechter of wanneer het beroep op formele gronden is afgewezen.⁷⁷ In beginsel kunnen sancties wel samengaan wanneer dit een samenloop van nationale en een Europese sanctie betreft. In dat geval wordt aangenomen dat het gaat om procedures met verschillende doelstellingen. Dan geldt wel de regel dat bij de tweede sanctieoplegging rekening gehouden moet worden met de reeds opgelegde sanctie (*Anrechnungsprinzip*).⁷⁸ Het lijkt er op dat het Hof van Justitie het beginsel wil beperken tot een dubbele sanctionering (en

72 In het bijzonder kan zich dit voordoen bij het gemeenschapsrecht. Zie Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 31-45.

73 HvJ EG 14 december 1972, zaak 7-72, Boehringer Mannheim t. Commissie, *Jur.* 1972, p. 1281; HvJ EG 15 oktober 2002, zaak C-238/99, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, *Jur.* 2002, p. I-8375. Zie over het beginsel ook: J.A.E. Vervaele, 'Multilevel and multiple punishment in Europe', in: A. van Hoek e.a. (eds.), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 1-24.

74 HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-308/04 P, SGL Carbon t. Commissie, *Jur.* 2006, p. I-5977; HvJ EG 15 oktober 2002, zaak C-238/99, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, *Jur.* 2002, p. I-8375. GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-223/00, Kyowa Hakko Kogyo t. Commissie, *Jur.* 2003, p. II-2553; GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-224/00, Archer Daniels Midland Company t. Commissie, *Jur.* 2003, p. II-2597.

75 Zie artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO) en artikel 7 van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen.

76 Vervaele 2006/2, p. 9.

77 Zie bijvoorbeeld GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-223/00, Kyowa Hakko Kogyo/Commissie, *Jur.* 2003, p. II-2553. Dit geldt niet voor de vervolging en bestraffing in derde staten.

78 Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 36.

dus niet een dubbele vervolging).⁷⁹ Onder Verordening (EG) nr. 1/2003 is deze regel in principe niet gewijzigd. Wel voorziet Verordening (EG) nr. 1/2003 in een overlegnetwerk om dubbele sanctionering te voorkomen.⁸⁰

Het beginsel is ook van belang voor andere rechtsgebieden. Zo schrijft artikel 6 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap voor dat bij strafrechtelijke vervolging de bestuursrechtelijke weg wordt opgeschort.⁸¹ Deze moet echter worden hervat wanneer de strafrechtelijke weg is beëindigd. Dit is ook zo wanneer het heeft geleid tot een strafrechtelijke veroordeling en sanctionering. In zulke gevallen moet het bestuursorgaan, overeenkomstig het *Anrechnungsprinzip*, bij het opleggen van boetes rekening houden met de reeds opgelegde sanctie.⁸²

Een belangrijke andere basis van het *ne-bis-in-idem* beginsel is artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst. Dit bepaalt dat een persoon die bij onherroepelijk vonnis is berecht, niet kan worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten, op voorwaarde dat ingeval een straf of maatregel is opgelegd deze reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dan wel volgens de wetten van het veroordelende land niet meer ten uitvoer gelegd kan worden. Volgens het Hof van Justitie moet deze regel, op basis van het uitgangspunt van wederzijds vertrouwen, ruim worden uitgelegd. De regel is tevens van toepassing op regelingen die verdere vervolging voorkomen, zoals transacties die worden aangeboden door het OM.⁸³ Het opmerkelijke hieraan is dat dergelijke transacties ten tijde van het opstellen van de Schengenuitvoeringsovereenkomst expliciet van de regeling waren uitgezonderd. Het Hof overwoog echter dat deze overeenkomst inmiddels was opgenomen in de Europese Unie en daarom van karakter was veranderd. Inmiddels is er ook een Grieks voorstel voor een kaderbesluit dat het *ne-bis-in-idem* beginsel wil regelen.⁸⁴ Dit voorstel verstaat onder strafbare feiten ook

‘feiten die administratieve overtredingen of vergrijpen tegen ordevoorschriften vormen en die door een administratieve autoriteit worden bestraft met een geld-

⁷⁹ Vervaele 2006/2, p. 9.

⁸⁰ Zie artikel 13 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1/1).

⁸¹ Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (PbEG 1995, L 312/1).

⁸² Vervaele 2006/2, p. 10.

⁸³ HvJ EG 11 februari 2003, gev. zaken C-187/01 en C-385/01, Gözütok en Brügge, *Jur.* 2003, p. I-1345, r.o. 35 en 48. Zie voor een toelichting op de uitspraak Vervaele 2006/2, p. 12-23 en ook M.I. Veldt-Foglia, ‘Ruime uitleg van het ne bis in idem-beginsel in artikel 54 SUO’, *NTER* 2003, p. 127-133.

⁸⁴ Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het Kaderbesluit van de Raad inzake de toepassing van het ‘ne bis in idem’-beginsel (PbEU 2003, C 100/24).

boete, overeenkomstig het nationale recht van iedere lidstaat, voorzover de feiten onder de bevoegdheid van de administratieve autoriteit vallen en de betrokkene de zaak voor een in strafzaken bevoegd gerecht kan brengen.⁸⁵

Er moet dus wel beroep openstaan bij de strafrechter. Het is duidelijk dat op dit gebied de komende tijd verdere jurisprudentie en regelgeving verwacht mag worden.

3.2.3.4 *Verdragsvrijheden*

Naast de fundamentele rechten en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht mogen nationale sanctieregelingen ook niet de verdragsvrijheden beperken. Dit was het geval in de zaken *Wijsenbeek* en *Calfa*.⁸⁶

In de zaak *Wijsenbeek* oordeelde het Hof van Justitie over het gebruik van paspoortcontroles tussen de lidstaten. Het Hof bepaalde dat de lidstaten bevoegd waren deze controles uit te voeren en tevens 'de niet-naleving van een dergelijke verplichting strafbaar te stellen, mits de straffen vergelijkbaar zijn met die welke van toepassing zijn op soortgelijke nationale overtredingen.' Volgens het Hof kunnen lidstaten 'evenwel geen onevenredige straf opleggen, die een belemmering van het vrije verkeer van personen zou opleveren, zoals gevangenisstraf'.⁸⁷

In *Calfa* ging het om een Griekse strafsancie die uitzetting voor het leven automatisch voorschreef voor onderdanen van andere lidstaten die in Griekenland schuldig waren bevonden aan het kopen of het in bezit hebben van verdovende middelen. De vraag die centraal stond, was of dit verenigbaar kon zijn met het beginsel van een vrij verkeer van diensten. Het Hof van Justitie oordeelde dat hoewel het strafrecht in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, het gemeenschapsrecht volgens vaste rechtspraak grenzen stelt aan die bevoegdheid. Het strafrecht mag de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde fundamentele vrijheden niet beperken. Hiervoor moet een rechtvaardiging bestaan, bijvoorbeeld de openbare orde, die overigens beperkt moet worden uitgelegd.⁸⁸ Volgens het Hof in *Calfa* deed de Griekse strafsancie het vrij verkeer van diensten teniet en werd dit niet gerechtvaardigd op grond van de uitzondering van openbare orde van het toenmalige artikel 56 EG.

⁸⁵ Zie artikel 1, onder a, van het voorstel.

⁸⁶ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-378/97, *Wijsenbeek*, *Jur.* 1999, p. I-6207, respectievelijk HvJ EG 19 januari 1999, zaak C-348/96, *Calfa*, *Jur.* 1999, p. I-11.

⁸⁷ Zie r.o. 44.

⁸⁸ HvJ EG 19 januari 1999, zaak C-348/96, *Calfa*, *Jur.* 1999, p. I-11, r.o. 21-23.

3.3 LEGISLATIEVE BEÏNVLOEDING BINNEN DE EERSTE PIJLER

3.3.1 Algemeen

Naast de beïnvloeding door de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt de nationale handhaving beïnvloed door juridische en beleidsmatige instrumenten. Deze beïnvloeding is in tegenstelling tot de jurisprudentie sectoraal bepaald. Hier is de invloed op de handhaving (controle en sanctionering) het meest merkbaar voor de praktijk. De beïnvloeding van de controle wordt behandeld in paragraaf 3.3.2, de beïnvloeding van de sanctionering in paragraaf 3.3.3. In paragraaf 3.3.4 zal aandacht worden besteed aan de invloed van beleidsmatige instrumenten. In hoofdstuk 4 tot en met hoofdstuk 11 zal in de casestudies een gedetailleerdere bespreking plaatsvinden.

3.3.2 Controle

3.3.2.1 Algemeen

Op drie wijzen beïnvloedt de Europese wetgever in de eerste pijler de controle die door nationale organen wordt uitgeoefend. Allereerst zijn er verordeningen en richtlijnen die eisen stellen aan de nationale controle (3.3.2.2). Daarnaast oefent Europa op sommige gebieden ook zelfstandig eerste of tweedelijs-toezicht uit (3.3.2.3). Ten derde vormt de transnationale samenwerking een belangrijk kader voor Europa om toezicht te faciliteren en daardoor de handhaving van EG-recht te waarborgen (3.3.2.4). In deze paragraaf wordt een korte weergave gegeven van de betekenis van deze drie vormen van beïnvloeding voor het toezicht dat door nationale organen wordt uitgeoefend. Daarbij wordt vooruit verwezen naar voorbeelden uit de verschillende casestudies.

3.3.2.2 Europese normering van nationale controle

Algemeen

Door middel van richtlijnen en/of verordeningen probeert de Europese wetgever een adequate mate en kwaliteit van controle door de lidstaten te waarborgen.⁸⁹ Op verschillende wijzen kan invloed worden uitgeoefend.⁹⁰ Europa kan allereerst controlemaatregelen voorschrijven, die kwantitatieve en kwalita-

89 Zie voor een uitvoerige beschrijving van Europese eisen aan controlevoorschriften A. David, *Inspektionen im Europäischen Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot: Berlin 2003.

90 Zie ook J.A.E. Vervaele, 'Communautaire normering en operationele toepassing van onderzoeksbevoegdheden, bewijsgaring en bewijsgebruik met betrekking tot schending van financiële belangen van de EG', in: *Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie: ontwikkelingen in het Verdrag van Amsterdam en de Corpus Juris*, Antwerpen: Intersentia 1999, p. 59-98.

tieve eisen stellen aan de toezicht- en controleactiviteiten die door de lidstaten worden uitgevoerd. De bevoegdheden die noodzakelijk zijn ter uitvoering van deze controlemaatregelen zijn dan vaak verondersteld. Daarnaast schrijft Europa in sommige gevallen enkel voor welke bevoegdheden toezichthouders moeten hebben. Deze eisen hebben het doel om een effectieve toepassing van het EG-recht te waarborgen en voor een grotere mate van uniformiteit te zorgen bij de controleactiviteiten van de verschillende lidstaten om zo een *level playing field* te creëren waar marktdeelnemers uit verschillende lidstaten op een gelijkwaardige manier aan kunnen deelnemen. Over het algemeen zijn verordeningen gedetailleerder dan richtlijnen, maar een zeer scherp onderscheid is niet te maken.

De normering van nationale controleactiviteiten

De mate van de normering van nationale controleactiviteiten is verschillend per beleidsgebied. In sommige gevallen is er alleen een algemene verplichting om te zorgen voor het toezicht op de naleving. Zo stelt artikel 2 lid 1 van mediarichtlijn nr. 89/552 dat de lidstaat erop toeziet dat televisie-uitzendingen van omroeporganisaties die onder haar bevoegdheid vallen, voldoen aan de regels van het recht dat op voor het publiek in die lidstaat bestemde uitzendingen van toepassing is.⁹¹

Een volgende stap is het voorschrijven van een bepaalde toezichthouder, die met het toezicht is belast. In het voorstel voor een nieuwe mediarichtlijn wordt in artikel 23ter de oprichting van nationale regelgevende organen en instanties geregeld.⁹² Een verplichting tot het instellen van één of meerdere autoriteiten is ook te vinden in de regelgeving van de Europese structuurfondsen. Verordening (EG) nr. 1083/2006 onderscheidt zelfs drie autoriteiten, te weten een managementautoriteit, een certificeringsautoriteit en een auditautoriteit.⁹³ Daarvoor waren dat twee autoriteiten.⁹⁴

Over het algemeen heeft er een vergaande beïnvloeding plaats gevonden op de beleidsgebieden die betrekking hebben op de eigen financiële middelen van de Gemeenschap. Bij de uitgavenkant gaat het hierbij om de Europese structuurfondsen en het landbouwbeleid en bij de inkomstenkant om het beleidsgebied douane en BTW. Zo geeft het Europese Douanewetboek (CDW)

91 Richtlijn nr. 89/552/EEG, betreffende coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (TZG-Richtlijn), zoals gewijzigd door Richtlijn nr. 97/36/EG (*PbEG* 1989, L 298/23).

92 COM(2007)170 def.

93 Zie artikel 95 Verordening (EG) nr. 1083/2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 1999, L 210/25).

94 Zie de casestudy ESF (bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap), hoofdstuk 9.

in artikel 4 lid 13 een definitie van het begrip toezicht en controle.⁹⁵ Daarbij wordt specifiek omschreven welke controles plaats moeten vinden. Volgens artikel 13 lid 2 CDW moeten douanecontroles, niet zijnde steekproefcontroles, gebaseerd zijn op een door middel van geautomatiseerde gegevensverwerkingstechnieken uitgevoerde risicoanalyse. Het controleregime wordt vervolgens in het CDW en de toepassingsverordening verder uitgewerkt in verschillende vergunningstelsels voor bijzondere douaneregelingen, zoals het douane-entrepot en de actieve en passieve veredeling.⁹⁶

Een ander goed voorbeeld van een gedetailleerde regeling is de uitvoeringsverordening voor de rechtstreekse steunverlening in het landbouwbeleid.⁹⁷ De verordening regelt zowel het toezicht, in de zin van de verordening, als de specifieke controles.⁹⁸ In de verordening worden regels gegeven voor a) het controlesysteem dat gehanteerd moet worden; b) het houden van administratieve controles; c) het houden van controles ter plaatse en het percentage van controles dat plaats moet vinden (artikel 26 verordening); d) de selectie bij steekproefsgewijze controle (artikel 27 verordening); e) het opstellen van controleverslagen (artikel 28 verordening); f) de middelen die gebruikt worden bij controles en de wijze waarop deze plaats moeten vinden (zoals die ter beoordeling van het THC-gehalte in gewassen artikel 33 van de verordening en artikel 32 over het gebruik van teledetectie); en g) de bepaling van het tijdstip en de inhoud van de controles ter plaatse (artikel 34 en 35).

Vergaande beïnvloeding van controle vindt ook plaats op gebieden waar het niet gaat om de eigen financiële middelen van de Gemeenschap, zoals visserij of voedselveiligheid. In Verordening (EEG) nr. 2847/93 tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid worden uitvoerige controlebepalingen gegeven.⁹⁹ Zo regelt titel V van deze verordening de inspectie en controle van bepaalde maatregelen ter verbetering en aanpassing

95 Artikel 4, dertiende lid, CDW. Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad tot vaststelling van het Europese douanewetboek (*PbEG* 1992, L 302/1).

96 Verordening (EEG) 254/93 van de Commissie van 2 juli 1993 houdende vaststelling van enkele bepalingen ter uitvoering van Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad tot vaststelling van het Europese douanewetboek (*PbEG* 1993, L 253/1). Het TCDW bevat meer dan 900 artikelen en 113 bijlagen.

97 Verordening (EG) nr. 796/2004 van de Commissie van 21 april 2004 houdende uitvoeringsbepalingen inzake de randvoorwaarden, de modulatie en het geïntegreerd beheers- en controlesysteem waarin is voorzien bij Verordening (EG) nr. 1782/2003 van de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor regelingen inzake rechtstreekse steunverlening in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid (*PbEG* 2004, L 141/18).

98 R.o. 29 van de verordening stelt: 'met het oog op een geharmoniseerd toezichtniveau in alle lidstaten moeten de criteria en technische procedures voor de uitvoering van administratieve controles en van controles ter plaatse tot in de details worden aangegeven niet alleen ten aanzien van de subsidiabiliteitscriteria die voor de steunregelingen zijn vastgesteld, maar ook ten aanzien van de verplichtingen in het kader van de randvoorwaarden.'

99 Verordening (EEG) nr. 2847/93 van de Raad van 12 oktober 1993 tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 1993, L 261/1).

van de structuur van de visserijsector. In die titel wordt vervolgens voorgeschreven waar er gecontroleerd moet worden. Voor de nadere uitwerking daarvan wordt verwezen naar uitvoeringsverordeningen. Tevens moet een lidstaat de Commissie informeren over welke controlemethoden zijn toegepast en welke instanties daarbij betrokken waren (zie o.a. artikel 27 e.v.). Ook Verordening (EG) nr. 882/2004 op het gebied van voedselveiligheid geeft vergaande uitvoeringsvoorschriften.¹⁰⁰ Voor taken in verband met officiële controles moet in de regel gebruik worden gemaakt van passende controlemethoden en -technieken, zoals monitoring, bewaking, verificatie, audits, inspectie, bemonstering en analyse. Artikel 10 van de verordening geeft een regeling van de officiële controles die volgens de verordening verricht moeten worden, zoals de analyse van de controlesystemen die de diervoeder- en levensmiddelenbedrijven al hebben ingesteld en van de geboekte resultaten, de inspecties van gebouwen en grondstoffen, de controles van de hygiënetoestand, de evaluatie van de procedures, het onderzoek van schriftelijk bewijsmateriaal, de gesprekken met de exploitanten en het personeel, en elke andere activiteit die wordt verricht om ervoor te zorgen dat de doelstellingen van deze verordening worden bereikt.

Voorgeschreven controlebevoegdheden

Naast het normeren van de controleactiviteiten, geeft het EG-recht op sommige gebieden ook aan welke bevoegdheden verleend moeten worden aan nationale toezichthouders. Ook hier zijn er verschillende gradaties van beïnvloeding. Deze bevoegdheden gaan in sommige gevallen ook verder dan de bevoegdheden die toezichthouders hebben op basis van afdeling 5.2 van de Awb of bijzondere wetgeving (zie hieronder het voorbeeld uit het financieel toezicht). Het voorschrijven van controlebevoegdheden vindt onder andere plaats in het douanerecht, waar artikel 14 van het CDW voorschrijft dat de douane inlichtingen en bescheiden moet kunnen vorderen, en in het mededingingsrecht.¹⁰¹ In het financieel toezicht wordt een uitgebreid pakket aan bevoegdheden voorgeschreven. Artikel 12 van Richtlijn (EG) nr. 2003/6 tegen marktmisbruik¹⁰² en artikel 50 van Richtlijn (EG) nr. 2004/39 betreffende markten voor financiële instrumenten¹⁰³ kennen ter zake bijna identieke bepalingen. Bevoeg-

100 Verordening (EG) nr. 882/2004 van 29 april 2004 inzake officiële controles op de naleving van de wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn (*PbEG* 2004, L 191/1).

101 Zie artikel 20 lid 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2003, L1/1).

102 Richtlijn nr. 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik) (*PbEG* 2003, L 96/1).

103 Richtlijn 2004/39/EG van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen nr. 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn nr. 93/22/EEG van de Raad (*PbEG* 2004, L 145/1).

de autoriteiten moeten alle controle- en onderzoeksbevoegdheden hebben die nodig zijn voor de vervulling van hun taken. Deze bevoegdheden worden uitvoerig uitgewerkt en omvatten *ten minste* het recht om toegang te verkrijgen tot ieder document, in enigerlei vorm, en een afschrift hiervan te ontvangen, om aanvullende inlichtingen te verlangen van iedere persoon en zo nodig een persoon op te roepen en te ondervragen om inlichtingen te verkrijgen, om inspecties ter plaatse te verrichten, om bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer te verlangen, en, soms, om strafrechtelijke vervolgingsprocedures in te leiden, etc.¹⁰⁴

Een aantal van deze bevoegdheden, zoals de bevoegdheid tot inbeslagname, hebben in Nederland een strafvorderlijk karakter. Artikel 12 lid 1 van de richtlijn marktmisbruik (en ook artikel 50 van de richtlijn financiële instrumenten) bepaalt daarom dat de bevoegdheden niet alleen rechtstreeks mogen worden uitgeoefend, maar ook in samenwerking met andere autoriteiten, onder de verantwoordelijkheid van de bevoegde autoriteit die haar bevoegdheden aan die instanties of ondernemingen delegeert, dan wel door middel van een verzoek aan de bevoegde rechterlijke instanties. Dit roept de vraag op of dergelijke bevoegdheden ook goed zijn omgezet op nationaal niveau. Voor de beantwoording van deze vraag wordt verwezen naar de casestudies in hoofdstuk 4 tot en met hoofdstuk 11.

3.3.2.3 Europees toezicht en controle

Algemeen

Naast de hierboven genoemde mogelijkheden heeft de Commissie ook een eigen toezicht- en controletaak. Artikel 211 EG geeft de Commissie een algemene taak tot toezicht op de toepassing van het EG-recht, maar ook op specifieke beleidsgebieden kan de Commissie bekleed zijn met bepaalde toezichttaken. Hierbij kan men een onderscheid maken tussen het tweedelijnstoezicht en het eerstelijnstoezicht dat de Commissie uitoefent. Bij tweedelijnstoezicht controleert de Commissie de controleactiviteiten van de lidstaten en bij eerstelijnstoezicht controleert de Commissie de marktdeelnemers. De overgang tussen deze vormen van toezicht kan vloeiend zijn wanneer onder tweedelijnscontrole tevens controles worden gehouden bij specifieke marktdeelnemers. In beide gevallen kan de Commissie in sommige gevallen bevoegdheden in de lidstaten zelf uitoefenen. Hieronder komt tenslotte ook het gebruik aan de orde van bewijsmateriaal dat door de Commissie vergaard is.

Tweedelijnstoezicht

De Commissie oefent tweedelijnstoezichttaken uit op verschillende deelgebieden. Dit toezicht kan bestaan uit verschillende aspecten. Allereerst kan er een

104 Zie verder de casestudy financieel toezicht.

rapportageplicht zijn voor de lidstaten om de Commissie op de hoogte te brengen van hun controle- en sanctioneringsinspanningen. Dit kan gevolgd worden door een onderzoek van de Commissie naar de controles die uitgevoerd worden in de lidstaten. Daarbij kan worden gecontroleerd of deze worden uitgevoerd zoals dat op Europees niveau is afgesproken.

Voorbeelden van dergelijk tweedelijnstoezicht zijn legio. Zo moeten de bevoegde autoriteiten onder de controleregeling visserij de Commissie voortdurend inlichten over welke controlemethoden worden toegepast.¹⁰⁵ Verder moeten de lidstaten de Commissie de gegevens meedelen over de vastgestelde controlemaatregelen, de bevoegde controleautoriteiten, het type geconstateerde overtredingen en de naar aanleiding daarvan getroffen maatregelen (artikel 28 lid 3). Artikel 29 van de controleregeling visserij bepaalt dat de Commissie de toepassing van deze verordening door de lidstaten verifieert door het bestuderen van documenten en het afleggen van bezoeken ter plaatse. De Commissie kan daarbij besluiten of zij het noodzakelijk acht verificaties te verrichten zonder kennisgeving vooraf. Inspecteurs van de Commissie kunnen aanwezig zijn bij de controles en inspecties die door de nationale controlediensten worden uitgevoerd. De lidstaten dienen de Commissie verder alle medewerking te verlenen bij de uitvoering van haar taken en wanneer de Commissie in de uitvoering van haar taak wordt belemmerd, stellen de betrokken lidstaten de Commissie de middelen ter beschikking om haar actie tot een goed einde te brengen en bieden zij de inspecteurs de gelegenheid de specifieke controlewerkzaamheden te evalueren.

Vergaand tweedelijnstoezicht vindt ook plaats op het gebied van voedselveiligheid. De lidstaten dienen meerjarige controleplannen op te stellen (Titel V van de controleverordening¹⁰⁶). Bij het opstellen van die plannen moet rekening gehouden worden met de richtsnoeren van de Commissie (artikel 43). Daarnaast moeten lidstaten elk jaar een jaarverslag maken (artikel 44). Deze gegevens vormen de basis voor de regelmatige algemene of specifieke audits die de Commissie uitvoert in de lidstaten (artikel 45) om na te gaan of de officiële controles in de lidstaten over het algemeen in overeenstemming zijn met de meerjarige nationale controleplannen en met de Europese wetgeving.

105 Zie artikel 26 lid 2 Verordening (EEG) nr. 2847/93 van de Raad van 12 oktober 1993 tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 1993, L 261/1).

106 Verordening (EG) nr. 882/2004 van 29 april 2004 inzake officiële controles op de naleving van de wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn (*PbEG* 2004, L 191/1).

Wanneer het gaat om de financiële belangen van de gemeenschap regelt artikel 9 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 het toezicht van de Commissie.¹⁰⁷ De Commissie laat onder eigen verantwoordelijkheid nagaan:

- of de administratieve praktijken met de Europese voorschriften in overeenstemming zijn;
- of de nodige bewijsstukken beschikbaar zijn en of deze overeenkomen met de in artikel 1 bedoelde ontvangsten en uitgaven van de Gemeenschappen;
- hoe deze financiële verrichtingen worden uitgevoerd en geverifieerd.

Daarbij kan zij onder voorwaarden controles en verificaties ter plaatse verrichten. De lidstaat dient daarbij alle noodzakelijke hulp te verlenen. Blijkt een lidstaat zich niet gehouden te hebben aan de Europese regels dan kan dat financiële repercussies tot gevolg hebben. Met name is het denkbaar dat de Commissie bepaalde bedragen die ten onrechte zijn uitgekeerd of ten onrechte niet zijn geheven alsnog bij de lidstaat terug- of invordert. Eenzelfde soort regeling geeft Verordening (EG) nr. 1258/1999. Volgens artikel 9 dienen lidstaten de Commissie alle inlichtingen te verstrekken die voor de goede werking van het structuurfonds nodig zijn. Daarnaast nemen de lidstaten alle maatregelen die kunnen dienen ter vergemakkelijking van de controles die de Commissie dienstig acht. De ambtenaren van de Commissie moeten inzage kunnen hebben in de boeken en alle andere documenten. Zij gaan daarbij dezelfde drie bovenstaande punten na als onder Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95.¹⁰⁸

Eerstelijnstoezicht

Bij eerstelijnstoezicht zijn het de ambtenaren van de Commissie of agentschappen zelf die direct in de lidstaat optreden om marktdeelnemers te controleren.¹⁰⁹ Op de in dit onderzoek onderzochte terreinen komen deze controles voor bij Europese mededinging en de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Verordening (EG) nr. 1/2003¹¹⁰ kent verschillende zelfstandige onderzoeksbevoegdheden toe aan de Commissie of haar functionarissen. De Commissie is bij het vervullen van haar taak bevoegd om inlichtingen van bedrijven te vorderen (artikel 18), om verklaringen op te nemen (artikel 19) en om inspecties te houden in de lidstaten bij ondernemingen (artikel 20/21). Artikel 20 lid 2 specificeert de volgende bevoegdheden die de ambtenaren

107 Artikel 9 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (*PbEG* 1995, L 312/1).

108 Verordening (EG) nr. 1258/1999 van de Raad van 17 mei 1999 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid (*PbEG* 1999, L160/1).

109 Zie voor een overzicht ook Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 118 e.v.

110 Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2003, L 1/1).

van de Commissie moeten hebben voor het houden van inspecties bij ondernemingen:

- het betreden van alle lokalen, terreinen en vervoermiddelen van ondernemingen en ondernemersverenigingen;
- het controleren van de boeken en alle andere bescheiden in verband met het bedrijf, ongeacht de aard van de drager van die bescheiden;
- het maken of verkrijgen van afschriften of uittreksels, in welke vorm ook, van die boeken en bescheiden;
- het verzegelen van lokalen en boeken of andere bescheiden van het bedrijf voor de duur van, en voorzover nodig voor, de inspectie;
- het verzoeken van vertegenwoordigers of personeelsleden van de betrokken onderneming of ondernemersvereniging om toelichting bij feiten of documenten die verband houden met het voorwerp en het doel van de inspectie, en het optekenen van hun antwoorden.

Functionarissen van de nationale mededingingsautoriteit moeten de Commissie actief bijstand verlenen wanneer de Commissie daarom verzoekt (artikel 20 lid 5 en 6).

Ook op andere terreinen oefent de Commissie zelfstandig controlebevoegdheden uit. Allereerst gaat het hierbij om Verordening (EG, Euratom) nr. 2185/96, betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraudes en andere onregelmatigheden.¹¹¹ De Commissie heeft daartoe een onafhankelijk bureau opgericht dat belast is met het uitoefenen van toezicht en controle in de lidstaten, het *Office pour la Lutte Anti Fraude* (OLAF).¹¹² De controles en verificaties ter plaatse worden uitgevoerd onder gezag en verantwoordelijkheid van de Commissie of door haar naar behoren gemachtigde ambtenaren of functionarissen ('controleurs van de Commissie') (artikel 6). Volgens artikel 7 van de verordening hebben de controleurs van de Commissie onder dezelfde voorwaarden als de nationale

111 Verordening (EG, Euratom) nr. 2185/96 van de Raad van 11 november 1996 (*PbEG* 1996, L292/2), betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraudes en andere onregelmatigheden.

112 Het Europees Bureau voor Fraudebestrijding (OLAF) is opgericht bij besluit 1999/352/EG, EGKS, Euratom van de Commissie van 28 april 1999 (*PbEG* 1999, L 136/20) en Verordening (EG) nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende onderzoeken door het OLAF (*PbEG* 1999, L 136/1) regelt de controles, verificaties en andere maatregelen die de personeelsleden van het OLAF bij de uitoefening van hun taken uitvoeren. Hierbij gaat het zowel om onderzoeken in het kader van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95, als om onderzoeken in het kader van Verordening (EG, Euratom) nr. 2185/96 (extern onderzoek in de zin van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1073/1999).

administratieve controleurs toegang tot alle gegevens en documenten.¹¹³ Zij mogen daarbij dezelfde controlemiddelen voor onderzoek gebruiken als nationale controleurs. De controles en verificaties ter plaatse kunnen betrekking hebben op:

- de boeken en bescheiden betreffende beroep of bedrijf, zoals facturen, bestekken, loonstrookjes, staten van dagelijkse werkzaamheden en uitgaven, uittreksels van bankrekeningen welke in het bezit van de marktdeelnemers zijn;
- de computergegevens;
- de productie-, verpakings- en verzendingssystemen en -methoden;
- de fysieke controle van de aard en de omvang van de goederen of van de verrichte activiteiten;
- het nemen van monsters en de verificatie daarvan;
- de stand van uitvoering van de gefinancierde werkzaamheden en investeringen, en het gebruik en de bestemming van de uitgevoerde investeringen;
- de budgettaire en boekhoudkundige bescheiden;
- de financiële en technische uitvoering van gesubsidieerde projecten.

Wanneer dit nodig is, dienen lidstaten de passende conservatoire maatregelen te nemen om het bewijsmateriaal te beschermen (artikel 7 lid 2). Het resultaat van het onderzoek wordt neergelegd in een verslag dat toegezonden kan worden aan de gerechtelijke instanties van de lidstaten (artikel 10 lid 2 Verordening (EG) nr. 1073/1999¹¹⁴). Het blijft echter aan de lidstaat zelf om te bepalen of strafrechtelijke vervolging wordt ingesteld. Het Bureau heeft geen bevoegdheid om gerechtelijke instanties instructies te geven tot strafvervolging. Het beginsel van loyale samenwerking houdt in dit geval in dat wanneer het OLAF de nationale gerechtelijke autoriteiten op grond van artikel 10 informatie meedeelt, die autoriteiten deze informatie aandachtig moeten onderzoeken en daaruit de gevolgen moeten trekken waardoor wordt gewaarborgd dat het gemeenschapsrecht in acht wordt genomen. Het Gerecht van Eerste Aanleg spreekt van een verplichting tot aandachtig onderzoek, maar stelt nadrukkelijk dat mededelingen met informatie van OLAF geen dwingend karakter hebben.¹¹⁵

113 Dit roept de vraag op of de Awb daarop voldoende is toegesneden. Zie hiervoor onder andere Widdershoven, Verhoeven e.a 2007.

114 Deze verordeningen vormen niet de rechtsgrond voor de onderzoeksbevoegdheden, maar zij bepalen nauwkeurig welke procedure bij ieder onderzoek moet worden gevolgd. Verordening (EG) nr. 1073/99 van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) (*PbEG* 1999, L 136/1).

115 GvEA EG 4 oktober 2006, zaak T-193/04, Hans-Martin Tillack t. Commissie, *Jur.* 2006, p. II-3995.

Het gebruik van bewijs

Een belangrijk aspect dat in verschillende verordeningen naar voren komt, betreft het gebruik van het door Europese controles verkregen bewijs in nationale procedures. Over het algemeen kent het Europese recht geen dwingende regels omtrent het procesrecht. Tegelijkertijd met het ontwikkelen van een Europees handhavingsbeleid zijn er echter ook regels omtrent het gebruik van bewijs ontstaan. Zo regelt de zwarte-lijst-verordening in artikel 4 lid 4:

‘Deze verordening laat de toepassing in de Lid-Staten van de voorschriften betreffende de strafvordering of de onderlinge rechtshulp tussen de Lid-Staten onverlet. Zij belet niet dat de bij de toepassing van deze verordening verkregen gegevens worden gebruikt bij gerechtelijke procedures of vervolgingen die later worden ingesteld wegens niet-naleving van de landbouwvoorschriften.’¹¹⁶

Dergelijke bewijsbepalingen willen er voor zorgen dat vergaard bewijs niet alleen in bestuurlijke context gebruikt kan worden, maar tevens in procedures van strafrechtelijke, civiele of tuchtrechtelijke aard. Welke bewijskracht de verkregen gegevens moeten toekomen, wordt overgelaten aan het nationale procesrecht.

Een andere belangrijke verordening waarin bepalingen staan met betrekking tot het gebruik van bewijs is de al genoemde euro-controleverordening (Verordening (EEG) nr. 2185/96). Europese controleurs, zoals OLAF, leggen hun vindingen vast in rapporten die vervolgens gebruikt moeten worden om eventuele fraude te bestrijden, ook door middel van het strafrecht.¹¹⁷ Artikel 8 lid 3, regelt het gebruik van uit het onderzoek verkregen bewijs als volgt:

‘De controleurs van de Commissie zorgen ervoor dat hun verslagen inzake controle en verificatie worden opgesteld met inachtneming van de procedurevoorschriften die in de wetgeving van de betrokken Lid-Staat zijn vastgesteld. De verzamelde materiële gegevens en de bescheiden bedoeld in artikel 7 worden in een bijlage bij deze verslagen bijeengebracht. De aldus opgestelde verslagen vormen op dezelfde wijze en onder dezelfde voorwaarden als de door de nationale administratieve controleurs opgestelde administratieve verslagen toelaatbaar bewijsmateriaal in de administratieve of gerechtelijke procedures van de Lid-Staat waar het gebruik ervan nodig blijkt. Voor de beoordeling van die verslagen gelden dezelfde regels als voor de administratieve verslagen van de nationale administratieve controleurs en zij hebben dezelfde waarde. Indien de controle overeenkomstig artikel 4, tweede alinea, gezamenlijk wordt verricht, wordt de nationale controleurs die aan de controle hebben deelgenomen verzocht het door de controleurs van de Commissie opgestelde verslag mede te ondertekenen.’

¹¹⁶ Verordening (EG) nr. 1469/95 van de Raad van 22 juni 1995 betreffende de maatregelen die moeten worden genomen ten aanzien van bepaalde begunstigen van uit het EOGFL, afdeling Garantie, gefinancierde verrichtingen (*PbEG* 1995, L 145/1).

¹¹⁷ Zie ook Vervaele 1999, p. 59-98.

Op deze manier wordt bewijsmateriaal dat verkregen wordt door het onafhankelijke en zelfstandige onderzoek van eurocontroleurs op basis van het beginsel van gelijkwaardigheid betrokken in nationale strafrechtelijke procedures. Dat betekent wel dat de juridische betekenis van Europese rapporten per lidstaat kan verschillen.

3.3.2.4 Transnationale samenwerking van toezichthouders

Algemeen

Zolang de Europese Unie niet beschikt over een eigen omvangrijk handhavend apparaat kan alleen door middel van samenwerking een adequate naleving van Europese regels bij grensoverschrijdende problemen verzekerd worden. Transnationale samenwerking is daarom een belangrijk onderdeel van het Europees handhavingsrecht. In het algemeen kan artikel 10 EG worden gezien als de basis voor een verplichting tot wederzijdse loyale samenwerking.¹¹⁸ Deze verplichting wordt in verschillende richtlijnen en verordeningen ook herhaald.¹¹⁹ Verder bevat artikel 66 EG een algemene grondslag voor horizontale en verticale administratieve samenwerking op het terrein van Titel IV (visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrij verkeer van personen). Artikel 280 lid 3 EG voorziet in een specifieke rechtsbasis voor samenwerking bij fraudebestrijding. In het algemeen zijn de voorschriften echter sectoraal bepaald. Twee verschillende vormen van transnationale samenwerking kunnen worden onderscheiden: horizontale samenwerking tussen de lidstaten onderling en verticale samenwerking tussen de lidstaat en de Commissie.

Een belangrijke samenwerkingsverordening is Verordening (EG) nr. 515/97 van de Raad van 13 maart 1997 betreffende de wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften.¹²⁰ Deze zal ter illustratie worden gebruikt wanneer er in het onderstaande gekeken wordt naar de uitwisseling van informatie en het onzelfstandig uitoefenen van controles.

118 HvJ EG 6 december 1990, zaak 2/88, *Zwartveld*, *Jur.* 1990, p. I-3365; HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Freres*, *Jur.* 2002, p. I-9011.

119 Verordening (EG) nr. 796/2004 van 21 april 2004 (*PbEG* 2004, L 141/18) en Richtlijn nr. 2003/6/EG (*PbEG* 2003, L 96/16) (Marktmisbruik).

120 Verordening (EG) nr. 515/97 van de Raad van 13 maart 1997 (*PbEG* 1997, L 82/1) en voor visserij Verordening (EEG) nr. 2847/93 ter invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 1993, L 261/1).

Het uitwisselen van informatie

Transnationale samenwerking is allereerst gericht op een goede uitwisseling van informatie. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen verschillende vormen van informatieuitwisseling:¹²¹

- automatische informatie-uitwisseling, wanneer een lidstaat regelmatig en zonder voorafgaand verzoek een andere lidstaat van informatie voorziet (vgl. artikel 3 Richtlijn (EG) nr. 77/799);
- informatieverstrekking op verzoek van een lidstaat (artikel 2 Richtlijn (EG) nr. 77/799; artikel 4 t/m 6 en 18 Verordening (EG) nr. 515/97);
- spontane informatieverstrekking (artikel 4 Richtlijn (EG) nr. 77/799; Titel II en artikel 17 Verordening (EG) nr. 515/97);
- informatie-uitwisseling door middel van systemen (Titel V Verordening (EG) nr. 515/97).

Verordening (EG) nr. 515/97 regelt zowel de horizontale als de verticale relatie. Verder bevatten dergelijke verordeningen waarborgen voor het gebruik van de gegevens. Zo mag de verstrekte informatie door het ontvangende land alleen worden gebruikt voor het doel van de regeling waarop de uitwisseling is gebaseerd (specialiteit), is de verstrekte informatie vertrouwelijk (geheimhoudingsplicht), en zijn er regels voor de bescherming van persoonsgegevens (privacy).¹²² Ook wordt aansluiting gezocht bij de waarborgen die het nationale recht geeft bij het verstrekken van gevoelige informatie. Zo stelt artikel 3 van de wederzijdse bijstand verordening dat wanneer er rechterlijke toestemming nodig is volgens het nationale recht dit ook geldt voor informatie verstrekt op basis van deze richtlijn.

Onzelfstandig verrichten van controles

Naast het uitwisselen van informatie, kunnen Europese regelingen betrekking hebben op de daadwerkelijke uitvoering van onderzoek in opdracht van de Commissie of een andere lidstaat. Deze samenwerking komt voor in verschillende sectorale regelingen, zoals in douane en landbouw, visserij en voedselveiligheid.¹²³ Een belangrijk voorbeeld is Verordening (EG) nr. 515/97, die de wederzijdse bijstand en samenwerking regelt bij de toepassing van douane-

121 Zie bijvoorbeeld ook: Richtlijn nr. 77/799 inzake de wederzijdse bijstand op het gebied van de directe belastingen (*PbEG* 1997, L 336/1).

122 Bijvoorbeeld de Schengenuitvoeringsovereenkomst van 19 juni 1990, 145 (SIS) en Verordening (EG) nr. 515/97 (*PbEG* 1997, L 82/1).

123 Zie bijvoorbeeld Titel VIII Bis: 'Samenwerking tussen de controleautoriteiten van de lidstaten en samenwerking met de Commissie' van de controleregeling visserij Verordening (EEG) nr. 2847/93 (*PbEG* 1993, L 261/1); Titel IV: 'Administratieve bijstand en samenwerking op het gebied van diervoeders en voedingsmiddelen', Verordening (EG) nr. 882/2004 (*PbEG* 2004, L 165/1).

en landbouwvoorschriften.¹²⁴ De verordening maakt een onderscheid tussen 'bijzonder toezicht', waarbij de nationale autoriteiten op verzoek van een andere lidstaat of de Commissie toezicht uitoefenen op personen (artikel 7), en 'administratief onderzoek', waarbij de nationale autoriteiten op verzoek van een lidstaat of de Commissie een onderzoek verrichten naar handelingen die in strijd kunnen zijn met douane en/of landbouwvoorschriften (artikel 9). In het geval van een administratief onderzoek kunnen ambtenaren van de verzoekende autoriteit aanwezig zijn. Artikel 9 lid 2 regelt daarbij dat de ambtenaren van de aangezochte autoriteit de leiding van het administratieve onderzoek hebben. De ambtenaren van de verzoekende autoriteit mogen daarbij niet op eigen initiatief controlebevoegdheden uitoefenen. Wel hebben zij door tussenkomst van de ambtenaren van de aangezochte lidstaat toegang tot dezelfde plaatsen en documenten ten behoeve van het lopende administratieve onderzoek. Het is niet mogelijk voor buitenlandse ambtenaren om deel te nemen aan onderzoekshandelingen van strafrechtelijke aard die voorbehouden zijn aan ambtenaren die daartoe specifiek door de nationale wet zijn aangewezen. Zij nemen in geen geval deel aan huiszoekingen of aan formele verhoren van personen in het kader van de strafwetgeving. Artikel 10 regelt dat lidstaten overeen kunnen komen dat het mogelijk is voor ambtenaren van de verzoekende autoriteit hun functie uit te oefenen in de aangezochte lidstaat en gegevens te verzamelen die betrekking hebben op de toepassing van de douane- of landbouwvoorschriften.¹²⁵

Zelfstandig transnationaal onderzoek door andere lidstaten

Het kan ook voorkomen dat een lidstaat zelfstandig transnationaal onderzoek doet in een andere lidstaat, zoals gebeurt in het financieel toezicht.¹²⁶ Daar oefent de toezichthouder van de lidstaat waar het hoofdkantoor van een financiële instelling is gevestigd, ook het toezicht uit op de bijkantoren van die instelling in andere lidstaten. Daartoe kunnen deze toezichthouders zelfstandig bevoegdheden uitoefenen in een andere lidstaat. Zo stelt artikel 43 lid 1 van Richtlijn (EG) nr. 2006/48 dat

'de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst, na de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst daarvan vooraf in kennis te hebben gesteld, zelf (...)

124 Verordening (EG) nr. 515/97 van 13 maart 1997 betreffende de wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften (*PbEG* 1997, L 82/1).

125 Artikel 5:15 lid 3 Awb geeft hier ook nationaal een voldoende grondslag voor, door nationale toezichtsambtenaren de mogelijkheid te geven zich te doen vergezellen 'door personen die daartoe door hem zijn aangewezen'.

126 Zie ook Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 119-120.

ter plaatse de gegevens kunnen verifiëren die voor het financieel toezicht noodzakelijk zijn.¹²⁷

Hiermee gaat de richtlijn uit van het systeem van *homestate control*, hetgeen inhoudt dat de toezichthouder van de lidstaat waar het hoofdkantoor gevestigd is ook toezicht houdt op andere vestigingen in andere delen van de Gemeenschap.¹²⁸ Het nationale recht van elk van de lidstaten zal een wettelijke voorziening moeten regelen om dit mogelijk te maken.

3.3.3 Sanctionering

3.3.3.1 Algemeen

Aanvankelijk liet de Gemeenschap de sanctionering geheel over aan de lidstaten. Deze konden zelf bepalen of zij privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke of strafrechtelijke sanctionering zouden toepassen. Het gevolg was een groot handhavingstekort in de lidstaten, hetgeen een directe bedreiging vormde voor de effectiviteit en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht.¹²⁹ Wij hebben reeds gezien dat het Hof van Justitie om die reden de eis is gaan stellen dat sanctionering doeltreffend en afschrikkend moet zijn. Ook de Europese wetgever is de sanctionering gaan beïnvloeden op specifieke beleidsgebieden. Deze communautarisering van de sanctionering begon bij het landbouwbeleid, waar al vroeg *herstelsancties* werden voorgeschreven. Aan het eind van de jaren '80 van de vorige eeuw ging de Commissie ertoe over om ook bestuurlijke sancties voor te schrijven die verdergaan dan herstelsancties, waaronder ook *punitieve* sancties, zoals de bestuurlijke boete.¹³⁰ Duitsland had bezwaar tegen deze ontwikkeling, maar het Hof van Justitie oordeelde dat de Gemeenschap bevoegd was om, zelfs in een uitvoeringsverordening, voor een harmonisering van dergelijke sancties te zorgen. Het Hof gaf aan dat

127 Zie artikel 43 lid 1 Richtlijn (EG) nr. 2006/48/EG betreffende de toegang tot en de uitoefening van kredietinstellingen (herschikking) (*PbEG* 2006, L 171/1).

128 In Nederland is dit geregeld in artikel 1:37 lid 1 van de Wet op het financieel toezicht.

129 Zie voor een beschrijving hiervan: Jans e.a. 2002, p. 255-256.

130 Het onderscheid tussen reparatoire (of herstel) sancties en punitieve sancties is van belang voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM. Punitieve sancties vallen onder het begrip van een *criminal charge* van Artikel 6 EVRM en worden als zodanig omgeven door de waarborgen die dat artikel voorschrijft. Het gaat te ver uitvoerig stil te staan bij deze waarborgen. De veelomvattende jurisprudentie en literatuur op dit onderwerp geeft voldoende aan dat artikel 6 EVRM het gehele proces tot oplegging van een punitieve sanctie omvat. Het onderscheid wordt op Europees niveau echter niet zo zeer gemaakt. Daarom is hier gekozen voor herstelsancties en sancties die verder gaan dan herstel.

‘de Gemeenschap bevoegd is tot het instellen van alle sancties die nodig zijn voor de doeltreffende toepassing van de regelingen op het gebied van het gemeenschappelijke landbouwbeleid.’¹³¹

Op het vlak van de sanctionering bestaan er grote verschillen tussen de verschillende terreinen van EG-recht. Op sommige beleidsgebieden wordt de sanctionering in het geheel niet geregeld.¹³² Op de meeste beleidsgebieden beperkt Europa zich tot het stellen van een verplichting om sancties vast te stellen die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn en wordt de keuze voor het karakter van de sancties over gelaten aan de lidstaten. Een voorbeeld hiervan is artikel 50 van Verordening (EG) nr. 1013/2006 van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen.¹³³ Volgens dit artikel bepalen de lidstaten

‘de voorschriften inzake sancties op inbreuken op de bepalingen van deze verordening en nemen alle maatregelen die nodig zijn om ervoor te zorgen dat zij worden uitgevoerd. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.’

Een ander voorbeeld is artikel 14 van de richtlijn marktmisbruik in het financiële toezicht:

‘Onverminderd het recht van de lidstaten tot het opleggen van strafrechtelijke sancties, zorgen de lidstaten ervoor dat in overeenstemming met hun nationale wetgeving passende administratieve maatregelen of administratieve sancties kunnen worden opgelegd aan de verantwoordelijke personen indien krachtens deze richtlijn vastgestelde bepalingen niet worden nageleefd. De lidstaten zien erop toe dat deze maatregelen doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.’¹³⁴

Op andere gebieden worden weer wel specifieke sancties voorgeschreven. Daarbij kan het gaan om herstelsancties of om sancties die verder gaan dan herstel.¹³⁵ Herstelsancties zullen worden besproken in paragraaf 3.3.3.2 en sancties die verdergaan dan herstel in paragraaf 3.3.3.3. In paragraaf 3.3.3.4 wordt de invloed op de nationale uitvoering in algemene zin bekeken. In de casestudies wordt hierop specifiek ingegaan. Zoals aangegeven in de inleiding heeft het Hof van Justitie inmiddels geoordeeld dat het voorschrijven van met

131 HvJ EG 27 oktober 1992, zaak C-240/90, Schapenvlees, *Jur.* 1992, p. I-5383, r.o. 11. In dit geval ging het om een uitsluitingsregeling.

132 Zoals het mediabeleid, zie Richtlijn nr. 89/552/EEG (*PbEG* 1989, L 298/23), zoals gewijzigd door Richtlijn nr. 97/36/EG (*PbEG* 1997, L 202/60).

133 Verordening (EG) nr. 1013/2006 van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen (*PbEG* 2006, L 190/1).

134 Richtlijn nr. 2003/6/EG van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik) (*PbEG* 2003, L 96/16).

135 Zie bijvoorbeeld het hieronder nader bekeken artikel 5 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 en artikel 31 van Verordening (EEG) nr. 2847/93 (de controleregeling visserij).

strafrecht samenhangende maatregelen binnen de eerste pijler ook mogelijk is. De precieze implicaties van deze uitspraak zullen afzonderlijk worden behandeld in paragraaf 3.5. Puur strafrechtelijke sancties zullen daarom hier verder onbesproken blijven.

3.3.3.2 Herstelsancties

De eerste en oudste vorm van sancties zijn de herstelsancties. Het doel bij deze vorm van sanctionering is niet om leed toe te voegen, maar om een inbreuk op de rechtsorde te herstellen.¹³⁶ Bekende Nederlandse vormen van herstelsancties zijn de bestuursdwang (artikel 5:21 Awb) en de last onder dwangsom (artikel 5:32 Awb). Een belangrijke herstelsanctie in Europa is de terugvordering van ten onrechte verleende gelden. Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 geeft een goed beeld van het soort herstelsancties dat in het gemeenschapsrecht wordt gebruikt. De verordening spreekt echter niet van sancties, maar van administratieve maatregelen. De maatregelen mogen volgens de verordening ook niet als sancties worden beschouwd (artikel 4 lid 4 Verordening (EG) nr. 2988/95). Genoemd worden (artikel 4):

- de verplichting de verschuldigde bedragen te betalen of de wederrechtelijk geïnde bedragen terug te betalen.
- Het volledige of gedeeltelijke verlies van de zekerheid die is gesteld ter ondersteuning van het verzoek om het toegekende voordeel of bij de inning van het voorschot.

Op andere beleidsgebieden worden ook specifieke herstelsancties gevonden, die eveneens niet als zodanig worden vermeld. Een voorbeeld van een dergelijke sanctie is de regeling in de nieuwe EVOA-verordening. Artikel 22 tot en met 27 regelen de terugnameplicht voor lidstaten, waarvan de kosten doorgestuurd worden naar de vervoerder. Een ander voorbeeld is artikel 220 van het CDW, dat voorschrijft dat lidstaten, wanneer het bedrag aan rechten dat voortvloeit uit de douaneschuld niet (of niet volledig) is geboekt conform de geldende regels, de boeking van het (aanvullende) bedrag alsnog moeten uitvoeren. Ook wordt een gestelde zekerheid niet teruggegeven zolang de douaneschuld niet is voldaan en voorzien artikel 8 tot en met 10 CDW in de intrekking van vergunningen.¹³⁷

3.3.3.3 Sancties die verder gaan dan herstel

De Gemeenschap neemt niet altijd genoegen met de terugvordering van wederrechtelijk verkregen gelden en gaat soms over tot sancties die verder

¹³⁶ Literatuur over herstelsancties: Jans e.a. 2002, p. 293 e.v.

¹³⁷ Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad tot vaststelling van het Europese douanewetboek (*PbEG* 1992 L 302/1).

gaan dan herstel, zoals de bestuurlijke boete. Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95, ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, is in het bijzonder gericht op het voorschrijven van de sanctionering van onregelmatigheden. Artikel 2 lid 3 van deze verordening bepaalt:

‘Het gemeenschapsrecht bepaalt de aard en de draagwijdte van de administratieve maatregelen en sancties die voor een juiste toepassing van de betrokken regeling nodig zijn.’

Daaruit volgt dat de sanctionering geen nationale aangelegenheid is wanneer de belangen van de Gemeenschap er mee gemoeid zijn. Naast de hierboven reeds genoemde sancties, geeft artikel 5 van de verordening een zeer breed scala aan sancties die verder gaan dan herstel:

- betaling van een administratieve boete;
- betaling van een bedrag dat groter is dan de wederrechtelijk ontvangen of ontdoken bedragen, eventueel vermeerderd met rente;
- volledige of gedeeltelijke intrekking van een bij de Europese regeling toegekend voordeel, ook al heeft de betrokkene dit voordeel slechts ten dele wederrechtelijk genoten;
- uitsluiting of intrekking van het voordeel voor een periode die volgt op die waarin de onregelmatigheid heeft plaatsgevonden;
- andere – naar aard en draagwijdte gelijkwaardige – sancties met een louter economisch karakter, als bepaald in sectoriële regelingen die door de Raad worden aangenomen op grond van de specifieke behoeften van de sector.

Van deze sancties wordt uitdrukkelijk gesteld dat deze niet kunnen worden gelijkgesteld met strafsancities (artikel 5 lid 2).

Punitieve sancties komen ook voor op andere deelgebieden. Zo regelt artikel 31 lid 2 bis van de controleregeling in de visserij dat de Raad een lijst van gedragingen kan vaststellen die een ernstige inbreuk vormen op Europese voorschriften ten aanzien waarvan de lidstaten zich verbinden om evenredige, afschrikkende en doeltreffende sancties op te leggen. Deze sancties behelzen volgens lid 3 onder meer: boetes, inbeslagneming van verboden vistuig en verboden vangsten, conservatoir beslag op het vaartuig, tijdelijke stillegging van het vaartuig, schorsing van de vergunning, en intrekking van de vergunning (een herstelsanctie).¹³⁸

Bij de bestuurlijke boete is er soms overlap met het strafrecht. Zo bepaalt artikel 22 van het voorgestelde gemoderniseerd douanewetboek dat onder

¹³⁸ Verordening (EEG) nr. 2847/93 van de Raad van 12 oktober 1993 tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 1993, L 261/1).

een administratieve boete ook moet worden verstaan 'een schikking die in de plaats treedt van een strafrechtelijke sanctie.'¹³⁹

3.3.3.4 *De uitvoering van Europese sancties: invloed op nationale uitvoering*

Over het algemeen beperkt het Europese recht zich bij het voorschrijven van sancties tot de opdracht om een sanctie op te nemen en is er ruimte voor de lidstaten om dit toe te passen in overeenstemming met hun eigen rechtssysteem. Het valt op dat in sectorale Europese regelgeving, in het bijzonder op het terrein van de landbouw, de voorgeschreven sanctionering nogal eens is 'dichtgereguleerd'.¹⁴⁰ Als voorbeeld kan verwezen worden naar Verordening (EG) nr. 796/2004, waar voor elke mogelijke onregelmatigheid het precieze kortingspercentage op de te verlenen subsidie wordt voorgeschreven en wordt bepaald wanneer het nationaal handhavende orgaan moet overgaan tot uitsluiting van de subsidieregeling. Ook wordt aangegeven wanneer een uitsluiting of korting niet toegepast kan worden. Zo is de afwegingsruimte voor het nationale bestuursorgaan bij het opleggen van een sanctie zeer beperkt door de gedetailleerde instructies in de verordening. De nationale rechter is eveneens gebonden aan EU-regelgeving en moet een sanctie opleggen ook al is deze onevenredig. De onevenredigheid van het voorschrift zelf kan alleen worden vastgesteld door het Hof van Justitie. De nationale rechter kan daartoe een prejudiciële vraag stellen.

3.3.4 Beleidsmatige beïnvloeding

3.3.4.1 *Algemeen*

De beleidsontwikkeling op Europees niveau bestaat uit een ingewikkeld systeem van overlegorganen en programma's. Allereerst zijn er algemene beleidsprogramma's die op Europees niveau worden opgesteld om in algemene zin richting te geven aan de verdere ontwikkeling van onder meer de handhaving. Deze plannen beginnen al op het hoogste niveau van de Europese Raad en worden verder uitgewerkt door de Commissie in actieplannen, beleidsprogramma's, witboeken en groenboeken voor het beleidsgebied met bijpassende plannen voor verordeningen, richtlijnen of andere instrumenten. Een voorbeeld van een officieel actieprogramma dat vastgelegd is in een beschikking van het Europese Parlement en de Raad zijn de douaneprogramma's. Zo stelt het douaneprogramma 2013 de algemene doelstelling

139 Voorstel voor een Verordening (EG) tot vaststelling van het Europese douanewetboek (gemoderniseerd douanewetboek) (COM(2005)608 def.).

140 Zie Widdershoven, Verhoeven e.a 2007, p. 122-125.

‘dat de douanediens- ten van de lidstaten op efficiënte wijze met elkaar samenwerken en hun taken uitvoeren als betrof het één enkele dienst, waarbij er zorg voor wordt gedragen dat de controles op ieder punt in het douanegebied van de Gemeenschap qua resultaten gelijkwaardig zijn.’¹⁴¹

Daarnaast zijn er nog instrumenten met specifieke eisen. Hieronder wordt ingegaan op de concrete invloed op de handhaving door middel van beleidsmatige instrumenten (paragraaf 3.3.4.2). Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de officiële beleidsmatige instrumenten die hun grondslag vinden in regelgeving en de instrumenten die dat niet doen. Het opstellen van beleidsmatige instrumenten gebeurt in samenwerking met de lidstaten en hun uitvoeringsinstanties door middel van comités en netwerken. In paragraaf 3.3.4.3 zal hiervan een beeld worden geschetst.

3.3.4.2 Concrete invloed op de handhaving

Officiële instrumenten

Naast het uitzetten van de algemene lijnen of het opzetten van projecten voor verdere beleidsontwikkeling, vindt er ook een beleidsmatige beïnvloeding plaats van de concrete invulling van de controle en de sanctionering die door de lidstaten worden uitgevoerd. Verordeningen worden allereerst uitgewerkt in uitvoeringsverordeningen, zoals de toepassingsverordening CDW (TCDW).¹⁴² Voor de verdere invulling wordt bovendien vaak gebruik gemaakt van richtsnoeren die door de Commissie worden vastgesteld op basis van het Comitologiebesluit (zie paragraaf 3.3.4.3). Zo bepaalt artikel 43 van de controleverordening over voedselveiligheid dat de Commissie richtsnoeren opstellen die lidstaten moeten volgen bij het opstellen van hun meerjarige controleplannen. Deze richtsnoeren bevatten een veelvoud aan aspecten, waaronder het vaststellen van op risico’s gebaseerde prioriteiten en criteria voor de indeling in risicocategorieën van de betrokken activiteiten, de meest doeltreffende controleprocedures, andere prioriteiten, de fasen tijdens de productie, verwerking en distributie van diervoeders en levensmiddelen, de aanmoediging van de toepassing van optimale praktijken op alle niveaus van het controlesysteem,

141 Zie artikel 4, onder b Beschikking nr. 642/2007/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 mei 2007 tot vaststelling van een actieprogramma voor de douane in de gemeenschap (Douane-2013) (*PbEG* 2007, L 154/25).

142 Verordening (EEG) nr. 2453/93 van de Commissie van 2 juli 1993 houdende vaststelling van enkele bepalingen ter uitvoering van Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad tot vaststelling van het communautair douanewetboek (*PbEG* 1993, L 253/1). ‘Enkele bepalingen’ is een understatement. Het TCDW bevat meer dan 900 artikelen en 113 bijlagen.

en de stimulering van de ontwikkeling van doeltreffende controles van traceerbaarheidssystemen.¹⁴³

Ook in het gemoderniseerd douanewetboek zal de Commissie de bevoegdheid hebben om een toelichting en richtsnoeren vast te stellen, die nationale beleidsmatige aanwijzingen vervangen. Volgens artikel 195 van het voorstel kan de Commissie toelichtingen op en bepalingen ter uitvoering van het wetboek vaststellen en kan zij richtsnoeren geven voor een uniforme interpretatie van de bepalingen van het wetboek en andere douanewetgeving in de Gemeenschap.

Overige afspraken

Naast de officiële instrumenten die worden vastgesteld door de Commissie, vindt er ook op informeel niveau een beleidsmatige beïnvloeding van de handhaving plaats. Dit betreft in bijzonder de gebieden waarbij het gaat om de financiële middelen van de Gemeenschap, zoals de structuurfondsen en het innen van invoerrechten bij de douane. Deze informele beïnvloeding kan een sterke weerslag hebben op de uitvoeringspraktijk, omdat ze de leidraad vormt voor de controles van de Commissie in het kader van tweedelijns-toezicht. Zo zijn er op douanegebied administratieve afspraken die de hoeveelheid en soort controles vastleggen. Het niet voldoen aan de eisen die op deze manier in Europa worden vastgesteld leidt tot het invorderen van niet geïnde gelden. Een belangrijk ander voorbeeld zijn de structuurfondsen in het kader waarvan de Commissie aan de lidstaten vaak directe aanwijzingen geeft over de invulling van beheers- en controlesystemen.¹⁴⁴

3.3.4.3 Comitologie en netwerken

Comitologie

De in paragraaf 3.3.4.2 vermelde eisen in de officiële instrumenten worden door de Commissie vastgesteld overeenkomstig het Comitologiebesluit. Tot 1999 was de comitologie een moeilijk doorgrondbaar en ontransparant geheel van uitvoeringscomités. Het Comitologiebesluit wilde meer consistentie en voorspelbaarheid bereiken bij de keuze van het type comité en verder de voorwaarden voor de uitoefening van aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden vereenvoudigen. Afhankelijk van het beleidsterrein en de

¹⁴³ Verordening (EG) nr. 882/2004 van 29 april 2004 inzake officiële controles op de naleving van de wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn (*PbEG* 2004, L 191/1). Ook de EVOA-Verordening kent een uitgebreid pakket aan dergelijke richtsnoeren, zie artikel 59 van Verordening (EG) nr. 1013/2006 (*PbEG* 2006, L 290/1).

¹⁴⁴ Zie daarvoor verder de casestudy ESF (bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap).

onderliggende materie zijn er drie verschillende procedurevormen, waarbij de invloed van de lidstaten verschillend is.¹⁴⁵

De meeste invloed hebben lidstaten bij de *regelgevingsprocedure* (artikel 5), die in het bijzonder gebruikt wordt voor maatregelen met algemene strekking die ten doel hebben essentiële onderdelen van een basisbesluit toe te passen of niet-essentiële onderdelen van een basisbesluit aan te passen. De *beheersprocedure* (artikel 4) geeft de Commissie meer mogelijkheden haar zin door te zetten en is in het bijzonder geschikt voor beheersmaatregelen als die welke betrekking hebben op de uitvoering van het gemeenschappelijk landbouw- en visserijbeleid en de uitvoering van programma's met aanzienlijke gevolgen voor de begroting. Bij de *raadplegingsprocedure* (artikel 6) hebben lidstaten de minste invloed en adviseren zij enkel. Recentelijk is daar nog de *Regelgevingsprocedure met toetsing* bijgekomen.¹⁴⁶ De Raad en het Europees Parlement hebben de mogelijkheid zich tegen de aanneming van een ontwerp van maatregelen te verzetten wanneer zij te kennen geven dat het ontwerp de in dit basisbesluit vervatte uitvoeringsbevoegdheden te buiten gaat of wanneer het ontwerp niet verenigbaar is met het doel of de inhoud van het besluit of niet strookt met het subsidiariteits- of evenredigheidsbeginsel.

Toepassingsverordeningen worden vaak vastgesteld door middel van de regelgevings- of beheersprocedure; richtsnoeren door middel van de raadplegingsprocedure. De controleverordening voedselveiligheid regelt bijvoorbeeld dat richtsnoeren worden vastgesteld overeenkomstig de raadplegingsprocedure (zie artikel 8 lid 4 jo. 62 lid 2 Verordening (EG) nr. 882/2004 en artikel 6 van Besluit 1999/468/EG).

Deze comités komen voor over de volle breedte van het Europese recht. Daarbij is een tendens waarneembaar dat de invloed van de lidstaten in de procedures voor het vaststellen van uitvoeringsregels afneemt. Zo zal bij het gemoderniseerd douanewetboek het vaststellen van de toepassingsverordening niet meer geschieden door middel van de regelgevingsprocedure, maar door de beheersprocedure. De reeds genoemde beleidsmatige richtsnoeren en toelichtingen worden opgesteld door middel van de raadplegingsprocedure.

Netwerken en overlegorganen

Informele Europese overlegorganen en netwerken kunnen zeer verschillende functies hebben. Zij kunnen betrokken zijn bij het ontwikkelen van beleid, bij de handhaving en bij de automatisering. Ook deze overlegorganen en netwer-

145 Besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden (*PbEG* 1999, L184/1).

146 Besluit 2006/512/EG van de Raad van 17 juli 2006 tot wijziging van Besluit 1999/468/EG tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden (*PbEG* 2006, L 200/11).

ken komen over de hele breedte van de Unie voor. Vaak gaat het om netwerken waar uitvoerders, al dan niet onder leiding van de Commissie *best practices* met elkaar delen. Deze overlegorganen zijn vaak voorbereidend voor de Comité bijeenkomsten en hangen daar nauw mee samen.

Een goed voorbeeld van een beleidsgebied waar verschillende netwerken werkzaam zijn is het mediabeleid. Allereerst is er op dat terrein een 'contactcomité', wat geen comité is in de zin van de Comitologie-verordening.¹⁴⁷ Dit contactcomité bestaat uit vertegenwoordigers van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. In de praktijk kunnen zowel beleidsmakers als uitvoerders vertegenwoordigd zijn.¹⁴⁸ De primaire taak van het comité is te zorgen voor een forum waar gedachtewisseling over relevante problemen, ervaringen of ontwikkelingen bij het uitvoeren van de richtlijn kan plaatsvinden. Daarnaast kan het contactcomité ook advies uitbrengen. Naast dit contactcomité bestaat er ook nog de *High Level Group of Regulatory Authorities in the Field of Broadcasting*, hetgeen een door de Commissie ingesteld forum voor overleg is waar toezichthouders op een open manier van gedachten kunnen wisselen en *best practices* kunnen delen.¹⁴⁹

Ook op het gebied van luchtkwaliteit zijn er informele overlegorganen die voor een verdere harmonisatie van controle en sanctionering zorgen. Het *European network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law* (IMPEL) is relevant voor het gehele milieugebied en bestaat uit vertegenwoordigers van de lidstaten (inclusief Noorwegen en IJsland) en wordt voorgezeten door de Commissie. Daarnaast heeft de Commissie ook het *Clean Air For Europe* (CAFE) en een aantal gerichte werkgroepen opgezet, hetgeen wil voorzien in het ontwikkelen van een gemeenschappelijke implementatiestrategie. Het IMPEL wordt informeel voorgezeten door de Commissie.

3.4 LEGISLATIEVE BEÏNVLOEDING BINNEN DE DERDE PIJLER

3.4.1 Algemeen

Artikel 29 van het EU-Verdrag formuleert als doel van de derde pijler

'de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid te verschaffen door de ontwikkeling van gezamenlijk optreden

¹⁴⁷ Deze verordening is in ieder geval niet van toepassing verklaard. Zie Richtlijn nr. 97/36/EG, van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 tot wijziging van Richtlijn nr. 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie- omroepactiviteiten (*PbEG* 1997, L 202/1).

¹⁴⁸ In Nederland is dat het Commissariaat voor de Media.

¹⁴⁹ Er bestaat nog een dergelijke variant voor een bredere groep dan de EU: *European Platform of Regulatory Authorities* (EPRA). Daarin is onder andere ook Rusland betrokken.

van de lidstaten op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken en door voorkoming en bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat.’

Dit doel wordt maar in beperkte mate bereikt door het harmoniseren van het materiële strafrecht (paragraaf 3.4.2). Veeleer moeten de doelstellingen van de derde pijler worden bereikt door een nauwere samenwerking tussen de politiediensten en justitiële autoriteiten in de lidstaten, al dan niet door tussenkomst van Europol en Eurojust, en eventueel door onderlinge aanpassing van de bepalingen betreffende strafzaken in de lidstaten.¹⁵⁰ In dit kader kwam bijvoorbeeld het Europese arrestatiebevel tot stand¹⁵¹ en zijn er plannen voor de oprichting van een Europees Openbaar Ministerie. In de nu volgende paragrafen wordt ingegaan op de harmonisatie van het materiële strafrecht (paragraaf 3.4.2) en op de instrumenten die gebruikt worden voor transnationale strafrechtelijke samenwerking (paragraaf 3.4.3). Daarnaast zal worden ingegaan op de rechtswaarborgen (3.4.4) en op de invloed op het bestuursrecht (paragraaf 3.4.5).

3.4.2 Harmonisatie van het materiële strafrecht

Met betrekking tot de harmonisatie van het materiële strafrecht spreekt het EU-Verdrag enkel over de ‘onderlinge aanpassing die nodig kan zijn.’ Dit kan onder andere noodzakelijk zijn om het wederzijds vertrouwen in elkaars rechtssysteem te versterken.¹⁵² Dat vertrouwen is immers mede gebaseerd op de gemeenschappelijke gehechtheid aan de eerbiediging van mensenrechten en de fundamentele vrijheden. Het is nodig om de samenwerkingsinstrumenten te ondersteunen (zie paragraaf 3.4.3 en 3.4.4). Er is hier sprake van minimum-harmonisatie. Lidstaten mogen zelf verdergaande regelingen treffen. Voorbeelden zijn de kaderbesluiten ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie,¹⁵³ ter vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot

150 Zie artikel 29 EU-Verdrag.

151 Kaderbesluit nr. 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (*PbEU* 2002, L 190/1). Zie naar aanleiding daarvan ook HvJ EG 3 mei 2007, zaak C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW t. Leden van de Ministerraad, *Jur.* n.n.g.

152 Buruma meent dat de EU zich ook op strafrechtelijk niveau wil profileren, omdat het strafrecht ‘te sexy is om niet te gebruiken ten behoeve van het Europese project.’ Zie Y. Buruma, ‘Europese Integratie en harmonisatie en het strafrecht’, *NJB* 2006-22, p. 1198-1202.

153 Kaderbesluit nr. 2004/68/JBZ van de Raad van 22 december 2003 ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie (*PbEU* 2004, L 13/44).

straffen op het gebied van de illegale drugshandel,¹⁵⁴ ter bestrijding van mensenhandel,¹⁵⁵ en ter bestrijding van terrorisme.¹⁵⁶

Een bijzondere reden voor harmonisatie is de ondersteuning van regelgeving uit de eerste pijler met strafrechtelijke maatregelen uit de derde pijler. Het gemeenschapsrecht regelt in deze gevallen het materiële recht en eventueel de bestuursrechtelijke harmonisatie. Sanctionering is dan vaak beperkt tot een verplichting voor de lidstaten om te zorgen voor doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties. Het kaderbesluit kan deze bepaling aanvullen door strafrechtelijke sancties voor te schrijven die direct gekoppeld zijn aan de materiële bepalingen van het gemeenschapsrecht. Deze wijze van handelen heeft direct te maken met de verschillende bevoegdheidssferen van de Raad en de Commissie inzake strafrechtelijke harmonisatie. De Raad heeft voorstellen van de Commissie tot strafrechtelijke harmonisatie binnen het gemeenschapsrecht tot nu toe afgewezen.¹⁵⁷ Strafrechtelijke handhaving van EG-recht was alleen aan de orde binnen de kaders van de derde pijler.

Op deze manier ondersteunt Kaderbesluit nr. 2002/946 over illegale immigratie Richtlijn (EG) nr. 2002/90 voor de hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf (illegalen-richtlijn).¹⁵⁸ De richtlijn geeft de definitie van de verbodsbepalingen en verplicht tot het stellen van doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties. Vervolgens verplicht het Kaderbesluit ertoe dat iedere lidstaat de nodige maatregelen neemt

‘opdat de in de artikelen 1 en 2 van de illegalen-richtlijn omschreven inbreuken worden bestraft met doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende strafrechtelijke sancties die kunnen leiden tot uitlevering’ (artikel 1 Kaderbesluit).

Via het kaderbesluit wordt dus de strafrechtelijke sanctionering verplicht gesteld en worden er verder regels gegeven omtrent andere strafrechtelijke

154 Kaderbesluit nr. 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel (*PbEU* 2004, L 335/8).

155 Kaderbesluit nr. 2002/629/JBZ van de Raad van 19 juli 2002 inzake bestrijding van mensenhandel (*PbEU* 2002, L 203/1).

156 Kaderbesluit nr. 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding (*PbEG* 2002, L 164/3).

157 Vervaele onderscheidt hierin drie vormen: ‘afdrijving’, waarbij het hele Commissievoorstel ontdaan wordt van haar strafrechtelijk karakter, *hijacking*, waarbij de Raad het Commissievoorstel afdrijft en vervolgens voorziet in een Kaderbesluit die hetzelfde regelt, en *cohabitation forcée*, waarbij twee voorstellen parallel en in afstemming worden ontwikkeld. Zie Vervaele 2006.

158 Richtlijn nr. 2002/90 tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf (*PbEG* 2002, L 328/17) en Kaderbesluit 2002/946 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf (*PbEG* 2002, L 328).

en strafvorderlijke aspecten, zoals de rechtsmacht en de uitlevering. Een ander voorbeeld is Richtlijn (EG) nr. 2005/35 in combinatie met Kaderbesluit nr. 2005/667 inzake de verontreiniging vanaf schepen.¹⁵⁹ Deze waren beide door de Commissie opgesteld. Het kaderbesluit neemt in artikel 1 en 2 alle definities en delictomschrijvingen van de richtlijn over en regelt vervolgens de sanctiëring, de aansprakelijkheid en sanctiëring van rechtspersonen, de rechtsmacht en de wederzijdse informatieverstrekking tussen lidstaten.

Deze constructie betekent feitelijk dat het gemeenschapsrecht voor verplicht voorschrijven van strafrechtelijke handhaving op alle Europese beleidsterreinen afhankelijk is van de derde pijler. De Commissie vond het dan ook nodig een principiële uitspraak van het Hof van Justitie uit te lokken over de vraag of de EG een functionele bevoegdheid tot strafrechtelijke harmonisatie heeft.

Denemarken had al in 1999 een voorstel voor een zogenaamd gemeenschapsrechtelijk optreden op het terrein van de bescherming van het milieu gedaan. Op 28 april 2000 diende Denemarken een initiatief in voor een kaderbesluit ter bestrijding van ernstige milieucriminaliteit. Op 15 maart 2001 lag dat kaderbesluit voor in de JBZ-Raad voor een politiek akkoord.¹⁶⁰ Diezelfde dag presenteerde de Commissie alsnog een eigen voorstel voor een richtlijn, daterend van 13 maart 2001.¹⁶¹ De Raad overwoog uitdrukkelijk dat de meerderheid van de Raad van oordeel was dat het voorstel van de Commissie verder reikt dan de bevoegdheden die het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap aan de Gemeenschap verleent. Het negatieve oordeel van het Hof van Justitie over deze overweging van de Raad zal nader worden behandeld in paragraaf 3.5. Inmiddels ligt er overigens een nieuw voorstel voor een richtlijn die strafrechtelijke handhaving van het milieurecht regelt.¹⁶²

159 Richtlijn nr. 2005/35 EG inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken, (*PbEG* 2005, L 255/11) en Kaderbesluit 2005/667 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van verontreiniging vanaf schepen (*PbEG* 2005, L 255/164). Andere voorbeelden zijn: Kaderbesluit van de Raad van 6 december 2001 tot wijziging van Kaderbesluit nr. 2000/383/JBZ tot versterking, door middel van strafrechtelijke en andere sancties, van de bescherming tegen valsemunterij in verband met het in omloop brengen van de euro (*PbEG* 2001, L 329/3 (voor Verordening (EG) nr. 1338/2001 van de Raad van 28 juni 2001 tot vaststelling van maatregelen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de euro tegen valsemunterij)).

160 Kaderbesluit 2003/80/JBZ van de Raad van 27 januari 2003 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht (*PbEG*, L 29/55).

161 COM(2001) 139 def.

162 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht (COM(2007)51 def.).

3.4.3 EU-instrumenten voor transnationale strafrechtelijke samenwerking in de EU

3.4.3.1 *Algemeen*

De eerste derde pijler-instrumenten hadden betrekking op min of meer traditionele internationaal-strafrechtelijke onderwerpen als de uitlevering en de wederzijdse rechtshulp. Daaraan zijn inmiddels veel verdergaande vormen van samenwerking toegevoegd, zoals de afstemming van de strafrechtelijke handhaving in Eurojust, de samenwerking op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning en het delen van informatie op basis van het beginsel van beschikbaarheid. In deze paragraaf worden achtereenvolgens het beginsel van wederzijdse erkenning (paragraaf 3.4.3.2.), de uitwisseling van informatie (3.4.3.3.) en de operationele samenwerking in de praktijk besproken (3.4.3.4.).

3.4.3.2 *Afstemmen van de strafrechtelijke handhaving: het beginsel van wederzijdse erkenning*

Wederzijdse erkenning houdt volgens het Hof van Justitie in:

‘dat elke Staat de toepassing van het in de andere overeenkomstsluitende staten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden.’¹⁶³

Het beginsel vormt volgens de Verklaring van Tampere en het Haags Programma de hoeksteen voor de Europees strafrechtelijke samenwerking. Aldus zullen beslissingen in strafzaken, genomen in een lidstaat, in andere lidstaten in beginsel dezelfde rechtskracht moeten hebben. Ze kunnen in die andere lidstaten via een heel lichte procedure ten uitvoer worden gelegd.¹⁶⁴ Dit geldt voor alle onderdelen van het strafproces.

Inmiddels is er al een aantal kaderbesluiten vastgesteld met betrekking tot de wederzijdse erkenning van de verschillende onderdelen van het strafproces. Het Europees aanhoudingsbevel vormt de eerste tastbare toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafrechtelijk gebied. Op 6 oktober 2006 is het laatste Kaderbesluit nr. 2006/783/JBZ inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie aangenomen.

163 HvJ EG 11 februari 2003, gev. zaken C-187/01 en C-385/01, Gözütok en Brügge, *Jur.* I-2405, r.o. 64.

164 Mededeling van de Commissie omtrent wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen in strafzaken, Brussel 28 juli 2000 (COM(2000)495 def.).

men.¹⁶⁵ Andere (voorstellen voor) kaderbesluiten zien op de toepassing van het beginsel op geldelijke sancties,¹⁶⁶ op de tenuitvoerlegging van beslissingen tot bevrozing van voorwerpen of bewijsstukken,¹⁶⁷ en op de verkrijging van buitenlands bewijs.¹⁶⁸ Ook ligt er op dit moment een voorstel voor een kaderbesluit betreffende het Europees surveillancebevel in procedures tussen EU-lidstaten in afwachting van het proces.

De genoemde kaderbesluiten besteden alle relatief weinig aandacht aan de harmonisatie van nationaal recht. Toch zijn ze gebaseerd op de gedachte dat, wil samenwerking op grond van wederzijdse erkenning (en het beginsel van beschikbaarheid van informatie; zie hierna) kunnen werken, het nodig is dat lidstaten erop vertrouwen dat de te erkennen en ten uitvoer te leggen beslissingen zullen worden gegeven overeenkomstig de beginselen van legaliteit, subsidiariteit en proportionaliteit en dat de rechten van partijen of derden te goeder trouw geëerbiedigd worden. Dit wordt ook telkens benadrukt door de Raad bij het opstellen van een kaderbesluit.¹⁶⁹ Het kan betekenen dat nationale regelgeving geharmoniseerd moet worden.¹⁷⁰ Dit hoeft geen totale harmonisatie te zijn. Het kan beperkt blijven tot een niveau dat noodzakelijk is om wederzijdse erkenning mogelijk te maken. Er zullen gemeenschappelijke regels moeten zijn om te voorkomen dat interstatelijke verschillen het systeem ondermijnen en om eventuele jurisdictiegeschillen te vermijden.¹⁷¹ Hier ligt een taak voor de EU-wetgever in het kader van de hem in artikel 29 EU opgedragen taken en bevoegdheden. Inderdaad ontstaat er de laatste tijd, naast aandacht voor de voornoemde regelingen die het beginsel van wederzijdse erkenning introduceren, meer en meer aandacht voor de algemene regelingen die wederzijdse erkenning ondersteunen door het vertrouwen in elkaars strafstelsels te bevorderen. Hierop wordt in paragraaf 3.4.4 nader ingegaan.

165 Kaderbesluit nr. 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie (*PbEU* 2006, L 328/590) en Kaderbesluit nr. 2005/212/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de confiscatie van opbrengsten (*PbEU* 2005, L 68/49).

166 Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (*PbEU* 2005, L 76/16).

167 Kaderbesluit nr. 2003/577/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevrozing van voorwerpen of bewijsstukken (*PbEU* 2003, L 196/45).

168 COM(2003) 688.

169 Kaderbesluit nr. 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie (*PbEU* 2006, L 328/59), r.o. 9.

170 Incompatibiliteit is ook het bezwaar van sommigen tegen het gebruik van het beginsel van wederzijdse erkenning in het strafrecht.

171 Zie R. Barents, 'De denationalisering van het strafrecht', *SEW* 2006-10, p. 358-374.

3.4.3.3 Uitwisseling van informatie

Voor de transnationale handhaving van EG-recht is zoals gezegd het uitwisselen van gegevens van zeer groot belang. Maar ook voor het bestrijden van grensoverschrijdende criminaliteit binnen een ruimte zonder grenzen is het uitwisselen van strafrechtelijke informatie onmisbaar. De uitwisseling van informatie is daarom noodzakelijk voor het creëren van een Europese strafrechtelijke ruimte. Het is dan ook één van de uitgangspunten van het Haags Programma.¹⁷² De afgelopen jaren heeft er een stroomversnelling plaatsgevonden op het gebied van instrumenten voor het uitwisselen van informatie. Voorbeelden zijn de vaststelling van het SIS II,¹⁷³ het kaderbesluit voor vereenvoudigde uitwisseling van informatie tussen rechtshandhavingsautoriteiten,¹⁷⁴ en het Verdrag van Prüm.¹⁷⁵ Daarnaast ligt er thans een aantal belangrijke voorstellen, zoals het voorstel voor een kaderbesluit voor uitwisseling van informatie op basis van het beschikbaarheidsbeginsel,¹⁷⁶ het voorstel voor een kaderbesluit voor de uitwisseling van gegevens uit het strafrechtregister¹⁷⁷ en het voorstel voor een kaderbesluit over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken.¹⁷⁸ Ter ondersteuning van deze activiteiten vindt er ook harmonisatie van het materiële strafrecht plaats. Zo heeft Kaderbesluit 2005/222/

172 Het Haags programma — Versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie (PbEG 2005, C 53/1).

173 Zie voor de derde pijler, Besluit nr. 2007/533/JBZ van de Raad 12 juni 2007 betreffende de instelling, de werking en het gebruik van het Schengeninformatiesysteem van de tweede generatie (SIS II) (*PbEU* 2007, L 205/1) en voor de eerste pijler: Verordening (EG) nr. 1987/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 betreffende de instelling, de werking en het gebruik van het Schengeninformatiesysteem van de tweede generatie (SIS II) (*PbEU* 2006, L 381/1).

174 Kaderbesluit nr. 2006/960/JBZ van de Raad van 18 december 2006 betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandhavingsautoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie (*PbEU* 2006, L 386/1).

175 Verdrag tussen het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Republiek Frankrijk, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Oostenrijk inzake de intensivering van de grensoverschrijdende samenwerking, in het bijzonder ter bestrijding van het terrorisme, de grensoverschrijdende criminaliteit en de illegale migratie, Prüm 27 mei 2005, *Trb.* 2005, 197.

176 Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende de uitwisseling van informatie volgens het beschikbaarheidsbeginsel (COM(2005)490 def.).

177 Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende de organisatie en de inhoud van uitwisselingen van gegevens uit het strafregister tussen de lidstaten (COM(2005)690 def., 2005/0267 (CNS)).

178 Zie voor de laatste versie van dit voorstel: Raadsdocument 7315/07 van 23 maart 2007, <<http://register.consilium.europa.eu>>. En voor de vernietigende kritiek van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming: Derde advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming van 23 April 2007 betreffende het voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (*PbEU* 2007, C 139/1).

JBZ over aanvallen op informatiesystemen ten doel de samenwerking tussen justitiële en andere bevoegde autoriteiten van de lidstaten te verbeteren door middel van de onderlinge afstemming van de strafrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake aanvallen op informatiesystemen.¹⁷⁹ In deze paragraaf wordt alleen een kort overzicht gegeven van de Europese instrumenten voor informatie-uitwisseling.

Het beschikbaarheidsbeginsel

Het beschikbaarheidsbeginsel is vervat in Beleidslijn III.2.1. van het Haags Programma. Daarin is vastgesteld dat met ingang van 1 januari 2008 de uitwisseling van dergelijke informatie gebaseerd dient te zijn op het beginsel van beschikbaarheid.¹⁸⁰ Het is een zeer vergaande vorm van samenwerking. Ze brengt – kort gezegd – mee dat in de gehele Unie een wetshandhavingsfunctionaris in een lidstaat informatie die hij voor de uitoefening van zijn taak nodig heeft, kan verkrijgen van een andere lidstaat en dat de betrokken wetshandhavingsinstantie in een andere lidstaat die informatie ook voor het aangegeven doel beschikbaar stelt. Dat impliceert dat de informatie die aan een nationale collega wordt verstrekt op gelijkwaardige wijze wordt verstrekt aan buitenlandse instanties en zulks het liefst via directe *online*-toegang via interoperabiliteit. Inmiddels is er een voorstel voor een kaderbesluit dat het beschikbaarheidsbeginsel wil invoeren.¹⁸¹

Andere wetgevende initiatieven

Een ander belangrijk kaderbesluit is het Kaderbesluit nr. 2006/960 van 18 december 2006 betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandhavingsautoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie.¹⁸² Volgens dit kaderbesluit wordt

‘een doeltreffende, snelle uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandhavingsautoriteiten ernstig belemmerd door formele procedures, administratieve structuren en juridische hinderpalen in het nationale recht van de lidstaten.’¹⁸³

179 Kaderbesluit nr. 2005/222/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 over aanvallen op informatiesystemen (*PbEU* 2005, L 69/67).

180 Mededeling van de Raad, het Haags programma – versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie (*PbEU* 2005, C 53/1).

181 Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende de uitwisseling van informatie volgens het beschikbaarheidsbeginsel (COM(2005)490 def.).

182 Kaderbesluit nr. 2006/960/JBZ van 18 december 2006 betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandhavingsautoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie (*PbEU* 2006, L 386/1).

183 Zie r.o. 6 van de considerans.

‘Bevoegde rechtshandhavingsautoriteiten’¹⁸⁴ dienen er voor te zorgen dat informatie en inlichtingen worden verstrekt aan bevoegde rechtshandhavingsautoriteiten in het buitenland. Onder ‘informatie en/of inlichtingen’ verstaat het kaderbesluit elke soort van informatie of gegevens waarover rechtshandhavingsautoriteiten beschikken en elke soort van informatie of gegevens die berusten bij openbare autoriteiten of particuliere lichamen en die zonder de toepassing van dwangmaatregelen beschikbaar zijn voor rechtshandhavingsautoriteiten.

Hoewel het niet in het kader van de derde pijler is vastgelegd, vormt ook het Verdrag van Prüm¹⁸⁵ een bijzondere aanvulling op de reeds bestaande mogelijkheden tot samenwerking tussen de lidstaten van de Europese Unie. Het verdrag is gesloten tussen Nederland, België, Luxemburg, Duitsland, Frankrijk, Spanje en Oostenrijk, maar andere lidstaten kunnen zich aansluiten. Artikel 1 lid 4 van het verdrag bepaalt uitdrukkelijk dat uiterlijk drie jaar na inwerkingtreding, in overleg met de Europese Commissie respectievelijk op voorstel van de Europese Commissie, een initiatief wordt voorgelegd dat tot doel heeft de regelingen van dit Verdrag in het juridisch raamwerk van de Europese Unie op te nemen.¹⁸⁶ Het verdrag richt zich in het bijzonder op het uitwisselen van DNA-gegevens bij grensoverschrijdende criminaliteit. Zo wordt het mogelijk te weten te komen of een onbekend DNA-spoor dat in de ene lidstaat is aangetroffen een link heeft met een onderzoek in één van de aangesloten landen. Deze vorm van uitwisselen wordt ook mogelijk voor vingerafdrukken en voertuigregisters. Daarnaast kunnen lidstaten spontaan en op verzoek niet-persoonsgebonden informatie en persoonsgegevens aan elkaar verstrekken.

3.4.3.4 Operationele samenwerking

Operationele samenwerking, zowel horizontaal als verticaal, vindt bij de uitoefening van opsporingsbevoegdheden in toenemende mate plaats. Dat gebeurt in het bijzonder via de oprichting van gemeenschappelijke onderzoeksteams (GOT's), waarbij overigens ook Europol en Eurojust betrokken kunnen

184 Een ‘bevoegde rechtsautoriteit’ is volgens artikel 2 van het Kaderbesluit: ‘een nationale politie-, douane- of andere autoriteit die krachtens het nationale recht is gemachtigd om strafbare feiten of criminele activiteiten op te sporen, te voorkomen en te onderzoeken, en in het kader hiervan gezag uit te oefenen en dwangmaatregelen toe te passen.’

185 Verdrag tussen het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Republiek Frankrijk, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Oostenrijk inzake de intensivering van de grensoverschrijdende samenwerking, in het bijzonder ter bestrijding van het terrorisme, de grensoverschrijdende criminaliteit en de illegale migratie, Prüm 27 mei 2005, *Trb.* 2005, 197.

186 Inmiddels wordt er ook een besluit voorbereid inzake de intensivering van de grensoverschrijdende samenwerking, in het bijzonder ter bestrijding van terrorisme en grensoverschrijdende criminaliteit dat het Verdrag in het raamwerk van de Unie zal opnemen (*PbEG* 2007, C 71/35).

worden.¹⁸⁷ De artikelen met betrekking tot de GOT's waren reeds opgenomen in de overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie.¹⁸⁸ Vanwege de vertraging bij de inwerkingtreding van deze overeenkomst (doordat nog niet alle landen de overeenkomst hebben geratificeerd) zijn de bepalingen met betrekking tot gemeenschappelijke onderzoeksteams vervolgens ook in een kaderbesluit opgenomen.¹⁸⁹ Het kaderbesluit herhaalt de artikelen 13, 15 en 16 van de EU Rechtshulpovereenkomst. Aldus is er voorlopig een dubbele rechtsbasis voor het creëren van gemeenschappelijke onderzoeksteams. Bij de volledige ratificatie van de overeenkomst zal het kaderbesluit vervallen.¹⁹⁰

De bijzondere voordelen van een gemeenschappelijk onderzoeksteam zijn de eenhoofdige leiding, de afwezigheid van formele procedures bij het uitoefenen van bevoegdheden in andere lidstaten en de vlotte en onmiddellijke uitwisseling van informatie. Artikel 13 van de wederzijdse rechtshulpovereenkomst (artikel 1 van het kaderbesluit) regelt dat een gemeenschappelijk onderzoeksteam kan worden opgericht door middel van een overeenkomst tussen de deelnemende lidstaten.¹⁹¹ Gemeenschappelijke onderzoeksteams worden in de praktijk alleen gebruikt op het gebied van grensoverschrijdende criminaliteit, zoals drugshandel, mensenhandel en terrorisme. De wederzijdse rechtshulpovereenkomst is echter geenszins daartoe beperkt. De leider van het team wordt geleverd door de lidstaat op wiens grondgebied het team actief is. Het team treedt op in overeenstemming met het recht van de lidstaat waarin het actief is. De gedetacheerde leden van andere lidstaten hebben het recht om aanwezig te zijn wanneer onderzoekshandelingen plaatsvinden. Ook kunnen zij door de leider van het team worden belast met de uitvoering van onderzoekstaken. Daarnaast hebben zij de mogelijkheid om het team gegevens te verstrekken die beschikbaar zijn in de lidstaat die hem heeft gedetacheerd ten behoeve van het strafrechtelijk onderzoek dat door het team wordt uitgevoerd. Gegevens die een lid van het team heeft verkregen mogen met vooraf-

187 Zie ook C. Rijken, 'Joint Investigation Teams: principles, practice, and Problems', *Utrecht Law Review* 2006/2, p. 99-118.

188 Akte van de Raad van 29 mei 2000 tot vaststelling, overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, van de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie (*PbEU* 2000, C 197/1). De overeenkomst is in werking getreden op 23 augustus 2005.

189 Kaderbesluit nr. 2002/465/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake gemeenschappelijke onderzoeksteams (*PbEU* 2002, L 162/1).

190 De Overeenkomst is op dit moment in werking getreden in: België, Cyprus, Denemarken, Estland, Finland, Frankrijk, Duitsland, Hongarije, Litouwen, Letland, Nederland, Oostenrijk, Polen, Portugal, Slovenie, Slowakije, Spanje, Tsjechië, het Verenigd Koninkrijk en Zweden.

191 Zie voor een modelovereenkomst voor gemeenschappelijke onderzoeksteams de aanbeveling van de Raad van 8 mei 2003 betreffende een modelovereenkomst ter instelling van een gemeenschappelijk onderzoeksteam waarbij ook een aanhangsel is opgenomen voor de deelname van ambtenaren van Europol, Eurojust, OLAF en eventuele derde landen (*PbEU* 2003, C 121/01).

gaande toestemming soms ook worden gebruikt voor het opsporen, onderzoeken en vervolgen van andere strafbare feiten. De artikelen 15 en 16 van de EU-Rechtshulpovereenkomst hebben betrekking op de strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid van ambtenaren.

Europol en andere Europese instanties kunnen ook een rol spelen in een gemeenschappelijk onderzoeksteam. Artikel 13 lid 12 regelt expliciet dat kan worden overeengekomen dat andere personen dan vertegenwoordigers van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten deelnemen aan de activiteiten van het team. Deze andere personen kunnen functionarissen van Europol of van een andere Europese instantie zijn. De rechten die aan gedetacheerde leden worden toegekend, komen echter niet toe aan deze leden. Met betrekking tot Europol zal er op termijn een speciale regeling komen, op basis van artikel 30 (2) EU, in de Europol overeenkomst. Dit zal pas gebeuren bij de inwerking-treding van het protocol tot wijziging van de Europolovereenkomst.¹⁹² Tot dat moment kan Europol dus wel deelnemen aan het team, maar hebben de ambtenaren van Europol niet dezelfde bevoegdheden als ambtenaren van de lidstaten. Eurojust heeft volgens artikel 31 EU enkel een ondersteunende betekenis bij de samenwerking tussen de lidstaten.

Ook het Verdrag van Prüm regelt vormen van operationele samenwerking. Artikel 24 van het Verdrag bepaalt dat ter intensivering van de politieke samenwerking de door de Verdragsluitende Partijen benoemde bevoegde autoriteiten gezamenlijke patrouilles en andere vormen van gezamenlijk optreden ter handhaving van de openbare orde en veiligheid en ter voorkoming van strafbare feiten kunnen instellen. Daarbij kunnen door de Verdragsluitende Partijen benoemde ambtenaren of ander overheidspersoneel van andere Verdragsluitende Partijen aan optredens op het grondgebied van een Verdragsluitende Partij meewerken. Ambtenaren van andere staten kunnen met toestemming van de zendstaat ook soevereine bevoegdheden toegekend krijgen, die in het bijzijn van ambtenaren van de ontvangende staat mogen worden uitgeoefend. In specifieke noodsituaties kan zelfs zonder voorafgaande toestemming door deze (politie)ambtenaren op het territorium van een andere staat worden opgetreden.

192 Akte van de Raad van 28 november 2002 tot vaststelling van het Protocol tot wijziging van de Overeenkomst tot oprichting van een Europese Politiedienst (Europolovereenkomst) en het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van Europol, de leden van zijn organen, zijn adjunct-directeuren en zijn personeelsleden (*PbEU* 2002, C 312/1).

3.4.4 Harmonisatie van strafprocesrecht en rechtswaarborgen

Naast de bovenstaande instrumenten om de transnationale samenwerking te faciliteren, houdt Europa zich ook in toenemende mate bezig met de verzekering van de waarborgen bij transnationale samenwerking. De specifieke samenwerkingsregelingen gaan over het algemeen uit van de waarborgen die het nationale recht biedt en geven daarom enkel minimale regelingen, zoals bij de uitwisseling van informatie,¹⁹³ of in het geheel geen regeling, zoals in het geval van gemeenschappelijke onderzoeksteams. Daarom zijn er ook algemene regelingen die een bepaalde mate van harmonisatie van het nationale strafprocesrecht ten doel hebben. Een voorbeeld hiervan is het kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in het strafproces.¹⁹⁴ Ook liggen er op dit moment twee belangrijke voorstellen die betrekking hebben op de procedurele rechten van verdachten in het strafproces¹⁹⁵ en op de bescherming van de privacy. Beide voorstellen zijn in hun laatste fase van behandeling.

Het voorstel inzake procedurele rechten in het strafproces heeft ten doel samenwerking te versterken door de rechten van verdachten te waarborgen door middel van minimumnormen. Het voorstel gaat uit van de rechten die verleend worden door het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Het kaderbesluit wil de concrete vormgeving hiervan bekrachtigen en uitbreiden. Dit wil het voorstel vooral bereiken door een aantal specifieke gemeenschappelijke minimumwaarborgen te definiëren. Het kaderbesluit regelt daartoe het recht op een mededeling aan de rechthebbende over zijn fundamentele procedurele rechten, het recht op verdediging, het recht op rechtsbijstand, de garantie van kosteloze rechtsbijstand aan personen die de kosten zelf niet kunnen betalen, het ondervragingsrecht van getuigen, het recht op kosteloze vertolking en op kosteloze vertaling van documenten.

Het voorstel over de bescherming van persoonsgegevens bevat waarborgen voor de uitwisseling van informatie.¹⁹⁶ Het Kaderbesluit wil duidelijke, bindende regels vaststellen die leiden tot wederzijds vertrouwen tussen de bevoegde autoriteiten en die de zekerheid bieden dat de gegevensbescherming zo is geregeld dat de samenwerking tussen de lidstaten op geen enkele manier wordt belemmerd, terwijl de individuele grondrechten toch volledig worden

193 Zie bijvoorbeeld artikel 23 van de Akte van de Raad van 28 november 2002 tot vaststelling van het Protocol tot wijziging van de Overeenkomst tot oprichting van een Europese Politiedienst (Europolovereenkomst) en het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van Europol, de leden van zijn organen, zijn adjunct-directeuren en zijn personeelsleden (*PbEU* 2002, C 312/1).

194 Kaderbesluit nr. 2001/220/JBZ van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure (*PbEU* 2001, L 82/1).

195 Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over bepaalde procedurele rechten in strafprocedures binnen de gehele Europese Unie (COM(2004)328 def.).

196 Zie het voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking.

geëerbiedigd.¹⁹⁷ Het kaderbesluit is zoveel mogelijk gebaseerd op de bestaande en beproefde beginselen en definities van met name Richtlijn (EG) nr. 95/46 en zal tevens van toepassing zijn op de uitwisseling van informatie in het kader van het SIS II. De Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS) was echter teleurgesteld over het voorstel en vond het beschermingsniveau te laag voor de ambities die er zijn voor de vergaande samenwerking.¹⁹⁸

3.4.5 Invloed op handhaving in het bestuursrecht

In sommige gevallen is het recht in de derde pijler ook van belang voor de handhaving door middel van het bestuursrecht. Vooral het Kaderbesluit inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties kan ook voor de bestuurlijke handhaving van belang zijn.¹⁹⁹ Dit kaderbesluit geeft een regeling voor de grensoverschrijdende erkenning en tenuitvoerlegging van onherroepelijke beslissingen waarbij een geldelijke sanctie wordt opgelegd. Zulke beslissingen kunnen van een rechter komen, maar ook van een 'andere autoriteit van de beslissingsstaat dan een rechter' (artikel 1a, onder ii en iii Kaderbesluit). Dat kunnen ook bestuurlijke autoriteiten zijn. Dit betekent dat het kaderbesluit ook betekenis heeft voor de transnationale tenuitvoerlegging van bepaalde bestuurlijke sancties.

Wel kent het kaderbesluit een tweetal belangrijke beperkingen. Ten eerste is het toepassingsgebied van het kaderbesluit beperkt tot de strafbare feiten die in artikel 5 worden genoemd. De meeste daarin genoemde strafbare feiten zijn dermate ernstig dat ze niet door middel van een bestuurlijke boete zullen worden gehandhaafd.²⁰⁰ Toch zou een aantal andere genoemde handelingen eventueel wel kunnen worden gehandhaafd door middel van bestuurlijke boeten, bijvoorbeeld de overtreding van verkeersregels. Voor die categorie is de tweede beperking belangrijk. Het kaderbesluit is alleen van toepassing op bestuurlijke geldelijke sancties, wanneer 'de betrokkene de gelegenheid heeft gehad de zaak te doen behandelen door een met name in strafzaken bevoegde rechter' (artikel 1a, onder ii en iii). Het is daarom twijfelachtig of het kaderbesluit betekenis heeft voor de transnationale tenuitvoerlegging van bestuurlijke boeten, indien in een lidstaat tegen de bestuurlijke boete beroep moet worden ingesteld bij een bestuursrechter en dus niet de strafrechter

197 Zie r.o. 5 van de considerans (COM(2005)0475 def.).

198 Derde advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming betreffende het voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (*PbEU* 2007, C 139/1).

199 Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (*PbEU* 2005, L 76/16).

200 Zo betreffen zij bijvoorbeeld deelneming aan een criminele organisatie, terrorisme, mensenhandel, seksuele uitbuiting van kinderen, corruptie en moord en doodslag.

bevoegd is. Inmiddels is er in Nederland een voorstel van wet die het kaderbesluit wil implementeren.²⁰¹ Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wet niet van toepassing is op de bestuurlijke boete, maar wel op beschikkingen op basis van de Wet Mulder en de transactie/OM-beschikking.²⁰² De transactie (straks: OM-strafbeschikking) vindt onder andere toepassing in het beleidsgebied douane. Het kaderbesluit kan in de toekomst dus ook betekenis hebben voor strafbeschikkingen die door een bevoegde douane-inspecteur worden opgelegd.

3.5 DE VERHOUDING TUSSEN DE EERSTE EN DE DERDE PIJLER

3.5.1 Algemeen

Sinds enkele jaren vindt er een voorzichtige communautarisering van de derde pijler plaats. Voor 1993 was de rechtsbasis voor strafrechtelijk optreden van de EG omstreden. Van 1993 tot 1999 had het strafrechtelijk optreden een semi-intergouvernementeel karakter. Inmiddels heeft het Hof van Justitie in een tiental derde pijler-zaken uitspraak gedaan. Bijna alle zaken gaan over de interpretatie van het *ne bis in idem* beginsel. Meest belangrijke zaak tot nu toe is de zaak *Pupino*, die handelde over de interpretatie van een kaderbesluit over harmonisatie van strafprocesrecht (de rechten van het slachtoffer in het strafproces).²⁰³ Het Hof van Justitie heeft die zaak aangegrepen om in de ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een aantal constitutionele beginselen uit te werken (voorrang, conforme interpretatie, loyaliteit aan de Unie). In paragraaf 3.5.3 zal aan de hand van deze uitspraak worden ingegaan op de communautarisering van de derde pijler en de eventuele betekenis daarvan voor de toekomst. Daarnaast heeft het Hof in het *milieustrafrecht* arrest²⁰⁴ uitspraak gedaan over de competentiestrijd die er al enige tijd was tussen de Commissie en de Raad over het voorschrijven van strafrechtelijke handhaving binnen de eerste pijler. Met die uitspraak heeft het Hof de reikwijdte van de derde pijler beperkt. Deze reikwijdte zal in paragraaf 3.5.4 aan de hand van deze uitspraak nader worden geanalyseerd. Tenslotte zal in paragraaf 3.5.5 een opmerking gemaakt worden over de gevolgen van het Hervormingsverdrag (Verdrag van Lissabon). Allereerst wordt echter een kort overzicht gegeven van de verschillen tussen de eerste en de derde pijler en de betekenis daarvan voor de invloed op de nationale handhaving.

201 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 669.

202 *Ibid.*, nr. 3., p. 5.

203 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285.

204 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, *Commissie t. Raad*, *Jur.* 2005, p. I-7879.

3.5.2 Verschillen tussen de eerste en de derde pijler

De verschillen tussen de eerste en de derde pijler worden door de Commissie 'nadelen' genoemd.²⁰⁵ Het is duidelijk de wens van de Commissie dat het Europese karakter van de eerste pijler ook het beeld van de derde pijler zal gaan bepalen. De verschillen tussen de pijlers richten zich op de besluitvorming, de doorwerking in de lidstaten en de positie van de Commissie en het Hof van Justitie.

Binnen de derde pijler zijn er vier instrumenten: gemeenschappelijke standpunten, kaderbesluiten, besluiten en overeenkomsten. Gemeenschappelijke standpunten worden in het algemeen beschouwd als politieke instrumenten, waarin de aanpak van de Unie ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid wordt omschreven. Overeenkomsten lijken op internationale verdragen. Het Kaderbesluit is het equivalent van een richtlijn, met dien verstande dat kaderbesluiten volgens artikel 34 EU geen rechtstreekse werking hebben. Besluiten hebben een enigszins ander karakter dan de beschikkingen in de eerste pijler (ex artikel 249 EG). Net zoals kaderbesluiten hebben zij geen rechtstreekse werking. Het vaststellen van deze instrumenten vereist unanimititeit. Daardoor kunnen onderhandelingen lang duren en heeft de uitkomst soms een minimalistisch karakter. Dit zegt natuurlijk niet direct iets over de mate van invloed die besluiten in de derde pijler kunnen hebben op het nationale strafrecht, maar wel dat de lidstaten zelf controle hebben over het uiteindelijke resultaat.

Ook de positie van de Europese instellingen is in de derde pijler anders dan in de eerste pijler. De Commissie heeft bijvoorbeeld onder de eerste pijler het exclusieve initiatiefrecht voor wetgeving, in de derde pijler deelt zij dat recht met de 27 andere lidstaten. Verder heeft de Commissie ook niet de mogelijkheid om de naleving van het recht af te dwingen door middel van een verdragsinbreukprocedure. Het Europees Parlement heeft bij gemeenschappelijke standpunten geheel geen rol en bij kaderbesluiten en besluiten enkel een adviserende functie. Volgens artikel 39 EU moet de Raad het Europees Parlement enkel raadplegen wanneer hij besluiten neemt zoals bedoeld in artikel 34 (b), (c) en (d). In een dergelijk institutionele kader kunnen de instellingen van de EU veel minder invloed op de inhoud van de instrumenten uitoefenen. Ook de jurisdictie van het Hof van Justitie is beperkter onder de derde pijler dan onder de eerste pijler. Allereerst kunnen alleen de lidstaten en de Commissie (en dus niet het Europees Parlement) opkomen tegen de ongeldigheid van een kaderbesluit of een beschikking. De Commissie kan als gezegd ook geen inbreukprocedure tegen een lidstaat bij het Hof van Justitie aanhangig maken. Wel voorziet het verdrag in de mogelijkheid om prejudiciële vragen aan het Hof te stellen over de uitleg van kaderbesluiten, besluiten en

²⁰⁵ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 28 juni 2006 getiteld: 'Uitvoering van het Haags programma: koersbepaling' (COM(2006)331 def.).

overeenkomsten. De reikwijdte van deze bevoegdheid wordt echter bepaald door artikel 35 EU en is afhankelijk van de acceptatie van de lidstaten. Op dit moment hebben 14 lidstaten de bevoegdheid van het Hof aanvaard.²⁰⁶ Een lidstaat kan het stellen van prejudiciële vragen bovendien beperken tot de rechters die rechtspreken in laatste instantie (artikel 35 EU). In Nederland is het mogelijk voor alle rechters om prejudiciële vragen te stellen. In tegenstelling tot artikel 234 EG is er geen verplichting voor rechters in laatste instantie om een prejudiciële vraag te stellen.²⁰⁷ Het Hof heeft verder niet de mogelijkheid de rechtmatigheid of de evenredigheid na te gaan van operaties van de politie of van andere instanties van een lidstaat belast met wetshandhaving of de uitoefening van de verantwoordelijkheden van de lidstaten ten aanzien van de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de binnenlandse veiligheid (artikel 35 lid 5 EU).

3.5.3 De communautarisering van de derde pijler

3.5.3.1 Algemeen

De communautarisering van de derde pijler is ook van belang voor de beoordeling van de Europeanisering van de nationale handhaving.²⁰⁸ De derde pijler is, zoals hiervoor is uiteengezet, gericht op de samenwerking tussen de lidstaten op het gebied van de strafrechtelijke handhaving. De lidstaten hebben meer ruimte onder de derde pijler dan onder de eerste pijler. In lijn daarmee hebben Europese instellingen minder ruimte om de nakoming van kaderbesluiten te verzekeren. In de uitspraak *Pupino* heeft het Hof van Justitie de deur van de derde pijler opengezet voor elementen uit de eerste pijler. In het licht hiervan zal het Hof van Justitie naar alle waarschijnlijkheid in de toekomst de loyaliteit aan de Unie gebruiken om de lidstaten verplichtingen op te leggen inzake de implementatie en toepassing van derde pijler recht. Eerst zal worden ingegaan op de uitspraak in de zaak *Pupino* zelf (paragraaf 3.5.3.2). Daarna wordt de toekomstige positie van de derde pijler gewogen (paragraaf 3.5.3.3).

206 Frankrijk, Duitsland, Nederland, België, Luxemburg, Italië Spanje, Oostenrijk, Zweden, Finland, Portugal, Griekenland, Tsjechië en Hongarije.

207 Een aantal lidstaten, waaronder Nederland, heeft zich dit recht wel voorbehouden.

208 Zie over dit onderwerp ook S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (Oratie Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2006; S. Prechal, 'Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union', in: C. Barnard (ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford 2007, p. 35-70; J.A.E. Vervaele, 'The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy?', wordt gepubliceerd in het Tiedemann Festschrift van 2008.

3.5.3.2 *Pupino: Het beginsel van loyale samenwerking en kaderbesluitconforme interpretatie*

Pupino was de eerste uitspraak waarin het Hof van Justitie inging op de betekenis en positie van kaderbesluiten. Een Italiaanse rechtbank wilde het Italiaanse strafprocesrecht uitleggen conform het kaderbesluit over de rol van het slachtoffer in het strafproces. Doordat een kaderbesluit geen rechtstreekse werking heeft, kon het slachtoffer er geen rechtstreeks beroep op doen. Ter nadere bepaling van de uitleg van het kaderbesluit en de toepassing daarvan in het voor hem liggende geval, stelde de nationale rechter daarom een aantal prejudiciële vragen aan het Hof.

Het Hof benadrukt in zijn uitspraak de overeenkomsten tussen kaderbesluiten en richtlijnen. Het ziet in het bijzonder een overeenkomst in het dwingende karakter van beide instrumenten. Op grond daarvan komt het Hof tot een plicht tot conforme interpretatie. Het maakt volgens het Hof niet uit dat zijn bevoegdheid krachtens artikel 35 EU beperkter is dan in de eerste pijler en dat er geen volledig stelsel van rechtsmiddelen bestaat.²⁰⁹

Het Hof van Justitie leidt de plicht tot conforme interpretatie verder af uit het belang dat moet toekomen aan de prejudiciële bevoegdheid. Juist met het oog op de doeltreffende verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag heeft de Unie volgens het Hof soortgelijke rechtsinstrumenten geïntroduceerd als onder het EG-Verdrag, alsmede de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen:

‘Deze bevoegdheid zou het grootste deel van haar nuttig effect verliezen indien particulieren zich niet op kaderbesluiten konden beroepen teneinde een conforme uitlegging van het nationale recht af te dwingen voor de rechterlijke instanties van de lidstaten.’²¹⁰

Op deze manier koppelt het Hof de prejudiciële procedure aan de plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie.

Als laatste komt het Hof van Justitie toe aan de door enkele lidstaten verdedigde stelling dat Titel VI van het EU-Verdrag geen analoge verplichting tot loyale samenwerking kent als die in artikel 10 EG. Deze stelling wordt verworpen door aan te geven dat de Unie niet afzonderlijk van de Gemeenschap bestaat, maar juist mede op die Gemeenschap gegrond is. Het zou verder

209 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285, r.o. 33-36.

210 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285, r.o. 37-38.

‘voor de Unie moeilijk zijn haar taak doeltreffend te vervullen indien het beginsel van loyale samenwerking, dat onder meer inhoudt dat de lidstaten alle passende algemene en bijzondere maatregelen treffen om de nakoming van de voor hen uit het recht van de Europese Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, niet tevens gold in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (...).’²¹¹

3.5.3.3 Toekomstige verwachtingen van de toepassing van het beginsel van loyale samenwerking in de derde pijler

Algemeen

De centrale vraag die opkomt bij het lezen van de *Pupino* uitspraak is of ook andere elementen, naast conforme uitleg, uit de eerste pijler kunnen worden overgeheveld naar de derde pijler. Is dit namelijk het geval dan kan men inderdaad spreken van communautarisering van de derde pijler.²¹² Artikel 10 EG en het daarin vervatte beginsel van gemeenschapstrouw heeft onder de eerste pijler geleid tot andere instrumenten naast rechtstreekse werking die de uitvoering van het gemeenschapsrecht moeten waarborgen. Rechtstreekse werking van kaderbesluiten is door het EU-Verdrag uitgesloten, maar dat heeft het Hof van Justitie in *Pupino* niet belet om een plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie te ontwikkelen mede op basis van het beginsel van Unietrouw. Het is van belang voor nationale handhavinginstanties (inclusief de rechter) om te weten hoever dit beginsel van Unietrouw reikt binnen de derde pijler. Daarbij kan in het bijzonder aan de toepasselijkheid van *Francovich*-aansprakelijkheid worden gedacht en aan de toepassing van de instrumentele eisen aan de uitvoering en handhaving en de waarborgen die besproken zijn in paragraaf 3.2. De invloed van het Europese recht op de nationale handhaving ter uitvoering van de derde pijler wordt mede door middel van het beginsel van Unietrouw vergroot. Hierna wordt eerst ingegaan op de reikwijdte van kaderbesluitconforme interpretatie en vervolgens op de toepassing van de instrumentele eisen en waarborgen aan de uitvoering en handhaving in de derde pijler. Daarna wordt de mogelijkheid van *Francovich*-aansprakelijkheid gezien.

Conforme interpretatie in de derde pijler

Zoals hiervoor al is weergegeven geldt het beginsel van conforme uitlegging ook voor kaderbesluiten. Het is erop gericht het beoogde resultaat van het kaderbesluit te verwezenlijken. Deze verplichting vindt echter, net zoals in

211 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285, r.o. 41-42 en 59-60.

212 Zie voor een bespreking van een aantal aspecten van de *Pupino*-uitspraak: Prechal 2006; Prechal 2007, p. 35-70 en E. Spaventa, ‘Opening Pandora’s Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in *Pupino*’, *European Constitutional Law Review* 2007–3, p. 5-24.

de eerste pijler,²¹³ haar grenzen in de algemene rechtsbeginselen, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van non-retroactiviteit, het verbod van een contra legem werking en artikel 6 EVRM.²¹⁴ Een vervolgvraag is voor welke andere derde pijler-instrumenten dan kaderbesluiten de plicht tot conforme interpretatie ook zou kunnen gelden. In *Pupino* koppelt het Hof van Justitie deze plicht uitdrukkelijk aan de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen. Volgens het Hof zou de bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen het grootste deel van haar nuttig effect verliezen indien particulieren zich niet op kaderbesluiten konden beroepen teneinde een conforme uitlegging van het nationale recht af te dwingen voor de rechterlijke instanties van de lidstaten.²¹⁵ Artikel 35 EU geeft de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen voor kaderbesluiten, besluiten, overeenkomsten en uitvoeringsmaatregelen. Daarnaast heeft het Hof in de uitspraken *Gestoras Pro Amnistia* en *Segi* geoordeeld dat gemeenschappelijke standpunten, die in principe uitgesloten zijn van de bevoegdheid tot beantwoording van prejudiciële vragen, in uitzonderlijke gevallen toch de basis kunnen vormen voor een prejudiciële vraag.²¹⁶ Dit zou kunnen betekenen dat een plicht tot conforme interpretatie in zulke uitzonderingsgevallen ook bestaat voor gemeenschappelijke standpunten.

Jurisprudentiële eisen aan nationale handhaving

De instrumentele eisen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikwekkendheid zouden ook kunnen gaan gelden voor de rechtshandhaving onder de derde pijler. De jurisprudentie is immers gebaseerd op het in artikel 10 EG gecodificeerde beginsel van gemeenschapstrouw dat door het Hof van Justitie in *Pupino* in wezen getransformeerd is tot een beginsel van Unietrouw. Verder zijn in sommige gevallen de eisen al expliciet opgenomen in een kaderbesluit. Daarbij is het niet onwaarschijnlijk dat het Hof ter uitlegging van deze bepalingen de jurisprudentie uit de eerste pijler overneemt. Als deze eisen inderdaad gelding hebben, wordt bijvoorbeeld de vraag naar de rol en functie van het opportuniteitsbeginsel, net als bij de strafrechtelijke handhaving in de eerste pijler, ook in de derde pijler van belang. Ook de vrijheid van de rechter om te kiezen voor een bepaalde straf zou hierdoor enigermate beperkt kunnen worden. De straffoemeting moet immers op zijn minst afschrikwekkend zijn.

213 HvJ EG 5 oktober 2004, gev. zaken C-397/01 t/m C-403/01, Pfeiffer e.a., *Jur.* 2004, p. I-8835.

214 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285, r.o. 44-47.

215 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285, r.o. 37-38.

216 HvJ EG 27 februari 2007, zaak C-354/04, *Gestoras Pro Amnistia*, Juan Mari Olano Olano en Julen Zelarain Errasti t. Raad van de Europese Unie, *Jur.* n.n.g.; HvJ EG 27 februari 2007, zaak C-355/04 p, *Segi*, Araitzn Zubimendi Izaga en Aritza Galarraga t. Raad van de Europese Unie, *Jur.* n.n.g.; HvJ EG 27 februari 2007, zaak C-355/04, P, *Segi*, Araitzn Zubimendi Izaga en Aritza Galarraga t. Raad van de Europese Unie, *Jur.* n.n.g., r.o. 53-55.

Minder vragen lijken er te zijn over de toepassing van de jurisprudentiële waarborgen (zie paragraaf 3.2.3.). De beginselen (met uitzondering van de verdragvrijheden) zijn immers reeds opgenomen in artikel 6 van het EU-Verdrag. Het Hof van Justitie gaf ook in *Pupino* aan dat:

‘de Unie ingevolge artikel 6 lid 2 EU de grondrechten (eerbiedigt), zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene rechtsbeginselen. Het kaderbesluit dient derhalve zodanig te worden uitgelegd dat de grondrechten worden geëerbiedigd, waaronder met name het recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM en zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.’

Wanneer een kaderbesluit een bepaald onderwerp heeft geregeld, dan valt dit binnen het bereik van de Unie en zijn de Unie-beginselen ook van toepassing. Dit vloeit direct voort uit het feit dat het nationale recht ook in overeenstemming met het Unierecht moet worden uitgelegd. Lidstaten kunnen dan niet (meer) ongestraft in strijd met het EU-recht handelen. Voor deze stelling kan ook steun worden ontleend aan de erkenning door het Hof van het *ne-bis-in-idem*beginsel in de reeds genoemde zaken *Gözütok* en *Brügge*.

Francovich-aansprakelijkheid binnen de derde pijler

Nu kaderbesluiten en andere besluiten binnen de derde pijler geen rechtstreekse werking hebben, is het Europese recht voor zijn effectiviteit afhankelijk van de lidstaten. Het beginsel van wederzijdse samenwerking of Unietrouw wil in zulke gevallen verzekeren dat de lidstaten hun Unieverplichtingen nakomen. Om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren en er voor te zorgen dat aan particulieren toegekende rechten beschermd worden, heeft het Hof, naast een plicht tot conforme interpretatie, ook een op het EG-recht gebaseerde aansprakelijkheid van lidstaten ontwikkeld.²¹⁷ Het is de vraag of deze aansprakelijkheid ook binnen de derde pijler tot ontwikkeling zal komen.

De gronden waarop het Hof van Justitie in *Francovich* een staatsaansprakelijkheid aanneemt kunnen deels ook worden teruggevonden in de derde pijler. Ook kaderbesluiten kunnen aan particulieren rechten verlenen, in het bijzonder als weerslag van de verplichtingen die het desbetreffend kaderbesluit aan de lidstaten oplegt. Particulieren zijn juist binnen de derde pijler voor de effectivering van hun rechten volledig afhankelijk van de lidstaten. Een andere basis voor aansprakelijkheid, het beginsel van gemeenschapstrouw, bestaat, zoals hiervoor is aangegeven, ook in de derde pijler.

217 Zie voor een algemeen overzicht: Jans e.a. 2002, p. 367-415.

Het blijft echter de vraag of een dergelijke aansprakelijkheid bij het karakter van Titel VI van het EU-Verdrag past. Rechtstreekse werking wordt immers uitgesloten. De derde pijler kent ook niet een vergelijkbaar systeem van rechtsbescherming als de eerste pijler. De bevoegdheid van het Hof van Justitie om prejudiciële vragen te beantwoorden is afhankelijk van de aanvaarding hiervan door de betrokken lidstaat. Verder is er ook geen met artikel 288 EG vergelijkbare Europese aansprakelijkheid van Europese instellingen. Kortom, de derde pijler mist dezelfde mate van integratie die de eerste pijler wel kenmerkt. Vanwege de verschillen zou enerzijds aangevoerd kunnen worden dat *Franco-vich*-aansprakelijkheid niet mogelijk is binnen de derde pijler. Anderzijds kan vanwege de beperkingen binnen de derde pijler, aangevoerd worden dat het juist nodig is om een *Franco-vich*-aansprakelijkheid aan te nemen. In de literatuur wordt daarom wel betoogd dat *Franco-vich*-aansprakelijkheid ook in de derde pijler wenselijk is.²¹⁸

3.5.4 De bevoegdheidsafbakening tussen de eerste en de derde pijler

3.5.4.1 Algemeen

De bevoegdheidsverdeling tussen de eerste en de derde pijler wordt bepaald door artikel 47 EU, waaruit volgt dat de bevoegdheden onder de derde pijler geen afbreuk doen aan de bevoegdheden van de communautaire wetgever. Daarmee wordt er duidelijk voor gekozen dat de eerste pijler voorrang heeft boven de derde pijler. Dat geldt ook in het geval die bevoegdheden door de EG-wetgever nog niet eerder zijn aangewend. In paragraaf 3.3 is al gebleken dat het gemeenschapsrecht invloed kan hebben op het strafrecht van de lidstaten en dat lidstaten zelf ter uitvoering van het gemeenschapsrecht strafrecht mogen voorschrijven. Een heel andere vraag is of de gemeenschapswetgever ook strafrechtelijke maatregelen mag voorschrijven.

Het Hof van Justitie van de EG heeft in de zaak C-176/03 (het *milieustrafrecht*arrest) de mogelijkheid geopend tot het voorschrijven van met het strafrecht samenhangende maatregelen in het gemeenschapsrecht.²¹⁹ Deze uitspraak heeft veel stof doen opwaaien en er is veel over geschreven.²²⁰ Met

218 Prechal 2006, p. 23 en Spaventa 2007, p. 19-20.

219 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, Commissie t. Raad, *Jur.* 2005, p. I-7875.

220 M.J. Borgers, 'Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler', *DD* 2006-1, p. 76-99; M.J. Borgers, 'Het strafrecht in de eerste pijler. Van competentiestrijd naar competentiestrijd', *NJB* 2006-13, p. 738-742; S. White, 'Harmonisation of criminal law under the First Pillar', *European Law Review* 2006-1, p. 81-92; J.A.E. Vervaele, 'De Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsbeleid. Een cessio bonorum van de derde aan de eerste Pijler?', *DD* 2006-44, p. 637-668; P. de Hert, P. Paepé & H. Griffioen, 'Europees milieustrafrechtarrest. Minder ruimte voor nationale strafbevoegdheden', *NJW* 2006-144, p. 482-495.

deze uitspraak bleken echter niet alle vragen rondom de bevoegdheidsverdeling tussen eerste pijler en derde pijler op dit punt te zijn beantwoord.²²¹ De Commissie had op basis van haar interpretatie van de uitspraak al een plan opgezet voor het tijdperk na dit eerste *milieustrafrecht*arrest.²²² Dit plan werd echter niet met veel enthousiasme door de Raad en de lidstaten ontvangen. Inmiddels heeft het Hof in de zaak C-440/05 (het *zeelozingen*arrest) de reikwijdte en de omvang van de bevoegdheden van gemeenschapswetgever verduidelijkt.²²³

In beide zaken vroeg de Commissie op basis van artikel 35 lid 6 EU om vernietiging van een kaderbesluit dat een richtlijn wilde ondersteunen met strafrechtelijke handhaving.²²⁴ Het Hof oordeelde in het *milieustrafrecht*arrest dat artikel 175 EG een voldoende rechtsbasis kan vormen voor het voorschrijven van strafrechtelijke sanctiëring van schendingen van regels van het gemeenschapsrecht. In het *zeelozingen*arrest volgde het Hof een vergelijkbare redenering met betrekking tot artikel 80 lid 2 EG. De desbetreffende kaderbesluiten werden vervolgens nietig verklaard omdat diverse aspecten ook door middel van een richtlijn konden worden geregeld en de kaderbesluiten als zodanig ondeelbaar waren. Het Hof oordeelde in beide uitspraken dat strafrecht weliswaar behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar dat dit de gemeenschapswetgever niet kan beletten

‘om, wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu, maatregelen te nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten en die hij noodzakelijk acht om de volledige doeltreffendheid van de door hem inzake milieubescherming vastgestelde normen te verzekeren.’²²⁵

Ter beoordeling van de vraag of de inhoud van het kaderbesluit ook door middel van een richtlijn en derhalve op basis van een communautaire rechtsgrondslag geregeld had moeten worden kijkt het Hof naar het *doel* en de *inhoud*

221 M.J. Borgers, ‘Het strafrecht in de eerste pijler: van competentiestrijd naar competentiestrijd’, *NJB* 2006-13, p. 738-742.

222 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de gevolgen van het arrest van het Hof van Justitie van de EG van 13 september (C-176/03, Commissie/Raad) (COM(2005)583 def.).

223 HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, Commissie t. Raad, n.n.g.

224 Kaderbesluit nr. 2003/80/JBZ (*PbEG* L 2955/1). En voor de richtlijn COM(2001)139 (*PbEG* 2001, L 29/55).

225 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, Commissie t. Raad, *Jur.* 2005, p. I-7875, r.o. 48.

van de handeling.²²⁶ De centrale vragen die daarbij opkomen zien op de reikwijdte van de strafrechtelijke bevoegdheid (Op welke beleidsgebieden mag de Gemeenschap strafrecht voorschrijven?) en op de omvang van de bevoegdheid (Welke aspecten van het strafrecht mogen op gemeenschapsniveau geregeld worden?). Het is duidelijk dat de Raad en de Commissie hier verschillende visies over hebben. Het *zeelozingen*arrest heeft hierop meer licht geworpen. Aan de hand van beide uitspraken zullen hier de reikwijdte en de omvang van de bevoegdheid nader worden belicht.

3.5.4.2 De reikwijdte van de strafrechtelijke bevoegdheid

Bij het bepalen van een strafrechtelijke bevoegdheid, concentreert het Hof zich op de uitleg van de mogelijke communautaire rechtsgrondslag, in nauwe samenhang met het doel van het omstreden kaderbesluit. Het Hof benadrukt in het *milieustrafrecht*arrest dat de doelstelling van het kaderbesluit is om het milieu te beschermen en dat bescherming van het milieu één van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap is, zoals weergegeven in artikel 2 en 3 EG. Verder bevestigt artikel 6 EG het sectoroverschrijdende en fundamentele karakter van de doelstelling van milieubescherming. Vervolgens bepaalt het Hof op basis van de gegevens in de considerans of hetgeen wordt geregeld in het kaderbesluit binnen het doel van dit beleidsgebied valt. Het Hof komt tot de conclusie dat dit het geval is. Daarom is een eerste pijler-richtlijn het juiste instrument.

Na het *milieustrafrecht*arrest rees de vraag of de mogelijkheid om strafrecht voor te schrijven in het kader van de eerste pijler beperkt zou zijn tot het milieu of dat dit ook mogelijk is op andere EG-beleidsgebieden. In het *milieustrafrecht*arrest leek het Hof voor een sectorale benadering te kiezen, veronderstellend dat het moet gaan om één van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap (artikel 2 en 3 EG), die tevens een sectoroverschrijdend en fundamenteel karakter heeft (artikel 6 EG).

De Commissie geeft echter een ruime uitleg aan de strafrechtelijke bevoegdheid. In haar mededeling over de gevolgen van het *milieustrafrecht*arrest stelt zij:

‘Vanuit materieel oogpunt is de redenering van het Hof niet alleen van toepassing op milieubescherming, maar ook op alle Europese beleidsdomeinen en vrijheden waarvoor bindende normen bestaan, waaraan strafrechtelijke sancties zouden moeten worden verbonden om de doeltreffendheid ervan te waarborgen.’

226 Dit is de standaardbenadering bij rechtsgrondslagkwesties. Vgl. HvJ EG 11 juni 1991, zaak C-300/89, *Commissie/Raad (Titaandioxide)*, *Jur.* p. I-2867, punt 10; HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00, *Huber*, *Jur.* p. I-7699, punt 30.

De Raad en de lidstaten hebben daarentegen het standpunt ingenomen dat de betrokken bevoegdheid van de gemeenschapswetgever beperkt is tot maatregelen die betrekking hebben op het milieu.

In de *zeelozingen*zaak hebben zowel de Commissie als advocaat-generaal Mazák verdedigd dat de strafrechtelijke bevoegdheid waarschijnlijk verder strekt dan enkel het milieurecht, in het bijzonder omdat zij door het Hof afhankelijk is gesteld van *het beginsel van doeltreffendheid*.

De ICER heeft in haar rapport aansluiting gezocht bij het criterium dat het beleidsgebied is opgenomen in artikel 2 en 3 EG en dat de Gemeenschap bevoegdheid heeft om bindende normen voor te schrijven.²²⁷

De uitspraak van het Hof in de *zeelozingen*zaak geeft geen eenduidig antwoord op de vraag naar de reikwijdte van de strafrechtelijke bevoegdheid. Het Hof neemt wel een strafrechtelijke bevoegdheid aan op basis van artikel 80 lid 2 EG (inzake transport) omdat deze bepaling volgens het Hof behoort tot de grondslagen van de Gemeenschap en artikel 80 lid 2 EG niet uitdrukkelijk een grens stelt aan de aard van de specifieke regels die de Raad kan vaststellen. Het is daarbij opvallend dat het Hof niet meer het woord *sectoroverschrijdend* gebruikt. Het Hof onderbouwt de bevoegdheid van de gemeenschapswetgever om in de voorliggende richtlijn het gebruik van strafrecht voor te schrijven door te stellen dat artikel 80 lid 2 EG tevens ziet op de bescherming van het milieu. Verder herhaalt het de centrale overweging dat de gemeenschapswetgever het voorschrijven van strafrechtelijke sanctionering mag verplichten wanneer het 'een onontbeerlijke maatregel is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu.'

3.5.4.3 De omvang van de bevoegdheid

De gemeenschapswetgever kan dus – wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is – maatregelen nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten. Hij mag dat doen als hij dat noodzakelijk acht om de volledige doeltreffendheid van de door hem vastgestelde normen te verzekeren.²²⁸ Hiermee sluit het Hof aan bij de instrumentele eisen van doeltreffendheid en afschrikwekkendheid. Het verschil is dat het Hof nu spreekt over een 'onontbeerlijke maatregel' en over 'volledige' doeltreffendheid.²²⁹ Wat precies de betekenis is van deze verzwaarde doeltreffendheidseis is vooralsnog onduidelijk. Het zou kunnen betekenen dat de gemeenschapswetgever het strafrecht pas moet overwegen wanneer andere middelen niet zullen

227 Het ICER Rapport over Strafrecht in de eerste pijler II, van 2006: < <http://europapoort.eerstekamer.nl> >.

228 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, Commissie t. Raad, *Jur.* 2005, p. I-7875, r.o. 48.

229 Zie de beschrijving van de instrumentele eisen in de jurisprudentie van het Hof in paragraaf 3.2.

werken. Uiteindelijk gaat het echter om een politiek oordeel van de gemeenschapswetgever. En daarvoor is het volgens het Hof voldoende wanneer in de overwegingen voorafgaande aan het besluit is weergegeven dat de maatregelen inderdaad noodzakelijk zijn voor een volledige doeltreffendheid. De Europese rechter kent aan de Raad en de Commissie grote discretionaire vrijheid toe bij deze beleidsbeslissingen. De toetsing door de Europese rechter is marginaal op dit punt.

De vraag welke strafrechtelijke modaliteiten vervolgens voorgeschreven mogen worden werd in het *milieustrafrecht*arrest niet uitdrukkelijk beantwoord. Het Hof wees er enkel op dat de gemeenschap 'maatregelen kan nemen die verband houden met het strafrecht.' De vraag rijst wat het Hof daarmee precies bedoelt. Is de strafrechtelijke bevoegdheid van de Gemeenschap beperkt tot bijvoorbeeld het voorschrijven van strafrechtelijke sanctionering of reikt deze ook verder tot bijvoorbeeld de delictsomschrijving, de aard en hoogte van de sanctie en onderdelen van het strafprocesrecht? In het *milieustrafrecht*arrest werd hierop niet ingegaan, omdat dit voor de beantwoording van de rechtsvraag in deze zaak niet noodzakelijk was. Het Hof benadrukt bij zijn beoordeling wel dat de keuze van de strafsancities wordt vrijgelaten aan de lidstaten binnen de grenzen van artikel 5 van het kaderbesluit.

De Commissie gaf een zeer brede uitleg aan de omvang van de strafrechtelijke bevoegdheid. In haar mededeling over de gevolgen van het milieustrafrechtarrest stelt zij:

'Deze noodzaak zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld, en het staat aan de Commissie om dit in haar voorstellen te beoordelen. Wanneer de Commissie echter van mening is dat voor een bepaalde sector strafrechtelijke bepalingen nodig zijn om de volle doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te waarborgen, mag daarin, naargelang van de behoeften van het betrokken gebied, worden opgenomen: het beginsel zelf van het gebruik van strafrechtelijke sancties, de definitie van de incriminatie, d.w.z. constitutieve elementen van de inbreuk, en eventueel de aard en de hoogte van de toepasselijke strafrechtelijke sancties, of andere elementen die met het strafrecht verband houden.'²³⁰

De raad daarentegen stelde in zijn reactie over de *milieustrafrecht*tuitspraak dat

'de Europese wetgever (...) de keuze van straffen die worden toegepast aan de lidstaten (moet) overlaten, zolang ze maar doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Dientengevolge kan Europese wetgeving niet exclusief of in detail de

230 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de gevolgen van het arrest van het Hof van Justitie van de EG van 13 september 2005 (C-176/03, Commissie/Raad) (COM(2005)583 def.), r.o. 10.

hoogte van straffen bepalen, maar moet Europese wetgeving een discretionaire ruimte overlaten aan de lidstaten.²³¹

Het Hof had in de *zeelozingen*zaak drie verschillende onderdelen van het kaderbesluit te beoordelen. De artikelen 2, 3 en 5 schreven strafrechtelijke handhaving voor van inbreuken uit de richtlijn, waarbij tevens medeplichtigheid, uitlokking en de aansprakelijkheid van rechtspersonen geregeld werd. De artikelen 4 en 6 regelden vervolgens de aard en hoogte van de straffen. De artikelen 7 en verder regelden verder onder andere de rechtsmacht van de lidstaten en de uitwisseling van informatie. Omdat de artikelen 2, 3 en 5 de doeltreffendheid van de regels beogen te waarborgen door aan de lidstaten de verplichting op te leggen om bepaalde *gedragingen strafbaar te stellen*, moeten deze artikelen volgens het Hof (in overweging 67-73) geacht worden het doel te hebben de maritieme veiligheid en de bescherming van het milieu te verbeteren. Daarom hadden de maatregelen op basis van artikel 80 lid 2 EG moeten worden genomen (overweging 69). Een verdere onderbouwing van deze overweging wordt echter niet gegeven. Dit geldt nog meer voor de overweging van het Hof dat de aard en de hoogte van de op te leggen strafrechtelijke sancties *niet* tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoren. Met eenzelfde redenering als in overweging 69 had ook het tegenovergestelde betoogd kunnen worden. Dit is te meer interessant omdat het niet nodig was voor het Hof deze overweging toe te voegen, omdat het kaderbesluit in zijn geheel nietig kon worden verklaard vanwege zijn ondeelbare karakter en het Hof derhalve op de kwestie van de aard en de hoogte van de sancties niet behoefde in te gaan.

Een mogelijke reden voor dit oordeel van het Hof kan eventueel worden gevonden in de conclusie van advocaat-generaal Mazák waar hij in het bijzonder in overweging neemt dat de coherentie van de nationale strafrechtssystemen in gevaar kan komen wanneer de bevoegdheid van de Gemeenschap zich tevens zou uitstrekken tot het voorschrijven van de delictsomschrijving en de specifieke sanctie. Een zelfde redenering zou echter tevens gegeven kunnen worden om dergelijke maatregelen binnen de derde pijler af te wijzen en geeft daarom geen genoegzame verklaring. Daar komt bij dat de communautaire wetgever wel de aard of de hoogte van de sanctie mag voorschrijven wanneer het niet gaat om het strafrecht, maar om bestuursrecht. Een betere verklaring zou daarom kunnen zijn dat de politieke gevoeligheid van het voorschrijven van de aard en hoogte van sancties in het strafrecht een grotere invloed vraagt van de lidstaat bij het besluitvormingsproces die beter gewaarborgd kan worden in de derde pijler.

Op basis van het bovenstaande lijkt het vooral nog de vraag op welke beleidsgebieden de Gemeenschap een strafrechtelijke bevoegdheid heeft. Het is wel

231 Council of the European Union, Brussels, 16 February 2006, 6466/06.

duidelijk dat eventuele gemeenschapsregels beperkt moeten blijven tot het strafbaar stellen van gedragingen en de verplichting tot het inzetten van strafrechtelijke sanctionering. De aard en de hoogte van de strafrechtelijke sanctionering dienen echter in een derde pijler-instrument, een kaderbesluit, te worden geregeld. Of andere aspecten van algemeen strafrecht (daderschap) of van strafprocesrecht (verjaring etc.) via het gemeenschapsrecht kunnen worden voorgeschreven blijft vooralsnog onduidelijk.

3.5.5 Het Hervormingsverdrag (Verdrag van Lissabon)

De hierboven beschreven ontwikkeling in de verhouding tussen de eerste en derde pijler moeten worden gezien in het licht van de veranderingen die het Hervormingsverdrag (Verdrag van Lissabon) zal brengen in de structuur van de Europese Unie.²³² De belangrijkste verandering die het Hervormingsverdrag brengt is het opgaan van de drie pijlers in een eenvormige Europese structuur die bestaat uit het Verdrag betreffende de Europese Unie (EU-Verdrag) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (Werkingsverdrag).²³³ De ruimte van vrijheid, veiligheid en recht wordt één van de gedeelde bevoegdheden van de Unie, waarbij Titel VI van het oude EU-Verdrag, die de derde pijler regelt, Titel IV van het Werkingsverdrag wordt. Dit betekent dat er een gemeenschappelijke structuur is voor zowel de eerste als de derde pijler en dat het onderscheid tussen de pijlers wordt opgeheven. De materie van beide oude pijlers zal worden geregeld door dezelfde instrumenten, d.w.z. met name door verordeningen en richtlijnen. Hetgeen hierboven is vermeld in paragraaf 3.5.3. over communautaire elementen in de derde pijler is dan in principe verwezenlijkt. Het gaat dan immers nog louter om verordeningen en richtlijnen.

Ook zullen de bevoegdheden van de Europese instellingen zich uitstrekken over de justitiële en politieke samenwerking. De Commissie zal onder andere de mogelijkheid hebben om een verdragsinbreukprocedure in te leiden en eventueel op te leggen boetes en/of dwangsommen aan het Hof van Justitie van de EG voor te stellen. Verder wordt de gehele ruimte van vrijheid, veiligheid en recht onder de rechtsmacht van het Hof gebracht en zal het Hof in dat verband de mogelijkheid hebben prejudiciële vragen te beantwoorden. Artikel 10 van Protocol 10, betreffende overgangsmaatregelen, bepaalt echter wel dat deze nieuwe bevoegdheden van de Commissie en het Hof van Justitie van de EG pas vijf jaar na de inwerkingtreding van het Hervormingsverdrag zullen gaan gelden voor de handelingen die zijn volbracht vóór de inwerking-

232 Het Hervormingsverdrag is inmiddels vastgesteld, de tekst kan gevonden worden op < <http://www.consilium.europa.eu> >.

233 Zie voor een kort overzicht: R. Barents, 'De Europese Grondwet is dood – leve de Europese Grondwet', *NTER* 2007-9, p. 174-184.

treding. De fundamentele en structurele wijzigingen betekenen uiteraard niet dat er geen verschillen zullen zijn tussen Titel IV van het Werkingsverdrag over de ruimte van vrijheid veiligheid en recht en de andere delen van het Werkingsverdrag.

Het is verder opvallend dat er in het verdrag bijzondere aandacht wordt geschonken aan de verschillende grondslagen voor het voorschrijven van strafrecht. In het bijzonder regelt artikel 69f lid 2 van het Werkingsverdrag dat indien onderlinge aanpassing van de bepalingen van de lidstaten op het gebied van het strafrecht nodig blijkt voor een doeltreffende uitvoering van beleid van de Unie op een gebied waarop harmonisatiemaatregelen zijn vastgesteld, dat bij richtlijnen minimumvoorschriften kunnen worden vastgesteld met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en de sancties op het betrokken gebied. Deze voorschriften worden vastgesteld volgens de procedure voor de vaststelling van de betrokken harmonisatiemaatregelen en niet op basis van artikel 69f. Dit betekent dus dat met inwerkingtreding van het Hervormingsverdrag sancties wel geregeld mogen worden op basis van een grondslag die op dit moment nog tot de eerste pijler behoort. Het bovenstaande geldt niet voor de harmonisatie van de regels van strafprocesrecht, die op basis van artikel 69e plaatsvinden. Artikel 69f en artikel 69e voorzien beide in een zwaardere procedure wanneer één van de leden van de Raad meent dat de maatregel afbreuk doet aan fundamentele aspecten van zijn strafrechtstelsel. In zulke gevallen zal het voorstel aan de Europese Raad worden voorgelegd om hierover consensus te bereiken.

3.6 CONCLUSIES

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal op welke wijze de nationale handhaving door het Europees recht wordt beïnvloed. Er zijn drie belangrijke ontwikkelingen geconstateerd. De eerste ontwikkeling heeft betrekking op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, zoals beschreven in paragraaf 3.2. Deze heeft een vergaande *algemene* invloed op het nationale handhavingsrecht. De jurisprudentie stelt algemene eisen aan de handhaving van al het door Europees recht geïnspireerde of beheerste recht. Deze algemene eisen van gelijkwaardigheid, evenredigheid, doeltreffendheid en afschrikwekkendheid moeten het tekort aan Europese handhavingsregels opvangen. Deze eisen gelden dus ook op alle in de casestudies onderzochte gebieden.

Naast deze ontwikkeling wordt de handhaving in toenemende mate bepaald door Europese regelgeving binnen de eerste en de derde pijler, zoals beschreven in de paragrafen 3.3 en 3.4. De eerste pijler richt zich daarbij in het bijzonder op de handhaving en de handhavingssamenwerking in het bestuursrecht en de derde pijler richt zich in het bijzonder op de handhaving en de handhavingssamenwerking in het strafrecht. Daarbij valt op dat regelgeving binnen de derde pijler vaker een horizontaler karakter heeft dan regel-

geving binnen de eerste pijler. Binnen de casestudies wordt van deze ontwikkeling een verdiepend beeld geven.

Een derde belangrijke ontwikkeling is de positie van het strafrecht en diens verhouding tot het bestuursrecht. Oorspronkelijk waren beide gebieden gescheiden binnen de pijlerstructuur van de Europese Unie. Er vinden thans meerdere, parallelle ontwikkelingen plaats binnen beide pijlers, die er voor zorgen dat de scheiding op verschillende plekken doorbroken wordt. Binnen de eerste pijler heeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG evenzeer betrekking op het strafrecht van een lidstaat wanneer deze er voor heeft gekozen op strafrechtelijke wijze te handhaven. Omgekeerd raakt in sommige gevallen de derde pijler-regelgeving het bestuursrecht. In paragraaf 3.5 is verder beschreven hoe de eerste pijler verrijkt is met een beperkte strafrechtelijke bevoegdheid van de gemeenschapswetgever en hoe elementen uit de eerste pijler overgeheveld zijn naar de derde pijler. Hiermee is het duidelijk dat de twee pijlers naar elkaar toe groeien. Het Hervormingsverdrag zal de scheiding tussen de twee pijlers institutioneel uiteindelijk tenietdoen. Deze ontwikkelingen maken een meer geïntegreerde aanpak van de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving mogelijk.

4 | Mediabeleid

4.1 INLEIDING

De casestudy ‘Mediabeleid’ wordt in het kader van dit onderzoek, voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving, gerekend tot de eerste en daarmee laagste categorie.

Deze casestudy beschrijft de Europeanisering van de rechtshandhaving op het terrein van het Nederlandse mediabeleid. De studie richt zich in het bijzonder op het beleid met betrekking tot omroepactiviteiten en uitzendingen. Mededingingsrechtelijke aspecten van het omroepbeleid, zoals kartelvorming, misbruik maken van een machtspositie, mediaconcentraties, de rol van de publieke omroep en steunverlening door de overheid, worden buiten beschouwing gelaten.

In deze casestudy staat de volgende vraag centraal: welke invloed gaat vanwege de EU uit op de nationale rechtshandhaving op het terrein van mediabeleid, in het bijzonder betreffende televisie- en omroepactiviteiten, en hoe wordt deze invloed in Nederland in juridische en feitelijke zin geïmplementeerd?

4.2 EU-BELEID ZOALS NEERGELEGD IN DE RICHTLIJN ‘TELEVISIE ZONDER GRENZEN’

4.2.1 Richtlijn 89/552 (zoals gewijzigd)

De uitzending van televisieprogramma’s valt in beginsel onder de werkingssfeer van Richtlijn 89/552/EEG (zoals gewijzigd) betreffende coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (Televisie zonder Grenzen, hierna: TZG-richtlijn).¹ De TZG-richtlijn is gebaseerd op de artikelen 47 en 55 EG en beoogt in de eerste plaats het waarborgen van het vrije verkeer van

¹ Richtlijn 89/552/EEG betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (*PbEG* 1989, L 298/23), zoals gewijzigd door Richtlijn 97/36/EG betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (*PbEG* 1997, L 202/60).

omroepdiensten op de interne markt. De media- en omroepmarkt maken immers onmiskenbaar een belangrijk deel uit van een gemeenschappelijke economische en dienstenmarkt in de Europese Gemeenschap (hierna: EG). Artikel 2bis TZG-richtlijn bepaalt dat de lidstaten de vrijheid van ontvangst van televisie-uitzendingen uit andere lidstaten waarborgen en de doorgifte van televisie-uitzendingen uit andere lidstaten niet belemmeren om redenen die binnen de door de richtlijn gecoördineerde gebieden vallen. Daarnaast legt artikel 2 lid 1 van de richtlijn het 'land van oorsprong'-beginsel neer en stelt dat de lidstaat erop toeziet dat televisie-uitzendingen van omroeporganisaties die onder haar bevoegdheid vallen voldoen aan de regels van het recht dat op voor het publiek in die lidstaat bestemde uitzendingen van toepassing is. Handhaving vindt dus in beginsel plaats in de lidstaat waar de uitzendingen vandaan komen.

Naast het waarborgen van het vrije verkeer van televisie-uitzendingen beoogt de richtlijn bepaalde doelstellingen van algemeen belang te beschermen, zoals culturele verscheidenheid door het opnemen van een quotabepaling over Europese producties (artikel 4 TZG-richtlijn), consumentenbescherming en bescherming van minderjarigen. Er zijn ook bepalingen opgenomen inzake televisiereclame, sponsoring en telewinkelen (hoofdstuk IV van de TZG-richtlijn).

De TZG-richtlijn kent geen concrete handhavingsvoorschriften. Zoals hierboven gesteld legt artikel 2 lid 1 van de richtlijn de verantwoordelijkheid voor het toezicht op en de naleving van de bepalingen uit de richtlijn bij de lidstaat onder wiens bevoegdheid de uitzendende televisie-omroeporganisatie valt. Over de wijze waarop deze voorschriften moeten worden gehandhaafd door de lidstaat zegt de TZG-richtlijn niets.

In 1997 is de richtlijn op een aantal punten gewijzigd. De kernbepalingen van de TZG-richtlijn bleven echter ongewijzigd en de lidstaten dienen er zelf op toe te zien dat de geldende bepalingen worden nageleefd door de televisie-omroeporganisaties die onder hun bevoegdheid vallen. Wat wel van belang is voor de handhaving van de TZG-richtlijn, is dat een bepaling aan de richtlijn is toegevoegd die een zogenaamd contactcomité instelt. Dit orgaan heeft een belangrijke overlegfunctie op Europees niveau, waarin ook nationale handhavinginstanties kunnen participeren (zie ook hierna, paragraaf 4.3.3 en paragraaf 4.4). Letterlijk luidt de bepaling tot instelling van het contactcomité als volgt (artikel 23 bis):

- '1. Bij de Commissie wordt een contactcomité ingesteld dat bestaat uit vertegenwoordigers van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. Het wordt voorgezeten door een vertegenwoordiger van de Commissie en komt op diens initiatief dan wel op verzoek van een delegatie van een lidstaat bijeen.
2. De taken van dit comité zijn:
 - a) bijdragen tot de daadwerkelijke tenuitvoerlegging van deze richtlijn via geregeld overleg over alle praktische toepassingsproblemen, inzonderheid met betrekking

- tot artikel 2, en andere kwesties waarvoor een gedachtenwisseling dienstig wordt geacht;
- b) op eigen initiatief of op verzoek van de Commissie advies uitbrengen over de toepassing van de bepalingen van de richtlijn door de lidstaten;
 - c) een forum bieden voor een gedachtenwisseling over de punten die zullen worden opgenomen in de verslagen welke de lidstaten krachtens artikel 4, lid 3, moeten indienen, over de gang van zaken in dat verband, over het mandaat voor de in artikel 25 bis bedoelde onafhankelijke studie, over de evaluatie van de desbetreffende aanbestedingen en over de studie zelf;
 - d) het resultaat bespreken van het geregelde overleg dat de Commissie voert met vertegenwoordigers van omroeporganisaties, producenten, consumenten, fabrikanten, dienstverrichters, vakbonden en de creatieve milieus;
 - e) bijdragen tot de uitwisseling van informatie tussen de lidstaten en de Commissie over de situatie en de ontwikkeling van het regelgevende werk betreffende televisie-omroepdiensten, rekening houdend met het audiovisueel beleid van de Gemeenschap, en over relevante ontwikkelingen op technisch gebied;
 - f) zich beraden over sectoriële ontwikkelingen waarover een gedachtenwisseling nuttig lijkt.'

Het contactcomité heeft op basis van de TZG-richtlijn geen controle- of sanctiëringbevoegdheden, maar fungeert formeel als overlegorgaan met een adviseerende rol. Op de rol van het contactcomité in het handhavingsproces wordt in paragraaf 4.4 nader ingegaan.

4.2.2 Voorstel voor een richtlijn 'audiovisuele media'

Gezien de technologische ontwikkelingen op het gebied van de media en de veranderde marktomstandigheden is een herzieningsprocedure van de TZG-richtlijn in werking gesteld om tot een nieuw regelgevend kader te komen dat flexibeler en moderner is.² In 2005 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een wijzigingsrichtlijn gedaan.³ Inmiddels is er na eerste lezing in het Europees Parlement en de Raad een aangepast voorstel van de Commissie⁴ en is er een politiek akkoord bereikt over de nieuwe richtlijn.⁵ De ontwerp-richtlijn draagt de naam richtlijn 'Audiovisuele media zonder grenzen' en heeft betrekking op alle audiovisuele mediadiensten ongeacht de gebruikte transmissietechnologie. Met andere woorden de richtlijn is technologisch neutraal en geldt niet alleen voor lineaire mediadiensten, die geprogrammeerd

2 Zie voor een overzicht en toelichting: Vierde verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over de toepassing van Richtlijn 89/552/EEG (*PbEG* 1989, L 298/23) 'Televisie zonder grenzen' (COM(2002)778 def.).

3 COM(2005)646 def.

4 COM(2007)170 def.

5 Persbericht van 24 mei 2007 (IP/07/2007).

zijn door de omroeporganisaties, maar ook voor non-lineaire mediadiensten, die op aanvraag worden geleverd, zoals *on-demand* diensten via het internet.⁶ Dit houdt in dat nationale handhavingsinstanties op een breder mediaveld toezicht zullen moeten houden. De nieuwe richtlijn blijft wel volledig gebaseerd op het beginsel van land van oorsprong (zie hiervoor). Van groot belang voor de handhaving van deze nieuwe richtlijn zijn de voorstellen ten aanzien van de instelling van nationale handhavingorganen inzake het mediabeleid, zoals deze staan in het gewijzigde Commissievoorstel. In het voorstel voor de nieuwe richtlijn wordt in artikel 23ter de instelling van onafhankelijk opererende nationale toezicht- en handhavingorganen voorgeschreven. Door nauwe samenwerking met elkaar en door regelmatige informatievoorziening aan de Europese Commissie dienen deze organen de handhaving van de nieuwe richtlijn op nationaal niveau vorm te geven en op Europees niveau meer te harmoniseren.

4.3 JURIDISCHE EN BELEIDSMATIGE IMPLEMENTATIE IN NEDERLAND

In deze paragraaf wordt beschreven welke eisen de TZG-richtlijn stelt aan de wetgever om wet- en regelgeving in Nederland aan te passen aan de TZG-richtlijn, zowel wat betreft de materiële normstelling als de controle en sanctiëring. Tevens zullen de actoren die betrokken zijn bij de implementatie van de TZG-richtlijn aan bod komen.

4.3.1 Materiële normstelling

4.3.1.1 *Minimumharmonisatie*

In de TZG-richtlijn is sprake van minimumharmonisatie, hetgeen inhoudt dat de richtlijn minimumnormen bevat om de neergelegde doelstellingen te bereiken. De mediawetgeving in de lidstaten moet minimaal aan deze materiële normen voldoen, maar het staat de lidstaten op grond van artikel 3 lid 1 van de richtlijn vrij om strengere of meer gedetailleerde voorschriften vast te stellen op de gebieden die onder de TZG-richtlijn vallen, met betrekking tot de onder hun bevoegdheid vallende televisie-omroeporganisaties. De strengere of meer gedetailleerde voorschriften dienen wel in overeenstemming te zijn met het primaire gemeenschapsrecht, meer in het bijzonder: de vrijverkeerbepalingen uit het EG-verdrag.

6 Niet-lineaire diensten worden gedefinieerd als: audiovisuele mediadiensten waarbij de gebruiker beslist op welk moment een bepaald programma wordt uitgezonden door een keuze te maken uit de door de aanbieder van mediadiensten geselecteerde inhoud. Deze definitie is terug te vinden in artikel sub e van het voorstel.

4.3.1.2 Mediawet en Mediabesluit

De TZG-richtlijn is in Nederland omgezet in de Mediawet en het Mediabesluit. De Mediawet is een formele wet en vormt daarmee het kader waarbinnen sinds 1988 dit mediabeleid wordt gevoerd. De wet heeft tot doel regels vast te leggen

‘over de omroepbijdragen, de verzorging van radio- en televisieprogramma’s, de uitzending daarvan door middel van omroepzenders en draadomroepinrichtingen en de steunmaatregelen ten behoeve van persorganen, opdat de verscheidenheid in radio, televisie en pers gewaarborgd wordt en de samenhang in regelgeving ten aanzien van deze media tot uitdrukking wordt gebracht.’ (Mediawet, 2007).

Naast de Mediawet kent Nederland het Mediabesluit. Dit is een algemene maatregel van bestuur die in 1988 van kracht is geworden. Het Mediabesluit omvat een meer inhoudelijke invulling van in de Mediawet opgestelde bepalingen.

De Mediawet omvat onder andere bepalingen betreffende de publieke omroep (hoofdstuk III), de commerciële omroep (hoofdstuk IV) de Wereldomroep (hoofdstuk V) en evenementen van aanzienlijk belang (hoofdstuk IVa), maar ook bepalingen betreffende de handhaving van de wet (hoofdstuk X).

De Mediawet, zoals deze al in 1988 voortgekomen was uit een congruentie van de Omroepwet, de Wet op de omroepbijdragen en de Wet Voorziening Perswezen, was in Nederland al van kracht voor de invoering van de TZG-richtlijn in 1989.⁷ Bij de totstandkoming en inrichting van de Mediawet is geen beïnvloeding geweest van de op komst zijnde TZG-richtlijn.

Aangezien de Mediawet een strengere normstelling kent dan de normstelling van de TZG-richtlijn is aan de materiële normstelling van de richtlijn voldaan, mits de normstelling in de Mediawet alleen geldt voor omroeporganisaties die onder de bevoegdheid van Nederland vallen. Het minimumkarakter van de TZG-richtlijn betekent wel, zoals hierna zal blijken, dat er problemen in de sfeer van de handhaving kunnen ontstaan.

4.3.2 Controle (toezicht en opsporing) en sanctionering

4.3.2.1 Instelling Commissariaat voor de Media

De richtlijn kent, zoals reeds eerder opgemerkt, geen concrete handhavingvoorschriften. Aan de eis, zoals gesteld in artikel 3 lid 2 TZG-richtlijn, dat elke lidstaat zelf dient toe te zien op de handhaving van de in de richtlijn gestelde normen had Nederland destijds al voldaan door het reeds bestaande toezicht van het Commissariaat voor de Media (hierna: CvdM). Het Commissariaat

7 Mediawet (zoals geldend vanaf 14 januari 2007).

functioneert als zelfstandig bestuursorgaan onder het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: OCW).

Het Commissariaat is in 1988 als handhavingsinstantie van het mediarecht zoals bepaald in de Mediawet opgericht (zie ook hierna, paragraaf 4.4). De nationale rechtshandhaving werd dus nauwelijks geraakt bij de omzetting van de richtlijn. Anders gezegd, er is hier weinig tot geen invloed van EU-regelgeving te bespeuren.

4.3.2.2 *Level playing field problematiek*

Zoals al opgemerkt, laat de richtlijn de mogelijkheid open dat een lidstaat zijn materiële normen gelijk stelt aan het minimum zoals bepaald in de TZG-richtlijn, terwijl een andere lidstaat strengere normen hanteert. Er kan dus een gebrek aan evenwicht in de normstelling ontstaan als gevolg van de minimum-harmonisatie-eis van de TZG-richtlijn. Vooral de combinatie van deze minimum-eis met het 'land van oorsprong'-beginsel leidt tot een dergelijk gebrek aan evenwicht. Immers de strengere bepalingen zouden anders kunnen worden toegepast op uitzendingen afkomstig van andere lidstaten.

Dit gebrek aan evenwicht in de normstelling heeft voor de Nederlandse wetgever tot een *level playing field* probleem geleid, aldus de respondenten bij OCW. Er ontstaat namelijk een oneerlijke concurrentiepositie tussen omroepen in verschillende lidstaten. Het *level playing field* probleem speelt overigens niet alleen op het niveau van de wetgever, maar ook op het niveau van de handhaving van het mediarecht, hetgeen in paragraaf 4.4 aan de orde zal komen.

Het *level playing field* probleem leidt, volgens de respondenten bij OCW, tot de noodzaak om aangepaste wet- en regelgeving uit te vaardigen, waarin een versoepeling van de materiële normstelling wordt voorzien.

Een voorbeeld is het conflict tussen Luxemburg en Nederland betreffende de RTL-groep Nederland (zenders: RTL 4, RTL 5 en RTL 7). RTL is gevestigd in Luxemburg, maar zendt (onder andere) uit in Nederland. De omroeporganisatie valt onder Luxemburgs toezicht en onder de materiële normstelling zoals deze in het Luxemburgse mediarecht geldt. Dit mediarecht kent een materiële normstelling op het minimumniveau van de richtlijn. Dit terwijl Nederland een strengere normstelling hanteert. Op deze manier ontstaat oneerlijke concurrentie tussen RTL en andere Nederlandse commerciële omroepen. Dit komt naar voren in bijvoorbeeld de quota normstelling betreffende het reclamebeleid. Luxemburg hanteert ruimere, en dus voor de omroep gunstigere, quota betreffende reclame-uitzendingen dan Nederland.

De Nederlandse wetgever heeft veel bilateraal overleg gevoerd met Luxemburg om deze oneerlijke concurrentie weg te nemen, maar tot dusver is er geen oplossing gevonden. Een actueel voorbeeld van de *level playing field* problematiek is de overname van de televisieomroep Tien (het voormalige Talpa) door de RTL-groep. Door deze overname zal ook het voormalige Tien

waarschijnlijk onder Luxemburgse jurisdictie gaan vallen. Meer voorbeelden van het *level playing field* probleem binnen de EU spelen tussen Ierland en Engeland, tussen Frankrijk en Italië en tussen Duitsland en Oostenrijk.

Samenvattend is te stellen dat de Nederlandse wetgever in verband met het behoud van, maar ook onder de druk van, commerciële omroepen zich genoodzaakt ziet om de materiële normstelling te versoepelen. Politieke keuzes voor een strengere normstelling dan de TZG-richtlijn in Nederland worden zo dus beïnvloed door de minimumharmonisatie-eis van de richtlijn.

De *level playing field* problematiek hangt samen met de zogenaamde U-bocht constructie, waarbij organisaties, in dit geval omroepen, zich in het buitenland vestigen om nationale (strengere) regels te ontduiken. Het is juridisch lastig, zo geven ook de respondenten bij het Ministerie van OCW aan, om door middel van een rechtelijke procedure deze problematiek aan te pakken. Het valt vaak niet te bewijzen dat een (commerciële) omroep zich om redenen van de materiële normstelling van het mediabeleid naar een andere lidstaat verplaatst. In de nieuwe richtlijn 'Audiovisuele mediadiensten' worden vermoedelijk wel enkele bepalingen opgenomen die het gemakkelijker zouden moeten maken om deze typische U-bocht problematiek aan te pakken.

4.3.2.3 Bestuursrechtelijke handhaving

In de Mediawet is door de Nederlandse wetgever voor een bestuursrechtelijke grondslag voor de handhaving van het mediarecht gekozen. De handhaving door het CvM is als zodanig niet onder de invloed van Europees recht veranderd. Naast bestuursrechtelijke handhaving kan gekozen worden voor strafrechtelijke handhaving door het Openbaar Ministerie wanneer het gaat om ernstige overtredingen die betrekking hebben op de bescherming van minderjarigen of haat zaaien.

De naleving van, bijvoorbeeld, de kwalitatieve inhoud van reclamevoorschriften van de richtlijn wordt gedaan door de Reclame Code Commissie, die een zelfregulerend orgaan is op basis van de Nederlandse Reclame Code.

4.3.3 Implementatieketen

In onderstaande paragraaf wordt nader ingegaan op de implementatieketen zoals deze van toepassing is op de juridische omzetting van de TZG-richtlijn in het nationale mediarecht.

4.3.3.1 Actoren

Een eerste belangrijke actor in de nationale implementatieketen van mediabeleid is het Ministerie van OCW. Het Ministerie is als wetgever de eerstverant-

woordelijke voor de omzetting van de TZG-richtlijn in de Mediawet. Ook het CvdM wordt steeds meer betrokken bij de totstandkoming van wetgeving. De formele standaardprocedure hiervoor is een uitvoeringstoets. Op deze manier heeft het CvdM een directe invloed op de vorming van de standpunten van Nederland ten aanzien van (wijzigingen van) de TZG-richtlijn, maar ook op de daadwerkelijke omzetting van de TZG-richtlijn. Ook op meer informele manier, door middel van informatieve brainstormsessies met het ministerie, heeft het CvdM invloed.

Bij de omzetting van de richtlijn op nationaal niveau is daarnaast in enige mate overleg tussen het Ministerie van OCW en het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ). De onderwerpen van deze overleggen, die volgens de respondenten van OCW soms moeizaam verliepen, zijn meer van mededingingsrechtelijke aard (mediaconcentraties e.d.) en worden in deze casestudy buiten beschouwing gelaten.

Vanuit Europa is er sturing en druk op de implementatieketen door de Europese Commissie. De Europese Commissie ziet niet alleen toe op een tijdige en correcte omzetting als zodanig, maar ook op de daadwerkelijke toepassing en handhaving van de richtlijn.

4.3.3.2 Afstemming in Europees verband

In de implementatieketen is in Europees verband vooral overleg en informatie-uitwisseling tussen de wetgevers van lidstaten van groot belang. Het gaat hierbij dus om de transnationale samenwerking, waarbij het Ministerie van OCW betrokken is.

Een belangrijke rol in de transnationale implementatieketen wordt gespeeld door het contactcomité (zie ook paragraaf 4.4). In het contactcomité participeren primair vertegenwoordigers van de wetgevers van EU-lidstaten. Daarnaast nemen de handhavingautoriteiten deel aan de werkzaamheden en bijeenkomsten. Niet voor alle lidstaten is de handavingsinstantie aanwezig, maar voor Nederland is zowel het Ministerie van OCW als het CvdM vertegenwoordigd.

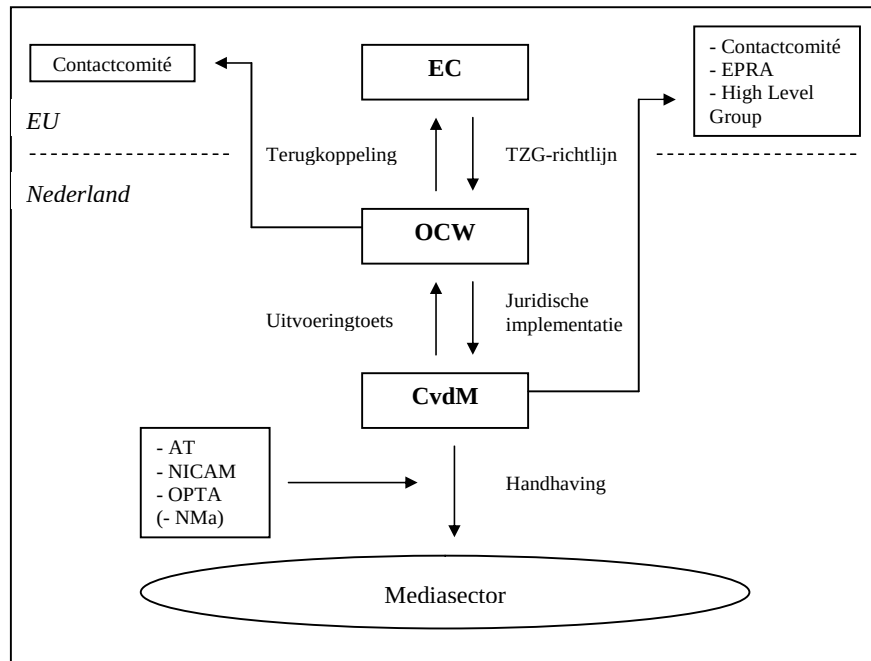
Het contactcomité wordt voorgezeten en bijeengeroepen door de Europese Commissie. In de implementatieketen speelt het comité vooral een rol bij de uitwisseling van ervaringen betreffende mediabeleid. Ook interpretatieproblemen van begrippen uit de richtlijn worden aldaar besproken.

Bilateraal overleg kan ook een belangrijke rol spelen in de keten. Dit overleg richt zich vooral op verschillen in interpretatie of omzetting van de TZG-richtlijn. Het *level playing field* probleem zoals dat eerder is beschreven, kan in een bilateraal overleg aan de orde komen, maar heeft in het geval van Nederland en Luxemburg niet tot een oplossing geleid.

Figuur 1 geeft de implementatie- en handhavingketen weer op zowel nationaal als Europees niveau en biedt daarmee een samenvattend overzicht van de in de vorige paragraaf beschreven juridische implementatieketen. Ook biedt

ten. Ook biedt figuur 1 een overzicht van de in de volgende paragraaf beschreven handhavingketen.

Figuur 1: Nederlandse implementatie- en handhavingketen TZG-richtlijn



4.4 UITVOERING EN HANDHAVING

Deze paragraaf beschrijft de EU-invloeden op de daadwerkelijke handhaving van het mediabeleid in Nederland. Zowel de invloed van EU-regelgeving als de invloed van Europese netwerken op de handhaving komen aan bod. Het begrip handhaving wordt in brede zin opgevat als zowel controle als sanctiëring. De uitvoerbaarheid en capaciteit van deze controle en sanctiëring, zoals met name ervaren door het CvdM, worden beschreven. Ook de afstemming in de handhavingketen en de internationale component hiervan worden uiteengezet.

4.4.1 Uitvoerbaarheid

De handhavingtaken zijn op nationaal niveau vastgelegd in de Nederlandse Mediawet. Deze taken zijn onveranderd gebleven na implementatie van de TZG-richtlijn in 1989 en de wijziging in 1997.

Met de uitvoerbaarheid van de handhaving van de Nederlandse Mediawet, met inbegrip van Europese invloeden uit de TZG-richtlijn, worden geen problemen ervaren door het CvDM. Het CvDM heeft als zelfstandig bestuursorgaan (hierna: zbo) ruime discretionaire bevoegdheden bij de uitvoering en de invulling van zijn handhavingtaken. Binnen het CvDM handelt de afdeling Juridische Zaken overtredingen, welke zijn geconstateerd door de individuele toezichthouders, procedureel en juridisch af. Het Bureau Beleid en Projecten is betrokken bij de beleidsvoorbereiding van wet- en regelgeving door middel van uitvoeringstoetsen. De handhabingsbepalingen van de Mediawet worden door het CvDM in de praktijk nader uitgewerkt in beleidsregels, welke een praktische leidraad zijn voor de handhaving van de Mediawet. De meest actuele beleidsregels zijn te vinden in de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2007 en omvatten handhavingprocedures en sanctioneringssystemen.

Wekelijks wordt door het CvDM door middel van risicoanalyses van radio- en televisie uitzendingen een selectie gemaakt van daadwerkelijk te controleren uitzendingen. In beginsel is prioritering van handhavingtaken of doelen niet nodig en een formeel prioriteringsbeleid staat dan ook niet op papier. Maar door de selectie van te controleren uitzendingen middels de wekelijkse risicoanalyses, vindt prioritering en selectie in de praktijk wel plaats.

Deze prioritering in de uitvoering van handhaving uit zich de laatste tijd ook door een nadruk op toezicht op de financiering van de publieke omroep. Dit in verband met de maatschappelijke discussie over transparantie bij publieke organen. Het CvDM ervaart geen invloed van de TZG-richtlijn op prioritering van handhaving.

4.4.2 Capaciteit en instrumenten

4.4.2.1 *Het Commissariaat*

Het CvDM geeft aan over voldoende capaciteit te beschikken om zijn handhavingtaken naar behoren uit te voeren. Het belangrijkste materiële middel waar het CvDM over beschikt om zijn handhavingtaken uit te voeren, is het budget zoals verstrekt door het Ministerie van OCW. Het gaat hierbij om de klassieke wijze van budgetverstrekking van een ministerie aan een zbo.

Het CvDM heeft de beschikking over verschillende handhavinginstrumenten, zoals deze in de Mediawet zijn bepaald. Instrumenten zijn het intrekken van zendtijd of toestemmingen, vermindering van de voorschotten die de omroeporganisaties ontvangen of een bestuurlijke boete. De voorkeur van het CvDM gaat uit naar gebruik van zijn bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen. Dit sanctioneringssysteem blijkt het meest effectief. Intrekking van de zendtijd ziet het CvDM als een *ultimum remedium*. De sancties leiden bij de publieke omroepen of omroepen in het algemeen niet alleen tot financiële gevolgen

maar ook vooral tot negatieve gevolgen voor het publieke imago van de omroep. Dit is een belangrijk bijeffect van de formele sanctionering.

Het boetesysteem was voorheen minder effectief vooral wat betreft de commerciële omroepen. Doordat het CvdM nu de mogelijkheid heeft boetes sneller in bedrag te laten stijgen (zoals vastgelegd in de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2007), is deze inefficiëntie weggenomen.⁸ De boetes zoals deze door het CvdM kunnen worden opgelegd staan op deze manier beter in verhouding tot de overtreding. Uit de interviews is niet gebleken dat het CvdM de Europese algemene vereisten van effectieve en afschrikwekkende sancties actief en bewust zou toepassen.

Een toekomstig vraagstuk betreffende de handhavingcapaciteit kan ontstaan door de invoering van de nieuwe Europese richtlijn 'Audiovisuele media zonder grenzen' (zie hierboven, paragraaf 4.2). Aangezien de richtlijn ook non-lineaire omroepdiensten betreft, leidt de richtlijn mogelijk tot een breder takenpakket voor het CvdM. Of deze verbreding ook een verzwaring van de handhavingtaken betekent, is niet te zeggen. De nieuwe richtlijn stuurt namelijk ook vooral aan op co-regulering en zelfregulering van de mediasector.

4.4.2.2 Afstemming met andere handhavingsinstanties in Nederland

Naast de centrale rol van het CvdM bij de handhaving van het, mede door de TZG-richtlijn geïnspireerde, mediarecht, spelen ook andere actoren een rol. Zo werkt het CvdM samen met de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) op het gebied van handhaving van beleid ten aanzien van aanbieders van omroepnetwerken.

Het CvdM heeft sinds 2004 een convenant met het Agentschap Telecom (hierna: AT), dat zorgdraagt voor de handhaving van de Telecommunicatiewet. Het gaat hierbij om handhaving van beleid betreffende radiofrequenties van (commerciële) omroepen. Het CvdM draagt in dit samenwerkingsverband zorg voor de toetsing van programmavoorschriften en vergunningvoorschriften voor de commerciële radio-omroepen. Het AT draagt zorg voor de daadwerkelijke handhaving in de zin van sanctionering.

Daarnaast houdt het CvdM zogenaamd metatoezicht op het Nederlandse Instituut voor de Classificatie van Audiovisuele Media (hierna: NICAM), bekend van de Kijkwijzer voor films en televisieprogramma's. Het metatoezicht houdt in dat het CvdM toezicht houdt op de door NICAM gehanteerde methoden en procedurele gang van zaken. Het CvdM heeft hierbij geen invloed op inhoudelijke zaken.

Wat betreft mededingingsrechtelijke aspecten van het omroepbeleid wordt samengewerkt met de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa).

8 Commissariaat voor de Media, 'Commissariaat voor de Media, Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2007', Hilversum: CvdM 2007, < www.cvdM.nl/pages/regelgeving.asp?m=r& >.

Het CvdM heeft tenslotte vooral informeel overleg met het Openbaar Ministerie (hierna: OM), over bijvoorbeeld strafbare feiten inzake bescpellen of zenders die extremistische programma's uitzenden via Nederlandse satelliet-bedrijven. Er is zeker geen structurele invloed van het OM op de handhaving-taak van het CvdM.

4.4.3 Handhaving in Europees verband

Het CvdM participeert in een aantal Europese netwerken welke van groot belang zijn voor de Europese invloed op de handhaving van het mediarecht in Nederland. De Nederlandse handhavingsinstantie werkt samen met Europese collega's in het contactcomité, het *European Platform of Regulatory Authorities* (hierna: EPRA) en de *High Level Group of Regulatory Authorities in the Field of Broadcasting* (zie het schema hiervoor).

Het contactcomité is eerder beschreven in paragraaf 4.3.3. Het feit dat zowel het Ministerie van OCW als het CvdM in het contactcomité participeren – de 'dubbele pet' van politiek en uitvoering – levert volgens het CvdM geen problemen op. De Europese Commissie voert de regie over het contactcomité. De overleggen binnen het contactcomité spelen zich af in een politiek krachtenveld tussen lidstaten. Het overleg in het comité wordt, mede daardoor, door het CvdM ervaren als formeel en daarom als enigszins voorzichtig en terughoudend.

Minder formeel en voorzichtig is het overleg in de EPRA, waar het politieke krachtenveld achterwege blijft omdat het een initiatief is van Europese handhavingsinstanties. Ook participeren in EPRA niet-EU-lidstaten, zoals Oost-Europese landen. Rusland was bij de laatste bijeenkomst voor het eerst als toehoorder aanwezig. Het gaat hier om relatief grote delegaties, die zich niettemin terughoudend opstellen.

EPRA wordt door het CvdM ervaren als een 'professioneel' overlegorgaan voor de toezichthouders en handhavingsinstanties van het mediarecht. EPRA is informeel en onafhankelijk en komt tweemaal per jaar bijeen. In het overleg zijn duidelijke trends te herkennen in problemen en knelpunten in de handhaving, zoals op dit moment de gang van zaken rond bescpellen. Niet alle handhavingsinstanties van alle EU-lidstaten participeren. Opvallend (en typerend voor het eerder beschreven *level playing field* probleem) is dat bijvoorbeeld Luxemburg niet meedoet. De Europese Commissie en de Raad zijn vaste deelnemers aan de bijeenkomsten. De EPRA-overleggen worden door het CvdM als zeer nuttig ervaren voor de vormgeving van de nationale handhaving.

Hoewel de Europese Commissie aanschuift bij EPRA, vond zij het nodig om op eigen gezag de *High Level Group* bijeen te roepen. Participatie in de *High Level Group* is vergelijkbaar met EPRA, aldus het CvdM, wel participeren alleen handhavingsinstanties van EU-lidstaten hierin. De *High Level Group* komt eenmaal per jaar bijeen onder leiding van de Europese Commissaris voor de Informatiemaatschappij en Media.

De deelneming in Europese overlegorganen helpt het CvDM om handhaving van mediarecht in een Europese context te plaatsen waaruit *'best practices'* naar voren kunnen komen. De invloed van het Europese overleg op handhaving door het CvDM is merkbaar. Een concreet voorbeeld hiervan is een strengere kijk van het CvDM op *product placement* in televisie-uitzendingen.⁹ Daarnaast vormen de Europese overleggen inspiratie en voeding voor de nationale handhaving. Binnen Europa kan Nederland zich het meest identificeren met de handhavingsinstanties van het mediarecht in Scandinavië.

Ondanks de hiervoor beschreven Europese samenwerking speelt ook op handhavingniveau het al eerder genoemde *level playing field* probleem. De TZG-richtlijn stelt geen concrete eisen aan de nationale handhavingsinstanties. Hoewel in Nederland de handhaving bij wet duidelijk geregeld en gespecificeerd is, is dit in andere landen in veel mindere mate het geval. Wanneer in een andere lidstaat geen professionele handhavingsinstantie bestaat, leidt dit tot een gebrek in evenwicht in de mate van handhaving, hetgeen oneerlijke concurrentie in de hand werkt. Economische belangen kunnen ten grondslag liggen aan dit gebrek aan evenwicht. Wanneer een strikte handhaving economische belangen en groei in de weg staan, kan dit een reden zijn om minder streng te handhaven. Grote commerciële omroepen lijken op deze manier invloed te kunnen uitoefenen op de mate van handhaving van het mediabeleid.

De situatie in Luxemburg is ook hier illustratief voor het *level playing field* probleem tussen Nederland en Luxemburg. In Luxemburg is het toezicht niet duidelijk geregeld, er is geen professionele toezichthouder en er worden geen effectieve sancties toegepast, aldus het Ministerie van OCW. De weinige sancties die bestaan, zijn van een te zware orde en worden daarom zelden toegepast.

Het CvDM heeft onlangs een onderzoek ingesteld om te controleren of de Luxemburgse toezichthouder op zijn minst voldoet aan de handhaving van de minimumeisen zoals deze gesteld zijn in de TZG-richtlijn. De uitkomsten hiervan zijn op dit moment nog onbekend.

Wellicht is er enige verbetering in de mate van handhaving tussen lidstaten met de komst van de nieuwe richtlijn 'Audiovisuele media'. Zoals al opgemerkt is, kent de nieuwe richtlijn een bepaling (artikel 23ter) waarin is opgenomen dat iedere lidstaat een onafhankelijke toezichthouder op het mediabeleid dient te hebben. Het *level playing field* probleem op het gebied van handhaving wordt hierdoor wellicht (deels) opgelost.

9 Product placement is een vorm van sluikreclame, waarbij producten beschikbaar gesteld worden voor televisieprogramma's zodat de producten zichtbaar en identificeerbaar zijn voor de kijker: zie ook artikel 1, sub d van de TZG-Richtlijn en <http://nl.wikipedia.org/wiki/Sluikreclame>, laatst geraadpleegd op 2 november 2007.

4.4.4 Toezicht op toezicht (tweedelijnstoezicht)

Op nationaal niveau wordt het tweedelijnstoezicht op het CvDM door het Ministerie van OCW vormgegeven. De minister kan besluiten van het CvDM schorsen of vernietigen, maar dit gebeurt zelden en is tot nu toe slechts één à twee keer in de geschiedenis van het CvDM voorgekomen en nog nooit om Europeesrechtelijke redenen. Een keer per jaar dient het CvDM zijn financieel jaarverslag aan de minister te overleggen.

Er bestaat, naast de eerder genoemde netwerken, geen Europees agentschap met handhavende bevoegdheden. De totstandkoming van een Europese toezichthouder op mediabeleid wordt door het CvDM als ondenkbaar geacht. De reden hiervoor is dat er binnen Europa te grote culturele verschillen en te grote verschillen in ethische normen bestaan, die vaak ten grondslag liggen aan nationaal mediabeleid.

De Europese Commissie heeft een rol als algemene toezichthouder op Europees niveau. De Commissie heeft op grond van artikel 226 EG de mogelijkheid om een inbreukprocedure te starten indien een lidstaat ervan verdacht wordt de TZG-richtlijn niet goed te hebben geïmplementeerd of niet goed te handhaven. Een inbreukprocedure wordt als een zwaar middel ervaren door het CvDM. Ook het CvDM is aan controle van de Europese Commissie onderworpen geweest. Hierbij werden harde conclusies getrokken die duiden op hiaten in de handhaving door het CvDM. De Commissie concludeerde dat in geval van overtredingen niet gehandhaafd werd door het CvDM. Het CvDM heeft de door de Commissie geconstateerde overtredingen merendeels feitelijk kunnen weerleggen: in de meeste gevallen was geen sprake van overtredingen.¹⁰ Toch beschouwt het CvDM het in dit geval als onplezierig om ineens lijdend voorwerp van controle te zijn.

De Europese Commissie stimuleert het onafhankelijke toezicht op mediabeleid door lidstaten zelf, hetgeen onder andere blijkt uit artikel 23b nieuwe richtlijn 'Audiovisuele media zonder grenzen'.

4.5 CONCLUSIES

De juridische en beleidsmatige implementatie van de TZG-richtlijn in de Mediawet wordt verricht door het Ministerie van OCW. In de implementatieketen wordt op actieve wijze samengewerkt met de handhavingsinstantie, het CvDM, bij de voorbereiding van beleid en beleidstandpunten ten aanzien van Europese regelgeving. Dit gebeurt door uitvoeringstoetsen van het CvDM. Op Europees niveau vindt samenwerking plaats met andere nationale wetgevers in het contactcomité.

¹⁰ Zie ook *Jaarverslag Commissariaat voor de Media 2004*, Hilversum: CvDM 2004, p. 63 (reclameonderzoek van de Europese Commissie).

Wat betreft de mate van invloed van EU-regelgeving op de materiële normstelling in Nederland blijkt dat reeds bij de inwerkingtreding van de TZG-richtlijn in 1989 aan de minimumharmonisatie-eis werd voldaan. De directe omzetting van richtlijnbevestigingen in de Mediawet leverde zodoende geen problemen op voor de Nederlandse wetgever. Aangezien de richtlijn naast de materiële normstelling geen concrete handhavingbevestigingen kent, ervaart de Nederlandse wetgever een grote mate van implementatievrijheid bij de omzetting van de TZG-richtlijn.

Toch heeft de minimumharmonisatie-eis van de richtlijn in combinatie met het 'land van oorsprong' beginsel op indirecte wijze een belangrijke invloed op de materiële normstelling in de Nederlandse Mediawet. Er is een *level playing field* probleem ontstaan door een gebrek aan evenwicht in de materiële normstelling, hetgeen oneerlijke concurrentie tussen omroepen in verschillende lidstaten in de hand werkt. De Nederlandse wetgever ziet zich in verband met het behoud van, maar ook onder druk van, de (commerciële) omroepen genoodzaakt om de materiële normstelling te versoepelen. Nationale politieke keuzes voor strengere normstelling dan de TZG-richtlijn in Nederland worden zo dus beïnvloed door het karakter van minimumharmonisatie van de richtlijn. Een belangrijk gevolg is dat de Nederlandse wetgever op zoek moet naar een Europees gemiddelde materiële normstelling om een *level playing field* probleem te voorkomen.

Wat betreft de handhaving van het mediarecht in Nederland is de rol van het CvdM van belang. Het CvdM werkt hierbij in de nationale handhavingketen samen met enkele andere toezichthouders, zoals de OPTA, het AT en het NICAM. De handhavingstaken zijn duidelijk nationaal gespecificeerd in de Mediawet en deze taken zijn onveranderd gespecificeerd gebleven na implementatie van de TZG-richtlijn, aangezien de richtlijn geen concrete bevestigingen inzake handhaving kent. De handhavingcapaciteit wordt door het CvdM na de implementatie van de Europese richtlijn als onveranderd voldoende bevonden, zeker na de recente verandering van de nationale boetesystematiek waardoor de hoogte van de boete beter is gaan opwegen tegen de gemaakte overtreding.

Europese samenwerking in verschillende netwerken wordt door het CvdM van groot belang geacht bij de uitvoering van haar handhavingstaken in het verlengde van de TZG-richtlijn. Deze samenwerking vindt plaats in het contactcomité, waarin ook de Nederlandse wetgever is vertegenwoordigd. De overleggen in het contactcomité staan onder leiding van de Europese Commissie en vinden plaats in een politiek krachtenveld tussen lidstaten. Dit maakt het overleg vaak enigszins formeel en voorzichtig.

Daarnaast participeert het CvdM in twee Europese netwerken met alleen vertegenwoordigers van nationale handhavinginstanties. De samenwerking in EPRA wordt door het CvdM als minder formeel en voorzichtig geacht dan overleg in het contactcomité. De EPRA-overleggen worden mede daardoor door het CvdM als zeer nuttig ervaren. Het EPRA functioneert als professioneel overlegorgaan, waarin ook niet-EU-staten deelnemen. Daarnaast participeert

het CvM in de *High Level Group*, welke door de Europese Commissie bij elkaar wordt geroepen. Participatie in de *High Level Group* is vergelijkbaar met EPRA (aldus het CvM) wel participeren alleen handhavingsinstanties van EU-lidstaten.

De deelneming in Europese overlegorganen helpt het CvM om handhaving van mediarecht in een Europese context te plaatsen waaruit *best practices* naar voren kunnen komen. De invloed van het Europese overleg op nationale handhaving door het CvM is dus merkbaar.

Ondanks de samenwerking tussen handhavingsinstanties van verschillende lidstaten bestaat ook op handhavingniveau een Europees *level playing field* probleem. De TZG-richtlijn kent geen concrete handhavingvoorschriften, waardoor in de ene lidstaat zeer specifieke handhavingtaken en sancties kunnen bestaan, terwijl in de andere lidstaat geen geconcretiseerde, effectieve en professionele controle- en sanctioneringsystematiek bestaat.

Dit gebrek aan evenwicht in de mate van handhaving van het mediarecht werkt, evenals het *level playing field* probleem op juridisch implementatieniveau van de materiële normstelling, oneerlijke concurrentie in de hand. De verschillen tussen het CvM en de Luxemburgse 'toezichthouder', die in beduidend mindere mate geprofessionaliseerd is, zijn een voorbeeld daarvan. Recentelijk heeft dit er toe geleid dat het CvM een onderzoek heeft ingesteld om te controleren of de Luxemburgse toezichthouder wel voldoet aan de handhaving van de minimumeisen zoals deze gesteld zijn in de TZG-richtlijn.

Wellicht is er enige verbetering in de Europese balans in de mate van handhaving tussen lidstaten met de komst van de nieuwe richtlijn 'Audio-visuele mediadiensten' waarin een bepaling betreffende onafhankelijke professionele handhavingsinstanties is opgenomen. Dit zou aanleiding kunnen zijn tot toekomstig aanvullend onderzoek naar de implementatie en handhaving van geïmplementeerde EU-regelgeving op het gebied van mediabeleid.

5 | Terrorismebestrijding

5.1 INLEIDING

De casestudy ‘Terrorismebestrijding’ wordt in het kader van dit onderzoek, voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving, gerekend tot de eerste en daarmee laagste categorie.¹

De bestrijding van terrorisme is een aangelegenheid die de agenda’s van velen beheerst, zeker sinds 11-M en 11-S. Het daarop gerichte beleid kwam tot stand op mondiaal (VN), Europees, bilateraal (bijvoorbeeld de contacten tussen de VS en de EU) en nationaal niveau. Dat vergde soms de nodige afstemming tussen die niveaus.² In de casestudy is de volgende vraag tot uitgangspunt genomen: welke invloed gaat vanwege de EU uit op de nationale rechtshandhaving op het terrein van de terrorismebestrijding in Nederland en hoe wordt deze invloed in Nederland in juridische en feitelijke zin geïmplementeerd?

De materie betreft een veelheid van maatregelen. Dit noopte tot beperkingen. In deze casestudy is één pakket van die maatregelen, namelijk de harmonisatie van de strafbepalingen in het recht van de EU-lidstaten, tot uitgangspunt genomen. Die maatregelen zijn in hoofdzaak neergelegd in het Kaderbesluit 2002/475/JBZ van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding (hierna: KBTB).³ Deze maatregelen vergen een in potentie ingrijpende wijziging van het materiële strafrecht. Ze zijn naar hun aard geschikt voor een vergelijking met de uitkomsten van de andere casestudies in dit onderzoek, omdat net als op die terreinen, maar nu in het kader van de derde pijler, de lidstaten worden

1 Voor deze casestudy is mede gebruik gemaakt van het leeronderzoek over het KBTB van H. Storijs, student van de Utrechtse masteropleiding rechtswetenschappelijk onderzoek (RWO).

2 Denk bijvoorbeeld aan de hiaten in rechtsbescherming die eenvoudig kunnen ontstaan als het gaat om de plaatsing van personen op de VN- en EU-terrorisielijsten. Deze mogen voor een groot deel het gevolg worden genoemd van het feit dat de maatregelen via een interactie tussen meerdere niveaus tot stand kwamen; daarover onder meer I. Tappeiner, ‘Multilevel fight against terrorism. The lists and the gaps’, in: A. van Hoek e.a. (red.), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006 en M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU), Den Haag: BJu 2007.

3 Kaderbesluit 2002/475/JBZ inzake terrorismebestrijding (*PbEU* 2002, L 164/3). Vermelding verdient daarnaast het Kaderbesluit 2005/222/JBZ over aanvallen op informatiesystemen (*PbEU* 2005, L 69/67).

gedwongen tot onderlinge aanpassing van materiële normen (strafbepalingen in dit geval).

De verdere opbouw van deze casestudy is als volgt. In paragraaf 5.2 wordt het EU-beleid op het vlak van het counterterrorismisme geschetst. In deze paragraaf zal, alvorens nader in te gaan op het KBTB, worden aangestipt uit welke onderdelen dit beleid nog meer bestaat én welke aspecten er *niet* aan de orde komen. In de volgende paragrafen verschuift de aandacht van het Europese niveau naar de Nederlandse rol daarin. Dan komen de onderhandelingen over het kaderbesluit (paragraaf 5.3) en de implementatie ervan (paragraaf 5.4) vanuit Nederlands perspectief aan de orde. Het kaderbesluit is in Nederland geïmplementeerd in de Wet terroristische misdrijven (paragraaf 5.4.2). Daaraan voorafgaand worden enige opmerkingen gemaakt over de plaats van deze wetgeving in de context van het Nederlandse anti-terrorismebeleid (paragraaf 5.4.1). De Europese invloed op de feitelijke uitvoering van het KBTB is aan de orde in paragraaf 5.5. In paragraaf 5.6 komt aan de orde hoe de implementatiearbeid en de wetsuitvoering worden gemonitord. Deze casestudy sluit af met een evaluatie van het geheel (paragraaf 5.7).

5.2 DE PIJLEROVERSTIJGENDE COUNTER-TERRORISM STRATEGY VAN DE EU

5.2.1 Inleiding

De bestrijding van het terrorisme is één van de weinige onderwerpen dat alle drie de pijlers van de EU raakt.⁴ Uit de Unie-brede anti-terrorismestrategie is op te maken waarop dat beleid zich richt.⁵ Deze nota is afkomstig van de Anti-Terrorisme Coördinator van de EU. Het beleid is gericht op vier hoofddoelstellingen, namelijk het voorkomen van, het beschermen tegen, het achtervolgen van en het reageren op terrorisme, c.q. terroristische aanslagen (*prevent, protect, pursue, respond*). Daarbij wordt benadrukt dat een evenwicht moet worden gevonden tussen de (mondiale) bestrijding van terrorisme en de (mondiale) bescherming van mensenrechten, die essentieel zijn in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid (artikel 2 EU). Dit betekent dat de EU bij de invulling van het terrorismebeleid gebonden is aan internationale normen met betrekking tot *counterterrorism* (*international criminal law*), mensenrechtenbescherming (*international human rights law*) en humanitair recht (*international humanitarian law*).

Bij het *voorkomen* van terrorisme moet worden gedacht aan maatregelen die bijvoorbeeld de radicalisering van jongeren en de recrutering van terroristen

4 Dat levert overigens soms problemen op, omdat de Europese pijlerstructuur de afstemming belemmert. Niet altijd heeft er pijlervoerend overleg plaats.

5 Doc.nr. 14469/4/05 REV 4: The European Union Counter-Terrorism Strategy.

tegen moeten gaan. De tweede doelstelling – de *bescherming* – betreft maatregelen om grenzen, transportsector en strategische objecten te beschermen. De derde doelstelling, de *achtervolging* van terroristen, is voor dit onderzoek het meest relevant. Hiertoe behoren de maatregelen op preventief en repressief vlak ter opsporing en vervolging van terroristen. Deze maatregelen worden gepubliceerd in een apart Actieplan, waarvan de eerste versies overigens tot stand kwamen vóór de EU-strategie.⁶ Daaruit blijkt dat ze een breed scala dekken, van de bescherming van het bancaire systeem tot een intensivering van de informatie-uitwisselingsdiensten tussen de *law enforcement community* en de *intelligence community*. Maatregelen tegen de financiering van terrorisme zijn uitgewerkt in een aparte *EU Strategy for Counter-Terrorism Financing* (hierna: CTF),⁷ welke eveneens voortdurend wordt geactualiseerd. Deze strategie wordt op haar beurt voorafgegaan door, c.q. uitgewerkt in andere documenten van de Europese Commissie.⁸ Deels behelzen deze de uitvoering van de FATF (hierna: *Financial Action Task Force*) en VN-overeenkomsten en -resoluties, deels ook zijn ze eigen EU-beleid.

Hiertoe behoren onder meer de plaatsing op lijsten van personen en terroristische organisaties en de bevrozing van tegoeden bij financiële instellingen. De vierde doelstelling van het overkoepelende EU-beleid, het *reageren*, betreft in hoofdzaak de maatregelen bij de nazorg in het geval van een aanslag.

Het EU-beleid staat niet op zichzelf. Het valt op dat de materie een forse mate van overlap kent met andere programma's die niet primair op de bestrijding van terrorisme zijn gericht, maar wel daarmee te maken hebben. Herhaaldelijk verwijzen voornoemde documenten bijvoorbeeld naar de relevante beleidsstukken op het vlak van de bestrijding van criminaliteit en de ontwikkeling van een Europese rechtsruimte. Voor deze onderwerpen is aandacht gevraagd in het Tampere-programma van eind 1999⁹ en zijn opvolger, het Haagse programma.¹⁰

6 Zie: < www.consilium.europa.eu >.

7 Doc.nr. 14180/3/04 van 26 november 2004.

8 Zie bijvoorbeeld COM(2004)700 en COM(2004)221, die beide sterk insteken op de verbetering van de informatie-uitwisseling over financiële transacties.

9 De conclusies van het voorzitterschap zijn te raadplegen via: < www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en9.htm >.

10 The Hague programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, (PbEU 2005, C 53/1). Hierover onder meer: J.A.E. Vervaele, 'De Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsbeleid. Een cessio bonorum van de derde aan de eerste pijler?', *DD* 2006-44, p. 637-668; E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006; A.H. Klip, *Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht*, Preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2006; M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie: over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU verband*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Tot welke concrete maatregelen heeft het voorgaande geleid? Vatten we het antiterrorismebeleid, gericht op de 'achtervolging van terroristen' samen, dan lijkt dit te bestaan uit een drieluik: *blacklisting* en *smartsanctions*, verbetering van samenwerking en informatieuitwisseling en harmonisatie van het materiële strafrecht.

5.2.2 *Blacklisting* en *smart sanctions*

De eerste pijler is die van de *blacklisting* en de *smart sanctions*. *Blacklisting* houdt kort gezegd in dat personen of organisaties op lijsten worden geplaatst, omdat ze worden verdacht van betrokkenheid bij terroristische activiteiten. Die lijsten komen tot stand op VN-niveau, maar er zijn ook EU-lijsten. De plaatsing gebeurt door bestuurlijke sanctiecomités op VN, EG-EU of nationaal niveau. Hiervoor is geen strafrechtelijke veroordeling of verdenking noodzakelijk. De plaatsing gebeurt in de regel op basis van *intelligence* informatie. Aan de plaatsing op deze lijsten zijn verschillende rechtsgevolgen verbonden. In sommige gevallen heeft ze voor de betrokkenen 'slechts' de rol van voorteken. Plaatsing betekent bijvoorbeeld dat men zich in de verscherpte aandacht van de autoriteiten en een vernauwde samenwerking tussen hen mag 'verheugen'. Soms zijn aan die plaatsing echter ook direct rechtsgevolgen verbonden, doordat bijvoorbeeld financiële tegoeden worden bevroren, financiële diensten aan de personen op de lijst worden geweigerd of een reisverbod wordt opgelegd. Deze *smart sanctions*, die zich in de periferie van het strafrecht begeven,¹¹ treffen de personen direct in hun burgerrechten. Het blijkt in de praktijk buitengewoon moeilijk om van de lijsten af te komen, mede door een gebrekkige rechtsbescherming. De eerste zaken voor het Hof van Justitie van de EG (Gerecht van Eerste Aanleg) stemmen wat dat betreft niet direct hoopvol.¹²

5.2.3 Verbetering samenwerking en informatie-uitwisseling

De tweede doelstelling van het beleid betreft de versterking van de informatie-huishouding door een verbetering van de samenwerking op meerdere niveaus. De voorstellen die erin worden gedaan zijn, gelet op politieke gevoeligheden, niet altijd even hard. Men studeert bijvoorbeeld momenteel 'slechts' op de haalbaarheid van een '*European law enforcement network (LEN) for the fight against terrorism*'. Ook de voorstellen waarin wordt onderzocht bij welke autoriteiten op *interstatelijk* niveau de samenwerking kan worden opgeschroefd om beschik-

¹¹ Borgers 2007.

¹² Voor de VN-lijsten bijvoorbeeld GvEA EG 21 september 2005, gev. zaken T-315/01 en T-306/01, Kadi en Jusuf Al Bakaraat, *Jur.* 2005, p. 3649 en voor de EU-lijsten GvEA EG 12 december 2006, zaak T-228/02, Mujahedin-e Khalq Organisation, *Jur.* n.n.g.

bare informatie en expertise bij de bestrijding van het terrorisme te delen, verkeren nog in een pril stadium.¹³ Hetzelfde geldt voor de mogelijkheden tot publiek-private samenwerking in het bijzonder in het kader van de bestrijding van misbruik van non-profitorganisaties.¹⁴

Andere voorstellen zijn aanmerkelijk concreter. Tot deze tak horen de initiatieven die zijn gericht op een verbetering van de transnationale samenwerking bij de rechtshandhaving. Een voorbeeld hiervan mag het Kaderbesluit (2006/960/JBZ) inzake het vereenvoudigen van de uitwisseling van informatie en *intelligence* tussen de rechtshandhavingautoriteiten van eind 2006 worden genoemd.¹⁵ Op het vlak van de operationele samenwerking raakt het anti-terrorisme programma duidelijk de derde pijler-agenda die is gericht op een totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Hier is momenteel zeer veel in beweging. Sinds het Tampere-programma wil men de justitiële samenwerking baseren op het beginsel van *wederzijdse erkenning*.¹⁶ Het Europees Aanhoudingbevel/EAB,¹⁷ dat vlak na 11-S versneld tot stand kwam, is het eerste Kaderbesluit (hierna: KB) dat op dit beginsel is gebaseerd. Andere delen van de strafrechtelijke samenwerking instrumenten zijn inmiddels gevolgd of zullen nog volgen.¹⁸

Het Haagse programma van 2004 bouwt voort op de conclusies van Tampere. Het zet in op een verdere versterking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie. De bestrijding van terrorisme is tot één van de tien speerpunten van beleid gemaakt. Vernieuwend mag de introductie van het beginsel van uitwisseling van informatie op basis van *beschikbaarheid*

13 COM(2004)700. Interessant is dat in dit document, op pagina 4, wordt gewezen op de rol die het Nederlandse financieel expertisecentrum (FEC) ter zake inneemt; over het FEC en de problemen die daarin speelden. M.J.J.P Luchtman, J.A.E. Vervaele & O.J.D.M.L. Jansen, *Informatie-uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum*, Utrecht: Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie 2002.

14 Mededeling 'Voorkoming en bestrijding van terrorismefinanciering door middel van meer nationale coördinatie en meer transparantie van de non-profitsector' (COM(2005)620).

15 Kaderbesluit 2006/960/JBZ van de Raad van 18 december 2006 betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandhavingautoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie (*PbEU* 2006, L 386/89).

16 Vgl. de mededeling van de Commissie 'Wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen in strafzaken' van 26 juli 2000 (COM(2000)495); zie ook de 'Mededeling over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en de versterking van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten' (COM(2005)195).

17 Kaderbesluit nr. 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (*PbEU* 2002, L 190/1).

18 Bijvoorbeeld het Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (*PbEU* 2005, L 076/16) en het Kaderbesluit nr. 2005/212/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de confiscatie van opbrengsten van misdrijven, alsmede van de daarbij gebruikte hulpmiddelen en de door middel daarvan verkregen voorwerpen (*PbEU* 2005, L 068/49).

heten.¹⁹ Dit houdt in dat gegevens aan buitenlandse autoriteiten moeten worden verstrekt alsof het ging om de verstrekking van gegevens aan binnenlandse collega's. Bijzonder is dat men daarbij werkt met een index-systeem, waardoor snel is na te gaan waar zich welke informatie bevindt. Zeker sinds het Haagse programma lijkt er bij de informatie-uitwisseling een toegenomen aandacht te zijn voor de rol van *intelligence* in de rechtshandhaving. Ook voor samenwerking met Europese instituties als Europol en Eurojust wordt in het kader van de terrorismebestrijding expliciet aandacht gevraagd. Toch blijft de samenwerking met deze instanties, zo geven ook de respondenten aan, problematisch. Nationale autoriteiten geven doorgaans de voorkeur aan bilaterale contacten. Europol beschikt ook nog niet over operationele bevoegdheden.

De implementatie van alle maatregelen gaat sommigen niet snel genoeg. Inmiddels zijn delen van dit Actieplan buiten de officiële fora van de EU om verder ontwikkeld. Het Verdrag van Prüm (hierna: Schengen III)²⁰ is daarvan een voorbeeld.

5.2.4 Harmonisatie van het materiële strafrecht

De derde doelstelling van de achtervolgingsstrategie betreft ten slotte de invoering van het Kaderbesluit terrorisme, gericht op de invoering van (ten dele) geharmoniseerde strafbepalingen en minimumsancities in alle EU-lidstaten. Dit kaderbesluit dwingt de lidstaten tot (minimum)harmonisatie van hun strafrecht. In de volgende paragraaf zal worden onderzocht welke voorschriften het bevat en welke de positie van Nederland bij de totstandkoming ervan was.

Voordat we daaraan toekomen is het goed ook te wijzen op die aspecten die *niet* in het EU-beleid zijn opgenomen. Eén van die punten, die voor het voorwerp van dit onderzoek van bijzonder belang is, betreft de harmonisatie van het strafprocesrecht en dus ook de opsporing van terroristische misdrijven. Gezien bijvoorbeeld de toegenomen aandacht voor het gebruik van *intelligence* in het strafproces en de toegenomen samenwerking tussen autoriteiten van verschillend pluimage was dit een voor de hand liggend, maar toegegeven: ook controversieel en politiek weinig dankbaar, beleidsonderwerp voor de

19 COM(2005)490, waarover: G. Vermeulen e.a., *Availability of law enforcement information in the European Union: between mutual recognition and equivalent right of access*, Antwerpen/Apeldoorn: Garant 2005.

20 Verdrag tussen het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Republiek Frankrijk, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Oostenrijk inzake de intensivering van de grensoverschrijdende samenwerking, in het bijzonder ter bestrijding van het terrorisme, de grensoverschrijdende criminaliteit en de illegale migratie, Prüm 27 mei 2005, *Trb.* 2005, 197. Inmiddels is een politiek akkoord bereikt over intensivering van de grensoverschrijdende samenwerking.

EU geweest. Men had kunnen denken aan een harmonisatie van onderzoeksbevoegdheden, maar ook aan het stellen van minimumnormen aan het gebruik van *intelligence* in strafzaken, zeker in transnationale constellaties. Alleen op onderdelen, zoals de Richtlijn inzake dataretentie (dus in het kader van de eerste pijler),²¹ worden hier successen behaald. Verder beperkt het beleid van de EU zich tot een voorstelkaderbesluit procedurele rechten²² voor de verdachte en enige Groenboeken, onder meer over *ne bis in idem*.²³ Het voorstel voor een KB over procedurele rechten, de logische tegenhanger van instrumentele harmonisatie van onderdelen van strafprocesrecht zit momenteel in een politieke impasse, omdat een minderheid van de lidstaten niet bereid is om in te stemmen met een gemeenschappelijk, transnationaal kader voor minimumnormen die equivalent zijn aan die van het EVRM of die overstijgen.

5.3 (DE TOTSTANDKOMING VAN) HET KADERBESLUIT TERRORISMEBESTRIJDING²⁴

In het kader van dit onderzoek ligt het accent op het Kaderbesluit (2002/475/JBZ) betreffende terrorismebestrijding van 13 juni 2002. Het kaderbesluit kwam kort na 11-S via een verkorte procedure tot stand. In december 2001 werd er een politiek akkoord over bereikt. De delegaties moesten dus snel handelen als gevolg van de grote politieke druk pal na de aanslagen. Het voorstel werd dan ook via een *fast track procedure* direct neergelegd bij de Artikel 36 Werkgroep; CATS.²⁵ Het ambtelijke overleg werd overgeslagen. De praktijk (politie, OM, advocatuur) is niet of nauwelijks geconsulteerd in deze fase. Wel is de Nederlandse regering erin geslaagd het parlement, dat immers na de aanname van kaderbesluiten weinig meer aan het resultaat kan doen, in die

21 Richtlijn 2006/24/EG betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG (*PbEG* 2002 L 105/54).

22 Voorstel van de Commissie van 28 april 2004 (COM(2004)328 def.), waarover onder meer C.H. Brants, 'Procedural safeguards in the European Union: Too little, too late?', in: J.A.E. Vervaele (red.), *European Evidence Warrant*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 103-119; A.E.M. Röttgering, 'Het ontwerp-Kaderbesluit inzake procedurele rechten in strafprocedures', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van Kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 159-173.

23 COM(2005)96.

24 Zie voor een mooi overzicht verder J.F.L. Roording, 'Retour Den Haag-Brussel', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van Kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, 39-51.

25 Het Comité van artikel 36 van het EU-Verdrag, ook wel CATS genoemd, is een werkgroep van de Raad. Het is een comité van hoge ambtenaren, dat de werkzaamheden van de bevoegde werkgroepen op het gebied van de politieke en justitiële samenwerking (derde pijler) moet coördineren. Een andere taak betreft de voorbereiding van de Coreper-vergaderingen op dit gebied.

fase te betrekken. Vóór het bereiken van het politieke akkoord op EU-niveau op 6 december 2001 stemde de Eerste Kamer al in, en wel op 4 december 2001.

Het gros van de normen in het kaderbesluit richt zich op het materiële strafrecht en omvat zowel het bijzonder deel (strafbepalingen), als onderwerpen van het algemeen deel (rechtsmacht, poging, deelneming, e.d.). Met betrekking tot de opsporing en vervolging worden geen normen gesteld. Het Commissievoorstel rechtvaardigt deze in potentie ingrijpende inbreuk op het nationale strafrecht als volgt:

‘Terrorisme is een van de meest ernstige bedreigingen voor de democratie, de vrije uitoefening van mensenrechten en de economische en sociale ontwikkeling. Terrorisme is nooit te rechtvaardigen, ongeacht het doel en de plaats waar het strafbare feit wordt voorbereid of gepleegd. Dit is nooit duidelijker aan de dag getreden dan in de verschrikkelijke dagen die volgden op de ongehoorde, tragische en moorddadige terroristische aanvallen tegen het volk van de Verenigde Staten van Amerika op 11 september 2001. Deze lafhartige aanvallen maken de noodzaak van een doeltreffende reactie op het terrorisme op het niveau van de Europese Unie overduidelijk. De Europese Unie heeft zich in het Verdrag betreffende de Europese Unie ten doel gesteld de burgers een hoog niveau van zekerheid te verschaffen in het kader van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Het onderhavige voorstel is, in combinatie met het voorstel om uitlevering binnen de Europese Unie te vervangen door een Europees arrestatiebevel, een essentieel element van de bijdrage van de Commissie tot de verwezenlijking van dit doel in de context van de bestrijding van het terrorisme. Het is van vitaal belang dat de lidstaten van de Europese Unie kunnen beschikken over een doeltreffende strafwetgeving om terrorisme aan te pakken en dat er maatregelen worden genomen om de internationale samenwerking bij de terrorismebestrijding te verbeteren. [...] Het feit dat het karakter van de strafbare feiten van terroristische aard ingrijpend is veranderd maakt duidelijk hoe ontoereikend de traditionele vormen van justitiële en politieke samenwerking zijn als het gaat om de bestrijding ervan. Steeds meer komt terrorisme voort uit de activiteiten van netwerken die op internationaal niveau opereren, in meerdere landen aanwezig zijn en gebruik maken van de mazen in de wetgeving, die het gevolg zijn van de geografische beperkingen van strafvervolgging en het kan soms rekenen op omvangrijke logistieke en financiële steun. Aangezien er geen grenzen zijn binnen de Europese Unie en er vrij verkeer van personen bestaat, moeten er nieuwe maatregelen worden genomen in de strijd tegen het terrorisme. Terroristen zouden kunnen profiteren van verschillen in wettelijke behandeling in de verschillende lidstaten. Het is vandaag belangrijker dan ooit om stappen te nemen om het terrorisme te bestrijden door wetgevingsvoorstellen op te stellen gericht op het bestraffen van dergelijke handelingen en het versterken van de samenwerking op politiek en justitieel gebied. Doel van deze mededeling is het versterken van de strafrechtelijke maatregelen om terrorisme te bestrijden. Met het oog daarop wordt een voorstel voor een kaderbesluit ingediend. Dit beoogt de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten ten aanzien van

strafbare feiten van terroristische aard in overeenstemming met artikel 34, lid 2, onder b), van het Verdrag betreffende de Europese Unie.²⁶

De Commissie zoekt de grondslag voor Uniewijd optreden dus enerzijds in het veranderde, grensoverschrijdende karakter van het terrorisme en anderzijds in de onwenselijkheid dat, in de Europese Unie, de lidstaten terrorisme op verschillende wijzen aanpakken. Opmerkelijk is dat men in de Considerans van het uiteindelijke kaderbesluit dergelijke overwegingen niet terugvindt; daarin wordt niet aangegeven *waarom* de strafwetten van de lidstaten moeten worden aangepast.

Waar toe leidde dit alles? Belangrijk zijn vooral artikel 1, 2 en 5 waarin de term 'terroristisch misdrijf' (artikel 1), 'terroristische groep' (artikel 2) en de maximumsancties die daarop minimaal moeten worden gesteld worden omschreven. Het KB definieert het begrip terroristisch misdrijf als:

'de onder a) tot en met i) bedoelde opzettelijke gedragingen, die door hun aard of context een land of een internationale organisatie ernstig kunnen schaden en die overeenkomstig het nationale recht als strafbare feiten zijn gekwalificeerd, worden aangemerkt als terroristische misdrijven, indien de dader deze feiten pleegt met het oogmerk om:

- een bevolking ernstig vrees aan te jagen, of
- de overheid of een internationale organisatie op onrechtmatige wijze te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling, dan wel
- de politieke, constitutionele, economische of sociale basisstructuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen:
 - a) aanslag op het leven van een persoon, die de dood ten gevolge kan hebben;
 - b) ernstige schending van de lichamelijke integriteit van een persoon;
 - c) ontvoering of gijzeling;
 - d) het veroorzaken van grootschalige vernieling van staats of regeringsvoorzieningen, vervoerssystemen of infrastructurele voorzieningen, met inbegrip van informaticasystemen, een vast platform op het continentale plat, openbare plaatsen of niet voor het publiek toegankelijke terreinen, waardoor mensenlevens in gevaar kunnen worden gebracht of grote economische schade kan worden aangericht;
 - e) het kapen van een luchtvaartuig, vaartuig of ander transportmiddel voor het vervoer van groepen van personen of goederen;
 - f) het vervaardigen, bezit, verwerven, vervoer, leveren of het gebruik van vuurwapens, springstoffen, kernwapens, biologische en chemische wapens, alsmede het verrichten van onderzoek en het ontwikkelen van biologische en chemische wapens;
 - g) het laten ontsnappen van gevaarlijke stoffen of het veroorzaken van brand, overstroming of ontploffing, waardoor mensenlevens in gevaar worden gebracht;

26 COM(2001)521, p. 2-3.

- h) het verstoren of onderbreken van de toevoer van water, elektriciteit of een andere essentiële natuurlijke hulpbron, waardoor mensenlevens in gevaar worden gebracht;
- i) het bedreigen met een van de onder a) tot en met h) bedoelde gedragingen.'

Het tweede lid brengt de beperking aan dat het kaderbesluit

'niet tot gevolg [kan] hebben dat de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en van de fundamentele rechtsbeginselen, zoals die zijn neergelegd in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, wordt aangetast.'

Diverse andere feiten, waaronder de deelname aan een terroristische groep, worden strafbaar gesteld in artikel 2, 3 en 4. In artikel 5 worden voorschriften gegeven over de minimale sancties die op de strafbare feiten moeten worden gesteld.

In hoeverre strookte dit uiteindelijke resultaat met de Nederlandse inzet in de onderhandelingen? Hoewel enerzijds de noodzaak van minimumharmonisatie werd onderschreven,²⁷ lijkt de Nederlandse strategie anderzijds ook gericht te zijn geweest op het behoud van voldoende nationale vrijheid. Men lijkt daarin vrij aardig geslaagd. Vóór 11 september was er tussen de lidstaten van de Europese Unie duidelijk een tweespalt tussen landen met een forse traditie van een speciaal strafrechtelijk regime voor terroristische misdrijven – wat in een aantal landen het predicaat 'uitzonderingsstrafrecht' verdiende en verdient – en landen die geen specifieke terroristische misdrijven in hun strafrecht kenden (een kleine meerderheid, waaronder Nederland). Er was ook een tweespalt betreffende het strafbaar stellen van verenigingen met criminele doelen en activiteiten. Aan de ene kant waren en zijn er de landen met de Napoleontische traditie van de *bande criminelle* of *bande des malfaiteurs* (onze Nederlandse criminele vereniging; artikel 140 Sr) en aan de andere kant de landen met de traditie van *conspiracy to*. Nederland heeft zich hier handig in het onderhandelingsproces gemanoeuvreerd en wist snel het voorstel om te buigen door het invoeren van het VN-criterium van het terroristisch oogmerk. Op die manier moest er geen catalogoog worden uitgewerkt van terroristische misdrijven als dusdanig, maar volstond het om bestaande basisdelicten (*predicate offences*) van het oogmerk te voorzien.

Ook heeft Nederland tijdig de *human rights clause* in de tekst weten te introduceren (artikel 1 lid 2 KB). Deze clause is van belang voor het inperken van de scherpe kantjes van de strafbaarstellingen (waar ze in conflict kunnen komen met vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging, etc.). De clause kan dus zowel worden gebruikt door de implementatiewetgever, de nationale rechter als de Europese rechter.

27 Kamerstukken II 2001/02, 22 112, nr. 211, p. 8-9.

Ten derde heeft Nederland uiteindelijk weinig last gehad van de harmonisatie van de strafsancities in artikel 5 KB. Het kaderbesluit heeft het taboe op het harmoniseren van minimum strafsancities in het strafrecht niet doorbroken. Zoals bekend, is harmonisatie van minimum strafsancities voor Nederland een schending van een basisbeginsel van het nationale strafrecht. Intussen heeft ook Frankrijk in zijn recente wetboek van strafrecht minimum strafsancities afgeschaft. Wat betreft de maximum strafsancities blijft het KBTB bij de inmiddels klassieke aanpak; de harmonisatie blijft beperkt tot het leggen van een minimale bodem voor de maximum strafsantie. Dit betekent dat de door de wet voorziene maximum sanctie niet lager mag zijn dan het door de EU voorgeschreven minimale maximum sanctie.

Kortom, we zouden dus kunnen stellen dat de invloed van het KBTB beperkt was, deels door de input in de onderhandelingen, deels door het bestaande arsenaal aan strafrecht in Nederland. Om te kunnen beoordelen of die stelling juist is, is het allereerst nodig om in te gaan op het Nederlandse anti-terrorismebeleid. Dat openbaarde zich in een nota van (toenmalig) minister van Justitie Donner, die nu aan de orde komt.

5.4 JURIDISCHE EN BELEIDSMATIGE IMPLEMENTATIE IN NEDERLAND

5.4.1 Het Nederlandse anti-terrorismebeleid

Nederland hanteert in de strijd tegen terrorisme een brede beleidsbenadering. Ze kent een zekere overlap met andere terreinen, bijvoorbeeld de bewaking van de nationale veiligheid in het algemeen, die is verwoord in de nota Strategie nationale veiligheid. Specifiek op het vlak van het terrorisme is er de nota Bestrijding internationaal terrorisme/Terrorisme en de beveiliging van de samenleving (hierna: de Nota),²⁸ die een overkoepelend beeld schetst van de maatregelen die er in Nederland zijn en moeten worden genomen. De vorderingen die er in Nederland worden gemaakt, worden bijgehouden via voortgangsrapportages waarover het parlement wordt bericht.²⁹

De Nota schetst een beleid dat is gericht op het realiseren van een drietal, overlappende doeleinden, namelijk a) het voorkomen van aanslagen, b) het prepareren van de samenleving op de mogelijkheid van een aanslag en c) het treffen van bewakings- en beveiligingsdoeleinden. Daartoe worden langs een drietal lijnen maatregelen ontwikkeld. De eerste lijn richt zich op het opbouwen van de informatiepositie van de Nederlandse overheid en op de samenwerking tussen de betrokken overheidsdiensten, de tweede lijn omvat het treffen van bewakings- en beveiligingsmaatregelen en de derde lijn is gericht op het

28 *Kamerstukken II* 2002/03, 27 925, nr. 94. Opvallend is overigens dat de nota deel uitmaakt van de Kamerstukken over de bestrijding van *internationaal* terrorisme.

29 Zie onlangs nog de zesde voortgangsrapportage, *Kamerstukken II* 2006/07, 29 754, nr. 100.

aanpakken van de voedingsbodem voor terrorisme. Concreet richten de plannen zich onder meer op het voorkomen van radicalisering en de rekrutering van terroristen,³⁰ waar Nederland volgens sommige respondenten een voorttrekkersrol vervult, op het bestuurs- en strafrechtelijke optreden, op de rol van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, op het gebruik van informatie die die diensten vergaren in bijvoorbeeld strafrechtelijke procedures, op het maken van dreigingsanalyses, waarvoor vooral de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding (hierna: NCTb) verantwoordelijk is en ook op het versterken van de internationale samenwerking.

Uit het voorgaande wordt een zekere gelijkenis met de doelstellingen van het EU-beleid zichtbaar (*prevent, protect, pursue*). Dat laat zich goed verklaren. Enerzijds wordt het Nederlandse beleid voortdurend door de EU geëvalueerd. De aanbevelingen die daaruit voortvloeiden resulteerden onder meer in de oprichting van de NCTb in januari 2005.³¹ Anderzijds heeft Nederland, in het bijzonder ook tijdens het EU-voorzitterschap in 2004, de mogelijkheid gezien om zijn stempel op het EU-beleid te drukken.

Echter, uit het voorgaande blijkt ook dat het Nederlandse beleid op onderdelen ruimer is dan het Europese. Verdergaande maatregelen raken in het bijzonder het strafrecht, het strafprocesrecht en de aanpalende rechtsgebieden als het bestuursrecht.³² De tot stand gekomen Nederlandse wetten hebben betrekking op de doorstroom van *intelligence* naar het strafproces (Wet afgeschermd getuigen),³³ op de invoering van nieuwe strafbaarstellingen (Wet terroristische misdrijven)³⁴ en op de verruiming van strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden bij de bestrijding van terrorisme.³⁵ Dit laatste behelst onder meer een verruiming van de mogelijkheden om in een verkennend onderzoek informatie te verzamelen, een verruiming van de mogelijkheden om personen te fouilleren buiten concrete verdenking van een strafbaar feit en een verruiming van de toepassingsmogelijkheden van bijzondere opsporingsbevoegdheden, zoals stelselmatige observatie en de telefoontap.³⁶

30 Hierover bijvoorbeeld de Nota radicalisme en radicalisering, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 754, nr. 26, en de Nota aanpak van radicalisme en radicalisering, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 754, nr. 30.

31 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2004/05, 29 754, nr. 5, p. 6.

32 Het laatste bijvoorbeeld via het wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566, nrs. 1-2, waarover Borgers 2007 en L.J.J. Rogier, *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*, Preadvies VAR, VAR-reeks 138, Den Haag: BJu 2007.

33 *Stb.* 2006, 460.

34 *Stb.* 2004, 290.

35 Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven (*Stb.* 2006, 580).

36 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 1. Over deze ontwikkelingen uitvoerig J.A.E. Vervaele, 'Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: emergency criminal law?', *Utrecht Law Review* 2005, p. 4 e.v.

Deze onderwerpen kwamen in Europees verband (nog) niet aan de orde. Ze zijn dus niet zozeer Europees bepaald, maar passen wel weer uitstekend in de in Nederland steeds meer gehoorde opvatting dat ook het strafrecht bij de (preventieve) bestrijding van het terrorisme moet worden ingezet.³⁷ Zo ligt volgens toenmalig minister van Justitie:

‘De belangrijkste functie van het strafrecht bij terroristische misdrijven [...] in het voorkomen van terroristische aanslagen. Zodra een terroristische aanslag gepleegd is, is het te laat.’³⁸

Tegen deze achtergrond moet ook de implementatiewet van het KBTB worden geplaatst, die op onderdelen verder gaat dan het KBTB zelf eist.

5.4.2 De implementatie van het KBTB

Als gezien, was de Nederlandse regering tevreden met het bereikte resultaat inzake het dossier KBTB (*supra* paragraaf 5.3). Ze spreekt een positief oordeel uit over de subsidiariteit en de proportionaliteit van dit voorstel. Ze merkt op dat het kaderbesluit voldoende ruimte laat tot een nationale invulling ervan.³⁹ Daar blijft het echter niet bij. Op een aantal onderdelen gaat de Nederlandse wet verder dan waartoe het KB verplicht.⁴⁰ De Wet terroristische misdrijven is uiteindelijk op 10 augustus 2004 in werking getreden.⁴¹ In het daartoe leidende wetsvoorstel wordt in artikel 83 Sr een definitie van het begrip terroristisch misdrijf gegeven. Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt in drie categorieën.⁴² De eerste categorie omvat de feiten die als ze met een terroristisch oogmerk (artikel 83a Sr), worden begaan een terroristisch misdrijf worden. Deze feiten kenden stuk voor stuk al de maximale strafbedreiging van levenslange gevangenisstraf, zodat de bestempeling tot terroristisch misdrijf juridisch niet al te veel gevolgen lijkt te hebben. Opvallend is dat de daar genoemde strafbare feiten niet één op één gelijklopen met de feiten die in het KBTB zijn genoemd.⁴³ Voor wat betreft de tweede categorie misdrijven zijn er wel rechtsgevolgen. Deze categorie delicten wordt, conform het KB, met een hogere maximumstraf bedreigd op het moment dat ze worden gepleegd met een terroristisch oogmerk. Aan het einde van een aantal titels in het

37 Borgers 2007, p. 32.

38 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 6, waarover Borgers 2007, p. 46.

39 *Kamerstukken II* 2001/02, 22 112, nr. 211, p. 15.

40 Daarover ook al J.B.H.M. Simmelink, ‘Implementatie van Kaderbesluiten in een dynamisch rechtsgebied’, in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van Kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 105-127, p. 111 en Borgers 2007.

41 Wet van 24 juni 2004 (*Stb.* 2004, 290).

42 Daarover *Kamerstukken II* 2001/02, 28 463, nr. 3, p. 2 e.v.

43 Daarover in detail Storijs 2007.

Wetboek van Strafrecht zijn daartoe strafverhogingsgronden opgenomen, waarnaar in artikel 83 onder 2° Sr wordt verwezen. In de derde categorie zijn de bijzondere, met naam genoemde terroristische misdrijven opgenomen. Hieronder bevinden zich de misschien nog wel meest opmerkelijke wetswijzigingen, namelijk het nieuwe artikel 140a Sr (terroristische organisatie), maar, later toegevoegd, ook de samenspanning tot het plegen van bepaalde delicten met een terroristisch oogmerk (bijvoorbeeld artikel 114b en 120b Sr). De laatste introduceert een rechtsfiguur die tot dan toe in Nederland grotendeels onbekend was en die *niet* is ingegeven door het KBTB (vorige paragraaf). Bovendien is met deze wet ook het werven voor de gewapende strijd tot strafbaar feit gemaakt (artikel 205 Sr). Ook deze delictsvorm is later in de parlementaire behandeling aan het wetsvoorstel toegevoegd. De Raad van State heeft er niet over kunnen adviseren. Ook het veld (OM, politie, advocatuur) is in het proces niet of nauwelijks betrokken, zodat de praktijk nauwelijks input op het implementatieproces heeft kunnen geven.

Waarom is men tot deze, niet door Europa opgelegde uitbreidingen van de strafwet gekomen? De regering voerde twee verklaringen aan. Enerzijds zou het slechts om een uitbreiding van al bestaande rechtsfiguren gaan, anderzijds zouden met de al bestaande artikelen 140a Sr en 46 Sr niet alle risico's zijn afgedekt en was een aanvulling van de strafbepalingen noodzakelijk.⁴⁴ Deze uitbreidingen kwamen overigens ook weer niet helemaal als een verassing. De belangrijkste functie van het strafrecht is immers aanslagen te voorkomen, zo zagen we al in de vorige paragraaf. Wel wijkt Nederland af van zijn eigen in de Aanwijzing 337 voor de regelgeving verwoorde standpunt dat als volgt luidt: 'Bij implementatie worden in de implementatieregeling geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn.'⁴⁵

5.4.3 Tussenconclusies

Kortom, overzien we het Nederlandse handelen op wetgevend vlak, dan valt een paar zaken op. De echte veranderingen in het Nederlandse straf(proces)-recht met betrekking tot het terrorisme zijn ofwel nationale aanvullingen op het KBTB, ofwel hervormingen die buiten het KBTB om zijn gegaan. Tot de eerste categorie behoren het strafbaar stellen van samenspanning (de *conspiracy*-constructie in aanvulling op de criminele organisatie) en de rekrutering voor de jihad, etc. Tot de tweede behoren de wetten op de verruiming van opsporingsbevoegdheden voor het bestrijden van terrorisme en de Wet afgeschermd getuigen. Nederland heeft dus van de hem geboden, c.q. gelaten vrijheid maximaal gebruik gemaakt. Om die reden is het ook niet vreemd dat de

⁴⁴ Daarover ook Borgers 2007, p. 33 e.v.

⁴⁵ Daarover Simmelink 2006, p. 117 e.v.

praktijk terrorismebestrijding en zelfs de Wet terroristische misdrijven vooral of uitsluitend ziet als een nationale operatie. Daarop gaan we nu in.

5.5 UITVOERING EN HANDHAVING VAN DE NORMEN VAN HET KADERBESLUIT

De Nederlandse uitvoerende instanties op strafrechtelijk vlak zijn het Openbaar Ministerie, in het bijzonder het Landelijk Parket (hierna: LP), en de politie, waaronder het Korps Landelijke Politie Diensten (KLPD), waar de Unit Contra-Terrorisme en Activisme (hierna: UCTA) is vrijgemaakt voor de opsporing van voornoemde terroristische misdrijven. Op het vlak van de feitelijke uitvoering van het Kaderbesluit – de dagelijkse opsporing en vervolging – ondervinden deze diensten geen sturing uit Europa. Dat zal ook niet verbazen gezien het onderwerp van de materie en het institutionele forum (derde pijler). Bovendien blijkt, zo zagen we zojuist, de Nederlandse wetgeving op onderdelen veel verder te gaan dan de EU-regels, zodat ook hierom de ‘man op de werkvloer’ niet snel zal beseffen dat hij ook Europees recht aan het uitvoeren is.

Naast de genoemde instanties spelen tal van andere personen en instanties een rol bij de bestrijding van terrorisme. Meer en meer moet door deze instanties worden samengewerkt met de strafrechtelijke handhavingskolom. Ook in dit proces is er geen sprake van Europese sturing. Dat geldt ook voor de samenwerking tussen de *law enforcement community* (LP/KLPD) en de *intelligence community* (Algemene Inlichtingen en Veiligheids Dienst/ Militaire Inlichtingen en Veiligheids Dienst). Deze versterkte samenwerking én de toenemende aandacht voor het strafrecht ter voorkoming van terrorisme hebben geleid tot een zekere taakoverlap tussen de politiediensten en de inlichtingendiensten, maar het is een proces dat nauwelijks wordt begeleid vanuit Europa.⁴⁶ Hoewel voorstelbaar, mag dit toch ook opmerkelijk worden genoemd. Het transnationale gebruik van *intelligence* in strafzaken is immers ook een Europees probleem. Andere landen kunnen andere keuzes maken dan Nederland.⁴⁷ Het Verenigd Koninkrijk kent bijvoorbeeld geen strikte scheiding tussen opsporing en inlichtingendiensten, maar vertrouwt juist op een intensieve samenwerking. We kunnen dus zeggen dat de Europese en internationale ontwikkelingen hier alleen (mede) hebben gefungeerd als kiem voor de Nederlandse ontwikkelingen, maar dat ze – toen de ontwikkelingen in gang waren gezet – daarop nauwelijks invloed hebben weten uit te oefenen, ook niet op operationeel niveau.

Het voorgaande behoeft alleen in transnationale constellaties enige nuanceering. Blijkt een zaak zich af te spelen in meerdere lidstaten, dan kan dit een

46 Het wel gehoorde pleidooi voor een ‘European law enforcement network (LEN) for the fight against terrorism’ is vooralsnog weinig concreet, getuige de opmerkingen daarover in de tweede evaluatie van het Haagse programma van juli 2007.

47 Uitvoerig: Vervaele 2005, p. 4 e.v.

reden zijn de zaak in Eurojust in te brengen. Dit college zal dan trachten te bepalen in welke staat een strafzaak het best kan worden aangebracht. Eurojust vervult dus een belangrijke coördinerende rol. In zoverre stuurt dit Europese orgaan de nationale strafrechtelijke rechtshandhaving, ook op het vlak van de terrorismebestrijding. Tot harde besluiten leidt dat niet. Eurojust heeft niet de bevoegdheid om een beslissing te forceren. Op puur interne aangelegenheden richt men zich niet.⁴⁸ De samenwerking met de *intelligence community* behoort evenmin tot haar competenties.

Ook op politieel vlak is er enige coördinatie in transnationale aangelegenheden, hoewel mag worden betwijfeld of deze plaatsheeft binnen de kaders van de EU. Zo vindt er afstemming en samenwerking plaats binnen de *Police Working Group Terrorism* (hierna: PWGT). Europol speelt in dit geheel nauwelijks een rol van betekenis. Hier lopen we aan tegen de bekende discussie omtrent Europol: haar toegevoegde waarde (ten opzichte van het bestaande systeem van – vaak bilaterale – samenwerking) op operationeel en ondersteunend vlak wordt maar door weinigen onderschreven; de analyserende functies van Europol lijken echter wel weer zeer te worden gewaardeerd.

5.6 TOEZICHT OP EN EVALUATIE VAN DE IMPLEMENTATIE

Tenslotte passen nog enige opmerkingen over de controle op de implementatie en uitvoeringswerkzaamheden in de lidstaten (Europees tweedelijns toezicht of *monitoring*), waaronder Nederland, en over de evaluatie van de Europese programma's. Men maakt hier een onderscheid tussen het toezicht op de uitvoering van het programma en zijn afzonderlijke onderdelen op EU-niveau en lidstaatsniveau via het *scoreboard plus* ('komt men de afspraken na?')⁴⁹ en de evaluaties van die programma's en maatregelen op de langere termijn ('werken de afspraken ook?').⁵⁰ *Monitoring* en evaluatie mogen zich in een toenemende aandacht verheugen. Daarbij moet worden bedacht dat de Commissie in de derde pijler een andere rol vervult dan in de eerste pijler.⁵¹ Het EU-Verdrag biedt in de derde pijler niet de mogelijkheid om een inbreukprocedure te starten. Wel is de Commissie vaak belast met de feitelijke evaluatie

48 Op andere terreinen, bijvoorbeeld het financiële toezicht, waar de toezichthouders in het CESR in een horizontale context met elkaar samenwerken, kijkt men wel meer en meer naar de wijze waarop men zijn taken uitvoert. Dat leidt weliswaar niet tot bindende ingrepen (*hard law*), maar via *soft law* is er wel degelijk sprake van een toenemende beïnvloeding van de nationale handhavingspraktijk (zie desbetreffende casestudy).

49 Zie: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/scoreboard_en.htm.

50 Sinds dit in het Haagse programma tot speerpunt van beleid is gemaakt, is er bovendien meer aandacht voor de wijze van evalueren en monitoren zelf. Zie de mededeling 'Evaluatie van het EU-beleid inzake vrijheid, veiligheid en recht' van 28 juni 2006 (COM(2006)332).

51 F.G.H. Kristen, 'Europees toezicht op implementatie van Kaderbesluiten', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van Kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 57 e.v.

van de uitvoeringsmaatregelen. Op grond daarvan kan de Raad vervolgens controleren in hoeverre de lidstaten de maatregelen hebben getroffen die nodig zijn om aan dit kaderbesluit te voldoen.

Ook de implementatie van het KBTB kan binnen het EU-kader op meerdere wijzen in de gaten worden gehouden. Dit vond en vindt bijvoorbeeld plaats in het kader van het anti-terrorismebeleid in zijn geheel,⁵² maar ook in het kader van de evaluatie van het Haagse programma.⁵³ Bovendien is de omzetting van het KB bekeken volgens de procedures waarin artikel 11 KBTB zelf voorziet.⁵⁴ Uit al deze arbeid kunnen twee voorzichtige conclusies worden getrokken. De eerste heeft betrekking op de lidstaten. Uit de gepubliceerde documenten komt een wat onthutsend beeld naar voren. De lidstaten blijken de implementatiewerkzaamheden niet allemaal even trouw te hebben uitgevoerd. Op de (krappe) datum waarop de bepalingen van het KB in nationale wetgeving moesten zijn omgezet – 31 december 2002 – bleken slechts zeven lidstaten (van de toen nog vijftien) hieraan te hebben voldaan. Nederland behoorde niet tot deze groep. Ook het systeem van informatievoorziening aan de Commissie bleek maar in beperkte mate te functioneren, waardoor de Commissie de haar toebedachte rol nauwelijks kon vervullen. In een aantal gevallen was de implementatiewetgeving niet gevoegd bij de aan de Commissie gegeven informatie. Een aantal lidstaten, waaronder opnieuw Nederland, verstrekke in eerste instantie zelfs helemaal geen informatie. Ook een tweede rapport over het KB moest worden uitgesteld vanwege de gebrekkige informatieverschaffing.

Daar kan – en daarmee komen we bij de tweede conclusie – tegenover worden gesteld dat de Commissie op haar beurt vooral lijkt te zijn geïnteresseerd in de vraag of de termijnen zijn gehaald en in de *law in the books*, met andere woorden in hoe de teksten luiden waarmee het KB is omgezet. Men concentreert zich op de arbeid die de wetgever heeft verricht en slaat nauwelijks acht op de handhavingspraktijk en op de vraag of de genomen maatregelen ook echt werken. Dat leidt tot ergernis, zowel bij rechtspractici als academici.⁵⁵ Ook de methoden van informatievergaring en evalueren wekken nogal eens wrevel op. Verschillende respondenten gaven aan dat er een sterke

52 Vgl. bijvoorbeeld de Second Round of Peer Evaluation of National Counter-Terrorism Arrangements, doc.nr. 8239/2/07 REV 2 ENFOPOL 60 van 29 mei 2007, die voor deze casestudy van minder belang is.

53 Zie recent nog het Verslag van 3 juli 2007 over de uitvoering van het Haags programma – 2006 (COM(2007)373) en de bijlagen daarbij, die zien op de uitvoering van de maatregelen op EU-niveau (Annex 1) en op het niveau van de lidstaten (Annex 2).

54 Voor de Commissie, zie COM(2004)409 en voor de Raad, zie 'Report on the implementation of the Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combating terrorism' van 12 oktober 2004, doc.nr. 11687/2/04 DROIPEN 40 REV 2.

55 M.S. Groenhuijsen, 'De kaderbesluiten van de Europese Unie op het gebied van het strafrecht. Stand van zaken en een blik op de toekomst', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

behoefte is aan uitwisseling van ervaringen met collega's uit andere staten, maar dat juist daarvoor geen forum is.⁵⁶ Opnieuw kan er dan worden geconstateerd dat er een scheiding is tussen degenen die de regels en het beleid maken en de degenen die het moeten uitvoeren. Aandacht voor de praktijkervaringen (*the law in action*) is er beduidend minder geweest (vgl. ook paragraaf 5.3).⁵⁷ Als gezegd, lijkt men dit punt van kritiek inmiddels te hebben onderkend.⁵⁸ Tot welke uitkomsten dat zal leiden moet echter nog worden afgewacht.⁵⁹

Kortom, om de wisselwerking tussen het EU- en nationale niveau op het vlak van de terrorismebestrijding te kunnen duiden, is er ook aandacht vereist voor de wijze van uitvoering van de nieuwe instrumenten en de evaluatie daarvan. Daarover kan op dit moment vrij weinig worden gezegd. Ten dele staat dit onderwerp in de derde pijler pas vrij kort op de agenda, maar ten dele werken de lidstaten ook nog niet echt mee. Wel kan worden geconstateerd dat de aandacht vooralsnog is gericht op de wetgevende arbeid. De uitvoeringsaspecten blijven nog onderbelicht.

5.7 CONCLUSIES

5.7.1 Vooraf

Op grond van het voorgaande lijkt de conclusie op zijn plaats dat de materiële normstelling, gericht op de bestrijding van terrorisme, een domein is dat nog grotendeels beleidsmatig en regelgevend wordt ingevuld binnen de nationale autonomie van de lidstaten. Die conclusie kan als juist worden aanvaard, *mits* ze ook op een paar punten wordt genuanceerd. De derde pijler van de Europese Unie, in het Verdrag van Maastricht aangeduid als Justitie en Binnenlandse Zaken (hierna: JBZ), is in het Verdrag van Amsterdam geconcentreerd rond politieke en justitiële samenwerking als onderdeel van de Ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Deze ruimte, die als beleidsdoel is opgenomen in de algemene bepalingen van het Unie-Verdrag (artikel 2 EU), omvat zowel titel IV (migratie, justitiële samenwerking in civiele zaken) als titel VI (politieke samenwerking en justitiële samenwerking in strafzaken). De huidige titel VI omvat als instrument voor het realiseren van de doelstelling ook het reguleren van *minimumnormen* met betrekking tot de constitutionele bestanddelen van de

56 Pogingen tot oprichting van een *Law Enforcement Network* lijken overigens bij de lidstaten geen hoge prioriteit te kennen, als we de bijlage 2 bij het verslag over de uitvoering van het Haags programma – 2006 moeten geloven.

57 Vgl. Borgers 2006 en Groenhuijsen 2006, p. 225-241.

58 COM(2006)332, i.h.b.z. p. 93.

59 Echt concreet wordt men niet als men in de bijlage bij COM(2006)332, p. 74, aangeeft hoe men het KBTB wil evalueren. Er wordt volstaan met de open deur dat het is 'difficult to assess the causal links between outputs, outcomes and impacts.'

normstelling en de sancties op het terrein van o.a. terrorisme. Artikel 31 (e) is door de Commissie en door de lidstaten extensief gebruikt voor harmonisatie van het materiële strafrecht. Hiervoor is het door artikel 34 voorziene instrument van het kaderbesluit intensief ingezet. Dit betekent dat een instrument is gebruikt, waarbij – in tegenstelling tot de tevens in artikel 34 voorziene conventie – geen ratificatie door de lidstaat meer nodig is. Kortom, wil het nationale parlement het proces democratisch legitimeren vanuit een nationaal perspectief,⁶⁰ dan moet het zich proactief opstellen, door haar invloed via de minister van Justitie volop te laten gelden in de onderhandelingsfase.

Het KBTB is, zoals bekend, een productie van de beleidsreactie op 11 september, samen met het KB over het Europees aanhoudingsmandaat (dit laatste niet beperkt tot terrorisme). Het KBTB is een *flagship instrument* van de EU. Vóór 11 september leefde er bij de EU al discussie over de harmonisatie van terroristische misdrijven, maar die discussie werd toch vooral gevoed door landen die op het thuisfront geconfronteerd werden met terroristische bewegingen en die problemen ondervonden bij de samenwerking (zoals bijvoorbeeld Spanje met Frankrijk en België) op het terrein van bewijsgaring en uitlevering. Vóór 11 september was er tussen de lidstaten van de Europese Unie ook duidelijk een tweespalt tussen de landen met een forse traditie van een speciaal strafrechtelijk regime voor terroristische misdrijven – wat in een aantal landen het predikaat van uitzonderingsstrafrecht verdiende en verdient – en de landen die geen specifieke terroristische misdrijven in hun strafrecht kenden (een kleine meerderheid, waaronder Nederland). Voorts was er ook een tweespalt betreffende het strafbaar stellen van verenigingen met criminele doelen en activiteiten.

5.7.2 Onderbouwing van de conclusie

Nederland heeft zich handig in het onderhandelingsproces gemanoeuvreerd en wist snel het voorstel om te buigen door het invoeren van het VN-criterium van het terroristisch oogmerk. Op die manier moest er geen catalogoog worden uitgewerkt van terroristische misdrijven als dusdanig, maar volstond het om bestaande basisdelicten (*predicate offences*) van het oogmerk te voorzien. Ook heeft Nederland tijdig de *human rights clause* in de tekst weten te introduceren. Deze *human rights clause* is van belang voor het inperken van de scherpe kantjes van de strafbaarstellingen (waar ze in conflict kunnen komen met vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging, etc.). De *human rights clause* kan dus zowel worden gebruikt door de implementatiewetgever, de nationale rechter als de Europese rechter. Bovendien heeft Nederland weinig last gehad

60 In de derde pijler is er tot op heden geen co-decisie procedure van het Europese Parlement. Dit betekent dat het Europees Parlement alleen adviezen kan uitbrengen en dat het besluit bij unanimititeit wordt genomen door de lidstaten in de JBZ Raad.

van de harmonisatie van de strafsancities. Het kaderbesluit heeft het taboe op het harmoniseren van minimum strafsancities in het strafrecht niet doorbroken. Zoals bekend, is de harmonisatie van minimum strafsancities voor Nederland een schending van een basisbeginsel van het nationale strafrecht. Voor Nederland stelden de sanctie-eisen in het uiteindelijke KB geen enkel probleem, omdat de basisdelicten al voorzagen in voldoende sanctionering. Ook de eisen vanuit de EU inzake het vestigen van rechtsmacht leidden niet tot spectaculaire veranderingen in de Nederlandse wetgeving.

Kortom, we zouden inderdaad kunnen stellen dat de invloed van het KBTB beperkt was, deels door de input in de onderhandelingen, deels door het bestaande arsenaal aan strafrecht in Nederland. De echte veranderingen in het Nederlandse straf(proces) recht met betrekking tot het terrorisme, zijn ofwel de nationale aanvullingen op het KBTB, ofwel de hervormingen buiten het KBTB om (vgl. de conclusies in paragraaf 5.4.3).

5.7.3 Nuancering van de conclusie

Zonder de EU en zonder de KBTB was er in Nederland geen initiatief op gang gekomen tot het invoeren van terroristische misdrijven of misdrijven met een terroristisch oogmerk. Ook na de aanslagen van 11 september was er in Nederland geen politiek klimaat dat daar op wees. Het overheersende idee was en bleef dat men het terrorisme aan kon met de bestaande wetgeving. Op dat moment leefde ook bij de EU nog het idee dat de *counterterrorism* strategie een zaak was van het bestrijden van buitenlands terrorisme, sterk gekoppeld aan de 11 september aanslagen. In die zin is de implementatie van het KBTB, in het bijzonder de nieuwe categorie van misdrijven met een terroristisch oogmerk, in de Nederlandse wetgeving wel degelijk een EU-invloed, ook al is het zo dat het in de praktijk niet veel of niets betekende met betrekking tot de zwaarte van de sancties.

Voorts was dit implementatietraject een ideaal vervoersmiddel voor een autonoom, nationaal anti-terrorismebeleid dat in Nederland vooral vorm kreeg in de notitie van voormalig Minister van Justitie Donner. Hij heeft tijdig erkend dat het implementatietraject een ideaal instrument was om een aantal strafbaarstellingen in te voeren, zoals de samenspanning en de rekrutering. Bovendien heeft hij de autonome, nationale uitbreiding voorgesteld als minimale aanpassingen. Bij deze stelling kunnen de nodige twijfels worden geplaatst. Het gaat ons inziens over substantiële uitbreidingen van de strafbaarstellingen en substantiële wijzigingen in de filosofie van het Nederlandse strafrecht (van dadenstrafrecht naar daderstrafrecht, van repressief strafrecht naar preventief strafrecht). Intussen was er bij de EU ook al een en ander veranderd. In het Europese beleid wordt een kentering merkbaar. Tegenwoordig wordt volop erkend dat de *counterterrorism* strategie zich ook moet richten op het *domestic terrorism* (en dan niet alleen de ETA, de IRA, et cetera, maar ook islam terroris-

me in Europa). De aanslagen in Madrid en Londen leverden hiervoor ook het harde bewijs. (Pas) in die context is de *Counterterrorism Strategy* van de EU (2005) geboren.

5.7.4 Tot slot

Kortom, we hebben te maken met een wat tweeslachtig beeld. De invloed van de EU op het Nederlandse strafrecht via het KBTB is wel wat groter dan ze op het eerste gezicht lijkt. In zoverre moet de boven verwoorde conclusie worden genuanceerd. Dit heeft zowel te maken met de ex het KBTB verplichte invoering van misdrijven met een terroristisch oogmerk, maar vooral ook met het feit dat de implementatiewet een ideaal vehikel is gebleken voor een forse anti-terroristische aanpak op nationale leest. Toch roept het voorgaande de vraag op hoe 'effectief' het KBTB nu eigenlijk is geweest: heeft het zijn doel bereikt? Nog sterker, wat was dat doel eigenlijk?⁶¹ Die vragen blijven in het luchtledige hangen. In lijn hiermee komt ook uit de vergaarde gegevens naar voren dat veel lidstaten, ook Nederland, zichzelf zowel in de totstandkomings-, als de implementatie- en de evaluatiefase een behoorlijke mate van vrijheid hebben toegemeten (en die vrijheid ook kregen).⁶² Van afstemming tussen de lidstaten onderling kwam en komt weinig terecht. De blik lijkt bij hen nog naar binnen gericht. De Commissie beschikt op haar beurt nauwelijks over instrumenten om bij te sturen en lijkt haar aandacht vooralsnog te richten op de *law in the books*.⁶³

61 In de Considerans bij het Kaderbesluit komt men in overweging 6 niet veel verder dan de constatering dat 'De omschrijving van terroristische misdrijven, zou door de lidstaten onderling moeten worden aangepast, met inbegrip van de omschrijving van strafbare feiten die verband houden met een terroristische groep,' maar niet waarom dit nodig was. Het oorspronkelijke Commissievoorstel is overigens duidelijk (zie COM(2001)521, p. 2-3).

62 Vgl. Groenhuijsen 2006, p. 230-231.

63 Vgl. de bijdragen hierover van Borgers, Roording, Kristen & Groenhuijsen in: Borgers, Kristen & Simmelink (red.) 2006.

6 | Financieel toezicht

6.1 INLEIDING

De casestudy 'Financieel toezicht' wordt in het kader van dit onderzoek, voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving, gerekend tot de tweede categorie.

Financieel toezicht heeft meerdere doeleinden. Het beoogt de financiële soliditeit van de financiële markten te bewaken en het streeft naar de bescherming van investeerders/beleggers en naar het transparant en adequaat functioneren van de markten. In het kader van de Europese integratie heeft de integratie van de Europese financiële markten hoge prioriteit gekregen. Dat verklaart de grote hoeveelheid Europese regelgeving op dit terrein. Deze regels richten zich, vaak na implementatie in het recht van de lidstaten, tot de spelers op de markt (aanbieders van kapitaal/beleggers, vragers ervan, tussenpersonen en effectenbeurzen) en tot de autoriteiten van de lidstaten en de lidstaten zelf. Steeds vaker streeft men bij de eerste categorie naar totale harmonisatie. Afwijkend of aanvullend nationaal recht (*goldplating*) acht men, gelet op het bereiken van een *level playing field*, niet meer wenselijk. Een goed voorbeeld hiervan vormen grote delen van de Richtlijn markten in financiële instrumenten (hierna: *Markets in financial instruments directive* of MiFID).¹ Deze richtlijn, waarvan het implementatietraject onlangs in werking werd gezet, harmoniseert gedragsregels en organisatorische eisen aan financiële instellingen vrijwel volledig.²

Het streven naar een geïntegreerde financiële Europese markt leidt (vooralsnog) niet tot Europese toezichthouders. Ook in het financieel toezicht geldt het uitgangspunt van *indirecte handhaving*. De handhaving van de Europese regels ligt bij de autoriteiten van de lidstaten. Nederland kent daarvoor sinds 2002 een zogenaamd functioneel toezichtmodel, dat is te onderscheiden van sectorale modellen en geïntegreerde modellen. In dit model wordt een onder-

1 Deze is inmiddels gewijzigd, zie Richtlijn nr. 2006/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2006 tot wijziging van Richtlijn nr. 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten, met betrekking tot bepaalde termijnen (*PbEG* 2006, L 114/60).

2 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 3. Inmiddels is de wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht ter implementatie van de richtlijn aangenomen (*Stb.* 2007, 406) en in werking getreden (*Stb.* 2007, 408).

scheid gemaakt tussen zogenaamd *prudentieel toezicht* en *gedragstoezicht*.³ Voor het prudentieel toezicht is De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) verantwoordelijk, voor het gedragstoezicht de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM).⁴ Beide vervullen niet alleen taken op het vlak van de wetsuitvoering, maar ook op het vlak van de controle (preventieve handhaving) en, in voorkomend geval, de bestraffing van overtredingen (repressieve handhaving). Naast deze bestuursrechtelijke vormen van handhaving kennen we nog strafrechtelijke handhaving. Veel normen in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft)⁵ worden strafrechtelijk gesanctioneerd via de Wet op de economische delicten (hierna: WED). Verantwoordelijk daarvoor zijn het Openbaar Ministerie, in het bijzonder het Functioneel Parket, en de belastingdienst/FIOD-ECD, de opsporingsdienst op dit terrein.

In het onderstaande wordt de interactie tussen Europees en nationaal recht op het vlak van de rechtshandhaving onderzocht en wordt bekeken welke rol de Nederlandse autoriteiten hebben vervuld bij de totstandkoming, de juridische implementatie en de uitvoering van deze richtlijnen (voor zover al in werking). In deze casestudy is de volgende probleemstelling gehanteerd: welke invloed gaat vanwege de EU uit op de nationale rechtshandhaving op het terrein van het financieel (gedrags)toezicht in Nederland en hoe wordt deze invloed in Nederland in juridische en feitelijke zin geïmplementeerd? De nadruk ligt op de controle- en sanctievoorschriften. De materiële normen komen hier zijdelings aan de orde.

In deze casestudy is niet gestreefd naar volledigheid in die zin dat alle richtlijnen en alle autoriteiten in kaart zijn gebracht. Alleen een blik op de nieuwe Wet op het financieel toezicht illustreert al hoe omvangrijk de materie is. Deze richt zich op financiële instellingen, financiële diensten en financiële producten van zeer verschillend plumeau (vgl. artikel 1 Wft). Deze studie is daarom beperkt tot het financiële gedragstoezicht, en in het bijzonder tot de (doorwerking van de) normen uit de Richtlijn marktmisbruik⁶ en de MiFID, die de opvolger is van de Richtlijn beleggingsdiensten (hierna: *Investment Services Directive* of ISD).⁷ Vooral op het terrein van het gedragstoezicht wordt in toenemende mate aandacht gevraagd voor de rechtshandhaving, inclusief de verhouding tussen toezicht en opsporing, en de Europese invloed daarop. Bijgevolg komt het prudentieel toezicht slechts zeer zijdelings aan de orde.

3 De onlangs in werking getreden Wet op het financieel toezicht bevat een definitie van beide begrippen in de artikelen 1:24 en 1:25.

4 Ook de effectenbeurs Euronext speelt soms een rol. Die blijft hier buiten beschouwing.

5 *Stb.* 2006, 475.

6 Richtlijn nr. 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik) (*PbEG* 2003, L 96/16).

7 Richtlijn nr. 93/22/EEG van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten (*PbEG* 1993, L 141/27).

Ook de Prospectusrichtlijn,⁸ die wel tot het gedragstoezicht moet worden gerekend, wordt slechts zijdelings vermeld. In systematiek, opbouw en wijze van totstandkoming doet deze overigens sterk denken aan de twee hier wel besproken richtlijnen.

In het onderstaande wordt in paragraaf 6.4 ingegaan op de EU-invloed op, c.q. de interactie met het Nederlands beleids- en het wetgevende niveau, terwijl in paragraaf 6.5 in kaart is gebracht hoe groot die invloed in Nederland op operationeel niveau is. Aan beide paragrafen gaat een schets van het EU-beleid op dit terrein vooraf (paragraaf 6.2), alsook een analyse van de (totstandkoming van de) richtlijn marktmisbruik en de MiFID en de Nederlandse inspanningen in de onderhandelings- en totstandkomingsfase (paragraaf 6.3). Deze paragrafen zijn onmisbaar om de invloed van 'Europa' op het financiële toezicht te kunnen duiden. In paragraaf 6.6 komt aan de orde hoe de juridische implementatie en wetsuitvoering en -handhaving worden gemonitord. Deze casestudy sluit af met de voornaamste bevindingen (paragraaf 6.7).

6.2 HET EU-BELEID MET BETREKKING TOT DE FINANCIËLE MARKTEN⁹

6.2.1 De weg naar het *Financial Services Action Plan* en zijn opvolgers

'An integrated European financial market will enable, subject to proper prudential safeguards and investor protection, capital and financial services to flow freely throughout the European Union.'¹⁰

Met een geïntegreerde effectenmarkt worden niet alleen op microniveau voor de actoren op de financiële markten via de economische principes van vraag en aanbod voordelen behaald, maar heeft op macroniveau een stimulering van de economie en de werkgelegenheid plaats. Geïntegreerde financiële markten die niet zijn gebonden aan de landsgrenzen binnen het territorium van de EU dragen wezenlijk bij aan de realisering van de doelstellingen, zoals die zijn verwoord in artikel 2 EU en artikel 2 EG. Kernachtig is aldus omschre-

8 Richtlijn nr. 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van richtlijn nr. 2001/34/EG (Voor de EER relevante tekst) (PbEG 2003, L345/64).

9 M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie: over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU verband*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 22-26.

10 *Final report of the committee of wise men on the regulation of European securities markets*, ECOFIN, Brussel, February 2001, p. 9 < ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf >.

ven waarom de financiële sectoren – en dus ook het bank- en effectenwezen – voorwerp zijn van extensieve Europese regelgeving.¹¹

De eerste richtlijnen op het vlak van het financiële toezicht dateren van de vroege jaren zeventig. In 1972 kwam een ontwerp tot stand voor een coördinatierichtlijn die onder meer geharmoniseerde solvabiliteits- en liquiditeitseisen inhield. De nationale regeringen, zeker die van het in 1973 tot de EG toegetreden Groot-Brittannië, bleken echter niet bereid hun autonomie op het gebied van het banktoezicht over te dragen. Een compromis kwam tot stand in 1977 met de Eerste coördinatierichtlijn banken (hierna: Ecr), die in de kern tot het instellen van een vergunningstelsel voor de toelating tot het bankbedrijf verplichtte. Aan deze vergunning konden voorwaarden worden verbonden, zodat een minimumniveau van harmonisatie kon worden bereikt.¹²

Het duurt, mede door een economische recessie, tot midden jaren tachtig totdat het integratieproces een krachtige nieuwe stimulans wordt gegeven. In het witboek van de Europese Commissie van 14 juni 1985¹³ en de Europese Akte van 28 februari 1986 worden nieuwe doelstellingen gesteld. Voor 1992 moet een gemeenschappelijke binnenmarkt tot stand worden gebracht, waarin niet alleen handelsbelemmeringen zijn weggenomen, maar ook andere belemmeringen. De aandacht verschuift van de zogenaamde tarifaire naar de non-tarifaire belemmeringen, waarvan lange tijd werd gedacht dat ze, anders dan de douanerechten, voor het integratieproces van geringe betekenis waren.¹⁴ Ook het principe van volledige harmonisatie en/of een enkele Europese toezichthouder wordt vervangen door het principe van wederzijdse erkenning.¹⁵ Wederzijdse erkenning en een zekere mate van minimumharmonisatie worden dragende principes van Europese integratie.

De in 1989 tot stand gekomen Tweede coördinatierichtlijn (hierna: Tcr)¹⁶ banken draagt hiervan duidelijk de sporen. Met deze richtlijn wordt voor het bankwezen een Europees paspoort (*single license*) in het leven geroepen, op

11 Hierover ook P. Royla, *Grenzüberschreitende Finanzmarktaufsicht in der EG* (diss. Münster), Berlijn: Duncker & Humblot 2000, p. 31 e.v.; S. Höhns, *Die Aufsicht über Finanzdienstleister: Kompetenzen, Eingriffsbefugnisse, Neustrukturierung* (diss. Augsburg), Berlijn: Duncker & Humblot 2002, p. 42-44; F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht: een onderzoek naar de grondslag en verwerking van het Europees verbod van misbruik van voorwetenschap, met aandacht voor de doorwerking van EG-Richtlijnen in het strafrecht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 163-164.

12 Hierover H. Coljé, *Het toezicht op banken in Nederland*, Amsterdam: NIBE 1988, p. 159 e.v.; J.W.J.M. van der Vossen, *De tweede coördinatierichtlijn bankrecht*, Amsterdam: NIBE 1991, p. 5; Höhns 2002, p. 43.

13 Witboek (COM(35)310).

14 Witboek, p. 5 (COM(35)310).

15 Höhns 2002, p. 43.

16 Tweede Richtlijn nr. 89/646/EEG van de Raad van 15 december 1989 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (*PbEG* 1989, L 386/1), nadien vervangen door Richtlijn nr. 2000/12/EG van 20 maart 2000 (*PbEG* 2000, L 126/1).

basis waarvan banken grensoverschrijdend diensten kunnen aanbieden en (niet-zelfstandige) vestigingen in andere staten kunnen oprichten die zullen zijn onderworpen aan het toezicht van het herkomstland (*home state control*).¹⁷

In 1993 komt in lijn met het voorgaande de Richtlijn beleggingsdiensten tot stand. Deze richtlijn richt zich op de beleggingsondernemingen. Waar de banken met de Tweede coördinatierichtlijn al aan toezicht onderworpen waren, golden voor beleggingsondernemingen nog enkel de nationale regels. Enerzijds hoefden ze niet te voldoen aan Europese eisen, anderzijds betekende dit dat beleggingsondernemingen, anders dan banken, niet over een Europees paspoort konden beschikken. Dat was vooral voor het Angelsaksische bankensysteem, dat uitging van een scheiding tussen het 'klassieke' bankieren en de commerciële dienstverlening, problematisch.¹⁸ Ook de Richtlijn beleggingsdiensten gaat uit van het systeem van *single license*, *home state control* en een beperkte harmonisatie van toezichtvoorschriften.

Vooralsinds 1998 wordt het toezicht op de financiële sector stevig ingebed in communautair beleid.¹⁹ In de Europese Raad van Cardiff worden economische hervormingen bepleit en worden de efficiënte werking en de integratie van de producten- en kapitaalmarkten tot speerpunten van beleid gemaakt.²⁰ In vervolg hierop wordt door de Commissie een Actiekader²¹ vastgesteld, waarop later het Actieplan financiële diensten (hierna: FSAP)²² wordt gebaseerd. Dit Actieplan bevat de concrete stappen die moeten worden genomen om de gestelde doelen te halen. Daarin wordt onder meer aandacht gevraagd voor wetgeving die is berekend op nieuwe uitdagingen, gelegen in een voortgaande *cross-border* en *cross-sector*-versmelting van de financiële markten en voor het opheffen van de resterende belemmeringen voor de integratie van de kapitaalmarkten. Ook wordt er geconstateerd dat een 'nauwere samenwerking tussen de toezichthoudende autoriteiten moet worden aangemoedigd.' De plannen omvatten onder meer de totstandbrenging van een Richtlijn marktmisbruik en het herzien van de Richtlijn beleggingsdiensten. Dat wordt bevestigd in de Strategie van Lissabon, waarin de EU de ambitieuze doelstelling op zich neemt om in 2010 'de meest concurrerende en dynamische kennis-economie van de wereld te worden die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang.'²³

17 Höhns 2002, p. 43.

18 Höhns 2002, p. 45. Hier wordt gesproken over een *Trennbankensystem* vs een *Universalbankensystem*; vgl. ook P. Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick*, Bern: Stämpfli 2004, p. 268-269.

19 Kristen 2004, p. 162.

20 Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Cardiff, *Bulletin van de Europese Unie* 1998, nr. 6.

21 Actiekader van 28 oktober 1998 (COM(1998)625).

22 Voluit: Financiële diensten: Tenuitvoerlegging van het kader voor financiële markten: een actieplan van 11 mei 1999 (COM(1999)232).

23 Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Lissabon, *Bulletin van de Europese Unie* 2000, nr. 3.

In lijn met het voorgaande beoogt de MiFID per 1 november 2007 de Richtlijn beleggingsdiensten te vervangen. De laatste is in werking sinds 1995 en is van toepassing op (tussenpersonen op) de effectenmarkten (beleggingsondernemingen). In de nieuwe richtlijn wordt het toepassingsbereik verruimd. Zo wordt bijvoorbeeld het beleggingsadvies onder de werking van de richtlijn gebracht en wordt ook het aantal financiële instrumenten die onder de richtlijn vallen, uitgebreid. Voorts worden er aanvullende eisen gesteld aan deze ondernemingen, in het bijzonder met betrekking tot het gedragstoezicht en de interne organisatie. Op veel onderdelen streeft men nu naar volledige harmonisatie; *goldplating* moet worden voorkomen. Met de invoering van de MiFID zal bovendien het bereik van het *home-state-control*-principe worden verruimd tot het gedragstoezicht.²⁴ Op grond van de nieuwe Richtlijn kapitaaltoereikendheid moeten al deze instellingen ook aan de eisen van die richtlijn voldoen.²⁵

Inmiddels is de looptijd van het FSAP verlopen. De Commissie heeft geconstateerd dat de hoofdmoot van de gestelde doelstellingen is gerealiseerd. Inmiddels is, na een consultatieprocedure, een witboek opgesteld waarin de prioriteiten in de periode 2005–2010 zijn vastgesteld.²⁶ Deze kunnen worden samengevat onder de term ‘dynamische consolidatie.’ Aan een nieuwe hausse aan wetgevende activiteit is even geen behoefte. De komende periode zal zich richten op de verdere in- en uitvoering en de evaluatie van de verrichte inspanningen, alsmede op het bevorderen van de samenwerking en de voortgaande convergentie op toezichtgebied in de EU. Met andere woorden, het systeem zal moeten worden verfijnd nu de juridische randvoorwaarden ervoor onder het FSAP zijn gecreëerd. Jaarlijks wordt daartoe een *Financial Integration Monitor* (hierna: FIM) gepubliceerd waarin trends in het Europese financiële systeem worden geanalyseerd voor verdere beleidsvorming.²⁷

6.2.2 De Lamfalussy-procedure

Bij de realisatie van de doelstellingen van het Actieplan van 1998 zag men de nodige beren op de weg. Vooral het tijdspad was krap; vóór 2005 moesten de doelstellingen van het Actieplan zijn gerealiseerd. Om die reden werd in 2000 een Commissie van Wijze Mannen opgericht, naar haar voorzitter de Commissie Lamfalussy genaamd. De Commissie onderschrijft de gesignaleerde ontwikkelingen op de financiële markten, de relevantie ervan voor het Europese integratieproces, maar ook de gesignaleerde problemen: de Europese besluitvorming is volgens haar ‘*too rigid*’, ‘*too slow*’ en ‘*too ambiguous*’. Hoofd-

²⁴ Vgl. artikel 31 en 32 MiFID.

²⁵ Hierover ook COM(2002)625.

²⁶ Witboek – Beleid op het gebied van financiële diensten 2005–2010, te raadplegen via: < http://europa.eu.int/comm/internal_market/finances/index_en.htm >.

²⁷ Bijv. het Rapport 2006 (SEC(2006)1057).

en bijzaken worden niet goed onderscheiden. Daarom komt ze met een serie voorstellen om de besluitvorming te stroomlijnen. Deze zijn met de Europese Raad van Stockholm in 2001 aanvaard. Inmiddels zijn zowel de Richtlijn marktmisbruik als de Richtlijn nr. 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten (MiFID) volgens deze procedure tot stand gekomen. Dit zijn de opvolgers van de Richtlijn nr. 89/592/EEC,²⁸ respectievelijk de Richtlijn beleggingsdiensten.

De Lamfalussy-procedure richt zich op het Europese besluitvormings-, implementatie- en uitvoeringsproces. Er worden vier niveaus onderscheiden. Deze vervullen verschillende taken. De vaststelling van de hoofdlijnen van het beleid is een zaak van de Europese wetgever, te weten Europese Commissie, Raad en Parlement.²⁹ Dit is het *eerste niveau*. Deze hoofdlijnen worden vastgelegd in richtlijnen en verordeningen. De uitwerking ervan, de technische uitvoeringsmaatregelen, wordt overgelaten aan het *tweede niveau*. Hier neemt het *European Securities Committee* (hierna: ESC) de besluiten, op voordracht van de Europese Commissie. Het ESC bestaat uit 'hoge vertegenwoordigers' van de lidstaten.³⁰ Dit niveau heeft dus tot taak via verordeningen, richtlijnen of anderszins de uitgezette hoofdlijnen nader te concretiseren. Het Europees Parlement moet op de hoogte worden gehouden van deze activiteiten en kan een resolutie aannemen als het tweede niveau de hem gedelegeerde bevoegdheden dreigt te overschrijden. De Commissie wordt op niveau 2 vooraf van advies voorzien door het *Committee of European Securities Regulators* (hierna: CESR),³¹ het netwerk van effectentoezichthouders, waarvan de AFM deel uitmaakt.³² CESR is in *expert groups* georganiseerd, die ieder hun eigen expertise ontwikkelen.

CESR is ook actief op het *derde niveau* van de Lamfalussy-procedure. Als netwerk van effectentoezichthouders dient het als forum voor de toezichthouders, waar de zorg voor een juiste en tijdige implementatie van de regelgeving van de hogere niveaus wordt nagestreefd. Dat gebeurt via de ontwikkeling van bijvoorbeeld *best practices*, maar ook door het houden van *peer reviews*. De regels die het CESR op dit niveau uitvaardigt hebben een niet-bindend karakter. Op de implementatie van de regelgeving van de hogere niveaus en de CESR-activiteiten van niveau 3 wordt door het eigen *review panel* toezicht gehouden.³³

28 Richtlijn nr. 89/592/EEG van de Raad van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake transacties van ingewijden (PbEG 1989, L 334/30).

29 Hierover ook Kristen 2004, p. 170 e.v.; Nobel 2004, p. 296-304.

30 Zie besluit 2001/528/EG van 6 juni 2001 (PbEG 2001, L 191/45).

31 Zie besluit 2001/527/EG van 6 juni 2001 (PbEG 2001, L 191/43).

32 Website: <http://www.cesr-eu.org/>. Ook de bankentoezichthouders hebben zich inmiddels op soortgelijke wijze georganiseerd in het *Committee of European Banking Supervisors* (CEBS); zie < www.cebs.eu >.

33 Deze vaardigt daarvoor Richtlijnen uit, bijvoorbeeld de *Methodology for Self-assessment and Peer Review Tool* van januari 2007, Ref: CESR/07-071b.

Speciale vermelding verdient hier ook CESR-Pol, dat zich duidelijk richt op de rechtshandhaving en de internationale samenwerking. CESR-pol is niet alleen op beleidsniveau actief, maar ook duidelijk op het niveau van de operationele samenwerking. De grondslag daarvoor wordt gevormd door de Europese richtlijnen én het multilaterale *Memorandum of Understanding on the Exchange of Information and Surveillance of Securities Activities* (hierna: MoU). In het kader van een ander operationeel onderdeel van CESR, de CESR-Fin, kwam de voor dit onderzoek relevante *Standard No. 2 on Financial Information – Co-ordination of enforcement activities*,³⁴ tot stand. Deze standaard heeft betrekking op de handhavingsactiviteiten met betrekking tot de financiële rapportageplichten die op financiële instellingen rusten. In het verlengde hiervan werd een database in het leven geroepen waarin handhavingsbesluiten van EU-toezichthouders zijn opgenomen. Deze kunnen door andere toezichthouders worden geraadpleegd.

Het vierde niveau in de Lamfalussy-procedure betreft ten slotte de feitelijke uitvoering van het toezichtwerk en de monitoring ervan. Hier houdt de Europese Commissie tweedelijnstoezicht op de implementatie- en operationele controleactiviteiten. De Commissie wordt bijgestaan door een *Inter Institutional Monitoring Group*, die momenteel de Lamfalussy-procedure evalueert. Ook via de genoemde jaarlijkse FIM worden de vorderingen bijgehouden en op een website gepubliceerd.³⁵ Over de effectiviteit van dit alles verschillen de meningen. Niet altijd wordt voorkomen dat er tussen de lidstaten verschillen blijven bestaan (zie ook *infra* paragraaf 6.6). De review panel vervult hier een nuttige aanvullende functie. Deze kan echter alleen niet-bindende aanbevelingen doen.

6.3 DE (TOTSTANDKOMING VAN DE) RICHTLIJN MARKTMISBRUIK EN DE MiFID³⁶

Inmiddels is een aantal Europese richtlijnen via de Lamfalussy-procedure tot stand gekomen. Daartoe behoren ook de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID. Deze paragraaf heeft een tweeledig doel. Ze wil enerzijds in kaart brengen welke voorschriften beide richtlijnen bevatten, vooral over de controle in ruime zin (toezicht & opsporing) en de sanctionering, en anderzijds aangeven welke rol de Nederlandse autoriteiten bij de totstandkoming ervan hebben gespeeld. In de volgende paragraaf komen vervolgens de implementatie in de Nederlandse rechtsorde en de keuzes die daarbij zijn gemaakt aan bod.

34 Document 03-317c van 22 april 2004. Relevant is ook *Standard No 1 on financial information – enforcement of standards on financial information* in Europe van 12 maart 2003, Ref.: CESR/03-073.

35 Zie: < http://ec.europa.eu/internal_market/finances/fim/index_en.htm >.

36 Ook deze paragraaf werd in hoofdzaak gebaseerd op Luchtman 2007, hoofdstuk 2.2.2.

Nederland is in de onderhandelingsfase via meerdere actoren nauw betrokken geweest. Penvoerder hierbij was het ministerie van Financiën, dat via de permanente vertegenwoordiging de onderhandelingen in Brussel voerde (vgl. artikel 44 Gw). Het behoeft echter geen betoog dat de AFM via het CESR, dat ter zake een adviserende rol heeft, en via het beleidsoverleg met het ministerie eveneens nauw betrokken was. Ook de belastingdienst/FIOD-ECD, de 'eigen' opsporingsdienst van Financiën, is in deze fase betrokken geweest. Hetzelfde geldt voor het ministerie van Justitie en het Openbaar Ministerie. Dat laatste zal niet verbazen. Meer dan hun voorgangers en ook dan elders gebruikelijk is in het communautaire recht, stellen de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID eisen aan de taken en bevoegdheden van de verantwoordelijke autoriteiten. De Richtlijn marktmisbruik is naar haar aard bovendien een richtlijn die voor veel lidstaten een strafrechtelijke materie behelst, zonder dat hiermee gezegd is dat deze richtlijn verplicht tot strafrechtelijke handhaving. Als gevolg van 11 september is de besluitvorming eind 2001 versneld.

Voor de tamelijk vergaande eisen aan controle en sanctionering is in de ogen van de Commissie alle reden.³⁷

'Om geïntegreerde financiële markten in de Europese Unie tot stand te kunnen brengen moeten de uitvoerings- en handhavingsmethoden van de lidstaten onderling worden aangepast. Verschillen tussen de taken en bevoegdheden van nationale overheidsinstanties belemmeren de totstandbrenging van een volledig geïntegreerde markt en vergroten de verwarring op de markten. De richtlijn [marktmisbruik in dit geval, de auteurs] stelt dan ook voor dat de lidstaten één enkele instantie op het gebied van regelgeving en toezicht aanwijzen die belast is met een gemeenschappelijk aantal fundamentele taken. Gezien de toename van grensoverschrijdende activiteiten zou de Europese wetgeving moeten waarborgen dat de regelgevende en toezichthoudende autoriteiten doeltreffend samenwerken om marktmisbruik te voorkomen, op te sporen, te onderzoeken en te vervolgen. Hiertoe moeten zij op elkaars hulp kunnen rekenen en tijdig relevante informatie van elkaar ontvangen.'³⁸

In deze passage komt tot uitdrukking dat men om een effectief toezicht op geïntegreerde Europese effectenmarkten te kunnen uitoefenen, harmonisatie van de onderliggende materiële en procedurele normen noodzakelijk acht, ook met het oog op de transnationale handhavingssamenwerking. Daarbij heeft men beide richtlijnen op elkaar af willen stemmen.³⁹ Om die reden is een aantal bepalingen in (onder meer) de MiFID vrijwel identiek aan die van de Richtlijn marktmisbruik.

37 Niet alleen de Commissie is deze mening toegedaan. Ook FESCO, de voorganger van het CESR, onderschreef reeds de noodzaak van een geharmoniseerd taken- en bevoegdhedenpakket; zie 'A European Regime Against Market Abuse' van 29 juni 2000, doc.nr. 00-0961.

38 COM(2001)281, p. 5.

39 COM(2002)625, p. 38.

Beide richtlijnen kennen voorschriften met betrekking tot de bevoegde autoriteit zelf, haar bevoegdheden, haar geheimhoudingsplicht en ook haar bevoegdheid – soms plicht – tot transnationale samenwerking. De MiFID laat de keuze voor het toezichtmodel (bijvoorbeeld sectoraal toezicht, functioneel toezicht, meerdere toezichthouders of juist niet) aan de lidstaten zelf.⁴⁰ Bijgevolg kan de uitoefening van het toezicht in handen liggen van één of van meerdere toezichthouders. In het laatste geval zal er tussen hen moeten worden samengewerkt (vgl. artikel 49 MiFID). Echter, de autoriteiten moeten bij voorkeur wel ‘openbare autoriteiten’ zijn waarmee vooral de invloed van zelfregulerende instanties wordt teruggedrongen.⁴¹

De richtlijnen dwingen geen van beide tot strafrechtelijke handhaving. Dat punt is in de totstandkomingsfase wel aan de orde geweest,⁴² maar destijds verworpen, mede op grond van het argument dat de EG niet bevoegd was om strafrechtelijke handhaving voor te schrijven. Noch de Richtlijn marktmisbruik, noch de MiFID schrijft bijgevolg voor welke typen sancties de lidstaten moeten voorschrijven, alleen dat deze (minstens) administratief van aard moeten zijn.⁴³ Dit betekent dat de uiteindelijke keuze tussen strafrechtelijk of bestuursrechtelijk handhaven aan de lidstaten wordt gelaten. Het moet worden afgewacht welke consequenties het arrest van het Hof in de *milieustrafrechtzaak* zal hebben. In die zaak erkende het Hof de bevoegdheid van de Gemeenschap (dus de eerste pijler) om, onder bepaalde voorwaarden, dwingend strafrechtelijke sancties voor te schrijven op schendingen van gemeenschapsrecht.⁴⁴ Alle respondenten geven echter te kennen dat er hier op het vlak van het financieel toezicht ook momenteel nog weinig in beweging is.

Het voorgaande wil niet zeggen dat de relatie tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving in de onderhandelingen verder niet aan de orde is geweest. De Nederlandse inzet in deze fase lijkt, voor zover het de handhaving betrof, in hoofdzaak te zijn gericht op de instandhouding van het in Nederland al bestaande systeem. Men beoogde

‘er voor te zorgen dat de bestaande afbakening tussen de administratieve autoriteit ([toen nog, de auteurs:] de STE) en de opsporingsinstantie (het OM) past binnen de richtlijn.’⁴⁵

40 COM(2002)625, p. 38.

41 Vgl. artikel 48 MiFID en artikel 11 Richtlijn marktmisbruik. Soms is op basis van de MiFID delegatie mogelijk (artikel 48 en 50). 48 MiFID geeft daarvoor voorwaarden. De Richtlijn marktmisbruik voorziet niet in deze mogelijkheid.

42 Het is bijvoorbeeld bepleit door het Economisch en Sociaal Comité (*PbEG* 2002, C 80/62).

43 Artikel 51 MiFID, resp. artikel 14 Richtlijn marktmisbruik. Privaatrechtelijke sancties zijn dus niet afdoende.

44 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, Commissie t. Raad, *Jur.* 2005, p. I-7875.

45 Brief van 28 november 2001, nr FM01-1915, FM 2001-01915 U, Ontwerprichtlijn marktmisbruik (COM(2001)281 fin).

Aan nieuwe, ingrijpende wijzigingen in de aard en organisatie van het financiële toezicht, inclusief de strafrechtelijke aspecten daarvan, had men geen behoefte. Enerzijds vond men het optuigen van toezichthouders met zware dwangmiddelen te ver gaan, anderzijds was er in Nederland op dit terrein in de voorgaande jaren al veel gebeurd (zie de volgende paragraaf).

Veel aandacht is er in de richtlijnen voor de bevoegdheden waarover de autoriteiten moeten kunnen beschikken en de daarmee corresponderende verplichtingen van de betrokken instellingen. Instellingen krijgen bijvoorbeeld enerzijds administratie- en meldplichten opgelegd in het kader van het integriteitstoezicht (artikel 25 MiFID), anderzijds moeten de toezichthouders worden uitgerust met ten minste de daar omschreven bevoegdheden, waaronder bevoegdheden tot:

- het verkrijgen van toegang tot ieder document, in enigerlei vorm, en een afschrift hiervan te ontvangen;
- het verlangen van aanvullende inlichtingen van iedere persoon en zo nodig een persoon op te roepen en te ondervragen om inlichtingen te verkrijgen;
- het verrichten van inspecties ter plaatse;
- het verlangen van bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer;
- het verlangen dat elke praktijk die in strijd is met de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen, wordt beëindigd;
- het verzoeken om bevriezing van en/of beslaglegging op activa (artikel 12 Richtlijn marktmisbruik en artikel 52 MiFID);⁴⁶
- het inleiden van strafrechtelijke vervolgingsprocedures (artikel 52 MiFID).⁴⁷

Een aantal van deze bevoegdheden is naar het recht van sommige lidstaten, waaronder Nederland⁴⁸ en Duitsland, strafvorderlijk van aard. Dat geldt bijvoorbeeld voor de inbeslagnemingsbevoegdheid, maar ook voor de bevoegdheid tot het opvragen van verkeersgegevens.⁴⁹ Betekent dit nu dat bestuursorganen moeten worden opgetuigd met strafvorderlijke bevoegdheden? In het kader van de Richtlijn marktmisbruik ontwikkelde zich destijds een discussie tussen landen, zoals Griekenland, die geen problemen zagen in bijvoorbeeld de toekenning van een inbeslagnemingsbevoegdheid aan de toezichthouder en de landen, waaronder Nederland, die problemen zagen ontstaan met de

⁴⁶ Ook hier geldt dat de richtlijn marktmisbruik en de MiFID op elkaar zijn afgestemd; COM(2004)15, p. 25.

⁴⁷ Vreemd genoeg voorziet de richtlijn marktmisbruik niet in de bevoegdheid om strafrechtelijke procedures in te leiden.

⁴⁸ Vgl. voor Nederland *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 17-18 (richtlijn marktmisbruik) en *Kamerstukken II* 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 69-70 (MiFID).

⁴⁹ In een nog eerder stadium is bovendien niet alleen gesproken over inbeslagnemingsbevoegdheden, maar zelfs over doorzoekingsbevoegdheden ('The power to search any premises and make any subsequent seizures of books, records and documents;'); zie voormeld FESCO-document van 29 juni 2000, doc.nr. 00-0961, onder 73, *supra* noot 37. In de richtlijnvoorstellen van de Commissie is dat niet meer terug te vinden.

eigen grondwet en het EVRM. Zo is eind 2001 in Kamerstukken te lezen dat ‘Nederland de doelstelling van het richtlijnvoorstel om aan de integriteit van de Europese financiële markten bij te dragen en het vertrouwen van de beleggers te vergroten’ onderschrijft, maar dat Nederland op onderdelen ruimte voor verbeteringen ziet, waaronder ook de ‘verdeling bevoegdheden toezichthouders en justitiële autoriteiten.’⁵⁰ Waarop men precies doelt wordt duidelijker als we nadien lezen dat (toen nog staatssecretaris) Wouter Bos met betrekking tot artikel 12 in de ECOFIN-raad van 13 december 2001, waarop over het voorstel een politiek akkoord werd bereikt, de volgende tekstsuggestie deed:

‘The Commission and the Council declare with regard to Article 12 that the competences stated in this article will be exercised without prejudice to the competences of the judicial authorities of the Member States.’⁵¹

Deze suggestie is in het akkoord overgenomen. Een en ander was ook al te lezen in het compromis, verwoord in het Commissievoorstel, COM(2001)281, van mei 2001, waarbij de toezichthouders deze bevoegdheden ook met tussenkomst van rechterlijke autoriteiten mogen uitoefenen. Uiteindelijk belandde dit compromis ook in de tekst van artikel 12 lid 1 Richtlijn marktmisbruik.⁵²

Ook de samenwerking tussen toezichthouder en justitiële autoriteiten is in beide richtlijnen aan de orde. Uit artikel 52 MiFID blijkt bijvoorbeeld dat toezichthouders over de bevoegdheid moeten beschikken om strafrechtelijke vervolgingsprocedures in te leiden. In het verlengde daarvan ligt dat de geheimhoudingsplicht die de toezichthouders is opgelegd, een uitzondering kent voor ‘zaken die onder het strafrecht vallen.’⁵³ Hoe die inleiding precies plaats moet hebben, wordt echter niet duidelijk uit de richtlijnen. Is hiermee bedoeld dat de toezichthouder bij verdenkingen van strafbare feiten de justitie moet inschakelen? Dient hij dat te doen via een aangifte of anderszins? En wat voor gevolgen heeft die aangifte voor de justitie – moeten deze een onderzoek starten of mogen ze daarvan afzien? Voor welke strafbare feiten geldt deze plicht/bevoegdheid? Op die vragen wordt geen antwoord gegeven. Het antwoord zal per land afzonderlijk kunnen worden bepaald; ook hier werd dus de nodige manoeuvreerruimte voor de lidstaten gelaten.

In het verlengde van het voorgaande passen nog enige opmerkingen over het beroepsgeheim. Daarover bevatten beide richtlijnen opnieuw op elkaar afgestemde voorschriften. In artikel 13 Richtlijn marktmisbruik en artikel 54 MiFID worden de (medewerkers van de) autoriteiten tot geheimhouding ver-

50 *Kamerstukken II 2001/02*, 21 501-507, nr. 340, p. 4.

51 *Kamerstukken II 2001/02*, 21 501-507, nr. 343, p. 3.

52 Daarover ook J.A.E. Vervaele, ‘De Europese dimensie van het (economisch en financieel) strafrecht’, in: P.M. van Russen Groen e.a. (red.), *Iets bijzonders – Liber amicorum prof. jhr. mr. M. Wladimiroff*, Den Haag: SDU 2002; M.J.J.P. Luchtman, ‘Europese handhavingssamenwerking bij de bestrijding van marktmisbruik’, in: *SEW 2006*.

53 Artikel 54, lid 3, MiFID en artikel 16, lid 2, richtlijn marktmisbruik.

plicht, waarbij artikel 54 MiFID preciezer in zijn redactie lijkt dan artikel 13 Richtlijn marktmisbruik. Beide geheimhoudingsregimes hebben met elkaar gemeen dat een onderscheid wordt gemaakt tussen gegevens die de toezichthouders in het kader van de transnationale samenwerking hebben verkregen en gegevens die in een nationale context werden verkregen. In het tweede geval wordt volstaan met een algemene geheimhoudingsplicht, waarvan de uitzonderingen mogen worden bepaald door het nationale recht (vgl. artikel 54 lid 5 MiFID), terwijl in het eerste geval de richtlijnen aanvullende eisen stellen. Met dat laatste is onmiskenbaar beoogd de samenwerking te bevorderen door minimumvoorwaarden te scheppen voor het verdere gebruik en de verdere verstrekking van aan het buitenland verstrekte gegevens. Immers, als het vertrouwelijke en doelgebonden gebruik van de aan het buitenland verstrekte gegevens gewaarborgd is, zullen toezichthouders eerder deze gegevens verstrekken.⁵⁴ De relatie met het strafrecht blijft overigens, net als onder de Richtlijn beleggingsdiensten, wat vaag.⁵⁵

Kortom, de richtlijnen dwingen niet tot verplichte strafrechtelijke handhaving, laten de nodige ruimte voor de precieze invulling van de samenwerking met justitie bij de uitoefening van bevoegdheden en blijven enigszins vaag over de gegevensverstrekking tussen justitie en toezichthouder. Het in Nederland al bestaande stelsel van handhaving, waarop nu wordt ingegaan, kon daarom grotendeels overeind blijven. Nederland leek dus in zijn opzet geslaagd.

6.4 JURIDISCHE EN BELEIDSMATIGE IMPLEMENTATIE VAN DE RICHTLIJNEN IN NEDERLAND

6.4.1 De handhaving van het effectenrecht tot de Richtlijn marktmisbruik

Het is nuttig de implementatie van de twee richtlijnen te plaatsen tegen de achtergrond van de bredere discussie over de handhaving van het effectenrecht in Nederland. Sinds eind 1997 is deze in een stroomversnelling geraakt. Onmiskenbaar sturen de nieuwe Lamfalussy-richtlijnen aan op meer handhaving door de lidstaten, maar, zo moet daar nu aan worden toegevoegd, die trend was op nationaal niveau ook al ingezet. Er lijkt dus sprake van twee elkaar versterkende processen.

54 HvJ EG 11 december 1985, zaak 110/84, Hillegom/Hillenius, *Jur.* 1985, p. 3947, waarover Van der Vossen 1991, p. 46 e.v.; A. Althaus, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle* (diss. Bern), Bern: Stämpfli 1997, p. 73-74; Luchtman 2002, p. 38-42.

55 Daarover uitvoerig M.J.J.P. Luchtman, *Geheimhouding en verschoning in het effectenrecht*, Amsterdam: NIBESVV 2002; M.J.J.P. Luchtman, J.A.E. Vervaele & O.J.D.M.L. Jansen, *Informatie uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum*, Utrecht: Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie 2002.

Vooraf sinds de Nota integriteit financiële sector⁵⁶ en affaires als Nusse Brink en de Clickfondsaffaire is de integriteit van de financiële sector en de handhaving van het effectenrecht een punt van aandacht. Niet alleen de samenwerking en informatie-uitwisseling met justitie, maar ook de eigen sanctiebevoegdheden van de toezichthouders zijn toen onder de loep genomen. Met het oog op de versterking van de effectiviteit van de rechtshandhaving werd eind jaren negentig aan de financieel toezichthouders de bevoegdheid verleend om zelf punitieve sancties op te leggen.⁵⁷ Daarmee had ook een accentverschuiving plaats van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving. De AFM (toen nog Stichting Toezicht Effectenverkeer) was niet langer aangewezen op het OM. Het primaat ligt sindsdien bij de bestuursrechtelijke handhaving.⁵⁸ Alleen bij de ernstiger zaken komt het OM in beeld. Hierdoor werd de primaire verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving onderstreept, maar werden ook capaciteits- en expertiseproblemen bij het OM omzeild.⁵⁹ Dit systeem, zo geven de respondenten aan, functioneert ook nu naar tevredenheid.

De AFM vervult geen opsporingstaken, maar doet wel aangifte bij het OM of verstrekt deze desgevraagd gegevens (vgl. artikel 1:92 Wft). In veel gevallen neemt de laatste dan het onderzoek over. Strafrechtelijke (FOM en belastingdienst/FIOD-ECD) en bestuursrechtelijke rechtshandhaving (AFM) hebben als gevolg daarvan plaats in gescheiden fora. Dat wordt door geen van de respondenten als een probleem ervaren. Toch heeft de informatie-uitwisseling tussen de toezichthouders (AFM en DNB) en justitie in het verleden wel eens tot problemen geleid vanwege de vertrouwenspositie van de toezichthouder.⁶⁰ De afgelopen jaren lijkt echter een tendens ingezet die leidde tot een actievere en nauwere samenwerking tussen AFM en OM. Dat is als gezegd deels het gevolg geweest van internationale⁶¹ en Europese normering, bijvoorbeeld artikel 52 MiFID, maar het hangt ook samen met nationale ontwikkelingen. De invoering van de bestuurlijke boete leidde bijvoorbeeld al tot meer overleg tussen OM en toezichthouders. Daarnaast werd met de Wet actualisering en harmonisatie van de financiële toezichtwetgeving⁶² de bewaking van de integriteit van de financiële sector expliciet als toezichtdoelstelling geformuleerd, mede om de informatieverstrekking aan justitie te vergemakkelijken. Het sluitpunt van deze ontwikkelingen is opnieuw de nieuwe taakstelling van de

56 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 830, nr. 2.

57 Wet invoering bestuurlijke boete en dwangsom (IBBD) (*Stb.* 1999, 509) en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 821, nr. 1-3.

58 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 18.

59 Het Functioneel Parket van het Openbaar Ministerie, opgericht om kennis en ervaring te bundelen op (onder meer) fiscaal en financieel terrein, bestond destijds nog niet.

60 Uitvoerig hierover Luchtman 2002.

61 Vgl. Aanbeveling 11 van de IOSCO Principles for Cooperation in Regulation, versie maart 2003 en de toelichting erbij.

62 *Stb.* 2003, 103.

AFM als functioneel gedragstoezichthouder geweest. Van de gedragstoezichthouder wordt namelijk een hoge mate van transparantie verlangd en ook het opsporen van overtredingen en het ‘vangen van boeven’.⁶³ Dat veronderstelt een zekere mate van samenwerking met de strafrechtelijke handhavingskolom.⁶⁴

Op basis van het voorgaande moet de conclusie luiden dat de AFM en het OM sinds eind jaren negentig in hoge mate parallelle bevoegdheden hebben. De ene autoriteit is niet ondergeschikt aan de andere. Een inbedding van de AFM in het strafrecht – bijvoorbeeld door haar de status van opsporingsdienst toe te kennen, of door haar te laten opereren als plaatsvervanger van het OM – is wel vaker geopperd,⁶⁵ maar ook telkens verworpen.

6.4.2 De implementatie van de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID

Tegen de achtergrond van het voorgaande lijkt ook de stelling gerechtvaardigd, hetgeen ook door de respondenten wordt beaamd, dat de wijze van handhaving bij de implementatie van de Europese richtlijnen niet voor onoverkomelijke problemen heeft gezorgd. In de implementatiefase was het ministerie van Financiën opnieuw het verantwoordelijke ministerie. De AFM is tijdens het gehele proces veelvuldig en op structurele wijze door Financiën geconsulteerd. Ook het Ministerie van Justitie, OM, en de eigen opsporingsdienst van het ministerie van Financiën, de belastingdienst/FIOD-ECD, zijn geconsulteerd. Vanuit Justitie bestonden bij de Wet marktmisbruik in eerste instantie vragen over de wijze van strafbaarstelling van de bepalingen in het wetsvoorstel (gelede normstelling) en over de bewijsbaarheid van insiderzaken, maar deze zijn – zo geeft men aan – gaandeweg naar tevredenheid opgelost, onder meer via het systeem van AMvB’s, waarmee de reikwijdte van de strafwet kan worden beheerst, en via een uitbreiding van de opsporingsbevoegdheden.

Naar de mening van de regering voldeed Nederland op handhavingsvlak al aan de richtlijneisen, c.q. konden deze eenvoudig worden ingepast in de Nederlandse rechtsorde. Dat was al zo onder de Richtlijn marktmisbruik, maar het geldt te meer voor de MiFID.⁶⁶ Alleen op onderdelen rezen nog vragen. Zo was niet altijd duidelijk op welke wijze bepaalde termen die de richtlijnen hanteren moesten worden ingepast in het Nederlandse juridische jargon. Een

63 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 122, nr. 2, p. 12 en vgl. ook Luchtman 2002; G.T.J. Hoff, ‘Het toezicht op effecteninstituten’, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 166.

64 Kritisch daarover was de Algemene Rekenkamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 635, nrs. 1-2, p. 40-41.

65 Vgl. G.J.M. Corstens, ‘Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb’, *NJB* 2000, p. 1185-1190; L.F.M. Verhey & N. Verheij, ‘De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief’, in: *Toezicht* (Handelingen NJV 2005-1), Deventer: Kluwer 2005.

66 Vgl. voor de MiFID, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 69. Aparte omzetting van de richtlijnbevestigingen van artikel 48-58 vindt men om deze reden niet nodig.

instrument als de 'aanwijzing' staat niet in de Algemene wet bestuursrecht. Vanuit Financiën is ten tijde van de totstandkoming van de Wft geopperd om dergelijke (bijzondere) handhavingsinstrumenten ook in de Awb te codificeren, ten einde in elk geval op nationaal niveau over een geharmoniseerd instrumentarium te beschikken.

Voor een hernieuwde discussie over de noodzaak van al dan niet strafrechtelijke handhaving van de verplichtingen uit de Europese richtlijnen zag men geen aanleiding. Twee respondenten gaven met zoveel woorden aan dat, als het toch aan de orde zou moeten komen, dit meer een onderwerp zou zijn in het kader van een evaluatie van de Wet op de economische delicten. Het huidige systeem van duale handhaving volstond, zeker sinds de oprichting van het Functioneel OM. Daardoor verdween eveneens de discussie om de AFM zelf op te tuigen met strafrechtelijke bevoegdheden naar de achtergrond. Als gezegd is dit laatste voor geen van de respondenten momenteel een punt van aandacht.⁶⁷

De relatie tussen AFM en OM blijft in de implementatiewetten enigszins onduidelijk. Ook hier lijkt het streven vooral gericht op een behoud van de *status quo*. Veelzeggend is dat de geheimhoudingsplicht van de toezichthouder, en daarmee de verhouding tussen AFM en het OM, niet zozeer aan de orde kwam bij de invoering van de Wet marktmisbruik, maar bij de Wet actualisering en harmonisatie van de financiële toezichtwetgeving en bij de Wet op het financieel toezicht, die geen implementatiewet is, maar de laatste fase in de omvorming naar het functionele toezichtsmodel.⁶⁸ Men ging er bij de implementatie van de Wet marktmisbruik dus vanuit dat het bestaande systeem al voldeed. Een soortgelijke constatering kan nu worden gedaan ten aanzien van het implementatiewet van de MiFID,⁶⁹ ook al wijkt het geheimhoudingsregime van de MiFID af van dat van de Richtlijn beleggingsdiensten.⁷⁰

Het voorgaande mag enigszins opmerkelijk heten. Immers, in Nederland komen de bevroerings- en inbeslagnemingsbevoegdheid die beide richtlijnen voorschrijven, niet toe aan de AFM, maar aan het OM, c.q. de belastingdienst/FIOD-ECD.⁷¹ Er is dus ondubbelzinnig gekozen voor het samenwerkingsmodel. De richtlijnen staan dit toe, maar de vraag is of dit model functioneert. De toerusting van de AFM met bevoegdheden van strafvorderlijke aard vond men te ver gaan. Op de website van CESR is desalniettemin te lezen dat de AFM niet,

67 Een andere reden daarvoor is overigens dat de AFM dan meer zou opschuiven in de richting van een *deterrence*-model waardoor de relatie met de markt onder druk zou komen te staan. De informatiestroom naar de AFM zou kunnen opdrogen.

68 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 47 e.v.

69 *Stb.* 2007, 406. De opmerking dat ook de MiFID, net als de Richtlijn beleggingsdiensten, uitgaat van een gesloten systeem van geheimhouding mag, gelet op de tekst van artikel 54, leden 1 en 5, MiFID, wat ondergetekende betreft ernstig worden betwijfeld.

70 Daarover Luchtman 2007, p. 30 e.v.

71 Vgl. voor Nederland *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 17-18 (richtlijn marktmisbruik) en *Kamerstukken II* 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 69-70 (MiFID).

ook niet via samenwerking, over inbeslagnemingsbevoegdheden beschikt.⁷² Overigens heeft men de invoering van de Wet marktmisbruik, op aandringen van het OM en de belastingdienst/FIOD-ECD wel aangegrepen, om artikel 67 lid 1 onder c Sv uit te breiden tot het tipverbod en marktmanipulatie, waardoor een aantal strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden voortaan ook voor deze delicten kan worden aangewend. Die maatregel vloeit niet voort uit Europese richtlijnen, maar is een puur nationale maatregel. In die zin gaat de Wet marktmisbruik dus juist weer verder dan de Richtlijn marktmisbruik eist. Daardoor kunnen mogelijke bewijsproblemen aan de zijde van het OM beter worden ondervangen.

6.5 UITVOERING EN HANDHAVING VAN DE NORMEN VAN DE RICHTLIJNEN

In hoeverre ondervinden de autoriteiten op de werkvloer Europese sturing bij hun alledaagse activiteiten? Hier kan worden onderscheiden tussen de toezichthouders AFM en justitie, OM en belastingdienst/FIOD-ECD. Het zal niet verbazen dat de laatste groep vanuit Europa, door de Europese Commissie of anderszins, niet wordt aangestuurd. De Europese richtlijnen richten zich in hoofdzaak op de toezichthouders en niet op de justitiële autoriteiten, ook al laten de richtlijnen uitdrukkelijk de ruimte voor strafrechtelijke handhaving. Binnen de derde pijler is er evenmin veel aandacht voor het financiële toezicht. De conclusie kan geen andere zijn dan dat de Nederlandse justitiële autoriteiten ter zake in hoge mate autonoom zijn.

Ook de toezichthouder wordt niet door de Commissie aangestuurd in haar dagelijkse werk. De AFM vervult als gezien zowel taken op het gebied van de wetsuitvoering – bijvoorbeeld het verlenen van vergunningen aan financiële ondernemingen – en preventieve controle, als taken in het kader van de repressieve rechtshandhaving. Op het moment dat de AFM een overtreding constateert, heeft ze de beschikking over een uitgebreid arsenaal aan mogelijkheden. Mede vanwege haar onafhankelijke positie en deskundigheid komt haar daarbij een grote vrijheid toe. Ze kan kiezen uit de oplegging van reparatoire, op herstel gerichte sancties, zoals het geven van een aanwijzing (artikel 1:75 Wft), het benoemen van een curator (artikel 1:76 Wft) of de last onder dwangsom (artikel 1:79 Wft). Ze kan een openbare waarschuwing geven (artikel 1:94 e.v. Wft). Bovendien kan de AFM kiezen voor het opleggen van punitieve sancties, in het bijzonder bestuurlijke boetes (artikel 1:80 Wft). Ze kan als gezien ook de strafrechtelijke handhavingsautoriteiten inschakelen. De keuze is aan haar.

72 Zie: An evaluation of equivalence of supervisory powers in the EU under the Market Abuse Directive and the Prospectus Directive A report to the Financial Services Committee (FSC), van 21 juni 2007, nr. 07-334b.

Het voorgaande betekent echter niet dat de AFM helemaal vrij is. Via het netwerk van toezichthouders (CESR), waarvoor de EU het institutionele kader biedt, wordt immers intensief samengewerkt en worden *best practices, standards* en *guidelines* uitgevaardigd. Zo wordt via *soft law* de handhavingspraktijk toch beïnvloed. Binnen het CESR worden tal van toezichtsvragen besproken, zoals de vraag of toezicht wordt gehouden via *risk-based*-modellen en/of via steekproeven, of en wanneer toezicht *ex ante* moet worden uitgeoefend of *ex post*, welke sancties bij geconstateerde overtredingen moeten worden opgelegd, of men moet optreden of dat men er soms – om zwaarwegende redenen (en welke zijn dat dan?) – vanaf mag zien, et cetera.⁷³ Ook al gaat het hierbij niet om *hard law* en ook al heeft binnen het CESR besluitvorming bij voorkeur plaats op basis van unanimiteit (de AFM behoudt dus zeggenschap), van beïnvloeding is wel degelijk sprake. Dat werkt overigens ook in de omgekeerde richting: via het CESR (of via het ministerie van Financiën) kan ook de AFM zelf onderwerpen op de Europese agenda zetten.

Het doel van dit alles is uiteraard het bereiken van een zo optimaal mogelijk *level playing field*, waarbij verschillen in toezichtscultuur en handhavingspraktijk niet voor verstoringen van de markt zorgen. Opnieuw verdient echter opmerking dat de inspanningen zich vooralsnog alleen richten op de toezichthouders, niet op de justitiële autoriteiten. De respondenten gaven overigens allen aan ook geen behoefte te hebben aan een dergelijk *diagonaal overleg* of aan dergelijke *diagonale samenwerking* (samenwerking/overleg tussen toezichthouders en justitiële autoriteiten uit verschillende staten). Men vreest dat hierdoor de samenwerking implodeert, vanwege de grote verschillen tussen de samenwerkende autoriteiten uit de verschillende staten die daardoor ontstaan.

6.6 TOEZICHT OP DE UITVOERING EN HANDHAVING VAN DE RICHTLIJNEN

Een laatste opmerking past over het systeem van controle op en evaluatie van de wijze van uitvoering van de richtlijnen door de lidstaten. Verschillende respondenten gaven aan dat hier nog winst te boeken is, omdat er na implementatie tussen staten nog verschillen blijken te bestaan in gevallen van niet volledige harmonisatie. Ook de inpassing in bestaande rechtssystemen zorgt soms voor problemen en verschillen tussen staten.⁷⁴ Ondanks deze knelpunten bestaat bij sommige respondenten de indruk dat bij de Europese Commissie voornamelijk wordt gekeken of de omzettingstermijn wordt gehaald en niet zozeer *hoe* men implementeert. De lidstaten zijn hierin in zeer hoge mate vrij. Infractieprocedures zijn tot nu toe niet in gang gezet. Bovendien zou, zo is wel opgemerkt, de Commissie het implementatieproces in de zevenentwintig

⁷³ Zie de noten 34 en 72 voor een voorbeeld.

⁷⁴ Denk aan het hiervoor aangehaalde voorbeeld over de interpretatie van de term ‘aanwijzing’.

lidstaten meer kunnen sturen. In de praktijk blijkt een duidelijke behoefte te bestaan aan informatie over de implementatiekeuzes die in andere lidstaten worden gemaakt. Die sturing, c.q. coördinatie heeft nu *de facto* wel binnen het CESR-netwerk plaats, maar niet op het niveau van de nationale wetgever(s).

De gevoelde problemen doen zich ook voor ten aanzien van de Europese sanctie- en controlevoorschriften. Ze spelen bovendien niet alleen bij de juridische implementatie (heeft men de bevoegdheid?), maar ook bij de feitelijke implementatie ofwel de uitvoering/handhaving ervan (hoe past men deze toe?). Vanuit het CESR is wel gesteld dat de keuze voor minimumharmonisatie op dit vlak mogelijk juist heeft geleid tot een verminderde toenadering tussen de lidstaten en hun rechtssystemen.⁷⁵

Deze problemen worden overigens ook onderkend. Na al de wetgevende arbeid die de afgelopen jaren is verricht, is al aangekondigd dat het EU-beleid zich de komende jaren meer zal gaan richten op een juiste implementatie en een voortgaande toenadering van de toezichtssystemen, waaronder men uitdrukkelijk ook de onderlinge afstemming van de rechtshandhaving begrijpt (*supervisory convergence*; vgl. paragraaf 6.2.1 *in fine*).⁷⁶ Ook het CESR is ten dele al in dit gat gesprongen. Voornamelijk via het *review panel* worden tal van punten opgenomen en zoekt men naar incongruenties in het Europese toezichtssysteem. Deze kunnen ook betrekking hebben op handhavingsaspecten. Met het oog daarop zijn ook standaarden ontwikkeld voor *self-assessment* en *peer review*. Deze kunnen vanwege CESR leiden tot niet-bindende aanbevelingen. Daarvan zijn talloze voorbeelden te vinden die ook op de website van het CESR worden gepubliceerd.⁷⁷

6.7 CONCLUSIES

In het voorgaande werd het financiële toezicht aan de hand van een tweetal belangrijke Europese richtlijnen op dit vlak onder de loep genomen. De centrale probleemstelling luidde daarbij: welke invloed gaat vanwege de EU uit op de nationale rechtshandhaving op het terrein van het financieel (gedrags)toezicht in Nederland en hoe wordt deze invloed in Nederland in juridische en feitelijke zin geïmplementeerd? In de voorgaande paragrafen werd een onderscheid gemaakt tussen de Nederlandse inspanningen in de onderhandelings- en totstandkomingsfase (paragraaf 6.3), de implementatiefase (paragraaf 6.4) en de uitvoerende fase (paragraaf 6.5). Beperkte aandacht was er ook voor de controle op de implementatie (paragraaf 6.6). Een en ander werd geplaatst

⁷⁵ *Supra* noot 72, onder 11.

⁷⁶ Bijvoorbeeld in de conclusies van de ECOFIN-raden van juni en november 2004. Zie ook het *Report on financial supervision* van het Financial Services Committee van de Raad van 20 juli 2005, nr. FSC 4155/05.

⁷⁷ Zie voor een overzicht: < www.cesr-eu.org >.

in de bredere context van het Europese en nationale beleid op het vlak van het financieel toezicht (paragraaf 6.2 en 6.4.1).

Tot welke bevindingen leidde dit alles? Het financiële toezicht is een terrein waar de materiële normen, waaraan de spelers op de markten zich uiteindelijk hebben te houden, in zeer hoge mate worden beïnvloed door Europa. Meer en meer streeft men naar volledige harmonisatie. *Goldplating* wordt als onwenselijk gezien, omdat daardoor het *level playing field* wordt verstoord. Via het Lamfalussy-proces, dat momenteel wordt geëvalueerd, is men continu op zoek naar zwakke plekken in het geheel. Via een getrappt systeem van regelgeving streeft men ernaar snel op ontwikkelingen te kunnen inspringen.

Ook de handhaving wordt niet onberoerd gelaten. Er worden vrij veel eisen gesteld aan de controle- en sanctiebepalingen van de lidstaten. Ook het nationale strafrecht wordt hierdoor geraakt, bijvoorbeeld via het verplicht voorschrijven van naar hun aard strafvorderlijke bevoegdheden, al dwingt men niet tot verplichte strafrechtelijke handhaving. Er zijn vooralsnog ook geen aanwijzingen dat dit gaat gebeuren. Of de lidstaten dus bestuurs- en/of strafrechtelijk willen handhaven, blijft voorlopig een nationale keuze.

Hoe gaat Nederland met deze Europese invloed op het vlak van controle en sanctionering om? Het antwoord kan op twee wijzen worden geformuleerd. Men kan stellen dat de handhavingsaspecten bij de totstandkoming en implementatie geen punt van grote aandacht zijn geweest, *omdat* het Nederlandse systeem al voldeed. Men kan ook stellen dat het streven bij de totstandkoming en de implementatie van de twee besproken richtlijnen juist was gericht op de instandhouding van de *status quo*. Het antwoord ligt waarschijnlijk in het midden. Alle respondenten geven aan geen problemen te hebben ondervonden bij de inpassing van de Europese eisen in het bestaande Nederlandse model. Ten dele waren de mogelijke oneffenheden in de onderhandelingsfase al weggepoetst, ten dele voldeed Nederland al aan de eisen.

Voor Nederland lijken de samenwerkings- en bevoegdhedenkwestie, gelet op het bestaande systeem (paragraaf 6.4.1), afgezet tegen de eisen van de richtlijnen (paragraaf 6.3), de meest tere onderwerpen te zijn geweest. Opmerkelijk is dan ook dat hier de Nederlandse implementatiewet enerzijds op een enkel punt verder gaat dan de richtlijn eist. Zo is via de Wet marktmisbruik artikel 67 Sv gewijzigd, waardoor strafvorderlijke dwangmiddelen ook beschikbaar kwamen voor het tipverbod en marktprijsmanipulatie. Anderzijds worden op andere punten 'Europese' issues juist niet in de implementatiewet geregeld. Een voorbeeld hiervan levert de geheimhoudingsplicht van de financiële toezichthouders, die in het verleden in Nederland toch bepaald tot problemen aanleiding heeft gegeven.⁷⁸ Daaraan worden in de (voorstellen voor de) imple-

78 Niet alleen jegens justitie bestonden problemen, ook jegens de fiscus; vgl. 'Wijn neemt AFM zwaar onder vuur', *de Volkskrant*, 26 september 2005; 'Geen extra advies bij twist AFM', *de Volkskrant*, 27 september, 2005. Telkens was vanwege de toezichthouder het argument dat de Europese richtlijnen gegevensverstrekking niet zouden toestaan.

mentatiewetten weinig woorden besteed. Vooral hier lag echter een potentieel conflict tussen nationaal recht en de Europese eisen, want beide richtlijnen gaan uit van nauwe samenwerking tussen de toezichthouder en justitie. Deze kwestie is, vooraf⁷⁹ én nadien,⁸⁰ overigens wel via andere wetten ter hand genomen.⁸¹ Ook over de mogelijke complicaties met betrekking tot de toepassing van sommige strafvorderlijke dwangmiddelen, vooral de inbeslagnemings- en bevroeringsbevoegdheden, stapt men heen met de opvatting dat men hiervoor op samenwerking met het OM (of rechter-commissaris) is aangewezen en dat de bestaande kaders daarvoor volstaan. In CESR-verband is echter zeer recent nog opgemerkt dat de Nederlandse toezichthouder over deze bevoegdheid niet beschikt, ook niet via samenwerking met andere autoriteiten.⁸² Dat is in strijd met wat hierover in de implementatieprocedures werd gezegd.

Kortom, de richtlijnen laten, ondanks hun relatief grote aandacht voor de rechtshandhaving, nog steeds op essentiële onderdelen ruimte aan de lidstaten, bijvoorbeeld op het vlak van de keuze voor straf- of bestuursrechtelijke handhaving, de onderzoeksbevoegdheden van de toezichthouders, de invulling van de handhavingspraktijk en de geheimhoudingsplicht. Het Nederlandse systeem voldeed en voldoet hieraan in grote lijnen. Er waren weinig aanpassingen nodig om te voldoen aan de eisen van de richtlijnen. Het kan echter, gelet op het doel van *supervisory convergence*,⁸³ niet worden uitgesloten dat de Europese aandacht straks, als de materiële toezichtsnormen min of meer vergaand zijn geharmoniseerd, zal verschuiven naar de nationale handhavingsvoorschriften en dat de lidstaten dan minder ruimte zal worden gelaten. In het beleid van de EU voor de periode 2005-2010 zal een en ander een dominante rol innemen (paragraaf 6.2.1). Ook in het CESR en het *Financial Services Committee* van de Raad is al herhaaldelijk aandacht hiervoor gevraagd.⁸⁴

79 In het kader van de Wet actualisering en harmonisatie toezichtwetten.

80 In het kader van de Wet op het financieel toezicht.

81 Bijvoorbeeld de Wet op het financieel toezicht. Opmerkelijk is dat daarbij veelvuldig naar de Europese richtlijnen werd verwezen en de eisen die deze richtlijnen zouden stellen.

82 *Supra* noot 72, onder 45 en vooral 47.

83 Deze wordt omschreven als 'more consistent and common-decision making and enforcement practices among supervisors': Report on financial supervision van het Financial Services Committee van de Raad van 20 juli 2005, nr. FSC 4155/05, p. 16.

84 Zie bijvoorbeeld opnieuw de rapportage, *supra* noot 72.

7 | Luchtkwaliteit

7.1 INLEIDING

De casestudy 'Luchtkwaliteit' wordt in het kader van dit onderzoek, voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving, gerekend tot de tweede categorie.

Het dossier luchtkwaliteit is een atypisch dossier wat betreft handhaving. Zoals Backes benadrukt, is handhaving met betrekking tot omgevingsrecht een vreemde eend in de bijt. Indien onder handhaving louter zou worden verstaan 'handelingen die normconform gedrag van de burger kunnen bewerkstelligen', dan zou strikt genomen geen sprake zijn van handhaving.¹ In dit dossier dient handhaving dan ook ruimer te worden gezien. Op grond van artikel 8 lid 3 Kaderrichtlijn luchtverontreiniging² moeten bevoegde overheidsorganen bij een dreigende of daadwerkelijke overschrijding van de luchtkwaliteitsnormen actieplannen opstellen om de luchtkwaliteit weer aan de normen te laten voldoen. Daarbij richt handhaving zich dus op de milieukwaliteitsnormen. Dit geeft gelijk de reikwijdte van het dossier aan.

In het kader van handhaving van de milieukwaliteitsnormen zijn verschillende overheidsorganisaties bevoegd. De uitvoering van alle relevante maatregelen moet door de genoemde actieplannen worden aangestuurd. Het Besluit luchtkwaliteit 2001 was de feitelijke omzetting van de Europese Kaderrichtlijn en de eerste dochterrichtlijn.³ In het Besluit luchtkwaliteit 2001 werd de gemeente verantwoordelijk voor de uitvoering en handhaving van de milieukwaliteitsnormen. Dit geeft verschillende problemen op het vlak van handhaving. Wat gebeurt er indien maatregelen die door andere bestuursorganen zouden worden uitgevoerd geen doorgang vinden? Welke middelen heeft de

1 C.W. Backes, *Internationale vergelijking implementatie EU-richtlijnen luchtkwaliteit*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid / NILOS Universiteit Utrecht 2006 < www.uu.nl/uupublish/content-cln/InternationalevergelijkingimplementatieEU-richtlijnen.pdf >.

2 Richtlijn nr. 96/62/EG van de Raad van 27 september 1996 inzake de beoordeling en het beheer van de luchtkwaliteit (*PbEG* 1996, L 296/55).

3 Richtlijn nr. 1999/30/EG van de Raad van 22 april 1999 betreffende grenswaarden voor zwaveldioxide, stikstofdioxide en stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood in de lucht (*PbEG* 1999, L 163/410).

gemeente dan om het beleid, zoals vastgelegd in de actieplannen, te handhaven?⁴

De centrale vraagstelling in deze casestudy luidt: welke invloed gaat vanwege de EU uit op de nationale rechtshandhaving op het terrein van luchtkwaliteit en hoe wordt deze invloed in Nederland in juridische en feitelijke zin geïmplementeerd?

Allereerst wordt een korte schets gegeven van de toepasselijke Europese voorschriften, waarna de juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland zal worden besproken. Relevante vragen daarbij zijn: sloten de Europese voorschriften en nationale handhaving goed op elkaar aan en in hoeverre bestond er implementatievrijheid? Voor welk handhavingsregime is uiteindelijk gekozen? Wie zijn betrokken bij de implementatie en wie voert de regie? Loopt de afstemming naar wens? De casestudy wordt afgesloten met problemen zoals gesignaleerd in de praktijk, de feitelijke handhaving. Wat zijn de ervaringen met de handhavingstaak? Is het beleid uitvoerbaar? Zijn er capaciteitsproblemen en is er een samenhangende keten? Afgesloten wordt met een conclusie waarin de belangrijkste problemen uit het dossier kort worden benoemd.

Voor deze casestudy zijn interviews afgenomen bij ambtenaren van de Provincie Zuid-Holland, het ministerie van VROM, de VROM-Inspectie, de Gemeente Den Haag en het ministerie van Verkeer en Waterstaat. Daarnaast is een literatuurstudie verricht, waarbij gebruik is gemaakt van beleidsdossiers, onderzoeken en juridische publicaties aangaande het dossier luchtkwaliteit. Verder is uiteraard de relevante regelgeving zelf bestudeerd en is gebruik gemaakt van de websites van enkele betrokken en ondersteunende organisaties.

7.2 EU-BELEID EN REGELGEVING

7.2.1 Algemeen

Teneinde de invloed van Europese regelgeving te kunnen bespreken, wordt eerst een korte weergave gegeven van de bestaande regelgeving. Deze bespreking spitst zich toe op de Kaderrichtlijn luchtkwaliteit en de vier dochterrichtlijnen die de kaderrichtlijn verder uitwerken. Er bestaat nog andere regelgeving op het gebied van luchtkwaliteit, echter, het onderzoek spitst zich toe op de kern van het dossier luchtkwaliteit, waaronder in dit onderzoek de Kaderrichtlijn luchtkwaliteit en de vier dochterrichtlijnen wordt verstaan.

Luchtkwaliteit kan in een breder verband worden gezien; in Europa maakt het deel uit van het milieudossier, dat vervolgens wordt opgedeeld in bodem,

4 Backes 2006, p. 3.

natuur, water en lucht. In het luchtdossier worden de dossiers verdeeld in de onderwerpen transport en milieu, luchtvervuilers en luchtkwaliteit. Van dit laatste dossier zijn de Kaderrichtlijn luchtkwaliteit en de vier dochterrichtlijnen het belangrijkst. Regelgeving met het oog op zwaardere vervuilers, welke uiteraard invloed hebben op de algehele luchtkwaliteit, maken dus geen onderdeel uit van het luchtkwaliteitsdossier, maar van het luchtvervuilersdossier (*air pollutants*), waardoor deze in de casestudy niet zullen worden behandeld.

7.2.2 Kaderrichtlijn luchtkwaliteit (96/62/EG)

De Kaderrichtlijn luchtkwaliteit stelt zich tot doel de gezondheid van de mens en de ecosystemen te beschermen tegen verschillende stoffen die schadelijke effecten kunnen hebben. De richtlijn heeft tot doel grenswaarden en alarmdrempels van de schadelijke stoffen vast te stellen, het vaststellen van gemeenschappelijke methoden en criteria voor vaststellingen van de stoffen in de lucht, de beschikking over adequate informatie te bevorderen met een daaraan gekoppelde informatieplicht naar burgers toe en de instandhouding en verbetering van luchtkwaliteit.

Bijlage I bepaalt dat de regelgeving voor de stoffen zwaveldioxide, stikstofdioxide, fijne deeltjes, zoals roet,⁵ zwevende deeltjes, lood, ozon, benzeen, koolmonoxide, poly-aromatische koolwaterstoffen, cadmium, arseen, nikkel en kwik moeten worden uitgewerkt. Dit is gebeurd in de vier dochterrichtlijnen, die zodadelijk zullen worden besproken. De grenswaarden van fijn stof en stikstofdioxide worden in Europa het meest overschreden.⁶ Alvorens inhoudelijk de richtlijn te bespreken, is het van belang een aantal definities, dat in de Kaderrichtlijn wordt vastgesteld, toe te lichten. De belangrijkste termen zijn lucht, grenswaarde, streefwaarde en alarmdrempel.

Lucht: 'de buitenlucht in de troposfeer, met uitsluiting van de werkplek'. Dit houdt in dat het Europees luchtkwaliteitsbeleid zich richt op *alle* buitenlucht (artikel 2 lid 1).

Grenswaarde: 'een niveau dat op basis van wetenschappelijke kennis is vastgesteld teneinde schadelijke gevolgen voor de gezondheid van de mens en/of voor het milieu in zijn geheel te voorkomen, te verhinderen of te verminderen en dat binnen een bepaalde termijn moet worden bereikt en, als het eenmaal is bereikt, niet meer mag worden overschreden.' (artikel 2 lid 5).

⁵ Inclusief PM10.

⁶ R.B.A. Koelemeijer e.a., *Rapport consequenties van de EU-luchtkwaliteitsrichtlijnen voor ruimtelijke ontwikkelingsplannen in verschillende EU-landen*, Bilthoven: Milieu- en Natuurplanbureau 2005, p. 15, < www.mnp.nl/nl/publicaties/2005/Consequenties_van_de_EU-luchtkwaliteitsrichtlijnen.html >.

Streefwaarde: 'een niveau dat is vastgesteld om schadelijke effecten voor de gezondheid van de mens en/of voor het milieu in zijn geheel op lange termijn meer te vermijden, en dat zoveel mogelijk binnen een gegeven periode moet worden bereikt.' (artikel 2 lid 6).

Alarmdrempel: 'een niveau, waarboven een kortstondige blootstelling risico's voor de gezondheid van de mens inhoudt en bij overschrijding waarvan de lidstaten onmiddellijk overeenkomstig deze richtlijn maatregelen nemen' (artikel 2 lid 7).

Het onderscheid tussen grenswaarde en streefwaarde benodigt enige toelichting. De Kaderrichtlijn en de dochterrichtlijnen verplichten de lidstaten tot actie te komen bij (dreigende) overschrijding van een grenswaarde. Echter, een wezenlijk verschil bestaat tussen twee bovengenoemde termen. In de Kaderrichtlijn en de dochterrichtlijnen is vastgesteld op welke termijn aan de vastgestelde waarden moet worden voldaan. De omschrijving van het begrip grenswaarde maakt duidelijk dat er sprake is van een resultaatverplichting. Het niveau van de grenswaarde moet binnen de afgesproken termijn zijn bereikt en worden gehandhaafd. Dit is een harde en absolute plicht. Jurisprudentie van het Hof ten aanzien van de resultaatverplichting is zeer strikt. Het is niet voldoende dat een lidstaat alle redelijke maatregelen heeft getroffen. Bijzondere problemen rechtvaardigen dus niet dat niet aan de eisen zoals gesteld in de richtlijnen wordt voldaan.⁷ De streefwaarde is juridisch gezien minder van betekenis dan de grenswaarde.⁸

Artikel 3 Kaderrichtlijn bepaalt dat de lidstaten op passende niveaus bevoegde instanties en organen moeten aanwijzen die belast zijn met de uitvoering van de richtlijn, de beoordeling van de kwaliteit van de lucht, de erkenning van de meetvoorzieningen, het garanderen van de goede kwaliteit van de meetvoorzieningen en de metingen, de analyse van beoordelingsmethoden en de coördinatie van de door de Commissie georganiseerde communautaire programma's voor kwaliteitsborging op het grondgebied van de lidstaat. Artikel 4 bepaalt dat bij de vaststelling van de grenswaarden en alarmdrempels criteria en technieken worden bepaald voor de metingen die moeten worden verricht bij de uitvoering van de dochterrichtlijnen en het gebruik van andere technieken voor de beoordeling van de luchtkwaliteit. Die criteria worden per stof vastgesteld. Artikel 7 bepaalt dat voor de verbetering van de luchtkwaliteit lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat de grenswaarden worden nageleefd en daarbij actieplannen moet opstellen, waarin wordt vermeld welke maatregelen bij (dreigende) overschrijding worden genomen. Artikel 11 verplicht lidstaten te rapporteren aan de Commissie over

7 J.R.C. Tieman, A.R.G. van Dijk-Barkmeijer & H.F.T. Pennarts, *Recht op een schone lucht. Een analyse van mogelijkheden tot ontkoppeling van ruimtelijke ordening en luchtkwaliteit*, Rotterdam: Instituut voor Bouwrecht i.s.m. Erasmus Universiteit Rotterdam 2007, p. 8.

8 Koelemeijer e.a. 2005, p. 15.

de situatie van de luchtkwaliteit. Overschrijdingen dienen altijd gemeld te worden, net als de plannen of programma's die opgesteld moeten worden bij (dreigende) overschrijdingen. Op grond van artikel 8 dienen de lidstaten lijsten op te stellen waarbij er zones en agglomeraties worden ingedeeld en waarbij er een overschrijding is van de grenswaarden. Voor zones en agglomeraties die onder de grenswaarden blijven dienen de lidstaten ook lijsten op te stellen (artikel 9). Tot slot moeten lidstaten op grond van artikel 10 bij de overschrijding van alarmdrempels de burgers informeren.

7.2.3 Eerste Dochterrichtlijn (99/30/EG)⁹

De systematiek van de eerste dochterrichtlijn is kenmerkend voor de structuur van alle dochterrichtlijnen. Om inzicht te geven in de structuur zal de eerste dochterrichtlijn uitgebreider worden besproken dan de overige dochterrichtlijnen. De eerste dochterrichtlijn stelt de grenswaarden vast voor zwaveldioxide, stikstofdioxide en stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood in de lucht om de schadelijke effecten voor de gezondheid van de mens en voor het milieu te voorkomen of te verminderen. De richtlijn spreekt over grenswaarden, niet over streefwaarden, wat inhoudt dat de normen gesteld ten aanzien van de voorgenoemde stoffen leiden tot een resultaatverplichting voor de lidstaten.

Voor iedere afzonderlijke stof geldt dat de lidstaat de nodige maatregelen moet nemen om ervoor te zorgen dat de concentraties van de respectievelijke stoffen in de lucht op een bepaald tijdstip niet meer de grenswaarden overschrijden. Wat betreft meten en berekenen stelt de richtlijn dat voor de zones en agglomeraties waar metingen niet vereist zijn, technieken op basis van modellen of objectieve ramingen mogen worden gebruikt (artikel 7 lid 4). Artikel 8 bepaalt dat recente informatie over de concentraties van de stoffen stelselmatig toegankelijk moet worden gemaakt voor het publiek en voor geëigende organisaties zoals milieu- en consumentenorganisaties, organisaties die de belangen van gevoelige bevolkingsgroepen behartigen. Daarnaast bevat de dochterrichtlijn nog een sanctieartikel: 'De lidstaten stellen sancties vast op inbreuken op de krachtens deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn' (artikel 11). De systematiek van de regelgeving is helder. Het is erop gericht om de overschrijding van grenswaarden te voorkomen. Gebeurt dit toch, dan moeten de lidstaten maatregelen treffen, hetgeen een resultaatverplichting is. Verder zijn afwijking van de gestelde normen niet toegestaan.¹⁰ De resultaatverplichtingen zijn van toepas-

9 Richtlijn nr. 1999/30/EG van de Raad van 22 april 1999 betreffende grenswaarden voor zwaveldioxide, stikstofdioxide en stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood in de lucht (*PbEG* 1990, L 163/410).

10 P.J. Mak, 'Luchtkwaliteitseisen: niet nieuw, wel hot', *Milieu en Recht* 2004-6, p. 325.

sing op de eerste twee dochterrichtlijnen; de derde en vierde dochterrichtlijn bepalen inspanningsverplichtingen ten aanzien van de normen van de daarin genoemde stoffen. Het feit dat sprake is van een inspanningsverplichting blijkt uit de gebezigde terminologie: in de derde en vierde richtlijn wordt over streefwaarden gesproken, waar in de eerste twee richtlijnen de term grenswaarde gebruikt wordt.

7.2.4 Andere dochterrichtlijnen

De tweede dochterrichtlijn (2000/69/EG)¹¹ heeft dezelfde structuur en bepaalt de grenswaarden voor benzeen, koolmonoxide. De derde dochterrichtlijn (2002/3/EG)¹² bepaalt de alarm- en informatiedrempel voor ozon en de doelstellingen voor de lange termijn. De vierde dochterrichtlijn (2004/107/EG)¹³ ten slotte, behandelt de streefwaarden van arseen, cadmium, kwik, nikkel en polycyclische aromatische koolwaterstoffen (PAK's). De derde en vierde richtlijn wijken qua karakter af van de andere dochterrichtlijnen. In de derde en vierde dochterrichtlijn staan de meetverplichtingen en de voorgestelde streefwaarden centraal. De derde dochterrichtlijn richt zich dan ook meer op een inspanningsverplichting, in plaats van een resultaatverplichting.¹⁴

7.2.5 Europese eisen en criteria

Samenvattend stellen de dochterrichtlijnen de volgende eisen en criteria:

- welke stoffen aan grens- of streefwaarden moeten voldoen;
- wat de grens- en streefwaarden en andere informatie- en alarmdrempels zijn;
- daaraan gekoppeld resultaat- en inspanningsverplichtingen;
- criteria voor meten en berekenen;
- rapportageplicht voor lidstaten;
- informatieplicht voor lidstaten naar burgers toe;
- sancties treffen bij inbreuk op de richtlijn.

11 Richtlijn nr. 2000/69/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 november 2000 betreffende grenswaarden voor benzeen en koolmonoxide in de lucht (*PbEG* 2000, L 313/12).

12 Richtlijn nr. 2002/3/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 februari 2002 betreffende ozon in de lucht (*PbEG* 2002, L 67/14).

13 Richtlijn nr. 2004/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende arseen, cadmium, kwik, nikkel en polycyclische aromatische koolwaterstoffen in de lucht (*PbEG* 2004, L 23/3).

14 Mak 2004, p. 323.

7.2.6 Transnationale beleidsnetwerken

Er bestaat een informeel netwerk – niet gebaseerd op een verdragsbepaling – dat zich bezighoudt met het milieubeleid, het *European Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law* (hierna: IMPEL). Dit netwerk bestaat uit ambtelijke vertegenwoordigingen van de lidstaten, Noorwegen en IJsland, vertegenwoordigingen van belangengroepen en wordt voorgezeten door de Europese Commissie, die als gelijkwaardig lid deelneemt aan het overleg.¹⁵ Voor luchtkwaliteit speelt de IMPEL een zeer beperkte rol. Aan dit onderwerp wordt door de partijen vrijwel geen aandacht gegeven en is binnen deze casestudy niet van belang. Wel heeft VROM aangegeven dat directe bilaterale relaties bestaan op ambtelijk niveau met andere lidstaten, ook op het gebied van luchtkwaliteit, en dat wordt deelgenomen in gerichte werkgroepen van de Commissie, waarin om input wordt gevraagd voor beleidsontwikkeling.¹⁶

Daarnaast heeft de Europese Commissie het *Clean Air For Europe* (hierna: CAFE) opgezet. Dit is een programma waarin de verschillende lidstaten deelnemen en het voorziet in een implementatiestrategie, zodat uiteindelijk de richtlijnen luchtkwaliteit op de juiste manier worden geïmplementeerd. Naar aanleiding van de strategie vindt een herziening van EU-richtlijnen plaats.¹⁷ In de interviews met rijksambtenaren is het CAFE-programma niet genoemd, indien werd gevraagd naar de invloed van internationale programma's op onderhavig terrein.

7.2.7 Hiaten in Europese regelgeving

De luchtkwaliteitsrichtlijnen geven niet aan wat moet gebeuren wanneer een lidstaat niet voldoet aan de grenswaarden. Zo menen Tieman e.a. dat artikel 7 lid 3 Kaderrichtlijn volgens de letterlijke tekst niet van toepassing is. Volgens hen gaat het in een dergelijke situatie niet om dreiging van overschrijding, maar om een daadwerkelijke overschrijding. Ook artikel 8 Kaderrichtlijn is volgens de letterlijke tekst niet van toepassing, omdat het dan niet gaat om (daadwerkelijke) overschrijding van de met een overschrijdingsmarge opgehoogde grenswaarde, maar om overschrijding van de uiteindelijke grenswaarde zelf.¹⁸ Indien niet wordt voldaan aan de grenswaarden, kan een lidstaat worden veroordeeld door het Hof. In dat geval moet nog steeds worden voldaan

¹⁵ Interview VROM.

¹⁶ Interview VROM.

¹⁷ Provincie Noord-Holland, *Provinciaal Actieplan Luchtkwaliteit 2005*, Haarlem: Provincie Noord-Holland 2005, p. 24, < www.noord-holland.nl/Images/65_79243.pdf >.

¹⁸ Tieman, Van Dijk-Barkmeijer & Pennarts 2007, p. 11.

aan de grenswaarden. De wijze waarop dat moet gebeuren, wordt niet nader toegelicht in de luchtkwaliteitsrichtlijnen, behalve dat landen moeten overgaan tot het treffen van 'nodige maatregelen'. De invulling van de nodige maatregelen met betrekking tot luchtkwaliteit is niet duidelijk en ook het Hof heeft zich hier nog niet over uitgelaten.¹⁹

Daarnaast wordt in de richtlijnen niet duidelijk aangegeven of de richtlijn overal dient te worden nageleefd, ook op plekken waar geen mensen komen. Dient de richtlijn op deze plekken nog even streng te worden gehandhaafd? De richtlijn voorziet in de bescherming van de gezondheid van de mens en de bescherming van ecosystemen, maar de vraag kan gesteld worden of beide componenten evenveel nadruk moeten krijgen in de handhaving.²⁰ Een ander belangrijk hiaat in de wetgeving is de aanpak van het bronbeleid, waarbij de emissie van schadelijke stoffen door gemotoriseerd verkeer wordt aangepakt. Dit beleid valt strikt genomen buiten het dossier luchtkwaliteit, maar heeft een grote invloed op het luchtkwaliteitsbeleid. Europa loopt achter met emissiebeleid, terwijl gemotoriseerd verkeer een belangrijke oorzaak is van een slechte luchtkwaliteit.²¹ Zo heeft Nederland dit proberen te ondervangen met het verplicht stellen van roetfilters op auto's. Op Europees niveau is er een richtlijn²² aangenomen die betrekking heeft op de verplichting van auto's om roetfilters te hebben. Nederland verzocht een ontheffing van deze uniforme introductie van roetfilters om zo te kunnen voldoen aan de waarden gesteld in de eerste dochterrichtlijn. De Commissie wees, net als de rechter, dit verzoek af.²³ Volgens het Gerecht van Eerste Aanleg zijn er voor Nederland geen bijzondere omstandigheden om in Nederland strengere eisen aan roetfilters te stellen dan de rest van de lidstaten. Door dit wel te doen, zou de vrije markt beperkt worden, wat te maken heeft met het *level playing field*. Overigens heeft Nederland ingestemd met het huidige luchtkwaliteitsbeleid, op voorwaarde dat een Europees bronbeleid (met name gemotoriseerd verkeer) zou worden ontworpen. Daarnaast lijkt de Commissie geen grote interesse te hebben – voorzover er al problemen ten aanzien van de uitvoering van deze richtlijnen door de lidstaten kunnen worden geconstateerd – in het starten van een inbreukprocedure op dit terrein.²⁴

19 Tieman, Van Dijk-Barkmeijer & Pennarts 2007, p. 12.

20 Koelemeijer e.a. 2005, p. 19.

21 Interview VROM, Provincie Zuid-Holland.

22 Richtlijn 98/69/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 met betrekking tot maatregelen tegen luchtverontreiniging door emissies van motorvoertuigen en tot wijziging van richtlijn 70/220/EEG (*PbEG* 1998, L 350/1).

23 GvEA EG 27 juni 2007, zaak T-182/06, Commissie t. Nederland, *Jur.* n.n.g.

24 Interview Rijkswaterstaat en J. Rood, *Eindrapport: Nederland en de totstandkoming van EU-milieurichtlijnen*, Den Haag: Nederlands instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael' 2005, p. 18.

7.3 JURIDISCHE EN BELEIDSMATIGE IMPLEMENTATIE IN NEDERLAND

De implementatie van de richtlijn luchtkwaliteit en de dochterrichtlijnen in Nederland heeft plaatsgevonden in een reeds bestaand kader van wetgeving. De praktijk was niet nieuw en daarom is de regelgeving in een bestaand kader geïmplementeerd. De Wet milieubeheer (hierna: Wm), waarbij hoofdstuk 5 in het bijzonder, is het algemeen kader voor de nadere regelgeving, in de vorm van het Besluit luchtkwaliteit 2001²⁵ en later Besluit luchtkwaliteit 2005.²⁶ Daarnaast bestaat in Nederland een koppeling tussen de Wet op de Ruimtelijke Ordening (hierna: WRO) en het Besluit luchtkwaliteit 2001 en 2005. In artikel 10 WRO staat vermeld dat bestemmingsplannen in het kader van een goede ruimtelijke ordening dienen plaats te vinden. In artikel 7 Besluit luchtkwaliteit 2005 wordt bepaald dat alle besluiten van bestuursorganen die kunnen leiden tot een verslechtering van de luchtkwaliteit getoetst moeten worden.

7.3.1 Materiële normstelling

De normstelling zoals uitgewerkt in de kaderrichtlijnen laat geen twijfel. De normen die gesteld zijn in de kaderrichtlijnen zijn de normen waaraan voldaan moet worden. Zeker de grenswaarden van de stoffen zoals bepaald in de eerste en tweede kaderrichtlijn bepalen een resultaatverplichting, wat inhoudt dat de stoffen koste wat kost moeten worden gehaald. Deze normen zijn overgenomen in de Nederlandse regelgeving (Besluit luchtkwaliteit 2001 en 2005). Teneinde de Nederlandse regelgeving nader te kunnen bespreken, wordt een kort overzicht gegeven van de geïmplementeerde luchtkwaliteitsregelgeving in Nederland.

7.3.1.1 *Besluit luchtkwaliteit 2001 en 2005*

Het Besluit luchtkwaliteit 2001 (hierna: Blk 2001) voorzag in de implementatie van de Kaderrichtlijn luchtkwaliteit en de eerste dochterrichtlijn. In de Nederlandse context veroorzaakte het Blk 2001 een probleem vanwege de onvoorziene interpretatie die de Raad van State heeft gegeven aan de handhaving van het Blk 2001. Diverse besluiten op het terrein van ruimtelijke ordening werden

25 Besluit van 11 juni 2001, houdende uitvoering van richtlijn 1999/30/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 april 1999, betreffende grenswaarden voor zwaveldioxide, stikstofdioxide en stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood in de lucht (*PbEG* L 163) en richtlijn 96/62/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 september 1996 inzake de beoordeling en het beheer van de luchtkwaliteit (*PbEG* L 296) (Besluit luchtkwaliteit), *Stb.* 2001, 269.

26 Besluit van 20 juni 2005 ter vervanging van het Besluit luchtkwaliteit en tot uitvoering van richtlijn nr. 2000/69/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 november 2000 betreffende grenswaarden voor benzeen en koolmonoxide in de lucht (*PbEG* L 313), (Besluit luchtkwaliteit 2005), *Stb.* 2005, 316.

vernietigd vanwege gebrek aan ontoereikende onderbouwing van de paragraaf over luchtkwaliteit. Rijkswaterstaat meldt dat het sneuvelen van bouwplannen niet te wijten was aan strenge normering in de Europese dochterrichtlijnen, maar aan de gebrekkige onderbouwing van verschillende plannen met het oog op luchtkwaliteit. In het nieuwe Besluit luchtkwaliteit 2005 (hierna: Blk 2005) is dan ook voorzien in een aantal maatregelen, dat moet voorkomen dat nog meer besluiten sneuvelen. De belangrijkste verschillen tussen het Blk 2001 en het Blk 2005 zijn de volgende:

- Het standstill-beginsel is buiten werking gezet. Dat draagt ertoe bij dat de luchtkwaliteit mag verslechteren, als deze maar onder de gestelde normen blijft. Voorheen bepaalde het standstill-beginsel dat luchtkwaliteit nooit mocht verslechteren;
- Aftrek voor fijn stof. Artikel 5 van het besluit geeft de mogelijkheid van een aftrek voor het natuurlijke deel van fijn stof, waaronder zeezout. Het aftrekken was reeds mogelijk op grond van de Europese richtlijnen,²⁷ maar is in het Blk 2001 niet meegenomen, waardoor de normering strenger was dan Europa had bepaald. Bovendien is zeezout een niet schadelijk deel van het fijn stof in de lucht;
- Regeling saldering luchtkwaliteit. De Regeling saldering luchtkwaliteit²⁸ is in 2006 in werking getreden. De regeling werkt de salderingsregels van het Blk 2005 verder uit. Saldering biedt de mogelijkheid om plannen op het gebied van ruimtelijke ordening uit te kunnen voeren, ook als overschrijding van de grenswaarden plaatsvindt. Ter plaatse is het mogelijk dat de luchtkwaliteit verslechtert. Het plan moet echter wel bijdragen aan een verbetering van de luchtkwaliteit in een groter gebied. De salderingsregeling biedt dus de mogelijkheid betere afwegingen te kunnen maken en ruimtelijke ordeningsplannen niet af te rekenen op een plaatselijke verslechtering;
- Luchtkwaliteitsplannen. Voor fijn stof zijn geen plandrempels meer van toepassing, maar gelden de grenswaarden. Het gevolg hiervan is dat de verplichting om maatregelen te nemen geldt bij een (dreigende) overschrijding van grenswaarden. Alle overheidslagen kunnen hiervoor verantwoordelijk worden gehouden;
- Tweede dochterrichtlijn. De opgenomen grenswaarde voor CO is circa tweemaal strenger dan de in het Blk 2001. Voor benzeen geldt dat vanaf 2010 de grenswaarde tweemaal strenger is dan de norm die nu geldt. Voor benzeen is een plandrempeel opgenomen; Het Blk 2001, dat in grote mate

27 Richtlijn nr. 1999/30/EG van de Raad van 22 april 1999 betreffende grenswaarden voor zwaveldioxide, stikstofdioxide en stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood in de lucht, artikel 5 lid 4 (*PbEG* 1999, L 163/41)

28 Regeling van de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer van 11 maart 2006, nr. LMV 2006241187, houdende nadere regels inzake saldering van luchtkwaliteit (Regeling saldering luchtkwaliteit 2005), *Stcrt.* 2006, 53.

de structuur van het Blk 2005 bepaalt, op de bovengenoemde verschillen na, trachtte een vertaalslag te maken van de Europese richtlijnen naar de Nederlandse situatie. De uitgangspunten die daarbij zijn gebruikt, trachtten qua systematiek zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de toenmalige Nederlandse luchtkwaliteitswetgeving. Daarnaast probeerde het aan te sluiten bij de verantwoordelijkheden en mogelijkheden van de verschillende bestuursorganen.²⁹

Het Blk 2001 voorziet in een toetsingsdeel, maar ook in een saneringsdeel, in andere woorden, een regeling voor handhaving van de normen in bestaande situaties. Gemeenten hebben veel uitvoeringstaken gedelegeerd gekregen en dienen de normen die in de dochterrichtlijnen zijn vastgesteld te inventariseren langs drukke wegen en te rapporteren aan de provincie. Bij overschrijding van de grenswaarden moeten gemeenten actieplannen opstellen om de situatie te verbeteren.³⁰

7.3.1.2 *Wet tot wijziging van de Wet milieubeheer (luchtkwaliteitseisen)*

Het Blk 2005 is komen te vervallen, met de inwerkingtreding van de Wet luchtkwaliteit.³¹ Implementatie heeft, zoals eerder genoemd, plaatsgevonden in het licht van hoofdstuk 5 Wm, waarin regels worden gesteld betreffende de kwaliteit van onderdelen van het milieu. Implementatie van de EG-richtlijnen heeft in dit kader plaatsgevonden, bij de invoering van het Blk 2001 en het Blk 2005. De nieuwe wet zal de koppeling tussen de Wet RO en het Blk 2005, die verplicht tot toetsing van besluiten die van invloed kunnen zijn op de luchtkwaliteit, versoepelen. De grenswaarden gelden in de nieuwe wet alleen voor projecten die 'in betekenende mate' bijdragen aan de verslechtering van de luchtkwaliteit. Dat betekent dat veel kleinere bouwprojecten niet meer hoeven te worden hoeven getoetst aan de luchtkwaliteit. Met de nieuwe wet wordt tegemoet gekomen aan de wens van de Tweede Kamer om de inhoud van het – destijds – Besluit luchtkwaliteit 2001 bij wet te regelen.³² Een belangrijk onderdeel van de nieuwe wetgeving vormt het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (hierna: NSL). Dit programma heeft tot doel bij te dragen aan de luchtkwaliteit, zodat deze aan de grenswaarden voldoet. Artikel 5.12 van de nieuwe wet verplicht tot het opstellen en het uitvoeren van een

29 Mak 2004, p. 26. Plandrempel: kwaliteitsniveau van de buitenlucht dat bij overschrijden aanleiding geeft tot het opstellen van een plan als bedoeld in artikel 9, Besluit luchtkwaliteit 2005 (Blk 2005, artikel 1). 2004, p. 36.

30 E.T. Schutte-Potsma, *Regeling inzake luchtkwaliteit: Nederland op slot?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 18. Dit is zoals vastgelegd in de Kaderrichtlijn luchtkwaliteit (Besluit luchtkwaliteit 2005, artikel 9 en Kaderrichtlijn 96/62/EG (*PbEG* 1996, L 296/55), artikel 7, derde lid.

31 *Stb.* 2007, 414.

32 *Stb.* 2001, 269.

nationaal programma. Programma's hoeven niet meer individueel te worden getoetst, als deze binnen het NSL vallen, waardoor de luchtkwaliteitsituatie geen blokkade vormt. Het NSL voorziet volgens VROM in een betere samenwerking tussen het Rijk, provincies en gemeenten.³³

7.3.2 Controle (toezicht en opsporing) en sanctionering

7.3.2.1 Aansluiting Europese voorschriften en nationale rechtshandhaving

De doelstellingen van het Nederlands en Europees beleid komen overeen. Zowel Europa als Nederland voorziet in een bescherming van de gezondheid van de mens in het milieu in het algemeen. Europa en Nederland hebben dezelfde doelstelling betreffende luchtkwaliteit, bescherming van de gezondheid van de mens en van ecosystemen. De doelstelling van het beleid kan dus geen roet in het eten gooien in het implementatieproces, aldus respondenten bij het ministerie van VROM. Dit argument kan worden gekoppeld aan hetgeen Veltkamp heeft opgemerkt, namelijk dat de juiste interpretatie van doel en strekking van groot belang is voor een goede implementatie.³⁴ De indicatoren die van toepassing zijn op controle betreffen onder meer de grenswaarden en streefwaarden. Deze waarden sluiten op elkaar aan, maar toch is er een verschil met betrekking tot de terminologie die relevant is voor de handhaving van de luchtkwaliteitsnormen, zoals gesteld in de richtlijnen en in de nationale regelgeving. Een verschil in terminologie doet zich voor op het gebied van grenswaarden en streefwaarden, twee Europese termen. In de Nederlandse regelgeving spreekt men over grenswaarden en richtwaarden. Op het eerste gezicht lijkt zich geen verschil voor te doen, echter de Nederlandse terminologie moet worden gezien in een nationaal-juridische context. Grenswaarden in Europese zin bepalen het niveau van de luchtkwaliteit dat absoluut moet worden gehaald. De Nederlandse grenswaarde koppelt daaraan de wijze waarop dat moet gebeuren.³⁵ Dit betreft de directe koppeling tussen ruimtelijke ordening en luchtkwaliteit. Dit is ingegeven door de Wet RO en niet zozeer de Europese regelgeving. Verder argumenteert Schutte-Postma dat het verschil tussen de Europese en Nederlandse grenswaarde zit in het opnemen van het doel en het 'op basis van wetenschappelijke kennis vastgesteld zijn'. De vraag is of dit gevolgen heeft, omdat de Kaderrichtlijn een bijlage heeft opgenomen waarin 'factoren die in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling

33 Tieman, Van Dijk-Barkmeijer & Pennarts 2007, p. 29-30; Interview VROM; E.C.M. Schippers & H.J.M. Besselink, 'Luchtkwaliteit. Een tussenstand', *Gst.* 2006-7256, p. 411-424; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 489, nr. 3. De Tweede Kamer heeft gevraagd om vastlegging bij wet, om meer invloed te kunnen uitoefenen (Rood 2005, p. 20).

34 B.M. Veltkamp, *Implementatie van EG-milieurichtlijnen* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 44.

35 Tieman, Van Dijk-Barkmeijer & Pennarts 2007, p. 85.

van de grenswaarden en alarmdrempels' worden beschreven. Deze factoren kunnen worden beschouwd als suggestie, als voorbeeld waar rekening mee zou kunnen worden gehouden, in plaats van een absolute afgebakende lijst van factoren.³⁶ De dochterrichtlijnen verplichten lidstaten ertoe sancties te treffen die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Het stelsel van sancties op grond van de Wm, de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en de Wet op de Economische Delicten (hierna: WED) is van toepassing.

Het Ministerie van VROM heeft daarnaast aanwijzingsbevoegdheden in het kader van de Wm (artikel 8.27) en de WRO. Op grond daarvan kan bestuurlijk worden ingegrepen.³⁷ Handhaving van de luchtkwaliteitsnormen in bestaande situaties door burgers en belangengroeperingen is bemoeilijkt door uitspraken van de Raad van State. Milieudefensie heeft getracht één van de opritten van de A12 bij Den Haag te laten afsluiten, omdat de luchtkwaliteit daar aan grenswaarden dient te voldoen. De richtlijn verplicht tot het maken van een actieplan, waarbij afwegingen gemaakt mogen worden. Dit actieplan verplicht echter niet tot het nemen van concrete maatregelen. Het beroep op een directe werking van de richtlijn is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State afgewezen. Van het Besluit luchtkwaliteit hoeft men geen verkeersmaatregelen te nemen om bij te dragen aan de verbetering van de luchtkwaliteit. Het niet nemen van een verkeersmaatregel kan niet worden getoetst. In Nederland bestaat dus de situatie dat nieuwe plannen wel kunnen worden tegengehouden door bezwaar in te dienen (door burgers en belangengroeperingen), maar men kan niet vragen om een directe handhaving van de door Europa bepaalde luchtkwaliteitsnormen, aldus respondenten bij de Provincie Zuid-Holland. Het nemen van de nodige maatregelen is in de Nederlandse wetgeving vertaald naar in acht nemen. De keuze voor implementatie van handhavingstructuren moet plaatsvinden conform de uit artikel 10 EG af te leiden verplichting dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden gesanctioneerd als vergelijkbare en even ernstige nationaal-rechtelijke overtredingen (de zgn. assimilatie- of gelijkwaardigheidseis).³⁸ Dat leidt tot de vraag hoe moet worden omgegaan met projecten die nieuwe verontreiniging veroorzaken. In Nederland is gekozen voor een verbinding van de besluitvorming met betrekking tot nieuwe projecten en de luchtkwaliteit, zoals de reeds bestaande systematiek van de WRO voorschrijft.

Indien de directe koppeling ongedaan zou worden gemaakt, dan is het risico aanwezig dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in dat geval een projectbesluit rechtstreeks aan de in de richtlijnen neergelegde

36 Schutte-Postma 2006, p. 16.

37 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 489, nr. 3, p. 55.

38 Veltkamp 1998, p. 51.

grenswaarden gaat toetsen. In een dergelijke situatie zal dan namelijk sprake zijn van een omzettingsgebrek, met als gevolg dat de rechter dit zal helen met behulp van het instrument van rechtstreekse werking.³⁹ Ruimtelijke en infrastructurale besluiten worden dan alsnog getoetst aan de grenswaarden, wat inhoudt dat de formele koppeling tussen het Blk 2005 en de Wm niet bestaat, maar in materiële zin blijft de koppeling dan bestaan. Ontkoppeling is dus, zolang er sprake is van overschrijdingen, een non-discussie.⁴⁰ Toch is de keuze voor de koppeling tussen luchtkwaliteit en ruimtelijke ordening, zoals meerdere malen door respondenten is aangegeven, een Nederlandse keuze geweest, die paste bij de bestaande systematiek die men in Nederland al hanteerde. Het valt te concluderen dat de implementatie plaats heeft gevonden in een reeds bestaand kader van regelgeving en dat in het kader van de omzetting van deze richtingen in Nederland gestreefd werd geen grote verandering in het bestaande beleid te initiëren.

7.3.2.2 Implementatievrijheid

De Europese voorschriften geven lidstaten alle ruimte qua vorm en middelen voor implementatie van de in de richtlijnen vervatte normen en de daarop gerichte handhavingmechanismen. De voorschriften zijn duidelijk in de normstelling van de luchtkwaliteit en de termijn waarbinnen het beoogde resultaat gehaald moet worden. Tevens bestaat geen onduidelijkheid over de informatie- en rapportageplicht aangaande actieplannen en meetresultaten. De keuzeruimte die Nederland is gelaten, betreft de gehele invulling van de luchtkwaliteitsregeling, de manier waarop aan de normen moet worden voldaan. Formeel bestaat vrijheid op het gebied van implementatie. Echter, onder de uitvoerders van de handhaving van luchtkwaliteit in de Nederlandse praktijk bestaat wel de overtuiging dat handhaving niet via bijvoorbeeld een strafrechtelijke weg moet plaatsvinden, maar dat sanctionering via een bestuursrechtelijke weg moet plaatsvinden indien gebruik wordt gemaakt van juridische instrumenten, ook omdat dit beter aansluit bij de Nederlandse praktijk van handhaven. Deze interpretatie bestaat, maar de invulling conform deze interpretatie is niet verplicht. Van deze wijze van handhaving was overigens reeds sprake in relatie tot de Nederlandse milieuwetgeving, waardoor de aansluiting tussen de Europese interpretatie van implementatiewijzen en die van Nederland voldoende was.⁴¹ Op het gebied van implementatie heeft het Hof van Justitie van de EG zich meermalen uitgesproken met betrekking tot milieurichtlijnen. Richtlijnen vragen om omzetting in nationale regelgeving, waarbij letterlijke overname niet is vereist, aldus het Hof. Het is lidstaten toegestaan hun eigen rechts- en wetsystematiek, begrippen en terminologie te gebruiken. Daarbij

39 Tieman, Van Dijk-Barkmeijer & Pennarts 2007, p. 51.

40 Tieman, Van Dijk-Barkmeijer & Pennarts 2007, p. 52 en het Interview VROM.

41 Interview VROM.

is uiteraard wel van belang dat de nationale juridische context de toepassing van de richtlijn voldoende waarborgt.⁴² Veltkamp stelt dat letterlijke implementatie van de richtlijn niet altijd tot het gewenste effect leidt. Zoals eerder vermeld beargumenteert zij dat de juiste interpretatie van doel en strekking van groot belang is.⁴³

In vergelijking met andere Europese landen heeft Nederland strenger dan nodig de richtlijnen luchtkwaliteit geïmplementeerd. Na de implementatie van het Blk 2001 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State volgens respondenten een belangrijke rol gespeeld. Deze factor is wellicht even belangrijk als de richtlijn zelf, omdat de eisen die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State stelt aan de besluiten in Nederland, verder gaan dan de Nederlandse regering in eerste instantie hadden beoogd.⁴⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft de koppeling gemaakt met besluiten van decentrale overheden en de fijn stof normen.⁴⁵ Verder kan de vraag gesteld worden of de richtlijn overal dient te worden gehandhaafd. Respondenten van de provincie en gemeente menen uit de richtlijn een ambigu antwoord te lezen. Het begrip 'lucht' wordt gedefinieerd als de buitenlucht met uitzondering van de werkplek. Het doel van de richtlijn is de gezondheid van de mens te beschermen en pas daarna wordt bescherming van het milieu genoemd. De normen, zoals gesteld in de dochterrichtlijnen zijn expliciet gerelateerd aan menselijke blootstelling. Nederland heeft hier geprobeerd middels een ministeriële regeling een voorschot op te nemen. Echter, deze poging is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State onderuit gehaald, waardoor de richtlijn nog steeds overal dient te worden toegepast.⁴⁶ Uitgaande van het dossier luchtkwaliteit heeft Nederland de neiging een algehele wetsherziening door te voeren bij de implementatie van een Europese richtlijn. Daardoor beperkt implementatie zich niet tot het onderwerp van de richtlijn, maar wordt de implementatie veel breder aangepakt.⁴⁷ Opmerkelijk is wel dat met het oog op handhaving de sanctieartikelen uit – in ieder geval – de eerste dochterrichtlijn niet zijn overgenomen in het Blk 2001.⁴⁸

7.3.2.3 Nieuwe maatregelen

Het was niet nodig in Nederland nieuwe maatregelen aangaande nieuwe controle- en/of sanctiebevoegdheden in het leven te roepen, omdat de juridi-

42 Veltkamp 1998, p. 40-41 en J.W. van de Gronden, *De implementatie van het EG-milieurecht door Nederlandse decentrale overheden: de EG-rechtelijke eisen voor de omzetting, inkadering, toepassing en handhaving van EG-milieurichtlijnen en -verordeningen door provincies, gemeenten en waterschappen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998, p. 77.

43 Veltkamp 1998, p. 44.

44 Zie bijvoorbeeld Vzr. ABRvS 11 juni 2004, LJN AP1677.

45 Interview Ministerie van VROM.

46 Schutte-Postma 2006, p. 19 en Interview Rijkswaterstaat.

47 Interview VROM.

48 Rood 2005, p. 21.

sche implementatie van de Europese richtlijnen plaats heeft gevonden in een systematiek van de bestaande regelgeving.

7.3.2.4 *Motivering van keuzes*

Het handhavingregime waarvoor in Nederland is gekozen is tweeledig van aard. Ten eerste is gekozen voor de koppeling tussen de WRO en het Blk 2005, waardoor bij toetsing van bestemmingsplannen en besluiten rekening gehouden dient te worden met de luchtkwaliteitsnormen. Dit betreft het toetsingsdeel van het handhavingsbeleid. Daarnaast dient handhaving van (dreigende) overschrijdingen plaats te vinden, waarbij alle overheden gezamenlijk verantwoordelijk worden gehouden voor de handhaving van de luchtkwaliteit. De primaire verantwoordelijkheid is echter gelegd bij de gemeenten, die verantwoordelijk zijn voor het opstellen van een actieplan, als een overschrijding van een grens- of richtwaarde heeft plaatsgevonden of een dreiging daartoe is ontstaan.

Met de keuze van hoofdverantwoordelijkheid op gemeentelijk niveau heeft het ministerie van VROM de uitvoering van het beleid naar een andere overheidslaag verschoven. Bij die keuze is waarschijnlijk een parallel getrokken met andere en vergelijkbare beleidsterreinen zoals de bestrijding van geluidsoverlast.⁴⁹ Het uitgangspunt is dat het grondgebied van de gemeenten is en dat zij het dichtst bij de burger staan en zodoende helderheid over de situatie kunnen verschaffen. Het lijkt erop dat het ministerie van VROM de gevolgen van de hoge normstellingen en de koppeling aan ruimtelijke ordening ten tijde van het Europees onderhandelingsproces niet heeft overzien. Al in de onderhandelingsfase op Europees niveau was bekend dat de luchtkwaliteitsnormen van fijn stof en stikstofdioxide niet gehaald zouden worden, maar over de normhoogte is niet onderhandeld.⁵⁰ Verder is in de interviews herhaaldelijk aangegeven dat de uitvoeringsorganisaties (waaronder de gemeenten, provincies en Rijkswaterstaat) niet over deze keuzes – en in het bijzonder bij de totstandkoming van de eerste richtlijnen op het terrein van luchtkwaliteit – zijn geconsulteerd. De implementatie van de regelgeving heeft plaatsgevonden in een bestaand kader van Nederlandse wetgeving, waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State met haar uitspraken een belangrijke rol heeft gespeeld. De Nederlandse gemeenten zijn zoals gezegd als hoofdverantwoordelijken voor de uitvoering aangewezen. Oorspronkelijk voorzag het ministerie van VROM in een nationale aanpak van het luchtkwaliteitsprobleem ten aanzien van de fijn stof problematiek, echter de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft gewezen op de koppeling met de WRO, welke de uitvoering van het beleid ook toewijst aan de gemeenten, die bestem-

49 Interview Gemeente Den Haag.

50 Rood 2005, p. 17.

mingsplannen en tracébesluiten moeten toetsen. Toezicht door de VROM-Inspectie vindt plaats in een interbestuurlijk kader, waarbij de VROM-Inspectie de gemeenten informeert over hoe ze kunnen meten en plannen moeten opstellen. De verplichting van de gemeenten is om actieplannen op te stellen en deze door te sturen naar de provincie, die het op zijn beurt weer doorstuurt naar het Rijk. Uit de interviews is gebleken dat het toesturen van de rapporten geen problemen oplevert en dat de gemeenten dus aan deze verplichting voldoen. Mocht een gemeente dit nalaten, dan beschikt de VROM-Inspectie niet over bijzondere juridische middelen op grond van het Blk 2005 om handhavend op te treden. Het zal dus gebruik maken van het bestaande kader van juridische instrumentarium.⁵¹ Ten tijde van de implementatie bestond een bestuurlijk draagvlak voor de koppeling tussen de WRO en het Blk 2001.⁵² De koppeling was namelijk het reeds bestaande systeem. Daarnaast is de keuze voor de koppeling met de systematiek van vergunningen een dwingende, omdat men bij de implementatie van milieukwaliteitseisen te maken heeft met de Wm.⁵³

7.3.2.5 Actoren

De belangrijkste actoren in de handhavingsketen met betrekking tot luchtkwaliteit zijn het ministerie van VROM, het ministerie van Verkeer en Waterstaat, de provincies en gemeenten. Daarnaast is in de *Taskforce* Luchtkwaliteit het ministerie van Economische Zaken betrokken. Het toetsen van besluiten heeft veel invloed op economische activiteiten. Deze *taskforce* bestond nog niet bij de implementatie van de Kaderrichtlijn en de eerste dochterrichtlijn in de vorm van het Blk 2001, maar is pas in 2005 in het leven geroepen, nadat verschillende problemen in de uitvoering van het luchtkwaliteitsbeleid waren ontstaan. De bespreking van de handhavingsketen wordt hierna in drie delen uitgesplitst. Ten eerste de keten die te maken heeft met het nemen van besluiten die kunnen leiden tot een verslechtering van de luchtkwaliteit. Ten tweede zal de meetverplichting worden besproken en ten derde wordt de verplichting tot het opstellen van actieplannen toegelicht. Ten slotte worden nog aanvullende relevante punten besproken.

Met betrekking tot het nemen van besluiten die van invloed zijn op de luchtkwaliteit, zijn alle overheden – zowel gemeenten, provincies als het Rijk – verantwoordelijk voor de luchtkwaliteit. Daarbij moeten zij hun besluiten goed motiveren. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan besluiten alsnog vernietigen, indien deze – in de ogen van de Raad van State – niet voldoende onderbouwd zijn of een te negatieve invloed hebben op de lucht-

51 Interview VROM en Inspectie VROM.

52 Interview Provincie Zuid-Holland, VROM.

53 Interview VROM.

kwaliteit.⁵⁴ Met betrekking tot het verrichten van metingen dienen gemeenten knelpunten te meten die vermoedelijk tot problemen kunnen leiden. Provincies en het Rijk zijn verantwoordelijk voor het meten van de luchtkwaliteit in gebieden die onder hun beheer vallen (zoals provinciale en rijkswegen). De resultaten van deze metingen dienen aan gemeenten te worden gerapporteerd, zo valt op te maken uit het interview bij de Provincie Zuid-Holland. Met het oog op het opstellen van actieplannen die (dreigende) overschrijdingen moeten verhelpen, bepaalt het Blk 2005 – overigens net als het Blk 2001 – dat de hoofdverantwoordelijkheid voor het opstellen en uitvoeren van actieplannen ter verbetering en handhaving van de luchtkwaliteit bij de gemeenten ligt. Omdat provinciale wegen en rijkswegen ook over het grondgebied van de gemeenten lopen, dienen gemeenten ook voor deze delen een actieplan op te stellen, zonder dat hierbij directe invloed kan worden uitgeoefend. Gemeenten hebben echter geen instrumenten om andere overheden te dwingen tot medewerking, zo volgt uit het interview bij de Gemeente Den Haag. Gemeenten hebben een rapportageplicht en dienen hun rapporten in bij de Provincie. Die plicht heeft betrekking op eigen metingen (zoals bijvoorbeeld bij vermoedelijke knelpunten) en de actieplannen. De Provincie stuurt de informatie door naar het Rijk, waarna het Rijk – het ministerie van VROM – doorrapporteert aan de Europese Commissie. De Provincie heeft als ‘doorgeefluik’ geen aanvullende functie. De juistheid van de metingen en de rapportages wordt niet door hen gecontroleerd. Voor de provincie geldt een zelfde verplichting ten aanzien van de provinciale wegen. Deze gegevens worden doorgestuurd naar de gemeenten. Omdat deze wegen ook over het grondgebied van de gemeenten lopen, dienen de gemeenten ook voor deze delen een actieplan op te stellen, zonder dat hierbij directe invloed kan worden uitgeoefend, zo blijkt eveneens uit het interview bij de Gemeente Den Haag, maar ook bij de Provincie Zuid-Holland. Vanuit VROM bemoeit de politieke top zich bijna niet met de uitvoering. De VROM-Inspectie houdt toezicht op de provincies en gemeenten met het doel dat zij hun taken goed uitvoeren. De Inspectie heeft een merkwaardige rol in de vorm van adviseur aan gemeenten, vooral op het gebied van RO.⁵⁵

Provincies kunnen gemeenten laten zien hoe ze met knelpunten moeten omgaan en ze coördineren. Wat betreft toezicht in de implementatieketen is de rol van de provincie onduidelijk. De provincie handhaaft niet de vergunningen, maar toetst wel bestemmingsplannen en is betrokken in een overleg met de gemeenten vooraf. Daarnaast heeft ze een regierol, maar gaat niet over maatregelen. Als zaken binnen de portefeuille van een andere partij vallen, bijvoorbeeld Rijkswaterstaat, dan heeft de provincie daar in principe niets mee te maken.⁵⁶

54 Interview VROM.

55 Interview VROM-Inspectie en VROM.

56 Interview VROM, Zuid-Holland.

7.3.3 Implementatieketen

7.3.3.1 Actoren in de implementatieketen en regie

Eerst zal worden gesproken over de onderhandelingen voorafgaand aan de totstandkoming van de richtlijnen. Daarna wordt gesproken over de implementatie van de luchtkwaliteitsregelgeving op het nationale vlak.

Europees voortraject

In het voortraject heeft Nederland al in de ontwerpfase van de eerste dochterrichtlijn kanttekeningen geplaatst bij de normen ten aanzien van de haalbaarheid en de hoogte van de normen. Uit een onderzoek van Clingendael blijkt dat Nederland geen fundamentele bezwaren op hoog ambtelijk niveau of op politiek niveau bij de Europese Commissie of binnen het ministerie van VROM aan de orde heeft gesteld.⁵⁷ Het dossier werd in eerste instantie als niet-controversieel aangeduid en er is dan ook puur op expert-niveau gehandeld. In het voortraject heeft VROM de kar getrokken. Andere actoren, zoals Verkeer en Waterstaat hebben zich in het begin afzijdig gehouden.⁵⁸ Mede gelet op adviezen van de *World Health Organization* (hierna: WHO) werd de voorgestelde normering in het voorstel voor een richtlijn zeer serieus genomen.⁵⁹ De Nederlandse onderhandelaars realiseerden zich dat Nederland een hoge milieudruk kent maar voor de realisatie van een milieubeleid afhankelijk is van andere landen. In de onderhandelingen is gekozen voor een schadebeperkende strategie, maar zijn de grenswaarden niet verder ter discussie gesteld. Wel maakte men zich zorgen over de haalbaarheid van de normen van stikstofdioxiden en fijn stof, indien geen gemeenschappelijk bronbeleid zou worden opgezet. Nederland heeft toen van de Europese Commissie de mondelinge toezegging gekregen voor aanvullend communautair bronbeleid. In deze toezegging is, achteraf gezien, sprake geweest van een te groot vertrouwen vanuit Nederland.⁶⁰

Nationale implementatie

Bij de implementatie van de eerste dochterrichtlijn was het ministerie van VROM de hoofdverantwoordelijke voor het luchtkwaliteitsdossier. Het doel dat het ministerie voor ogen had, kwam overeen zoals uiteindelijk geformuleerd in de richtlijn, namelijk 'bescherming van de volksgezondheid en van ecosystemen'. De experts van de directie Lucht en Energie werden technisch ondersteund door het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (hierna: RIVM), dat verantwoordelijk is voor het Landelijke Meetnet Luchtkwaliteit. Binnen

⁵⁷ Rood 2005.

⁵⁸ Rood 2005, p. 17-20.

⁵⁹ Rood 2005, p. 17.

⁶⁰ Rood 2005, p. 18.

VROM zijn andere organisatieonderdelen bij de onderhandelingen over de eerste dochterrichtlijn niet actief betrokken geweest (ruimtelijke ordening, juridische zaken). De effecten van ruimtelijke ordening zijn in eerste instantie dan ook niet meegenomen bij de uitvoering van de richtlijnen.⁶¹ De politieke top van VROM heeft zich niet actief gemengd in de voorbereidingen van de uiteindelijke implementatie van het beleid, zo is gebleken uit een interview bij de VROM-Inspectie.

7.3.3.2 Afstemming in de implementatieketen

De directie Lucht en Energie van het ministerie van VROM handelde vooral zelfstandig.⁶² Verkeer en Waterstaat zag in eerste instantie niet in wat luchtkwaliteit te maken had met het mobiliteitsbeleid, totdat projecten geen doorgang konden vinden als gevolg hiervan (Interview Rijkswaterstaat). Daarnaast was de aandacht van de directie Lucht en Energie vooral gericht op Europa, met het oog op evaluatie van de richtlijn, de normen en een gemeenschappelijk bronbeleid. Daardoor is bij de implementatie weinig aandacht uitgegaan naar de praktische uitvoerbaarheid van de regelgeving.⁶³ De rol van de provincies is erg verschillend aangezien niet iedere provincie te maken heeft met problemen in het kader van dit dossier. In Zuid-Holland is dat wel het geval – naast enkele andere – en heeft de provincie knelpuntoverleggen ingesteld. Op landelijk niveau bestaat een *Taskforce* Luchtkwaliteit om bestaande problemen op te lossen in een interbestuurlijk kader.⁶⁴ Deze bestond in de vroege fase van implementatie nog niet, omdat deze *taskforce* pas in 2005 in het leven is geroepen.

7.3.3.3 Internationale component

In de implementatieketen is weinig tot geen sprake van internationale samenwerking. Alleen op beleidsvlak bestaan bilaterale contacten, deelname in het IMPEL-netwerk, en deelname in gerichte werkgroepen. Echter kan niet aan de indruk ontkomen worden dat de Europese contacten weinig invloed hebben op het Nederlands implementatieproces.⁶⁵

61 Rood 2005, p. 19.

62 Rood 2005, p. 19.

63 Rood 2005, p. 21.

64 Interview Rijkswaterstaat.

65 Interview VROM.

7.4 UITVOERING EN HANDHAVING

7.4.1 Uitvoerbaarheid

Met betrekking tot de uitvoerbaarheid kan de vraag worden gesteld of het luchtkwaliteitsbeleid handhaafbaar is. In de praktijk komt een groot deel van het probleem uit het buitenland. Zeker met betrekking tot fijn stof komt ongeveer een derde van de vervuiling uit het buitenland, zo blijkt uit een interview bij Rijkswaterstaat. Daarnaast speelt de haalbaarheid van stikstofdioxide een rol; ook de normen voor deze stof lijken in de bestaande situatie onhaalbaar. De norm die gesteld is, zeker voor fijn stof en stikstofdioxide, is op dit moment niet haalbaar. Voor dit deel is Nederland afhankelijk van maatregelen vanuit Europa, met name op het gebied van bronbeleid. Ten tijde van de onderhandelingen van de vaststelling van richtlijnen heeft Nederland al aangegeven de normen ten aanzien van fijn stof niet te kunnen halen (interview VROM). Op dit vlak kan Nederland hoogstens een maximum inspanning doen, maar het is niet reëel dat de gestelde norm behaald kan worden binnen de gestelde termijn. De norm zelf is geen probleem, omdat de luchtkwaliteit steeds verbetert. Het probleem ligt in de termijn waarbinnen de normen moeten worden gehaald. Het antwoord op het probleem is volgens meerdere respondenten te vinden in een Europees bronbeleid voor gemotoriseerd verkeer.⁶⁶

De problemen met het Blk 2001 – dat wil zeggen de vernietiging van diverse besluiten door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – hebben tot de invoering van het Blk 2005 geleid. Dit besluit beoogde een soepeler houding ten aanzien van de koppeling tussen ruimtelijke ordening en luchtkwaliteit, maar lost het probleem niet op dat bepaalde belangrijke projecten vanwege hun mogelijke belasting voor luchtkwaliteit geen doorgang kunnen vinden. Om aan de Europese regelgeving te kunnen blijven voldoen, maar tegelijkertijd geen belangrijke stagnatie van bouwprojecten te veroorzaken, voorziet de nieuwe wet in een landelijke aanpak van het luchtkwaliteitsprobleem. In deze wet worden besluiten die in ‘niet betekenende mate’ effect hebben op de luchtkwaliteit ontheven van hun toetsingsplicht en wordt de nadruk op de lokale verantwoordelijkheid verminderd en overgestapt op een meer nationale aanpak van het probleem. Het NSL lijkt in de huidige context de enige manier om op grotere schaal projecten en maatregelen in samenhang te kunnen beoordelen. In de oude aanpak blijft men hangen in meer beperkte projecten en specifiekere saldering. Daarnaast moet het NSL ertoe bijdragen in aanmerking te komen voor vijf jaar derogatie (normafwijking) betreffende de implementatie van de richtlijn.⁶⁷

⁶⁶ Interview VROM.

⁶⁷ Interview VROM.

In de huidige uitvoeringspraktijk zijn provincies en gemeenten verantwoordelijk voor het signaleren van normoverschrijdingen en het opstellen van actieplannen om deze overschrijdingen aan te pakken. De gemeentelijke actieplannen worden, op dit moment, aan de provincie overlegd, om vervolgens aan VROM te worden toegestuurd (gelet op de communautaire verplichting normoverschrijdingen aan de Europese Commissie te melden). In deze opzet wordt door de provincie en het Rijk toezicht gehouden op de naleving van de gemeentelijke verplichting waarden voor luchtverontreiniging vast te stellen en aan de normen te toetsen, en, indien nodig, een actieplan op te stellen. De gemeentelijke actieplannen zijn niet gebonden aan nadere eisen voor inhoud, vorm en stijl, zo blijkt uit het interview bij de Gemeente Den Haag. Verder wordt het huidige systeem, waarbij de gemeentelijke plannen via de provincie naar VROM wordt geleid als omslachtig beoordeeld, maar werkt het, volgens de VROM-respondenten, in de praktijk wel.⁶⁸ De handhavingstrategie van de VROM-Inspectie laat zich vooral typeren door de vraag of de uitvoeringsproblemen worden veroorzaakt door 'Niet weten, niet kunnen, niet willen'. Daarbij wordt eerst gezien of overheden kwesties niet weten of niet kunnen, waarbij vooral wordt ingezet op voorlichting en advies. Indien een overheid moedwillig niet meewerkt, worden uiteindelijk juridische instrumenten ingezet.⁶⁹ Uit de interviews is naar voren gekomen dat bepaalde aspecten van de handhaving van de beleidsuitvoering niet volledig zijn uitgekristalliseerd. De respondent van Rijkswaterstaat vraagt zich af wie handhaaft als Verkeer en Waterstaat verplicht is een scherm langs een weg te plaatsen, maar dat niet doet (Interview Verkeer en Waterstaat). Op het gebied van toetsing is de handhaving wel effectief, doordat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de nationale regelgeving streng toepast en verschillende besluiten heeft vernietigd.

Wat betreft het bepalen van het niveau van vervuiling houden verschillende overheidsorganen verschillende meet- en rekenmethoden aan. Voor binnenstedelijke wegen geldt het rekenmodel CAR (*Calculation of Air-pollution from Road-traffic*); provincies en rijksoverheid hanteren een ander model voor de wegen die onder hun verantwoordelijk vallen. Dit kan ertoe leiden dat, op het gebied van binnenstedelijke wegen, de provincie en rijksoverheid geen samenhangend beeld hanteren ten aanzien van de luchtkwaliteit. Tevens kunnen gemeenten langs provinciale wegen een probleem percipiëren, daar waar de provincie beweert geen probleem te kennen. Verder kennen meetmethoden zekere vrijheidsgraden. Hierbij laveert men tussen, aan de ene kant wat wetenschappelijk en voor rechters acceptabel is, en aan de andere kant de meest gunstige uitkomst.⁷⁰

68 Interview VROM.

69 Interview VROM.

70 Interview Provincie Zuid-Holland; Rijkswaterstaat en VROM-Inspectie.

De jaarlijks veranderende waarden die gebruikt worden in de rekenmodellen veroorzaakt op lokaal niveau problemen op het gebied van politieke verantwoording. Actieplannen ter verbetering van de luchtkwaliteit kosten in de uitvoering geld, waarover in de (lokale) politiek moet worden besloten. Indien op een bepaald moment sprake is van een probleem, maar in een meer recent rekenmodel niet meer (als gevolg van gewijzigde en meer recente achtergrondmetingen), dan is de besteding van geld moeilijk te verantwoorden en twijfelen gemeentebesturen aan de noodzaak geld te besteden aan maatregelen ter bevordering van de luchtkwaliteit. Dit probleem speelt zeker voor de langere termijn (en dus met name bij substantiële investeringen): nu kunnen gemeenten te maken hebben met overschrijdingen, maar over tien jaar kan het probleem met de komst van schonere auto's zijn opgelost.

7.4.1.1 Fijnmazigheid meet- en rekenvoorschriften

In de huidige rekenvoorschriften wordt de luchtkwaliteit berekend op vierkante kilometers. De keuze voor de indeling van het Nederlandse oppervlak in vierkante kilometers is een Nederlandse. In Frankrijk bijvoorbeeld is de fijnmazigheid van de luchtkwaliteit van een heel andere orde en wordt de luchtkwaliteit uitgesmeerd over grotere grondgebieden, waardoor de vervuiling 'verdund' wordt. De keuze voor de schaal, welke een Nederlandse keuze is, draagt bij aan het probleem van de 'werkelijkheid' op het gebied van luchtkwaliteit. (Interview gemeente Den Haag; Meet- en rekenvoorschrift). Indien op één plaats vervuiling ontstaat en gebruik gemaakt wordt van een kleine oppervlakte-eenheid waarop de luchtkwaliteit wordt beoordeeld, ontstaat sneller een probleem dan bij een grotere oppervlakte-eenheid het geval zou zijn.

7.4.1.2 Actieplannen

Betreffende de uitvoering van actieplannen was bij de implementatie van het Blk 2001 aanvankelijk voorzien dat de aanpak van het luchtkwaliteitsprobleem, met name op het gebied van fijn stof, op rijksniveau zou worden aangepakt. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, echter, heeft bepaald dat alle overheidslagen verantwoordelijk zijn voor de handhaving van luchtkwaliteit. Gemeenten zijn daarbij in het bijzonder verantwoordelijk omdat in hun takenpakket is omschreven dat bij overschrijding of dreiging van overschrijding van luchtkwaliteitsnormen actieplannen dienen te worden opgesteld. Voor knelpunten bij rijkswegen en provinciale wegen zijn de respectievelijke overheidslagen zelf verantwoordelijk. Overleg is juridisch voorgeschreven tussen de overheidsorganen, maar de afstemming tussen de betrokken actoren is moeizaam. De indruk bij gemeenten is dat Rijkswaterstaat vaak een eigen lijn trekt ten aanzien van rijkswegen. Via een mededeling wordt duidelijk gemaakt of, indien er een probleem is, maatregelen worden genomen ter

vermindering van de lokale belasting van de luchtverontreiniging (bijvoorbeeld door het plaatsen van een scherm). Rijkswaterstaat geeft wel te kennen dat er ruimte is voor onderhandeling als een scherm (of een andere uitvoering daarvan) langs een weg kan bijdragen aan de oplossing van ook een gemeentelijk probleem.⁷¹ Met betrekking tot de uitvoering van hun actieplannen kunnen gemeenten afhankelijk zijn van andere overheidsorganen (bijvoorbeeld Rijkswaterstaat wanneer het gaat om een knelpunt in relatie met rijkswegen). Dat vergt nader overleg door de verschillende *stakeholders*. In dit proces lijkt de VROM-Inspectie zich vooral een adviesrol aan te meten, zodat problemen gemeenschappelijk kunnen worden aangepakt.⁷² Zowel de respondenten van VROM-Inspectie als Rijkswaterstaat zijn van mening dat burgers en belangenorganisaties een belangrijker rol zijn gaan spelen (en in de toekomst nog meer kunnen gaan spelen) in de handhaving van het saneringsbeleid.⁷³

7.4.2 Capaciteit

Nederland voldoet momenteel nog niet aan de normen voor fijn stof en stikstofdioxide.⁷⁴ In 2005 is ongeveer 900 miljoen euro uitgetrokken voor de luchtkwaliteitsproblematiek, wat de ernst van dit probleem onderstreept.⁷⁵ Nog steeds zullen maatregelen moeten worden getroffen om de luchtkwaliteit te verbeteren. Dit betekent in de praktijk dat nieuwe plannen die getoetst worden aan luchtkwaliteitsnormen geen doorgang kunnen vinden indien geen maatregelen worden genomen ter verbetering van luchtkwaliteit. Het opmerkelijke aan de handhaving van het huidige beleid, is dat gelden vooral worden aangewend voor nieuwe projecten waar een overschrijding van de normen dreigt, ook op plaatsen waar nauwelijks mensen wonen, terwijl bestaande situaties (zoals woonwijken bij drukke rijkswegen) vaak niet worden aangepakt.⁷⁶

7.4.3 Afstemming in de handhavingketen

Betreffende handhavingvoorschriften is weinig afstemming geweest in de handhavingketen tussen de verschillende overheidsorganisaties. Dit geldt zowel voor de totstandkoming van de handhavingvoorschriften als het toepassen ervan. Het Blk 2005 bepaalt dat ieder bestuursorgaan voor zich maatregelen

71 Interview Gemeente Den Haag, Rijkswaterstaat, Blk 2005, artikel 9.

72 Interview VROM-Inspectie.

73 Interview VROM-Inspectie, Rijkswaterstaat.

74 Interview VROM.

75 Interview VROM en A. Schreuder, 'Vieze lucht blijft nieuwbouw hinderen', *NRC Handelsblad* 24, p. 3 september 2005.

76 Interview Rijkswaterstaat.

neemt teneinde overschrijding of een dreigende overschrijding zo spoedig mogelijk te beëindigen of zoveel mogelijk te voorkomen. Deze maatregelen *kunnen* volgens het Blk 2005, artikel 8 lid 1 mede worden vastgesteld middels een actieplan. Op dit punt komt de provincie om de hoek kijken, die het treffen van maatregelen bevordert middels een overleg met de betrokken bestuursorganen binnen het gebied van de provincie en de inspecteur.⁷⁷ Het Blk 2005 bepaalt verder dat op verzoek van de gemeente, andere bestuursorganen een bijdrage leveren aan het opstellen en het uitvoeren van het actieplan. Hieraan hoeven de bestuursorganen geen medewerking te verlenen, mits zij hun keuze goed kunnen motiveren.⁷⁸ In principe streeft iedere organisatie in de keten eigen doelen na. Verkeer en Waterstaat heeft als taak de mobiliteit te waarborgen, en voor zover luchtkwaliteitsregulering daarvan op invloed is, wordt er rekening mee gehouden. Verkeer en Waterstaat zegt open te staan voor samenwerking en het treffen van uitgebreider maatregelen, maar hier dienen financiële consequenties aan verbonden te worden.⁷⁹ Het toezicht op de gemeenten en provincies betreffende de actieplannen vindt niet dwingend plaats. Gemeenten werken doorgaans nauwgezet mee aan de rapportage aan de provincie. De gemeentelijke rapporten over de meetresultaten zijn niet gebonden aan eisen en worden niet gecontroleerd op juistheid. Als gevolg van de getrapte vorm van rapporteren - van gemeenten aan de provincie en dan door de provincie aan het Rijk - is Nederland in Europa structureel de laatste met het leveren van rapporten over luchtkwaliteit aan de Commissie.⁸⁰

Toezicht vindt vanaf de zijlijn plaats door de VROM-Inspectie. Handhaving van de normen ziet de inspectie in de toekomst meer weggelegd voor het maatschappelijke middenveld in de vorm van burgers en belangengroeperingen die de overheid ertoe dwingen de normen te handhaven (Interview VROM-Inspectie). Volgens de Gemeente Den Haag is al sprake van een dergelijk zelfwerkend systeem. Indien een gemeente geen actie onderneemt, zullen de genomen besluiten door de ABRvS vernietigd kunnen worden. Gemeenten moeten in andere woorden wel actie ondernemen voorzover het knelpunten in relatie met nieuwe projecten betreft.⁸¹ Teneinde bestaande problemen aan te pakken, is de *Taskforce* Luchtkwaliteit ingesteld, waarin de ministeries van VROM, Verkeer en Waterstaat en Economische Zaken zijn vertegenwoordigd, evenals bestuurders van provincies en gemeenten. Het Ministerie van VROM zit de *taskforce* voor. Deze *taskforce* heeft pas het levenslicht gezien, nadat verschillende problemen ontstonden bij de uitvoering van het Blk 2001 en heeft

77 Blk 2005, artikel 8, lid 1-2

78 Blk 2005, artikel 9, vierde.

79 Interview Rijkswaterstaat.

80 Interview Provincie Zuid-Holland en VROM-Inspectie.

81 Interview Gemeente Den Haag.

dan ook tot doel te voorzien in een betere afstemming tussen de betrokken partijen.

Een ander probleem met betrekking tot de veranderende regelgeving is dat veel gemeenten, mede door informatie van VROM, reeds anticipeerden op de inwerkingtreding van het nieuwe wetsvoorstel. Daar waar VROM naar gemeenten en provincies communiceert dat projecten in 'niet betekenende mate' niet meer hoeven worden getoetst aan de luchtkwaliteit, heeft de VROM inspectie zich te houden aan de toen bestaande regelgeving. Binnen de bestaande regelgeving moeten kleinere projecten nog wel op hun verwachte belasting voor de luchtkwaliteit worden getoetst en zonodig worden aangepast. Deze overgangsfase – indien het wetsontwerp wordt aangenomen – bemoeilijkt de handhaving en creëert verwarring voor gemeenten en provincies.⁸²

7.4.4 Internationale component

In de uitvoering wordt over het algemeen niet samengewerkt op internationaal gebied. Wel komt het voor dat regionale (grensoverschrijdende) samenwerking plaatsvindt, bijvoorbeeld tussen de provincie Limburg en Noordrhein-Westfalen. Echter, in principe vindt bij de feitelijke handhaving geen internationale samenwerking plaats.⁸³

7.4.5 Toezicht op toezicht

Tweedelijnstoezicht vindt plaats vanuit Europa, doordat omgezette wetgeving dient te worden gemeld. Tevens tekent de trend zich af dat Europa steeds inhoudelijker vragen gaat stellen naar aanleiding van rapportages van lidstaten. De verwachting is dat het tweedelijnstoezicht belangrijker zal worden; op dit moment heeft de Commissie weinig rapportagemateriaal (actieplannen) in handen om een effectief tweedelijnstoezicht uit te oefenen. Op dit moment is de rol van de Europese Commissie op het gebied van toezicht klein te noemen.⁸⁴

7.5 CONCLUSIES

Het dossier luchtkwaliteit is op het gebied van handhaving atypisch, omdat het gaat om handhaving van milieukwaliteitseisen en niet om klassiek na-

82 Interview VROM-Inspectie.

83 Interview Provincie Zuid-Holland.

84 Interview VROM.

levingstoezicht. Europa laat geen onduidelijkheid over wat de normstelling is voor de luchtkwaliteit. Zeker met betrekking tot stoffen waarvoor grenswaarden gelden, is het niet mogelijk hiervan af te wijken. In de manier waarop Nederland aan de normstellingen voldoet, wordt ze vrijgelaten, echter, er is wel sprake van een resultaatverplichting welke absoluut is. Op dit moment is de norm, zeker voor fijn stof en stikstofdioxide, niet haalbaar. Op langere termijn wordt verwacht men dat wel aan de luchtkwaliteitseisen wordt voldaan.

De implementatie van de Europese richtlijn heeft plaatsgevonden binnen de Nederlandse systematiek van de Wet milieubeheer en is gekoppeld aan de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Besluiten die effect kunnen hebben op luchtkwaliteit dienen te worden getoetst aan luchtkwaliteit. Deze koppeling volgt het gangbare Nederlandse pad over hoe schadelijke activiteiten met een duidelijke fysieke locatie in te perken. De keuze voor deze koppeling is echter niet vanuit Europa ingegeven. Dat deze koppeling in combinatie met niet-haaltbare normen van fijn stof en stikstofdioxide en een strenge Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zou leiden tot de vernietiging van vele besluiten, was vooraf niet voorzien. Het ministerie van VROM is hoofdverantwoordelijke geweest bij de onderhandelingen over en de implementatie van de richtlijn, waarbij, zeker aan het begin van de discussie over een Europees luchtverontreinigingbeleid, weinig tot geen afstemming is geweest met andere actoren en weinig oog was voor de uitvoering. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft een belangrijke rol gespeeld bij de interpretatie van de regelgeving. De eisen die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State stelde gingen veelal verder dan de richtlijnen luchtkwaliteit stelden/de wetgever had bedoeld.⁸⁵ Zo is bijvoorbeeld aan de hand van de Blk 2001 en 2005 bepaald dat de luchtkwaliteitsnormen *overall* van toepassing zijn, dus ook op plekken waar geen mensen komen. Dit is een nationale interpretatie van de Europese richtlijn, de vraag is echter of dit ook het bedoelde effect is. De handhaving van de luchtkwaliteit dient te worden uitgesplitst in twee delen. Eén deel betreft het toetsingsgedeelte. Het andere deel betreft het handhaven van de gestelde normen in bestaande overschrijdingssituaties (saneringsdeel). In het toetsingsgedeelte is de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een effectieve handhaver. Deze interpreteert de regelgeving op strikte wijze en heeft vele besluiten vernietigd omwille van de luchtkwaliteit.

Op het gebied van sanering zijn gemeenten hoofdverantwoordelijken bij het opstellen en het uitvoeren van actieplannen die moeten bijdragen aan een verbetering van de luchtkwaliteit, zodanig dat weer aan de luchtkwaliteitseisen

⁸⁵ Met name in het geval van fijn stof.

kan worden voldaan. Gemeenten zijn niet altijd in staat zelfstandig de actieplannen tot juiste uitvoer te brengen. Vaak zijn zij weer afhankelijk van andere overheidsorganisaties, zoals VROM, Verkeer en Waterstaat en de provincies. Deze organisaties trekken in eerste instantie hun eigen plan waardoor gemeenten niet in voldoende mate hun eigen verantwoordelijkheid voor het actieplan kunnen waar maken. In die zin zijn de problemen rondom luchtverontreiniging voor een belangrijk deel op het gemeentelijke niveau terecht gekomen. Verder zijn de jaarlijkse wijzigingen van de rekenmodellen voor het bepalen van luchtkwaliteit, welke zijn gerelateerd aan nieuwe metingen van achtergrondwaarden, een complicerende factor in het verwerven van voldoende politieke steun voor substantiële investeringen ten aanzien van knelpunten.

Het dossier luchtkwaliteit wordt gekenmerkt door resultaatverplichtingen, gekoppeld aan een nationale systematiek en nationale keuzes, een strenge Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de – op dit moment – niet haalbare normen. De handhaving in het toetsingsgedeelte is in de bestaande regelgeving effectief te noemen, maar de handhaving in het saneringsgedeelte niet, waardoor gemeenten met problemen kampen.

8 | Europese mededinging

8.1 INLEIDING

De casestudy ‘Europese mededinging’ wordt in het kader van dit onderzoek, voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving, gerekend tot de derde categorie.

De interne markt van de Europese Gemeenschappen is gebaseerd op vier vrijheden, het vrij verkeer van goederen, personen, beroeps- en bedrijfsuitoefening (diensten) en kapitaal. Deze vier vrijheden gaan uit van de gedachte van markttoegang, maar dit alleen is niet voldoende om de interne markt ook goed te laten functioneren. Er moet ook een mogelijkheid zijn om te kunnen concurreren onder gelijke voorwaarden.¹ Daarom vinden we in het EG-verdrag bepalingen die betrekking hebben op de mededinging, waaronder de artikelen 81 en 82 EG die concurrentieregels bevatten voor ondernemingen. Artikel 81 EG komt er kort gezegd op neer dat het verboden is om een kartel te vormen en artikel 82 EG houdt in dat een onderneming die een machtspositie heeft hier geen misbruik van mag maken. Naast het primaire Europese recht bestaat er nogal wat secundair Europees recht waarin bepalingen die te maken hebben met Europese mededinging nader zijn uitgewerkt.² Voor de artikelen 81 en 82 EG is dit onder meer gebeurd in Verordening (EG) nr. 1/2003 (hierna: de verordening).³ In deze verordening zien we bepalingen over hoe artikelen 81 en 82 EG uitgevoerd dienen te worden. In deze verordening zijn tevens bepalingen opgenomen over de verhouding tussen de nationale mededingingsautoriteiten (hierna: nma’s), de nationale rechters en de Europese Commissie (hierna: Commissie), die in het kader van het mededingingstoezicht alle een rol (kunnen) spelen.

De genoemde verdragsbepalingen en de verordening, tezamen de kern van de Europeesrechtelijke regelgeving inzake mededinging, zullen in deze casestudy verder centraal staan. Het uitgangspunt van dit Europese mededingings-

1 R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 387.

2 In het kader van het onderzoek in deze casestudy is de transparantierichtlijn (2004/109/EG) buiten beschouwing gelaten.

3 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2003, L 1/1).

recht is dat de Commissie de voornaamste handhaver is. De verordening heeft dan ook voornamelijk betrekking op de bevoegdheden van de Commissie. In deze casestudy staat echter voorop de uitvoering van de verordening door de lidstaten, de bepalingen die betrekking hebben op de bevoegdheden van de Commissie zullen waar nodig besproken worden. Dit brengt ons bij de centrale vraag van deze casestudy: welke invloed gaat vanwege de EU uit op de nationale rechtshandhaving op het terrein van Europese mededinging, toegespitst op de verordening, en hoe wordt deze invloed in Nederland in juridische en feitelijke zin geïmplementeerd? Van belang bij dit onderzoek zijn dan niet alleen de verordening en de artikelen 81 en 82 EG, maar ook de Nederlandse mededingingswetgeving, aangezien de toepassing van het Europese mededingingsrecht volgens de verordening kan plaatsvinden via de bepalingen van het nationale mededingingsrecht. Voor de toepassing van de artikelen 81 of 82 EG geldt dat er sprake moet zijn van beïnvloeding van tussenstaatse handel. Dit betekent dat de verboden gedragingen niet direct of indirect, feitelijk of potentieel de handel tussen de lidstaten mogen beïnvloeden.⁴ Mocht dit niet het geval zijn, dan kan een nma terugvallen op de eigen nationale mededingingsregels.

In deze casestudy zal eerst stilgestaan worden bij de Europeesrechtelijk regelgeving die van belang is voor dit onderzoek. Vervolgens zal gekeken worden hoe deze Europese regelgeving, voor zover nodig, in Nederland is geïmplementeerd en in hoeverre er problemen waren bij de implementatie. In het bijzonder zal er gekeken worden naar (implementatie van) controle- en sanctievoorschriften. Daarna volgt een weergave van de feitelijke handhavingspraktijk vanuit het perspectief van mogelijke Europese beïnvloeding en tot slot zal in de conclusie de vraagstelling worden beantwoord. Rode draad door het stuk is de invloed van Europa op de nationale keuzes inzake handhaving van het Europese mededingingsrecht in Nederland.

8.2 VERORDENING (EG) NR. 1/2003

8.2.1 Achtergrond van de verordening

Van de zes lidstaten die in de jaren vijftig het EEG-Verdrag ondertekenden had slechts één lidstaat, namelijk Duitsland, destijds al nationale regels omtrent mededinging.⁵ De aandacht voor mededinging stond, in andere woorden, op een laag pitje. Om te verzekeren dat er een eenduidige en eenvormige

4 A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford: OUP 2004, p. 168-169. Barents & Brinkhorst 2006, p. 393.

5 L. Parret, 'Belangrijke vernieuwingen in het Europese mededingingsrecht en de gevolgen voor de rechtspraktijk', *NJW* 2003-50, p. 1246-1253.

toepassing van het Europese mededingingsrecht zou plaatsvinden, leek het verstandig om het toezicht op de naleving van de mededingingsregels te centraliseren bij de Commissie. In het EEG-Verdrag werden bepalingen opgenomen die de basis legden voor eerlijke mededinging op de gemeenschappelijke markt. Voor de uitvoering van deze artikelen (huidige artikelen 81 en 82 EG) kwam Verordening (EEG) nr. 17/62 tot stand (de voorganger van de verordening). Op grond van deze verordening bleek dat de Commissie de leidende rol had in de uitvoering van de verdragsbepalingen (artikelen 81 en 82 EG), maar daarnaast waren ook de lidstaten bevoegd om op te treden bij een overtreding daarvan (artikelen 81 lid 1 en 2 en 82 EG). Een uitzondering werd gemaakt voor artikel 81 lid 3 (vrijstellingen). Deze bevoegdheid kwam op grond van Verordening (EEG) nr. 17/62 exclusief toe aan de Commissie. Op grond van deze bepaling waren ondernemingen verplicht om alle potentiële inbreuken op de mededinging aan te melden bij de Commissie. De werklust van de Commissie nam hierdoor aanzienlijk toe, in het bijzonder door de uitbreiding van het aantal lidstaten en doordat ondernemingen met ondermijning van het nationale mededingingstoezicht, zich vooral tot de Commissie wendden op grond van artikel 81 lid 3 EG.⁶ Door deze ontwikkeling was de Commissie voornamelijk bezig met het afhandelen van de aanmeldingen die vielen onder de uitzonderingen van artikel 81 lid 3 EG en had zij weinig tijd om zich bezig te houden met de belangrijke grote mededingingszaken. Aan deze werkdruk probeerde de Commissie tegemoet te komen door het introduceren van diverse maatregelen gericht op het terugdringen van het aantal aanmeldingen, zoals verticale en horizontale groepsvrijstellingen, het sneller afhandelen van verzoeken en het aanmoedigen van gedecentraliseerde behandeling van klachten.⁷ Helaas baatten deze regels ook niet en kon de Commissie niet meer goed prioriteren waar zij zich mee ging bezighouden. Dit waren de voornaamste redenen om het toenmalige stelsel van Europese mededinging onder de loep te nemen en te evalueren in het Witboek betreffende de modernisering van de mededingingsregels.⁸ Naar aanleiding van dit Witboek kwam de Commissie met het voorstel van een nieuwe verordening inzake de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG, met daarin vervat een nieuw gedecentraliseerd stelsel van bevoegdheidsverdeling inzake het toezicht op Europese mededinging. Dit resulteerde in de huidige Verordening (EG) nr. 1/2003.

6 Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (*PbEG* 1999, C 132/1).

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

8.2.2 Materiële normen van de verordening

Zoals uit het voorgaande stuk bleek, was het nodig om tussen de Commissie en de lidstaten een nieuw evenwicht te creëren op het gebied van toezicht op Europese mededinging. Het uitgangspunt van de verordening is dat enerzijds sprake is van doeltreffend toezicht en anderzijds dat de administratieve controle wordt vereenvoudigd.⁹ De opvallendste verandering met de komst van de verordening is dat er sprake is van decentralisatie, doordat er voor de lidstaten een mogelijkheid is gecreëerd om naast artikel 81 lid 1 en 2 en artikel 82 EG ook lid 3 van artikel 81 EG rechtstreeks toe te passen. Doordat de Commissie door decentralisatie een gedeelte van haar macht uit handen heeft gegeven – zij heeft niet meer het alleenrecht om te beslissen over de vrijstellingen van lid 3 van artikel 81 EG – zijn daarnaast echter ook bevoegdheden van de Commissie uitgebreid om zo een uniforme toepassing van het Europese mededingingsrecht te blijven verzekeren. Verder wordt de verhouding tussen de Commissie en de nma's en tussen de Commissie en de nationale rechters nader geregeld in de verordening. Ook zijn de administratieve lasten voor de Commissie lichter gemaakt door het stelsel van de aanmeldingsregeling bij de Commissie te vervangen door een stelsel van wettelijke uitzonderingen.

8.2.3 Indeling en inhoud van de verordening

De verordening bestaat uit elf hoofdstukken die hieronder besproken zullen worden.

Het eerste hoofdstuk legt de beginselen van de verordening neer, waarbij in artikel 1 uitleg wordt gegeven over de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG. Artikel 2 gaat over de bewijslastverdeling. Artikel 3 is van belang omdat het de verhouding tussen artikel 81 en 82 EG en het nationale mededingingsrecht regelt. In het kort komt het erop neer dat lidstaten de artikelen 81 en 82 EG ook kunnen toepassen als het gaat om interstatelijke beïnvloeding van de handel, naast nationaal mededingingsrecht (lid 1). Het nationale mededingingsrecht wordt dus ook toegepast, zolang dit niet leidt tot beslissingen die in strijd zouden komen met Europese regels. Het is toegestaan voor lidstaten om strengere regels toe te passen dan op Europees niveau is bepaald (lid 2). In andere woorden, nationaal mededingingsrecht kan bestaan naast Europees mededingingsrecht, zolang het nationale recht het Europese niet doorkruist.

Het tweede hoofdstuk gaat over de bevoegdheden van de Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties om de artikelen 81 en 82 EG toe te passen. Voor de nma's geldt dat zij bevoegd

9 Overweging 2 van de verordening.

zijn om de beëindiging van een inbreuk te bevelen, voorlopige maatregelen op te leggen, toezeggingen te aanvaarden en geldboetes, dwangsommen of andere sancties op te leggen als dit mogelijk is op grond van nationaal recht (artikel 5). Vooruitlopend op wat in paragraaf 8.3 ter sprake komt, is uit het voor deze casestudy afgenomen interview bij het ministerie van EZ gebleken dat er onduidelijkheden waren over hetgeen er onder *toezegging doen* verstaan moest worden. Op dit onderdeel zal uitgebreider worden ingegaan in paragraaf 8.3.

Het derde hoofdstuk van de verordening gaat over de verschillende beschikkingen die de Commissie kan nemen en is in het kader van dit onderzoek verder niet van belang. Opgemerkt kan nog worden dat er een artikel gewijd is aan de toezegging die nma's, zoals hierboven bleek, ook kunnen aanvaarden (artikel 9).

Hoofdstuk vier is met name interessant voor deze casestudy. Het gaat om artikelen die betrekking hebben op de samenwerking tussen de Commissie en de nma's en de nationale rechterlijke instanties. Dit hoofdstuk is voor dit onderzoek van belang, omdat we hierin een uitbreiding zien van hetgeen de Commissie mag doen als het gaat om besluiten van nationale instanties, namelijk de nma's en de nationale rechterlijke instanties, in het kader van Europese mededingingsregels. Zoals hiervoor al uiteengezet, heeft dit te maken met het feit dat er wordt gestreefd naar een uniforme toepassing van het Europese mededingingsrecht. In artikel 11 zien we dat de Commissie de nma's op de hoogte houdt van de zaken waar de Commissie mee bezig is door de toezending van afschriften van de belangrijkste documenten (lid 2). De nma's houden de Commissie ook op de hoogte over waar zij mee bezig zijn als het gaat om de toepassing van artikelen 81 en 82 EG. Zij dienen dit voor of onverwijld na het begin van de eerste formele onderzoeksmaatregel schriftelijk te doen (lid 3). Op grond van lid 4 dienen de nma's tevens de Commissie uiterlijk dertig dagen voordat ze een beslissing nemen op de hoogte te stellen van hun besluit met de toevoeging van alle benodigde stukken die zij hebben gebruikt om tot hun besluit te komen. Voor de nma's is de mogelijkheid gecreëerd om te allen tijde de Commissie te raadplegen over de toepassing van het gemeenschapsrecht (lid 5). Het laatste lid van dit artikel is van belang voor de rechtsmachtverdeling tussen de Commissie en de nma's. Zodra de Commissie een procedure begint die kan leiden tot een beschikking conform hoofdstuk III, zijn de nma's niet meer bevoegd om de artikelen 81 en 82 EG toe te passen in die zaak. De Commissie kan een zaak dus naar zich toe trekken als zij denkt dat dit een grote mededingingszaak is. Op grond van lid 6 mogen de nma's dan niet meer het EG-recht toepassen, hetgeen onverlet laat dat zij wel hun nationale mededingingsregels zouden kunnen toepassen zolang dit niet het Europees recht doorkruist, zoals bepaald in lid 3.

Artikel 12 gaat over de uitwisseling van informatie tussen de Commissie en de nma's en wat de status is van deze informatie als bewijsstuk. Artikel 13 heeft betrekking op het feit dat maar één autoriteit eenzelfde zaak kan vervolgen. Dit geldt voor zowel de nma's als de Commissie. De Commissie kan na de indiening van een klacht dus een zaak niet in behandeling nemen als een nma er al mee bezig is. Artikel 14 gaat over een adviescomité dat de Commissie dient te raadplegen voordat het een beschikking neemt en de procedure die doorlopen wordt. Belangrijker voor deze casestudy is lid 2 van dit artikel op grond waarvan de *European Competition Network* (hierna: ECN) tot stand is gekomen. In dit netwerk, waaraan vertegenwoordigers van de nma's en de Commissie deelnemen, worden individuele zaken behandeld. Als het gaat om andere kwesties dan individuele zaken, kunnen ook andere vertegenwoordigers van lidstaten aanwezig zijn. In paragraaf 8.4 van deze casestudy zal nader worden ingegaan op het ECN en zijn rol.

Artikel 15 heeft betrekking op de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties. Het eerste lid schept de mogelijkheid voor de nationale rechterlijke instanties om inlichtingen en advies te vragen aan de Commissie als het gaat om de toepassing van communautaire mededingingsregels. Daarnaast kunnen de Commissie en de nma's zelf bij de rechter schriftelijke en eventueel mondelinge opmerkingen plaatsen over de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG (lid 3). De lidstaten zijn overigens verplicht om de Commissie alle uitspraken van nationale rechterlijke instanties toe te sturen als het gaat om uitspraken die verband houden met de artikelen 81 en 82 EG (lid 2). De consequentie van een verkeerde toepassing van de artikelen 81 en 82 EG door een nationale rechterlijke instantie kan leiden tot een inbreukprocedure. Artikel 16 gaat over de uniforme toepassing van het communautaire mededingingsrecht en heeft betrekking op zaken die door de Commissie al behandeld zijn of in behandeling zijn en deels overlappen met het onderzoek van een nma of een rechterlijke uitspraak. De beslissing van een nma of een nationale rechterlijke instantie mag niet in strijd zijn met een beschikking van de Commissie.

Het vijfde hoofdstuk gaat over de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie. Op deze plaats zullen alleen de artikelen die de verhouding tussen de Commissie en de nma's aangeven of waarbij het gaat om bevoegdheden van de nma's zelf besproken worden. In artikel 18 lid 5 zien we dat de Commissie de nma van een lidstaat op de hoogte stelt als zij op verzoek of bij beschikking inlichtingen van een onderneming ontvangt die gezeteld is in die lidstaat. De regering en de nma's dienen de Commissie te voorzien van inlichtingen die nodig zijn voor de vervulling van haar taken (lid 6). Op grond van artikel 19 lid 2 kan een nma aanwezig zijn bij het verhoor van een onderneming op haar grondgebied. Artikel 20 gaat over de bevoegdheden van de Commissie als het gaat om inspecties die verricht worden bij ondernemingen. De Commissie

dient op grond van lid 3 de nma van deze inspectie op de hoogte te stellen. Als de inspectie op grond van een beschikking wordt genomen, zal de Commissie de nma eerst horen (lid 4). De functionarissen van een nma kunnen door de Commissie verzocht worden om actief bijstand te verlenen, zij hebben dan dezelfde bevoegdheden als de functionarissen van de Commissie (lid 5). Wanneer een onderneming inspectie weigert, zijn de lidstaten verplicht om de Commissie de nodige bijstand te verlenen, zo nodig door inschakeling van de politie (lid 6). Indien op grond van het nationale recht de toestemming van de rechterlijke instantie nodig is, moet men deze eerst krijgen (lid 7). De nationale rechterlijke instantie mag alleen de authenticiteit toetsen en nagaan of de maatregelen niet willekeurig zijn of disproportioneel. De legitimiteit van het besluit van de Commissie mag alleen door het Hof van Justitie worden getoetst (lid 8). Artikel 21 heeft betrekking op inspecties van andere lokalen dan het bedrijfslokaal. Op grond van lid 3 van dit artikel is voor de inspectie van andere lokalen dan bedrijfslokalen, altijd voorafgaande toestemming nodig van de nationale rechterlijke instantie. Op grond van artikel 22 lid 1 kunnen andere nma's een verzoek indienen bij een nma van een andere lidstaat tot het verrichten van onderzoek op zijn grondgebied en op kosten van de verzoevende nma. Het moet dan wel gaan om een inbreuk op artikel 81 dan wel artikel 82 EG. De Commissie kan op grond van lid 2 van artikel 22 de nma's tevens verzoeken voor haar onderzoek uit te voeren.

Het zesde hoofdstuk gaat over sancties die de Commissie oplegt aan de ondernemingen. Artikel 23 gaat over geldboeten die de Commissie kan opleggen en artikel 24 heeft betrekking op dwangsommen. Het zevende hoofdstuk heeft betrekking op verjaring en het achtste hoofdstuk op hoorzittingen en de geheimhoudingsplicht. Op grond van artikel 28 mogen de nma's van de lidstaten en hun functionarissen en personeelsleden geen inlichtingen openbaar maken die zij uit hoofde van deze verordening hebben gekregen. Hoofdstuk negen gaat over de individuele vrijstelling. Tot slot is voor dit onderzoek artikel 35 van de verordening relevant. Daarin is bepaald dat lidstaten (een) mededingingsautoriteit(en) dienen aan te wijzen die de artikelen 81 en 82 EG zal of zullen toepassen, zodanig dat op afdoende wijze wordt voldaan aan de bepalingen uit de verordening.

8.2.4 Specifieke bepalingen ten aanzien van controle en sancties

Aangezien deze casestudy is gericht op de toepassing van Europees recht (in het bijzonder EU-handhavingsvoorschriften) door nationale instanties, is het van belang nog wat nader te bezien wat de verordening nu bepaalt over controle en sanctionering in de lidstaten. Zoals hiervoor werd opgemerkt, verplicht artikel 35 van de verordening de lidstaten om een autoriteit in te stellen die de artikelen 81 en 82 EG zal toepassen. In die hoedanigheid zijn deze autoriteiten dan belast met de uitoefening van de controle van het Euro-

pese mededingingsrecht. Bij lezing van de verordening blijkt echter dat de overige artikelen die gaan over de controle op de artikelen 81 en 82 EG vooral betrekking hebben op de bevoegdheden van de Commissie. Waar de nma's aan bod komen, spelen ze een rol in dienst van de Commissie en dus niet zelfstandig in de uitoefening van het Europese mededingingsrecht. Ten aanzien van het instellen van een nma laat de verordening de lidstaten vrij in de wijze waarop dit plaatsvindt. Het gaat in dit geval dus om een resultaatverplichting van de lidstaten, er moet een autoriteit komen die de artikelen 81 en 82 EG toepast. Dit kunnen meerdere instanties zijn, zowel bestuurlijke als rechterlijke instanties. Voor de rest laat de verordening het aan het nationale mededingingsrecht over hoe de controle in ruime zin, dus zowel toezicht als opsporing, op de artikelen 81 en 82 EG plaats dient te vinden.

Voor wat betreft de controle op de naleving van de artikelen 81 en 82 EG zijn, zoals gezegd, in de verordening diverse bepalingen opgenomen over de rol van de Commissie, met name gericht op de uniforme toepassing van het Europese mededingingsrecht in de lidstaten. De achtergrond van deze uitbreiding van de bevoegdheden van de Commissie heeft te maken met het reeds genoemde feit dat er op grond van de verordening bewust een trend van decentralisatie is ingezet om de werklast van de Commissie te verlagen door de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om te beslissen over de vrijstellingen van artikel 81 lid 3 weg te nemen en neer te leggen bij de nma's. In de vorige paragraaf hebben we reeds gezien dat de nma's de Commissie op de hoogte brengen als ze een zaak gaan onderzoeken die betrekking heeft op artikel 81 of artikel 82 EG. Daarnaast kunnen nationale rechterlijke instanties inlichtingen en advies vragen aan de Commissie over de toepassing van het EG-mededingingsrecht en moeten lidstaten alle rechterlijke uitspraken die te maken hebben met de artikelen 81 en 82 EG naar de Commissie sturen. Verder is voor de uniforme uitlegging van het EG-mededingingsrecht en de centrale rol die de Commissie hierin speelt ook het ECN opgericht. We zullen hierop in paragraaf 8.4 terugkomen om te bezien wat de precieze rol van dit netwerk is.

Voor de op te leggen sancties bepaalt artikel 5 welke bevoegdheden de nma's hebben. Volgens dit artikel kan een nma de volgende besluiten nemen: een geldboete, een dwangsom of een andere soort sanctie die voorkomt in het nationale recht. Een verdere invulling van deze sancties vinden we niet terug in de verordening zelf. Er bestaat dus een mogelijkheid om sancties op te leggen, maar het is aan de lidstaten hier een verdere invulling aan te geven. De lijst van de mogelijke sancties is dus niet uitputtend geregeld in de verordening. Voor de soorten besluiten die een nma kan nemen, kan er wel gesteld worden dat dit een uitputtende lijst is. Naast het opleggen van een sanctie kan een nma namelijk de beëindiging van een inbreuk bevelen, voorlopige maatregelen opleggen en toezeggingen aanvaarden. In zoverre is er vanuit

Europa dus wel invloed op de sanctiebesluiten die een nma kan nemen als het gaat om de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG.

8.2.5 Private handhaving van het mededingingsrecht

Naast de hiervoor besproken aspecten van publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, moet ook worden gewezen op de mogelijkheden tot private handhaving. Ondanks het overwegend publiekrechtelijke karakter van het economisch mededingingsrecht zijn deze mogelijkheden sinds de inwerkingtreding van de verordening namelijk ook toegenomen.

Lange tijd speelde met name de Commissie een centrale rol bij de handhaving, daar zij beschikte over het ontheffingsmonopolie in de zin van artikel 81 lid 3 EG, waarin een regeling voor vrijstelling op het kartelverbod is neergelegd. Dit ondanks het feit dat de mogelijkheid tot private handhaving van het mededingingsrecht reeds vanaf het begin van de Europese (Economische) Gemeenschap was voorzien in destijds artikel 85 lid 2 van het EEG-Verdrag (nu artikel 81 lid 2 EG) en uitdrukkelijk wordt onderkend in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG.¹⁰

Met de eerder al genoemde ingrijpende herziening van het communautaire mededingingsrecht is, zoals gezegd, het wettelijk monopolie van de Commissie op de toepassing van artikel 81 lid 3 EG verlaten.¹¹ Naast de Commissie zijn nu de nma's alsook de nationale rechters bevoegd zich ook over artikel 81 lid 3 EG uit te spreken. Met deze decentralisatie zijn de mogelijkheden voor private handhaving van het mededingingsrecht dus toegenomen.

Onder private handhaving wordt in dit verband dan verstaan de mogelijke bijdrage die particulieren (lees: concurrenten of consumenten(organisaties)) kunnen leveren aan de handhaving van het mededingingsrecht door zich in procedures voor een nationale rechter te beroepen op de rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht en bijvoorbeeld een verbod of gebod, ofwel schadevergoeding te vorderen.

In de zaak *Courage* en *Crehan* heeft het Hof van Justitie van de EG het belang van privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht in de vorm van schadevergoedingsacties onderstreept. De bescherming van aan particulieren toegekende rechten door de nationale rechter draagt, aldus het

10 Zie in algemene zin: HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Van Gend en Loos*, *Jur.* 1963, p. 3 en op het terrein van het mededingingsrecht HvJ EG 27 maart 1974, zaak 127/73, *BRT/Sabam*, *Jur.* 1974, p. 313. Zie voor een algemeen overzicht van relevante aspecten in de verhouding tussen publieke en private handhaving op het terrein van het mededingingsrecht Jones & Sufrin 2004, p. 1189-1192.

11 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2003, L 1/1).

Hof van Justitie van de EG, bij aan de volle werking van het gemeenschapsrecht.¹²

Inmiddels is duidelijk dat de Commissie op dit terrein sterk inzet op dergelijke schadevergoedingsacties van gedupeerde concurrenten en consumenten ter handhaving van met name de normen inzake het kartelverbod en misbruik van economische machtsposities.¹³ Deze initiatieven van de Europese Commissie zijn ontegenzeggelijk beïnvloed door Amerikaanse ontwikkelingen. In de Verenigde Staten is de handhaving van het mededingingsrecht voor meer dan 90% een geheel private aangelegenheid.¹⁴ Toch benadrukte Europees Commissaris voor mededinging mevrouw Kroes recentelijk nog dat de Commissie niet zondermeer uit is op een vergelijkbare procescultuur: 'Private enforcement is not about creating a litigation culture, it's about creating European solutions to allow consumers and companies to uphold their rights.'¹⁵ Dat neemt niet weg dat de beoogde private handhavingsacties, afgezien van de mogelijkheid van arbitrage, zullen moeten worden gerealiseerd door middel van juridische procedures voor nationale rechters. Geluiden over mogelijke invoering van *exemplaire* (*exemplary*) of *punitieve* (*punitive*) schadevergoedin-

-
- 12 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage en Crehan*, *Jur.* 2001, p. I-6297, r.o. 25-27. Naar de mening van Van Lierop & Pijnacker Hordijk heeft deze uitspraak van het Hof van Justitie voor de priva(a)t(rechtelijke) handhaving van het mededingingsrecht in de Nederlandse rechtsorde overigens weinig toegevoegd. Zie verder A.P. Kommisinos, 'New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v. Crehan* and the Community Right to Damages', *CMLRev.* 2002, p. 447-487; N. Reich, 'The 'Courage' Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?', *CMLRev.* 2005, p. 35-66.
 - 13 In 2005 kwam de Commissie met het *Groenboek Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels* (COM(2005)672 def.) en de bijbehorende Commission staff working paper (SEC(2005)1732). Daaraan voorafgaand was in opdracht van de Commissie een rechtsvergelijkende studie over private handhaving van het mededingingsrecht in de lidstaten uitgevoerd (bekend onder de naam Ashurst-rapport, naar het gelijknamige advocatenkantoor dat de studie verrichtte). Zie D. Waelbroeck, D. Slater & G. Even-Shoshan (eds.), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition Rules, comparative report* 2004. Als follow-up van het Groenboek is momenteel een *Witboek over schadevergoedingen voor inbreuken op mededingingsregels van de EG* in voorbereiding. Zie het *Report on Competition Policy 2006* van de Commissie (COM(2007)358 def.), punt 5 en het *Wetgevings- en werkprogramma van de Commissie voor 2007* (COM(2006)629 def.). Met het oog op dit witboek heeft de Commissie opdracht gegeven voor een nieuwe *Study related to the impact assessment of the White Paper on EC antitrust damages actions* (COMP/2006/a3/012).
 - 14 Zie E.H. Pijnacker Hordijk, 'Private handhaving als alternatief voor overheidshandhaving, mede in het licht van overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2006, 1-2, p. 31 en 35. Zie ook W.P.J. Wils, 'Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?', *World Competition* 2003, 26(3), p. 476-477.
 - 15 Speech van N. Kroes, 'Developments in competition policy since October 2006 – and a look forward into 2007' voor het European Parliament, Economic and Monetary Affairs Committee Brussels, 20 March 2007 (te raadplegen op de website van de Commissie onder SPEECH/07/163).

gen roepen bij velen dan toch al snel het schrikbeeld van ‘Amerikaanse toestanden’ op.¹⁶

8.3 JURIDISCHE EN BELEIDSMATIGE IMPLEMENTATIE IN NEDERLAND

8.3.1 Achtergrond van de nationale regelgeving

Tot 1998 kenden we in Nederland de Wet economische mededinging (wet van 28 juni 1956) die de regels omtrent de economische mededinging regelde. Met de komst van de Mededingingswet in 1998 is deze regeling komen te vervallen. In de Memorie van Toelichting bij deze wet zien we dat de toenmalige Wet economische mededinging niet meer voldoende werd geacht voor een effectieve en doeltreffende toepassing van de mededingingsregels in Nederland. Ondanks de wijzigingen die laatstgenoemde wet had ondergaan, moest er vastgesteld worden dat zij niet leidde tot het gewenste resultaat. Er moest een omslag komen van het mededingingsregime in Nederland.¹⁷ In het bijzonder relevant voor dit onderzoek is dan dat de regering voor het nieuwe mededingingsregime aansluiting heeft gezocht bij de bestaande regelgeving uit Europa. De centrale artikelen uit de Mededingingswet (artikelen 6 en 24) zijn bijna identiek aan hetgeen we in de artikelen 81 en 82 EG zien. Tevens zien we in de Memorie van Toelichting meerdere malen dat de regering expliciet aangeeft dat aansluiting is gezocht bij de Europese mededingingsregels als het bijvoorbeeld gaat over de definities van bepaalde termen. Als reden voor deze aansluiting geeft de regering aan dat in andere lidstaten er eveneens aansluiting is met de Europese mededingingsregels en het daarnaast de uitvoering van de Europese regels en nationale regels makkelijker maakt als dit uniform plaatsvindt. Tevens geeft de regering aan dat er anders sprake kan zijn van ongelijke behandeling als het nationale en Europeesrechtelijke beleid niet overeen zou komen. Al met al was er volgens de regering een noodzaak om het toenmalige mededingingsregime grondig aan te pakken. In hoeverre er hier vanuit Europa op de aansluiting feitelijk invloed is uitgeoefend, blijkt niet uit de Memorie van Toelichting. Volgens respondenten in de voor dit onderzoek afgenomen interviews was deze aansluiting een Nederlandse keuze.

8.3.2 Materiële normstelling

Naast de huidige Mededingingswet (hierna: Mw) kennen we in Nederland nog vele andere regelingen die betrekking hebben op de mededinging. Zo zijn er op grond van de Mededingingswet allerlei amvb's tot stand gekomen

¹⁶ Zie Commission staff working paper (SEC(2005)1732).

¹⁷ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 6.

die nadere regels stellen over de uitvoering van de Mededingingswet, waaronder een Besluit gegevensverstrekking Mededingingswet,¹⁸ een Besluit kostenverhaal NMa¹⁹ en een Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten.²⁰ Deze regels hebben betrekking op de uitvoering van de Mededingingswet en zijn dus niet in het leven geroepen om te voldoen aan Europese regels. Daarnaast bestaat er bijvoorbeeld ook een relatiestatuuut tussen de NMa en het ministerie van Economische Zaken. In dit relatiestatuuut zijn afspraken opgenomen die een nadere invulling geven aan hoe de minister van Economische Zaken en de raad van bestuur van de NMa voornemens zijn gestalte te geven aan hun relatie, voor zover die relatie niet bij of krachtens wet is geregeld. Het uitgangspunt bij de invulling van de relatie is dat de minister verantwoordelijk is voor het marktordeningsbeleid en de raad van bestuur van de NMa voor de uitvoering van de aan hem bij wet opgedragen taken.²¹ Daarnaast is er een 'Regeling gegevensuitwisseling NMa-EZ' tot stand gekomen.²² In de toelichting bij deze ministeriële regeling zien we dat deze regeling is gebaseerd op artikel 5e Mw en nodig is in verband met de omvorming van de NMa tot een zelfstandig bestuursorgaan (hierna: zbo). In deze regeling zien we bijvoorbeeld dat de NMa de minister van Economische zaken op de hoogte moet stellen als de NMa deelneemt aan het ECN (paragraaf 2 van de regeling), ook moet de minister geïnformeerd worden als de NMa een woning betreedt voor onderzoek (paragraaf 5 van de regeling). Ook voor deze regelingen geldt dat zij niet tot stand zijn gekomen ter uitvoering van Europees recht. Overigens bestaan er naast de genoemde regelingen nog tal van andere regelingen die betrekking hebben op het Nederlands mededingingsrecht, die hier verder onbesproken blijven.

Voor deze casestudy zijn uit de Mw met name de artikelen 6 en 24 interessant, omdat deze vrijwel identiek zijn aan de bewoordingen van de artikelen 81 en 82 EG. Hetgeen de regering niet heeft overgenomen in deze artikelen zijn de voorbeelden die we in het Europees recht in het artikel zelf zien, omdat de regering het niet wenselijk acht om voorbeelden op te nemen in een wetsartikel. Daarnaast is in deze artikelen niet opgenomen dat het moet gaan om beïnvloeding van handel tussen staten, anders zou het nationale mededingingsrecht niet kunnen worden toegepast op situaties waarin het alleen betrekking heeft op de Nederlandse markt. Voor de onderhavige casestudy is het verder van belang te bezien of er ook bepalingen zijn opgenomen over de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG door de NMa. De mogelijkheid daartoe blijkt reeds uit artikel 88 en bestaat al sinds de inwerkingtreding van de Mw in 1998, dus

18 *Stb.* 2006, 663.

19 *Stb.* 2006, 717.

20 *Stb.* 1997, 596.

21 < www.nmanet.nl/Images/Relatiestatuuut%20NMa%20-%20EZ%20finaal_tcm16-83592.pdf >

22 *Stcrt.* 2005, 247.

reeds voor de komst van de verordening. In artikel 89 Mw worden de hoofdstukken 6 (toezicht en onderzoek), 7 (gevolgen van overtreding van de artikelen 6 en 24) en 9 (voorlopige last onder dwangsom) van overeenkomstige toepassing verklaard als het gaat om het toepassen van Europese mededingingsregels.

Op grond van de verordening moesten er wel bepaalde bepalingen omgezet worden in het Nederlands recht. De belangrijkste hiervan is de aanwijzing van een nationale autoriteit die zich gaat bezighouden met de uitvoering van de artikelen 81 en 82 EG. In de Wet modernisering EG-mededingingsrecht²³ zijn de bepalingen van de verordening die nog implementatie of aanpassing in het Nederlands recht behoeften, opgenomen. In artikel 88 Mw staat dat de raad van bestuur van de NMa wordt aangemerkt als de autoriteit die bevoegd is om artikel 81 en 82 EG toe te passen in de zin van artikel 35 van de verordening. Andere aanpassingen van de Mw hebben betrekking op samenwerkingsmogelijkheden van de NMa met de Commissie en de rol die nationale rechters spelen bij de toepassing van Europese mededingingsregels. Deze bepalingen zijn terug te vinden in de artikelen 89a tot en met 89j Mw. Daarnaast behoeften ook enkele artikelen van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering enige aanpassing om tegemoet te komen aan de bepalingen van de verordening als het gaat om de samenwerking en verhouding tussen de Commissie, de NMa en de rechterlijke instantie. Zie in het bijzonder artikel 67 Rv inzake het inwinnen door de rechter van inlichtingen over buitenlands recht dat is uitgebreid met de mogelijkheid om aan de Commissie inlichtingen of advies te vragen in de zin van artikel 15 lid 1 van de verordening. De burgerlijke rechter dient het verzoek om inlichtingen dan in een tussenbeslissing vast te stellen.

8.3.3 Controle (toezicht en opsporing) en sanctionering

8.3.3.1 Aansluiting Europese voorschriften en nationale rechtshandhaving

Sinds het bestaan van de Europeesrechtelijke mededingingsregels bestaat voor de lidstaten de mogelijkheid om de artikelen 81 en 82 EG toe te passen zolang de Commissie de zaak niet naar zich toe heeft getrokken. In de Nederlandse regelgeving is deze mogelijkheid expliciet opgenomen in artikel 88 Mw. De verordening legt echter geen verplichting op aan de lidstaten om een dergelijke bepaling op te nemen in hun nationale regelgeving. De verplichting die voortvloeit uit de verordening is dat de lidstaat een autoriteit moet instellen die de artikelen 81 en 82 EG toepast zodanig dat op afdoende wijze voldaan wordt aan de bepalingen van de verordening (artikel 35 verordening). Ten aanzien

23 Stb. 2004, 345.

van de handhaving van de Europese mededingingsregels stelt de verordening geen nadere eisen. Wel is artikel 3 verordening van belang waarin de toepassing van het Europese mededingingsrecht door nationale instanties niet mag leiden tot een uitkomst die in strijd is met Europees recht of beslissingen van de Commissie.

8.3.3.2 Implementatievrijheid en nieuwe maatregelen

De verordening behoeft op enkele punten omzetting in nationaal recht zoals in paragraaf 8.3.2 reeds is opgemerkt. De voornaamste bepaling in de verordening waarvan het nodig was dat deze omgezet werd in nationaal recht was het aanstellen van een autoriteit. Dit is dus in artikel 88 Mededingingwet expliciet gebeurd. Kijkend naar andere bepalingen van de verordening kan op grond van de Memorie van Toelichting van de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (hierna: de evaluatiewet mededingingswet)²⁴ en de reacties van de respondenten van het ministerie van Economische Zaken in het kader van dit onderzoek worden vastgesteld dat bepalingen in de verordening zelf voldoende duidelijk waren voor implementatie. Slechts op detailniveau is discussie ontstaan over de uitleg van bepaalde termen.

Een eerste voorbeeld hiervan is de uitleg van het begrip toezeggingen in de zin van artikel 6 van de verordening. Het was voor het ministerie van Economische Zaken in eerste instantie niet duidelijk wat hieronder verstaan moest worden en wat de consequenties van een dergelijke toezegging zijn. Enig houvast valt wel te ontleen aan artikel 9 van de verordening dat een nadere begripsbepaling geeft. De Commissie heeft namelijk ook de bevoegdheid een dergelijke toezegging te aanvaarden. Het toezeggingsbesluit houdt in dat de Commissie (of een nma op grond van artikel 5 van de verordening) kan besluiten om af te zien van het geven van een beschikking aan een onderneming om de inbreuk op artikel 81 of 82 EG te beëindigen, als de onderneming een toezegging doet om tegemoet te komen aan de bezorgdheid van de Commissie of een nma. Deze toezegging wordt dan als een bindend besluit beschouwd. In de praktijk bestond deze vorm van toezeggingen al voor de totstandkoming van de verordening.²⁵ Indien niet aan de toezegging wordt voldaan, of er een wijziging optreedt in de feiten, dan wel onvolledige, onjuiste of misleidende inlichtingen worden verstrekt, kan de Commissie de procedure heropenen. Door de introductie van deze nieuwe vorm van handhaving is de bestaande praktijk geformaliseerd en heeft de Commissie instrumenten om de niet-naleving van de gedane toezegging aan te pakken. Dit was voor

²⁴ *Stb.* 2007, 284.

²⁵ M.J. Frese, 'Het toezeggingsbesluit; kenmerken van een nieuw handhavingsinstrument', *M&M* 2007-2, p. 39-48.

de komst van de verordening niet duidelijk.²⁶ Om het voor de NMa ook mogelijk te maken om toezeggingen te aanvaarden, is er in de evaluatiewet mededingingswet²⁷ een bepaling opgenomen die deze bevoegdheid aan de NMa geeft (artikel 49a).

Een ander detail dat geen duidelijkheid bood, was volgens de voor deze casestudy ondervraagde respondenten het kunnen opleggen van structurele maatregelen (artikel 7 van de verordening). Ook daarvoor geldt dat in eerste instantie niet duidelijk was wat hieronder moest worden verstaan. Voor de structurele maatregelen geldt net als voor het toezeggingsbesluit dat deze nieuwe bevoegdheid nu wel is opgenomen in de Mw (artikel 58a).

In hoeverre zijn er nu nieuwe maatregelen genomen met de komst van de verordening? We kunnen vaststellen dat de verordening goed aansloot op de Mededingingswet en dat er slechts een enkele aanpassing nodig was om te voldoen aan de verplichtingen van de verordening. De belangrijkste is de aanwijzing van de NMa als autoriteit, zoals voorgeschreven in de verordening, en daarnaast de toevoeging van enkele andere artikelen in de Mw en het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering voor de verhouding tussen de Commissie en de NMa en nationale rechters. Een andere wijziging die zich voordeed was het omvormen van de NMa tot een zelfstandig bestuursorgaan. Deze plannen waren echter al in gang gezet en de komst van de verordening was volgens de respondenten van het ministerie van Economische Zaken een extra reden om van de NMa een zbo te maken. Het is dus niet een direct gevolg van de verordening.

Kortom, bij de implementatie van de verordening hebben zich geen problemen voorgedaan, doordat deze bepalingen van de verordening vrij goed aansloten op de Mededingingswet en niet in de knel kwamen met bestaande regelingen uit de Mededingingswet. Daarnaast zijn er na de evaluatie van de Mededingingswet extra bevoegdheden gecreëerd voor de NMa die aansloten bij de verordening. Het gaat hier in het bijzonder om het toezeggingsbesluit, het opleggen van structurele maatregelen en de invoering van een doorzoekingsbevoegdheid van de Nma. Het is van belang hierbij op te merken dat deze bevoegdheden niet alleen kunnen worden ingezet met het oog op toezicht op de naleving van het Europees mededingingsrecht, maar ook het nationale mededingingsrecht. Voor al deze bevoegdheden geldt dat dit een vrijwillige en bewuste aansluiting bij de bestaande Europese regels is geweest.²⁸ Er moet dus geconstateerd worden dat er voldoende ruimte was voor Nederland om de verplichtingen uit de verordening naar eigen zeggen in te vullen.

26 Ibid.

27 Stb. 2007, 284.

28 Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 9-11.

8.3.3.3 Motivering van keuzes

Vóór de inwerkingtreding van de Mw kende Nederland een regime van strafrechtelijke handhaving. Door de weinige interesse en tijd die het OM had voor de vervolging van de mededingingsgerelateerde zaken, was de handhaving van de mededingingswet niet echt effectief.²⁹ In de Mededingingswet is door de regering daarom bewust gekozen voor een bestuursrechtelijk systeem van handhaving. Naar valt aan te nemen, is dit een Nederlandse keuze geweest, nu noch uit de Memorie van Toelichting, noch uit de voor deze casestudy afgenomen interviews is gebleken dat deze keuze is beïnvloed door Europa. Elke lidstaat mag het mededingingsrecht op eigen wijze handhaven en voor de handhaving van het Europese mededingingsrecht wordt het nationale recht van toepassing verklaard. Een respondent bij de NMa gaf als voorbeeld dat er in Ierland voor een strafrechtelijk handavingsregime is gekozen; dit sluit beter aan bij de cultuur die in Ierland bestaat. In Denemarken vindt men bijvoorbeeld dat onze clementieregeling absoluut niet door de beugel kan. Er is dus een verschil in rechtsculturen en vanuit de Commissie zijn er geen signalen geweest dat dit aanleiding geeft het mededingingsrecht op een andere wijze te doen handhaven.

De keuze van de wetgever om bestuurrechtelijk te handhaven, laat onverlet de mogelijkheid om privaatrechtelijk op te treden. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dan ook dat privaatrechtelijk handhaven door de burgers ingeroepen kan worden om de nietigheid van besluiten vast te leggen die in strijd zijn met artikel 6 Mw. Daarnaast bestaat er de mogelijkheid om een actie uit onrechtmatige daad in te stellen.³⁰ Dit geldt ook in relatie tot de Europese mededingingsregels, zoals is opgemerkt in paragraaf 8.2.5.³¹

Dat Nederland vrij is om te bepalen op welke wijze het de naleving van de artikelen 81 en 82 EG zal handhaven, staat dus vast. In de verordening zelf zijn hier zelfs geen nadere eisen aan gesteld. Op grond van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht zijn de lidstaten wel gehouden een sanctiestelsel in te voeren dat voorziet in doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties als het gaat om inbreuken op het gemeenschapsrecht.³² In artikel 3 van de verordening mogen de lidstaten het nationale recht toepassen indien het gaat om een inbreuk op de artikelen 81 en 82 EG en deze regels mogen zelfs strenger zijn dan de Europese regels, zolang ze maar niet in strijd komen met Europese mededingingsregels. Dit betekent niet dat Nederland

²⁹ Ibid., p. 42.

³⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 41.

³¹ Voorbeeld van een zaak bij de burgerlijke rechter is het arrest van het Hof in Amsterdam van 12 oktober 2000, *NJ* 2002, 111.

³² HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Griekse Maïs*, *Jur.* 1989, p. 2965.

niet op een andere wijze is beïnvloed door Europa. Dat valt duidelijk op te maken uit de Memorie van Toelichting van de Mw en de Evaluatiewet van de Mededingingswet. Hier is expliciet verwezen naar aansluiting bij de Europese mededingingsregels. In de Evaluatiewet van de Mededingingswet zien we staan dat het uitgangspunt van de Mw is om tot een effectieve en doelmatige handhaving van de Mw te komen en de systematiek zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met de actuele Europese mededingingsregels.³³ Dit geldt ook voor de hoogte van de boetes.³⁴ Het feit dat Nederland bewust aansluiting zoekt bij Europese regelgeving, geeft aan dat er zeker wel sprake is van een vorm van invloed, alleen is dit geen formele beïnvloeding, omdat deze aansluiting niet wordt opgelegd vanuit Europa door middel van EU-handhavingsvoorschriften.

8.3.4 Implementatieketen

8.3.4.1 Actoren in de implementatieketen en de afstemming

Bij de onderhandelingen over de verordening zijn het ministerie van Economische Zaken en het ministerie van Justitie betrokken geweest. Beide ministeries zijn ook verantwoordelijk voor de implementatie. De NMa is, als uitvoerder van het Nederlands en Europees mededingingsrecht, volgens de respondenten van het ministerie van Economische Zaken en de NMa, zelf ook betrokken geweest bij de onderhandelingen. Dit had met name ook te maken met de *Garnalenzaak* waar de NMa bij betrokken was. In deze zaak werd artikel 81 EG toegepast. Naast deze officiële vorm van het leveren van een bijdrage aan de totstandkoming van nieuwe regelgeving vanuit Europa is er door de komst van het ECN voor de nma's een mogelijkheid gekomen om invloed uit te oefenen op het Europese mededingingsrecht doordat zij deelnemen in het adviescomité (het ECN). Voor de implementatie zelf is er volgens de hiervoor genoemde respondenten ook op nationaal niveau afstemming geweest tussen het ministerie van Economische Zaken, het ministerie van Justitie en de NMa. De leiding bij de uitvoering van de implementatie was in handen van het ministerie van Economische Zaken.

8.3.4.2 Internationale component

Vóór de totstandkoming van de verordening kende men op Europees niveau reeds een informeel netwerk van *European Competition Authorities*, waarin *best practices* werden uitgewisseld. Dit informele netwerk bestaat nog steeds en heeft als doelstelling de bevordering van de samenwerking op het gebied van

³³ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 1.

³⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3 p. 88.

Europese mededinging. In dit informele netwerk wordt dus geen informatie uitgewisseld over de implementatie van de Europese regelgeving. Het is gericht op de praktische uitvoeringskant en zal dan ook in de volgende paragraaf verder worden besproken. Hetzelfde geldt voor het ECN, een formeel netwerk dat is opgericht op grond van artikel 14 verordening.

8.4 UITVOERING EN HANDHAVING

8.4.1 Uitvoerbaarheid

Er zijn tot dusver niet veel zaken geweest waarbij de NMa artikel 81 of 82 EG zelfstandig heeft toegepast. Een bekend voorbeeld van vóór de totstandkoming van de verordening is de hiervoor al genoemde *Garnalenzaak*. Hierbij ging het om afspraken tussen producentenorganisaties die betrekking hadden op de garnalenvangst en afspraken tussen de productorganisaties en de groothandelaren die betrekking hadden op te hanteren prijzen. Het betrof hier productorganisaties en groothandelaren uit Nederland, Duitsland en Denemarken. Hiermee was dus de interstatelijke beïnvloeding van de handel aangegeven. Vóór de komst van de verordening was de NMa al bevoegd om artikel 81 EG zelfstandig toe te passen (kartelverbod) en heeft zij dit na overleg met de Commissie en de nma's van Duitsland en Denemarken gedaan. Naar aanleiding van onderzoek dat de NMa toen heeft verricht, heeft zij een besluit genomen op grond waarvan geen vangst- en prijsafspraken gemaakt mogen worden tussen producentenorganisaties en groothandelaren. Daarnaast werd bepaald dat nieuwe handelaren niet belemmerd mogen worden om toe te treden tot de garnalenmarkt. Tot slot heeft de NMa de betrokken ondernemingen een boete gegeven voor de overtreding van artikel 81 EG.³⁵ De respondent van de NMa gaf aan dat deze zaak een goede testcase was om de bepalingen van de verordening uit te werken.

8.4.2 Juridische en financiële capaciteit

In de Evaluatiewet van de Mededingingswet staat de effectieve en doelmatige handhaving van de mededinging centraal, samen met de aansluiting op Europese mededingingsregels. In de Memorie van Toelichting van deze wet zien we dat de NMa, volgens de regering, niet voldoende uitgerust is met de juiste bevoegdheden om het mededingingsrecht effectief aan te pakken. Naar aanleiding daarvan is besloten de bevoegdheden van de NMa uit te breiden, in het bijzonder de onderzoeksbevoegdheden, de bevoegdheid tot het opleggen van

³⁵ Besluit van de d-g. NMa van 14 januari 2003 in zaak 2269.

hogere boetes als het gaat om de niet nakoming van de medewerkingsplicht, het kunnen opheffen van de opschortende werking van bezwaar en beroep tegen een last onder dwangsom, het overslaan van de bezwaarfase, het kunnen opleggen van hogere boetes op overtredingen van de bepalingen inzake concentratietoezicht en het kunnen opleggen van boetes aan een persoon die opdracht tot een overtreding heeft gegeven of daaraan leiding heeft gegeven.³⁶ Voor de uitbreiding van de bevoegdheden van de Nma – met name de bevoegdheden voor het binnentreden van woningen en verzegelingen – zal er een apart wetsvoorstel komen. Het tweede onderdeel – het opleggen van een hogere boete als er niet voldaan is aan de medewerkingsplicht – is reeds meegenomen bij de implementatie van de verordening en is nu opgenomen in artikel 69 Mw.³⁷ Daarnaast is, zoals hiervoor is opgemerkt, de mogelijkheid voor het aanvaarden van een toezegging en het opleggen van structurele maatregelen als bevoegdheid van de NMa toegevoegd.

Afgezien van de twee laatste bevoegdheden hebben de overige maatregelen die genomen zijn in de Evaluatiewet betrekking op de uitvoering van nationale mededingingsregels. Ze worden weliswaar ook toegepast op de toepassing van artikel 81 en 82 EG, maar ze worden nu gewijzigd omdat is gebleken dat de bevoegdheden op het nationale mededingingsrecht tekort schoten. Hier geldt dus eveneens dat er – voor zover valt af te leiden uit de onderzochte stukken en de interviews – geen invloed is geweest vanuit Europa om de Nederlandse mededingingswet te herzien. Tot slot hebben de respondenten van zowel het ministerie van Economische Zaken als de NMa aangegeven dat ze momenteel over voldoende middelen beschikken om hun taken uit te kunnen oefenen. De mogelijkheid voor het actief bijstaan van de Commissie heeft tot nu toe niet geleid tot het gevoel dat men op dit moment te maken heeft met een capaciteitsprobleem. Het gaat tot nu toe om drie tot zes verzoeken per jaar en het aantal verzoeken van andere nma's ligt nog lager.

8.4.3 Afstemming in de handhavingsketen

De uitvoerende instantie die in Nederland de artikelen 81 en 82 EG toepast, is dus de NMa. De NMa is belast met het onderzoek en kan na het onderzoek een besluit nemen op grond van de Mededingingswet. Tegen de besluiten van de NMa is in eerste aanleg rechtsbescherming mogelijk bij de rechtbank in Rotterdam op grond van artikel 93 Mw. Hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB). Een andere actor die hier moet worden genoemd, is de minister van Economische Zaken. De relatie tussen de NMa en de minister van Economische Zaken is, zoals hiervoor al

³⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 2.

³⁷ *Ibid.* p. 3.

werd opgemerkt, geregeld in het relatiestatuu. Tot slot kan nog gewezen worden op de rol van de Commissie bij de handhaving van het Europese mededingingsrecht. De Commissie dient op de hoogte te worden gebracht wanneer een nma artikel 81 of 82 EG toepast en zij kan advies geven aan zowel de nma's als de nationale rechterlijke instanties als het gaat om de uitlegging van het Europese mededingingsrecht. De Commissie speelt echter geen directe rol in de nationale handhavingsketen. Tijdens het interview bij het CBb is naar voren gekomen dat de rechters te kampen hebben met de interpretatie van vage begrippen en de toepasselijkheid van centrale normen zoals 'misbruik van marktpositie'. Dit kan ertoe leiden dat de bestuursrechter en de burgerlijke rechter een andere interpretatie geeft aan mededingingsbegrippen. Voor deze interpretatiekwestie zou er meer afstemming moeten zijn tussen de bestuursrechter, de burgerlijke rechter en de NMa.³⁸ De nationale rechters hebben tot dusver nog geen gebruik gemaakt van hun mogelijkheid onder artikel 15 van de verordening om uitleg te vragen aan de Commissie over de interpretatie van bepaalde begrippen. Een medium waarvan de nationale rechters wel gebruik maken om het probleem van interpretatie van mededingingsbegrippen aan te pakken is de *Association of European Competition Law Judges* (hierna: AECLJ). Dit platform wordt in de volgende paragraaf besproken.

8.4.4 Internationale component

Zoals al eerder vermeld bestaat zowel een formeel als informeel netwerk binnen het Europese mededingingsrecht. Het informele netwerk, *European Network Authorities*, is in april 2001 in Amsterdam opgericht. Dit netwerk was tot stand gekomen op initiatief van de nma's van de lidstaten omdat men vond dat er behoefte was aan de uitwisseling van *best practices* en hoe men bijvoorbeeld om diende te gaan met bepaalde definities. Deelnemers in dit netwerk zijn de mededingingsautoriteiten van de Europese Economische Ruimte. Uit het interview bij de NMa blijkt dat dit nog steeds een belangrijk forum is dat nu met name een rol vervult voor het informeren van de nieuwe lidstaten over de toepassing van het Europese mededingingsrecht.

Het formele netwerk, *European Competition Network*, is opgericht op grond van artikel 14 van de verordening. De nadere invulling van dit netwerk en de bevoegdhedenverdeling tussen de Commissie en de nma's worden in de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten uitgewerkt.³⁹ Dit is een forum voor discussie en samenwerking met het oog op de toepassing en handhaving van

³⁸ Interview CBb.

³⁹ Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (*PbEG* 2004, C 101/1).

het communautaire mededingingsbeleid. Het biedt een kader voor de samenwerking tussen de Europese mededingingsautoriteiten in zaken waarin de artikelen 81 en 82 EG worden toegepast en het vormt de grondslag voor de totstandbrenging en handhaving van een gemeenschappelijke mededingingscultuur in Europa. In dit netwerk heeft de Commissie een leidende rol, zij stelt vergaderdata vast en bepaalt de agenda. Nma's kunnen onderwerpen op de agenda zetten c.q. laten verwijderen indien deze niet zijn gewenst. Volgens de respondent van de NMa vindt de besluitvorming in het ECN in principe op basis van unanimiteit plaats. In de praktijk blijken hier geen problemen over te ontstaan. Indien in een bepaalde zaak 80% van de deelnemers voor is, gaat de rest van 20% uiteindelijk wel mee. Tijdens de vergaderingen kunnen door de nma's individuele zaken besproken worden. Daarnaast bestaat er ook een mogelijkheid om andere kwesties die te maken hebben met het Europese mededingingsrecht, maar niet betrekking hebben op een individuele zaak, voor te leggen in het ECN.

Tot slot is er door nationale rechterlijke instanties het AECLJ in het leven geroepen. Dit platform komt één keer per jaar samen om informatie en ervaringen uit te wisselen van nationale rechterlijke instanties die betrekking hebben op mededingingszaken en voor een uniforme uitleg van de mededingingsbegrippen.⁴⁰ Dit platform wordt door het CBb ervaren als een belangrijke bron van informatie als het gaat om vage begrippen en de interpretatie van mededingingsbegrippen.⁴¹

8.4.5 Toezicht op toezicht (tweedelijnstoezicht)

Op grond van de verordening beschikt de Commissie niet over sanctiemogelijkheden als naar haar mening de nma's het Europese mededingingsrecht niet goed uitvoeren. Op grond van de parallelle bevoegdheden kan de Commissie wel op grond van artikel 11 lid 6 een reeds gestarte procedure van een nma naar zich toe trekken als het vooraf overleg heeft gepleegd met de nma. Daarnaast is hiervoor reeds gewezen op andere vormen waarin de Commissie invloed kan uitoefenen op besluiten van de nma's en de nationale rechterlijke organisaties om zo de uniforme toepassing van het EG-mededingingsrecht te waarborgen. Mocht een nma of een nationale rechterlijke instantie toch handelen in strijd met het Europees recht, dan heeft de Commissie altijd nog de mogelijkheid om een inbreukprocedure te beginnen.

40 < <http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/faq.html> >

41 Interview CBb.

8.4.6 Private handhaving in de praktijk

In het Ashurst-rapport uit 2004 werd nog geconcludeerd dat in Europa sprake zou zijn van *total underdevelopment* voor wat betreft schadevergoedingsacties, als vorm van private handhaving.⁴² Voor de situatie in Nederland in de periode 2003-2005 werd dit beeld bevestigd in het Houthoff-rapport, een studie in opdracht van het Ministerie van Economische zaken naar de mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland. Volgens laatstgenoemd rapport werd een overtreding van mededingingsrecht in civiele procedures in de onderzochte periode in de meeste gevallen enkel gesteld met het doel in de toekomst een verandering teweeg te brengen, dat wil zeggen gericht op een verbod of gebod tot bepaald gedrag.⁴³ Inmiddels zijn we weer een paar jaar verder en hebben Van Lierop & Pijnacker Hordijk in hun preadvies getiteld 'Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht' anno 2007 de balans opgemaakt.⁴⁴ Daarin nuanceren zij het beeld uit eerder genoemde rapporten. Zij tellen per jaar tientallen civielrechtelijke uitspraken waarin het mededingingsrecht een min of meer belangrijke rol speelt, zij het dat ook zij moeten vaststellen dat het aantal schadevergoedingszaken daar nog maar een klein deel van uitmaakt. Ook in arbitrage, bindend advies en in buitenrechtelijke geschillen constateren zij een steeds intensiever beroep op het mededingingsrecht. De civiele toepassingspraktijk is volgens Van Lierop & Pijnacker Hordijk 'bepaald levendig' te noemen, zeker als (anders dan in het Ashurst-rapport en het Houthoff-rapport) ook acht wordt geslagen op de vele buiten rechte geregelde zaken waarin het mededingingsrecht een rol speelt.⁴⁵ In het kader van onderhavig onderzoek is verder geen empirisch onderzoek verricht naar deze private handhavingpraktijk in Nederland, aangezien het onderzoek primair is gericht op de implementatie van EU-handhavingvoorschriften vanuit het perspectief van wetgever en bestuur.

42 D. Waelbroeck, D. Slater & G. Even-Shoshan (eds.), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition Rules, comparative report*, Brussel: Ashurst 2004, p. 1.

43 M.F.J. Haak & I.W. VerLoren van Themaat, *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2005, p. 4 en 7.

44 W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007.

45 Eerder heeft Pijnacker Hordijk zich al kritisch(er) uitgelaten over de conclusies van het Ashurst-rapport op dit punt, tevens verwijzend naar de vele schikkingszaken die niet tot rechterlijke uitspraken leiden. Zie E.H. Pijnacker Hordijk, 'Gaat het schadevergoedingsrecht voor mededingingszaken op de schop?', *M&M* 2004-8, p. 270. Zie ook P.V.F. Bos & E.H. Pijnacker Hordijk, 'Civiele status aparte', *M&M* 2006-1, p. 2. Zie m.b.t. tot het preadvies ook P.C. Adriaanse, 'Private handhaving (van het mededingingsrecht) in opmars. Bespreking van het preadvies 'Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht' van mr. W.A.J. van Lierop en mr. E.H. Pijnacker Hordijk voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2007-8, p. 314-320.

8.5 CONCLUSIES

In dit onderzoek was het dossier Europese mededinging hoog ingeschaald (categorie III), omdat op dit terrein sprake is van een hoge mate van Europeanisering van de materiële normstelling. Het onderzoek in de casestudy toont echter aan dat desondanks sprake is van een geringe directe invloed op de nationale rechtshandhaving, in het bijzonder ten aanzien van sanctionering.

Op grond van de verordening worden er geen specifieke eisen gesteld aan de nationale handhaving van het Europese mededingingsrecht. De verordening laat de ruimte aan de lidstaten om de artikelen 81 en 82 EG toe te passen overeenkomstig hun nationale mededingingsregels, mits deze niet in strijd met het Europees recht komen. Gegeven deze Europeesrechtelijke grens, kan dus niet worden gesproken van een algehele implementatievrijheid voor de lidstaten, maar kunnen de lidstaten nog wel kiezen voor welk handhavingssysteem zij opteren. Hier worden geen nadere eisen gesteld, anders dan de algemene jurisprudentiële eisen van gelijkwaardigheid, effectiviteit, evenredigheid en afschrikwekkendheid. Wel is een duidelijk behoud van controle van de Commissie op de uitleg van het Europees mededingingsrecht geconstateerd, om de uniforme toepassing ervan te verzekeren.

Wat betreft de handhaving van het Europese mededingingsrecht is duidelijk sprake van decentralisatie. Nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechters hebben met de inwerkingtreding van de verordening meer toetsingsmogelijkheden gekregen, waardoor ook de mogelijkheden voor private partijen om een bijdrage te leveren aan de rechtshandhaving op dit terrein zijn toegenomen.

In Nederland is bewust gekozen voor een bestuursrechtelijke handhaving van het (Europese) mededingingsrecht, omdat uit het verleden bleek dat inzet van het strafrecht niet effectief was op dit terrein. Ondanks de formele vrijheid, zien we op dit terrein in Nederland toch een vorm van Europese invloed, nu Nederland in nationale regelgeving uitdrukkelijk aansluiting zoekt bij het Europese mededingingsregime.

9 | Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap bij de uitvoering van het Europees Sociaal Fonds

9.1 INLEIDING

De casestudy 'Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap bij de uitvoering van het Europees Sociaal Fonds' wordt in het kader van dit onderzoek, voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving, gerekend tot de derde categorie.

Jaarlijks worden vele miljarden euro's aan gemeenschapsgeld besteed aan de uitvoering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, de structuurfondsen en andere communautaire stimuleringsprogramma's.¹ Een groot deel van dit financieel beleid wordt uitgevoerd in samenwerking met de lidstaten. Vooral bij de uitvoering van de structuurfondsen is er sprake van zogenaamd 'gemengd bestuur': het bestuur door de Commissie en het bestuur door de lidstaten zijn zodanig met elkaar verstrengeld dat beide componenten nauwelijks van elkaar kunnen worden onderscheiden.² De uitvoering wordt werkelijk gezamenlijk vormgegeven.

In het verleden is echter meermaals gebleken dat de lidstaten niet altijd even zorgvuldig omgingen met het gemeenschapsgeld dat zij in het kader van de uitvoering van EG-beleid tot hun beschikking kregen. Ook is gebleken dat de Europese Commissie vaak te weinig zicht had op de besteding van communautaire gelden door de lidstaten en de wijze waarop de rechtmatigheid en de doelmatigheid van de daaruit gefinancierde uitgaven werd gecontroleerd. Illustratief is in dat verband dat de Europese Rekenkamer nog nooit een positieve *Déclaration d'Assurance* (DAS) heeft afgegeven met betrekking tot de wettigheid en de regelmatigheid van de verrichtingen ter uitvoering van de communautaire begroting.³

Om deze situatie te verbeteren, is in het afgelopen decennium binnen de EG veel beleid ontwikkeld en regelgeving tot stand gebracht. Eén van de

1 Zie voor de precieze getallen, de beschrijving van de begroting van de EU voor 2007 (die ruim 126 miljard euro beslaat) op: < http://ec.europa.eu/budget/publications/budget_in_fig_en.htm >.

2 J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 53.

3 Zie voor een overzicht van de oordelen van de Europese Rekenkamer van begrotingsjaar 1994 tot 2005 het EU trendrapport 2007 van de Algemene Rekenkamer, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 955, nr. 1-2, p. 49.

bekendste resultaten is Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen,⁴ maar er zijn vele andere verordeningen, (concept) richtlijnen, actieplannen, reglementen en mededelingen tot stand gekomen die als doelstelling (mede) hadden de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de bestrijding van fraude.

In deze casestudy is bestudeerd hoe dit communautaire beleid en de daarbij behorende regelgeving in de Nederlandse handhavingsregelgeving en -praktijk is geïmplementeerd. In het kader van een hanteerbare omvang van het onderzoeksobject is er voor gekozen deze implementatie alleen te bestuderen bij de Nederlandse uitvoering van de structuurfondsen. Uit deze fondsen is het Europees Sociaal Fonds (hierna: ESF) geselecteerd. Gegeven de Nederlandse ervaringen rond het ESF uit het verleden en de veranderingen in het daarvoor geldende juridische kader verwachtten de onderzoekers dat de 'ESF-casus' nuttige inzichten zou kunnen opleveren omtrent de wijze waarop in Nederland op een politiek gevoelig terrein wordt omgegaan met implementatie van EU-handhavingsvoorschriften. Daarbij is uitgegaan van de volgende centrale vraagstelling: welke invloed gaat vanwege de EU uit op de nationale rechtshandhaving op het terrein van de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, in het bijzonder in relatie tot het Europees Sociaal Fonds (ESF) en hoe wordt deze invloed in Nederland in juridische en feitelijke zin geïmplementeerd?

Nederland heeft in het verleden veel problemen gekend bij de uitvoering van het ESF; er is zelfs sprake geweest van een zogenaamde 'ESF-affaire'.⁵ In de programmaperiode 1994-1999 was de Nederlandse uitvoeringspraktijk niet goed op orde. Uit de resultaten van een steekproef van de Europese Commissie werd duidelijk dat Nederlandse autoriteiten subsidies verstrekten voor projecten die daarvoor niet in aanmerking mochten komen en dat de administratie van veel gefinancierde projecten niet aan de (overigens niet altijd even duidelijke) communautaire eisen voldeed. De uitvoeringsautoriteiten hadden onvoldoende gecontroleerd en waren, wanneer onregelmatigheden wél werden geconstateerd, niet opgetreden zoals voorgeschreven. Eén en ander resulteerde in een onmiddellijke stopzetting van de bevoorschotting van Nederlandse

4 Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (*PbEG* 1995, L 312/1).

5 Zie bijvoorbeeld: 'Vermeend: schade in ESF-affaire kan stijgen tot 1,2 mld.', *NRC Handelsblad* 7 december 2001.

projecten en uiteindelijk tot een terugvordering van tientallen miljoenen euro's aan subsidiegelden bij de lidstaat Nederland.⁶

De onderzoeksverwachtingen zijn uitgekomen. De gebeurtenissen rond het ESF hebben tot veel politieke onrust geleid, maar uiteindelijk ook tot een bewustwordingsproces met betrekking tot de verantwoordelijkheden van Nederlandse autoriteiten bij de tenuitvoerlegging van het ESF en de daarbij in acht te nemen regels.⁷ Binnen korte tijd is voor de onderzochte periode 2000-2006 regelgeving tot stand gebracht die het eenvoudiger moest maken om op centraal niveau toezicht te houden op de rechtmatige tenuitvoerlegging van de structuurfondsen en andere communautaire stimuleringsmaatregelen in Nederland, waar vaak veel decentrale overheden bij zijn betrokken.⁸ Voor de huidige programmeringsperiode 2007-2013 heeft de nationale wetgever deze regelgeving nog gedetailleerder toegespitst op toezichts- en handhavingstaken samenhangend met Europese voorschriften. Ook de bij de uitvoering (en handhaving) van het ESF betrokken bestuursorganen zijn zich terdege bewust van hun handhavingstaken die vooral bestaan uit het uitvoeren van administratieve controles, het aanmelden van onregelmatigheden bij Europese instanties en het treffen van sanctiemaatregelen en de communautaire voorschriften die zij daarbij in acht moeten nemen. Voor het Agentschap SZW beginnen die handhavingstaken al met preventieve voorlichting en ondersteuning. Die communautaire handhaving voorschriften blijken ook zwaar te zijn aangezet: één van de geïnterviewden sprak in dat verband van 'een imposante kathedraal van rechtmatigheidscontroles'.

In het vervolg van deze casestudy zal eerst een beschrijving worden gegeven van de belangrijkste communautaire regelgeving op het terrein van de bescherming van de financiële belangen van de EG, in het bijzonder bij de uitvoering van het ESF, en van de hoofdlijnen van het beleid dat de Commissie op dat terrein heeft ontwikkeld (paragraaf 9.2). De aandacht zal daarbij vooral zijn gericht op eisen die worden gesteld aan de handhavingsactiviteiten van

6 Zie over deze situatie onder meer *Kamerstukken II* 26 642, nr. 43 en A.J.C. de Moor-van Vugt, 'ESF: testcase voor een systeem van toezicht', *Openbaar Bestuur* 2002-5, p. 8-11. Voor de periode 1994-1996 ging het om €157 188 991. Voor de periode 1997-1999 heeft de Commissie nog (steeds) geen definitief besluit genomen. Overigens hebben dit soort uitvoeringsproblemen zich niet alleen in Nederland voorgedaan. Zie voor een terugvordering van ESF-geld bij de lidstaat Ierland over dezelfde periode bijv. HvJ EG 15 september 2005, zaak C-199/03, Ierland-Commissie, *Jur.* 2005, p. I-827.

7 Hiermee is niet gezegd dat de bevindingen van dit onderzoek op gelijke wijze van toepassing zijn op andere Europese fondsen, zoals het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO). Daarvoor zal nader onderzoek moeten worden verricht. Dit in verband met mogelijke verschillen ten aanzien van op nationaal niveau gemaakte keuzes wat betreft opzet en uitvoering van de handhaving.

8 De Wet Toezicht Europese Subsidies (*Stb.* 2002, 40) en de Achtste wijziging van de Comptabiliteitswet houdende uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de Algemene Rekenkamer ten aanzien van de besteding van gelden die ten laste komen van de begroting van de Europese Unie (*Stb.* 2002, 39). Daarover meer in paragraaf 3 van deze casestudy.

de bij de uitvoering van het ESF betrokken nationale autoriteiten. In paragraaf 9.3 volgt een beschrijving van de juridische implementatie daarvan in de Nederlandse ESF-uitvoeringsregelgeving en andere nationale regelgeving die daarvoor van belang is. In paragraaf 9.4 wordt beschreven hoe de Nederlandse uitvoeringspraktijk wordt beïnvloed door communautaire voorschriften en handhavingsactiviteiten van onder meer de Europese Commissie, de Europese Rekenkamer en het Europees Bureau voor Fraudebestrijding Olaf. In paragraaf 9.5 wordt afgesloten met een conclusie.

9.2 EU-BELEID EN REGELGEVING

9.2.1 Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap

9.2.1.1 Artikel 280 EG

Artikel 280 EG, dat door het Verdrag van Amsterdam in het EG-Verdrag is opgenomen, dient als basis voor alle Europese regelgeving die gericht is op de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschap. In het eerste lid van dit artikel wordt aan de Gemeenschap en de lidstaten de algemene opdracht gegeven om fraude te bestrijden en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geraakt met afschrikwekkende en doeltreffende maatregelen te bestrijden. De lidstaten nemen daarbij, zo volgt uit het tweede lid, dezelfde maatregelen als die welke zij treffen ter bestrijding van fraude waardoor hun eigen financiële belangen worden geschaad. In het derde lid wordt van de lidstaten geëist dat zij hun optreden op dit vlak coördineren en daartoe samen met de Commissie een nauwe en geregelde samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten organiseren. In het vierde lid wordt de Raad bevolen de nodige maatregelen op het gebied van preventie en bestrijding van fraude te nemen om zo in de lidstaten een doeltreffende en gelijkwaardige bescherming te creëren. Daarbij wordt aangegeven dat deze maatregelen geen betrekking mogen hebben op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling.

9.2.1.2 Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95

De bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap is algemeen uitgewerkt in Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen.⁹ Deze verordening bevat een algemene regeling met betrekking tot homogene contro-

⁹ Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (*PbEG* 1995, L 312/1).

les en, in het geval onregelmatigheden worden geconstateerd, te nemen administratieve maatregelen en sancties. Een onregelmatigheid is iedere inbreuk op het gemeenschapsrecht, betreffende

‘... een handeling of een nalaten van een marktdeelnemer waardoor de algemene begroting van de Gemeenschappen of de door de Gemeenschappen beheerde begrotingen worden of zouden kunnen worden benadeeld ...’.¹⁰

De verordening gaat er vanuit dat, voor zover specifiek communautair recht ontbreekt, de procedures betreffende de toepassing van de communautaire controles, maatregelen en sancties door het nationale recht van de lidstaten worden geregeld (artikel 2 lid 4). De verordening bevat een regeling voor verjaringstermijnen (artikel 3) en stelt vast dat iedere onregelmatigheid in de regel leidt tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 4). Verder bevat de verordening een opsomming aan mogelijk op te leggen ‘administratieve sancties in het geval van opzettelijk of nalatig handelen’ en geeft zij de lidstaten de opdracht om overeenkomstig hun nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen de nodige maatregelen te nemen om zich te vergewissen van de regelmatigheid en het bestaan van de verrichtingen die de financiële belangen van de Gemeenschappen raken.

9.2.1.3 Verordening (EG, Euratom) nr. 2185/96

In artikel 10 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 is vastgelegd dat aanvullende algemene bepalingen betreffende de controles en verificaties ter plaatse op een later tijdstip worden aangenomen. Deze bepaling is ingevuld door Verordening (EG, Euratom) nr. 2185/96¹¹ die betrekking heeft op controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd met het oog op de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Blijkens artikel 1 van deze verordening is deze regeling, onverminderd de sectoriële communautaire regelingen, van toepassing op alle activiteitsgebieden van de Gemeenschappen.

De Commissie is op grond van artikel 2 bevoegd controles en verificaties ter plaatse uit te voeren; de betrokken lidstaat moet tijdig over voorwerp, doel en rechtsgrondslag worden geïnformeerd.

Functionarissen van de lidstaat kunnen aan de communautaire controleactiviteiten deelnemen en worden geacht daaraan hun medewerking te verlenen (artikel 4). De controleactiviteiten worden vanuit de Commissie uitge-

10 Artikel 1 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 (*PbEG* 1995, L 312/1).

11 Verordening (EG, Euratom) nr. 2185/96 van de Raad van 11 november 1996 betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraudes en andere onregelmatigheden (*PbEG* 1996, L 292).

voerd door zogenaamde controleurs van de Commissie die, onder voorbehoud van het toepasselijke gemeenschapsrecht, zich dienen te houden aan de procedureregels van de wetgeving van de nationale lidstaat (artikel 6). De verordening laat de bevoegdheid van de lidstaten inzake strafvervolgning en inzake rechtshulp in strafzaken tussen lidstaten onverlet (artikel 1).

9.2.1.4 *Regelgeving inzake de activiteiten van OLAF*

Verder is, na de val van de Commissie-Santer, de interne fraudedienst van de Commissie, UCLAF (een Franse afkorting voor Coördinatie-eenheid voor de Strijd tegen Fraude), vervangen door het meer onafhankelijke bureau OLAF (Franse afkorting voor Europees Bureau voor Fraudebestrijding).¹² In Verordening (EG) nr. 1073/1999 zijn de regels voor onderzoeken door OLAF vastgelegd.¹³ OLAF neemt deels de onderzoekstaken van de Commissie in de lidstaten waar en controleert daarnaast instellingen van de Gemeenschap. Bovendien coördineert OLAF de samenwerking tussen lidstaten op het gebied van maatregelen ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap (artikel 1). De door Verordening (EG, Euratom) nr. 2185/96 toegekende onderzoeksbevoegdheden van de Commissie worden ook uitgeoefend door OLAF (artikel 3). De directeur van OLAF heeft de bevoegdheid op eigen initiatief of op verzoek van een belanghebbende lidstaat een extern onderzoek in een lidstaat te openen. Daarbij zijn de lidstaten verplicht de personeelsleden van OLAF de nodige bijstand te verlenen binnen het nationaal-wettelijk kader. Ook wordt van lidstaten verwacht dat documenten en informatie die van belang zijn voor het onderzoek worden toegezonden, voor zover dit door het nationale recht wordt toegelaten.¹⁴ De onderzoeken van OLAF laten de bevoegdheid van de lidstaten inzake strafvervolgning onverlet (artikel 2).

9.2.1.5 *Verdrag met betrekking tot de financiële belangen van de Gemeenschappen*

Ook sloten de lidstaten op grond van artikel 31 (artikel K.3 oud) van het Verdrag betreffende de Europese Unie een Overeenkomst¹⁵ aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen op grond waarvan elke lidstaat de nodige maatregelen moest nemen opdat op frauduleuze handelingen, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke

12 Besluit van de Commissie van 28 april 1999 houdende oprichting van het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) (*PbEG* 1999, L 136/20).

13 Verordening (EG) nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) (*PbEG* 1999, L 136/1).

14 Artikel 5-7 van Verordening (EG) nr. 1073/1999 (*PbEG* 1999, L 136/1).

15 Overeenkomst, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (*PbEG* 1995, C 316/49).

sancties zouden worden gesteld. Op basis van deze overeenkomst zijn de lidstaten verplicht doeltreffend samen te werken bij het onderzoek, de vervolging en de bestrafing van de strafbare feiten die leiden tot schade aan de financiële belangen van de Gemeenschap, bijvoorbeeld door wederzijdse rechtshulp, uitlevering, overdracht van strafvervolgning of tenuitvoerlegging van in een andere lidstaat gewezen rechterlijke beslissingen.

Tot dergelijke samenwerking kon bij gebrek aan communautaire bevoegdheidsgrondslagen niet worden verplicht in het kader van de eerste pijler. Het Hof van Justitie is bevoegd met betrekking tot alle geschillen tussen lidstaten over de uitlegging of de toepassing van deze overeenkomst. Ook de Commissie kan in bepaalde gevallen zaken aan het Hof voorleggen.

Een aantal lidstaten bleef echter achter met het ratificeren van de overeenkomst en bijbehorende protocollen en daarom vreesde de Commissie dat de in haar ogen noodzakelijke strafrechtelijke fraudebestrijdingsinstrumenten niet voor 2002, zoals de bedoeling was, geregeld zouden zijn binnen de nationale rechtsorden.

Nadat in 2001 een groenboek werd aangenomen inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van Justitie,¹⁶ besloot de Europese Commissie in datzelfde jaar om een voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap in te dienen.¹⁷ Het voorstel berustte op het in mei 1999 in werking getreden Verdrag van Amsterdam en het daaruit voortvloeiende artikel 280 EG (dat zoals gezegd de Gemeenschap op dezelfde voet als de lidstaten ertoe verplicht maatregelen te nemen om de financiële belangen van de Gemeenschap in alle lidstaten op doeltreffende en gelijkwaardige wijze te beschermen). De Commissie zag grote voordelen in een richtlijn boven het instrument van een overeenkomst tussen de lidstaten. Immers het gemeenschapsrecht voorziet in controlemechanismen die niet bestaan op het niveau van de derde pijler, met name de bevoegdheden die aan de Commissie in haar hoedanigheid van hoedster van de verdragen zijn toegekend, en de bevoegdheden van het Hof van Justitie in dit verband. Op het gebied van de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap is het ingevolge deze bevoegdheden mogelijk erop toe te zien dat het gemeenschapsrecht correct in nationaal recht wordt omgezet en correct wordt toegepast, waardoor voor een op het niveau van alle lidstaten doeltreffende en gelijkwaardige bescherming kan worden gezorgd. Dat in artikel 280 EG uitdrukkelijk een uitzondering

16 Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie van 11 december 2001 (COM(2001)715 def.).

17 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap van 23 mei 2001 (COM(2001)272 def.- *PbEG* 2001, C 240 E/125).

is gemaakt voor instrumenten op strafrechtelijk gebied, zag de Commissie niet als een probleem. Zij stelde daarover dat in de uitzondering niet van het strafrecht in zijn geheel en in het algemeen sprake is, maar slechts van twee bijzondere aspecten, namelijk 'de toepassing van het nationale strafrecht' en de 'nationale rechtsbedeling'. De Commissie stelde voor deze uitzondering, gelet op de doelstellingen van artikel 280 EG, strikt uit te leggen, zodat er geen beletselen zouden zijn voor de goedkeuring van maatregelen die een bepaalde strafrechtelijke harmonisatie ten doel hebben, zolang deze 'geen betrekking hebben op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling'. Het richtlijnvoorstel is echter niet aangenomen en ook het gewijzigde voorstel van de richtlijn¹⁸ heeft geen succes gehad.

In een verslag van de Commissie van 25 oktober 2004 over de tenuitvoerlegging door de lidstaten van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (en de daarbij behorende protocollen), oordeelt de Commissie dat de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Unie is verbeterd dankzij de door de lidstaten vastgestelde nationale bepalingen, maar betreurt zij ook dat geen enkele lidstaat alle maatregelen heeft genomen die nodig zijn om de overeenkomst volledig ten uitvoer te leggen. De Raad wordt door de Commissie aanbevolen om de lidstaten te verzoeken extra inspanningen te leveren om hun nationale strafwetgeving te versterken, om hun bij de instrumenten van de overeenkomst geformuleerde voorbehouden te herzien en om het tweede protocol onverwijld te ratificeren.

9.2.1.6 Beleidsdocumenten van de Commissie

Op basis van artikel 280 EG Verdrag heeft de Commissie vanaf 2000 algemene beleidsdoelstellingen en strategische aanpakken geformuleerd in actieplannen op het gebied van fraudebestrijding en de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Eerst is er een algemene strategische aanpak geformuleerd in de Mededeling van de Commissie inzake de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen en fraudebestrijding.¹⁹ Daarna volgden actieplannen voor de jaren 2001-2003²⁰ en 2004-2005.²¹

18 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap (COM(2002)577 def. – *PbEG* 2003, C 71E/1).

19 Mededeling van de Commissie van 28 juni 2000: Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen – Fraudebestrijding – Naar een algemene strategische aanpak (COM(2000)358 def.).

20 Mededeling van de Commissie van 15 mei 2001: Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen – Fraudebestrijding – Actieplan voor 2001-2003 (COM(2001)254 def.).

21 Mededeling van de Commissie van 15 mei 2004: Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen – Fraudebestrijding – Actieplan voor 2004-2005 (COM(2004)544 def.).

De controle op de bestedingen van Europees geld bleek echter nog altijd te wensen over te laten. Daarom kwam de Commissie in juni 2005 met een eerste mededeling waarin een stappenplan om de controlemechanismen te verbeteren werd neergelegd.²² Daarna volgde een mededeling met een actieplan waarin de concrete stappen voor de periode 2006-2007 uiteen worden gezet.²³ De acties zijn verdeeld over een viertal thema's: vereenvoudiging van en vaststellen van gemeenschappelijke controlebeginselen; beheersverklaringen en controlezekerheid; de *single-audit* aanpak; en sectorspecifieke leemten. Uit de voortgangsrapportage blijkt dat de Commissie in overleg is met onder andere Nederland over een nationale lidstaatverklaring met betrekking tot de besteding van Europese gelden.²⁴

9.2.2 Regelgeving structuurfondsen

Met betrekking tot de communautaire structuurfondsenregelgeving moet worden opgemerkt dat deze regelgeving per financieringsperiode wijzigt. Om goed onderzoek te kunnen doen naar de daadwerkelijke beïnvloeding van de Nederlandse handhavingswetgeving en –praktijk, concentreren wij ons in deze casestudy op de periode 2000-2006. Daar waar dat nuttig lijkt om ontwikkelingen weer te geven, zal echter ook worden ingegaan op de (deels vernieuwde) regelgeving voor de nieuwe financieringsperiode die loopt van 2007 tot en met 2013. Verder wordt soms teruggegrepen op oudere regelgeving, zoals die gold in de periode 1999-2005, om duidelijk te kunnen maken waarom bepaalde regelgeving is vastgesteld voor de periode 2000-2006.

9.2.2.1 De algemene structuurfondsenverordeningen

De algemene bepalingen inzake de Structuurfondsen voor de periode 2000-2006 zijn opgenomen in Verordening (EG) nr. 1260/1999²⁵ en voor de nieuwe finan-

22 Mededeling van de Commissie van 15 juni 2005 over een stappenplan voor een geïntegreerd interne controlekader (COM(2005)252 def.).

23 Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en de Europese Rekenkamer van 17 januari 2006: Actieplan van de Commissie voor een geïntegreerd interne controlekader (COM(2006) 9 def.).

24 Information note on progress at 30 June 2006 on the Action Plan towards an Integrated Internal Control Framework, SEC(2006)1001. Zie voor de meest recente versie de Report from the commission to the council, the European parliament and the European court of auditors on the progress of the commission action plan towards an integrated internal control framework, SEC(2007)311 van 7 maart 2007.

25 Verordening (EG) nr. 1260/1999 van de Raad van 21 juni 1999 houdende algemene bepalingen inzake de structuurfondsen (*PbEG* 1999, L 161/1).

cieringsperiode 2007-2013 in Verordening (EG) nr. 1083/2006.²⁶ De algemene bepalingen in de verordening uit 1999 richten zich op het EFRO (Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling), het ESF (Europees Sociaal Fonds), het EOGFL-O (het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw, afdeling oriëntatie) en het FIOV (het Financieringsinstrument voor de Oriëntatie van de Visserij).²⁷ De verordening uit 2006 heeft nog slechts betrekking op het EFRO, het ESF en het Cohesiefonds.²⁸ Met inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1083/2006 is Verordening (EG) nr. 1260/1999 officieel ingetrokken. Daar deze casestudy primair is gericht op implementatie van handhavingsvoorschriften in de afgelopen periode 2000-2006 wordt Verordening (EG) nr. 1260/1999 hierna niettemin in de tegenwoordige tijd besproken als zijnde de geldende regeling voor die periode.

Verordening (EG) nr. 1260/1999 bevat voor de periode 2000-2006 drie doelstellingen. De eerste doelstelling richt zich op de ontwikkeling van achterstandsregio's; de tweede omvat de ondersteuning van economische en sociale impulsen aan regio's die met structurele moeilijkheden te kampen hebben; de derde doelstelling richt zich op systemen en beleid op het gebied van onderwijs, opleiding en werkgelegenheid. De doelstellingen zijn in het algemeen bedoeld om economische ontwikkeling, werkgelegenheid, milieubescherming en het opheffen van ongelijkheden te stimuleren.²⁹

Verordening (EG) nr. 1260/1999 zegt niet veel over de concrete aanspraken van subsidieaanvragers, over subsidiecriteria en over de verplichtingen die aan de subsidie verbonden kunnen worden. De verordening is in de eerste plaats opgesteld om een grondslag te bieden voor een proces van beleidsvorming ten behoeve van de samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten. Het gaat dan ook met name om het ontwikkelen van programma's en om de verdeling van gelden. De doelstellingen van de Fondsen liggen in de algemene structuurfondsenverordening en worden verder uitgewerkt in een Mededeling van de Commissie.³⁰ Op die basis kunnen lidstaten aanvragen doen in de vorm van programmeringsdocumenten (vanaf 2007 operationele programma's

26 Verordening (EG) nr. 1083/2006 van de Raad van 11 juli 2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 2006, L 2010/25).

27 Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 1999, L 161/1), artikel 2.

28 Verordening (EG) nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 1.

29 Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 1999, L 161/1), artikel 1. Zie daarover ook de Mededeling van de Commissie betreffende de Structuurfondsen, het Cohesiefonds en de coördinatie ervan. Richtlijnen voor programma's in de periode 2000-2006 (*PbEG* 1999, C 267/2).

30 Zie voor de onderzochte periode 2000-2006 de Mededeling van de Commissie van 25 augustus 2003, De Structuurfondsen en de coördinatie met het Cohesiefonds, herziene indicatieve richtsnoeren (COM(2003)499 def. (*PbEG* 1999, C 267/2).

genoemd), die door de Commissie per beschikking worden goedgekeurd. Voor Nederland betrof het in de periode 2000-2006 het 'Enig Programmeringsdocument Europees Sociaal Fonds Doelstelling 3; Activerend Arbeidsmarktbeleid en een Leven Lang Leren' en voor de periode 2007-2013 het operationeel programma 'ESF doelstelling 2, 2007-2013'.³¹

Op basis van deze programma's kunnen de aan de lidstaten toegekende communautaire gelden worden weggezet op nationale projecten.

Naast beleidsdoelstellingen worden in de algemene structuurfondsverordeningen ook bepalingen met betrekking tot beheer, toezicht en controle opgenomen. In Verordening (EG) nr. 1260/1999 wordt voorgeschreven dat iedere lidstaat een *beheersautoriteit* en een *betalingsautoriteit* dient aan te wijzen. De beheersautoriteit beheert het nationale bijstandspakket³² en wordt in artikel 9 sub n van de verordening omschreven als een 'door de lidstaat aangewezen nationale, regionale of plaatselijke publieke of particuliere autoriteit of instantie of de lidstaat, wanneer die deze functie zelf vervult'.³³ Het opstellen van betalingsvragen en het toezenden naar de Commissie en het ontvangen van de betalingen gebeurt door de betalingsautoriteit(en). Bij het aanwijzen van deze autoriteit(en) moet de lidstaat voorwaarden vaststellen voor de eigen betrekkingen met deze instantie(s) en voor het contact met de Commissie. De beheersautoriteit kan tevens als betalingsautoriteit fungeren.³⁴

De verordening uit 2006 onderscheidt maar liefst drie nationale autoriteiten die met de uitvoering moeten worden belast: een *managementautoriteit*, die het operationele programma beheert; een *certificeringsautoriteit*, die uitgavendeclaraties en betalingsaanvragen moet certificeren alvorens deze naar de Commissie worden verzonden; en een *auditauteuriteit*, die onafhankelijk van de voorgaande twee autoriteiten de goede werking van het beheers- en controlesysteem waarborgt.³⁵ De auditauteuriteit stelt een audit-strategie op, die gebaseerd moet zijn op een model dat is vastgelegd in de uitvoeringsbepalingen van Verordening (EG) nr. 1828/2006 ter uitvoering van Verordening (EG) nr. 1083/2006.³⁶

31 Zie voor het nieuwe Operationeel Programma voor de periode 2007-2013, *Kamerstukken II* 2006/07, 26 642, nr. 102.

32 Onder bijstandspakket wordt in artikel 9 van Verordening (EG) nr. 1260/1999 verstaan: de vorm van bijstandsverlening van de fondsen, waarbij worden onderscheiden: i) het operationele programma of het enkelvoudig programmeringsdocument; ii) het programma in het kader van een communautair initiatief; iii) de steun voor maatregelen op het gebied van technische hulp en voor innoverende acties.

33 Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 1999, L 161/1), artikel 9.

34 Idem.

35 Verordening (EG) nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 59.

36 Verordening (EG) nr. 1828/2006 van de Commissie van 8 december 2006 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen van Verordening nr. 1083/2006 van de Raad houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds en van Verordening (EG) nr. 1080/2006 van het Europees

Daarnaast rapporteert de auditautoriteit jaarlijks aan de Commissie via een controleverslag, dat gebaseerd is op systeemaudits en audits op concrete acties. Ook hiervoor zijn modellen aanwezig in de genoemde communautaire uitvoeringsverordening. De managementautoriteit moet in ieder eerste helft van het jaar een jaarverslag over de uitvoering van het operationele programma naar de Commissie sturen, in de periode 2000-2006 (toen het nog om de beheersautoriteit ging) ook wel het artikel 13-verslag genoemd.³⁷ De nieuwe algemene verordening voor de periode 2007-2013 laat op dit punt een uitbreiding en een gedetailleerdere invulling zien van de communautaire eisen op het gebied van de vormgeving van de nationale uitvoeringspraktijk.

In beide financieringsperioden moeten de lidstaten een *Comité van toezicht* instellen per programma, die hun reglement van orde opstellen '... binnen het institutionele, juridische en financiële kader van de betrokken lidstaat...'.³⁸ De taken van het Comité moeten echter wel overeenkomstig de verordening worden uitgevoerd. Dit Comité houdt de doeltreffendheid en de kwaliteit van de uitvoering van het operationele programma in de gaten.³⁹ De samenstelling wordt bepaald door de lidstaat. Wel kan een vertegenwoordiger van de Commissie met raadgevende stem plaatsnemen in het Comité, zowel op eigen initiatief als op verzoek van het Comité.⁴⁰

Met betrekking tot de financiële controle bevat Verordening (EG) nr. 1260/1999 in artikel 38 een algemene regeling waaruit blijkt dat onverminderd de verantwoordelijkheid van de Commissie voor de uitvoering van de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, de lidstaten in eerste instantie de verantwoordelijkheid voor de financiële controle van de bijstandspakketten dragen. Zij moeten met name bezien of er beheers- en controlesystemen zijn opgezet om te zorgen voor een doeltreffend en regelmatig gebruik van het Gemeenschapsgeld en of deze systemen goed functioneren; zij moeten erop toezien dat de bijstandspakketten in overeenstemming met alle toepasselijke communautaire bepalingen worden beheerd en dat de hun ter beschikking

Parlement en de Raad betreffende het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (*PbEG* 2006, L 371/1), artikel 18.

37 Naar artikel 13 van Verordening (EG) nr. 438/2001 van de Commissie van 2 maart 2001 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen van Verordening (EG) nr. 1260/1999 van de Raad met betrekking tot de beheers- en controlesystemen voor uit de structuurfondsen toegekende bijstand, gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 2355/2002 (*PbEG* 2001, L 63/21) en Verordening (EG) nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 67; Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 37.

38 Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 1999, L 161/1), artikel 35 en Verordening nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 63.

39 Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 35 lid 3 en Verordening nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 65.

40 Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 1999, L 161/1), artikel 35 lid 2 en Verordening nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 64.

gestelde middelen overeenkomstig de beginselen van goed financieel beheer worden gebruikt; zij moeten erop toezien dat de aangiften van uitgaven die bij de Commissie worden ingediend juist zijn en dat deze afkomstig zijn van op controleerbare bewijsstukken gebaseerde boekhoudsystemen. Verder zijn de lidstaten verplicht het nodige te doen om onregelmatigheden te voorkomen, op te sporen en te herstellen en de Commissie in kennis te stellen van onregelmatigheden. Zij houden de Commissie op de hoogte van het verloop van de administratieve en gerechtelijke procedures. Verder moeten de lidstaten samenwerken met de Commissie om te garanderen dat de middelen van de Gemeenschap overeenkomstig het beginsel van goed financieel beheer worden gebruikt. De lidstaten zijn verplicht de middelen terug te vorderen die ten gevolge van geconstateerde onregelmatigheden (voor de Gemeenschap) verloren zijn gegaan, in voorkomend geval verhoogd met moratoire rente.⁴¹

Uit artikel 38 van Verordening (EG) nr. 1260/1999 volgt verder dat de Commissie ervoor moet zorgen dat er in de lidstaten goed functionerende beheers- en controlesystemen bestaan, zodat de Gemeenschapsfondsen doeltreffend en correct worden aangewend. Om die reden wordt aan ambtenaren of functionarissen van de Commissie de bevoegdheid gegeven om, onverminderd de controles van de lidstaten overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, de uit de fondsen gefinancierde verrichtingen en de beheers- en controlesystemen ter plaatse te controleren, met name door middel van steekproeven. Deze controles moeten ten minste één werkdag van te voren worden aangekondigd. De Commissie stelt de betrokken lidstaat vooraf in kennis van een controle ter plaatse teneinde de nodige medewerking te verkrijgen. Ambtenaren of functionarissen van de lidstaat mogen aan de controles deelnemen. Verder kan de Commissie de betrokken lidstaat verzoeken een controle ter plaatse uit te voeren om de regelmatigheid van één of meer verrichtingen na te gaan. Ambtenaren of functionarissen van de Commissie mogen aan de controle op de beheers- en controlesystemen voor uit de structuurfondsen toegekende bijstand deelnemen.⁴²

Met betrekking tot financiële correcties als reactie op geconstateerde onregelmatigheden bij de eindontvanger bepaalt artikel 39 van Verordening (EG) nr. 1260/1999 dat de lidstaat in eerste instantie belast is met het onderzoek naar onregelmatigheden en dat de lidstaat de financiële correcties verricht die in verband met de eenmalige of systematische onregelmatigheid geboden zijn. De door de lidstaat verrichte correcties behelzen een gehele of gedeeltelijke intrekking van de communautaire bijdrage. Komt de lidstaat deze verplichtin-

41 Vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in artikel 70 Verordening (EG) nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25).

42 Vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in Verordening (EG) nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 72.

gen niet goed na, dan is de Commissie na in achtneming van enkele procedurele voorschriften bevoegd om voorschotten te verminderen, of haar bijdrage uit de fondsen aan het betrokken bijstandspakket geheel of gedeeltelijk in te trekken. Daarbij moet de Commissie het evenredigheidsbeginsel in acht nemen. Elk bedrag dat vanwege onverschuldigde betaling wordt teruggevorderd, moet aan de Commissie worden terugbetaald.⁴³

9.2.2.2 Uitvoeringsbepalingen

Ten behoeve van Verordening (EG) nr. 1260/1999 zijn verschillende uitvoeringsverordeningen vastgesteld (op basis van artikel 53). Met name kunnen worden genoemd Verordening (EG) nr. 1685/2000⁴⁴ met betrekking tot de subsidiabiliteit van de uitgaven voor door de structuurfondsen medegefinancierde verrichtingen, Verordening (EG) nr. 438/2001 met betrekking tot de beheers- en controlesystemen voor uit de structuurfondsen toegekende bijstand⁴⁵ en Verordening (EG) nr. 448/2001 met betrekking tot de procedure inzake financiële correcties betreffende uit de structuurfondsen toegekende bijstand.⁴⁶ Met name de laatste twee verordeningen zijn voor de handhavingsactiviteiten van de lidstaten van belang.

Verordening (EG) nr. 438/2001 bevat veel algemene aanwijzingen voor de lidstaten, bijvoorbeeld dat zij er voor zorgdragen dat de beheers- en betalingsautoriteiten en de bemiddelende instanties adequate richtsnoeren ontvangen over de inrichting van beheers- en controlesystemen die noodzakelijk zijn om een goed financieel beheer van de structuurfondsen te garanderen (artikel 2), dat de gekozen beheers- en controlesystemen een toereikend controlespoor bieden (artikel 7) en dat certificaten van tussentijdse en definitieve uitgavenstaten worden opgesteld door een persoon of een afdeling binnen de betalingsautoriteit, die functioneel onafhankelijk is van de diensten die de betalingen goedkeuren. Naast deze algemene bepalingen bevat Verordening (EG) nr. 438/2001 ook bepalingen die zeer specifieke opdrachten geven, zoals artikel 10 waarin is bepaald dat controles van de verrichtingen door de lidstaten worden

43 Vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in Verordening (EG) nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikelen 98 en 99. Zie in dit verband HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten/Staatssecretaris van Economische Zaken, *AB* 2007, 239, m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden.

44 Verordening (EG) nr. 1685/2000 van de Commissie van 28 juli 2000 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen van Verordening (EG) nr. 1260/1999 van de Raad met betrekking tot de subsidiabiliteit van de uitgaven voor door de structuurfondsen medegefinancierde verrichtingen (*PbEG* 2000, L 193/39).

45 Verordening (EG) nr. 438/2001 (*PbEG* 2001, L 63/21). Voor de nieuwe periode 2007-2013 geldt op dit punt: Verordening (EG) nr. 1828/2006 (*PbEG* 2006, L 371/1).

46 Verordening (EG) nr. 448/2001 van de Commissie van 2 maart 2001 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen van Verordening (EG) nr. 1260/1999 van de Raad met betrekking tot de procedure inzake financiële correcties betreffende uit de structuurfondsen toegekende bijstand (*PbEG* 2001, L 64/13).

uitgevoerd op grond van een passende steekproef, waarbij ten minste 5 % van de totale voor subsidie in aanmerking komende uitgaven wordt gecontroleerd.

In Verordening (EG) nr. 1828/2006 die als opvolger van Verordening (EG) nr. 438/2001 is opgesteld voor de financieringsperiode 2007-2013 is aandacht besteed aan contacten tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en de Commissie om te overleggen over procedures die gevolgd moeten worden na het constateren van onregelmatigheden. Daarin wordt expliciet geregeld dat de Commissie voorlichtingsbijeenkomsten organiseert op Gemeenschapsniveau voor vertegenwoordigers van lidstaten om ervaringen uit te wisselen en daaruit lessen te trekken met betrekking tot onregelmatigheden, preventieve maatregelen en vervolging.⁴⁷

Verordening (EG) nr. 448/2001 geeft in hoofdstuk 2 invulling aan artikel 39 van Verordening (EG) nr. 1260/1999 met betrekking tot de financiële correcties die de lidstaten moeten uitvoeren bij geconstateerde onregelmatigheden. De aanwijzingen voor de lidstaat zijn van algemene aard. Zo bepaalt artikel 2 dat bij geconstateerde systeemgebonden onregelmatigheden het onderzoek daarnaar betrekking moet hebben op alle verrichtingen waarop die onregelmatigheden van invloed kunnen zijn. Ook bepaalt artikel 2 dat in geval een lidstaat de bijdrage van de Gemeenschap geheel of gedeeltelijk intrekt, daarbij rekening moet worden gehouden met de aard en de ernst van de onregelmatigheden en met het financiële verlies voor de fondsen.

Een laatste te noemen uitvoeringsverordening heeft betrekking op onregelmatigheden in het kader van de financiering van het structuurbeleid en terugvordering van Europese subsidies en de inrichting van een informatiesysteem op dit gebied. Het gaat om Verordening (EG) nr. 1681/94, zoals gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 2035/2005.⁴⁸ In deze verordening zijn vooral regels opgenomen met betrekking tot de melding van geconstateerde onregelmatigheden aan de Commissie. De regels zijn vrij precies. Zo bepaalt artikel 3 dat de lidstaten de Commissie binnen twee maanden na afloop van elk kwartaal een lijst zenden met de onregelmatigheden ten aanzien waarvan een eerste administratieve of gerechtelijke vaststelling is opgemaakt. Daarbij moeten nadere gegevens worden verstrekt over onder meer de bepaling waarop inbreuk werd gemaakt, de datum waarop voor het eerst de inlichtingen zijn verkregen die tot het vermoeden hebben geleid dat een onregelmatigheid is begaan, de bron van die inlichtingen en de nationale diensten of instanties die de onregelmatigheid hebben vastgesteld en de diensten die verantwoorde-

⁴⁷ Artikel 33 Verordening (EG) nr. 1828/2006 (*PbEG* 2006, L 371/1).

⁴⁸ Verordening (EG) nr. 1681/94 van de Commissie van 11 juli 1994 betreffende onregelmatigheden in het kader van de financiering van het structuurbeleid en terugvordering van in dat kader onverschuldigd betaalde bedragen, alsmede betreffende de inrichting van een informatiesysteem op dit gebied (*PbEG* 1994, L 178/43) gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 2035/2005 (*PbEG* 2005, L 328/8).

lijk zijn voor het administratieve en/of gerechtelijke toezicht, de eventuele opschorting van de betalingen en de terugvorderingsmogelijkheden. Wanneer de eindontvanger van de Europese subsidie uit eigen beweging onregelmatigheden meldt voordat zij door de bevoegde instantie worden ontdekt, hoeven deze onregelmatigheden niet te worden gemeld bij de administratieve autoriteit.

Deze verordening schrijft verder voor dat de Commissie in kennis moet worden gesteld door de lidstaten van administratieve of gerechtelijke besluiten. In het bijzonder moet worden vermeld of al dan niet een vermoeden van fraude bestaat (artikel 5-melding). In het geval dat een lidstaat niet kan terugvorderen van de subsidieontvanger, moet dit worden doorgegeven aan de Commissie. Wanneer onterecht uitgekeerde bedragen niet teruggevorderd kunnen worden en de lidstaat hiervoor schuldig wordt bevonden door bijvoorbeeld nalatigheid, is de lidstaat verantwoordelijk voor de terugbetaling van die voor de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen verloren gegane bedragen.⁴⁹ Bij niet geconstateerde onregelmatigheden door de lidstaat of bij een falend beheers- en controlesysteem van de lidstaat kan de Commissie overgaan tot financiële correcties. De lidstaat krijgt ruim gelegenheid om zich hiertegen te verweren, bijvoorbeeld in een eventuele hoorzitting.⁵⁰ Blijkens artikel 12 van Verordening (EG) nr. 1681/94, zoals gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 2035/2005 hoeven onregelmatigheden met betrekking tot een bedrag van minder dan 10.000 euro niet te worden gemeld.⁵¹ Met betrekking tot de melding van onregelmatigheden is door het Raadgevend Comité coördinatie fraudebestrijding (CoCoLaf) een werkdocument opgesteld, waarin praktische bijzonderheden worden omschreven.⁵²

9.2.2.3 ESF-regelgeving

Naast de algemene communautaire regelgeving met betrekking tot de structuurfondsen, is er ook specifieke regelgeving voor ieder afzonderlijk fonds vastgesteld. Inzake het ESF was dat voor de onderzochte periode 2000-2006 de algemene Verordening (EG) nr. 1784/1999 betreffende het Europees Sociaal Fonds.⁵³ In deze verordening wordt vooral uitgewerkt voor welke activiteiten

49 Vgl. Verordening (EG) nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 70.

50 Vgl. Verordening (EG) nr. 1083/2006 (*PbEG* 2006, L 2010/25), artikel 99, 100 en Verordening (EG) nr. 1260/1999 (*PbEG* 1999, L 161/1), artikel 39 en Verordening (EG) nr. 448/2001 (*PbEG* 2001, L 368/89).

51 Verordening (EG) nr. 2035/2005 (*PbEG* 2005, L 328/8), artikel 1.10.

52 Werkdocument. Verplichting tot melding van onregelmatigheden: praktische bijzonderheden (19° CoCoLaf 11/04/2002).

53 Voor de huidige periode 2007-2013 is dat Verordening (EG) nr. 1081/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende het Europees Sociaal Fonds en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1784/1999 (*PbEG* 2006, L 210/12).

uit het ESF subsidie kan worden verstrekt. Deze verordening bevat geen specifieke bepalingen gericht op de handhavingsactiviteiten van de lidstaten.

9.2.3 Deelconclusies EG-regelgeving en beleid

Uit het voorgaande blijkt dat met betrekking tot de uitvoering van de Structuurfondsen sprake is van gedeeld bestuur. Dit bestuur vindt plaats zowel door Europese instellingen en organen (Commissie, Europese Rekenkamer, OLAF) als door diverse autoriteiten van de lidstaten.

Wat betreft de handhavingsactiviteiten op lidstatelijk niveau kan worden vastgesteld dat de communautaire regelgeving die ziet op de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de uitvoering van de structuurfondsen, in het bijzonder van het ESF, vrij algemene opdrachten geeft aan de lidstaten; zij moeten 'afschrikwekkende en doeltreffende maatregelen treffen', ervoor zorgen dat 'onregelmatigheden worden gesanctioneerd' en met het opzetten van 'beheers- en controlesystemen' het doeltreffend en regelmatig gebruik van Gemeenschapsgelden bevorderen. Daarbij moet worden opgemerkt dat de voorschriften op dit vlak voor de nieuwe financieringsperiode 2007-2013 veel gedetailleerder van aard zijn, doordat er in Verordening (EG) nr. 1828/2006, die de verschillende uitvoeringsverordeningen van Verordening (EG) nr. 1260/1999 vervangt, in bijlagen vele modellen zijn opgenomen, volgens welke de uitvoeringsautoriteiten in de financieringsperiode 2007-2013 te werk moeten gaan. De communautaire beïnvloeding is op dit terrein recentelijk dus toegenomen.⁵⁴

In de in deze casestudy onderzochte periode 2000-2006 wordt in verschillende toepasselijke regelingen echter nog expliciet opgemerkt dat de lidstaten de primaire verantwoordelijkheid dragen en dat zij, voor zover het gemeenschapsrecht niet anders bepaalt, daarvoor handelen op basis van en in overeenstemming met het nationale recht. Er zijn slechts enkele zeer specifieke bepalingen met betrekking tot de handhavingsmaatregelen van de lidstaten gesteld, zoals de 5 % norm voor de controleactiviteiten en de meldplicht ten aanzien van onregelmatigheden die meer dan 10.000 euro (voorheen 4000 ecu) bedragen. Deze bepalingen zijn bovendien nogal feitelijk van aard.

54 Zie de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en aan de Raad van 6 september 2004, De respectieve verantwoordelijkheden van de lidstaten en de Commissie bij het gedeeld beheer van de Structuurfondsen en het Cohesiefonds – Bestaande situatie en vooruitzichten voor de nieuwe programmeerperiode na 2006 (COM(2004)580).

9.3 JURIDISCHE EN BELEIDSMATIGE IMPLEMENTATIE IN NEDERLAND

9.3.1 Inleiding

Uitgaande van het hiervoor geschetste Europeesrechtelijke kader inzake de Europese Structuurfondsen, in het bijzonder het ESF, zal in deze paragraaf worden onderzocht hoe de verstrekking van ESF-gelden en daarmee gepaard gaande controle- en handhavingsactiviteiten in Nederland juridisch zijn vormgegeven. Conform de rode draad van dit onderzoek, staat daarbij centraal de vraag welke invloed Nederland bij de vormgeving van dat juridische kader vanuit 'Europa' heeft ondervonden en hoe het met die eventuele invloed is omgegaan. Achtereenvolgens wordt ingegaan op relevante bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), de ESF-3 regeling, de Subsidieregeling ESF-3 voor onderwijsinstellingen 2000-2006, de Wet Toezicht Europese Subsidies (hierna: Wet TES) en de Comptabiliteitswet.

9.3.2 De Algemene wet bestuursrecht

9.3.2.1 *Subsidietitel*

Het grootste deel van het ESF wordt in Nederland uitgevoerd door middel van subsidieverstrekking aan projecten die kunnen bijdragen aan de doelstellingen van het ESF en meer in het bijzonder aan de uitvoering van het Enig Programmeringsdocument c.q. het Operationeel Programma. De aanvragers van deze Europese subsidies kunnen particulieren zijn. De meeste projecten worden echter aangebracht en uitgevoerd door decentrale overheden (provincies en gemeenten).

Nu de verstrekking van Europese gelden door een Nederlands bestuursorgaan met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager doorgaans voldoet aan de subsidiedefinitie van artikel 4:21 Awb, is de subsidietitel van de Awb in veel gevallen van toepassing.⁵⁵ Op grond van deze titel is een bijzondere wettelijke regeling voor de verstrekking van Europese subsidies in beginsel vereist (artikel 4:23 Awb). In de (wetgevings)praktijk is onduidelijkheid ontstaan over het antwoord op de vraag in hoeverre deze eis gold, nu voor sommige Europese subsidies een uitzondering wordt gemaakt op de eis van een wettelijke grondslag voor de verstrekking door bestuursorganen.⁵⁶

⁵⁵ Vgl. ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden.

⁵⁶ Zie over artikel 4:23 in relatie tot Europese stimuleringsmaatregelen uitgebreid: M.J. Jacobs, 'De tenuitvoerlegging van Europese structuurfondsen in Nederland: over het verstrekken van EG-subsidies en het beheersen van de uitgaven', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Kluwer: Alphen a/d Rijn 2007, p. 169 e.v.

Vaak werd gedacht dat geen wettelijke grondslag noodzakelijk was.⁵⁷ De bijzondere uitvoeringsregelingen die met betrekking tot de uitvoering van de structuurfondsen werden opgesteld, hadden dus niet steeds (expliciet) de vorm van een algemeen verbindend voorschrift.

Op het gebied van de handhaving biedt de subsidietitel van de Awb verschillende bepalingen waarmee op onregelmatigheden kan worden gereageerd. Het betreft met name de bepalingen met betrekking tot de weigering van een aanvraag (artikel 4:35 Awb), de intrekking van een verleningsbeschikking (artikel 4:48 Awb), het lager vaststellen van de subsidie dan overeenkomstig de verleningsbeschikking (artikel 4:46 Awb), het intrekken van een beschikking tot subsidievaststelling (artikel 4:49 Awb) en het terugvorderen van onverschuldigd betaalde subsidiegelden (artikel 4:57 Awb). De instrumenten die de Awb biedt kunnen worden gekwalificeerd als herstelsancties. Het gaat om wat in Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 (artikel 4) 'maatregelen' worden genoemd. Uit artikel 5 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 blijkt dat in geval van 'opzettelijk of uit nalatigheid begane onregelmatigheden' ook 'administratieve sancties' kunnen worden vereist, zoals het opleggen van een boete of uitsluiting of intrekking van het voordeel voor een periode die volgt op die waarin de onregelmatigheid heeft plaatsgevonden.

Dergelijke punitieve sancties kunnen niet op grond van bepalingen van titel 4.2 Awb worden opgelegd, maar de bevoegdheid daartoe kan wel in bijzondere (formele) subsidiewetgeving worden geregeld, hetgeen in Nederland niet is gebeurd. Overigens geeft Verordening (EG) nr. 448/2001 (die is opgesteld ter invulling aan artikel 39 van Verordening (EG) nr. 1260/1999) met betrekking tot de financiële correcties die de lidstaten moeten uitvoeren bij geconstateerde onregelmatigheden bij structuurfondssubsidies geen opdracht tot het opleggen van punitieve sancties.

De handhavingsinstrumenten die titel 4.2 Awb biedt, worden in de praktijk ook regelmatig ingezet wanneer bij controle van projecten blijkt dat een mede met ESF-geld gesubsidieerd project niet aan de communautaire eisen voldoet. In de nasleep van de in de inleiding genoemde 'ESF-affaire' besloot de Minister van SZW om extra streng te controleren bij subsidieontvangers waarvan de subsidie nog niet definitief was vastgesteld; wanneer de ontvangers zich niet aan hun verplichtingen hadden gehouden, werd de subsidie alsnog op nul vastgesteld.

In sommige gevallen werd de beschikking tot subsidievaststelling na controle achteraf alsnog ingetrokken. Alle onverschuldigd betaalde subsidiegelden werden teruggevorderd. Zo kregen de eindontvangers die concrete ESF-projecten hadden uitgevoerd, soms jaren na de afsluiting daarvan, nog

57 Zie bijv. ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden en ABRvS 2 augustus 2006, AB 2006, 315, m.nt. W. den Ouden.

te maken met terugvorderingen die zij niet hadden verwacht en ook niet rechtvaardig achtten. Er volgden tientallen procedures voor Nederlandse bestuursrechters. Begin augustus 2006 deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in 17 spraakmakende zaken uitspraak in hoger beroep. Daarin achtte zij de ter discussie staande terugvorderingen (goeddeels) rechtmatig.⁵⁸

De Minister kon dus succesvol gebruik maken van de instrumenten die de subsidietitel van de Awb hem bood, bij de handhaving van het recht inzake ESF. In een aantal gevallen lag dat ingewikkelder. In twee andere zaken had de Minister naar nationaal recht te laat een onderzoek gestart en was hij daarom naar Nederlands recht niet langer bevoegd om een handhavend subsidiebesluit te nemen.⁵⁹ In een ander geval achtte de Afdeling de Minister mede verantwoordelijk voor het niet voldoen aan de doelstellingen van het project, waarmee de bevoegdheid om over te gaan tot terugvordering van de subsidiegelden kwam te vervallen.⁶⁰ In al deze zaken formuleerde de Afdeling prejudiciële vragen die onder andere inhielden de vraag of de Awb-bepalingen zo verordeningconform dienden te worden geïnterpreteerd dat zij in casu toch een intrekings- c.q. terugvorderingsbevoegdheid zouden bieden. De uitspraken van het Hof van Justitie van de EG moeten nog worden afgewacht.

Deze prejudiciële verwijzingen van de Afdeling met betrekking op de handhavingsactiviteiten van nationale autoriteiten belast met de uitvoering van het ESF, tonen aan dat de subsidietitel van de Awb niet altijd even goed is toegesneden op de tenuitvoerleggingstaken van de nationale autoriteiten in het kader van de structuurfondsen, in het bijzonder het ESF. Dat kan worden verklaard uit het feit dat de Awb geen implementatiewetgeving vormt: de subsidietitel van de Awb is niet opgesteld met het oog op de verstrekking van Europese subsidies en handhavingsactiviteiten op dat gebied, zij het dat in enkele bepalingen wel rekening is gehouden met het feit dat de titel ook van toepassing kan zijn bij de verstrekking van Europese subsidies.⁶¹

Op enkele punten zou het wijzigen en vooral het aanvullen van Awb bepalingen de uitvoeringspraktijk goede diensten bewijzen, vooral waar het gaat om intrekingsgronden en mogelijkheden tot terugvordering, zo werd onder meer

58 O.a. ABRvS 2 augustus 2006, *LJN AY5518*, *LJN AY5519*, *LJN AY5523*, *LJN AY5504*, *AB 2007*, 96, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden. Zie daarover ook bijvoorbeeld 'Raad van State steunt terugvordering ESF-geld', *NRC Handelsblad* 2 augustus 2006, 'Gesjoemel met EU-geld', *Het Parool* 3 augustus 2006, 'Teruggave van ESF-subsidies bekrachtigd', *Het Financieel Dagblad* 3 augustus 2006.

59 ABRvS 30 augustus 2006, *AB 2007*, 240, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden en ABRvS 30 augustus 2006, *LJN AY7173*.

60 ABRvS 30 augustus 2006, *AB 2007*, 241, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden. Vgl. CBb 16 maart 2006, *AB 2007*, 22, m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden.

61 Met name art. 4:23, derde lid, sub b Awb.

vastgesteld in het Awb-evaluatieonderzoek 'De Europese agenda van de Awb'.⁶²

Maar afgezien van enkele probleemgevallen op dit gebied, vormt de Awb wel een goed vehikel om ten onrechte betaalde EG-subsidies terug te vorderen, zo concludeerde De Moor-van Vugt nog onlangs.⁶³ Deze conclusie werd in de interviews in het kader van deze casestudy bevestigd. Daar waar er terugvorderingsproblemen waren ontstaan, waren die volgens de respondenten voornamelijk te wijten aan nalatigheid aan de kant van de uitvoerende instantie.

9.3.2.2 Toezicht op naleving

Voor toezichtsactiviteiten bij de uitvoering van het ESF zijn Nederlandse uitvoeringsautoriteiten aangewezen op de bepalingen van afdeling 5.2 Awb 'Toezicht op naleving'. Wanneer ambtenaren als toezichthouder in de zin van artikel 5:11 Awb zijn aangewezen, beschikken zij over de (standaard) bevoegdheden zoals omschreven in de artikelen 5:15 tot en met 5:19 Awb. Het betreft achtereenvolgens de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen, de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen, de bevoegdheid tot het vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en de bevoegdheid tot onderzoek van zaken en vervoermiddelen. In de Subsidieregeling ESF 3 (zie hierna) die van toepassing was in de financieringsperiode 2000-2006 is het standaard Awb-pakket van bevoegdheden voor toezichthouders in het kader van ESF-toezicht niet uitgebreid of beperkt.

Afdeling 5.2 Awb bevat 'geen implementatiewetgeving'. Wel is door de wetgever rekening gehouden met het feit dat EU-ambtenaren soms ook toezichtsactiviteiten zullen ontplooiën binnen Nederland. In dat kader is in artikel 5:15 Awb, derde lid, bepaald dat de toezichthouder bevoegd is zich te doen vergezellen door personen die door hem zijn aangewezen; dat kan dus ook een buitenlandse toezichthouder zijn, die in het gezelschap van een Nederlandse toezichthouder iedere plaats kan betreden. In het algemeen kan worden gesteld dat het standaardpakket Awb-bevoegdheden adequaat is om gelijk-

62 R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: BJu 2007, p. 99 e.v. Al hebben de daar voorgestelde wijzigingen vooral betrekking op de goede tenuitvoerlegging van het communautaire staatssteunrecht. Zie ook J.E.M. Polak & W. den Ouden, *Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer: Kluwer 2004, p. 112 e.v.

63 A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht in het kader van de rechtmatige besteding van EG-gelden', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Kluwer: Alphen a/d Rijn 2007, p. 168.

waardig, effectief en afschrikwekkend nalevingstoezicht te garanderen.⁶⁴ Er is geen jurisprudentie bekend op basis waarvan kan worden aangenomen dat toezichthouders bij de uitvoering van ESF op grond van de Awb bevoegdheden onvoldoende op hun taak zijn toegerust.

Voor toezichtsactiviteiten van Europese ambtenaren biedt als gezegd artikel 5:15 lid 3 Awb een grondslag, zolang zij volgen in het voetspoor van een Nederlandse toezichthouder. Uit artikel 6 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2185/96 inzake de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraudes en andere onregelmatigheden volgt echter dat ook controles en verificaties ter plaatse kunnen worden uitgevoerd onder gezag en verantwoordelijkheid van de Commissie door haar naar behoren gemachtigde ambtenaren of haar functionarissen, die 'controleurs van de Commissie' worden genoemd.

Hier is de verantwoordelijkheidsrelatie omgedraaid, wat ook blijkt uit het vervolg van de bepaling waarin is vastgelegd dat 'personen die door de Lid-Staten als gedetacheerde nationale deskundigen ter beschikking van de Commissie zijn gesteld, die controles en verificaties (kunnen) bijwonen.' In dit artikel is verder bepaald dat de controleurs van de Commissie onder voorbehoud van het toepasselijke gemeenschapsrecht zich dienen te houden aan de procedureregels van de wetgeving van de betrokken lidstaat.

Volgens Widdershoven en Verhoeven⁶⁵ zijn er bij dit soort 'zelfstandig transnationaal onderzoek' spanningen denkbaar met de bepalingen van de Awb over toezicht. Zij menen dat gelet op de zelfstandige rol van de eurocontroleurs het mogelijk zou moeten zijn hen aan te merken als toezichthouder in de zin van artikel 5:11 Awb, waarmee deze personen zelfstandig over het Nederlandse bevoegdhedenpakket zouden beschikken. Zij merken daarbij op dat de praktijk zich tot nu toe ook zonder een dergelijke voorziening lijkt te redden. Dit beeld wordt bevestigd door onderhavig onderzoek.

9.3.3 Subsidieregeling ESF-3

Voor iedere financieringsperiode wordt in Nederland een specifieke ESF-regeling gemaakt. Ter uitvoering van het ESF voor de financieringsperiode 2000-2006 heeft de Minister van SZW per besluit van 21 juni 2001 de Subsidieregeling ESF-3 vastgesteld.⁶⁶ Op grond van de aanhef van de regeling – waarin alleen wordt verwezen naar de goedkeuringsbeschikking van de Commissie met

64 Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 111.

65 Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 120 e.v.

66 *Stcrt.* 2001,118.

betrekking tot het EPD – lijkt het te gaan om een beleidsregel, echter op grond van de eis van een wettelijke grondslag voor subsidieverstreking (artikel 4:23 Awb) ligt het meer voor de hand deze regeling te kwalificeren als een ministeriële regeling die volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij gebreke van een toepasselijke andere wet haar grondslag vindt in de Kaderwet SZW-subsidies.⁶⁷ Laatstgenoemde wet is zelf overigens niet relevant in het kader van handhaving met het oog op ESF-subsidies en zal daarom niet verder ter sprake komen in deze casestudy.

In de Subsidieregeling ESF-3 wordt de uitvoering van het ESF slechts op hoofdlijnen geregeld. Voor de gedetailleerdere invulling wordt verwezen naar een door de minister vast te stellen beleidskader voor nieuwe subsidie-aanvragen, waarin de groep van subsidiegerechtigden, de omvang van de ter beschikking staande subsidiemiddelen alsmede de aan projecten te stellen eisen nader worden bepaald (artikel 1 j° artikel 4). Het betreft het ESF-3 Beleidskader, waarin voor de periode vanaf 2000 ervoor is gekozen de categorieën van subsidiegerechtigden in te perken, voornamelijk tot decentrale overheden (gemeenten) en Opleidings- en ontwikkelingsfondsen, zogenaamde O&O-fondsen.⁶⁸ Deze beperking zou de kans op onregelmatigheden (fraude) verkleinen en het aantal te verrichten controles doen afnemen, hetgeen volgens respondenten ook weer moet worden gerelativeerd daar O&O-fondsen het ontvangen geld verder uitdelen aan diverse begunstigden.

Overigens worden in de Subsidieregeling ESF-3 veel mogelijkheden gegeven aan de minister om zaken verder uit te werken in de verleningsbeschikking.⁶⁹

In artikel 11 lid 8 van de Subsidieregeling ESF-3 is bepaald dat een begunstigde van een ESF subsidie, aan door de minister dan wel aan door de Europese Commissie daartoe aangewezen personen desgevraagd inzage in of informatie uit de administratie dient te geven. Ook moet hij dergelijke personen desgevraagd informatie verschaffen over de voortgang van het voor subsidie in aanmerking gebrachte project.

Alleen artikel 15 van de Subsidieregeling bevat een bepaling over mogelijk op te leggen sancties. Daarin is opgenomen dat de beschikking tot verlening van projectsubsidie geheel of gedeeltelijk kan worden ingetrokken en dat de op basis daarvan uitbetaalde bedragen kunnen worden teruggevorderd in geval de begunstigde bij zijn aanvraag onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt, wanneer het project wordt uitgevoerd in afwijking van de bij de aanvraag gevoegde projectbeschrijving, indien de doelstellingen van het project ten gevolge van nalatigheid van de begunstigde niet of slechts ten dele worden

67 *Stb.* 1997, 285. ABRvS 3 januari 2007, *AB* 2007, 224, m.nt. W. den Ouden, r.o. 2.6. Vgl. ABRvS 2 augustus 2006, *AB* 2006, 315, m.nt. W. den Ouden.

68 Zie ESF-Beleidskader, artikel 2a (*Stcrt.* 2001, 118).

69 Artikel 7 lid 3 van de Subsidieregeling ESF-3 luidt: 'Aan de beschikking tot verlening van projectsubsidie kunnen nadere voorwaarden worden verbonden, voor zover deze noodzakelijk zijn ter waarborging van een juiste uitvoering van het project dan wel het behoud van een goed inzicht in de voortgang van het project.'

gerealiseerd of indien de ontvanger zijn verplichtingen die volgen uit de Subsidieregeling niet nakomt. Het betreft hier herhalingen van hetgeen reeds volgt uit artikel 4:48 Awb en een nadere invulling daarvan.

Vooraf uit de bijlagen bij de Subsidieregeling blijkt de aandacht van de regelgever voor de controle op de rechtmatigheid van de uitgaven; er is een bijlage met betrekking tot de te voeren administratie en een uitgebreide bijlage waarin het controleprotocol is vastgelegd.

Verder zijn er in de loop van de projectperiode verschillende handleidingen opgesteld met betrekking tot de uitvoering van door het ESF gesubsidieerde projecten, in het bijzonder met betrekking tot de projectadministratie.

In deze handleidingen werden de communautaire eisen 'vertaald'.⁷⁰ Uit de interviews ontstaat het beeld dat de in deze handleidingen neergelegde bepalingen soms ook verder gaan dan strikt noodzakelijk is op basis van de relevante Europese voorschriften, hetgeen consequenties heeft voor de handhavingspraktijk die wordt geacht de naleving van deze nationale voorschriften dan ook te controleren. De juridische status van deze handleidingen heeft tot veel vragen en bijgevolg ook jurisprudentie geleid.⁷¹

Voor de periode 2007-2013 is inmiddels een veel gedetailleerdere uitvoeringsregeling vastgesteld, waarin meer is geregeld op het gebied van controle en handhaving. Deze regeling, de Subsidieregeling ESF 2007-2013, weerspiegelt Verordening (EG) nr. 1828/2006, die de verschillende uitvoeringsverordeningen van Verordening (EG) nr. 1260/1999 vervangt, en waarin in bijlagen vele modellen zijn opgenomen, volgens welke de uitvoeringsautoriteiten in de financieringsperiode 2007-2013 te werk moeten gaan. De communautaire beïnvloeding is op dit terrein recentelijk dus toegenomen. Daarbij geven geïnterviewden ook aan lessen uit de toepassing van eerdere, meer globale regelgeving te hebben getrokken. Met meer gedetailleerde regelgeving hoopt men onduidelijkheden en interpretatiediscussies te voorkomen.

70 Zie voor een overzicht: <http://agentschap.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp_document&link_id=120927>.

71 Zie ABRvS 2 augustus 2006, *LJN* AY5524; ABRvS 2 augustus 2006, *AB* 2006, 316, m.nt. W. den Ouden. In laatstgenoemde zaak oordeelde de Afdeling voor zover relevant: '... De Handleiding is ... aan appellante toegezonden en in het besluit tot subsidieverlening ... wordt naar deze Handleiding verwezen. De administratievoorschriften neergelegd in de Handleiding dienen dan ook te worden aangemerkt als door de minister opgelegde verplichtingen als bedoeld in artikel 4:37, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb. ...' (r.o. 2.8.1). Zie ook ABRvS 18 april 2007, *LJN* BA3233. In deze uitspraak oordeelde de Afdeling dat het in casu aan de orde zijnde Handboek ESF-3 niet kan worden aangemerkt als een algemeen verbindend voorschrift en de in het handboek opgenomen verplichting niet kan worden aangemerkt als een subsidieverplichting in de zin van artikel 4:37 van de Awb. In casu was in de beschikking tot subsidieverlening, anders dan in voorgenoemde uitspraak, niet naar het Handboek ESF-3 verwezen (r.o. 2.10.2).

9.3.4 Subsidieregeling ESF-3 voor onderwijsinstellingen 2000-2006

De Minister van OCW stelde in 2001 een ministeriële regeling op voor de verstrekking van ESF subsidies aan onderwijsinstellingen. Deze Subsidieregeling ESF-3 voor onderwijsinstellingen 2000-2006⁷² berustte uitdrukkelijk op de Wet overige OCW subsidies en kwalificeert derhalve als een algemeen verbindend voorschrift. De Minister van OCW fungeerde als tussenstation. Voor subsidiëring van onderwijsinstellingen ontving hij zelf subsidie van de Minister van SZW.

De Subsidieregeling voor onderwijsinstellingen is gedetailleerder van aard dan de Subsidieregeling van SZW. Dit verschil valt vermoedelijk te verklaren uit het verschil in wetgevingsbeleid op de betrokken ministeries.

In artikel 5 van de Subsidieregeling voor onderwijsinstellingen is bijvoorbeeld vrij precies weergegeven welke consequenties er zijn voor het vast te stellen subsidiebedrag wanneer er minder deelnemers zijn aan het project dan geraamd. Er zijn echter geen andere sanctiebepalingen in deze subsidieregeling opgenomen.

In artikel 11 lid 8 van de Subsidieregeling voor onderwijsinstellingen, is bepaald dat een begunstigde van een ESF subsidie, aan door de minister dan wel aan door de Europese Commissie daartoe aangewezen personen desgevraagd inzage in of informatie uit de administratie dient te geven. Ook moet hij dergelijke personen desgevraagd informatie verschaffen over de voortgang van het voor subsidie in aanmerking gebrachte project. In artikel 15 van de Subsidieregeling voor onderwijsinstellingen is verder geregeld dat een aanvrager verplicht is alle medewerking te verlenen aan toezicht op de naleving door of namens de minister van OCW, de minister van SZW en de Europese Commissie. De aanvrager is ook verplicht ervoor zorg te dragen dat eenzelfde medewerking aan toezicht op de naleving wordt verleend door derden die bij het project betrokken zijn. Tot slot bepaalt artikel 11 expliciet dat het bepaalde in hoofdstuk 5 van de Awb van overeenkomstige toepassing is.

Ook de Subsidieregeling voor onderwijsinstellingen bevat uitgebreide bijlagen, waaruit aandacht voor de controle van de rechtmatigheid van gedane uitgaven blijkt. De bijlagen hebben onder meer betrekking op de projectadministratie, een model voor een goedkeurende accountantsverklaring en een uitgebreid controleprotocol. Ook voor de onderwijsinstellingen zijn uitgebreide handleidingen onder meer op het gebied van de projectadministratie opgesteld.

9.3.5 De Wet Toezicht Europese Subsidies

In het kader van juridische implementatie in Nederland moet in dit verband ook de Wet Toezicht Europese Subsidies (hierna: Wet TES) worden genoemd. Nadat duidelijk was geworden waartoe de fouten gemaakt bij de uitvoering

72 Bekendgemaakt in Uitleg 2002, 4.

van het ESF konden leiden, werd op het Ministerie van Financiën een voorstel voor deze wet voorbereid. De Wet TES trad al⁷³ op 1 mei 2002 in werking.⁷⁴ De wet bevatte aanvankelijk een kennisgevingsplicht voor decentrale bestuursorganen om de verantwoordelijke minister in kennis stellen van door hen ontvangen EG-subsidies. Deze verplichting is echter na de eerste evaluatie van de wet alweer geschrapt.⁷⁵ Zij zou leiden tot een grote administratieve belasting voor decentrale overheden en overigens ook weinig toevoegen aan informatieverplichtingen die al op decentrale overheden rusten op grond van de bijzondere wetgeving bij de tenuitvoerlegging van Europese structuurfondsen en landbouwsubsidies die gezamenlijk meer dan 80% van alle naar Nederland vloeiende EG-gelden beslaan.⁷⁶

Dat betekent dat de Wet TES op dit moment nog slechts een aanwijzingsbevoegdheid (die zowel preventief als repressief kan worden gebruikt (artikel 3)) en een verhaalsrecht (artikel 4) voor de verantwoordelijke minister bevat. Sinds 2002 is van de aanwijzingsbevoegdheid nog nooit gebruik gemaakt, terwijl er bij de uitvoering van Europese stimuleringsmaatregelen door decentrale overheden beslist wel zaken (behoorlijk) fout (zijn ge)lopen.⁷⁷ Ook van de verhaalsbevoegdheid die de Wet TES biedt, is tot op heden nog geen gebruik gemaakt, terwijl deze bevoegdheid bestaat vanaf de datum van inwerkingtreding van de Wet TES (1 mei 2002) en dus ook betrekking kan hebben op een verzuim van een decentraal bestuursorgaan van voor die tijd.⁷⁸

Het verhaalsrecht is bovendien breed geformuleerd: in geval de Staat aansprakelijk wordt gesteld door een EG-instelling voor het verzuim van een decentraal bestuursorgaan in de nakoming van bij of krachtens de oprichtingsverdragen van de Europese Gemeenschappen opgelegde verplichtingen ten aanzien van de rechtmatige en doelmatige aanwending van de EG-subsidie dan wel de wijze van beheer, controle of toezicht met betrekking tot de EG-subsidie en daaruit schade voortvloeit, kan de Minister die het aangaat, besluiten deze schade te verhalen op het decentrale bestuursorgaan, voor zover de aansprakelijkheid van de Staat het gevolg is van het verzuim van dit bestuursorgaan. Van een EG-subsidie is blijkens (de wetsgeschiedenis van) artikel 1 van de Wet TES sprake in het geval van een subsidie die ten laste komt van

73 Tussen indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer op 8 februari 2001 en inwerkingtreding van de wet op 1 mei 2002 verliepen slechts 16 maanden.

74 *Stb.* 2002, 40

75 *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 135, nr. 1-5.

76 Rapport Evaluatie Wet TES 3 juni 2004, p. 2: 'De toegevoegde waarde van de Wet TES is gering. De landbouwsubsidies en structuurfondsgelden (samen 82% van het totaal in Nederland ontvangen EG-subsidies) zijn reeds afgedekt wat betreft de informatievoorziening aan de Tweede Kamer. De Wet TES heeft daarmee alleen betekenis voor de categorie 'overige geldstromen'. Zie ook: *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 751, nr. 3, p. 5, < www.nieuwsbank.nl/inp/2004/10/11/R214.htm >.

77 ABRvS 19 april 2006, *AB* 2006, 296, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden en het EU-trendrapport 2004 van de Algemene Rekenkamer, *Kamerstukken II*, 30 955, nr. 1-2, p. 144 e.v.

78 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 19.

de EG-begroting en die rechtstreeks door een EG-instelling of via een Nederlands bestuursorgaan in Nederland wordt verstrekt.⁷⁹ In theorie zou de verhaalsbevoegdheid van de Wet TES dus vanaf mei 2002 kunnen worden ingezet voor de terugvordering van ESF-gelden, terwijl de Minister van SZW na die tijd nog vele intrekking- en terugvorderingsbesluiten heeft genomen op basis van het subsidierecht.

Kennelijk achtte hij gebruikmaking van de bevoegdheden tot intrekking en terugvordering zoals geregeld in titel 4.2 Awb meer kansrijk dan gebruikmaking van de verhaalsbevoegdheid van de Wet TES.

De Kruif en Den Ouden⁸⁰ komen tot de conclusie dat de toezichtsbevoegdheden die zijn geconstrueerd voor verantwoordelijke ministers bij de uitvoering van Europese subsidieprogramma's door decentrale overheden, vooral als 'symboolwetgeving' kunnen worden gekwalificeerd. De precieze inhoud en omvang van deze bevoegdheden is (nog) weinig uitgekristalliseerd en wanneer daarvan gebruik zal worden gemaakt, mogen ingewikkelde rechtsvragen en daarmee langlopende rechtszaken worden verwacht. Uit de gehouden interviews in het kader van onderhavig onderzoek blijkt dat de Wet TES weinig bekend is en de daarin geregelde bevoegdheden tot op heden niet zijn gebruikt. Desalniettemin fungeert deze wet als inspiratiebron voor de regering die werkt aan een Wet Toezicht Europees Recht.⁸¹

9.3.6 Wijziging Comptabiliteitswet

Tot slot kan erop worden gewezen dat met de inwerkingtreding van de Wet TES ook de Comptabiliteitswet is gewijzigd in het kader van de tenuitvoerlegging van Europese subsidieprogramma's.⁸² In de Comptabiliteitswet 2001 zijn nu onderzoeksbevoegdheden opgenomen voor 'Onze verantwoordelijke Minister' (artikel 43) en de Algemene Rekenkamer (artikel 91). Deze bevoegdheden gelden ten aanzien van rechtspersonen (waaronder publiekrechtelijke rechtspersonen), commanditaire vennootschappen, vennootschappen onder firma en natuurlijke personen die een beroep of bedrijf uitoefenen, die Euro-

79 W. den Ouden, 'Over toezicht en aansprakelijkheid bij Europese subsidies; wie moet op de blaren zitten?', *Gst.* 7178 (2003), p. 33-40.

80 C. de Kruif & W. den Ouden. 'Over voorkomen en verhalen. Uitbreiding van de Awb-bepalingen over bestuurlijk toezicht?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees Recht Effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Kluwer: Alphen a/d Rijn 2007, p. 251.

81 Zie het rapport van de Algemene Rekenkamer, *Goed bestuur tussen publiek en privaat, Ontwikkelingen in bestuur, beleid en regelgeving*, Den Haag, oktober 2006, p. 26 en het kabinetsstandpunt 'De Europese dimensie van toezicht. Het EU-recht en de relatie rijk – decentrale overheden', *Kamerstukken II* 2003/04, 21 109, nr. 138.

82 Zie daarover *Kamerstukken II* 2004/05, 27 571, nr. 3.

pese subsidies ontvangen. Minister en Rekenkamer (de laatste via dossiers aanwezig bij de Minister) kunnen kennisnemen van jaarrekeningen en daarop betrekking hebbende rapporten van degene die de jaarrekeningen hebben gecontroleerd. Wanneer deze gegevens daartoe aanleiding geven kunnen de Minister of de Rekenkamer nadere inlichtingen vragen, inzage vorderen en aan de hand van de administratie van de subsidieontvanger een onderzoek instellen. Wanneer de Rekenkamer tot een dergelijk onderzoek besluit, stelt zij de Minister die het aangaat daarvan op de hoogte. Wanneer de Rekenkamer haar onderzoeksbevoegdheden aanwent voor onderzoek bij subsidieontvangers zijn de artikelen 5:12, 5:13, 5:15 en 5:17 Awb van overeenkomstige toepassing (artikel 91 lid 7 Comptabiliteitswet). Dat houdt o.a. in dat slechts gebruik wordt gemaakt van de onderzoeksbevoegdheden voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van haar taak en dat bij de uitvoering van onderzoek alle plaatsen (met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner) mogen worden betreden.

Door opname van deze bevoegdheden is de Rekenkamer in staat zelfstandig de juistheid van gegevens uit departementale dossiers zo nodig op het niveau van de eindbestemming van Europese subsidies (waaronder decentrale overheden) vast te stellen. De controlebevoegdheden van de Algemene Rekenkamer lopen daarmee parallel aan die van de Europese Rekenkamer waardoor het makkelijker zal worden voor de Rekenkamer om op te treden als 'voorcontroleur' van de Europese Rekenkamer, wat de 'controle-intensiteit' rond Europese subsidies heeft vergroot.

9.3.7 Deelconclusies juridische en beleidsmatige implementatie in Nederland

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat, hoewel de materiële normstelling bij de uitvoering van het ESF in Nederland veelal van communautaire oorsprong is (doelstellingen uit de verordeningen en het goedgekeurde EPD), het juridische kader voor de uitvoering van het ESF in Nederland voornamelijk is gebaseerd op het bestaande nationale recht. Daarbij wordt gebruikt gemaakt van bestuursrecht zoals geformuleerd in de Awb (m.n. subsidietitel 4.2 Awb en afdeling 5.2 Awb).

Hoewel in deze regelingen op punten rekening is gehouden met communautaire verplichtingen van bestuursorganen, kunnen zij niet worden gekwalificeerd als implementatieregelgeving; de uitvoering vindt dus voor een deel plaats op grond van het nationale recht.

De subsidieregelingen die door de Minister van SZW en OCW zijn opgesteld voor de uitvoering van het ESF in de periode 2000-2006 geven niet de indruk dat zij sterk zijn beïnvloed door communautaire wetgeving of beleid op het gebied van handhaving. Er zijn nauwelijks aanvullende handhavingsinstrumenten geregeld; wel bevatten deze regelingen enkele bepalingen ten behoeve van

Europese toezichthouders. Vooral uit de bijlagen bij beide regelingen blijkt de aandacht van de regelgever voor de controle op de rechtmatigheid van de uitgaven. De regeling van de Minister van SZW bevat een bijlage met betrekking tot de te voeren administratie en een uitgebreide bijlage waarin het controleprotocol is vastgelegd. Ook de regeling van de Minister van OCW bevat een bijlage m.b.t. de projectadministratie, een model voor een goedkeurende accountantsverklaring en een uitgebreid controleprotocol.

Ook de Wet TES werd speciaal vastgesteld met het oog op de uitvoering van communautaire stimuleringsprogramma's in Nederland. Op basis van deze bepalingen kunnen de ministers die het aangaat toezicht houden op decentrale overheden (decentrale bestuursorganen) die bij die uitvoering zijn betrokken, om op die wijze onregelmatigheden te voorkomen. Van de bevoegdheden die deze wet geeft, is tot op heden geen gebruik gemaakt.

9.4 UITVOERING EN HANDHAVING

9.4.1 Bij de uitvoering betrokken nationale autoriteiten

Binnen de hiervoor beschreven wettelijke kaders zijn voor de uitvoering van het ESF in de periode 2000-2006 conform het bepaalde in Verordening (EG) nr. 1260/1999 in Nederland een beheers- en een betalingsautoriteit aangewezen.⁸³ Als beheersautoriteit fungeerde het Agentschap SZW. Het Agentschap is een onderdeel van het Ministerie van SZW en droeg in de genoemde periode zorg voor inlichtingen aan aanvragende en uitvoerende instanties, ondersteunde bij het indienen van aanvragen en het afgeven van subsidiebeschikkingen. Het Agentschap ontvangt op declaratiebasis geld van het Ministerie van SZW om de programma-uitgaven te bekostigen.

Het Agentschap had een eigen verantwoordelijkheid voor het intern financieel beheer en voor de controle en het toezicht op de interne financiële bedrijfsvoering van de projectuitvoerders (eerste lijnscontrole). Daarbij werden de communautaire eisen (bijvoorbeeld de 5% controle-eis) zeer serieus genomen. Bij interpretatievragen werd contact opgenomen met 'Brussel'. Ook eventuele terugvorderingen werden vormgegeven door het Agentschap, dat daarvoor was gemandateerd door de Staatssecretaris van SZW. Het terugvorderingsbeleid was scherp (door sommige geïnterviewden zelfs 'fanatiek' genoemd). In alle gevallen waarin onregelmatigheden werden geconstateerd werden de Europese subsidies teruggevorderd, zo blijkt uit de interviews. Het Agentschap was verder verantwoordelijk voor onregelmatigheidsmeldingen aan de Commissie. Ook deze taak werd zeer serieus genomen, iedere onregelmatigheid boven de 4000 euro is bij de Commissie gemeld.

83 Zie de Toelichting bij de Subsidieregeling ESF (*Stcrt.* 2001, 118).

De tweede lijnscontroles vonden plaats door de Departementale accountantsdienst (DAD). Het ging daarbij om het vaststellen van de rechtmatigheid van de uitgaven van het Agentschap en de toereikendheid van het door het Agentschap gevoerde financiële beheer. In dat kader beoordeelt de DAD opzet en werking van financiële beheersprocessen van het Agentschap onder meer door de uitvoering van steekproeven bij het Agentschap en zelfstandige controles bij eindontvangers en hun accountants.

Ook de Rekenkamer houdt zich bezig met externe rechtmatigheidscontroles ten aanzien van de besteding van communautaire gelden op grond van bevoegdheden gegeven in de Comptabiliteitswet.

Jaarlijks wordt van de resultaten van deze activiteiten verslag gedaan in een zogenaamd EU-tendrapport.⁸⁴

Als betalingsautoriteit, die verantwoordelijk is voor het opstellen en toezenden van betalingsaanvragen aan, en voor het ontvangen van betalingen van de Commissie fungeerde de Minister van SZW zelf. De laatste hield zich echter niet bezig met het betalingsverkeer aan de eindbegunstigde, daarvoor werd het Agentschap gemandateerd.⁸⁵

In het ook op basis van de Verordening (EG) nr. 1260/1999 ingerichte Comité van toezicht (in Nederland het monitorcomité genoemd) hadden zitting de sociale partners, de VNG en de Ministeries van SZW en OCW. De Europese Commissie had daarin een adviserende functie. In de financieringsperiode 2000-2006 heeft het monitorcomité, meer dan in de daaraan voorafgaande periode, aandacht besteed aan de toezichthoudende controle van het ESF. Dat kan deels worden verklaard uit de terugvorderingen van de Commissie over de voorgaande financieringsperiode; herhaling daarvan wilden alle deelnemers voorkomen. De uit de Commissie afkomstige ambtenaren speelden daarbij een belangrijke rol. Aanwijzingen en constatering van hun kant met betrekking tot onregelmatigheden leidden in de praktijk vaak tot onmiddellijke acties en bijstellingen door nationale autoriteiten.

De Minister van OCW fungeerde als 'clusteraanvrager'. Onderwijsinstellingen konden bij de Minister van OCW aanvragen doen op basis van de Subsidieregeling ESF-3 voor onderwijsinstellingen. Deze aanvragen werden, voor zover geschikt bevonden, als één gezamenlijke aanvraag doorgeleid naar het Ministerie van SZW op grond van de Subsidieregeling ESF-3. Bij honorering verstrekte de Minister van OCW subsidie aan de primaire aanvrager op basis van de Subsidieregeling ESF-3 voor onderwijsinstellingen. Achterliggende gedachte van deze doorgeefconstructie was dat de Minister van OCW beter in staat zou zijn tot de selectie van projecten van onderwijsinstellingen dan de Minister

⁸⁴ Zie voor het EU-tendrapport 2007 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 955, nr. 2.

⁸⁵ Zie het EPD 2000-2006, p. 34.

van SZW. Voor de periode 2007-2013 kunnen onderwijsinstellingen overigens rechtstreeks bij de Minister van SZW subsidie aanvragen.

Binnen OCW is vooral het CFI (Centrale Financiën Instellingen) betrokken bij de uitvoering van ESF. CFI is een uitvoeringsorganisatie van het ministerie van OCW en specifiek belast met de bekostiging van onderwijsinstellingen. CFI is verantwoordelijk voor de rechtmatige en doelmatige toedeling van financiële middelen. Het CFI voerde de eerstelijnscontrole uit op de door OCW gefinancierde projecten. Soms verschilden de uitvoerende ambtenaren van het CFI van mening met het Agentschap over de vraag of een uitgevoerd project aan de communautaire eisen voldeed. Wanneer het Agentschap de desbetreffende declaraties weigerde, vond overleg plaats. Indien het Agentschap niet uitbetaalde, bleef OCW achter met een financieringstekort; in veel gevallen had de Minister de subsidie voor het betreffende project zelf al moeten vaststellen en bood noch de Awb, noch de Subsidieregeling ESF-3 voor onderwijsinstellingen een bevoegdheid om tot intrekking van deze vaststellingsbeschikking over te gaan.

Niet in alle gevallen werden meningsverschillen, voor zover zij niet werden opgelost, door het Agentschap voorgelegd aan de Europese Commissie. In een enkel geval namen ambtenaren van het CFI zelf contact op met ambtenaren van de Commissie met concrete vragen over projecten of communautaire vereisten.

In geval van ernstige onregelmatigheden doet het Agentschap aangifte van fraude bij het OM. Er is een landelijk coördinerend EG-fraude officier aangewezen. Deze aangiften worden afgehandeld naar nationaal recht. Welke zaken worden vervolgd, wordt bepaald aan de hand van een geïnstitutionaliseerd keuzemodel. Er zijn enkele zaken vervolgd, maar dat verliep doorgaans niet erg succesvol vanwege het tijdsverloop dat had plaatsgevonden. Overleg met Europese instanties vindt niet plaats. Wel is OLAF geïnteresseerd in de resultaten en wil graag op de hoogte worden gehouden; van inhoudelijke bemoeienis met de zaak is geen sprake.

9.4.2 Overlegstructuren

In het kader van de uitvoering van het ESF in Nederland vindt overleg plaats tussen de Commissie en de uitvoerende Nederlandse nationale autoriteiten. Dit overleg heeft betrekking op interpretatievraagstukken rond communautaire regelgeving of bijvoorbeeld op een concrete casus. Sinds de 'ESF-affaire' in 2001 is er flink geïnvesteerd in een netwerk voor overleg en afstemming. Uit de interviews blijkt dat vanuit het Agentschap gemakkelijk overleg met de Commissie plaatsvindt (vooral met het *DG Employment*, soms ook met het *DG Regio*), al is dit voor de andere bij de uitvoering van het ESF betrokken actoren niet steeds even zichtbaar. Vanuit het Ministerie van OCW richt men zich in eerste

instantie tot het Agentschap (de subsidieverstrekker) in een enkel geval wordt ook rechtstreeks contact gezocht met ambtenaren van de Commissie. Soms wordt om een officieel standpunt van de Commissie gevraagd, in de meeste gevallen niet en wordt volstaan met aanwijzingen van commissieambtenaren. Van een geïnstitutionaliseerd overleg lijkt, noch met de Commissie, noch tussen de bij de uitvoering betrokken autoriteiten geen sprake: een en ander is vooral afhankelijk van persoonlijke contacten. Met OLAF vindt niet veel overleg plaats. In de meeste gevallen wordt volstaan met de op grond van de communautaire regels verplichte meldingen van onregelmatigheden.

Structuren voor overleg tussen de verschillende lidstaten, bijvoorbeeld over de beïnvloeding van nationale regelgeving door Europese regelgeving, het opstellen van uitvoeringsregelgeving of *best practices* op het gebied van controle of handhaving lijken niet te bestaan. Er is wel een zogenaamd ESF-comité, maar daarin wordt vooral eenzijdig informatie verstrekt door de Commissie. Verder is er een technische werkgroep ESF en een zogenaamd *government representatives* overleg, maar ook in die gremia is weinig aandacht voor informatieuitwisseling tussen lidstaten, terwijl daaraan wel behoefte is volgens de geïnterviewden. Er zijn wel persoonlijke contacten tussen ambtenaren uit verschillende lidstaten die elkaar binnen de eerder genoemde gremia tegenkomen maar van een officieel overleg is geen sprake. Wellicht dat hierin verandering zal komen nu in Verordening EG nr. 1083/2006 een bepaling is opgenomen die voorziet in door de Commissie geïnitieerd overleg.

Er vindt informeel overleg plaats tussen de Ministeries die bij de uitvoering van de structuurfondsen zijn betrokken, de Ministeries van SZW, OCW en EZ en het Ministerie van Justitie over de interpretatie van de communautaire regelgeving op dit gebied en gehanteerde werkwijzen.

Er is door onderwijsinstellingen een landelijk netwerk/werkverband van projectaanvragers ESF gevormd (om, voornamelijk met het CFI, te overleggen over knelpunten of wijzigingen in regels).

9.4.3 Controleactiviteiten

De Commissie maakt regelmatig gebruik van haar controlebevoegdheden en stuurt haar ambtenaren om projecten, projectadministraties, administraties van clusteraanvragers, financiële beheersprocessen van de beheersautoriteit en haar administraties te controleren. De controle van de Commissie op de handhavingsactiviteiten van de lidstaat begint al bij de beoordeling van het EPD c.q. het Operationeel Programma, waarin het controlegebouw moet zijn omschreven. Ook de uitvoering daarvan wordt gecontroleerd. Die controles blijken in de praktijk zeer uitgebreid en gedetailleerd van aard. De Europese

inspecteurs 'willen ieder bonnetje zien', zo bleek uit de interviews. De geïnterviewden gaven aan dat de Commissie niet alleen controleert of communautaire voorschriften in acht zijn genomen, maar ook of nationale regelgeving wordt gehandhaafd. Wat wordt voorgeschreven met betrekking tot de uitvoering van de structuurfondsen op nationaal niveau, moet door de nationale autoriteiten ook onverkort worden gehandhaafd, zo was ondervonden. Dit wierp de vraag op of Nederland er wel verstandig aan doet zeer gedetailleerde en zorgvuldige regelingen op te stellen, bijvoorbeeld in modellen en handboeken voor de administratie van projecten. Daarmee wordt veel flexibiliteit uit de uitvoeringspraktijk weggenomen, terwijl dit vanuit Europees perspectief wellicht niet strikt noodzakelijk is.

De controles van de Commissie hebben, zo blijkt uit de interviews, veel invloed op de nationale handhavingspraktijk. Als duidelijk wordt hoe en waarop de Commissie de lidstaat controleert, wordt dit meegenomen in eigen controle- en handhavingsactiviteiten. Bovendien worden opmerkingen van ambtenaren van de Commissie over de vormgeving van nationale controle- en handhavingsactiviteiten zeer serieus genomen. Als achterliggende factor om aan deze Europese aanwijzingen te voldoen, werd in diverse interviews een mogelijke schrikreactie genoemd, d.w.z. een angst voor Brusselse sanctiëring: alle betrokkenen zijn er op uit om terugvorderingen vanuit de Europese Commissie gericht tot de lidstaat Nederland te voorkomen.

Iets soortgelijks geldt voor controles uitgevoerd door de Europese Rekenkamer. Ook de Rekenkamer maakt regelmatig gebruik van controlebevoegdheden. Ook deze activiteiten blijken invloed te hebben op de vormgeving van de nationale handhavingspraktijk.

Ook de nationale autoriteiten ontplooiën veel toezichts- en handhavingsactiviteiten. Vanuit het Agentschap vinden intensieve controles van aanvragen, tussenrapportages en einddeclaraties plaats. Het geheel maakt de indruk van een sterk geprofessionaliseerde handhavingspraktijk, waarbinnen men zeer goed op de hoogte is van de communautaire eisen. Het Agentschap fungeert als een kosten-baten organisatie en beschikt, desgevraagd, over voldoende capaciteit om zijn taken met het oog op de uitvoering van het ESF in Nederland naar behoren uit te voeren.

Het Agentschap zelf wordt – naast Europese controleurs – gecontroleerd door onder meer de Algemene Rekenkamer en de DAD. Ook de uitvoerende instantie van het Ministerie van OCW, het CFI, voert vele controleactiviteiten uit. Eindontvangers van Europese subsidies, de uitvoerders van de gefinancierde projecten, krijgen dus te maken met veel controles. In theorie kunnen wel zes of zeven instanties hun toezichthouders langs sturen om project en administratie te controleren. De geïnterviewden gaven aan het geheel van controleactiviteiten zeer omvangrijk te vinden. Gesproken werd van een kostbare 'handhavingskathedraal'. Een en ander heeft als consequentie dat uitvoeringsinstanties regelmatig kiezen voor de projecten die gemakkelijk te handhaven zijn.

Voor het slagen van de gesubsidieerde programma's en de achterliggende beleidsdoelstellingen bestaat vaak minder aandacht.

Uit contacten met de Commissie en ook uit de nieuwe regelgeving met betrekking tot de financieringsperiode 2007-2013 blijkt dat de Commissie controleactiviteiten naar voren wil plaatsen in het proces. De eerstelijnscontrole krijgt de nadruk. Al bij het honoreren van een aanvraag moet goed worden gecontroleerd en het streven is om in slechts 2% van de gevallen in een later stadium nog onregelmatigheden te constateren.

Dit is voor het Agentschap reden om haar handhavingsactiviteiten ook anders in te richten, er wordt meer aandacht besteed aan controle vooraf. De handhaving verschuift dan dus onder invloed van 'Europa' 'naar de voorkant', aldus de geïnterviewden.

In de afgelopen jaren is overigens duidelijk geworden dat niet kan worden blindgevaarden op accountantsverklaringen. Te vaak werd bij controle ontdekt dat de projecten, ondanks een positieve accountantsverklaring, niet voldeden aan de communautaire of nationale voorschriften. In de nieuwe financieringsperiode wordt een accountantsverklaring niet langer vereist en wordt, zoals gezegd, het accent gelegd op controle vooraf.

9.4.4 Geen verschuiving richting het strafrecht

Het onderzoek gaf geen blijk van een verschuiving naar handhavingsactiviteiten op basis van strafrechtelijke bevoegdheden. De geïnterviewden gaven aan met de bestuursrechtelijke bevoegdheden in de praktijk goed uit de voeten te kunnen en geen noodzaak te zien om strafrechtelijke handhaving op dit terrein verder uit te breiden. Zij hadden ook geen druk van de Commissie in die richting ervaren.

9.4.5 Korte vooruitblik

Voor de huidige financieringsperiode 2007-2013 zijn overeenkomstig Verordening nr. 1083/2006 in plaats van twee nu drie uitvoeringsautoriteiten aangewezen. In Nederland zal als managementautoriteit het Agentschap van het Ministerie van SZW fungeren, als certificeringsautoriteit (belast met goedkeuring van declaraties aan de commissie) is aangewezen de Dienst Regelingen van het Ministerie van LNV en als Auditautoriteit zal fungeren de auditdienst van het Ministerie van Financiën. Op deze manier wordt geprobeerd financiële controle- en verantwoordingsprocessen rond de uitgaven van communautaire gelden binnen Nederland te stroomlijnen. Men wil, ook voor de structuurfond-

sen, komen tot een 'nationale verklaring'. Dit houdt in dat de besteding van communautaire gelden binnen Nederland met één eindverslag wordt verantwoord richting de Europese Commissie, hetgeen tot op heden alleen nog is gedaan met betrekking tot de landbouwwuitgaven.⁸⁶ In een advies van de Europese Rekenkamer wordt gesteld dat de Commissie en de Rekenkamer deze nationale verklaringen moeten beschouwen als een nieuw element van interne controle.⁸⁷

De Commissie heeft deze beleidsdoelstelling in het kader van haar doelstellingen op het gebied van de vereenvoudiging van de regelgeving en de stroomlijning van verantwoordingsprocessen met veel enthousiasme begroet.

9.5 CONCLUSIES

In het kader van onderzoek naar de implementatie in Nederland van EU-handhavingsvoorschriften in relatie tot de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap is in deze casestudy de Nederlandse handhavingsregelgeving- en praktijk op het terrein van het ESF bestudeerd.

Zowel op Europees als op nationaal niveau is het ESF een gevoelig dossier. Op Europees niveau is de garantie van de rechtmatigheid van de uitgaven gefinancierd met communautair geld een belangrijke beleidsdoelstelling. Een positieve DAS is een felbegeerd einddoel. Op nationaal niveau heeft de ESF-affaire in het verleden tot veel beroering geleid. Onverwachte begrotingsproblemen en negatieve publiciteit moeten worden voorkomen.

Er gebeurt dan ook veel: zowel op Europees als op nationaal niveau zijn de voorschriften, per programmeringsperiode, strenger en gedetailleerder geworden. Op beide niveaus is steeds meer aandacht voor controlesystematiek en handhavingskwesaties gekomen. Vooral in de nieuwe programmaperiode 2007-2013 gelden er gedetailleerde regels.

In de periode die deze casestudy beslaat 2000-2006 waren de communautaire regels op het gebied van handhaving nog vrij algemeen geformuleerd, de lidstaten konden daaraan met behulp van hun nationale rechtsstelsel een invulling geven. Er zijn slechts enkele zeer specifieke bepalingen met betrekking tot de handhavingsmaatregelen van de lidstaten gesteld, zoals de 5 % norm voor de controleactiviteiten en de meldplicht ten aanzien van onregelmatigheden die meer dan 10.000 euro (voorheen 4000 ecu) bedragen. Deze bepalingen zijn bovendien nogal feitelijk van aard. Zij konden worden uitge-

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 455, nr. 6.

⁸⁷ Advies nr. 06/2007 van de Rekenkamer van 1 augustus 2007 over de jaarlijkse overzichten van de lidstaten, de nationale verklaringen van de lidstaten en de door nationale controleinstanties verrichte controlewerkzaamheden met betrekking tot EU-middelen (12287/07, FIN 379).

voerd op basis van nationale bevoegdheden zonder dat zij daarvoor expliciet in nationale regelgeving hoeven te worden 'vertaald'.

In Nederland zijn daarvoor vooral de bepalingen van de Awb en uitvoeringsregelingen die specifiek zijn opgesteld ten behoeve van de tenuitvoerlegging van het ESF gebruikt. In die regelgeving vinden we weinig sporen van specifieke communautaire beïnvloeding in relatie tot ESF, of ruimer gesteld de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Daar waar wel sprake is van op het ESF gerichte nationale uitvoeringsregelgeving, blijken de betrokken ministeries zich in toenemende mate bewust van het belang van afstemming of overleg, zowel met de Commissie alsook onderling. Bij gebreke daarvan, bestaat het risico dat de relevante Europese voorschriften verschillend worden geïnterpreteerd en, mede als gevolg van verschillen in wetgevingsbeleid, afwijkende uitvoeringsregelingen tot stand komen. Dit kan zich dan gemakkelijk doorvertalen naar onduidelijkheden in de handhavingspraktijk.

In Nederland zijn inzake het ESF wel uitgebreide bijlagen en handleidingen opgesteld, die hoewel deze laatste niet de status van algemeen verbindend voorschrift hebben, soms toch zeer vergaande eisen stellen met betrekking tot de projectadministratie.

Uit het onderzoek blijkt dat de Awb een goed vehikel vormt om ten onrechte betaalde EG-subsidies terug te vorderen.

Het weinig communautaire karakter van het toepasselijke nationale recht neemt niet weg dat de feitelijke handhavingspraktijk in de onderzochte periode 2000-2006 sterk gericht was op de communautaire handhavingspraktijk. Wanneer uit controles duidelijk wordt welke methoden van controle de Europese Rekenkamer en de Commissie hanteren, worden dergelijke methoden ook door de nationale autoriteiten aangewend. Aanwijzingen van Eurocontroleurs worden zeer serieus genomen en in twijfelgevallen wordt regelmatig overleg gevoerd met commissieambtenaren. Op het in deze casestudy onderzochte terrein lijkt de nationale handhavingspraktijk soms zelfs verder te gaan dan strikt gezien wellicht noodzakelijk is op basis van de relevante EU-handhavingsvoorschriften. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat het niet altijd gemakkelijk blijkt de grens van het noodzakelijke precies te bepalen.

Deze communautaire oriëntatie kan op zijn minst deels worden verklaard door de wens nieuwe terugvorderingen vanuit de Commissie en daarmee samenhangende politieke beroering te voorkomen. De Commissie heeft ook een uitermate krachtig instrument om handhavingsactiviteiten van de lidstaten te bevorderen.

Wanneer zij door middel van eigen controles onregelmatigheden vaststelt, kan zij betalingen opschorten en eventueel geheel van uitbetaling afzien. Lidstaten lopen dus een direct financieel risico.

Het onderzoek in deze casestudy gaf geen blijk van een verschuiving naar handhavingsactiviteiten op basis van strafrechtelijke bevoegdheden. De Commissie lijkt op dit terrein geen druk in die richting uit te oefenen.

Alles bij elkaar genomen blijkt op het terrein van het ESF inmiddels een imposante, veellagige en daarmee ook kostbare Europees-nationale handhavingskathedraal te zijn opgericht, waarin het accent van de handhaving, mede onder invloed van Europa, steeds verder naar de voorkant verschuift, ter voorkoming van onaangename verrassingen in schimmige vertrekken aan de achterzijde.

10 | Gemeenschappelijk visserijbeleid: visquotabeleid

10.1 INLEIDING

De casestudy ‘Gemeenschappelijk visserijbeleid: visquotabeleid’ wordt in het kader van dit onderzoek, voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving, gerekend tot de vierde en daarmee hoogste categorie.

Over weinig Europese onderwerpen is in Nederland zo veel beroering (ge-weest) als over het quotabeleid als onderdeel van het Gemeenschappelijk Visserijbeleid (hierna: GVB). Dit heeft op dit beleidsterrein geleid tot een typisch Nederlandse aanpak van handhaving van quota- en quota-controlevoorschriften. Gekozen is voor een systeem van gedeelde verantwoordelijkheid waarmee is beoogd draagvlak te creëren binnen de sector. In deze casestudy is de wijze waarop Nederland Europese handhaving voorschriften op het terrein van het GVB, in het bijzonder met betrekking tot de quota, implementeert en vorm geeft, onderzocht. Daarbij is uitgegaan van de volgende centrale vraagstelling: welke invloed gaat vanwege de EU uit op de nationale rechtshandhaving op het terrein van het GVB, in het bijzonder de quota, en hoe wordt deze invloed in Nederland in juridische en feitelijke zin geïmplementeerd? Bij het schrijven van deze casestudy is zoveel mogelijk aangesloten bij de structuur van de andere casestudies. Het instandhoudingsbeleid en de in dat kader vigerende regelgeving van het GVB worden beschreven in paragraaf 10.2. Paragraaf 10.3 geeft vervolgens het corresponderend overzicht van de (systematiek van de) Nederlandse regelgeving. De uitvoeringspraktijk vormt het onderwerp van paragraaf 10.4 en tot slot bevat paragraaf 10.5 de belangrijkste conclusies.

10.1.1 Het GVB: achtergrond

Het GVB is het instrument waarmee de Europese Unie de visserij en de aquacultuur beheert.¹ Oorspronkelijk vormde het GVB een onderdeel van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid maar het heeft zich in de loop der jaren ontwikkeld tot een volledig zelfstandig beleidsterrein. Het huidige GVB is

1 Rechtsbasis in het Verdrag hiervoor zijn de artikelen 32-38 EG-Verdrag.

vervat in de Basisverordening die dateert uit 2002 (hierna: de Basisverordening).² Deze verordening is een uitwerking van het GVB zoals dat in 1983 voor het eerst is ingezet.³ Sindsdien is het GVB tweemaal herzien⁴ en inmiddels is het uitgegroeid tot een samenhangend communautair beleid dat uit vier beleidsonderdelen bestaat waarmee een geheel van coherente maatregelen is beoogd. Ten eerste is er structuurbeleid ontwikkeld dat gericht is op het beheersen van de vlootcapaciteit en het verbeteren van de infrastructuur. Zo dient ieder communautair vissersvaartuig in dit kader over een visvergunning te beschikken. Ten tweede onderscheidt men het marktbeleid waarmee beoogd wordt de visserijmarkt te stabiliseren. Het externe beleid is een derde beleids-onderdeel van het GVB en is gericht op het maken van afspraken met niet EU-lidstaten over de visserij-inspanning van EU-vlaggenschepen. Het vierde en wellicht het belangrijkste beleidsonderdeel is het instandhoudingsbeleid. Dit heeft als voornaamste doel het beschermen en instandhouden van levende aquatische bronnen waaronder de visbestanden. Het is dit laatste onderdeel – en in het bijzonder de instandhouding van de visbestanden – dat centraal staat in deze casestudy.

10.1.2 De casestudy GVB

Het instandhoudingsbeleid en het beheer van de visbestanden gaat uit van de premisse dat de vangstcapaciteit afgestemd moet zijn op de vangstmogelijkheden. De zee is immers een natuurlijke hulpbron die zich hernieuwt maar waarvan wij de hernieuwing niet onder controle hebben. Het belangrijkste middel dat daartoe wordt ingezet, is de jaarlijkse vaststelling (per visgebied en per vissoort) van de *Total Allowable Catches* (hierna: TAC's). TAC's worden in de vorm van quota onder de lidstaten verdeeld. De lidstaat is vrij in de toewijzingsmethode waarmee het de quota op nationaal niveau verdeelt en beheert. Teneinde voldoende draagvlak voor het quotabeleid te creëren bij de sector heeft Nederland, op de nodige controle- en sanctiemiddelen na, het beheer van de quota uitbesteed aan de sector zelf. Om deze reden is de wijze waarop Nederland de uit Brussel afkomstige controle- en handhavingsvoorschriften met betrekking tot het instandhoudingsbeleid, meer in het bijzonder het quotabeleid, in haar systeem implementeert een zeer interessant onderzoeksterrein. Het vormt dan ook met recht het onderwerp van deze casestudy.

2 Verordening (EG) nr. 2371/2002 van de Raad van 20 december 2002 inzake de instandhouding en de duurzame exploitatie van de visbestanden in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 2002, L 358/1) en laatstelijk gewijzigd in (*PbEG* 2004, L 240/1).

3 Verordening (EEG) nr. 170/83 van de Raad van 25 januari 1983 tot instelling van een communautaire regeling voor de instandhouding en het beheer van de visbestanden (*PbEG* 1983, L 024/1). Deze verordening was – met de ogen van nu gezien – erg kort (16 artikelen) en bevatte nauwelijks controle- of sanctievoorschriften.

4 In 1992 was dit neergelegd in Verordening (EEG) nr. 3760/92 (*PbEG* 1992, L 389/1).

10.2 HET EUROPESE QUOTABELEID

10.2.1 Algemeen

In het kader van het instandhoudingsbeleid zijn verschillende maatregelen getroffen. Deels golden die reeds vóór 1983 – zo legde de Basisverordening 1983 het TAC-stelsel vast – maar deels zijn die ingezet in 2002 bij het van kracht worden van de huidige Basisverordening. Naast het TAC-stelsel en specifiek voor speciale vissoorten en gebieden geldende herstelplannen, zijn eveneens andere maatregelen van kracht waarmee inhoud gegeven wordt aan het instandhoudingsbeleid dat per vissoort kan verschillen. Zo zijn er maatregelen die het aantal dagen waarop gevestigd mag worden limiteren (zeedagenregeling) en tal van technische maatregelen zoals minimummaaswijdten, minimummaten voor de aanvoer van vis en grenzen voor de bijvangst.

De belangrijkste materiële normen die voor deze casestudy relevant zijn, zijn neergelegd in de Basisverordening en de jaarlijkse TAC-verordeningen. Daarover het volgende.

10.2.2 Materiële normen op hoofdlijnen

Om enigszins begrip te hebben van de materie zal onderstaand kort en op hoofdlijnen ingegaan worden op het vaststellen en verdelen van TAC's en quota.

Het jaarlijks vaststellen van TAC's is één van de belangrijkste instandhoudingsmaatregelen die het GVB kent en is volledig gecommunautariseerd. De basis hiervoor is gelegd in artikel 20 van de Basisverordening. Daarin is bepaald dat de Raad op voorstel van de Commissie beslist over vangstbeperkingen,⁵ beperkingen van de visserij-inspanning⁶ en de verdeling van de vangstmogelijkheden⁷ over de lidstaten alsmede over de daarbij behorende voorwaarden. De TAC's worden ieder jaar in december vastgesteld: recent is dit nog gebeurd bij Verordening (EG) nr. 2015/2006 (diepzeevissen), Verordening (EG) nr. 1941/

5 In artikel 3, onder m, van Verordening (EG) nr. 2371/2002 (*PbEG* 2002, L 358/59) wordt het begrip *vangstbeperking* omschreven: een kwantitatieve beperking van de hoeveelheden van een bestand of groep bestanden die in een bepaalde periode worden aangeland, tenzij in het Gemeenschapsrecht anders is bepaald.

6 Onder *visserij-inspanning* wordt ingevolge artikel 3, sub h, van Verordening (EG) nr. 2371/2002 (*PbEG* 2002, L 358/59) verstaan: het product van de capaciteit en de activiteit van een vissersvaartuig hetgeen voor een groep vaartuigen neerkomt op de som van de visserij-inspanningen van alle vaartuigen in de groep.

7 Ex artikel 3, sub q, van Verordening (EG) nr. 2371/2002 (*PbEG* 2002, L 358/59) is een *vangstmogelijkheid* een gekwalificeerd legaal recht om te vissen in termen van vangsten en/of visserij-inspanning.

2006 (Oostzee) en Verordening (EG) nr. 41/2007 (vaststelling vangstmogelijkheid voor 2007) (hierna: 'TAC-verordeningen').

De vaststelling van de TAC's verloopt volgens een vast tijdpad. De jaarlijks in oktober verschijnende ICES-adviezen over de algehele visstand⁸ vormen het uitgangspunt voor de vaststelling van de TAC's en de onderhandelingen met derdelanden, zoals Noorwegen, over de hoeveelheid te vangen vis uit de 'externe' bestanden. Sinds kort (2006) gaat aan deze adviezen een beleidsverklaring van de Commissie vooraf⁹ die bedoeld is als discussiestuk voor belanghebbenden en lidstaten over de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de voorstellen van de Commissie. In de Visserijraad van oktober wordt vervolgens de inzet van alle onderhandelingen besproken. In november koppelt de Commissie de uitkomsten van de onderhandelingen (ook van die met derdelanden) terug naar de lidstaten zodat de lidstaten daarop kunnen reageren. Tot slot wordt het officiële Commissievoorstel waarin de interne en externe visbestanden zijn vastgelegd, behandeld in de Visserijraad van december en worden de TAC's vastgesteld. De aldus vastgestelde TAC's zijn onderverdeeld in nationale quota volgens een ingewikkelde verdeelsleutel, waarbij historische vangsten en een garantiepercentage van de TAC voor een bepaald bestand voor iedere lidstaat, bepalend zijn. Onderlinge uitwisseling van nationale quota is mogelijk. Aan het jaarlijks vaststellen van de TAC's kleven volgens Nederland enkele nadelen. Zo is dit niet bevorderlijk voor het ontwikkelen van een (middel)lange termijnbeleid. Dit geldt zowel voor de visserijsector en het bedrijfsleven als voor de beleidsmakers die zich bezig houden met de instandhouding van de visbestanden. In 2000 is er al een voorstel geweest dat voorstelde te komen tot meerjarige TAC's.

Zoals gezegd, zijn lidstaten vrij in de wijze waarop zij de aan hen toegekende quota toewijzen aan vaartuigen die hun vlag voeren (artikel 20 lid 3 Basisverordening). Van de gekozen toewijzingsmethode dient de lidstaat de Commissie in kennis te stellen. Ook het onderling ruilen van (delen van) aan lidstaten toegewezen vangstmogelijkheden is toegestaan tussen de lidstaten (artikel 20 lid 5 Basisverordening). Ook daarover dient men de Commissie in te lichten.

⁸ ICES: International Council for the Exploration of the Sea (zie: www.ices.dk).

⁹ In 2006 kwam de Commissie voor het eerst met een dergelijke verklaring (IP/06/1198). In 2007 (7 juni 2007) gebeurde dit opnieuw en keurde de Commissie haar beleidsverklaring voor 2008 goed (IP/07/773): o.m. Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: 'Toepassing van het voorzorgsbeginsel en meerjarige regelingen voor vaststelling van de TAC's', COM(2000)803. Lidstaten en belanghebbenden hadden tot eind juli de tijd om hun zienswijze hierop te geven.

10.2.3 Controlevoorschriften

Controlevoorschriften zijn voor wat betreft het quotabeleid voornamelijk neergelegd in de Basisverordening, de Controleverordening¹⁰ en de jaarlijkse uitvoeringsverordeningen op het gebied van beperking van de vangstmogelijkheden. Voorts zijn er verordeningen die technische maatregelen ter bescherming van jonge vis en ter beperking van bijvangsten bevatten.¹¹ Deze laatste komen slechts zijdelings aan de orde. Over dit samenspel van controlevoorschriften het volgende.

Met de inwerkingtreding van de Basisverordening in 2002 is op het gebied van controlevoorschriften een enigszins hybride en onduidelijk systeem ontstaan. De Controleverordening is ouder dan de Basisverordening en geldt onverkort naast de Basisverordening. De Controleverordening bevat zowel algemene (Titel I) als specifieke controlevoorschriften voor de visserij-inspanning (waaronder Titel II en IV). De Basisverordening voorziet daarentegen (in Hoofdstuk V) in een *communautaire* controle- en handhavingssysteem dat in de plaats moet treden van de Controleverordening hetgeen tot op heden nog niet is gebeurd.

10.2.3.1 De Controleverordening

De Controleverordening dateert uit 1993 en werd indertijd gezien als een geïntegreerde controleregeling voor alle onderdelen van het GVB en alle betrokkenen in de visserijsector. Na een wijziging ervan in 1995 gold de Controleverordening ook specifiek voor de visserij-activiteiten waarvoor beperkingen golden op de visserij-inspanning. In de Controleverordening is gaandeweg steeds meer gewicht aan handhaving toegekend. In het algemeen vereist de Controleverordening dat de lidstaten *passende maatregelen* treffen teneinde de doeltreffendheid van het GVB te waarborgen. De lidstaat dient zijn inspectiediensten in de eerste plaats *voldoende middelen* ter beschikking te stellen. Ook omschrijft de Controleverordening (artikel 2) *wat* moet worden gecontroleerd: 'alle activiteiten op visserijgebied en met name de visvangst, de activiteiten

10 Verordening (EEG) nr. 2847/93 van de Raad van 12 oktober 1993 tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 1993, L 261/1) nadien meermalen gewijzigd waaronder bij verordening (EG) nr. 2846/98 (*PbEG* 1998, L 358/5). Verordening (EG) nr. 2846/98 is het wetsgedeelte van het tweeluik, het andere gedeelte is het actieplan van de Commissie 'Naar een betere toepassing van het GVB' (SEC(98)949 van 3.6.1998). De verordening belast de lidstaten met de controle op de toepassing van het gemeenschappelijk visserijbeleid. De Commissie ziet erop toe dat de lidstaten op billijke wijze controle uitoefenen en onregelmatigheden bestraffen. De verordening heeft ten doel de maatregelen voor de instandhouding van de hulpbronnen te doen naleven en de nodige gegevens te verzamelen om de quota voor het volgende jaar vast te stellen.

11 Zoals verordening (EG) nr. 850/98 van de Raad van de Europese Unie van 30 maart 1998 voor instandhouding van de visbestanden via technische maatregelen voor de bescherming van jonge exemplaren van mariene organismen (*PbEG* 1998, L 125/1).

die verband houden met het overladen, de aanvoer, de verkoop, het vervoer en de opslag van visserijproducten en het noteren van de aanvoer en de verkoop' wanneer die activiteiten op zijn grondgebied en in de onder zijn soevereiniteit of jurisdictie vallende maritieme wateren plaats hebben. Een iets lichter regime geldt voor vaartuigen die onder zijn vlag varen maar die niet in communautaire wateren vissen. Het gebruik van controletechnieken, zoals het satellietvolgsysteem (VMS), werd ook gaandeweg verder ontwikkeld¹² en is uiteindelijk dwingend¹³ voorgeschreven in artikel 3 van de Controleverordening.¹⁴ Op grond van hetzelfde artikel dient de lidstaat te beschikken over een visserijcontrolecentrum.¹⁵ De Controleverordening (artikel 4) laat de lidstaat vrij in de keuze van zijn controlestelsel. Daarop wordt in paragraaf 10.3 van deze casestudy ingegaan. Voorts bevat de Controleverordening enkele specifieke bepalingen op het gebied van de controle op vangsten die zijn gericht tot de kapiteins van vissersvaartuigen en de visafslagen, zoals de verplichting een logboek bij te houden, elektronische aanvoer- en aanlandingsaangiften te doen en verkoopdocumenten te overleggen (artikelen 6, 7, 8, 9 en 10). De inspectiediensten van de lidstaat dienen te controleren of deze registraties plaatsvinden en dienen de geregistreerde gegevens te controleren. Ook meldings- c.q. informatieplichten van de lidstaat aan de Commissie zijn in de Controleverordening opgenomen (artikelen 15 en 18).

De Controleverordening is op het gebied van samenwerking tussen inspecteurs en de Commissie zowel in 1998 als in 2005 aanzienlijk gewijzigd door toevoeging van artikel 34 tot en met 34ter, respectievelijk artikel 34quater.¹⁶

12 Met het systeem wordt de plaats bepaald waar de vissersvaartuigen (die de vlag van de lidstaat voeren) actief zijn. Vissersvaartuigen moeten aan de lidstaten melden welke activiteiten zij uitvoeren en moeten hun positie iedere paar uur opgeven. Het VMS-systeem geldt voor alle vissersvaartuigen met een lengte over alles van meer dan 24 m of van meer dan 20 m tussen de loodlijnen. Het gebruik van het VMS-systeem is ook met derdelanden afgesproken. Ook binnen de kaders van regionale internationale visserijorganisaties zoals NAFO en NEAFC wordt inmiddels met dit systeem gewerkt.

13 Bij hoge uitzondering kan een alternatief systeem worden toegestaan. Het dient echter wel even efficiënt te zijn en mag pas na toestemming daartoe van de Commissie gebruikt worden. (artikel 3 Controleverordening).

14 Het VMS-systeem is het kader van controle een cruciaal systeem en vervult ook in TAC-verordeningen een grote rol. Zo bepaalt artikel 2.2.2 van de Kabeljauwverordening dat de lidstaten aan de hand van VMS-gegevens nagaan of de door het visserijcontrolecentrum (VCC) ontvangen informatie overeenstemt met de in het logboek geregistreerde gegevens. (Verordening (EG) nr. 1941/2006 van de Raad van 11 december 2006 tot vaststelling, voor 2007, van de vangstmogelijkheden voor sommige visbestanden en groepen visbestanden welke in de Oostzee van toepassing zijn, en tot vaststelling van de bij de visserij in acht te nemen voorschriften (*PbEG* 2006, L 367/1)).

15 In Nederland is dit het AID-controlecentrum te Kerkrade.

16 Verordening (EG) nr. 2846/98 van de Raad van 17 december 1998 houdende wijziging van verordening (EG) nr. 2847/93 tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 1993, L 358/5) en verordening (EG) nr. 768/2005 tot oprichting van een Communautair bureau voor visserijcontrole en houdende wijziging van verordening

Met name artikel 34quater bevat de mogelijkheid om gemeenschappelijke inspectieprogramma's op te stellen en uit te voeren. Daarop wordt elders in deze casestudy nog uitgebreider ingegaan. Met artikel 34 werden wederzijdse verzoeken om bijstand en informatie-uitwisseling tussen inspecties van verschillende lidstaten vereenvoudigd. Ook op deze punten wordt later dieper ingegaan.

10.2.3.2 Lijst van ernstige inbreuken

In 1999 kwam een uitvoeringsverordening tot stand met een lijst van ernstige GVB-inbreuken.¹⁷ De basis voor deze lijst was gelegd in het in 1998 in de Controleverordening ingevoerde lid 2bis van artikel 32. Het betreft hier inbreuken waarvan duidelijk is dat deze schendingen van belangrijke GVB-verplichtingen opleveren zoals het aan boord hebben van verboden vistuig en het aan boord houden van verboden soorten. De in de lijst genoemde overtredingen zijn niet gerangschikt naar ernst van de overtreding. Evenmin is opgenomen of deze overtredingen strafrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk moeten worden gehandhaafd. De lidstaten worden geacht *proportionele, efficiënte en afschrikkende* sancties op te leggen. Wat hieronder moet worden verstaan, komt later in deze casestudy aan de orde (bij de bespreking van de sanctievoorschriften). De verordening schrijft voorts voor dat nationale overheden jaarlijks moeten rapporteren welke maatregelen zij nemen wanneer een in de verordening genoemde overtreding is geconstateerd.¹⁸ Met de rapportages wordt geen uniformering van sancties beoogd. Wel verhoogt dit de transparantie waardoor het vertrouwen van de vissers in de toezichthoudende autoriteiten wordt vergroot en waardoor een vergelijking van de efficiency van de nationale regelingen mogelijk is. Dit is ook wat er gebeurt: de Commissie brengt verslag uit over de door de lidstaten aldus verstrekte informatie en doet aanbevelingen.¹⁹ Later in deze casestudy zal hierbij uitgebreider worden stilgestaan.

(EEG) nr. 2847/93 tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 2005, L 128/1).

17 Verordening (EG) nr. 1447/1999 van de Raad van 24 juni 1999 tot vaststelling van een lijst van gedragingen die een ernstige inbreuk vormen op de voorschriften van het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 1999, L 167/5).

18 Zie hiervoor o.m. Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: 'Verslagen van de lidstaten over in 2003 geconstateerde gedragingen die een ernstige inbreuk vormen op de voorschriften van het gemeenschappelijk visserijbeleid', Brussel 30 mei 2005 (COM(2005)207def.)

19 Zie bijvoorbeeld: COM(2003)782 de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: 'Verslagen van de lidstaten over in 2002 geconstateerde gedragingen die een ernstige inbreuk vormen op de voorschriften van het gemeenschappelijk visserijbeleid'.

10.2.3.3 De Basisverordening

Zoals gezegd, staat de Basisverordening naast de Controleverordening en is die nog niet in de plaats daarvan getreden terwijl de Basisverordening de maatregelen voor handhaving (daaronder begrepen controle en sanctionering) van het GVB ten opzichte van de Basisverordening uit 1992 wel heeft aangescherpt. Het uitgangspunt van de Basisverordening is dat de lidstaten verantwoordelijk zijn voor de controle en de sanctionering van overtredingen van GVB-voorschriften. Zo bepaalt artikel 23 dat de lidstaten voor een 'doeltreffende controle, inspectie en handhaving' van het GVB dienen te zorgen. Daartoe nemen de lidstaten op grond van artikel 24 Basisverordening de nodige inspectie- en handhavingsmaatregelen die *doeltreffend, afschrikkend en evenredig* moeten zijn. De hiervoor genoemde verscherping bestaat o.m. uit het voorschrijven van steekproefcontroles en van inspecties van vissersvaartuigen, van de gebouwen en terreinen van bedrijven en andere partijen die met het GVB verband houdende activiteiten ontplooiën. Ook visuele waarnemingen, vervolgacties bij inbreuken maar ook preventieve maatregelen worden voorgeschreven. Hierop wordt nog teruggekomen bij de bespreking van de sanctionering. Eén van de speerpunten op het gebied van controle is de zogenaamde communautaire gemeenschappelijke inspectiestructuur (hierna: GIS). Artikel 28 Basisverordening legt de lidstaten de verplichting op bij hun controles samen te werken en elkaar de bijstand te verlenen die voor een goede handhaving van het GVB noodzakelijk is. Ten behoeve van controle en inspectie van grensoverschrijdende visserijactiviteiten moeten lidstaten hun acties coördineren. Daartoe kunnen lidstaten inspecteurs uitwisselen. De lidstaten mogen voorts in alle communautaire wateren buiten de wateren die onder hun soevereiniteit ten aanzien van vissersvaartuigen vallen inspecties uitvoeren volgens de regels van het GVB mits daarvoor toestemming is verkregen van de betrokken kustlidstaat, dan wel in het geval er een specifiek toezichtsprogramma is aangenomen overeenkomstig artikel 34quater Controleverordening. De lidstaten mogen in internationale wateren ook communautaire vissersvaartuigen inspecteren die de vlag van een andere lidstaat voeren. Te allen tijde kunnen lidstaten elkaar machtigen inspecties uit te voeren volgens de regels van het GVB.

De GIS is door de Commissie na de totstandkoming van de Basisverordening in verschillende mededelingen en verslagen verder ontwikkeld²⁰ en dat heeft geleid tot de oprichting in 2005 van het Communautair Bureau voor

20 O.a. Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: 'Naleving van de regels van het gemeenschappelijk visserijbeleid, Werkprogramma en scorebord' (2003) (COM(2003)344); Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement – Verslagen van de lidstaten over in 2002 geconstateerde gedragingen die een ernstige inbreuk vormen op de voorschriften van het gemeenschappelijk visserijbeleid (COM(2003)782); Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de verbetering van de economische situatie in de visserijsector (2006) (COM(2006)103).

Visserijcontrole (hierna: CBVC).²¹ Het CBVC is een agentschap dat tot taak heeft de coördinatie en samenwerking op het gebied van handhaving tussen de lidstaten te faciliteren. In concreto betekent dit o.m. dat lidstaten inspecteurs en controlemiddelen toewijzen aan de GIS.²² Op die manier zijn er in de praktijk drie soorten inspecteurs betrokken bij de handhaving van het GVB: de Commissie-inspecteurs, de communautaire inspecteurs en de nationale inspecteurs.

De communautaire inspecteurs zijn bevoegd om controles in de zin van artikel 28, lid 4, van de Basisverordening te verrichten. In artikel 8 Verordening (EG) nr. 1042/2006²³ staat beschreven over welke bevoegdheden de communautaire inspecteur beschikt: dezelfde bevoegdheden als de visserijinspecteurs van de lidstaat waar de inspectie plaats vindt, met name toegang tot alle ruimten aan boord van communautaire vissersvaartuigen en alle andere vaartuigen die activiteiten uitvoeren in het kader van het GVB. Zij beschikken niet over politie- en handhavingsbevoegdheden buiten het grondgebied of buiten de communautaire wateren die onder de soevereiniteit en jurisdictie vallen van hun lidstaat van oorsprong.

De Basisverordening heeft de Commissie-inspecteur in het kader van het tweedelijnstoezicht vergaande bevoegdheden toegekend ten opzichte van de lidstaten. Zo zijn deze inspecteurs op grond van artikel 27 eerste lid Basisverordening bevoegd tot het uit eigen beweging uitvoeren van inspecties *zonder* dat hiervoor de medewerking is vereist van de inspecteurs van de betrokken lidstaat. De Commissie-inspecteurs kunnen daartoe inspecties uitvoeren op vissersvaartuigen en in de gebouwen en op de terreinen van bedrijven en andere betrokkenen. Dat kunnen zij alleen op de vaartuigen en de plaatsen van eerste aanlanding of verkoop en alleen in de gebieden waarvoor een controleprogramma geldt in de zin van artikel 34quater Controleverordening.

Nationale inspecteurs kunnen op grond van artikel 1 Verordening (EG) nr. 1042/2006 ook in wateren controleren die onder de jurisdictie van een andere lidstaat vallen in gevallen waarin het vaartuig de vlag voert van de inspecterende lidstaat. In dat geval moet de inspecteur wel melding maken van het voornemen om het vaartuig te inspecteren. Ook een vaartuig dat niet de vlag voert van de inspecterende lidstaat kan door een andere lidstaat

21 Verordening (EG) nr. 768/2005 van de Raad van 26 april 2005 tot oprichting van een Communautair Bureau voor visserijcontrole en houdende wijziging van verordening (EEG) nr. 2847/93 tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 2005, L 128/1).

22 Deze toewijzingen hebben geleid tot Beschikking van de Commissie van 9 januari 2007 waarin per lidstaat is aangegeven welke inspecteurs en middelen beschikbaar zijn gesteld. Voor Nederland is dat o.m. de Barend Biesheuvel en een 25-tal met naam genoemde inspecteurs (*PbEG* 2007, L 76/22).

23 Verordening van de Commissie van 7 juli 2006 houdende vaststelling van bepalingen ter uitvoering van artikel 28, leden 3 en 4, van verordening (EG) nr. 2371/2002 van de Raad inzake de instandhouding en de duurzame exploitatie van de visbestanden in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid (*PbEG* 2006, L 187/14).

worden gecontroleerd op grond van artikel 2 Verordening (EG) nr. 1042/2006. In dat verband vraagt de inspecterende lidstaat om toestemming daartoe van de betrokken kuststaat. De kustlidstaat dient binnen 24 uur al dan niet toestemming te verlenen. De voorwaarden waaronder deze inspecties door de lidstaat mogen worden uitgevoerd, moeten in een controle- of inspectieprogramma zijn vastgelegd.

De inspectieverslagen die van elk van voornoemde inspecteurs afkomstig zijn, vormen in alle lidstaten toelaatbaar bewijsmateriaal bij administratieve of gerechtelijke procedures zo bepaalt artikel 28 lid 5 Basisverordening.

Onlangs (juli 2007) is ter bescherming van de kabeljauwbestanden het *eerste Joint Deployment Plan* (hierna: 'JDP') vanuit het CBVC ontwikkeld.²⁴ Dit is een controleprogramma waarin de communautaire inspecteurs participeren in de zin van artikel 34quater Controleverordening. Voor 2008 staan twee andere JDP's op de agenda.

10.2.3.4 De TAC-verordeningen

Zoals gezegd, kunnen de TAC-verordeningen eveneens controlevoorschriften bevatten. Zo bevat Verordening (EG) nr. 41/2007 in Hoofdstuk VII (artikel 41) de bepaling dat elke lidstaat de nodige maatregelen dient te nemen om ervoor te zorgen dat de visserij-inspanning van zijn vaartuigen niet uitkomt boven de vangstmogelijkheden waartoe de lidstaat gerechtigd is in het NAFO (*North-west Atlantic Fisheries Organization*)-gebied.²⁵

10.2.3.5 Technische maatregelen

Tot slot wordt nog gewezen op uitvoeringsverordeningen die wat controlevoorschriften betreft zuiver *technische* maatregelen bevatten, zoals Verordening (EG) nr. 1966/2006²⁶ waarin de geleidelijke communautaire invoer wordt voorgestaan van een specifiek teledetectiesysteem. Afhankelijk van het te behalen kostenvoordeel ten opzichte van traditionele controlemiddelen zoals bijvoorbeeld patrouillevaartuigen, dienen lidstaten te zijner tijd hun controlecentra uit te rusten met de noodzakelijke technische middelen om teledetectie mogelijk te maken. Dit ter illustratie dat via het voorschrijven van technische middelen

24 Press release 13 July 2007 Community Fisheries Control Agency, Brussel: CBVC 2007, < http://ec.europa.eu/cfca/press_releases/pressrelease_130707_en.htm >.

25 Verordening van de Raad van 21 december 2006 tot vaststelling, voor 2007, van de vangstmogelijkheden, voor sommige visbestanden en groepen visbestanden welke in de wateren van de Gemeenschap en, voor vaartuigen van de Gemeenschap, in andere wateren met vangstbeperkingen van toepassing zijn (*PbEG* 2007, L 15/1).

26 Verordening van de Raad betreffende de elektronische registratie en melding van visserijactiviteiten en een systeem voor teledetectie (*PbEG* 2006, L 409/1).

uniformering van controle (en langs die weg wellicht ook van sanctionering) wordt bewerkstelligd.

10.2.3.6 Toekomst

Recent (april 2007) is het eerste evaluatieverslag verschenen over de naleving van het huidige GVB.²⁷ Het verslag betreft de periode 2003-2005, de beginperiode van het huidige GVB. De Commissie concludeerde dat de naleving van de TAC's en quota één van de grootste problemen van het GVB blijft. De Commissie formuleert dan ook een aantal actiepunten voor de korte termijn. Zo wil de Commissie het gebruik van de bestaande controlemiddelen waaronder het VMS stimuleren. Ook het systematisch benaderen van de training van inspecteurs, het verbeteren van de samenwerking en de coördinatie tussen en binnen de lidstaten behoren tot de actiepunten. De Commissie is daarbij ook ontevreden over de afschrikkende werking van sancties en stelt voor de sanctiestelsels beter af te stemmen op de aard en de ernst van GVB-overtredingen. Tot slot is volgens de Commissie het op korte termijn invoeren van nieuwe technologieën waaronder het elektronisch logboek aangewezen, zodat de voor de inspectiediensten beschikbare informatie verbeterd kan worden. In zoverre kan men zeggen dat sprake is van een centraliserende tendens vanuit de Commissie.

10.2.4 Sanctioneringsvoorschriften

Naast controlevoorschriften zijn in de Basisverordening, de Controleverordening en de TAC-verordeningen sanctievoorschriften in hoofdlijnen opgenomen.

10.2.4.1 De Controleverordening en de Basisverordening

Beide verordeningen bevatten in hoge mate dezelfde sanctioneringsvoorschriften. In geval van een geconstateerde schending van GVB-voorschriften bepaalt de Controleverordening (in artikel 31 lid 1) en de Basisverordening (in artikel 25) dat *passende* maatregelen moeten worden genomen. De lidstaten zijn verplicht procedures in te leiden die ervoor zorgen dat het economisch voordeel van de verantwoordelijke personen wordt tenietgedaan²⁸ of leiden tot resultaten die in verhouding staan tot de ernst van de overtreding, zodat verdere overtredingen effectief worden ontraden. Onder passende maatregelen

27 Verslag van de Commissie aan de Raad van 10 april 2007 over het toezicht op de uitvoering van het gemeenschappelijk visserijbeleid 2003-2005 (COM(2007)167).

28 In dit verband bevat de Basisverordening een kleine maar significante aanscherping: waar de Controleverordening spreekt over 'wordt tenietgedaan' is in de Basisverordening opgenomen dat de verantwoordelijken het economisch voordeel 'daadwerkelijk' verliezen.

worden in beide verordeningen begrepen de inleiding, overeenkomstig de nationale wetgeving, van een administratieve of strafrechtelijke actie tegen de verantwoordelijke natuurlijke of rechtspersonen. Ook de sancties die hieruit kunnen voortvloeien, zijn in beide verordeningen identiek: boetes, inbeslagname van verboden vistuig en verboden vangsten, conservatoir beslag op het vaartuig, tijdelijke stillegging van het vaartuig, schorsing van de vergunning en intrekking van de vergunning. De verordeningen laten de lidstaten derhalve de keuze tussen strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving. Bovendien zijn ook andere dan de genoemde sancties mogelijk. De lidstaat behoudt op dit punt derhalve zijn keuzevrijheid. Een kleine divergentie tussen beide verordeningen doet zich in dit verband voor. Op grond van de Controleverordening kunnen voornoemde geëxpliciteerde 'passende' maatregelen worden opgelegd bij de zogenaamde ernstige inbreuken. De uitvoeringsverordening waarin de ernstige inbreuken zijn genoemd, spreekt zelf alleen over *proportionele, efficiënte en afschrikkende* sancties. De Basisverordening maakt dit onderscheid niet met als gevolg dat voor iedere GVB-inbreuk deze passende maatregelen gelden. Met betrekking tot de sancties die bij ernstige inbreuken moeten worden opgelegd, gaat de Basisverordening een stap verder. Artikel 25 lid 4 bepaalt dat de Raad een lijst van *maatregelen* zal opstellen die door de lidstaten moeten worden toegepast wanneer een ernstige inbreuk in de zin van Verordening (EG) nr. 1447/1999 is geconstateerd. Deze lijst met inbreuken doet volgens datzelfde artikel 'geen afbreuk aan de keuze van de lidstaten om die maatregelen, overeenkomstig hun nationale wetgeving, uit te voeren door middel van administratieve maatregelen of strafvervolging'. De hier genoemde lijst is tot op heden echter nog niet opgesteld. Wel is deze lijst in de evaluatieverslagen van de Commissie regelmatig genoemd en blijkt uit evaluatieverslagen dat de hoogte van de opgelegde boetes per lidstaat verschilt.²⁹ Bovendien staat de hoogte ervan lang niet altijd in verhouding tot het behaalde economische voordeel waardoor de boete geen afschrikkende werking heeft. Ook blijkt daaruit dat visvergunningen lang niet altijd worden ingetrokken. Op deze punten wordt later in deze casestudy dieper ingegaan. Bovendien wordt daarbij aandacht besteed aan een recent voorstel van de Commissie om alsnog tot harmonisering van de op te leggen sancties over te gaan.³⁰

10.2.4.2 De TAC-verordeningen

Ook de TAC-verordeningen kennen sanctievoorschriften. Zo omschrijft Verordening 41/2007 in Deel 7 de vervolgacties bij geconstateerde inbreuken. Deze

29 Zie bijvoorbeeld COM(2003)782 en COM(2005)107.

30 Mededeling van Commissie van 17 oktober 2007, 'On a new strategy for the Community to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing' (COM(2007) 601prov.)

verordening schrijft voor dat de door de lidstaten te nemen stappen tot 'voldoende strenge en afdwingbare maatregelen leiden, de plegers van de feiten het economisch voordeel van de inbreuk ontnemen en een voldoende ontra dend effect hebben.' (artikel 44 lid 3). Bij door de verordening omschreven 'zware' inbreuken zijn strengere maatregelen geboden. Gelet op de aard van de inbreuk en op de toepasselijke nationale wettelijke bepalingen omvatten deze maatregelen geldboeten, inbeslagneming van verboden vistuig en verboden vangsten, conservatoir beslag op het vaartuig, schorsing of intrekking van de visvergunning en korting of intrekking van de vangstquota.

10.2.5 Transnationale netwerken

Op het niveau van visserijbeleid functioneren verschillende transnationale netwerken.³¹ In internationaal verband bestaan verscheidene regionale intergouvernementele visserijorganisaties (hierna: RVO's), waaronder de NAFO, de NEAFC en de SEAFO.³² De EG is lid van deze organisaties. Ook binnen deze organisaties fungeren TAC's, controle-, en technische maatregelen. Zo bestaat in NAFO-verband ook een lijst met ernstige inbreuken. De NAFO *Conservation and Enforcement Measures* worden jaarlijks bijgesteld. Deze maatregelen zijn voor een deel geïmplementeerd in de TAC-verordening 41/2007: hierin zijn dan naast de lijst met ernstige inbreuken (artikel 46) ook diverse handhavingsmaatregelen (artikel 47) opgenomen.

Hiervoor is al gewezen op het CBVC dat sinds januari 2007 operationeel is.³³ Het CBVC is een regelgevend Europees agentschap met zuiver bijstandverlenende bevoegdheden. Het CBVC bezit rechtspersoonlijkheid en beschikt over een raad van bestuur en een uitvoerend directeur. In de raad van bestuur zetelen vertegenwoordigers van de lidstaten, de Commissie en vertegenwoordigers van de visserijsector. De raad van bestuur heeft als voornaamste taak het vaststellen van het werkprogramma van het CBVC en is niet betrokken bij de dagelijkse leiding van het CBVC. Die is in handen van de uitvoerend directeur, momenteel de Nederlander H. Koster. Het CBVC heeft o.m. tot taak om op basis van gemeenschappelijke inzetplannen de operationele samenwerking tussen de lidstaten te coördineren. In deze gezamenlijke inzetplannen zijn de beschikbare controle- en inspectiemiddelen van de lidstaten georganiseerd. De inspecties moeten plaatsvinden op grond van gemeenschappelijke criteria, prioriteiten, *benchmarks* en procedures. Zoals gezegd, is recent het eerste JDP in werking

31 Visserijorganisatie voor het noordwestelijk deel van de Atlantische Oceaan.

32 De Visserijorganisatie voor het noordwestelijk deel van de Atlantische Oceaan (NAFO), de Visserijcommissie voor het noordoostelijk deel van de Atlantische Oceaan (NEAFC) en de Organisatie voor visserij in het zuidoostelijk deel van de Atlantische Oceaan (SEAFO).

33 Zie voor de website van het CBVC: < http://ec.europa.eu/cfca/index_en.htm >.

getreden.³⁴ Op grond daarvan werken inspecteurs uit Nederland en zes andere lidstaten samen in één inspectie- en controleprogramma. Over de resultaten daarvan zijn op het moment van afronding van deze casestudy geen gegevens bekend.

10.3 JURIDISCHE EN BELEIDSMATIGE IMPLEMENTATIE IN NEDERLAND

10.3.1 Materiële normstelling

10.3.1.1 Algemeen

Vooropgesteld zij dat het GVB een exclusieve bevoegdheid is van de EG; ten aanzien van controle, inspectie en handhaving is deels sprake van nationale competentie.

De Nederlandse houding ten opzichte van het GVB, met name het instandhoudingsbeleid, is over het algemeen positief. Nederland acht de totstandkoming van een economisch en ecologisch duurzame visserij in haar belang.³⁵ Daarbij is Nederland ook voorstander van de integratie van milieudoelstellingen in het visserijbeleid en acht Nederland een goed functionerend GVB, gebaseerd op gefundeerde wetenschappelijke adviezen, noodzakelijk voor een duurzame exploitatie van aquatische ecosystemen.³⁶ Verschillende malen, waaronder bij de totstandkoming van de nieuwe Basisverordening, komt men het volgende citaat tegen:³⁷

‘Nederland acht een op ecologische, sociale en economische duurzaamheid gericht, stabiel, effectief, handhaafbaar en door de visserijsector gedragen visserijbeleid noodzakelijk.’

Hierin zitten alle elementen vervat die voor Nederland van belang zijn en die telkens terugkeren wanneer Nederland Europees beleid of Europese regelgeving met betrekking tot het GVB (instandhoudingsbeleid) beoordeelt. Ook bij voor Nederland minder gunstige ontwikkelingen, zoals de structurele maatregelen met betrekking tot heek en kabeljauw, blijft het standpunt van

34 Community Fisheries Control Agency press release 13 juli 2007.

35 BNC-fiche naar aanleiding van het verschijnen van het document (COM(2001)135def.), *Kamerstukken II* 2000/01, 22 112, nr. 196, fiche nr. 6.

36 BNC-fiche naar aanleiding van het verschijnen van het document (COM(2003)625def.), *Kamerstukken II* 2003/04, 22 112, nr. 278, fiche nr. 2.

37 O.m. in BNC-fiche naar aanleiding van het verschijnen van het document COM(2002)181def. (de Roadmap), *Kamerstukken II* 2002/03, 22 112, nr. 241, fiche nr. 8 en in BNC-fiche naar aanleiding van het verschijnen van het document COM(2002)185def. (de nieuwe basisverordening: 2371/2002), *Kamerstukken II* 2002/2003, 22 112, nr. 241, fiche nr. 9.

de Nederlandse regering vooralsnog dat gezonde bestanden, zowel economisch als ecologisch, van het grootste (en dus: gewichtiger) belang zijn.³⁸

10.3.1.2 Nationaal beleid en regelgeving

Op het gebied van de zeevisserij is het Nederlandse beleid volledig ingekaderd door het GVB. Bij het nastreven van de doelen van het GVB – in dit onderzoek het handhaven van TAC's en quota – heeft elke lidstaat uitdrukkelijk een eigen verantwoordelijkheid. Het beleid voor visserij in de kustwateren en visserijzone (de 12-mijlszone) wordt ten dele bepaald door het GVB en is voor het overige nationaal beleid.

Beleid

Het Nederlandse visserijbeleid met betrekking tot het beheer van TAC's en quota is in feite ingezet met de Structuurnota zee- en kustvisserij 'Vissen naar evenwicht' uit 1993. De Structuurnota zee- en kustvisserij is in 2002 geëvalueerd.³⁹ In de evaluatie is geconcludeerd dat wijziging daarvan niet nodig was. Voor het huidige Nederlands instandhoudingsbeleid is deze nota dan ook nog steeds van belang. Het uitgangspunt voor de Structuurnota was het GVB zoals dat indertijd met de Basisverordening 1992 was vastgesteld. In dat verband waren er voor Nederland twee belangrijke beleidspunten te regelen: de verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid en bedrijfsleven en het in balans brengen van visserij met natuur.⁴⁰ Voor dat eerste beleidspunt is gekozen voor het systeem van co-management. Volgens dit systeem zijn de verantwoordelijkheden zo verdeeld dat de sector medeverantwoordelijk is. Het co-management – ook wel Biesheuvelsysteem genaamd – is zowel ten aanzien van de zee- als ten aanzien van de kustvisserij ingevoerd. Met betrekking tot de technische verdeling van de quota in de zeevisserij zijn zogenaamde Biesheuvelgroepen opgericht waarbij de groep zelf verantwoordelijk is voor de interne afrekening. Het co-management heeft zijn beslag gevonden in de Nederlandse visserijregelgeving.

Het beleid voor visserij in de kustwateren en visserijzone (de 12-mijlszone) wordt gedeeltelijk door het GVB (en het Beneluxverdrag) en voor het overige door nationaal beleid bepaald. Regulering vindt enerzijds plaats door bepalingen omtrent lengte en motorvermogen van de schepen. Anderzijds geldt het bestaan van historische rechten als voorwaarde voor toegang tot de 12-mijls-

38 BNC-fiche naar aanleiding van het verschijnen van het document COM(2001)724def., *Kamerstukken II* 2001/02, 22 112, nr. 224, fiche nr. 2.

39 Evaluatie Structuurnota Zee- en Kustvisserij 'Vissen naar evenwicht', Rapport EC-LNV nr. 2002/175, Ede/Wageningen 2002, blz. 12.

40 Zie hiervoor ook *Handelingen II* 1992/93, Vaste Commissie voor Visserij, 22 april 1993, p. 21.

zone. Voor de kustvisserij op niet gequoteerde soorten geldt in beginsel een vergunningstelsel.⁴¹

De in Nederland vigerende regelgeving die relevant is, wordt onderstaand besproken.

Regelgeving

De Visserijwet 1963. De Nederlandse visserijregelgeving vindt zijn grondslag in de Visserijwet 1963. Met artikel 3a, eerste lid, van de Visserijwet 1963 is indertijd de wettelijke basis geschapen om in het belang van de visserij regels te stellen ter uitvoering van op grond van internationale overeenkomsten of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties opgelegde verplichtingen of verleende bevoegdheden. Ook voorschriften die de naleving van die verplichtingen tot doel hebben, kunnen bij die amvb's worden gesteld (artikel 3a lid 2 Visserijwet 1963). Op grond van artikel 4 (zeevisserij) en artikel 9 (kustvisserij) van de Visserijwet 1963 kunnen voorts bij of krachtens amvb maatregelen worden gesteld die strekken tot de instandhouding dan wel de uitbreiding van de visvoorraden in die wateren c.q. tot een beperking van de vangstcapaciteit.

Het Reglement zee- en kustvisserij 1977. Op grond van voornoemde artikelen van de Visserijwet is het Reglement zee- en kustvisserij 1977 (hierna: het Reglement) opgesteld.⁴² Wat betreft het instandhoudingsbeleid bieden artikelen 3 en 4 van het Reglement de mogelijkheid tot nadere regelgeving. Hieraan is – voor zover relevant – uitvoering gegeven in de Regeling vangstbeperking⁴³ en de Regeling contingentering zeevis.⁴⁴ Ook de Regeling eisen, administratie en registratie inzake uitoefening Visserij en de Regeling visvergunning zijn in dit verband van belang.⁴⁵ Eerstgenoemde regeling stelt eisen aan de administratie van verschillende schakels in de visserijketen. Op die wijze is het mogelijk door middel van controle van deze administraties de naleving van vangstbeperkende maatregelen te controleren.⁴⁶ De Regeling visvergunning bevat in artikel 3 onder meer de mogelijkheid de vergunning in te trekken of te schorsen indien in strijd is gehandeld met artikelen 2 tot en met 4 van de Regeling contingentering zeevis.

41 Zie hiervoor ook de Regeling visvergunning, *Stcrt.* 2003, 252.

42 Besluit van 25 november 1977, houdende bepalingen omtrent de uitoefening van de zee- en kustvisserij, *Stb.* 1977, 666.

43 *Stcrt.* 1993, 252, nadien meermaals gewijzigd, laatste wijziging *Stcrt.* 2007, 137.

44 *Stcrt.* 1996, 250, nadien meermaals gewijzigd, laatste wijziging *Stcrt.* 2007, 137.

45 Regeling eisen, administratie en registratie inzake uitoefening Visserij, *Stcrt.* 2006, 134 nadien meermaals gewijzigd, laatste wijziging *Stcrt.* 2007, 149 en de Regeling Visvergunning, *Stcrt.* 2004, 252, nadien meermaals gewijzigd, laatste wijziging *Stcrt.* 2007, 21.

46 Zie voor recente jurisprudentie: rb. Groningen 5 februari 2007, *LJN* AZ8232.

De Regeling vangstbeperking. In de Regeling vangstbeperking worden de jaarlijks voor Nederland geldende quota per vissoort per visgebied vastgelegd. De regeling bevat verbodsbepalingen met betrekking tot de in de bijlagen bij de Regeling genoemde vissoorten. Van deze verboden kan de minister van LNV vrijstelling verlenen (artikel 2 Regeling vangstbeperking); bijvoorbeeld aan de gezamenlijke Nederlandse vissers ten belope van de in één van de bijlagen omschreven hoeveelheid per vissoort, per deelgebied of sector en voor de periode vermeld in die bijlage (bijvoorbeeld het kalenderjaar 2007). Door intrekking van deze vrijstelling kan de minister de visserij op een bepaalde vissoort in een bepaald gebied en voor een in de regeling vervatte periode 'gesloten' verklaren. Door de intrekking ongedaan te maken, wordt die visserij vervolgens weer opengesteld. Dit is o.m. gebeurd bij de Intrekking sluiting vangst langoustines (*Stcrt.* 1999, 221), de Sluiting vangst makreel in bepaalde sectoren (*Stcrt.* 1999, 240) en de Sluiting haringvangst (*Stcrt.* 2003, 180). De minister kan deze vrijstellingen intrekken ex artikel 2 lid 3 Regeling vangstbeperking wanneer dat nodig is ter nakoming van communautaire verplichtingen. De bijlagen bij de Regeling vangstbeperking worden ieder jaar in overeenstemming gebracht met de Europese TAC- en quota-verordeningen.⁴⁷ Op deze wijze zijn de voor Nederland geldende quota in nationale regelgeving vastgelegd. De door de vissers gevangen hoeveelheden worden in mindering gebracht op het voor Nederland geldende quotum (artikel 2a Regeling vangstbeperking). De minister maakt vervolgens bekend wanneer het quotum voor een bepaalde vissoort wordt geacht te zijn opgevist (artikel 2 lid 4 Regeling vangstbeperking).

De Regeling contingentering zeevis. De Regeling contingentering zeevis kan gezien worden als een uitwerking van de Regeling vangstbeperking met dien verstande dat op grond daarvan de voor Nederland beschikbare quota verdeeld worden onder de individuele vissers. Zoals gezegd, laat artikel 20 lid 3 Basisverordening de lidstaat de ruimte om te kiezen op welke wijze het zijn quota nationaal verdeelt (toewijzingsmethode). Nederland heeft met de toewijzing aan individuele vissers een uniek regime binnen Europa: het co-management-systeem. Daarmee is het quotabeheer gedeeld tussen overheid en sector. Een Biesheuvelgroep werkt op hoofdlijnen als volgt. Bijna alle Nederlandse vissers zijn lid van een quotabeheergroep (hierna: Biesheuvelgroep). Elk jaar maakt die groep een visplan, waaruit blijkt hoe dat jaar invulling wordt gegeven aan de visserij-activiteiten. Quota kunnen onderling – zowel binnen een groep als tussen verschillende groepen – gehuurd worden. Op die wijze ontstaat een flexibel quotabeheersysteem. De groepen zijn zelf verantwoordelijk

47 Voor deze opzet is bewust gekozen: de elementen uit de regeling die ten gevolge van de jaarlijkse TAC-verordeningen wijzigen, zijn opgenomen in de bijlage bij de regeling. Dit impliceert dat ieder jaar alleen de bijlage maar hoeft te worden gewijzigd en niet de hele regeling.

voor de controle op de naleving van de afspraken en dus voor het binnen hun quota blijven. In 2005 is het Biesheuvelsysteem in opdracht van de minister van LNV door de Stuurgroep Nijpels geëvalueerd.⁴⁸ Eén van de conclusies was dat het systeem van co-management voldeed en uitgebreid zou moeten worden naar andere onderdelen van het GVB die tot dan toe zeer moeilijk handhaafbaar waren, zoals de controle op het motorvermogen en de verboden netvoorzieningen. Hierop wordt later in deze casestudy uitgebreider ingegaan.

Het Biesheuvelsysteem is gecodificeerd in de Regeling contingentering zeevis door de mogelijkheid te openen contingenten toe te kennen aan groepen. De regeling kent 'gewone' contingenten, groeps- en rederijcontingenten. Een gewoon contingent is een in kilogrammen uitgedrukte in het kalenderjaar in één vangstgebied te vangen hoeveelheid van een vissoort in levend gewicht, die per vissersvaartuig ten hoogste mag worden aangeland. Van een rederijcontingent is sprake wanneer het een visser met meerdere vissersvaartuigen is toegestaan zijn contingenten per vissersvaartuig samen te voegen tot één contingent. Een groepcontingent (per vissoort) ontstaat wanneer de contingenten van individuele vissers worden samengevoegd. De minister van LNV kent een groepscontingent toe na een verzoek daartoe van de Biesheuvelgroep. Een Biesheuvelgroep is een groep die voldoet aan de eisen van artikel 16 van de Regeling contingentering zeevis. De regeling stelt zowel voor rederijcontingenten als voor groepscontingenten nadere voorwaarden. Zo kent de regeling een kortingsregeling (artikelen 23-24) die inhoudt dat een visser wanneer het aan hem toegekende contingent van een bepaalde vissoort in het voorafgaand jaar is overschreden, in het daaropvolgende jaar bij zijn contingent gekort wordt ter hoogte van die overschrijding. Ook deze regeling werkt met jaarlijks te hernieuwen bijlagen. Over de praktijk van de korting wordt nader ingegaan in paragraaf 10.3.2.2. Vooralsnog kan worden volstaan met de opmerking dat wanneer Nederland haar quota overschrijdt en als lidstaat gekort wordt op haar quota, deze korting eenvoudigweg doorgegeven wordt aan de overschrijdende vissers zodat deze de gevolgen van de overschrijding ook ondervinden.

Overige regelingen. Vanuit communautair oogpunt wordt onderscheid gemaakt tussen vangstbeperkende maatregelen en technische maatregelen. De laatst genoemde maatregelen zien met name op het beschermen van jonge vis en het beperken van bijvangsten.⁴⁹ In Nederland heeft dat zijn beslag gekregen door naast voornoemde regelingen onder meer de Regeling technische maatregelen 2000⁵⁰ in te voeren. Deze komt in het kader van de bespreking van

48 *Rapport van de stuurgroep Nijpels in opdracht van de minister van LNV*, Rijswijk: LNV 2005, < www.minlnv.nl/cdlpub/servlet/CDLServlet?p_file_id=13927 >.

49 Zoals Verordening (EG) nr. 850/98 van de Raad van de Europese Unie van 30 maart 1998 voor instandhouding van de visbestanden via technische maatregelen voor de bescherming van jonge exemplaren van mariene organismen (*PbEG* 1998, L 125/1).

50 Regeling van 28 december 1999, *Stcrt.* 1999, 252, p. 9 e.v.

de sanctionering later in deze casestudy uitgebreider aan bod. Tot slot kan gewezen worden op de Regeling Visvergunning die relevante bepalingen bevat die ook in het kader van sanctionering nader besproken zullen worden.

Nederland heeft met dit systeem van formele wet, amvb en frequent wijzigende (bijlagen van) ministeriële regelingen het instandhoudingsbeleid van het GVB voor de zeevisserij ingevoerd en daaraan haar eigen invulling gegeven.

10.3.2 Controle (toezicht en opsporing) en sanctionering

10.3.2.1 Nederlandse visie

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, beoogde de Basisverordening een aanscherping van de controle en handhaving van GVB-voorschriften.

Het standpunt van de Nederlandse regering over de uit Brussel afkomstige ontwikkeling van handhavingsvoorschriften dat nu nog steeds opgeld doet, blijkt o.m. uit de reactie van Nederland op de Mededeling van de Commissie uit 2003 'Naar een uniforme en effectieve toepassing van het GVB'.⁵¹ In deze mededeling werkte de Commissie het voorstel tot de ontwikkeling van de GIS die in het Groenboek en in de daaropvolgende *Roadmap* al was aangekondigd, verder uit. Nederlands initiële standpunt luidde als volgt:⁵²

'Nederland acht een uniforme uitvoering van het GVB en een gelijkwaardig niveau van controle, handhaving en inspectie van groot belang voor het draagvlak in de visserij. (...). Nederland ondersteunt in algemene zin initiatieven, gericht op versterking van de communautaire samenwerking op het gebied van controle, handhaving en inspectie. De inzet tijdens de onderhandelingen over de hervorming van het GVB is daarop gericht geweest en dit heeft geleid tot substantiële aandacht in de basisverordening voor onderhavige materie. (...) Met genoegen kan onder meer worden vastgesteld dat de Commissie follow-up geeft aan de door Nederland bepleite uitwerking van communautaire benchmarks voor de inspectie en controle van visserij-activiteiten. (...).'

Zoals uit dit citaat reeds blijkt, is Nederland voorstander van harmonisatie van het controlebeleid in de vorm van de GIS.⁵³ Dit bleek reeds bij de totstandkoming van het Groenboek in 2001. Toen meende de regering echter ook dat

⁵¹ COM(2003)130.

⁵² BNC-fiche naar aanleiding van het verschijnen van het document COM(2003)130def., *Kamerstukken II* 2002/03, 22 112, nr. 277, fiche nr. 3.

⁵³ Regeringsstandpunt Groenboek herziening GVB(2001), *Kamerstukken II* 2000/01, 21 501-17, nr. 114, p. 8.

er meer gebruik moest worden gemaakt van reeds bestaande bevoegdheden en wel aldus:

- een betere, meer gestructureerde samenwerking tussen inspectiediensten;
- betere samenwerking bij follow up van overtredingen;
- toepassing nieuwe technologieën (elektronisch logboek);
- adequaat gebruik van beschikbare informatie;
- communautaire gekwantificeerde taakstellingen maken over controle frequenties, steekproefgrootten, soort controles (aanlandingscontroles, zeecontroles);
- streven naar eenvoudige, transparante en controleerbare communautaire regelgeving;
- uitvoeren ex post en ex ante evaluatie over controleerbaarheid communautaire regelgeving.'

De GIS is volgens Nederland een waardevolle ontwikkeling wanneer dit leidt tot 'harmonisatie van het controlegebied, de samenwerking en de afstemming tussen controlediensten van de lidstaten bevordert en leidt tot het verder naar elkaar toegroeien van het niveau van handhaving in de lidstaten.' Dit bleek opnieuw bij de behandeling van het voorstel voor de verordening tot oprichting van het CBVC.⁵⁴ Nederland stelde zich daarbij ook op het standpunt dat binnen de visserijsector een gelijkwaardig niveau van controle en handhaving moet bestaan. Dit past in het streven naar een *level playing field* en is ook essentieel voor het draagvlak van het GVB. Vanuit het oogpunt van subsidiariteit plaatste Nederland de kanttekening dat de controle en handhaving formeel in de nationale bevoegdheidssfeer moet blijven en dat alleen de operationele coördinatie op supranationaal niveau plaats dient te vinden. De aandachtspunten die Nederland bij het voorstel van de verordening formuleerde, lagen in het verlengde van dit standpunt.⁵⁵

Nederland is in het kader van het versterken van de controle op het GVB ook voorstander van het doorvoeren van nieuwe controletechnologieën.⁵⁶

54 BNC-fiche naar aanleiding van het verschijnen van het document COM(2004)289def. Het betrof hier een voorstel voor een verordening van de Raad tot oprichting van een Communautair Bureau voor visserijcontrole en houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2847/93 tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid, *Kamerstukken II* 2003/04, 22 112, nr. 330, fiche nr. 8.

55 In de BNC-fiche formuleerde de regering enkele aandachtspunten: de werkingssfeer, de verdeling van de bevoegdheden tussen de lidstaten en de Gemeenschap c.q. het Bureau, de institutionele inbedding/organisatiestructuur ervan, de uitvoeringsconsequenties, de bijdrage van het Bureau aan een gelijkwaardig controleniveau en het punt van kosteneffectiviteit.

56 Dit blijkt o.m. uit BNC-fiche naar aanleiding van het verschijnen van het document COM(2003)814def. Het betrof hier een beschikking van de Raad inzake een financiële bijdrage van de Gemeenschap aan de visserijcontroleprogramma's van de lidstaten heeft tot doel het tot stand brengen van een doeltreffende uitvoering van controle, inspectie en toezicht in het kader van het Gemeenschappelijk Visserijbeleid (GVB), *Kamerstukken II* 2003/04, 22 112, nr. 307, fiche nr. 5.

Daarbij is voor Nederland het accent 'op de «software» (IT-netwerken, elektronisch logboek, uitwisseling en opleiding inspecteurs) in plaats van de «hardware» (vaartuigen, vliegtuigen)' van belang.⁵⁷ Bij de behandeling van het voorstel voor Verordening 1966/2006 van de Raad met betrekking tot introductie van het zogenaamde elektronisch logboek en een systeem van teledetectie toonde Nederland zich wel kritisch.⁵⁸ Nederland is in beginsel een voorstander van het elektronisch logboek. Het is volgens de regering veel minder fraudegevoelig dan papieren logboeken. Bovendien leidt het op de lange termijn tot administratieve lastenverlichting voor de vissers. Nederland voorziet echter problemen in de uitvoering: de inwerkingtredingsdatum is in dit opzicht onrealistisch in verband met de stand van de techniek. De pilotprojecten zijn evenmin afgerond. Ook het systeem voor teledetectie dat een aanvulling vormt op het VMS-systeem, wordt enigszins met argusogen bekeken. Het Nederlandse systeem werkt volgens de regering afdoende. Nederland is niet overtuigd

'dat nu al de mogelijkheid bestaat om teledetectiegegevens «real-time» te gebruiken voor opsporing en controle. Het systeem van teledetectie heeft, totdat het technisch mogelijk is de locatie, de identiteit «real time» te raadplegen, weinig toegevoegde waarde voor Nederland.'⁵⁹

Het draagt om die reden niet bij aan de realisatie van de doelstellingen van het GVB.

Met betrekking tot het toezicht op toezicht en de harmonisatie van sancties was het standpunt van Nederland bij het voorstel voor het nieuwe Groenboek in 2001 als volgt:⁶⁰

'Met het oog op de noodzakelijke versterking van het "toezicht op het toezicht" is het – afhankelijk van de omstandigheden en voorwaarden waaronder – wenselijk Gemeenschapsinspecteurs in speciale gevallen meer bevoegdheden toe te kennen. Geconstateerde verschillen in opgelegde sancties tussen lidstaten voor gelijkwaardige overtredingen leiden terecht tot onbegrip. Nader inzicht in de oorzaken alsmede de verschillen tussen lidstaten met betrekking tot sanctiehoogte en middelen is nodig. Harmonisatie van met name sancties in administratief/bestuursrechtelijk kader verdient uitdrukkelijk overweging. Te denken valt hierbij onder meer aan het schorsen dan wel intrekken van communautaire visserijvergunningen en het geven van administratieve boetes.'

57 *Kamerstukken II* 2003/04, 22 112, nr. 307, fiche nr. 5, p. 10.

58 BNC-fiche naar aanleiding van het verschijnen van COM(2004)724def. Het betrof hier een voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de elektronische registratie en melding van visserijactiviteiten en een systeem voor teledetectie, *Kamerstukken II* 2004/05, 22 112, nr. 355, fiche nr. 3.

59 *Kamerstukken II* 2004/05, 22 112, nr. 355, fiche nr. 3, p. 9.

60 Regeringsstandpunt Groenboek herziening GVB (2001), *Kamerstukken II* 2000/01, 21 501-17, nr. 114, p. 9.

Geconcludeerd kan derhalve worden dat de beleidsdoelen uit Brussel over het algemeen aansluiten bij de Nederlandse visie: Nederland is in het algemeen voorstander van een gelijkwaardig niveau van controle en sanctionering van het GVB zodat ook het draagvlak bij de sector voor het GVB groot blijft.

10.3.2.2 Aansluiting GVB op het nationale controlebeleid en -voorschriften

Het GVB van 2002 leidde in het algemeen niet tot grote aanpassingen in de Nederlandse regelgeving; immers het quotatoewijzings- en beheerssysteem dateerden van voor 2002 en zoals uit paragraaf 10.3.1.1 blijkt, liep de Nederlandse aanpak reeds parallel aan de toen toekomstige Europese ontwikkelingen. Omdat vanaf 2002 de TAC-, en quota-verordeningen wel aanvullende maatregelen waaronder beheers- en herstelplannen met zich meebrachten, kwamen er verscheidene maatregelen bij zoals inspanningsregimes (vlootcapaciteit, zeedagenregelingen) en technische maatregelen. Dit betekende voor Nederland wijzigingen in o.m. de hiervoor aangehaalde regelingen; die wijzigingen betroffen echter veeleer de controletechnische uitvoeringszijde dan dat zij systeemwijzigingen beoogden.

Slechts incidenteel is in Nederland – veelal uit efficiencyoverwegingen – breder geïmplementeerd dan noodzakelijk was. Illustratief is het volgende voorbeeld. De Basisverordening stelt voor aanlanding melding bij de AID verplicht. Dit is door Nederland overgenomen met daarbij de maatregel dat pas met lossen mag worden begonnen wanneer de AID daartoe aan de individuele visser toestemming heeft gegeven. Op deze manier is het voor de AID mogelijk daadwerkelijk toezicht te houden en niet het overzicht bij aanlanding en lossing te verliezen.

Onderstaand zal worden ingegaan op de wijze waarop Nederland is omgegaan met de implementatie van successievelijk de quotatoewijzingsmethode, het handhavingsregime ('controlestelsel') en de wijze waarop passende maatregelen bij inbreuken worden genomen. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, dienen Nederlandse controles en inspecties betrekking te hebben op alle activiteiten op visserijgebied en met name de visvangst, de activiteiten die verband houden met het overladen, de aanvoer, de verkoop, het vervoer en de opslag van visserijproducten en het noteren van de aanvoer en de verkoop te inspecteren en controleren.

Het quotatoewijzings- en beheerssysteem

Van de keuzevrijheid om de toewijzingsmethode van quota te bepalen, heeft Nederland gebruik gemaakt door het typisch Nederlandse co-managementsysteem te ontwikkelen. Dit systeem van gedeelde verantwoordelijkheid voor het beheer van de quota was in 1993 reeds ingevoerd en behoefde ten gevolge

van het van kracht worden van de Basisverordening geen wijziging.⁶¹ Het systeem sluit goed aan op de Europese doelstellingen in die zin dat het efficiënt is gebleken: Nederland overschrijdt nauwelijks tot geen quota.⁶²

Aanleiding om dit systeem op te zetten en tot op de dag van vandaag in stand te houden, is de in de Structuurnota zee- en kustvisserij al genoemde soms moeizame verhouding tussen overheid en visserijsector die zijn oorsprong vindt in de spanning die bestaat tussen de betrokken belangen. In het co-managementsysteem schept de overheid de randvoorwaarden en de sector (Biesheuvelgroep) draagt zorg voor de uitvoering. De regeling van de groepen is gecodificeerd in de Regeling contingentering zeevis en voor het overige in de statuten en huishoudelijke reglementen van de groepen. Met het toetreden tot de Biesheuvelgroep committeren de vissers zich aan de regels van de groep waaronder de bepaling dat de vis alleen via de veiling wordt verhandeld en de verplichting om de vangstbeperking na te leven. Op overtreding van deze privaatrechtelijke afspraken staan sancties in de vorm van boetes die door de voorzitter van een groep worden opgelegd.

De minister van LNV kent nagenoeg alleen nog maar groepscontingenten toe. In geval van overschrijding van het contingent, wordt het groepscontingent gekort en vindt binnen de groep verrekening plaats. Op deze wijze worden de quota beheerd en is voor de vissers een flexibel systeem ontstaan. Het systeem van individuele verhandelbare quota (hierna: 'ITQ's') is uniek binnen Europa. In de evaluatie van genoemde Structuurnota bleek dat het Biesheuvelsysteem naar volle tevredenheid werkte. Het Biesheuvelsysteem wordt nu ook toegepast op de handhaving van de voorschriften met betrekking tot het motorvermogen. Daarop zal hierna dieper worden ingegaan.

61 Ten gevolge van de crisis in de visserijsector in de jaren '90 zijn er van overheidswege een tweetal commissies ingesteld: de Commissie Mok (Commissie Onderzoek Verplichte Sanering) en de Stuurgroep Biesheuvel. Eerstgenoemde onderzocht een verplichte sanering van overheidswege van de visserij voor (dit voorstel kreeg de bijnaam 'de stok van Mok'). De Commissie Biesheuvel stelde daarentegen voor de visserij bij het beheer van de quota te betrekken door gebruik te maken van o.m. sociale controle. Afgesproken werd dat wanneer 75% van de vissers zich conformeerde met het voorstel van Biesheuvel door zich aan de privaatrechtelijke organisatie in beheersgroepen te onderwerpen, de stok van Mok niet uit de kast werd gehaald. Bij de parlementaire behandeling (p. 21 e.v.) van de Structuurnota zee- en kustvisserij waarin het co-managementsysteem ook werd voorgesteld, bleek dat 90% van de vissers zich inmiddels bij een beheersgroep had aangesloten. De stok van Mok is tot op heden niet nodig gebleken.

62 Op basis van het scorebord van de Commissie 2005 blijkt dat Nederland in 2002 nog 3 van de 48 bestanden overschreed (met 0,28%, 10,95% en 0,38%), in 2003 3 van 64 bestanden (met 28,13%, 0,94% en 4,42%) en in 2004 2 van 61 bestanden (met 0,04% en 0,28%). Het scorebord is te raadplegen op: < http://ec.europa.eu/fisheries/cfp/control_enforcement/scoreboard_nl.htm >. Het scorebord is gebaseerd op door de lidstaten aangeleverde gegevens.

Recent heeft de minister van LNV de Regeling contingentering zeevis gewijzigd met dien verstande dat de Biesheuvelgroepen kunnen opgaan in de Producentenorganisaties (hierna: PO's).⁶³ Nederland kent zes PO's die grotendeels overlappen met de negen Biesheuvelgroepen. De Biesheuvelgroepen hebben inder tijd hun statuten en huishoudelijke reglementen moeten voorleggen aan LNV en het Productschap Vis. Ook staat een groep onder leiding van een onafhankelijke voorzitter die zorgdraagt voor de sanctionering. De benoeming van deze voorzitter dient eveneens door LNV c.q. het Productschap Vis te worden goedgekeurd. Deze elementen worden in de nieuwe regeling op hoofdlijnen behouden. Met deze integratie wordt volgens de minister van LNV een nieuwe stap gezet in het effectiever beheren van de quota. Volgens de Toelichting bij de gewijzigde regeling bestaat hier in de sector veel animo voor. Deze wijziging is niet ingegeven door Europese regelgeving of beleid.

Geconcludeerd kan worden dat Nederland bij de toewijzing en het beheer van de quota gekozen heeft voor een typisch Nederlandse oplossing. Nederland heeft op dit punt ten volle gebruik gemaakt van haar vrijheid. Uit het voorgaande blijkt ook dat Nederland binnen de EU sterk hamert op de noodzaak van draagvlak bij de sector voor de handhaving van het GVB en het creëren van een *level playing field*. Dit is volledig doorgetrokken naar de wijze waarop Nederland haar handhavings- en sanctioneringsregime heeft vorm gegeven. De Commissie overwoog begin 2007 een systeem van ITQ's te introduceren.⁶⁴ Nederland juicht dit voorstel enerzijds toe; anderzijds moet toch vooral niet getornd worden aan het Biesheuvelstelsel omdat men daarover zeer tevreden is.

Gekozen handhavings- en sanctioneringsregime

Het GVB (in het bijzonder de TAC's en quota) wordt in Nederland gehandhaafd via het strafrecht (Visserijwet 1963 en Wet op de economische delicten), het bestuursrecht (Visserijwet 1963 en daarop gebaseerde regelgeving en de Algemene wet bestuursrecht) en het privaatrecht (via het lidmaatschap van de Biesheuvelgroepen). Zoals hiervoor beschreven, laat het GVB op dit punt ruimte aan de lidstaten zo lang de sancties passend zijn.

63 Regeling van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van 9 juli 2007, nr. TRCJZ/2007/2013, houdende wijziging van de Regeling contingentering zeevis, de Regeling visserijinspanning herstelplannen en de Regeling vangstbeperking in verband met de integratie van Biesheuvelgroepen in producenten-organisaties (*Stcrf.* 19 juli 2007, 137, p. 44).

64 Zie de Mededeling van de Commissie van 27 februari 2007 (COM(2007)73 def.) betreffende op rechten gebaseerde beheersinstrumenten in de visserijsector. De Commissie onderzoekt daarin beheersopties die geschikt zijn om het GVB efficiënter te handhaven. Daarbij noemt de Commissie het 'op rechten gebaseerd beheer (RGB)' – het toekennen van visrechten aan individuele vissers. Nederland juicht deze Mededeling toe maar tekent daarbij aan dat een dergelijk systeem pas effectief is als er sprake is van gedeeld beheer tussen overheid en sector. Nederland tekent tot slot ook aan dat de invulling van een dergelijk systeem op detailniveau aan de lidstaten zelf moet worden overgelaten.

Voor de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving en sanctionering bevat de Visserijwet 1963 de basis. Daarover het volgende.

In de Wet op de economische delicten (hierna: WED) is, voor zover hier relevant, de overtreding van de artikelen 3a, 4 en 9 Visserijwet 1963 als economisch delict gekwalificeerd (artikel 1 onder 4 WED). Dit zijn overtredingen ex artikel 2 onder 4 WED waar hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie voor staat. Daarbij geldt het volgende: indien de waarde der goederen, waarmee of met betrekking tot welke het economisch delict is begaan, of die geheel of gedeeltelijk door middel van het economisch delict zijn verkregen, hoger is dan het vierde gedeelte van het maximum der geldboete die kan worden opgelegd, kan, onverminderd het bepaalde in artikel 23 lid 7 Sr, een geldboete worden opgelegd van de naast hogere categorie. Daarbovenop kunnen nog bijkomende straffen en maatregelen worden opgelegd, genoemd in artikelen 7 resp. 8 en 9 WED waaronder ook de verbeurdverklaring van voorwerpen zoals genoemd in artikel 33a Sr. De vraag doet zich voor of de Nederlandse boetes afschrikkende sancties zijn in het licht van de verhouding tot het verkregen economisch voordeel. In dit verband zij gewezen op een uitspraak waarbij een visafslag veroordeeld werd vanwege overtreding van artikel 25 lid 2 Regeling eisen, administratie en registratie inzake de uitoefening visserij.⁶⁵ Zowel in de passages omtrent de strafbaarheid van de feiten als omtrent de motivering van de straf besteedt de rechter aandacht aan de doelstelling van vervolging te weten de effectieve tenuitvoerlegging van visserijregelgeving.

Terzijde zij opgemerkt dat recent – op 1 juni 2007 – de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten in werking is getreden.⁶⁶ Dit heeft tot gevolg dat het Functioneel Parket vanaf nu officieel deel uitmaakt van het Openbaar Ministerie.⁶⁷ Het Functioneel Parket ‘i.o.’ was immers al sinds 1 januari 2003 actief. Voor wat betreft de visserij stuurt het Functioneel Parket de bijzondere opsporingsambtenaren van de AID aan. Deze ambtenaren hebben verschillende bevoegdheden op grond van de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten.

⁶⁵ Rb. Groningen 05 februari 2007, L/JN AZ8232.

⁶⁶ Besluit van 7 mei 2007 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten, *Stb.* 2007, 172.

⁶⁷ Wet van 29 mei 2006 tot vaststelling van regels met betrekking tot de bijzondere opsporingsdiensten en de instelling van het functioneel parket (Wet op de bijzondere opsporingsdiensten), *Stb.* 2006, 285. Deze wet leidde tot een wijziging van artikel 9 van het Wetboek van Strafvordering met dien verstande dat een nieuw derde lid werd ingevoegd: ‘3. De officier van justitie bij het functioneel parket is belast met de vervolging van strafbare feiten waarvan de opsporing ingevolge artikel 3 van de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten tot de taken van een bijzondere opsporingsdienst behoort.’

De Visserijwet 1963 en de daarop gebaseerde regelgeving bestaat vanuit het oogpunt van bestuursrechtelijke handhaving uit verschillende componenten.

Ten eerste is het toekennen van contingenten (bijvoorbeeld artikel 10 Regeling contingententering zeevis) gebaseerd op beschikkingen van de Minister hetgeen inhoudt dat deze ingetrokken kunnen worden wanneer niet langer aan de voorwaarden voor het verkrijgen daarvan is voldaan. In het verlengde hiervan wijzen wij op de Regeling visvergunning. Op grond van deze regeling kan de minister de visvergunning schorsen of intrekken wanneer sprake is van overtreding van GVB-voorschriften: zo kan dit bijvoorbeeld bij overtreding van artikel 3 lid 1 aanhef en onder f Regeling technische maatregelen 2000 (verboden netvoorzieningen). Ook in geval van overtreding van bepalingen van de Regeling contingententering zeevis is dit het geval. Op grond van de Regeling contingententering beschikt de minister voorts over de bevoegdheid contingenten te korten. Ook bevat de Visserijwet 1963 een expliciete grondslag voor het opleggen van bestuursdwang. Artikel 54b Visserijwet 1963 verleent de minister van LNV die bevoegdheid. De wet bevat geen mogelijkheid tot het opleggen van een punitieve sanctie in de vorm van een bestuurlijke boete. De ambtenaren van de AID zijn op grond van artikel 54a Visserijwet 1963 belast met het bestuursrechtelijk toezicht op de handhaving van de Visserijwet 1963.⁶⁸ In dat kader beschikken zij over de bevoegdheden van Afdeling 5.2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

De verhouding tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke handhaving is in de Memorie van Toelichting bij het wijzigingsvoorstel waarbij artikel 54a en 54b Visserijwet 1963 zijn ingevoerd nader ingevuld.⁶⁹ Volgens de regering zal de aard en de ernst van de normoverschrijding mede bepalend zijn voor de keuze tussen strafrechtelijk c.q. bestuursrechtelijk optreden. De handhaving van de Visserijwet 1963 door middel van het bestuursrecht wordt geschikt geacht voor overtredingen die relatief snel en eenvoudig kunnen worden geconstateerd, waaronder bepaalde 'kernbepalingen' met betrekking tot de regelgeving over de maximaal toegestane vangsthoeveelheden (contingentering), de motorvermogens en de netvoorzieningen. In de Memorie van Toelichting wordt voor 2005 een handhavingsdocument aangekondigd

'waarin voor de kernbepalingen van de Visserijregelgeving de hoofdlijnen van de wijze van handhaving en de sanctionering zal worden vastgelegd, mede rekening houdend met gebleken adequate nalevingsinitiatieven van de sector zelf.'⁷⁰

68 Besluit van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van 24 november 2006, nr. TRCJZ/2006/3615, houdende aanwijzing toezichthouders Visserijwet 1963 (Besluit aanwijzing toezichthouders Visserijwet), *Stcrt.* 2006, 234, p. 12.

69 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 211, nr. 3, p. 8.

70 *Idem.*

Dan zal ook zorg gedragen worden voor een goede afstemming tussen de verschillende vormen van handhaving en de daarbij betrokken instanties. De exacte inhoud van dit handhavingsdocument is de onderzoekers niet bekend.⁷¹

Zoals gezegd, is er tot slot ook sprake van privaatrechtelijke handhaving binnen de Biesheuvelgroepen. Dit stelsel is ten dele gecodificeerd in de Regeling contingentering zeevis en voor het overige in de statuten en huishoudelijke reglementen van de groepen. De Regeling Contingentering zeevis stelt verschillende eisen aan de groep: artikelen 16 en 17. Zo moet in de statuten van de groep in ieder geval zijn bepaald dat bij niet-naleving van de door de groep opgestelde bepalingen een sanctiesysteem zal worden toegepast. Ook de wijze waarop de geïnde boetes door de groep zullen worden besteed, dient te zijn beschreven. Wanneer de minister meent dat de naleving van de Regeling contingentering en van de afspraken binnen de groep onvoldoende is verzekerd, wijst hij het verzoek tot toekenning van een groepscontingent af. Artikel 17 Regeling Contingentering zeevis verplicht het groepsbestuur om er bijvoorbeeld op toe te zien dat de leden van de groep het groepscontingent niet overschrijden en dat de voorzitter in geval van overschrijding sanctiemaatregelen toepast. Ook heeft het bestuur de verplichting om een deugdelijke administratie te voeren waaruit op elk moment de omvang van het groepscontingent blijkt. De AID is gerechtigd tot inzage in deze gegevens. Aanvankelijk waren er meer voorwaarden maar gaandeweg heeft de overheid de sector meer vertrouwen gegeven. Zo mochten de Biesheuvelgroepen aanvankelijk slechts uit een beperkt aantal vissers (100) bestaan.⁷² Dit was gedaan om de sociale controle binnen de groep – een belangrijk kernpunt van het Biesheuvelsysteem – inhoud te geven. Op grond van artikel 22 van de Regeling contingentering zeevis kan de minister ten slotte onder nadere voorwaarden een deelnemer aan een groepscontingent uitsluiten van verdere deelneming indien deze de groepsregels niet naleeft.

De handhaving van de quota is op deze wijze – immers inclusief sanctionering – voor een deel uit handen gegeven aan de sector zelf. De Nederlandse overheid stelt echter duidelijke randvoorwaarden in de Regeling contingentering zeevis en laat het aan de sector over om de quota te beheren. De minister beschikt over de bevoegdheid om de groepscontingenten te korten en visvergunningen in te trekken c.q. te schorsen zodat de uiteindelijke regie wel in handen van de minister is gebleven. Strafrechtelijke handhaving vormt dan het sluitstuk van de handhaving.

71 Uit informatie van LNV is gebleken dat het handhavingsdocument op ambtelijk niveau is vastgesteld.

72 Dit is afgeschaft na de evaluatie van de groepen door de Stuurgroep Nijpels en leidde dus tot een aanpassing van de Regeling contingentering zeevis, *Stcrt.* 2003, 230.

Kanttekeningen

In voorgaande paragrafen lijkt een transparant en efficiënt handhavingssysteem te zijn gecreëerd. Naast spanningen tussen de privaatrechtelijke en de straf- en bestuursrechtelijke en tussen de straf-, en bestuursrechtelijke sanctionering doen zich echter nog steeds problemen bij het creëren van draagvlak en van *level playing field*.

Wat draagvlak en *level playing field* betreft het volgende. Onlangs veroordeelde de rechtbank Leeuwarden een visafslag te Urk en een aantal Urker vissersmannen vanwege valsheid in geschrifte met betrekking tot een aantal documenten waarin de aanvoer, veiling en verkoop van zeevis waarvoor een vangstbeperking gold (namelijk schol) was vastgelegd.⁷³ In plaats van schol was schaar vermeld. Ten processe bleek dat deze activiteiten zich gedurende tal van jaren hadden afgespeeld en wel met medeweten van vele brancheleden. Weliswaar is sprake van een incident maar ook in de op de uitspraak volgende berichtgeving bleek dat ondanks het strafbare karakter van deze handelingen de vissersmannen op sympathie van sectorleden konden rekenen. Eén van de moeilijkste problemen bij de handhaving van GVB-voorschriften is derhalve nog steeds het ontbreken van draagvlak bij de sector. Strakkere en uniformere sanctionering lijkt dan de enig aangewezen oplossing. Zo heeft de Commissie begin 2007 een voorstel gedaan voor een nieuwe verordening op het gebied van illegale en ongereguleerde visserij (hierna: IUU-visserij).⁷⁴ In artikel 43 van dit voorstel formuleert de Commissie maximale boetes van EUR 300.000,- voor natuurlijke personen en EUR 500.000,- voor rechtspersonen. Het voorstel bepaalt niet of dit strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke boetes dienen te zijn.⁷⁵ Wel bepaalt artikel 45 dat naast deze boetes andere sancties kunnen worden opgelegd en noemt daarbij de reeds bekende sancties die opgelegd kunnen worden in geval van ernstige GVB-inbreuken met dien verstande dat de *temporary or permanent ban on access to public assistance or subsidies* aan het lijstje is toegevoegd. Ook is het voorstel een zwarte lijst in te voeren waarop illegale vissersvaartuigen staan geregistreerd (artikel 26).⁷⁶ Naast de mogelijkheid om aldus de vlaggestaat van de vaartuigen op haar verantwoordelijkheid te wijzen, zit hier wellicht een element van *naming and shaming* in.

73 Rb. Leeuwarden 10 oktober 2007, LJN BB5177.

74 Mededeling van Commissie van 17 oktober 2007, 'On a new strategy for the Community to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing' (COM(2007)601 prov.). Van illegale c.q. ongereguleerde visserij is o.m. meer sprake wanneer vangstgegevens worden vervalst.

75 In *Kamerstukken II* 2006/07, 21 501-32, nr. 215, p. 5 overwoog de minister hierover (naar aanleiding van de informele discussie binnen de Raad over IUU-visserij): 'Aarzelingen heb ik wel bij de suggesties om de strafmaat in de EU voor overtredingen op dit terrein meer gelijk te trekken. Ik vrees dat we daarbij in een langdurige juridische strijd verstrikt raken.'

76 In maart 2007 publiceerde Greenpeace al een dergelijke lijst (zie: < <http://blacklist.greenpeace.org/> >). Ook een *whitelist* zal worden gepubliceerd.

Door 'uitbreiding' van het systeem van privaatrechtelijke handhaving door de Biesheuvelgroepen tot een ander vooralsnog moeilijk handhaafbaar GVB-voorschrift, te weten: de regels met betrekking tot het motorvermogen, zijn spanningen ontstaan tussen de straf-, en bestuursrechtelijke handhaving en de privaatrechtelijke handhaving. Het handhavingsarrangement dat is ontstaan, heeft recent geleid tot een kort geding tegen de Staat waarbij door eisers gesteld werd dat de Staat met het gekozen handhavingsarrangement niet aan zijn verplichting tot effectieve handhaving van GVB-voorschriften voldeed. Het handhavingsarrangement zoals dat met de Biesheuvelgroepen was overeengekomen, hield op onderdelen een tijdelijk gefaseerd gedoogbeleid (tot mei 2009) in voor overschrijdingen van het motorvermogen. Verder voorzag het arrangement in een stelsel van private controles en sancties bij niet-naleving van de regelgeving op dit punt. Daarbij trad de privaatrechtelijke handhaving niet in de plaats van de publiekrechtelijke handhaving. De rechtbank oordeelde dat Nederland vanwege het op onderdelen gefaseerde gedoogbeleid niet voldeed aan haar verplichtingen en gelastte de Staat om binnen een termijn van vier maanden voor een effectieve handhaving van het verbod op garnalenvisserij met vaartuigen met een motorvermogen van meer dan 300 pk te zorgen.⁷⁷ Deze effectieve handhaving diende er volgens de rechtbank o.m. in te bestaan dat de Staat bij een geconstateerde overtreding van de voorschriften met betrekking tot het motorvermogen vergunningen dient te schorsen c.q. in te trekken.

Een andere spanning die zich in de praktijk voordoet, is tussen straf- (boete en verbeurdverklaring) en bestuursrechtelijke handhaving (intrekking van een begunstigende beschikking). Dit deed zich bijvoorbeeld voor in een zaak voor de rechtbank te Middelburg.⁷⁸ Een vissersvaartuig was door de Engelse rechter vanwege het gebruiken van verboden netvoorzieningen in Engelse wateren – zoals vastgesteld door opsporingsambtenaren van het Verenigd Koninkrijk – veroordeeld tot een tweetal substantiële boetes. Tevens werden de betrokken vangsten en de verboden netvoorzieningen verbeurd verklaard. Vervolgens werd de visvergunning van deze ondernemer door de minister van LNV geschorst voor de duur van drie weken. De ondernemer maakte tegen de schorsing bezwaar met o.m. de stelling dat sprake was van een punitieve sanctie en met een verwijzing naar de Engelse veroordeling een beroep op *ne bis in idem*. De minister stelde daartegenover dat sprake was van een reparatoire maatregel die tot doel had de visbestanden te laten herstellen (ecologisch herstel) en om die reden gerechtvaardigd was. De rechtbank volgde de minister in zijn betoog en verklaarde het beroep ongegrond. Naast de genoemde spanning is deze zaak een praktijkvoorbeeld van het voor de praktijk wellicht niet zeer transparante geval waarin inspecteurs van een andere lidstaat een GVB-

77 V.zr. Rb. Den Haag 19 april 2006, L/JN AX0431.

78 Rb. Middelburg 02 mei 2007, L/JN BA4782.

overtreding constateren en de ondernemer daarvoor strafrechtelijk beboeten, terwijl deze ondernemer vervolgens geconfronteerd wordt met een reparatoire maatregel afkomstig van de 'eigen' minister van LNV.

10.3.3 Implementatieketen

Het ministerie van LNV, Directie Visserij, is belast met de uitvoering van het instandhoudingsbeleid. De beleidsafdeling van de Directie houdt zich bezig met de ontwikkeling en implementatie van (nieuw) beleid. Daarnaast echter kent de Directie ook een uitvoeringsafdeling waardoor een brugfunctie is ontstaan tussen beleid en uitvoering (AID en sector). In de praktijk werkt deze functie erg goed. Tot slot beschikt het ministerie over een Directie Juridische Zaken (hierna: JZ). Bij deze Directie zijn vrijwel alle juridische taken die het departement LNV heeft geconcentreerd en gecentraliseerd.⁷⁹ De Directie JZ is betrokken bij alle stadia in het beleidsproces: bij het initiëren van nieuw beleid (ook Europees), vormgeving van wetgeving (formele wet, amvb en ministeriële regeling), bij implementatie van nieuw beleid waarbij het handhaven en de handhaafbaarheid centraal staan en tot slot bij de evaluatie van beleid. De implementatieketen is zowel bij de totstandkoming van Europees beleid als bij de tenuitvoerlegging en andere invulling in Nederland zeer goed afgestemd binnen de keten. Naast veel overleg in het voortraject waaraan alle betrokken partijen deelnemen, waaronder de AID en de visserijsector, vindt er gestructureerd, landelijk regulier overleg plaats binnen LNV (de Directie Visserij en de Directie JZ), en de sector. Daarnaast wordt bij cruciale besluiten in Brussel, maar ook in Nederland, de visserijsector voor wat dat aangaat vooraf geconsulteerd. Op deze manier wordt invulling gegeven aan het behouden van draagvlak binnen de sector. De implementatieketen is aldus helder opgebouwd met een duidelijke afbakening van verantwoordelijkheden. Met alle betrokkenen vindt overleg plaats.

Bij implementatie doen zich afhankelijk van de nieuwe voorschriften soms problemen voor. Het gebeurt wel eens dat er een vertaalfout in de verordening is geslopen of dat de verordening een onduidelijke norm bevat. In die gevallen wordt telefonisch of per e-mail contact opgenomen met de Commissie die altijd reageert. Er is derhalve sprake van zeer korte lijntjes. Wanneer totaal nieuwe systemen worden geïntroduceerd, wil er wel eens enige tijd over heen gaan, alvorens het goed werkt. Mede om dit soort zaken te voorkomen, vindt er specifiek met betrekking tot de TAC- en quota-verordeningen sinds 2006 op Nederlands initiatief een vergadering plaats in januari van het jaar waarin de verordening geldt. Op dat moment is door de AID de eerste ervaring opgedaan met de nieuwe regels. De vergadering waarbij vertegenwoordigers van

⁷⁹ M.u.v. de behandeling van bezwaar- en beroepschriften die binnen de bevoegdheid van de Dienst Regelingen valt en zaken betreffende P&O.

de lidstaten en van de Commissie aanwezig zijn, heeft tot doel het wegnemen van mogelijke onduidelijkheden in de verordeningen zodat uniforme uitleg en toepassing van de verordeningen ontstaat.

Een specifiek probleem met betrekking tot implementatie van nieuwe voorschriften is dat Brussel soms twee verordeningen naast elkaar laat bestaan zonder beide goed op elkaar af te stemmen. Dit wordt wel door de lidstaten opgemerkt maar vooralsnog lijkt dit geen effect te sorteren.

10.4 UITVOERING EN HANDHAVING⁸⁰

10.4.1 Algemeen

Zoals gezegd, is de AID belast met het toezicht op de naleving van het GVB. De AID beschikt daartoe zowel over strafrechtelijke als bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden. Voor de (middel)zware opsporingstaken in Nederland beschikt de AID over het Dienstonderdeel Opsporing (hierna: DO). In 2006 hield de DO zich o.m. ook bezig met het toezicht op het visserijbeleid. Uit het jaarverslag van de AID uit 2006⁸¹ blijkt dat binnen het beleidsterrein visserij het behoud van de visstand prioriteit had. In dat jaar constateerde de AID in totaal 90 overtredingen van visserijregelgeving. Wat capaciteit betreft, zijn voor het toezicht op de visserijregelgeving een zestigtal inspecteurs beschikbaar. Voorts beschikt de AID over het inspectieschip 'Barend Biesheuvel', alsmede over een visserijcontrolecentrum en het satellietvolgsysteem (VMS) waarmee Nederlandse en buitenlandse schepen gemonitord worden. De AID controleert – voor zover hier relevant – bij aanvoerhavens, visafslagen, visverwerkende bedrijven en vishandelaars. Bij de jaarlijkse vaststelling van het budget wordt binnen LNV opgemerkt dat er, in het kader van de vraag of er voldoende budget is, in ieder geval geen nieuwe taken bij moeten komen. Ook de AID zelf meent dat de capaciteitstoemeting momenteel op een minimumniveau is aanbeld.

Als gesprekspartner voor de juridische en beleidsafdelingen van LNV is binnen de AID een controle-adviseur visserij aangesteld. Deze staat in direct contact met de uitvoeringsafdeling binnen de Directie Visserij van LNV. Op regelmatige basis wordt tussen hen overleg gevoerd over de controlepraktijk waarbij ook eventuele problemen worden gesignaleerd en besproken. Tot slot is er binnen de AID ook een accounthouder/beleidsadviseur Visserij actief. Op deze wijze

⁸⁰ Het recente rapport van de Europese Rekenkamer kon niet meer worden meegenomen in deze casestudy. Speciaal Verslag nr. 7/2007 van de Europese Rekenkamer over de controle-, inspectie- en sanctiesystemen betreffende de voorschriften in verband met de instandhouding van de communautaire visbestanden vergezeld van de antwoorden van de Commissie, vastgesteld op 25 oktober 2007. Bekendgemaakt op 4 december 2007. Overigens lijkt de kritiek in dit rapport op de Nederlandse handhaving mee te vallen.

⁸¹ Te downloaden op < www.aid.nl >.

wordt, zoals hiervoor reeds opgemerkt, de AID bij het gehele beleidsproces betrokken: van het initiëren van nieuw beleid tot het evalueren ervan.

De vraag doet zich voor of gestelde normen duidelijk zijn. Doorgaans is dat het geval. Een recente uitspraak met betrekking tot artikel 25 lid 2 Regeling eisen, administratie en registratie inzake uitoefening visserij toont aan dat in geval van wellicht onduidelijke of lastig uitvoerbare normen ter verduidelijking daarvan aangesloten kan worden bij het belang van effectieve controle.⁸²

Een ander probleem doet zich voor met betrekking tot de vraag of de gestelde normen handhaafbaar zijn. Problemen met handhaafbaarheid doen zich op verschillende niveaus voor. Soms is het gebrek eenvoudigweg gelegen in de vraag of de norm zich tot de lidstaat dan wel tot – bijvoorbeeld – de vergunninghouder richt. Ook komt het weleens voor dat er fouten in de vertaling sluipen. De TAC-verordeningen die als voorstel voor de vaststelling ervan circuleren, zijn in het Engels opgesteld. Pas na de vaststelling van de verordening komt deze in het Nederlands beschikbaar. Een belangrijker probleem wat handhaafbaarheid van normen betreft, doet zich voor bij de meting van de maaswijdte. De norm die vanuit Brussel gesteld wordt, is op zichzelf genomen duidelijk. Ook de wijze van meten is duidelijk omschreven. Toch is de norm in de uitvoeringspraktijk zeer slecht handhaafbaar. Dit komt omdat bij het meten een subjectieve krachtsfactor een rol speelt die niet uitgesloten kan worden maar wel tot gevolg heeft dat de uitkomst van de meting per inspecteur verschilt. In Nederland wordt momenteel geprocedeerd over de toelaatbaarheid van een andere wijze van meten, die niet is voorgeschreven en niet voldoet aan de GVB-eisen. In de praktijk – met name in de sector – wordt echter gesteld dat deze meting veel exacter is, althans niet afhankelijk van subjectieve factoren. Een ander belangrijk probleem in het kader van de handhaafbaarheid is hiervoor reeds gesignaleerd in relatie tot de regelgeving met betrekking tot het motorvermogen. In de uitvoeringspraktijk bleek dat ondanks de duidelijke normstelling, de norm moeilijk handhaafbaar was. Nederland heeft getracht dit op te lossen door de sector via de Biesheuvelgroe-

82 Rb. Groningen 05 februari 2007, *LJN* AZ8232. Ofschoon artikel 25, tweede lid, van de Regeling eisen niet uitdrukkelijk bepaalt dat elke kist vis die ter veiling wordt gebracht, moet zijn voorzien van een etiket waarop het registratienummer en de nationaliteit van de kotter die de vis heeft gevangen is vermeld, is dit wel in overeenstemming met de doelstelling van deze regeling en met het belang van een effectieve controle. Door de verdachte werd gesteld dat de Regeling verdergaande eisen stelde dan artikel 9 van de Controleverordening. De rechtbank erkent dat artikel 9 van de Controleverordening kennelijk geen rekening heeft gehouden met de situatie waarin vis van de ene afslag naar de andere wordt vervoerd en dan nogmaals voor de eerste verkoop wordt aangeboden. De noodzaak van effectieve controle brengt volgens de rechtbank echter met zich dat de vis ook in dat geval controleerbaar is op de afslag van de verdachte. Er kan in dat licht niet gesteld worden dat de Regeling verdergaande eisen stelt dan de Controleverordening.

pen medeverantwoordelijk te maken voor de handhaving daarvan. Op de lange termijn lijkt dit gunstig te hebben uitgepakt.

10.4.2 Afstemming in de handhavingsketen

Een betrekkelijk nieuwe speler binnen de handhavingsketen is het Functioneel Parket (hierna: het FP). Vóór het ontstaan van het FP verschilde het vervolgingsbeleid binnen Nederland per arrondissement. Met het operationeel worden van het FP is dat ondervangen. De relatief recente oprichting van het FP heeft echter tot gevolg dat informatie-uitwisseling met de andere handhavingspartners gebrekkig is.

Vooralsnog lijkt op het gebied van handhaving meer integratie en uitwisseling van kennis en ervaring tussen FP en LNV aangewezen. Het komt regelmatig voor dat het FP niet op de hoogte is van bestuursrechtelijke sancties die door LNV zijn opgelegd. Er bestaat geen geformaliseerd overleg tussen beide. Dit is een concreet verbeterpunt, mede omdat bij gebrek aan deze informatie het FP op achterstand staat op de sector.

Daarnaast is er evenmin sprake van een geformaliseerd overleg tussen AID en FP. Tussen FP en AID is er veeleer regelmatig overleg in het kader van bepaalde zaken. Inmiddels is het gangbaar dat betrokken inspecteurs de zitting bijwonen van door hen geverbaliseerde zaken. De aanwezigheid van deze inspecteurs op de zittingen wordt door het FP zeer gewaardeerd. Wel geldt tussen beide diensten een overeenkomst, waarin overtredingen, sancties en recidieven omschreven zijn. Dit handhavingarrangement bepaalt – in de visie van de AID – de strafrechtelijke vervolging van visserijregelgeving. De AID voert in feite een tweesporenbeleid: strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving.

Het handhavingarrangement voorziet wel degelijk in regelmatig overleg tussen LNV (Directie Visserij) en AID. Binnen LNV is de uitvoeringsdeskundige de persoon die de brugfunctie vervult tussen de uitvoeringspraktijk en het beleid.

Zoals gezegd, vormen de Biesheuvelgroepen een aanvullend handhavingsregime. Overtredingen van vissers worden door de AID aan de desbetreffende Biesheuvelgroep gerapporteerd. De groepen kunnen vervolgens sanctioneren. In de praktijk bestaat er vanuit de AID weinig zicht op de vervolgacties van de Biesheuvelgroepen in het licht van de handhaving. Wel vindt er geregeld laagdrempelig contact plaats met de diverse groepen.

Over de verhouding tussen bestuursrechtelijk c.q. strafrechtelijk handhaven en de private handhaving bestaat geen *communis opinio* bij de betrokken actoren. Uit de interviews bij Directie JZ is gebleken dat met de private handhaving binnen de Biesheuvelgroepen niet beoogd is de handhaving via bestuurs- of strafrecht uit te sluiten. Dit blijkt o.m. ook uit de hiervoor aangehaalde uitspraak van de rechtbank Den Haag van 19 april 2006. In de sector leeft daarentegen het gevoel van 'dubbele bestraffing' wanneer na een boete binnen de groep eveneens strafvervolgning of een bestuursrechtelijke sanctie plaatsvindt. Dit leidt om die reden soms tot het niet opleggen van een boete binnen de groep. Daar komt nog bij dat LNV meer controle-activiteiten van de groepen verwacht. De groepen echter menen geen zelfstandige controle-activiteiten te moeten ontplooiën: zij ageren enkel op aanwijzing van de AID. Ook de verhouding tussen strafrechtelijke handhaving en bestuursrechtelijke handhaving leidt in de praktijk tot spanningen. Het schorsen of intrekken van een visvergunning wordt door betrokkenen ervaren als een punitieve sanctie zodat ook hier het argument van dubbele bestraffing wordt aangevoerd, wanneer naast een dergelijke sanctie tevens strafrechtelijk wordt opgetreden.

In de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Visserijwet 1963 waarmee de artikelen 54a en 54b aan de Visserijwet zijn toegevoegd, is een passage opgenomen over de verhouding tussen strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving:⁸³

'Overeenkomstig de lijnen van het reeds genoemde Hoofdlijnenakkoord en de Nota bruikbare rechtsorde is het van belang dat het bedrijfsleven de eigen verantwoordelijkheid binnen de visserijregelgeving concreet invult en bijvoorbeeld zorgdraagt voor de totstandbrenging van eigen adequate nalevingsarrangementen met daaraan gekoppelde private sanctieinstrumenten. Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving zijn enerzijds in voorkomende gevallen onmisbaar maar fungeren anderzijds als een uiterste middel. In dat verband kan worden gewezen op de ontwikkelingen in het kader van de in april 2004 door het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit met het bedrijfsleven opgestelde «Intentieverklaring duurzame zeevisserij» waarover de Tweede Kamer in de brieven van 5 april 2004 (*Kamerstukken II* 2003, 29 200 IXV, nr. 82) en van 17 juni 2004 (*Kamerstukken II* 2003, 29 675, nr. 1) is geïnformeerd. In dit kader is van belang dat er sprake dient te zijn van een adequaat publiekrechtelijk vangnet. In dat kader is overwogen dat met name versterking kan worden aangebracht op het terrein van de bestuursrechtelijke handhaving en het toezicht op de naleving.'

De bedoeling van de wetgever lijkt dan ook te zijn bestuursrechtelijke of strafrechtelijke sanctionering niet uit te sluiten in geval van private sanctionering.

83 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 211, nr. 3, p. 7-8.

De regie binnen de handhaving is daarmee in de praktijk niet altijd even duidelijk voor betrokken handhavende instanties. Met name de positie van het FP ten opzichte van LNV/AID is niet voldoende onderkend. Ook lijkt bij de betrokken controlepartners geen *communis opinio* te bestaan over de taak en verantwoordelijkheid van de groepen op het gebied van handhaving met inbegrip van sanctionering.

10.4.3 Internationale component

De AID werkt zowel geformaliseerd (binnen het CBVC) als op incidentele basis samen met inspecteurs van andere lidstaten. De meest belangrijke operatie was de operatie *SHARK*. In dit handhavingsarrangement controleerden Nederlandse AID-ers tezamen met hun Engelse en Belgische collega's. De ervaringen met *SHARK* zijn als zeer positief beoordeeld en zijn de opmaat geweest voor het *First Deployment Plan* van het CBVC dat recent in werking is getreden. Nederland heeft bij het ontwikkelen van dat plan het voortouw genomen. De uitkomsten van het *First Deployment Plan* moeten worden afgewacht.

10.4.4 Toezicht op toezicht (tweedelijnstoezicht)

Zowel op nationaal als communautair niveau is er sprake van tweedelijnstoezicht.

In COM (2003)344, het eerste evaluatieverslag van het toezicht op de naleving van het GVB door de lidstaten, heeft de Commissie in het kader van toezicht op toezicht de volgende voornemens kenbaar gemaakt:

'De Commissie zal gebruik maken van de middelen die haar binnen het GVB ter beschikking zijn gesteld om naleving door de lidstaten af te dwingen. Deze middelen omvatten schorsing van financiële bijstand, preventieve maatregelen, kortingen op de toekomstige vangstmogelijkheden en ruimere bevoegdheden voor de inspecteurs van de Commissie, en mogen worden ingezet voor zover nodig om een adequate naleving af te dwingen. Wat de preventieve maatregelen betreft is de Commissie in eerste instantie voornemens dit instrument hoofdzakelijk te gebruiken ten aanzien van "zwarte vis" uit kwetsbare bestanden zoals kabeljauw en heek. Op het gebied van inbreuken streeft de Commissie naar een selectieve aanpak bij het gebruik van procedures tegen lidstaten, met bijzondere aandacht voor tekortkomingen in de nationale controle- en handhavingsregelingen die de doeltreffendheid van deze regelingen fundamenteel beïnvloeden en de naleving van de regels inzake de instandhouding, het beheer en de duurzame exploitatie van visbestanden in gevaar brengen.'

De Commissie-inspecteurs bezoeken op zeer regelmatige basis de lidstaten en derhalve ook Nederland. Daarbij melden de inspecteurs doorgaans vooraf dat er een bezoek zal worden afgelegd. Binnen LNV is goed afgestemd op welke wijze dat plaatsvindt. Zowel bij aanvang van het bezoek als bij het einde ervan vindt een gesprek plaats bij LNV (Directie Visserij). De inspecteurs gaan vervolgens mee met de AID. Na afloop van het bezoek wordt een rapport opgemaakt. LNV heeft de mogelijkheid op het concept-rapport te reageren. Daarvan wordt gebruik gemaakt. LNV ervaart deze visitaties als zeer nuttig. Verbeterpunten worden als waardevol beschouwd. Enkele kanttekeningen zijn er wel. Ten eerste verschillen de inspecteurs per bezoek. Dit betekent dat veel vragen telkens opnieuw beantwoord moeten worden terwijl deze informatie bekend wordt verondersteld. Bovendien is soms het enigszins afwijkende Nederlandse systeem van co-management aanleiding tot misverstanden. Tot slot ook werd tot voor kort niet gewerkt met vaste rapportageformats. Inmiddels is dat wel het geval. Dit wordt door LNV als een grote verbetering ervaren. Zoals gezegd, is het CBVC geen toezichthoudende instantie. De inspecteurs van de Commissie mogen inspectiebezoeken ter plaatse afleggen, documenten onderzoeken en op eigen initiatief en met eigen middelen onderzoeken, verificaties en inspecties uitvoeren.

In 2003 is het zogenaamde 'scorebord' in werking gesteld.⁸⁴ Het scorebord is een informatiehulpmiddel dat inzichtelijk maakt welke maatregelen lidstaten nemen ter waarborging van het GVB en welke maatregelen de Commissie heeft genomen om de handhavingsinspanningen van de lidstaten te controleren, zoals het aantal uitgevoerde inspecties en de lopende inbreukprocedures. Wat Nederland betreft waren er in 2002 vijf inbreukprocedures aanhangig vanwege niet-naleving van GVB-regels waarvan twee vanwege overbevissing. In 2004 was dit aantal gedaald tot drie waarvan één vanwege overbevissing. Ook in 2005 is de Commissie een inbreukprocedure tegen Nederland gestart vanwege de met de Biesheuvelgroepen gemaakte afspraken over de handhaving van het motorvermogen.⁸⁵ De huidige stand van zaken met betrekking tot deze procedures is in het kader van dit onderzoek niet nader onderzocht.

Naast communautair toezicht, vindt er in beperkte mate ook op nationaal vlak publiek toezicht op de Biesheuvelgroepen plaats. Dit toezicht wordt deels uitgeoefend door de AID. In de praktijk echter bestaat er vanuit de AID weinig zicht op de vervolgacties van de Biesheuvelgroepen in het licht van de handhaving. Wel vindt er geregeld laagdrempelig contact plaats met de diverse

84 Mededeling van de Commissie 'Naleving van de regels van het gemeenschappelijk visserijbeleid, Werkprogramma en scorebord' (COM(2003)344). Inmiddels zijn over 2003, 2004 en 2005 scorebords verschenen. Deze zijn te raadplegen op: < http://ec.europa.eu/fisheries/cfp/control_enforcement/scoreboard_nl.htm >.

85 Ingebrekestelling door de Commissie op 12 oktober 2005.

groepen. Voor het overige bestaat het toezicht op de Biesheuvelgroepen uit de verplichtingen en maatregelen die in de Regeling contingentering zeevis zijn opgenomen. In het verleden vervulde het Produktschap Vis een coördinerende en controlerende rol met betrekking tot de Biesheuvelgroepen. Inmiddels functioneren de groepen voor het overgrote deel zelfstandig.

10.5 CONCLUSIES

Het visserijbeleid op het gebied van het instandhoudingsbeleid is in verregaande mate geëuropeaniseerd wat betreft de materiële normstelling. Wat betreft handhavingssstelsels hebben de lidstaten ruimte om een eigen invulling te geven mits er effectief wordt gecontroleerd en passende maatregelen worden opgelegd in geval van overtreding. Deze eigen beleidsruimte is verder beperkt doordat de Basisverordening als minimumniveau bepaalt *wat* moet worden gecontroleerd en op welke momenten dit dient te geschieden: de lidstaat controleert en inspecteert 'alle activiteiten op visserijgebied en met name de visvangst, de activiteiten die verband houden met het overladen, de aanvoer, de verkoop, het vervoer en de opslag van visserijproducten en het noteren van de aanvoer en de verkoop' wanneer die activiteiten op zijn grondgebied en in de onder zijn soevereiniteit of jurisdictie vallende maritieme wateren plaats hebben. Ook de soort controles die in bepaalde situaties moeten worden verricht, zijn in de Controle- en de Basisverordening omschreven waaronder steekproefsgewijze controles, inspecties van vaartuigen, gebouwen, terreinen, visuele waarnemingen en preventieve maatregelen. De lidstaat is echter vrij in de keuze van zijn controlestelsel. Uitgangspunt is dat de verantwoordelijkheid voor de naleving van het GVB bij de lidstaten ligt. Tot slot is er een communautaire lijst van kracht van inbreuken op GVB-voorschriften die als 'ernstig' worden gekwalificeerd.

Inmiddels ligt er een voorstel van de Commissie om in geval van IUU-visserij maximale boetes op te leggen van minimaal EUR 300.000,- voor natuurlijke personen en EUR 500.000,- voor rechtspersonen. Niet bepaald is dat sprake dient te zijn van strafrechtelijke boetes. Bestuursrechtelijke boetes van die hoogte zouden hier derhalve ook onder kunnen vallen. Omdat hier sprake is van een voorstel resteren derhalve alleen de sanctievoorschriften die in de Basisverordening – en in grote mate in dezelfde bewoordingen in de Controleverordening – vermeld staan: passende maatregelen waaronder in ieder geval wordt verstaan het inleiden van een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure. Daarbij kunnen o.m. boetes worden opgelegd, kan worden overgegaan tot inbeslagneming van verboden vangsten, stillegging van het vaartuig en schorsing c.q. intrekking van de vergunning. De lidstaat heeft de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatregelen. Uit de evaluatieverslagen van de Commissie blijkt dat het de administratieve maatregel van het

intrekken of schorsen van visvergunningen als zeer doeltreffend ervaart om de naleving van de GVB-regels te bevorderen.⁸⁶ Ook blijkt daaruit dat er nog steeds een lange weg te gaan is om sanctionering enigszins te uniformeren en dat de Commissie zich afvraagt of opgelegde sancties in evenredigheid staan tot de ernst van de overtreding. Het CBVC wenst o.m. door *Joint Deployment Plans* aan de uniformering van de handhaving van GVB-voorschriften bij te dragen. De gevolgen van het eerste *Joint Deployment Plan* moeten worden afgewacht.

In Nederland is de visserijregelgeving vervat in de Visserijwet 1963, de daarop gebaseerde amvb, het Reglement zee- en kustvisserij 1970 en de daarop gebaseerde ministeriële regelingen, zoals de Regeling vangstbeperking, de Regeling contingentering zeevis, De Regeling eisen, administratie en registratie inzake uitoefening visserij en de Regeling Technische maatregelen 2000. Het instandhoudingsbeleid wordt in Nederland via het strafrecht, het bestuursrecht en het privaatrecht gehandhaafd. De privaatrechtelijke handhaving vindt plaats binnen de Biesheuvelgroepen. Daarmee is voor wat betreft het beheer van de quota een in Europa uniek systeem ontstaan van co-management met als gevolg dat het beheer van de quota in grote lijnen volledig bij de sector ligt. Ter waarborging daarvan berusten de bevoegdheid tot het treffen van zowel bestuursrechtelijke maatregelen zoals de intrekking van de groepscontingenten als strafrechtelijke maatregelen nog bij het centrale gezag. Met betrekking tot het privaatrechtelijk handhavingsarrangement (met betrekking tot het motorvermogen) dient Nederland haar verplichting tot het nemen van passende maatregelen goed in het oog te houden. Een gedeeltelijk gedoogbeleid voldoet daar volgens de rechter niet aan. Nederland heeft in dit verband misschien te veel de neiging om naar de sector te kijken. Daarbij levert dit handhavingsarrangement in de uitvoeringspraktijk problemen op ook al is de bedoeling van de wetgever in dat verband duidelijk. Volgens de sector is in bepaalde gevallen waarin de groep een boete oplegt en vervolgens tegen de veroordeelde alsnog een strafrechtelijk traject wordt ingezet, sprake van dubbele bestraffing. Eenzelfde gevoel leeft bij het samenvallen van het strafrechtelijk (boetes, inbeslagname/verbeurdverklaring) en bestuursrechtelijk sanctioneren (intrekken/schorsen visvergunning als reparatoire maatregel).

Eén van de speerpunten van de Nederlandse aanpak is, zoals gezegd, het creëren van draagvlak bij de sector. Bij de totstandkoming van Europees en Nederlands beleid is dit uitgangspunt zeer constructief. Er bestaat in dat verband grote betrokkenheid van de sector, inspectiedienst en andere belangengroepen. Daarbij vervult de Directie JZ met de Directie Visserij van het ministe-

86 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement 'Verslagen van de lidstaten over in 2004 geconstateerde gedragingen die een ernstige inbreuk vormen op de voorschriften van het gemeenschappelijk visserijbeleid', COM(2006)387, p. 6.

rie van LNV een regiefunctie. De samenwerking binnen de implementatieketen is derhalve goed. Buiten twijfel staat dat de participatie van de sector geen garantie biedt voor volledig draagvlak. Een voorbeeld waaruit dit duidelijk blijkt, is de recente 'schol voor schar-affaire'.

De handavingsketen vertoont voorts in de verhouding tussen de ketenpartners (ministerie en inspectiediensten) en het FP enige gebreken die alleen met behulp van LNV kunnen worden verholpen. Het oprichten van een FP wordt door betrokkenen positief gewaardeerd. Wanneer de gebreken in de verhouding AID/LNV en het FP worden geheeld, zal dit een nog effectievere handhaving tot gevolg hebben.

Over het algemeen is Nederland tevreden met het tweedelijns toezicht door de Commissie-inspecteurs op haar werkwijze: het strookt met de Nederlands visie op het creëren van een *level playing field* en daarmee meer draagvlak voor het GVB bij de gehele sector.

Het onderzoek laat derhalve duidelijk zien dat de typisch Nederlandse aanpak van co-management resulteert in een op zich efficiënte manier van naleving van quotabepalingen. Door Nederland worden immers nauwelijks tot geen quota overschreden: hoewel in verband met de recente 'schol voor schar-affaire' misschien enige nuancering op dit punt op zijn plaats is. Dit (relatieve) succes is wellicht mede te verklaren vanuit het idee dat dit in feite economische maatregelen zijn en dat er sprake is van een zeer flexibel systeem. Ook de mogelijkheid tot korting van de quota bij de groepen draagt daaraan bij. Dit lijkt vooralsnog anders met betrekking tot de andere voorschriften waarvan de handhaving gedeeltelijk aan de private sector is overgelaten (motorvermogen). Daar doet zich wel degelijk een spanning voor en dient Nederland de op haar rustende verplichting tot effectieve en passende handhaving goed in het oog te houden.

11 | Douane

11.1 INLEIDING

11.1.1 Het beleidsgebied douane: taken en achtergrond

De casestudy 'Douane' wordt in het kader van dit onderzoek, voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechts-handhaving, gerekend tot de vierde en daarmee hoogste categorie.

Het douaneterrein is één van de meest brede, veelzijdige en geëuropeaniseerde beleidsgebieden van de Europese Unie. Honderden Europese verordeningen, richtlijnen en besluiten met betrekking tot zeer uiteenlopende onderwerpen zijn voor de douane relevant.¹ Meer dan dertien ministeries zijn nodig geweest bij het opstellen van het recente wetsvoorstel tot Algehele herziening van de douanewetgeving (hierna: Algemene Douanewet of ADW). De douaneheffingen behoren tot de eigen middelen van de Europese Unie. Mede daarom is douane een beleidsgebied bij uitstek waar Europa een verregaande invloed uitoefent op de materiële normstelling en, zo zal in deze casestudy blijken – zij het in iets minder mate – ook op de handhaving. Voor de uitvoering van de controle-taken heeft de douane de beschikking over meer controlebevoegdheden dan voor toezichthouders in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) gebruikelijk is. Ook beschikken haar ambtenaren over beperkte opsporingsbevoegdheden.

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen de fiscaal/financiële en de niet-fiscaal/financiële taken van de douane. De fiscaal/financiële taken vormen het traditionele takenpakket van de douane. Daaronder valt de heffing van douanerechten, alsmede de verlening van restituties in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Voor de heffing van douanerechten is van belang dat Europa een douane-unie vormt waarbinnen voor de in- en uitvoer van goederen uniforme tarieven worden gehanteerd aan alle buitengrenzen. De taken van de douane concentreren zich op de buitengrenzen van de Europese Unie. Wanneer goederen de Europese Unie binnen zijn gebracht, worden zij als communautair gekwalificeerd en kunnen zij zich vrij bewegen

¹ Zie de 157 pagina's groot tellende eerste bijlage bij de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot Algehele herziening van de douanewetgeving, *Kamerstukken II* 2005-06, 30 580, nr. 3, p. 139-295. De tweede bijlage geeft een overzicht van alle nationale regelgeving.

binnen de Unie. Daarbij zijn de lidstaten afhankelijk van elkaar voor het toezicht dat wordt uitgeoefend op deze goederen en is transnationale samenwerking en informatie-uitwisseling van voortdurend belang.

De afgelopen jaren heeft er een verschuiving plaatsgevonden in het takenpakket van de douane van de fiscaal/financiële taken naar de niet-fiscaal/financiële taken, oftewel – in termen van het Communautair Douanewetboek – naar het uitoefenen van toezicht op ‘de andere bepalingen die op goederen onder douanetoezicht van toepassing zijn.’² Dit toezicht heeft betrekking op allerlei Europese en internationale verboden, beperkingen en maatregelen in het grensoverschrijdend verkeer van goederen en ziet bijvoorbeeld op regels met betrekking tot veiligheid, drugshandel, de invoer van namaakartikelen, het witwassen van geld, de in- en uitvoer van afval en beschermde plant- en diersoorten, normen ter bescherming van de gezondheid van de mens, product-normen et cetera. Blijkens een bijlage bij het wetsvoorstel ADW komen deze verboden of beperkingen voor in zo’n 70 Nederlandse wetten, waaronder de Flora- en Faunawet, de Electriciteitswet, de Wet milieubeheer, de Wet op de Kansspelen en de Wet Wapens en Munitie. De verschuiving naar de niet-fiscaal/financiële taken wordt veroorzaakt door enerzijds de toename van de Europese regelgeving op de genoemde gebieden en anderzijds het reduceren of afschaffen van douanerechten en landbouwrestituties in het kader van de WTO-besluitvorming. Tussen fiscaal/financiële en niet fiscaal/financiële taken bestaat een verschil qua controlemoment en -aanpak. Bij niet-financiële taken vindt de controle plaats op het moment van invoer en heeft deze veelal een fysiek karakter; de controle in verband met de fiscaal/financiële taken geschiedt meestal op administratieve wijze achteraf.

Het dynamische karakter van de douane en de snelle ontwikkelingen op dit terrein ziet men ook bij de steeds toenemende automatisering van het toezicht. De groeiende handelsstromen en het verlangen deze zo min mogelijk te belasten, maken het wenselijk fysieke controles zoveel mogelijk te vervangen door elektronische. In een Europa van verschillende technologische snelheden doet zich hierbij wel een *level playing field* probleem voor.

11.1.2 De casestudy douane

De omvang van het beleidsgebied douane vraagt om een nadere afbakening van deze casestudy. De casestudy is gericht op de *traditionele fiscale* taak van de douane, de heffing en inning van douanerechten bij in- en uitvoer van goederen. De financiële taken in het kader van het gemeenschappelijk land-

2 Artikel 4, lid 13 CDW en Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Commissie van 28 februari 2007 tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 2454/93 houdende vaststelling van enkele bepalingen ter uitvoering van Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad tot vaststelling van het communautair douanewetboek (*PbEG* 1992, L 302/1).

bouwbeleid blijven buiten beschouwing omdat deze ten dele een eigen controle- en sanctieregime kennen. Aan de niet-fiscaal/financiële taken wordt geen aandacht besteed, omdat deze betrekking hebben op te veel en te uiteenlopende beleidsgebieden, waarop soms ook weer (aanvullend) een eigen controle- en sanctieregime geldt.

In deze casestudy staat de volgende vraag centraal: welke invloed gaat vanwege de EU uit op de nationale rechtshandhaving op het terrein van douane en hoe wordt deze invloed in Nederland in juridische en feitelijke zin geïmplementeerd?

De regelgeving die voor deze casestudy van belang is en die in de volgende paragrafen nader beschreven zal worden, is in beweging. Zowel op nationaal als op Europees niveau vinden op dit moment belangrijke wijzigingen plaats. Op Europees niveau zijn thans vooral van belang het CDW,³ de toepassingsverordening CDW (hierna: TCDW),⁴ en de wederzijdse bijstandverordening.⁵ Er wordt echter gewerkt aan een gemoderniseerd CDW (hierna: GCDW).⁶ Op nationaal niveau worden deze verordeningen voorlopig nog geoperationaliseerd in de Douanewet (hierna: DW) en de Algemene Wet Rijksbelasting (hierna: AWR). Inmiddels is er een wetsvoorstel Algemene Douanewet (hierna: ADW).⁷ Dit wetsvoorstel heeft anders dan de DW/AWR ook betrekking op de niet-fiscale taken van de douane en beoogt voor alle taken een coherent controleregime te geven. Op het punt van sanctionering wordt de Europese ontwikkeling afgewacht. Hoewel de ADW op het moment van afronding van dit rapport nog niet in werking is getreden, wordt er in de casestudy wel rekening mee gehouden. Naast de belangrijke regelgeving wordt tevens

3 Verordening (EEG) nr. 2913/92 (*PbEG* 1992, L 302/6). Het CDW is sinds de invoering in 1992 diverse malen soms ingrijpend gewijzigd. De laatste wijziging die voor handhaving in het bijzonder van belang is, is Verordening (EG) nr. 648/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 13 april 2005 houdende wijziging van Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad tot vaststelling van het communautair douanewetboek (*PbEG* 2005, L 117/13).

4 Verordening (EEG) nr. 254/93 van de Commissie, 2 juli 1993, houdende vaststelling van enkele bepalingen ter uitvoering van Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad tot vaststelling van het communautair douanewetboek (*PbEG* L 253/1). 'Enkele bepalingen' is een understatement. Het TCDW bevat meer dan 900 artikelen en 113 bijlagen.

5 Verordening (EG) nr. 515/97 van de Raad van 13 maart 1997 betreffende de wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften (*PbEG* 1997, L 82/1).

6 COM(2005) 608 definitief, voorstel voor een verordening (EG) van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het communautair douanewetboek (gemoderniseerd douanewetboek), 2005/0246(COD). Inmiddels is er instemming bereikt binnen de Raad en wordt de goedkeuring door het Europees Parlement in het najaar van 2007 verwacht.

7 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30580. Op dit moment bevindt het wetsvoorstel in de fase van de schriftelijke behandeling door de kamercommissie financiën. Daarnaast wordt ook gewerkt aan een Uitvoeringsbesluit ADW, dat onder andere een regeling zal bieden voor statistische steekproeven. Van dit besluit bestaat nog geen openbare versie.

aandacht besteed aan de beleidsmatige beïnvloeding die door Europa wordt uitgeoefend door middel van beleidsprogramma's, administratieve afspraken en tweedelijnscontroles door de Commissie en Europese Rekenkamer. De Commissie kan beleidsafspraken afdwingen door het opleggen van financiële 'sancties' aan de lidstaten.

Zoals gezegd, is het douaneterrein één van de meest verregaand geëuropeïseerde beleidsgebieden van de Europese Unie. Mede daarom werd de vragenlijst voor het onderhavige onderzoek door de geïnterviewde beleidsmedewerkers als nogal nationaal georiënteerd en defensief ervaren. De vragenlijst maakt een tamelijk strikt onderscheid tussen het Europese en het nationale recht en geeft de indruk dat op nationaal niveau nog veel keuzes gemaakt kunnen worden. Op het douaneterrein is deze keuzevrijheid in slechts beperkte mate aanwezig en valt een strikt onderscheid tussen het nationale en Europese recht moeilijk te maken.

Mede vanwege het voorgaande zou een meer geïntegreerde weergave van de casestudy beter passen bij het karakter van het onderzochte beleidsgebied. Om redenen van uniformiteit is er echter voor gekozen de opzet van de studie dezelfde te laten zijn als die van de andere casestudies. Daarin wordt eerst het Europese kader van het douanerecht beschreven, inclusief de huidige en toekomstige controle- en sanctievoorschriften en de transnationale samenwerking (paragraaf 11.2). Vervolgens wordt langs dezelfde lijnen beschreven hoe Nederland deze regelgeving heeft geoperationaliseerd (paragraaf 11.3). Daarna volgt een beschrijving van de uitvoeringspraktijk (paragraaf 11.4), waarna in paragraaf 11.5 de belangrijkste conclusies uit de casestudy worden samengevat.

11.2 EU-BELEID EN REGELGEVING

11.2.1 Algemeen

In de paragrafen 11.2.2 tot en met 11.2.4 zullen het EU-beleid en de EU-regelgeving besproken worden. Daartoe zullen eerst de materiële douanenormen worden aangeduid in paragraaf 11.2.2. Daarna wordt in paragraaf 11.2.3 op de controlevoorschriften ingegaan. Vervolgens gaat paragraaf 11.2.4 over Europese beïnvloeding van sanctionering. In paragraaf 11.2.5 worden andere belangrijke bronnen van Europese invloed besproken: de beleidsinstrumenten en de overlegorganen. Omdat de Commissie inmiddels een voorstel heeft gedaan voor een gemoderniseerd CDW zullen de gevolgen daarvan worden besproken in paragraaf 11.2.6.

11.2.2 Materiële normen

Het CDW geeft een uitputtende materiële regeling voor het heffen van douanerechten bij het binnenbrengen van goederen in de Unie. Het algemene proces van het binnenbrengen van goederen ziet er volgens het CDW als volgt uit:⁸

- de goederen worden in de Unie binnengebracht, waarbij een summierië aangifte wordt overgelegd (artikelen 36bis-39 CDW en 182-197 CDW)
- de goederen worden bij de douane aangebracht (artikelen 40-47 CDW);
- de goederen moeten een douanebestemming ontvangen (in afwachting daarvan worden zij opgeslagen in een ruimte voor tijdelijke opslag) (artikelen 48-57 CDW).

Op het moment dat de goederen in het douanegebied zijn binnengebracht, vallen zij onder het toezicht van de douane. Goederen krijgen vervolgens een douanebestemming. Een goed krijgt een douanebestemming door:

- de plaatsing van de goederen onder een douaneregeling door middel van een aangifte (artikelen 58-165 CDW en 198-289 TCDW controle artikel 239 e.v.)
- het binnenbrengen van goederen in een vrije zone of in een vrij entrepot (artikelen 166-181 CDW en 799-814 TCDW)
- de wederuitvoer, vernietiging en afstand van de goederen (artikelen 182-183 CDW en 841-842 TCDW).

De belangrijkste douanebestemming is het plaatsen van goederen onder één van de acht douaneregelingen (artikel 4 lid 16 CDW). Dit wordt gedaan door middel van een normale of vereenvoudigde aangifte. De belangrijkste douaneregeling is het in het vrij verkeer brengen van de goederen in de Unie (artikel 290-312 TCDW). Wanneer goederen in de Unie worden gebracht, worden er douanerechten geheven. Door middel van bijzondere douaneregelingen kan dit voorkomen worden. De eerste bijzondere regeling is het douanevervoer (artikelen 313-462bis TCDW). Daarnaast zijn er zes economische douaneregelingen (artikelen 496-592 TCDW): het douane-entrepot, de behandeling onder douanetoezicht, de tijdelijke invoer, de uitvoer en de actieve en passieve veredeling. Het CDW en de TCDW geven voor deze zes regelingen een vergunningstelsel met bijzondere bepalingen die onder meer gaan over de controle-taken die de douane moet toepassen. Bedrijven kunnen daarbij ook een grensoverschrijdende vergunning aanvragen, die in meer lidstaten geldig is. Dergelijke grensoverschrijdende vergunningen zijn voor bedrijven heel gunstig, omdat

8 Zie voor een uitvoerige beschrijving: E.N. Punt & D.G. van Vliet, *Douanerechten. Inleiding tot het communautaire douanerecht*, Deventer: Kluwer 2007. En voor een vereenvoudigde weergave: F. Rutten & A. Serneels, *Handboek Douane en Internationale Handel*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005.

de douaneheffing voorlopig wordt voorkomen. Zij leveren voor bedrijven een jaarlijkse besparing van vele miljoenen op.

Het voorgaande is van belang voor het ontstaan en het innen van de douaneschuld. De douaneschuld is de op een persoon rustende verplichting tot betaling van de rechten bij invoer of de rechten bij uitvoer die op bepaalde goederen van toepassing zijn uit hoofde van de geldende communautaire bepalingen (artikel 4 lid 9 CDW). De zekerheidstelling, het ontstaan, de invordering, het tenietgaan en de terugbetaling van de douaneschuld worden geheel Europees geregeld (artikelen 189-246 CDW en 857-912 TCDW). Naast de normale invoer (artikel 201 CDW) en uitvoer (artikel 209 CDW) van goederen, ontstaat de douaneschuld ook bij het op onregelmatige wijze in het verkeer brengen (artikel 202 CDW) en bij een aantal andere laakbare handelingen, namelijk het onttrekken van goederen aan het douanetoezicht (artikel 203 CDW), het niet voldoen aan één van de verplichtingen of voorwaarden van een bijzondere douaneregeling (artikel 204 CDW), het verbruiken of verkeerd gebruiken van aan rechten onderworpen goederen in een vrije zone of vrij entrepot (artikel 205 CDW), het uitvoeren van goederen zonder douaneaangifte (artikel 210 CDW) en het niet nakomen van voorwaarden bij de uitvoer van goederen (artikel 211 CDW).

11.2.3 Handhaving

11.2.3.1 Algemeen

Bij de wijziging van het CDW door Verordening (EG) nr. 648/2005 zijn op grote schaal Europese regels over nationale controle in de douanesector ingevoerd.⁹ Het doel van de verordening is om een gelijkwaardig beschermingsniveau in te stellen met betrekking tot douanecontroles in de lidstaten. Daartoe was het noodzakelijk om de douanecontroles in de Gemeenschap op een gelijkwaardig niveau te brengen en erop te letten dat zij op geharmoniseerde wijze worden verricht door de lidstaten.¹⁰

In het CDW wordt het begrip toezicht gehanteerd. Artikel 4 lid 13 CDW definieert dit Europese begrip als 'de activiteiten die door deze autoriteiten in het algemeen worden ontplooid ten einde te zorgen voor de naleving van de douanewetgeving en, in voorkomend geval, van de andere bepalingen die op goederen onder douanetoezicht van toepassing zijn.' Dit begrip is ruimer dan het begrip 'toezicht' in de zin van de Awb, omdat het ook algemene maatregelen betreft die in verband met de zorg voor de naleving worden

9 Verordening (EG) nr. 648/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 13 april 2005 houdende wijziging van Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad tot vaststelling van het communautair douanewetboek (*PbEG* 2005, L 117/1).

10 Vergelijk overweging (1) bij Verordening (EG) nr. 648/2005 (*PbEG* 2005, L 117).

verricht en bovendien ook betrekking heeft op het toezicht op de uitvoering, onder meer bij de verlening van vergunningen voor het gebruik van bijzondere douaneregelingen. In Nederlandse context kan dat het beste worden vergeleken met het ruime begrip 'handhaving'.¹¹

Het douanetoezicht houdt onder meer in dat douanecontroles worden uitgeoefend. Douanecontroles zijn volgens artikel 4 lid 13 CDW 'specifieke handelingen die worden verricht door de douaneautoriteiten, met het oog op de correcte toepassing van de douanewetgeving en andere wetgeving (...)'. Artikel 13 lid 2 CDW geeft aan dat de douanecontroles, niet zijnde steekproefcontroles, gebaseerd moeten zijn op een door middel van geautomatiseerde gegevensverwerkingstechnieken uitgevoerde risicoanalyse. Verder verdient het vermelding dat geautoriseerde marktdeelnemers – dat zijn doorgaans internationaal opererende bedrijven die in hun bedrijfsuitoefening in brede zin een bepaald niveau van veiligheid handhaven – aan een minder zwaar controleregime onderworpen kunnen zijn (artikel 5bis CDW).¹² Bij deze bedrijven kunnen fysieke douanecontroles aan de buitengrens in beginsel achterwege blijven. Aldus worden 'betrouwbare' handelsstromen zo min mogelijk beperkt en kan de controle-capaciteit optimaal worden ingezet op andere handelsstromen.

11.2.3.2 Controlemaatregelen

De douaneautoriteiten kunnen met inachtneming van de wettelijke voorwaarden alle controlemaatregelen nemen die zij nodig achten voor de correcte toepassing van de douanewetgeving (artikel 13 lid 1 CDW). Op grond van artikel 4 lid 14 CDW kunnen de controlehandelingen inhouden: verificatie van goederen; controle van de aangiftegegevens en de aanwezigheid en de echtheid van elektronische of papieren documenten; onderzoek van de boekhouding van ondernemingen en onderzoek van andere bescheiden; controle van vervoermiddelen; controle van bagage en andere goederen die personen bij of op zich dragen; en het verrichten van administratief onderzoek en andere soortgelijke handelingen. Daarnaast kunnen ook nog genoemd worden: het vorderen van inlichtingen en bescheiden (artikel 14 CDW); de 'regularisatie' van de situatie, waaronder ook het vernietigen of verkopen van goederen wordt verstaan (artikelen 53 (1), 57, 75, 78 (3), 89 (2) CDW); het onderzoeken van goederen en het nemen van monsters bij aanbrengen (artikelen 42 CDW en 182 TCDW).

11 Vergelijk de MvT bij het wetsvoorstel ADW, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 580, nr. 3, bijlage 3, p. 8, alsmede R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, BJu: Den Haag 2007, p. 114; Schijndel 2007, p. 307-324, i.h.b. p. 317-318. In het kader van dit onderzoek wordt onder het begrip handhaving overigens ook begrepen sanctierring.

12 Vergelijk p. 12 van de MvT bij de ADW, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 580, nr. 3.

Deze bevoegdheden zijn in het bijzonder van belang bij het verifiëren van de aangifte en worden ten aanzien hiervan ook specifiek geregeld (artikelen 68-72 CDW). Het CDW voorziet daarmee in een groot aantal controlebevoegdheden, maar het schrijft geen gebruik van geweld tegen goederen voor, zoals het openen van een afgesloten container. Het TCDW geeft in het bijzonder in de artikelen 239 tot en met 252 een nadere regeling voor het uitvoeren van controles. Naast deze algemene controlevoorschriften kent het CDW en de TCDW een aantal specifieke controlevoorschriften die verbonden zijn aan specifieke onderdelen van het invoerproces of specifieke douaneregelingen. De artikelen 93-95 en 121-122 TCDW geven bijvoorbeeld een uitvoerige regeling voor de controles die moeten plaatsvinden bij het bepalen van preferentiële oorsprong en bij het verlenen van certificaten van oorsprong.

11.2.3.3 *Administratieve samenwerking*

De samenwerking tussen douaneautoriteiten is vanzelfsprekend erg belangrijk en wordt geregeld op Europees niveau. Dit geldt zowel voor het uitwisselen van informatie als het uitoefenen van controlebevoegdheden op het grondgebied van een andere lidstaat. Er is een algemene verordening die de administratieve samenwerking tussen de nationale douaneautoriteiten onderling en met de Commissie regelt, er is een aantal bepalingen in het CDW en er zijn afspraken tussen de lidstaten onderling.

Op Europees niveau is op dit moment geen douane-agentschap actief. Regelmatig wordt door de Commissie wel de gedachte geopperd om een Europees agentschap op het douaneterrein in te stellen, dat de nationale douaneautoriteiten centraal zou moeten aansturen. De nationale ambtenaren zouden in dienst moeten komen van het agentschap en zouden opdrachten ervan moeten uitvoeren. Vooralsnog is dit echter toekomstmuziek.

Verordening (EG) nr. 515/97 regelt de samenwerking tussen de administratieve autoriteiten bij de toepassing van douane- en landbouwvoorschriften.¹³ Het handelt over de samenwerking tussen de lidstaten (Titel I en II), tussen de lidstaten en de Commissie (Titel III) en de samenwerking met derde landen (Titel IV). Verder geeft het een regeling voor een algemeen Douane-informatiesysteem (DIS) (Titel V) en bevat het regels voor gegevensbescherming (Titel V en VI). De verordening heeft betrekking op alle controles en handelingen die de douane uitoefent, met uitzondering van handelingen die alleen op verzoek of onder gezag van een rechterlijke instantie kunnen worden verricht (artikel 2, lid 1). Op verzoek van een lidstaat of de Commissie verstrekt de aangezochte autoriteit op basis van het beginsel van gelijkwaardigheid alle gegevens, verklaringen, documenten besluiten of beslissingen. Daarnaast kan

13 Verordening (EG) nr. 515/97 (*PbEG* 1997, L 82/1). Vergelijk J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, p. 285-286.

door een lidstaat of de Commissie aan een andere lidstaat een verzoek voor bijzonder toezicht of administratief onderzoek worden gedaan. Bij bijzonder toezicht oefenen de autoriteiten van een lidstaat op verzoek van een andere lidstaat of de Commissie op hun grondgebied toezicht uit op 'verdachte' personen, opslagplaatsen, goederenbewegingen en vervoermiddelen. De in het kader van het toezicht geconstateerde overtredingen moeten worden medegedeeld aan de aanzoekende autoriteit. Bij administratief onderzoek wordt door de autoriteiten van een lidstaat onderzoek verricht op verzoek van de autoriteiten van een andere lidstaat of de Commissie naar handelingen die in strijd (lijken te) zijn met de douanevoorschriften. Bij het onderzoek kunnen ook ambtenaren van de verzoekende autoriteit aanwezig zijn. Deze mogen niet op eigen initiatief controlebevoegdheden uitoefenen, maar hebben wel, door tussenkomst van de ambtenaren van de aangezochte staat, toegang tot dezelfde plaatsen en documenten als deze ambtenaren.

Verder kent het CDW, en in de toekomst het GCDW, een aantal specifieke bepalingen betreffende administratieve samenwerking. Een voorbeeld is de samenwerking die plaats moet vinden bij het bepalen van de al dan niet preferentiële oorsprong van goederen.¹⁴

Deze wettelijke regelingen sluiten andere vormen van samenwerking tussen de lidstaten buiten het wettelijk kader van de Europese Unie niet uit. In bijzonder wanneer er sprake is van een grensoverschrijdende vergunning moeten er afspraken worden gemaakt over de systematische controle hiervan in andere lidstaten dan in de lidstaat waarin de vergunning is verleend.¹⁵ Deze afspraken worden opgenomen in door de lidstaten gesloten convenanten. Nederland heeft convenanten met Zweden, Engeland, België, Frankrijk, Oostenrijk en Duitsland. Daarin wordt bijvoorbeeld afgesproken in welke mate de vergunningverlenende lidstaat beroep kan doen op de controle-ambtenaren van een andere lidstaat: deze ambtenaren worden aangestuurd door de verlenende staat. Hoewel het initiatief tot deze overeenkomsten uit de lidstaten zelf komt, heeft de Commissie inmiddels wel een standaardovereenkomst opgesteld.¹⁶

11.2.3.4 Tweedelijnstoezicht

Artikel 9 Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 regelt het toezicht van de Commissie op de uitvoering van onder meer Europese douaneregeling

14 Artikel 220 CDW en 93 t/m 95, 121, en 122 TCDW. Artikel 522 en 523 TCDW geven speciale regels voor administratieve samenwerking bij het verlenen van vergunningen voor douaneregelingen.

15 Verordening (EG) nr. 515/97 (*PbEG* 1997, L 82/1) is daartoe niet toereikend omdat voor de toepassing ervan een specifieke aanleiding moet zijn, doorgaans het vermoeden van een onregelmatigheid.

16 TAXUD/1419/2006-EN, Administrative Agreement for a Single Authorisation for Simplified Procedures.

door de lidstaten (tweedelijnstoezicht).¹⁷ In verband daarmee kan de Commissie controles uitoefenen in de lidstaten. Blijkt een lidstaat zich niet gehouden te hebben aan de Europese regels of aan administratieve afspraken dan kan dat financiële repercussies hebben.

11.2.4 Sancties

Ingevolge artikel 280 lid 1 EG bestrijden de lidstaten fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de EG worden geschaad met maatregelen die afschrikwekkend moeten werken en in de lidstaten een doeltreffende bescherming moeten bieden. Op grond van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95,¹⁸ moet iedere onregelmatigheid waardoor de begroting van de EG wordt benadeeld – derhalve ook onregelmatigheden op het douaneterrein – in de regel leiden tot ontneming van het wederrechtelijk voordeel door de lidstaat: daartoe moeten verschuldigde bedragen alsnog worden betaald en gaan zekerheden die zijn gesteld ter ondersteuning van een verzoek verloren. Deze maatregelen hebben een reparatoir karakter. Is de onregelmatigheid opzettelijk of door nalatigheid begaan, dan kan in de sectorale Europese regelgeving, bovenop het toepassen van de genoemde maatregelen, het opleggen van (punitieve) administratieve sancties aan de lidstaat worden voorgeschreven. Het CDW beperkt het voorschrijven van sancties tot *reparatoire of herstelsancties*.¹⁹ Met de punitieve sanctionering 'bemoeit' Europa zich vooralsnog niet.

De belangrijkste herstelsanctie is de naheffing, die in het CDW wordt aangeduid als 'boeking achteraf'. Ingevolge artikel 220 CDW dient, indien het bedrag aan rechten dat voortvloeit uit de douaneschuld niet is geboekt conform de geldende regels of wanneer een lager bedrag is geboekt dan het wettelijke verschuldigde bedrag, de boeking van het (aanvullende) bedrag alsnog te geschieden. Van deze imperatieve 'boeking achteraf' kunnen de nationale douaneautoriteiten alleen afzien indien het wettelijke verschuldigde bedrag aan rechten niet was geboekt door een vergissing van de douaneautoriteiten zelf die de belastingplichtige redelijkerwijs niet kon ontdekken en waarbij deze laatste zijnerzijds te goeder trouw heeft gehandeld (artikel 220 lid 2 (b) CDW). Bij de toepassing van deze bevoegdheid moeten de nationale autoriteiten de strikte jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG met betrekking tot artikel 220 lid (b) in acht nemen.²⁰ Bovendien zijn zij niet altijd bevoegd om

17 Artikel 9 Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (*PbEG* 1995, L 312/1).

18 Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 (*PbEG* 1995, L 312/1).

19 Het nationale recht kent een breder sanctiepalet. Zie daarvoor paragraaf 3.4.

20 Vergelijk hiervoor Jans e.a. 2002, p. 224-225.

zelfstandig af te zien van een 'boekings achteraf', maar moeten zij onder omstandigheden de zaak verwijzen naar de Commissie, onder meer wanneer het bedrag hoger is dan of gelijk is aan 500.000 euro (artikel 871 lid 1 UCDW).

Een tweede herstelsanctie waarin het CDW voorziet, is de zekerheid. Op grond van het CDW moeten marktdeelnemers ter verzekering van de betaling van de douaneschuld een zekerheid stellen. Deze zekerheid wordt pas vrijgegeven wanneer de douaneschuld waarvoor zij werd gesteld is tenietgegaan. Gaat een douaneschuld, al dan niet als gevolg van een onregelmatigheid, niet (geheel) te niet, dan wordt de zekerheid door de nationale autoriteit geheel of ten dele verbeurd verklaard.

Ten slotte voorzien de artikelen 8 t/m 10 CDW in de intrekking door de nationale autoriteiten van vergunningen voor economische douaneregelingen (zie paragraaf 11.2.2). Op grond van artikel 8 CDW moet een voor de belanghebbende gunstige beschikking met terugwerkende kracht worden ingetrokken indien deze was gebaseerd op onjuiste of onvolledige gegevens, de verzoeker daarvan kennis droeg (of redelijkerwijs had moeten dragen) en de beschikking op grond van de juiste gegevens niet had kunnen worden genomen.

11.2.5 Beleidsmatige beïnvloeding en overlegorganen

De Europese bepalingen met betrekking tot de handhaving (volgens de ruime terminologie van dit onderzoeksrapport) van het douanerecht laten op onderdelen ruimte voor een eigen nationale invulling en interpretatie. Om desondanks een uniforme en consistente toepassing van deze regels door de verschillende nationale douaneautoriteiten te bereiken, kent Europa beleidsmatige instrumenten en overlegorganen.

Op Europees niveau bestaan beleidsinstrumenten, waarin de algemene koers van de douane voor Europa wordt uiteengezet, en beleidsinstrumenten die specifiek betrekking hebben op de praktische uitvoering van Europese regelgeving. Het algemene beleidsinstrument is het *douaneprogramma*, dat elke zes jaar moet worden vastgesteld. Recentelijk is het douaneprogramma 2013 vastgesteld.²¹ Daarin wordt een regeling getroffen voor de verdeling van de financiële middelen en wordt een aantal belangrijke algemene en specifieke doelstellingen gesteld. Zo moeten

'douaneautoriteiten hun taken uitvoeren als betrof het één enkele dienst, waarbij er zorg voor wordt gedragen dat de controles op ieder punt in het douanegebied van de Gemeenschap qua resultaten gelijkwaardig zijn.'

21 Besluit nr. 624/2007/EG van het Europees Parlement en de Raad, 23 mei 2007, tot vaststelling van een actieprogramma voor de douane in de Gemeenschap (Douane-2013) (*PbEG* 2007, L 154/25).

Ter verwezenlijking hiervan wordt er onder andere gestreefd naar een algemeen beoordelingsinstrumentarium voor nationale douaneautoriteiten, een pan-Europese elektronische douaneomgeving, en naar een gezamenlijke opleiding voor douaneambtenaren.

Meer specifieke beleidsmatige instrumenten zijn de *administratieve afspraken* die tussen de Commissie en de lidstaten worden gemaakt over uitvoering. Zij moeten worden beschouwd als interpretaties van de Europese douaneregels, waaraan de nationale autoriteiten zich in beginsel moeten houden. De afspraken zijn vastgelegd in zeer omvangrijke boekwerken. In de afspraken staat bijvoorbeeld precies omschreven wanneer, hoeveel en op welke wijze door de nationale autoriteiten gecontroleerd moet worden en worden beleidsregels gegeven over de risico-analyses die in verband met de controle moeten worden verricht. De administratieve afspraken worden gemaakt in de hierna te noemen overleggrems. Na verloop van tijd kunnen zij worden neergelegd in formele Europese of nationale regelgeving. In die situatie kunnen de afspraken worden gezien als voorfase voor de wetgeving. De afspraken vormen mede het beoordelingskader voor het tweedelijnstoezicht dat de Commissie houdt op de uitvoering door de lidstaten (zie paragraaf 11.2.3.4).

Ter voorbereiding van uitvoeringsregelgeving en beleidsafspraken vindt tussen Europa en de lidstaten zowel informeel als formeel overleg plaats. Het belangrijkste formele overlegorgaan is het Comité douanewetboek, dat is voorzien in het CDW zelf (artikelen 247 t/m 249 CDW). Dit Comité staat bij het opstellen van uitvoeringsregelingen, zoals de toepassingsverordening, maar ook bij het nemen van individuele besluiten de Commissie bij. Voorts worden in het Comité beleidsconclusies getrokken die kunnen worden uitgewerkt tot administratieve afspraken. Het Comité handelt, afhankelijk van het soort voorschriften waarbij zij betrokken is, volgens de regelgevingsprocedure of volgens de beheersprocedure.²² Naast dit officieel overleg vindt er op ambtelijk niveau informeel overleg plaats binnen overlegorganen en werkgroepen. Daarin worden de *best practices* gedeeld en worden er beleidspunten voorbereid die later in het Comité behandeld worden.

22 Er is een algemeen besluit van de Raad dat regels geeft in het geval de Commissie de opdracht heeft om uitvoeringsregels vast te stellen: Besluit 1999/468/EG van de Raad (Commitologiebesluit), 28 juni 1999, tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden (*PbEG* 1999, L 256/1).

11.2.6 Toekomstige Europese ontwikkelingen

11.2.6.1 Algemeen

Recentelijk is in de Raad een compromis bereikt over twee voorstellen die tot modernisering, verdere europeanisering en harmonisering van de douane moet leiden. Het eerste betreft het opzetten van een Europees elektronisch douanesysteem, het tweede het voorstel voor een gemoderniseerd CDW.²³ Beide voorstellen beogen zowel de concurrentiepositie van het Europees bedrijfsleven te verbeteren als de veiligheid te vergroten door middel van (verdere) automatisering en Europeanisering van het in- en uitvoerproces. Nu de Raad over beide voorstellen overeenstemming heeft bereikt, is het nog wachten op de tweede lezing in het Europees Parlement die in de loop van 2007 zal volgen. Daarna zullen zij door de Commissie verder worden uitgewerkt.

11.2.6.2 Voorstel voor een papierloze douaneomgeving²⁴

Dit voorstel heeft als doel alle afzonderlijke douanesystemen van lidstaten samen te voegen tot één Europees douanesysteem. Het voorstel bevat daartoe een aantal programma's en deadlines met betrekking tot de te nemen maatregelen om de systemen op elkaar aan te sluiten, een algemene Europese risicoanalyse in te voeren, de uitwisseling van informatie te bevorderen en een centrale afhandeling van alle controles mogelijk te maken voor bedrijven die aan bepaalde voorwaarden voldoen. Daarbij wordt elektronische aangifte regel en moet de papieren vorm zo veel mogelijk verdwijnen. Het *Automated Import System* en het *Automated Export System* moeten zorgen voor de uitwisseling van informatie. Het *Single Electronic Access Point* en de *Single Window* moeten het mogelijk maken dat bedrijven maar met één controle in Europa te maken krijgen, terwijl het *One stop shop*-systeem alle controles van verschillende toezichthouders moet centraliseren. Door middel van het *Authorised Economic Operator* systeem wordt bedrijven de mogelijkheid gegeven op basis van een aantal voorwaarden de bijzondere voordelen van een gecentraliseerd systeem te genieten.

11.2.6.3 Het GCDW

Het CDW is voorbereid vanaf eind jaren tachtig en werd ingevoerd in 1992. Daarmee heeft het belangrijke automatiseringsontwikkelingen gemist en heeft het weinig aandacht voor de verschuiving in het takenpakket van de douane van fiscaal/financieel naar niet-fiscaal. Het GCDW speelt wel op deze ontwikke-

23 Zie de relevante mededelingen van de Commissie van 8 mei en 25 juni 2007.

24 Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council on a paperless environment for customs and trade (COM(2005)609 def., 2005/0247 (COD)).

lingen in en wil bovendien de regelgeving en procedures vereenvoudigen en uniformeren, zodat binnen Europa sprake zal zijn van een *level playing field*.

Het GCDW heeft meer dan het CDW het karakter van een beleidsmatig stuk, waarin de regeling van veel onderwerpen wordt doorgedelegeerd aan de Commissie. Deze zal door middel van uitvoeringsvoorschriften, toelichtingen en richtsnoeren aan het GCDW nader invulling moeten geven.

Op het gebied van controle/toezicht voorziet het voorstel in een digitalisering van het proces en in een gecentraliseerde invoer van gegevens. Voor geautoriseerde bedrijven wordt het aldus mogelijk om al hun goederen elektronisch aan te geven en de invoerrechten op één plaats te betalen, onafhankelijk van waar de goederen de Unie binnenkomen of waar zij gebruikt zullen worden.²⁵ Verder geeft het voorstel een basis voor de *Single-Window* en *One-Stop-Shop* concepten, waardoor bedrijven maar op één plek informatie hoeven te geven en controles op basis van verschillende regelgeving maar eenmaal worden uitgevoerd. Daarmee wordt de samenwerking tussen de lidstaten nog belangrijker. Het GCDW voegt niets nieuws toe aan de controlebevoegdheden, maar regelt de 'goederencontrole' wel in een aparte afdeling. Daarnaast kan de Commissie haar invloed op de feitelijke uitvoering vergroten door middel van toelichtingen en richtsnoeren die alle nationale instructies ter interpretatie van het CDW moeten vervangen. Deze toelichtingen en richtsnoeren zijn weliswaar formeel niet bindend, maar zullen, in samenhang met het tweedelijns toezicht van de Commissie, naar verwachting bepalend zijn voor de feitelijke uitvoering.²⁶

Anders dan in het CDW is in het GCDW ook een aparte afdeling opgenomen die gewijd is aan punitieve sancties (Afdeling 5). Op grond van artikel 22 lid 1 GCDW moeten de lidstaten bestuurlijke en strafrechtelijke sancties vaststellen voor de niet-nakoming van de communautaire douaneregelgeving. Deze sancties moeten effectief, proportioneel en ontmoedigend zijn. Ten aanzien van bestuurlijke sancties bepaalt het tweede lid van artikel 22, dat deze de vorm kunnen hebben van een geldboete opgelegd door de douane-autoriteiten of van een intrekking, wijziging of schorsing van een vergunning of machtiging. Een schikking die in de plaats treedt van een strafrechtelijke sanctie wordt beschouwd als een bestuurlijke geldboete. Uit het voorgaande blijkt dat het opleggen van de genoemde sancties in het GCDW niet specifiek is uitgewerkt. Volgens de toelichting bij het voorstel zal er in een later stadium bij Raad en Parlement echter wel een voorstel worden ingediend voor een

25 Dit wordt ook de *Single authorisation for simplified procedures* genoemd en vroeger de 'Single European Authorisation.'

26 Om de invloed van de lidstaten nog verder terug te brengen wordt de status van het Comité Douanewetboek veranderd. Voor het opstellen van alle uitvoeringsvoorschriften, zoals de TCDW, wordt binnen het Comité alleen nog de beheersprocedure gebruikt. Dit betekent een vermindering van de invloed van de lidstaten. Verder zal het Comité enkel raadgevend voor de Commissie optreden bij het opstellen van toelichtingen en richtsnoeren.

gemeenschappelijk kader voor sancties bij overtreding van communautaire douanewetgeving.²⁷ De Europese invloed op de nationale sanctionering kan dan fors toenemen.

11.3 JURIDISCHE EN BELEIDSMATIGE IMPLEMENTATIE IN NEDERLAND

11.3.1 Algemeen

De implementatie van de Europese douaneregels geschiedt zowel op juridisch als op feitelijk niveau. In deze paragraaf staat de juridische implementatie centraal in thans nog de Douanewet en straks de ADW. De beleidsmatige implementatie is reeds in paragraaf 11.2.5 besproken en zal hier dus buiten beschouwing blijven.

Bij de totstandkoming van de ADW zijn – zoals reeds aangegeven in paragraaf 11.1.1 – niet minder dat dertien verschillende ministeries betrokken. Verder is de rechtelijke macht geconsulteerd via de Raad voor de Rechtspraak en heeft via het Ministerie van Justitie coördinatie met het Openbaar Ministerie plaatsgevonden over de handhaafbaarheid van de wet en over de strafbaarstellingen. Daarnaast vindt overleg plaats met de uitvoerders van de regelgeving. De Staatssecretaris van Financiën is politiek verantwoordelijk voor het douanebeleid. De politiek is doorgaans overigens niet heel erg geïnteresseerd in het nogal technische douaneterrein.

De huidige DW dateert van 1995 en was het direct gevolg van de totstandkoming van het CDW. Samen met de AWR regelt deze wet thans de bevoegdheden van de douane, het toezicht en de controle en de sancties. In de nabije toekomst zullen, zoals aangegeven in paragraaf 11.1.2, beide wetten worden vervangen door de ADW, waardoor de bevoegdheden voor alle douanetaken – ook de niet-fiscale taken – samen worden gebracht in één regeling. Omdat de ADW binnenkort geldend recht zal zijn, wordt hierna ook deze wet besproken. Bij het opstellen van de ADW is bijzondere aandacht besteed aan de aansluiting van die wet op de Awb en aan de reikwijdte van de wet. Beide punten worden besproken in paragraaf 11.3.2.

Vervolgens wordt ingegaan op de keuzes die de nationale wetgever heeft gemaakt met betrekking tot controle/toezicht (paragraaf 11.3.3) en sanctionering (paragraaf 11.3.4). Aan de materiële normstelling wordt geen aparte paragraaf gewijd, omdat deze in het CDW en de TCDW volledig is geëuropeiseerd en de nationale regelgeving ter zake alleen een aantal operationaliseringsbepalingen bevat.

Alvorens over te gaan tot bespreking van het relevante nationale recht, wordt kort een opmerking gemaakt over de Nederlandse standpuntbepaling met betrekking tot de Europese douaneregelgeving. De inzet van Nederland

27 Toelichting bij het voorstel voor het GCDW, p. 9-10.

ten tijde van de totstandkoming van het CDW (eind jaren tachtig/begin jaren negentig) was – kort en goed – het zoveel mogelijk overeen te houden van de bestaande Nederlandse regelgeving en praktijk met betrekking tot controle en sanctionering. Over de veranderingen die zijn voorzien in het GCDW is Nederland gematigd positief. Zij tasten de kern van het nationale recht ook niet aan. De gedachte van het GCDW om de douaneprocedure te moderniseren, te vereenvoudigen en te automatiseren, vindt op zich instemming, maar de uitwerking ervan is niet geheel geslaagd. Er wordt volgens Nederland nog te veel vastgehouden aan de traditionele douaneprocedures. Voor Nederland betekent dat in een aantal gevallen een relatieve achteruitgang door de verdere inperking van de nationale uitvoeringsvrijheid voor de lidstaten en het nivelleren naar een lager gelegen *level playing field* dan het Nederlandse niveau. Daardoor zou Nederland minder maatwerk kunnen leveren aan het bedrijfsleven en kunnen de administratieve lasten minder worden gereduceerd. Wat betreft het voorschrijven van de inzet van strafrechtelijke sancties in het GCDW heeft Nederland twijfels of de EG daartoe in de eerste pijler wel bevoegd is, omdat deze sancties niet noodzakelijk zijn om het doel te bereiken. Daarnaast is Nederland in elk geval tegenstander van Europese regels omtrent de hoogte van bestuurlijke boetes en strafsancities.

11.3.2 Aansluiting op de Awb en reikwijdte van het ADW

Het CDW bevat diverse voorschriften over onderwerpen van algemeen bestuursrecht, die in Nederland worden geregeld in de Algemene wet bestuursrecht. Deze voorschriften, die vaak uitputtend zijn bedoeld, wijken nogal eens af van de regeling in de Awb. Deze afwijkingen betreffen bijvoorbeeld het beschikkingsbegrip – dat op grond van artikel 4 onder 5 CDW ook mondelinge beschikkingen en handelingen van de inspecteur omvat – de vertegenwoordiging, de te gebruiken talen, de aanvraag(procedure), de verlenging van beslistermijnen en het toezicht.²⁸ De regeling in het CDW heeft voorrang op die in de Awb. Voorzover het CDW afwijkende regels bevat moeten deze worden toegepast en blijft de Awb-regeling buiten toepassing. De Awb kan wel aanvullend werken.

Bij het opstellen van de ADW stond de wetgever voor de keuze hoe hij het CDW zou laten aansluiten op de Awb. Teneinde het principe van de Awb als algemene wet zoveel mogelijk overeen te houden, heeft hij er niet voor gekozen om de Awb geheel buiten toepassing te verklaren, maar is – uitgaande van het CDW – vrij precies bepaald in hoeverre de Awb op het douaneterrein van toepassing blijft. Daarbij is de Awb alleen expliciet buiten toepassing

28 Zie voor een volledig overzicht van de aansluiting(sproblemen) tussen het CDW en de Awb Bijlage 3 bij de memorie van toelichting van de ADW, *Kamerstukken II* 2005-06, 30 580, nr. 3, p. 85-86 en bijlage 3, p. 351-361.

verklaard als het CDW een uitputtende en afwijkende regeling bevat. Aanvullende Awb-voorzieningen waarvoor het CDW ruimte laat, zijn in stand gelaten voor zover zij de toepassing van het CDW niet belemmeren. Voor zover het CDW een uitputtende regeling bevat die niet afwijkt van de Awb, wordt de Awb-bepaling niet expliciet uitgesloten. Over de wenselijkheid van deze keuze wordt in de literatuur en door de Raad van State verschillend gedacht. Terwijl Widdershoven c.s. en Van Schijndel de keuze van de ADW onderschrijven, acht de Raad van State deze 'geforceerd en weinig transparant'.²⁹

Voor het onderwerp van de onderhavige studie naar implementatie van EU-handhavingsvoorschriften is deze discussie niet heel belangrijk, omdat voorzover het CDW daaromtrent uitputtende regels bevat, de Awb – meer in het bijzonder afdeling 5.2 Awb betreffende 'toezicht' – geheel buiten toepassing is verklaard (artikel 1:6 ADW). De wetgever is daartoe overgegaan omdat het begrip toezicht in artikel 4 onder 13 CDW, veel ruimer is dan het Awb-begrip 'toezicht' (zie reeds paragraaf 11.2.3.1) en de controlebevoegdheden in het CDW ten dele verdergaan dan en vaak anders zijn gereguleerd dan de toezichtsbevoegdheden van de Awb.

Interessant is verder dat er in de ADW voor is gekozen om de CDW-regels ook te laten gelden voor louter nationale douanetaken, zoals het heffen van accijnzen. Ingevolge artikel 1:1 ADW is de ADW van toepassing op het gehele in Nederland toegepaste douanerecht, ook wanneer dat nog valt onder de nationale competentie en buiten de reikwijdte van het CDW. Op het gehele terrein van artikel 1:1 ADW worden vervolgens door artikel 1:5 ADW belangrijke onderdelen van het CDW en TCDW van overeenkomstige toepassing verklaard. Daardoor gelden alle basisdefinities van het CDW, alsmede bijvoorbeeld de bepalingen over het douanetarief, beschikkingen en inlichtingen ook op niet-Europese gebieden. Daarmee heeft Nederland gekozen voor vrijwillige aanpassing aan de Europese standaard. De reden hiervoor is dat aldus de transparantie van de wetgeving wordt bevorderd en dat wordt voorkomen 'dat in de ADW ten behoeve van de beleidsterreinen waarop Nederland nog volledig competent is, in plaats van de communautaire wetgever, identieke bepalingen moeten worden opgenomen'.³⁰

29 Vergelijk Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 18-20; M. van Schijndel, Spanning tussen het Europese douanerecht en het algemeen bestuursrecht: wel of niet aansluiten bij de Awb? in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Kluwer: Alphen a/d Rijn, p. 320-324; het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 580, nr. 4.

30 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 580, nr. 3, p. 84-85.

11.3.3 Controle

11.3.3.1 Algemeen

De controlebevoegdheden die nu nog in de DW en straks in de ADW aan de douane-inspecteur worden toegekend gaan – als gezegd – verder dan toezichtsbevoegdheden van afdeling 5.2. Awb. In paragraaf 11.3.3.2 worden de bevoegdheden kort besproken, waarbij ook aandacht wordt besteed aan de transnationale controlesamenwerking. Behalve controlebevoegdheden kent de ADW ook beperkte opsporingsbevoegdheden aan de inspecteur toe.

11.3.3.2 *Controle- en opsporingsbevoegdheden in de ADW; administratieve samenwerking*

Paragraaf 1.2.4 ADW kent – evenals haar voorganger, de DW – ter uitoefening van douanecontrole een groot aantal bevoegdheden toe aan de inspecteur. De uitoefening van deze bevoegdheden kan doorgaans worden gemandateerd aan ambtenaren van de douane. De controlebevoegdheden worden ten dele voorgeschreven door het CDW – en worden in het ADW dan nader geoperationaaliseerd – of zijn noodzakelijk om de door het CDW voorgeschreven controles effectief te kunnen uitvoeren. Een voorbeeld van een dergelijke bevoegdheid is het gebruik van geweld tegen goederen (artikel 1:30 ADW), bijvoorbeeld het openen van een afgesloten container. Deze bevoegdheid is niet te vinden in het CDW, maar is noodzakelijk om de in het CDW wel voorgeschreven controle van binnenkomende goederen te kunnen uitvoeren.

Een bijzondere regeling is getroffen voor wat in het CDW ‘het nemen van maatregelen’, het ‘regelen van de situatie’ wordt genoemd.³¹ Het CDW doelt hiermee op de regularisatie van een niet-regelmatige situatie bijvoorbeeld door de vernietiging van goederen. De wetgever heeft er voor gekozen om deze regularisatie aan te merken als het toepassen van bestuursdwang (artikel 1:31 ADW). In de volgende tabel is zichtbaar gemaakt hoe de controlebevoegdheden van het CDW en de ADW op elkaar aansluiten.

Uit de tabel blijkt zonneklaar dat de controlebevoegdheden van de douane-inspecteur verder gaan dan die van een toezichthouder in de zin van de Awb. Bevoegdheden als inbeslagneming, het betreden van woningen, het toepassen van lijfvisitatie en het schenden van het briefgeheim komen in de Awb niet voor.

31 Het gebruik van termen is vaak wisselend, maar het komt veelvuldig voor in het CDW (Zie de artikelen 53, 56, 57, 75, 78, 89, 179, 232 CDW).

Controlebevoegdheid	CDW	ADW
Verificatie	Artikel 68	Artikel 1:35
Aangiftegegevens Boekhoudingen Andere Bescheiden	Artikel 13	Artikel 1:32/33
Gebouwen en Vervoermiddelen	Artikel 13	Artikel 1:26
Bagage en Goederen	Artikel 13	Artikel 1:26
Administratief onderzoek	Artikel 78	Artikel 1:32/33
Inlichtingen en bescheiden	Artikel 14, 68 (a), 78(2)	Artikel 1:32/33
Het regelen van de situatie	Artikelen 53(1), 57, 75, 78(3), 89(2)	Artikel 1:31
Onderzoek goederen en nemen van monsters	Artikel 42	Artikel 1:24
Betreden van plaatsen en woningen	-----	Artikel 1:23
Stil houden	-----	Artikel 1:24(3), 1:27
Lijfsvisitatie	-----	Artikel 1:28
Identificatieplicht	-----	Artikel 1:34
Gedeeltelijk onderzoek	-----	Artikel 1:25(1)
Geweld	-----	Artikel 1:30
Inbeslagname	-----	Artikel 1:37
Identificatiemaatregelen	Artikel 72(1)	-----
Schending Briefgeheim	-----	Artikel 1:36

Anders dan het CDW, dat geen geschreven waarborgen bevat voor de toepassing van controlebevoegdheden door de douanediens, bevat de ADW wel een aantal normen. Zo mag de inspecteur van zijn bevoegdheden alleen gebruik maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (artikel 1:21 ADW) en dient zich altijd te legitimeren volgens het model van artikel 5:12, lid 3, van de Awb (artikel 1:22 ADW).

In afdeling 10.1 ADW wordt – zoals thans in hoofdstuk 6 DW – de overtreding van de Europese fiscale douaneregels als strafbaar feit aangemerkt. Naast de buitengewone opsporingsambtenaren als bedoeld in artikel 141 Sv, zijn met de opsporing hiervan ook de ambtenaren van de rijksbelastingdienst belast die bevoegd zijn inzake douane dan wel de ambtenaren die door de minister van financiën zijn aangewezen (artikel 11:3 lid 1 ADW). Deze ambtenaren hebben een aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden, zoals het in beslag nemen van goederen en het vorderen van uitlevering ervan (artikel 11:4 ADW), het doen van huiszoekingen en het aanhouden van personen en het geleiden van hen naar een plaats voor verhoor.

De in Verordening (EG) nr. 515/97 inzake wederzijdse bijstand (zie paragraaf 11.2.3.3) voorziene mogelijkheid dat buitenlandse of Europese ambtenaren aanwezig zijn bij een in Nederland verricht administratief onderzoek wordt geregeld in artikel 1:23 ADW. Op grond van deze bepaling is de inspecteur bevoegd 'zich te doen vergezellen door personen die daartoe door hem zijn

aangewezen'. De bepaling kent geen zelfstandige controlebevoegdheden toe aan buitenlandse (of Europese) ambtenaren.³² Een gelijke bepaling is opgenomen in artikel 11:6 ADW met betrekking tot opsporing.

11.3.4 Sancties

11.3.4.1 Algemeen

Zoals vermeld in paragraaf 11.2.4 schrijft het CDW enkel het opleggen van herstelsancties (naheffing, intrekken van vergunningen, verlies van zekerheid) voor en laat het punitieve sancties over aan het nationaal recht. Met betrekking tot de genoemde herstelsancties, die (vrijwel) volledig door het CDW worden geregeld, bevat de ADW alleen een beperkt aantal uitvoeringsbepalingen. Het nationale douanerecht bevat wel een groot aantal bepalingen met betrekking tot het bestraffen van de overtreding van de Europese douaneregels met behulp van bestuurlijke boetes en strafrechtelijke sancties. De strafbaar gestelde delicten kunnen door de inspecteur worden afgedaan door middel van een transactie (artikel 10:15 ADW).

11.3.4.2 Bestuurlijke boeten

Thans regelt hoofdstuk 5 DW (artikelen 37 t/m 41) de overtredingen waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Het betreft een beperkt aantal overtredingen in de administratieve sfeer, bijvoorbeeld het overschrijden van de termijn om goederen een douanebestemming te geven (artikel 37 DW). De DW kent verzuim- en vergrijpboetes. Vergrijpboetes worden opgelegd wanneer een overtreding is te wijten aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige. Verzuimboetes bedragen maximaal 90 euro. Een vergrijpboete kan ten hoogste 100% van het bedrag van de te heffen rechten zijn.³³ De bestuurlijke boeten worden opgelegd door de inspecteur volgens de regels van hoofdstuk VIIIA AWR.

In het toekomstige hoofdstuk 9 ADW verandert het hiervoor weergegeven systeem niet wezenlijk. Wel zijn de verzuim- en vergrijpomschrijvingen wat ruimer gemaakt en is het maximum van de verzuimboeten verhoogd tot 300 euro. Daarnaast is het niet voldoen aan een verplichting voortvloeiend uit een vergunning ook beboetbaar gemaakt als verzuim en vergrijp. Geheel in de gedachte van het ADW zijn ook de bepalingen over het opleggen van bestuurlijke boeten in de wet opgenomen (afdeling 9.2). De bevoegdheid tot oplegging van de boete ligt bij de inspecteur.

³² *Kamerstukken II* 2005/06, 30580, nr. 3, p. 97-98.

³³ Zie artikel 37(2), 38(2), 39(2) DW. Het besluit bestuurlijke boeten belastingdienst regelt hier dat bij grove schuld 25% opgelegd wordt en bij opzet 50% (zie hoofdstuk III BBBB 1998).

In de ADW wordt het boetestelsel niet fundamenteel gewijzigd omdat men de ontwikkelingen op Europees niveau wil afwachten. Zoals in paragraaf 11.2.6.3 aangegeven, moeten de lidstaten ingevolge artikel 22 GCDW voor de nakoming van de Europese douaneregelgeving bestuurlijke en strafrechtelijke sancties vaststellen, waarbij de bestuurlijke boete expliciet wordt aangemerkt als een bestuurlijke sanctie. Het is de bedoeling van de Commissie om ter uitwerking van deze bepaling op een later moment een gemeenschappelijk sanctiekader vast te stellen. Daarbij is het denkbaar dat de inzet van bestuurlijke boetes op grotere schaal zal worden voorgeschreven en dat ter zake van de oplegging ervan Europese regels worden gegeven. In dat geval rijst de vraag in hoeverre er nog ruimte is voor nationale bepalingen en zo ja, welke.³⁴ Een tweede reden om het boetestelsel in de ADW nog niet wezenlijk te wijzigen, zijn de nationale plannen met betrekking tot de Wet OM-afdoening.³⁵ Op grond van deze wet zal het OM in de toekomst bevoegd zijn om bepaalde strafbare feiten buitengerechtelijk met een strafbeschikking af te doen. Deze beschikking zal ook de transactie vervangen. De gevolgen van de plannen voor het sanctie-instrumentarium van de douane kunnen nog niet worden overzien.

11.3.4.3 *Strafrechtelijke sancties*

Thans regelt hoofdstuk 6 DW het materiële douanestrafrecht. Het kent naar het model van de verzuimen en vergrijpen zowel overtredingen als misdrijven. Zo stelt artikel 44 lid 1 van de DW het in strijd handelen met de artikelen 38, 39, 40, 41, 43, 44, en 177 CDW strafbaar als overtreding, terwijl het tweede lid het handelen met het oogmerk de rechten bij invoer die van de goederen zijn verschuldigd, te ontduiken of de ontduiking daarvan te bevorderen als misdrijf strafbaar stelt. Overtredingen kunnen worden bestraft met een geldboete, misdrijven met een geldboete, hechtenis of gevangenisstraf.

De AWR regelt de uitvoering van de strafbaarstellingen van de DW. Deze wet kent aan de 'inspecteur' – in de praktijk treden als zodanig op de inspecteurs van de vier douaneregio's die ook zijn aangewezen als contactambtenaar met het Openbaar Ministerie (zie paragraaf 11.4.1.1) – bijzondere vervolgingsbevoegdheden toe. Daarnaast geeft artikel 76 AWR aan de inspecteur de bevoegdheid om een transactie aan te bieden waarmee strafrechtelijke vervolging kan worden voorkomen.³⁶

Alle processen-verbaal worden ingezonden aan de inspecteur. Processen-verbaal betreffende strafbare feiten waarbij inverzekeringstelling of voorlopige

³⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 580, nr. 3, p. 133.

³⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 3.

³⁶ Deze transacties kunnen bestaan uit een geldboete, uitlevering en afstand doen van voorwerp, een geldbedrag gelijk aan of lager dan het geschatte voordeel of het alsnog voldoen aan een bij de belastingwet gestelde verplichting (Artikel 76, derde lid, AWR).

hechtenis is toegepast of een woning tegen de wil van de bewoner is binnengetrepen, worden door hem altijd overgedragen aan de bevoegde officier van justitie. De overige processen-verbaal doet de inspecteur toekomen aan de officier van justitie, indien hij een vervolging wenselijk acht (artikel 80 AWR). De officier van justitie is bevoegd om de zaak ter afdoening weer in handen te stellen van de inspecteur die vervolgens een transactie kan aanbieden. Regels voor afstemming tussen inspecteur en OM zijn opgenomen in de ATV-richtlijnen, die in paragraaf 11.4.2.1 behandeld worden.

De regeling van de strafrechtelijke sanctionering uit de DW en AWR wordt vrijwel ongewijzigd overgenomen in hoofdstuk 10 en 11 ADW. Ook in de ADW wordt het in strijd handelen met de verplichtingen van het CDW als overtreding of misdrijf strafbaar gesteld waarvoor strafsancities kunnen worden opgelegd, worden aan de inspecteur bijzondere vervolgingsbevoegdheden toegekend en is de inspecteur ter voorkoming van strafrechtelijke vervolging bevoegd een transactie aan te bieden. De verhouding tussen de Officier van Justitie en de inspecteur is dezelfde als onder de AWR.

11.4 UITVOERING EN HANDHAVING

11.4.1 Organisatie en afstemming

11.4.1.1 *Organisatie van de douane*

Het CDW wordt uitgevoerd door het douane-onderdeel van de belastingdienst. De douane is belast met de toezichttaken die het CDW voorschrijft en met de douane-opsporing. De douane is verdeeld in vier regio's, die elk een inspecteur hebben. Deze worden aangewezen bij ministeriële regeling en onderhouden het contact met het Openbaar Ministerie. De bestuurs- en strafrechtelijke handhavingsbevoegdheden worden in de DW (en straks in de ADW) toegekend aan deze inspecteurs. Hij kan deze vervolgens mandateren aan andere douane-ambtenaren. De inspecteurs zijn bevoegd om proces-verbaal op te maken en hebben de mogelijkheid om een transactie aan te bieden.

Behalve de douane kan ook de FIOD/ECD bij de opsporing van douane-delicten betrokken zijn. De FIOD/ECD is een bijzondere opsporingsdienst en wordt door de Douane ingeschakeld bij ernstige delicten en wanneer zware strafrechtelijke dwangmiddelen (doorzoeking, telefoontaps) nodig zijn.³⁷ Het Openbaar Ministerie is in alle gevallen de instantie die vervolging instelt.

³⁷ De douane-opsporing wordt ook wel de kleine opsporing en FIOD/ECD de grote opsporing genoemd.

11.4.1.2 *Afstemming Douane en OM*

Zoals in paragraaf 11.3.4.3 aangegeven, kunnen douanedelicten door middel van een transactie worden afgedaan door de inspecteur of kunnen zij worden vervolgd door het Openbaar Ministerie. Over de keuze van beide afdoeningvormen bevatten de ATV-richtlijnen nadere beleidsregels.³⁸ Volgens de richtlijnen kan de inspecteur zonder overleg met het OM een transactie aanbieden van maximaal 100% van de te weinig geheven belasting als de douaneschuld lager is dan 6000 euro voor particulieren en lager dan 12500 euro voor bedrijven. Boven deze bedragen vindt overleg plaats met het OM en met de FIOD/ECD om te bepalen of in het desbetreffende geval strafrechtelijke opsporing en vervolging aangewezen is. In dit 'tripartiet overleg' wordt besloten welke afdoening voor de concrete zaak aangewezen is. In beginsel worden zaken waarbij het gaat om een fiscaal nadeel van 25000 euro of hoger strafrechtelijk vervolgd. Hiervan kan echter worden afgeweken wanneer een evenwichtige rechtsbedeling vraagt dat de zaak door middel van een transactie zal worden afgedaan. In de praktijk blijkt dit nogal eens het geval te zijn en wordt het grootste gedeelte van de douanedelicten (90%) via transacties afgedaan.

11.4.1.3 *Transnationale samenwerking*

Wederzijdse bijstand door middel van het uitwisselen van informatie vindt vele malen per maand plaats. Buitenlandse douaneautoriteiten willen in zulke gevallen inzage hebben in de administratie van een in Nederland gevestigd bedrijf. Daarnaast kunnen buitenlandse ambtenaren conform Verordening (EG) nr. 515/97 met toestemming van het ministerie aanwezig zijn bij een douaneinspectie (artikel 1:23 lid 2 ADW) of bij een opsporingsonderzoek (artikel 11:6 ADW). In de praktijk komt dit ongeveer tweemaal per jaar voor. In dat geval wordt een draaiboek opgesteld en worden de buitenlandse ambtenaren intensief begeleid ten einde ervoor te zorgen dat zij alle nodige informatie krijgen en dat Nederland precies weet wat er wordt meegenomen. Naast deze formele vormen van samenwerking zijn er ook informele informatie-uitwisselingen met buitenlandse toezichthouders. Deze zijn van belang bij het bepalen van de risicoprofielen. Door de eenvoud en snelheid van het informele contact heeft dit vaak de voorkeur boven de formele samenwerking.

Zelfstandige verificatie door inspecteurs van het Europese antifraudebureau OLAF bij bedrijven in Nederland vindt een aantal keren per jaar plaats. De douane is verplicht deze ambtenaren bijstand te verlenen.

³⁸ Aanmeldings-, Transactie- en Vervolgingsrichtlijnen voor fiscale delicten en douanedelicten 2006, nr. DGB05-6956.

11.4.2 Controle

11.4.2.1 *Controle in de praktijk*

Er zijn controles bij binnenkomst van de goederen en na invoer ervan. Direct bij binnenkomst wordt er gecontroleerd op basis van een risico-analyse. Hiervoor worden risicoprofielen opgesteld gebaseerd op verschillende kenmerken, zoals het land van herkomst, het 'verdachte' karakter van de goederen, het verleden van een importeur et cetera. De mate en intensiteit van de fysieke controle hangt af van het risico dat er een inbreuk op de douaneregels wordt gemaakt en de ernst van die inbreuk. In het ergste geval vindt bij bepaalde risico-profielen een 100% fysieke controle plaats; alsdan worden alle goederen van een bepaalde soort fysiek gecontroleerd. Omdat de impact op de handel erg groot is, is men wel terughoudend met fysieke controles.

Bij zaken die op basis van de risico-analyse geen probleem vormen, worden fysieke controles op basis van statistische profielen gehouden (random-controle). Het overgrote deel van de goederen wordt echter op administratieve wijze na invoer ervan gecontroleerd.

De Nederlandse douane heeft een goede relatie met het bedrijfsleven, waarmee ook regelmatig overleg plaatsvindt of op individuele basis of met het VNO/NCW. Voor de goede relatie is van belang dat bedrijven in het algemeen baat hebben bij een goede controle van de douaneregels. Zij lijden immers schade als gevolg van overtredingen van deze regels door anderen.

Verder is van belang dat Nederland – mede in verband met de concurrentiepositie van ons bedrijfsleven – het beleid voert om douaneprocedures snel, eenvoudig en bij voorkeur administratief en elektronisch af te doen en om fysieke controles zoveel mogelijk te vermijden. In de nabije toekomst wordt bovendien ingezet op controle van volledige logistieke ketens waarbij de controle in nauwe samenwerking tussen alle bij een goederenzending betrokken douanediens ten zal plaatsvinden, alsmede op een uitbreiding van horizontaal toezicht (zie de volgende paragraaf). Aldus worden de handelsstromen zo min mogelijk belemmerd.

De douane heeft voor het vervullen van haar Europese controletaken in het algemeen voldoende capaciteit en controlebevoegdheden. Het correct uitvoeren van de Europese taken heeft ook een hoge prioriteit. Als er keuzes moeten worden gemaakt, prevaleert deze taak boven het heffen van nationale belastingen, zoals accijnzen. Deze nationale taak kan daardoor onder druk komen te staan.

Er bestaat wel een zekere spanning tussen de Europese regels die vaak nog uitgaan van papieren procedures en een hoog aantal fysieke controles en de wens van de Nederlandse douane om procedures en controles zoveel mogelijk elektronisch af te doen. Soms leidt dat tot echte aanvaringen. In een

dergelijk geval moet Nederland zich aanpassen aan de Europese eisen. Overigens is het vaak zo dat de Nederlandse benadering op een later moment door Europa wordt overgenomen. Zo is de nadruk die Nederland al jaren legt op de papierloze afdoening van douaneprocedures ook een belangrijke doelstelling van het GCDW (paragraaf 11.2.6).

In het kader van het beschermen van de financiële middelen van de Europese Unie houdt de Commissie regelmatig audits. Dit gebeurt ook door de Europese Rekenkamer. Daarbij zijn bepalend de controle-eisen die zijn neergelegd in de Europese regelgeving en administratieve afspraken. De ervaring van de Nederlandse douane is dat de Europese controle-eisen in het algemeen goed haalbaar zijn, maar dat sommige eisen moeilijk uitvoerbaar zijn met name met betrekking tot de fysieke controles.

11.4.2.2 Horizontaal toezicht

Een belangrijke ontwikkeling is de privatisering van de controle, waarvoor door de douane een voorstel is ontwikkeld.³⁹ Dit voorstel neemt de mogelijkheid van het CDW om geautoriseerde marktdeelnemers toe te laten (zie paragraaf 11.2.3.1) als uitgangspunt en gaat een stap verder. Vanaf 1 januari 2008 zal voor 'betrouwbare' internationaal opererende bedrijven de status van *Authorised Economic Operator* worden ingevoerd. Het is de bedoeling dat deze bedrijven worden gecertificeerd door een branche-organisatie of certificeringsinstelling, waarbij het certificaat wordt verleend op basis van de bestaande relatie met het bedrijf, de toezegging van het bedrijf dat zij bekend is met de wetgeving en afspraken over zelfcontrole. Gecertificeerde bedrijven kunnen in beginsel het toezicht zelf verrichten. De douane kan haar toezichtstaak concentreren op het niet-gecertificeerde gedeelte van de invoer.

11.4.3 Sancties

11.4.3.1 Herstelsancties

De herstelsancties in het douanerecht – de naheffing, het verlies van zekerheden en het intrekken van vergunningen – worden door douaneambtenaren namens de inspecteur opgelegd. Daarbij moet men de Europese criteria trouw toepassen en bestaat geen nationale beoordelings- of beleidsvrijheid. Wel bieden deze criteria soms enige ruimte voor interpretatie. Met name de intrekking van vergunningen wordt door bedrijven ervaren als een zware sanctie, omdat deze intrekking verreikende gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering.

³⁹ Zie voor informatie over het voorstel de brief van DG Belastingdienst J. Theunissen van 18 juni 2007 op < www.douane.nl >.

11.4.3.2 Punitieve sancties

De punitieve sancties in het douanerecht – die thans nog zijn geregeld in de DW/AWR en straks in de ADW – zijn de bestuurlijke boete, de transactie en strafrechtelijke sancties. De bestuurlijke boete kan slechts ten aanzien van een beperkte aantal overtredingen van het CDW in de administratieve sfeer worden opgelegd en is als handhavinginstrument voor het douanerecht daarom niet heel erg belangrijk.⁴⁰

Veruit de meeste schendingen van het CDW worden strafrechtelijk gesanctioneerd. In de praktijk eindigt ongeveer 90% van de opgespoorde douanedelicten in een transactie. Slechts in 10% van de zaken vindt strafrechtelijke vervolging door het OM plaats.

In het algemeen is de douane tevreden met de nadruk op strafrechtelijke handhaving en vooral met de daarbij voor de inspecteur voorziene transactiebevoegdheid. Tegen een transactie staat geen beroep open, zodat eindeloze procedures worden vermeden. Voor bedrijven is een transactie gunstig omdat daardoor strafrechtelijke vervolging wordt vermeden.

Bezien vanuit de uitvoering bestaat dan ook geen behoefte aan het in ruimere mate voorschrijven door Europa van de bestuurlijke boete waartoe het GCDW de mogelijkheid biedt (zie paragraaf 11.2.6.3). Vanwege de openstaande bezwaar- en beroepsmogelijkheden is de boete minder effectief dan de transactie. Om dezelfde reden is men in de uitvoering geen groot voorstander van de introductie van de OM-beschikking ter vervanging van de transactie (zie paragraaf 11.3.4.3).

11.5 CONCLUSIES

De werkzaamheden van de nationale douane worden in hoge mate bepaald en gereguleerd door Europa. Dat is niet zo vreemd omdat de douaneheffing één van de eigen middelen van de Europese Unie is. Bovendien moet worden bereikt dat de uniforme douaneregels aan alle Europese buitengrenzen ook op uniforme wijze worden toegepast zodat voor het bedrijfsleven een *level playing field* bestaat. Vanuit Europees oogpunt moeten alle nationale douanediensten gezamenlijk als één organisatie optreden. Overigens bestaat er geen Europees douane-agentschap, ook al zou de Commissie dit wel graag willen.

De douanecontrole is in hoge mate geëuropeaniseerd. Dit geschiedt zowel door middel van regels in het CDW en de TCDW, als door middel van beleidsmatige instrumenten als administratieve afspraken. Deze afspraken betreffen bijvoorbeeld de frequentie en wijze van uitvoering van de controles. Zij zijn de facto bindend omdat zij als leidraad dienen bij het tweedelinjstoezicht van

⁴⁰ Vergelijk ook de ATV richtlijnen, waarin wordt aangegeven dat bij de douanedelicten veelal de mogelijkheid ontbreekt om een bestuurlijke boete op te leggen.

de Commissie. Als een lidstaat daaraan niet voldoet, kan dat financiële repercussies hebben. Er bestaat enige spanning tussen de Europese nadruk die tot nu toe heeft gelegen op papieren procedures en fysieke controles en de Nederlandse wens om procedures en controles zoveel mogelijk administratief en elektronisch af te doen. Overigens beweegt Europa wel in de richting van de Nederlandse wens.

In de toekomst zal de Europese invloed op de controle nog toenemen. Zo komt er onder het GCDW één Europees douanesysteem en een algemene Europese risico-analyse. Voorts zal het voor bedrijven mogelijk worden dat zij nog maar met één controle-instantie – namelijk die in het land waarin zij zijn gevestigd – te maken hebben en komt er meer ruimte voor horizontale (private) controles.

De controlebevoegdheden die de douane-inspecteur in nu nog de DW en straks de ADW krijgt toegekend, gaan veel verder dan de toezichtsbevoegdheden van de Awb. Zo kan de douane-inspecteur goederen in beslag nemen, woningen betreden, lijfvisitatie toepassen en het briefgeheim schenden. Bovendien kan hij geweld tegen goederen gebruiken, bijvoorbeeld om een afgesloten container te openen. De bevoegdheden van de inspecteur worden ten dele voorgeschreven in het CDW en zijn voor een ander deel noodzakelijk om de in het CDW voorgeschreven controle effectief te kunnen uitvoeren.

Op het douaneterrein is administratieve samenwerking met andere lidstaten en de Commissie noodzakelijk. Informatie-uitwisseling met andere staten vindt vele malen per maand plaats. Ongeveer twee maal per jaar komt het voor dat een buitenlandse ambtenaar 'meeloopt' bij een in Nederland gehouden administratief onderzoek.

Op dit moment worden alleen de herstelsancties (naheffing, verlies van zekerheden, de intrekking van vergunningen) Europees geregeld in het CDW en wordt het opleggen van punitieve sancties aan de lidstaten gelaten. Nederland heeft ervoor gekozen het Europese douanerecht vooral strafrechtelijk te handhaven, waarbij de douane-inspecteur de meeste delicten wel via een transactie kan afdoen. De bestuurlijke boete heeft vooralsnog een bescheiden plaats in het handhavingspalet.

Het GCDW biedt Europa de mogelijkheid om in de nabije toekomst ook de nationale punitieve sanctionering te beïnvloeden. De Commissie heeft ook plannen in die richting. Deze plannen zouden tot gevolg kunnen hebben dat de bestuurlijke boete op grotere schaal moet worden ingevoerd. In de Nederlandse douane-uitvoering is men daarvan geen voorstander.

12 | Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften in Nederland: patronen en problemen

12.1 INLEIDING: TERUG NAAR DE DOEL- EN VRAAGSTELLING VAN HET ONDERZOEK EN EEN CAVEAT VOORAF

Het doel van dit onderzoek is het in kaart brengen van Europese sturing ten aanzien van de rechtshandhaving om op basis daarvan te analyseren hoe handhavingsvoorschriften¹ in EU-recht (met name in regelgeving uit de eerste – EG-rechtelijke – pijler van de EU en uit de derde pijler inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken) in Nederland worden geïmplementeerd² en welke ervaringen daarmee worden opgedaan, het in breder perspectief plaatsen daarvan en het leggen van verbanden terzake. Met name is in dit onderzoek getracht te bezien of er bij de wijze waarop Nederland (wettelijke en jurisprudentiële) EU-handhavingsvoorschriften implementeert (via juridische maatregelen of feitelijk optreden van beleidsmakers of handhavende instanties), zich bepaalde regelmatigheden of patronen voordoen, en of er bij de implementatie problemen en vraagstukken opkomen die aanleiding zouden vormen de huidige wijze van implementatie aan te passen. Door deze aanpak kunnen de resultaten uit het onderzoek bijdragen aan het ontwikkelen van (proactief) beleid met betrekking tot de totstandkoming van EU-handhavingsvoorschriften en de implementatie daarvan in Nederland.

Met het oog op die doelstelling staan in het onderzoek de volgende drie vragen centraal:

1. Hoe is de verhouding van EU-regelgeving op het gebied van de rechtshandhaving tot het Nederlands beleid en wetgeving dienaangaande?
2. Op welke wijze wordt die regelgeving geïmplementeerd en zijn er daarbij patronen te onderkennen?
3. Voor welke problemen zien de Nederlandse wetgever en de Nederlandse handhavingspraktijk en -organisatie zich te dien aanzien gesteld?

1 In het kader van dit onderzoek worden onder handhavingsvoorschriften zowel controle- als sanctioneringsvoorschriften verstaan.

2 In het kader van dit onderzoek wordt uitgegaan van het brede begrip implementatie, dat wil zeggen het treffen van wettelijke of jurisprudentiële voorzieningen ter omzetting of uitvoering van Europese (handhavings)voorschriften (zie ook *101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten*, Den Haag 2005, p. 5 < http://www.minjus.nl/images/101%20praktijkvragen_tcm34-2446.pdf >), alsook de feitelijke toepassing (handhaving) van die (omgezette of uitgevoerde) voorschriften door handhavende instanties.

In deze slotbeschouwing wordt nagegaan wat er op basis van het onderzoek (het algemene onderzoek, de *quick scans* en de verdiepende casestudies) kan worden geconcludeerd ten aanzien van deze centrale vragen. Hierbij dient al wel direct een eerste belangrijk *caveat* te worden aangetekend. Uit het onderzoek komt één belangrijke conclusie als eerste naar voren: heldere en eenduidige implementatiepatronen, die over de hele linie van de onderzochte dossiers waarneembaar zijn, komen eigenlijk niet voor. De wijzen waarop de EU-handhavingsvoorschriften worden geïmplementeerd blijken – afgaande op de onderzochte casus – het gevolg van twee factoren: de *asymmetrie van de Europese beïnvloeding en beleidsveldafhankelijkheid*. Dat zal wellicht niet direct verwonderen.

Eenzijds varieert in dit onderzoek de mate van Europeanisering van de handhaving van zwak tot sterk. Vooral voor terreinen met een zwakke mate van Europeanisering zal de feitelijke handhavingspraktijk in belangrijke mate Nederlands zijn ingekleurd. Een invloed vanuit Europa is dan nauwelijks aan de orde. Anderzijds hebben lidstaten bij de uitvoering van EU-voorschriften meestal een implementatiebandbreedte en veel lidstaten – zoals Nederland – zullen proberen bij de implementatie steeds zo dicht mogelijk aan te sluiten bij bestaande beleidscompartimenteringen en -praktijken (zoals uitvoerings- en handhavingspraktijken) en bestaande instrumenten.³ Die nauwe aansluiting is doorgaans efficiënter en effectiever.

Een sterke nationale kleuring van de handhavingspraktijk, ook wanneer meer strikte Europese handhavingsvoorschriften bestaan, lijkt daarmee eigenlijk in de uitvoering te zijn ingebakken. Het is zelfs zo dat de beleidsveldafhankelijkheid van de implementatie van EU-voorschriften – voor zover gesignaleerd in dit onderzoek – ook lijkt te blijven bestaan in geval die EU-handhavingsvoorschriften zelf directer regie nemen ten aanzien van de wijze van inrichten van de controle en sanctionering van (overtreding van) EU-regels (vgl. douane). Beleidsveldafhankelijkheid betekent overigens niet dat het onmogelijk is om trends of parallellen tussen enkele van de onderzochte beleidsvelden te signaleren. De ondergaande conclusies getuigen daar in een aantal gevallen van.

Bij de behandeling van de conclusies wordt de volgorde van de centrale vragen van het onderzoek aangehouden, waarbij de vragen twee en drie in samenhang aan de orde worden gesteld.

3 Aanwijzing 338 van de Aanwijzingen voor de regelgeving roept daar zelfs toe op.

12.2 EU-HANDHAVINGSVOORSCHRIFTEN IN PERSPECTIEF

12.2.1 Handhaving in een gedeelde rechtsorde

De Europese rechtsorde, waarvan Nederland sinds 1957 deel uitmaakt, is een gedeelde rechtsorde waarbinnen de Europese Unie en de lidstaten in een loyale samenwerking moeten komen tot een effectieve doorwerking van het Europese recht in de rechtsordes van de lidstaten. In de EU wordt in overwegende mate gekozen voor indirecte handhaving, uitzonderingen als het inmiddels ook al deels gedecentraliseerde mededingingsrecht daargelaten. Dat wil zeggen handhaving door de lidstaten. De handhaving van het gemeenschapsrecht is lange tijd een ondergeschoven kind geweest. Daarin komt onmiskenbaar verandering. Ten behoeve van die handhaving stellen de Europese instellingen op een groeiend aantal beleidsterreinen al dan niet uniforme of rechtsstelsel-harmoniserende regels vast die rechtstreeks of via lidstatelijke tussenkomst doorwerken. Om EU-regels effect te doen sorteren moeten de lidstaten de Europese regels implementeren waaronder in dit onderzoek in ruime zin worden begrepen de juridische omzetting of inkadering, de uitvoering én daadwerkelijke handhaving ervan. Europa is voor een effectieve handhaving van zijn recht derhalve in hoge mate afhankelijk van de handavingsinspanningen van de lidstaten. Die zijn verantwoordelijk voor correcte en tijdige toepassing van EU-verdragen en secundaire EU-regelgeving. Deze afhankelijkheid is een belangrijke reden voor de aansturing van de nationale handhaving door de Europese regelgever en Europese rechter.

De Europese invloed op handavingsgebied kent twee motieven en – daarmee – twee kanten. Ten eerste bestaat er voor een effectieve handhaving de noodzaak de handhaving in de lidstaten in verticale richting te sturen. De EU-wetgever, EU-rechters (Hof van Justitie van de EG en Gerecht van Eerste Aanleg) en de Europese Commissie spannen zich in de richting van een individuele lidstaat als Nederland via handavingsvoorschriften, rechtspraak en controle- en sanctie-inspanningen in om de naleving van EU-regels te verzekeren door beïnvloeding van actoren binnen de lidstaat (verticale beïnvloeding). Daarnaast bestaat ook de noodzaak tot handavingssamenwerking tussen de lidstaten onderling alsook tot facilitering van de afstemming van handavingsinspanningen in de verschillende lidstaten, in het bijzonder bij de bestrijding van grensoverschrijdende overtredingen van Europese regels (horizontale handavingsbeïnvloeding). De overtreding van EU-regels vindt immers lang niet altijd plaats binnen het grondgebied van één lidstaat.

De Europese invloed op handavingsgebied is vooral ook bedoeld ter voorkoming van *level playing field* problemen, die zonder Europese beïnvloeding van de handavingsamenwerking en -inspanningen al snel kunnen ontstaan. Immers, (grote) verschillen in de handavingspraktijk in verschillende lidstaten leiden, evenals verschillen in materiële normstelling, voor de betrokken partijen

tot ongelijke concurrentievoorwaarden. Dit probleem is op vrijwel alle onderzochte beleidsterreinen geconstateerd.

De EU-beïnvloeding van de rechtshandhaving heeft plaats door middel van de juridische instrumenten uit zowel de eerste – EG-rechtelijke – pijler van de EU, als die uit de derde pijler (politiële en justitiële samenwerking in strafzaken). Daarnaast is er sprake van jurisprudentiële beïnvloeding: het Hof van Justitie van de EG stelt, in het kader van het zogenoemde doeltreffendheidsbeginsel, enerzijds instrumentele eisen aan de wijze waarop lidstaten het Europese recht, dan wel daarop geënt nationaal recht, handhaven. Anderzijds vloeien uit de jurisprudentie ook waarborgereisen voort. Een derde wijze van beïnvloeding is die via de weg van *soft law*. Men probeert dan aan te sturen door het formuleren van *best practices*, *guidelines*, *benchmarks* en *standards*, door het houden van *peer evaluations* en *reviews*, et cetera. Deze aanpak is sterk in opkomst. Uit het onderzoek volgt dat de EU de afgelopen jaren bij het bestrijden van het handhavingstekort ten aanzien van Europese regels steeds sterker inzet op de informatiestrategie (verder: I-strategie). Men legt de nadruk op het verkrijgen van (zo accuraat mogelijke) informatie ten aanzien van de nalevingssituatie. De hiervoor geïnventariseerde sturingsmodaliteiten waaraan ook de Commissie deelneemt, kunnen als onderdelen van die I-strategie bij de bevordering van de naleving van EU-voorschriften worden gezien. In de wijze waarop op EU-niveau (regelstellend niveau) en nationaal niveau wordt samengewerkt (de lidstaten zijn zoals hiervoor opgemerkt verantwoordelijk voor de effectuering van EU-regels) is, onder andere maar niet alleen voor tweede lijnstoezicht, informatie over de naleving in de lidstaten wezenlijk. Zonder informatie bestaat er geen inzicht in het handhavingstekort ten aanzien van Europese regels en kan ook niet worden gereageerd. Nederland heeft er gelet daarop in de regel baat bij de I-strategie van de EU bij de handhaving en naleving van EU-regels te omarmen. Dit geeft goede kansen te benchmarken en zo tot effectievere en efficiëntere handhaving van EU-regels te komen. Verder kan daarmee worden voorkomen dat het Europese *level playing field* ten nadele van Nederland wordt ondermijnd en kan daardoor ook de transparantie en dialoog met betrokken burgers en organisaties worden versterkt.⁴

12.2.2 Europese beïnvloeding van het Nederlandse handhavingsrecht nader bezien

De EU-invloed op de rechtshandhaving kent verschillende modaliteiten. EU-beïnvloeding komt voor zowel in vormen die wij in Nederland de publiekrechtelijke handhaving door middel van bestuurs- en strafrecht zouden noemen,

4 Zie ook de Mededeling van de Commissie 'Een Europa van resultaten – toepassing van het gemeenschapsrecht' (COM(2007)502 def, p. 5).

als in vormen van – naar Nederlandse maatstaven gemeten – privaatrechtelijke of private handhaving (verder: private handhaving). De Nederlandse en de Europese doctrine sluiten voor wat betreft het gebezigde jargon niet helemaal op elkaar aan. Waar we – zoals al is aangegeven in hoofdstuk 1 – in Nederland het begrip ‘handhaving’ gebruiken als een paraplu-begrip, waaronder zowel toezicht, opsporing, als bestuurs- en strafrechtelijke sanctionering wordt verstaan, wordt in de communautaire terminologie eerder onderscheiden tussen *controle* (informatie verzamelen over de wijze waarop regels al dan niet worden nageleefd) en *sanctionering* (het afgeven van een reactie – bijvoorbeeld naar aanleiding van hetgeen blijkt uit de controle-informatie). Wij zullen ons in dit hoofdstuk nog vaak bedienen van het iets minder precieze begrip ‘handhaven’, omdat daarmee de Nederlandse aansluiting het best is gegarandeerd en ook omdat de onderzoeksopzet dat deed.

EU-handhavingsvoorschriften hebben voor wat betreft de – wat we in Nederland zouden noemen – publiekrechtelijke handhaving betrekking op zowel de (controle)fase van het bestuursrechtelijke nalevingstoezicht en de strafrechtelijke opsporing, alsook op de sanctionering na geconstateerde overtredingen. Voor wat betreft de private handhaving hebben EU-handhavingsvoorschriften betrekking op acties die met name burgers hebben om hun door de EU beschermde aanspraken geldend te maken (in relatie tot andere burgers of de overheid) bij een rechter en om geschillen onder EU-recht voor te leggen aan een bevoegde rechter, via een procedure die een uniforme toepassing van EU-recht mogelijk maakt. Deze private wijze van beïnvloeding van de naleving van EU-regels is in dit onderzoek niet uitputtend behandeld. Zij speelt bijvoorbeeld op het terrein van het Europees mededingingsrecht en visquotabeleid wel een belangrijke rol.

Bezien we de wisselwerking tussen de Europese eisen en het nationale, publiekrechtelijke handhavingsrecht, dan moeten drie zaken worden opgemerkt. Uit het onderzoek komt allereerst naar voren dat in (beleid of discussies over) EU-handhavingsvoorschriften traditioneel geen rekening wordt gehouden met dogmatische onderscheidingen, zoals die in het Nederlandse recht worden gehanteerd, tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Dat geldt in het bijzonder voor de EG. Dit heeft voor een deel te maken met het feit dat het EG-recht het vaak aan de lidstaten zelf overlaat of zij bepaalde materie strafrechtelijk, civielrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk willen handhaven. Voor een ander – wellicht veel belangrijker – deel heeft dit precies zijn oorzaak in het feit dat de EG geen, of op zijn best een omstreden bevoegdheid had op het vlak van het straf(proces)recht. Om die reden komt men echter voorschriften tegen die wel de relatie met het straf(proces)recht raken, evenwel zonder dat direct tot strafrechtelijke handhaving wordt verplicht, zij het dat recente hierna te bespreken ontwikkelingen in de jurisprudentie hierop een ander licht kunnen werpen. Een voorbeeld daarvan biedt het financieel toezicht, waar wordt

bepaald dat men in het financieel toezicht over inbeslagnemingsbevoegdheden moet beschikken, welke in Nederland over het algemeen via het strafrecht zijn geregeld. Ook de casestudy visquotabeleid levert voorbeelden hiervan op. Deze aanpak kan worden gezien als een alternatief voor verplichte strafrechtelijke handhaving. Ze lijkt enerzijds een subtieler middel doordat ze makkelijker inpasbaar is in de nationale rechtshandhaving, maar brengt anderzijds haar eigen problemen mee. Een belangrijk bezwaar tegen inbeslagnemingsbevoegdheden voor toezichthouders kan bijvoorbeeld zijn gelegen in de zwaarte van het dwangmiddel. Men kan daarin een reden zien voor tussenkomst van justitiële autoriteiten (OM, bijzondere opsporingsdiensten, de strafrechter). Niet voor niets bleek dit bij de onderhandelingen over de financiële toezichtsrichtlijnen een gevoelig punt voor een flink aantal lidstaten.

In het verlengde van het voorgaande past de tweede opmerking, namelijk dat binnen de onderzochte beleidsterreinen de Europese handhavingsvoorschriften nogal de nadruk leggen op de instrumentele kant van de rechtshandhaving (hoe moeten lidstatelijke overheden en handhavingsinstanties handhaven). De waarborgkant (inclusief de rechtsbescherming) krijgt veel minder aandacht en vaak alleen in de jurisprudentie. Voor wat betreft de instrumentele kant blijkt overigens dat op veel terreinen een verschuiving valt waar te nemen van vrij algemene bepalingen met betrekking tot nationale handhavingsactiviteiten, naar steeds specifiekere voorschriften. Bij de keuze tussen en implementatie van diverse handhavingsmodaliteiten moet dan ook, meer dan thans het geval is, structureel aandacht worden gevraagd voor de begeleidende rechtswaarborgen en rechtsbescherming alsmede voor de implicaties voor transparantie, controle en democratie bij de rechtshandhaving.

Ten derde valt op dat de regelgever op het Europese toneel op de verschillende terreinen telkens weer het(zelfde) wiel aan het uitvinden is als het op handhavingsvoorschriften aankomt, zonder dat dit nu direct tot leereffecten over en weer lijkt te leiden tussen de Brusselse beleidskolommen. Niet alleen op nationaal niveau opereert men dus beleidsveldafhankelijk, maar ook op Europees niveau. Ook hier is het de vraag of het niet tijd is voor een meer integrale, horizontale benadering van de handhavingsproblematiek op EU-niveau.⁵ Men is hiermee op Europees niveau pas zeer recent begonnen. De uitkomst van die ontwikkeling is niet te voorspellen.

5 Een stap in die richting vormen de jaarlijkse handhavingsverslagen van de Commissie over de controle op de toepassing van gemeenschapsrecht. Zie o.a. COM(2006)416 en de acties zoals die blijken uit de recente (9 september 2007) Mededeling van de Commissie 'Een Europa van resultaten – toepassing van het gemeenschapsrecht' (COM(2007)502 def.). Het daarin aangekondigde beleid gaat echter nog steeds in de eerste plaats in de richting van de lidstaten.

12.2.3 EU-handhavingsvoorschriften in de eerste pijler

Beïnvloeding van de rechtshandhaving in de lidstaten op terreinen die tot de eerste, EG-rechtelijke, pijler worden gerekend vindt zowel plaats via de jurisprudentiële, als via legislatieve en beleidsmatige weg. Ook zijn wel vormen van spontane of vrijwillige aanpassing, afstemming en coördinatie van handhavingspanningen van lidstaten in dit onderzoek waargenomen. De recente invoering van de doorzoekingsbevoegdheid van de NMa is hiervan een goed voorbeeld.

De eisen voortvloeiend uit de *jurisprudentie* van het Hof van Justitie van de EG gelden in het algemeen voor alle handhaving van EG-recht door de Commissie en de lidstaten. Nationale handhavingsactiviteiten moeten daarom altijd voldoen aan de bekende eisen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid, afschrikwekkendheid en evenredigheid. Nationale handhaving op EG-rechtelijke terreinen wordt op deze manier mede beheerst door algemene Europese normen, die bestuur en nationale rechters moeten toepassen met in achtneming van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG. Daarnaast wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG geëist dat bij ontplooiing van handhavingsactiviteiten ook de grondrechten, de beginselen van het gemeenschapsrecht en de verdragsvrijheden worden gerespecteerd.

Wanneer lidstaten kiezen voor strafrechtelijke handhaving is het straf-(proces)recht niet gevrijwaard van de eisen die het EG-recht stelt. De in de jurisprudentie ontwikkelde instrumentele eisen (en waarborgen) zijn tevens van toepassing op strafrechtelijke handhavingsactiviteiten. Hierbij moet worden bedacht dat het de lidstaten in beginsel vrij staat om strenger te handhaven dan het EG-recht voorschrijft, bijvoorbeeld door middel van het strafrecht wanneer enkel privaatrecht of bestuursrecht is voorgeschreven. Een voorbeeld van een terrein waar vrijwel alleen jurisprudentiële handhavingseisen aan de orde zijn is (thans nog) het mediabeleid.

Uit dit onderzoek blijkt dat de *legislatieve en beleidsmatige* beïnvloeding binnen de eerste pijler de afgelopen vijftien jaar een duidelijke vlucht heeft genomen. Deze beïnvloeding betreft zowel de controle (toezicht en opsporing), als de sanctionering (bestuurs- en strafrechtelijk). Hierop wordt nu in afzonderlijke subparagrafen nader ingegaan.

12.2.3.1 Beïnvloeding van controleregime en -activiteiten

Europa beïnvloedt de nationale controleactiviteiten (in Nederland hoofdzakelijk bestaande uit toezicht op de naleving en opsporingsactiviteiten) op verschillende onderdelen. De precieze invloed op deze onderdelen is per beleidsgebied

verschillend, maar met de nodige voorbehouden⁶ kan worden gesteld dat er meer Europese sturing ten aanzien van de controle kan worden waargenomen op beleidsterreinen die, waar het de materiële normstelling betreft, sterker zijn geëuropeiseerd (vgl. visquotabeleid, Europese mededinging, douane en in toenemende mate ook ESF).

Welke EU-sturingsmodaliteiten ten aanzien van de controle in de eerste pijler zijn in het onderzoek aangetroffen? Wij komen tot de volgende bevindingen ten aanzien van de onderzochte casus:

- Er kan allereerst een algemene verplichting bestaan om voor controle te zorgen. Deze algemene verplichting komt op veel verschillende gebieden voor. In sommige gevallen geldt daarbij de verplichting om een nationale toezichthouder aan te wijzen in de lidstaat, waaraan ook de nodige organisatorische eisen worden gesteld (vgl. financieel toezicht en Europese mededinging).
- Daarnaast komt het voor dat een EU-regeling voorschrijft welke controlebevoegdheden nationale toezichthouders moeten hebben om hun taken uit te oefenen, dan wel welke vormen van controle door nationale controleurs moeten worden uitgeoefend (vgl. financieel toezicht, visquotabeleid en douane). In het laatste geval moet de lidstaat ervoor zorgen dat de controleurs over de noodzakelijke controlebevoegdheden beschikken. Voorzover de nationale standaardbevoegdheden tekortschieten, moeten door de nationale wetgever extra bevoegdheden worden toegekend (vgl. douane).
- Ook komt het voor dat EU-voorschriften een controleprogramma voorschrijven of dat er in meer of mindere mate kwantitatieve en kwalitatieve eisen worden gesteld aan de controles door de lidstaten. Dat laatste is bijvoorbeeld aan de orde ten aanzien van de luchtkwaliteit waarbij criteria zijn voorgeschreven voor noodzakelijke metingen en berekeningen, maar ziet men ook op andere terreinen, zoals het visquotabeleid en douane. Aldus stuurt Europa ook de feitelijke controle-inspanningen van de lidstaten. De naleving van de Europese controle-eisen wordt door middel van tweedelijnstoezicht door de Commissie afgedwongen. Daarbij controleert de Commissie of de lidstaat zich houdt aan de Europees vastgestelde voorschriften (vgl. ESF, visquotabeleid en douane).
- Ten aanzien van deze voorgeschreven controles gaat in het bijzonder ook sturing uit van beleidsmatige instrumenten en afspraken, die ontwikkeld worden in door Europa georganiseerde netwerken en overlegorganen. Dit is bijvoorbeeld, maar niet uitsluitend, het geval op het terrein van de eigen middelen van de gemeenschap (vgl. ESF en douane). De facto zijn deze

6 Volgende uit de beperkte opzet van het onderzoek, de – eerder genoemde – asymmetrie en beleidsveldafhankelijkheid en de mogelijkheid om te onderscheiden naar temporele effecten.

beleidsmatige instrumenten bindend, omdat ook zij worden afgedwongen door het tweedelijnstoezicht van de Commissie.

- Europa kan ook vormen van horizontale (tussen lidstaten) en verticale (tussen lidstaten en Europese autoriteiten) samenwerking voorschrijven. In het bijzonder voor beleidsgebieden waar veel grensoverschrijdende activiteiten plaatsvinden, is dit soort samenwerking belangrijk. Vergaande vormen van samenwerking worden gevonden in het kader van het financieel toezicht, het Europees mededingingsrecht, het visquotabeleid en douane.
- Ten slotte komt het voor dat Europa zelf direct handhavend optreedt. Hierbij neemt Europa de handhavende taak geheel of gedeeltelijk over van de lidstaten, dan wel vult zij deze aan. Dit eerstelijnstoezicht is op de onderzochte beleidsterreinen (nog) beperkt tot Europese mededinging, het ESF en douane.

12.2.3.2 *Beïnvloeding van sanctieregime en -activiteiten*

De Europese regelgever is in vergelijking met de controlebeïnvloeding beduidend terughoudender bij het beïnvloeden van de sanctionering (wat moet er gebeuren na een geconstateerde overtreding?). Lidstaten hebben doorgaans een betrekkelijk grote vrijheid bij de keuze voor een strafrechtelijk, dan wel bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk sanctioneringssysteem. Enkele ontwikkelingen lijken te wijzen in de richting van een afname van de Europese terughoudendheid. Op verschillende gebieden wordt – zo blijkt uit het onderzoek (vgl. douane en visquotabeleid) – een toenemende invloed verwacht op het gebied van regels die eisen stellen aan zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke sanctionering. Het voorschrijven van strafrechtelijke sancties in de eerste pijler is – zo valt te verwachten – een eerstvolgende stap. Het *milieustrafrecht*-arrest van het Hof van Justitie van de EG en de reactie van de Commissie daarop vormen daarvoor een aanwijzing, in ieder geval op milieugebied waar het Hof een en ander koppelde aan de doeltreffende werking van het gemeenschapsrecht. Deze aanwijzing is versterkt met de uitspraak van het Hof van Justitie in de *zeelozingen*zaak. De Commissie is van mening dat deze bevoegdheid ook buiten het milieugebied moet kunnen worden gehanteerd, zoals ten aanzien van intellectuele eigendom, het in dienst nemen van illegale arbeiders en zeelozing. Voor laatstgenoemd terrein is dit inmiddels dus door het Hof van Justitie bevestigd in het *zeelozingen*arrest. Of dit ook geldt voor de overige genoemde terreinen valt nog niet met zekerheid te zeggen. Voor de onderzochte periode en beleidsterreinen in dit onderzoek geldt echter dat er op deze gronden geen daadwerkelijke verschuiving naar of versterking van de strafrechtelijke handhaving is geconstateerd.

Welke EU-sturingsmodaliteiten ten aanzien van de sanctionering in de eerste pijler zijn in het onderzoek aangetroffen? Wij komen tot de volgende bevindingen ten aanzien van de onderzochte casus:

- In sommige Europese voorschriften wordt de jurisprudentiële eis van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikwekkendheid van sancties herhaald dan wel – zo zou men kunnen zeggen – gecodificeerd (vgl. luchtkwaliteit en ESF).
- Op terreinen die wat betreft materiële normstelling slechts in beperkte mate zijn geëuropeniseerd treffen we in de onderzochte casus geen concrete sanctievoorschriften aan. Overigens zien we dat ook bij wat meer geëuropeaaniseerde terreinen (vgl. Europese mededinging).
- Op de terreinen waar sprake is van een hoge mate van Europeanisering van de materiële normstelling, valt op dat wel concrete voorschriften worden aangetroffen.

12.2.3.3 Overige beïnvloeding

Buiten deze meer dirigistische of dwingende beïnvloeding in de vorm van jurisprudentiële en legislatieve of beleidsmatige sturingsinstrumenten, is ook een praktijk waargenomen van *vrijwillige aanpassing* van de handhavingspraktijk en/of het participeren in netwerken (vgl. Europese mededinging). Dat laatste bestaat uit het – hoewel niet voorgeschreven ‘voor alle zekerheid’ – kopiëren van handhavingsmethoden van, bijvoorbeeld, de Commissie zelf of van *counterparts* in andere lidstaten waarmee in netwerkverband wordt samengewerkt. Dit is, in relatie tot de Commissie, bijvoorbeeld aan de orde op het terrein van het ESF. Het overnemen van *best practices* opgedaan in netwerken van onder meer nationale toezichthouders uit de verschillende lidstaten is op het terrein van het mediabeleid, het financieel toezicht en Europese mededinging waargenomen. Steeds meer hebben die *best practices* ook betrekking op de handhaving.

12.2.4 EU-handhavingsvoorschriften in de derde pijler

In de derde pijler zijn de laatste jaren allerlei initiatieven ontwikkeld, waarmee – zoals op het terrein van terrorismebestrijding – harmonisatie alsmede materiële en procedurele afstemming van het strafrecht van de lidstaten wordt beoogd. Ook hier is de I-strategie duidelijk aanwezig.

Van de vier verschillende soorten legislatieve sturingsinstrumenten binnen deze pijler (gemeenschappelijke standpunten, kaderbesluiten, besluiten en overeenkomsten) worden kaderbesluiten het meest gebruikt om harmonisatie te bereiken. De lidstaten hebben in de derde pijler meer ruimte voor een eigen invulling van hun handhavingspraktijk dan onder de eerste pijler. Ook hebben de Europese instellingen minder ruimte om de nakoming van kaderbesluiten

te verzekeren, in het bijzonder vanwege het ontbreken van de mogelijkheid tot het inleiden van een vedragsinbreukprocedure. In het *Pupino*arrest heeft het Hof van Justitie van de EG de deur van de derde pijler wel opengezet voor elementen uit de eerste pijler. In het licht hiervan zal het Hof van Justitie van de EG naar alle waarschijnlijkheid in de toekomst de loyaliteit aan de Unie vaker gebruiken om de lidstaten verplichtingen op te leggen inzake implementatie en toepassing van derde pijler recht. Daarbij kunnen de in het kader van de eerste pijler ontwikkelde jurisprudentiële instrumentele eisen en waarborgen een belangrijke rol gaan spelen.

Niet alleen ontbreekt het de Europese instellingen dus aan afdoende sturingsmogelijkheden in de derde pijler, bovendien loopt de beïnvloeding van de nationale rechtshandhaving in het kader van de derde pijler langs andere lijnen dan in de eerste pijler. De insteek is ten eerste niet primair gericht op de ondersteuning van het EG-recht, maar op de bestrijding van zware criminaliteit (georganiseerde misdaad, terrorisme, mensenhandel etcetera) in de gemeenschappelijke ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. De ondersteuning van het EG-recht door bijvoorbeeld de harmonisatie van het materiële strafrecht was en is nog steeds beperkt. Opvallend is dat Nederland zich op dit vlak erg afzijdig hield. Nederland heeft geen enkel wetgevend initiatief genomen. In de tweede plaats hanteert men in de derde pijler een meer horizontale strategie. Veel initiatieven richten zich op de grensoverschrijdende strafrechtelijke samenwerking. Daarbij valt overigens op dat het strafprocesrecht nauwelijks aandacht krijgt. Wetgevingsinitiatieven richten zich, vanuit Nederlands perspectief gezien, op het bijzonder deel van het Wetboek van Strafrecht en op de sancties. De harmonisatie van onderzoeksbevoegdheden heeft, behoudens in het geval van de interstatelijke samenwerking (vgl. artikel 17 e.v. EU Rechtshulpovereenkomst), niet of nauwelijks plaats. Het kaderbesluit waarin procedurele rechten voor de verdachten worden geregeld, komt maar niet van de grond. De meest belangwekkende initiatieven op dit vlak kwamen tot stand in het kader van de eerste pijler (vgl. de Richtlijn data-retentie).

De kant van de internationale samenwerking is weer wel sterk ontwikkeld in de derde pijler. Er vindt vergaande samenwerking plaats door het uitwisselen van informatie op basis van het beginsel van beschikbaarheid en het organiseren van gezamenlijke onderzoeksteams bij opsporing.

Enerzijds heeft dus ook via de derde pijler een beïnvloeding van het handhavingsrecht plaats, anderzijds richt deze zich op andere zaken dan die in de eerste pijler. Opvallend is bovendien dat soortgelijke onderwerpen – bijvoorbeeld de grensoverschrijdende samenwerking – in de twee pijlers op verschillende wijzen worden aangepakt.

12.2.5 Convergentie tussen de eerste en derde pijler en de betekenis daarvan

Er vinden thans meerdere, parallelle ontwikkelingen plaats binnen beide pijlers, die er voor zorgen dat de scheiding op verschillende plekken doorbroken wordt. Binnen de eerste pijler heeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG evenzeer betrekking op het strafrecht van een lidstaat wanneer deze er voor heeft gekozen op strafrechtelijke wijze te handhaven. Bovendien lijkt sinds het *milieustrafrecht* arrest de deur open te staan voor het voorschrijven van strafrechtelijke handhaving in de eerste pijler, zij het dat de omvang van de bevoegdheid daartoe met het *zeelozingen* arrest beperkt is. Anderzijds raakt in sommige gevallen derdepijler-regelgeving niet alleen het strafrecht maar ook het bestuursrecht. Hiermee is duidelijk dat de twee pijlers naar elkaar toe groeien en elkaar kunnen beïnvloeden. Het Hervormingsverdrag (Verdrag van Lissabon) zal de scheiding tussen de twee pijlers institutioneel uiteindelijk tenietdoen. Deze ontwikkelingen maken een meer geïntegreerde aanpak van de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving alsook van de transnationale samenwerking inzake handhaving mogelijk.

12.2.6 Nederlandse invloed op EU-handhavingsvoorschriften?

Gingen de voorgaande paragrafen over de sturende werking die uitgaat van EU-handhavingsvoorschriften, voor een juist perspectief op de verhouding van EU-regelgeving op het gebied van de rechtshandhaving tot het Nederlands beleid en wetgeving dienaangaande is het eveneens belangrijk te kijken naar de mogelijke invloed die Nederland uitoefent op de totstandkoming van deze Europese voorschriften.

Uit het onderzoek blijkt dat de houding van Nederland op de verschillende onderzochte beleidsterreinen varieert. Dat heeft vanzelfsprekend te maken met de geconstateerde beleidsveldafhankelijkheid. Toch zijn er wel enkele opmerkelijke ontwikkelingen die signalering verdienen. Soms worden er wel actieve Nederlandse pogingen gedaan ter beïnvloeding van Europese voorschriften (vgl. terrorismebestrijding, visquotabeleid en douane), op andere terreinen gebeurt dat juist niet en is Nederland passief. Op sommige terreinen gebruikt men de Europese agenda als vehikel voor het tenuitvoerleggen van nationaal beleid (vgl. mediabeleid), op andere is men vooral bezig met het verdedigen van de eigen ruimte (vgl. terrorismebestrijding, in mindere mate ook financieel toezicht, en douane). Daarbij lijkt Nederland vrij bedreven in het verdedigen van de eigen positie in de onderhandelingen, waarbij wel geldt dat de marges vaak groot genoeg zijn om in de implementatiefase niet in de problemen te komen. Er zijn duidelijke verschillen waarneembaar wat betreft de inbreng van Nederland in het Europese wetgevingsproces en de rol van de handhavende instanties daarbij. Die is soms groot (vgl. financieel toezicht), soms ook bijna afwezig (vgl. terrorismebestrijding). Ten aanzien van de Neder-

landse invloed op de totstandkoming van EU-handhavingsvoorschriften is dus geen duidelijke lijn herkenbaar.

Er lijkt, zoals hierna verder zal worden uitgewerkt, momenteel nog sprake te zijn van een redelijk grote eigen nationale ruimte ten aanzien van de inrichting van de rechtshandhaving in Nederland en in veel gevallen een wens om dat ook zo te houden. Met het oog daarop is alertheid gewenst en moet zo nodig actie worden ondernomen. De fundamenten van het Nederlandse handhavingsbestel zijn op het ogenblik kennelijk zodanig dat zonder grote aanpassingen van het nationale recht kan worden voldaan aan de huidige Europese voorschriften. Dit kan echter veranderen nu de gemeenschapswetgever gezien het *milieustrafrecht* arrest en het *zeelozingen* arrest ook met het strafrecht samenhangende maatregelen kan voorschrijven, zij het dat daarbij niet de aard en de hoogte van de sanctie kunnen worden bepaald. Betrokkenen dienen zich van deze mogelijkheid bewust te zijn en waar nodig een (pro)actieve opstelling te kiezen onder meer gebaseerd op ervaringen met de handhavingspraktijk in Nederland. In plaats van na te gaan welke bedreiging uitgaat van een concreet Europees instrument voor ons beleid of recht, zou de vraag moeten zijn op welke terreinen de lidstaten en dus ook Nederland bij het realiseren van een gemeenschappelijke ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid behoefte hebben aan Europese sturing en, zo dit het geval is, met welke invulling qua instrumentarium. Dit in het bijzonder ter vermindering van *level playing field* problemen. Daarbij kan dan blijken dat verplichte strafrechtelijke handhaving niet noodzakelijk de panacee is. In het kader van het Europese wetgevings- en beleidsvormingsproces kan men vanuit een eigen visie vele andere (combinaties van) handhavingsmodaliteiten inbrengen. Bovendien vergemakkelijkt een en ander de implementatie op nationaal niveau.

De horizontale, beleidsveldoverstijgende aspecten in de rechtshandhaving dienen daarbij niet uit het oog te worden verloren. Op dit moment worden in teveel verschillende fora keuzes hierover gemaakt. Die keuzes raken echter vaak, direct of indirect, ook actoren die niet in het overleg betrokken zijn. Mede als gevolg daarvan lijkt men binnen de Europese fora nu vaak langs verschillende wegen bezig met het uitvinden van het 'handhavingswiel', hetgeen de nationale implementatie bemoeilijkt.

Uitvoeringsorganisaties zouden verder actiever kunnen worden betrokken bij de beleidsvoorbereidende fase, zowel bij de voorbereiding van het Europese beleid als bij de uitwerking van het Nederlandse uitvoeringsbeleid in het licht van de Europese regelgeving. Nu zit er nog een belangrijke *bottleneck* in het beleidsproces, waarbij informatie over doelmatigheid en effectiviteit van eerder gekozen beleidsinstrumenten niet (voldoende) wordt teruggekoppeld.

Het is gelet op het voorgaande dus aanbevelenswaardig dat Nederland een geïntegreerde handhavingsvisie gaat ontwikkelen en deze zo nodig ook op het Europese niveau (pro)actief zal gaan uitdragen. In dit kader zou Nederland ook een expliciete handhaafbaarheidstoets voor Europese regels kunnen

bevorderen. De EU zou bij het opstellen van materiële normen namelijk nog meer oog voor handhaafbaarheid kunnen hebben.⁷

12.3 IMPLEMENTATIE VAN EU-HANDHAVINGSVOORSCHRIFTEN IN NEDERLAND: PATRONEN EN PROBLEMEN

12.3.1 Algemeen

Om binnen de gestelde kaders van dit onderzoek voor een zeer breed scala aan (beleids)terreinen algemene, objectieve uitspraken te kunnen doen over de implementatie van EU-handhavingsvoorschriften in Nederland, zijn in de eerste trede van dit onderzoek acht beleidsterreinen geselecteerd, die variëren voor wat betreft de veronderstelde mate van intensiteit van de Europeanisering van de rechtshandhaving. Daarbij is rekening gehouden met variatie in de mate van Europeanisering van de materiële normstelling. Verdeeld over vier categorieën, oplopend van een lichte tot een hoge intensiteit van Europeanisering, met per categorie twee geselecteerde terreinen, beogen de onderzoekers met deze selectie een zo representatief mogelijk beeld te geven van de volledige breedte van de Nederlandse implementatiepraktijk inzake Europese handhavingsvoorschriften (zie voor verdere toelichting hoofdstuk 2). In de vervolgtreden van het onderzoek is deze praktijk nader onderzocht in verdiepende casestudies, op basis van implementatiedossier-, jurisprudentie- en literatuur-analyse en interviews.⁸

Welke implementatiepraktijk ten aanzien van de EU-handhavingsvoorschriften is in het onderzoek aangetroffen en zijn er patronen te ontwaren?

In de eerste plaats moeten wij constateren dat het lastig is patronen te onderkennen, omdat verschillende, mogelijke factoren in gezamenlijkheid invloed kunnen hebben op de wijze waarop Europese handhavingsvoorschriften

⁷ Dat gebeurt al enigszins in het kader van de *Impact Assessment*, maar daar wordt de handhaafbaarheidstoets toch nog op een wat andere manier ingevuld dan we in Nederland – met goed resultaat – gewend zijn te doen. Aandacht voor ex ante effectbeoordelingen en uitvoeringsmaatregelen behoort inmiddels tot het beter wetgeven-beleid van de EU, maar die maatregelen kennen wel een hele andere invalshoek dan het beoordelen van de handhaving die we in Nederland kennen. Zie ook het ‘Interinstitutioneel Akkoord Beter Wetgeven’ (Pbeu 2003, C 321/01), met name richtsnoeren 24 en 27. Zie meer in het algemeen de Beter wetgeving strategie < http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_en.htm >.

⁸ Het verdient in dit verband opmerking dat de in hoofdstuk 2 genoemde studie naar de invloed van Europa op overheidstoezicht in Nederland, uitgevoerd in opdracht van de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, op andere terreinen tot min of meer vergelijkbare uitkomsten is gekomen. Zie Bijlage bij *Kamerstukken II 2006/07 27831*, nr. 21.

worden uitgevoerd. In deze multivariate context kunnen sommige factoren een versterkende of positieve invloed hebben op de wijze van uitvoering van de handhaving, terwijl van andere een afzwakkende of negatieve invloed uitgaat. In de tweede plaats kan ook de *mate* waarin deze factoren invloed hebben op de wijze van handhaving onderling sterk verschillen. Dat maakt het lastig om op kwalitatieve wijze en op basis van een relatief beperkt aantal gevallen deze gecompliceerde relaties zowel in omvang als in richting te identificeren. Verder is het onderzoek explorerend van opzet aangezien het de bedoeling is om vooral naar mogelijke relevante factoren te zoeken, terwijl het nog niet duidelijk is welke daarbij een belangrijke rol spelen. Eerder onderzoek naar factoren die van belang zijn bij de uitvoering van Europese handhavingsvoorschriften bestaat nauwelijks, laat staan dat er een wetenschappelijk onderbouwd inzicht bestaat in het onderlinge gewicht van de relevante factoren. Dat compliceert onze zoektocht.

In deze studie zijn wij uitgegaan van de aanvankelijke gedachte dat een hoge mate van Europeanisering van de handhaving een rol speelt bij de implementatie in juridische en feitelijke zin (de handhavingsuitvoering) op een beleidsterrein. Indien de Europese Unie strikte en uitgebreide eisen stelt, mag ook verwacht worden dat die eisen op een of andere wijze een rol spelen bij de feitelijke uitvoering. Omgekeerd, indien amper eisen zijn geformuleerd, impliceert dit ook dat bij de uitvoering nauwelijks een invloed van de EU kan worden waargenomen. Kortom, wanneer de mate van Europeanisering van de handhaving toeneemt, neemt ook de waarschijnlijkheid toe dat Europese eisen een rol gaan spelen in de uitvoeringspraktijk en kunnen ook afwijkingen gaan ontstaan. Het heeft natuurlijk weinig zin om reacties op Europese eisen ten aanzien van de handhaving te zoeken daar waar die eisen nauwelijks bestaan.

Wij constateren dat op terreinen met een lage mate van Europeanisering van de materiële normstelling nauwelijks sprake is van een invloed op het Nederlandse handhavingsbeleid en de handhavingspraktijk. De handhaving in deze dossiers volgt gangbare, Nederlandse wijzen van inrichting van de handhaving. Het bijzondere is dat we ook op terreinen waarin de mate van Europeanisering van de materiële normstelling toeneemt, en ook daar waar – nog los van die mate van Europeanisering – meer en directievere Europese handhavingsvoorschriften voorkomen, het nationale beleidsveld en de karakteristieken daarvan veelal bepalend zijn bij de verklaring waarom juist op de verkozen wijze uitvoering is gegeven aan de EU-handhavingsvoorschriften. Dit noemen we, zoals al eerder gesteld, *beleidsveldafhankelijkheid*.⁹ Een sterke beleidsveldafhankelijkheid van de uitvoering van EU-handhavingsvoorschriften zien we ondermeer

9 Zie ook B. Steunenberg, 'A policy solution to the European Union's transposition puzzle: Interaction of interests in different domestic arenas', *West European Politics* 2007-1, p. 23-49.

terug in de dossiers mediabeleid, terrorismebestrijding, financieel toezicht en luchtkwaliteit.

Op terreinen met een lage mate van Europeanisering constateren we verder dat vanuit de EU vaak uitsluitend een aantal, algemene eisen aan de handhaving wordt gesteld, die ook vaak samenvloeien met de eisen die in Nederland aan handhaving worden gesteld. Dit geldt met name voor die dossiers waarin de in de jurisprudentie ontwikkelde eisen van passende sancties zijn voorgeschreven. Die moeten doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Het is dan nauwelijks mogelijk om voor deze terreinen een nadere, afwijkende Nederlandse invloed op de uitvoering van deze algemene Europese handhavingsvoorschriften vast te stellen, eenvoudigweg omdat de betrokken Europese handhavingsvoorschriften maar in zeer beperkte mate een kader stellen, of richting geven aan de Nederlandse handhavingspraktijk. Dat maakt het vinden van verschillen bijna onmogelijk.

Waar we waarnemen dat een sterke invloed van het nationale beleidsveld op de wijze van uitvoering van EU-handhavingsvoorschriften aan de orde is, stellen we vast dat er sprake is van een *asymmetrie van de Europese beïnvloeding*. Waar men zou verwachten dat meer Europeanisering van het beleidsveld, en meer Europeesrechtelijke handhavingsvoorschriften ook tot meer merkbare Europese invloed op de uitvoering zou leiden, komen we in dit onderzoek tot de conclusie dat dit een te eenvoudig schema is. Zo bestaan op terreinen met een hogere mate van Europeanisering van de handhaving meer mogelijkheden voor afwijkingen van het door de Europese Unie gewenste regime. Dit zien we in het onderzoek bijvoorbeeld terug in de casestudies ESF en visquotabeleid. Afwijkingen zijn soms het gevolg van de wijze waarop Nederland de controle heeft ingericht of interpreteert (denk aan de visserij-casus: de Biesheuvelgroepen). In andere gevallen leidt een hogere mate van Europeanisering van de handhaving tot een feitelijke uitvoering waarin heel nadrukkelijk – soms meer dan strikt wordt vereist – met die EU-voorschriften rekening wordt gehouden. Nederland gaat dan in de bandbreedte, z gezegd, bovenaan zitten. Bij mededinging is dit bijvoorbeeld aan de orde. Het bestaan van deze asymmetrie heeft belangrijke gevolgen voor het zoeken naar mogelijke nationale factoren die op een of andere wijze de uitvoering van Europese handhavingsvoorschriften beïnvloeden.

Gelet op de asymmetrie van de Europese beïnvloeding en de sterke beleidsveldafhankelijkheid kan voor geen van de onderzochte thema's daadwerkelijk worden gesproken van één bepaalde Nederlandse praktijk, of aanwijsbare gebruikelijke patronen van uitvoering van EU-handhavingsvoorschriften. Toch zijn wel bepaalde overeenkomsten waar te nemen op verschillende onderzochte terreinen, die het signaleren waard zijn. Wat betreft de vraag naar mogelijke problemen in de implementatiepraktijk kan in algemene zin worden opgemerkt dat enkele verbeterpunten – op Europees en/of nationaal niveau – zijn gecon-

stateerd op het niveau van sommige onderzochte beleidsterreinen. Structurele problemen in de praktijk van implementatie van Europese handhavingsvoorschriften blijken zich op de onderzochte terreinen echter niet voor te doen.

Onderscheid makend in juridische en beleidsmatige implementatie en feitelijke implementatie (ofwel de feitelijke handhavingspraktijk), komen wij tot de volgende bevindingen ten aanzien van de onderzochte casus.

12.3.2 Juridische en beleidsmatige implementatie in de praktijk

12.3.2.1 Noodzaak tot implementatie

In veel gevallen wordt in Nederland bij de implementatie van handhavingsvoorschriften gebruik gemaakt van de techniek van *implementatie door middel van bestaand nationaal recht*.¹⁰ In dergelijke gevallen wordt ter implementatie van de voorschriften volstaan (of meent men te kunnen volstaan) met een verwijzing naar reeds bestaande juridische handhavingskaders, zoals voorzien in de Awb, andere wetten en besluiten of regelingen, in het bijzonder waar dit bevoegdheden van in Europese voorschriften bepaalde toezichthouders betreft (vgl. mediabeleid, luchtkwaliteit, financieel toezicht en ESF). Op sommige terreinen daarentegen is in meer of mindere mate wel sprake van vormgeving van het handhavingssysteem naar Europese maatstaven (vgl. Europese mededinging en visquotabeleid). Het kan dan wel degelijk ook nodig zijn bestaande algemene wetgeving aan te passen of daarvan af te wijken (vgl. douane). Als voorzichtige conclusie lijkt te kunnen worden gesteld dat, met name op materieel hoog geëuropeaniseerde terreinen, het nationale recht, waar het controle betreft, in toenemende mate expliciet wordt toegesneden op Europese voorschriften. Voor sanctievoorschriften kan die conclusie niet worden getrokken, ook niet waar het materieel zwaar geëuropeaniseerde terreinen betreft. Dat is niet verwonderlijk, gezien de eerdere conclusie in paragraaf 12.2.3 over het ontbreken van – vooralsnog – vergaande Europese sturing ten aanzien van sanctievoorschriften op deze terreinen. Daar waar dat met betrekking tot handhaving zou kunnen leiden tot verbetering van het *level playing field* in Europa, wordt verdere uniformering van controle en zelfs sanctionering overigens ook op andere terreinen wel toegejuicht door betrokken actoren in Nederland (vgl. mediabeleid en visquotabeleid).

Afgezien van ‘echte’ implementatiewetgeving, kunnen EU-handhavingsvoorschriften ook indirect aanleiding geven tot het totstandbrengen van wetgeving. Zo werd de Wet Toezicht Europese Subsidies tot stand gebracht, nadat pijnlijk duidelijk was geworden waartoe fouten bij de uitvoering van het ESF konden

10 Zie vraag 49 van de 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten.

leiden. Deze wet was, hoewel niet direct nodig ter implementatie, gericht op een verbeterde uitvoering van communautaire stimuleringsprogramma's door met name decentrale overheden in Nederland.

Het is dus moeilijk in algemene zin een blauwdruk te geven over de (in de praktijk veronderstelde) noodzaak tot juridische en beleidsmatige implementatie van Europese handhavingsvoorschriften in Nederland. Met uitzondering van verplichte omzetting van Europese richtlijnen op verschillende terreinen (vgl. luchtkwaliteit), is van specifiek op Europese handhavingsvoorschriften toegesneden of aangepaste nationale implementatieregels maar beperkt sprake.

12.3.2.2 *Wijze van juridische implementatie*

Voor zover wel sprake is van (een noodzaak tot) implementatie van Europese handhavingsvoorschriften, wordt dit volgens veel respondenten doorgaans nauwkeurig gedaan, waarmee overigens hier geen uitspraak wordt gedaan over de tijdigheid ervan. Daarbij verdient opmerking dat implementatie op veel terreinen weinig problemen hoeft op te leveren, gezien de implementatievrijheid die men in de praktijk in veel gevallen ervaart onder invloed van de Europese voorschriften (vgl. luchtkwaliteit, terrorismebestrijding en financieel toezicht). Overigens kan, zoals hierna nog zal blijken, de implementatievrijheid door andere factoren dan de EU-voorschriften nog worden ingeperkt (zie paragraaf 12.3.3).

Onduidelijkheden in de implementatiefase kunnen overigens ook ontstaan als gevolg van het feit dat Brussel soms twee verordeningen naast elkaar laat bestaan, zonder beide goed op elkaar af te stemmen (vgl. visquotabeleid).

Daar waar de inhoud van Europese voorschriften parallel loopt met wijzigingen die op basis van nationaal beleid of een nationale wetgevingsagenda reeds waren voorzien, wordt de implementatie voortvarend aangepakt (vgl. terrorismebestrijding).

Soms gaat de implementatie verder dan strikt noodzakelijk is, bijvoorbeeld wanneer dat past in reeds bestaand nationaal beleid (vgl. terrorismebestrijding en luchtkwaliteit) of uit efficiencyoverwegingen (vgl. visquotabeleid). Strengere eisen op nationaal niveau dan voorzien in de Europese voorschriften hoeven overigens niet per definitie het resultaat te zijn van wetgeving. De oorzaak hiervan kan ook gelegen zijn in een vergaande interpretatie van voorschriften door rechterlijke instanties (vgl. luchtkwaliteit), alsook in 'vertaling' van (veronderstelde) Europese eisen in voor de praktijk bedoelde handleidingen (vgl. ESF).

Een enkele keer grijpt men, in afwijking van Aanwijzing voor de regelgeving 337, de gelegenheid van omzetting van Europese voorschriften aan om op nationaal niveau reeds gewenste voorzieningen wettelijk te verankeren en dus meer te doen dan volgens de communautaire voorschriften in strikte zin wordt verlangd (vgl. terrorismebestrijding). In de beleving van betrokkenen in het veld wordt soms ook te 'braaf' geïmplementeerd, dat wil zeggen zodanig

tijdig en correct dat Nederland daarmee op enig moment wat uit de pas loopt met andere lidstaten (bijvoorbeeld luchtkwaliteit en ESF). In hoeverre dat ook werkelijk het geval is, is moeilijk te verifiëren op basis van het huidige onderzoek. Het komt incidenteel ook voor dat onderdelen uit Europese voorschriften, ondanks voor de hand liggende conflicten met nationaal recht, niet terstond worden geïmplementeerd (vgl. financieel toezicht).

12.3.2.3 *Keuze van de handhavingsvorm*

Vooralsnog wordt op geen van de onderzochte terreinen de sturing van de EU-voorschriften zodanig ervaren of opgevat als zouden ze alleen nog maar strafrechtelijke handhaving als reële optie openlaten. Wel kan anderszins, bijvoorbeeld in netwerken, de overtuiging bestaan dat juist wel voor een bepaald handhavingsregime zou moeten worden gekozen (vgl. luchtkwaliteit). De Nederlandse keuze van de vorm van handhaving, strafrechtelijk, bestuursrechtelijk dan wel privaatrechtelijk, lijkt mede afhankelijk van de aard van het dossier. Zo is op het terrein van visquotabeleid, vanwege moeizame verhoudingen tussen overheid en visserijsector, naast strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavingsmogelijkheden, er juist voor gekozen de verantwoordelijkheid voor handhaving deels ook bij de sector zelf te leggen, daarbij ten volle gebruik makend van de door Europa gelaten vrijheid. Private handhaving of vormen van zelfhandhaving worden ook toegepast op het terrein van de Europese mededinging en in de nabije toekomst mogelijk ook op het terrein van douane.

In de gevallen van terrorismebestrijding en financieel toezicht ligt een strafrechtelijke lijn eerder voor de hand, alhoewel op het terrein van het financieel toezicht ook nog gebruik kan worden gemaakt van bestuursrecht. Het lijkt erop dat in materieel sterk geëuropeaaniseerde terreinen, waar de Commissie een strakke regie op de uitvoering voert, een keuze voor meer strafrecht valt te verwachten, hetgeen in de praktijk niet op alle terreinen wordt gewaardeerd (vgl. douane). De uitspraak van het Hof van Justitie van de EG in het *milieustrafrecht* arrest zou daarbij een rol kunnen spelen.

12.3.2.4 *Transnationaal overleg en informatie-uitwisseling*

Overleg en informatie-uitwisseling over implementatie van Europese voorschriften in transnationale fora blijkt op meerdere beleidsterreinen voor te komen. De invulling is opnieuw sterk ad hoc. Dat levert soms problemen op. Waar de *uitvoerders* zich in toenemende mate in netwerken organiseren, blijken nationale *wetgevers* nauwelijks zicht te hebben op de implementatiekeuzes die in Europa worden gemaakt. Toch heeft de praktijk een sterke behoefte aan informatie over de toepassing van de Europese controle- en sanctievoorschriften in andere lidstaten, mede vanuit de wens de genoemde *level playing field* problemen te voorkomen (vgl. financieel toezicht).

Op *uitvoerend* niveau is er als gezegd meer aandacht voor dit probleem. Uitvoerende instanties zijn in toenemende mate georganiseerd in allerhande fora. Soms hebben dergelijke fora een basis in Europese voorschriften, in welke gevallen de Commissie doorgaans naast deelnemer, ook initiator van de bijeenkomsten is (vgl. mediabeleid, douane, ESF vanaf 2007 en Europese mededinging sinds 2003). Daarnaast zijn er informele fora, waarin de Commissie en de lidstaten overleggen. Soms komen (autoriteiten van) lidstaten ook op eigen initiatief bijeen (vgl. visquotabeleid en vóór inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1/2003 ook op het terrein van Europese mededinging). De wijze waarop Nederland participeert in dergelijke fora verschilt voor de onderzochte terreinen. Soms blijft deelname beperkt tot het niveau van de wetgever (vgl. ESF tot voor kort), soms nemen ook de handhavende instanties deel (vgl. mediabeleid en douane). Het komt ook wel voor dat in de implementatiefase weinig tot geen sprake is van transnationaal overleg of informatie-uitwisseling (vgl. luchtkwaliteit).

Verder zijn bilaterale contacten (vaak informeel tussen individuele personen in verschillende landen) een veel genoemde bron van informatie met het oog op de implementatiepraktijk (vgl. ESF en douane). Door dergelijke contacten kunnen ook verschillen in interpretatie of omzetting van Europese voorschriften aan het licht komen (vgl. mediabeleid).

Opvallend is overigens dat in geen van fora die hier werden genoemd, justitiële autoriteiten – bijvoorbeeld leden van het ministerie van Justitie of het OM – zitting hebben. Toch worden in deze fora in toenemende mate onderwerpen besproken die relevantie hebben voor de strafrechtelijke handhaving.

12.3.2.5 *Afstemming in de implementatieketen*

Bij het totstandbrengen van implementatiewetgeving, of anderszins op Europese voorschriften gerichte nationale regelgeving, vindt soms actieve afstemming plaats tussen het eerstverantwoordelijke ministerie en andere betrokken actoren. Vaak zijn dat de belangrijkste handhavende instanties op het desbetreffende terrein (vgl. mediabeleid, financieel toezicht, Europese mededinging, visquotabeleid en douane). Daarbij kan informatie over doelmatigheid en effectiviteit van eerder gekozen beleidsinstrumenten worden teruggekoppeld en kunnen nieuwe plannen in een vroegtijdig stadium worden getoetst aan praktijkervaringen. Ook vindt op sommige terreinen, indien nodig voor horizontale afstemming, wel enig overleg tussen betrokken ministeries plaats (vgl. financieel toezicht en douane). Dergelijk overleg verloopt soms echter wat stroef (vgl. mediabeleid en ESF). Het komt ook voor dat geen of vrijwel geen afstemming plaatsvindt over totstandbrenging van nieuwe nationale regelgeving gerelateerd aan Europese handhavingsvoorschriften (vgl. terrorismebestrijding en luchtkwaliteit).

Geconcludeerd kan worden dat, voor zover op de diverse terreinen al kan worden gesproken van een daadwerkelijke implementatieketen, sprake is van een gevarieerd beeld met betrekking tot zowel horizontale als verticale afstemming.

12.3.3 De feitelijke handhaving

12.3.3.1 *Bewustzijn van Europese oorsprong van te handhaven voorschriften*

De handhavende instanties blijken zich op beleidsniveau in vrijwel alle gevallen bewust van het feit dat de te handhaven normen Europees geïnspireerd zijn. Op het niveau van de feitelijke handhavers, moet echter worden betwijfeld of men zich in alle gevallen bewust is van de achterliggende Europese normen (vgl. ESF). Weinig besef van de Europeesrechtelijke achtergronden van te handhaven normen is aanwezig bij de strafrechtelijke handhavers en zeker in situaties waarin Nederlandse wetgeving verder gaat dan de EU-voorschriften (vgl. terrorismebestrijding).

12.3.3.2 *Handhavingsprioriteiten*

Op veel terreinen ondervinden de handhavingsinstanties geen Europese invloed ten aanzien van de prioriteiten of keuzes die zij omtrent de te handhaven normen wensen te stellen c.q. maken (vgl. mediabeleid en financieel toezicht). Op de werkvloer voelt men zich in dat opzicht vaak vrij. Wel is het mogelijk dat door overleg en/of afspraken in transnationale netwerken de autonomie, ook bij de operationele rechtshandhaving, toch wordt ingeperkt (vgl. Europese mededinging en financieel toezicht). Op andere terreinen, daarentegen, blijkt het correct uitvoeren van Europese taken een hoge prioriteit te hebben. Zo geldt op het terrein van douane dat als er keuzes moeten worden gemaakt, de handhaving van Europese normen prevaleert boven de handhaving van nationale belastingen, zoals accijnzen. De nationale taak kan daardoor onder druk komen te staan. Soms lijkt men in de praktijk uit zekerheidsoverwegingen aan de veilige kant te gaan staan door Europese normen, of daarop geënte nationale normen, strenger dan wellicht noodzakelijk, te handhaven (vgl. ESF). Ook lijkt er een verband waarneembaar tussen invloed vanuit Europa en de mogelijkheid van financiële repercussies (vgl. ESF en douane). Waar Europese instellingen directe financiële prikkels (kunnen) geven, laten nationale handhavers zich wel sturen, zo komt het de onderzoekers voor. Aan de andere kant is ook een tegenbeweging waarneembaar; ter voorkoming van *level playing field* problemen willen Nederlandse autoriteiten zeker niet actiever dan andere landen te handhaven (vgl. mediabeleid). Met *level playing field* problemen wordt dan, zoals gezegd, bedoeld dat verschillen tussen lidstaten voor wat betreft handhavingsinspanningen kunnen leiden tot oneerlij-

ke concurrentie, of ruimer geformuleerd ongelijke behandeling die uiteindelijk tot het vertrek van bepaalde ondernemingen naar het buitenland kan leiden. Meer sturing vanuit Brussel zou op dit punt dan juist gewenst zijn (vgl. mediabeleid visquotabeleid). Overigens is niet gebleken dat de algemene Europese eisen van effectieve en afschrikwekkende sancties overal actief worden toegepast (vgl. mediabeleid).

12.3.3.3 *Uitvoerbaarheid*

Doorgaans lijkt de Nederlandse praktijk redelijk uit de voeten te kunnen met EU-handhavingsvoorschriften of daarop gebaseerde nationale regels. Toch blijkt de handhaafbaarheid van die normen nog wel een aandachtspunt te vormen. Sommige Europese normen zijn moeilijk handhaafbaar (vgl. visquotabeleid, douane).

Waar de lidstaten een grote mate van vrijheid hebben in de wijze waarop zij Europese voorschriften implementeren, blijkt in de praktijk vaak een behoefte te bestaan aan informatie over toepassing van de (geïmplementeerde) Europese controle- en sanctievoorschriften in andere lidstaten. Dit mede vanuit de wens de genoemde *level playing field* problemen te voorkomen (vgl. financieel toezicht). Ook los van de vraag hoe handhavers in het buitenland te werk gaan, kan in de handhavingspraktijk behoefte bestaan aan nadere informatie over interpretatie of toepassing van bepaalde regels (vgl. ESF).

Een ander geconstateerd probleem is de spanning tussen de wens van Nederland om procedures en controles zoveel mogelijk elektronisch af te doen en Europese regels die vaak nog uitgaan van papieren procedures en een hoog aantal fysieke controles voorschrijven (vgl. visquotabeleid, douane). Nederland is over het algemeen voorstander van *e-controles*, minder papierwerk en meer verantwoordelijkheid bij de markt. Dat is ook het beeld dat Nederland in Europa 'verkoopt'. Soms moet de Nederlandse praktijk toch eerst nog op de (minder geavanceerde) Europese eisen worden afgestemd, maar na verloop van tijd blijkt Europa ook wel wensen van Nederland overgenomen te hebben op dit punt (vgl. douane).

12.3.3.4 *Afstemming in de handhavingsketen*

Afstemming in de handhavingsketen blijkt in een aantal gevallen een probleem. Dat geldt zowel bij de afstemming tussen EU-niveau en nationaal niveau, als tussen beleidsverantwoordelijken en handhavende instellingen binnen Nederland. Wat opvalt in het onderzoek is dat op EU-niveau voor de oplossing van afstemmingsproblemen in de handhavingsketen de laatste jaren de EG/EU ook hier steeds meer lijkt te worden gekozen voor oplossingen langs de lijnen van de I-strategie. De versterking van het (tweedelijs)toezicht (vgl. ESF en visquotabeleid), regels voor of bevordering van transnationale samenwerking via al dan niet verplichte vormen van informatie-uitwisseling (vgl. Europese mede-

dinging) worden ingezet om de Commissie ogen en oren te geven voor wat betreft de naleving in de lidstaten. Op deze manier kunnen Commissie en lidstaten komen tot inzicht in de nalevings situatie en gedeelde informatie. Het is dan uiteindelijk aan de lidstaten om de gevolgen uit die gedeelde informatie te trekken, maar het zal duidelijk zijn dat die gedeelde informatie de Commissie juist in staat stelt om daar, al dan niet via de effectuering van het tweede lijnstoezicht, het eigen beleid en handelen af te stemmen. Uit het onderzoek komt ook wel het beeld naar voren dat die I-strategie – in verschillende varianten – lijkt te werken.

Met het oog op de uitvoering van de handhavende taken op nationaal niveau, blijkt dat op de meeste onderzochte beleidsterreinen wel sprake is van enige afstemming met andere handhavende instanties in het kader van de handhavingsketen. Soms in meer (vgl. mediabeleid, Europese mededinging en visquotabeleid), soms in mindere mate (vgl. luchtkwaliteit en ESF). De verschillen zijn hier niet te verklaren uit de invloed die uitgaat van de EU-handhavingsvoorschriften, maar moeten, naar voorlopig inzicht en voorzover daarover op basis van dit beperkte onderzoek uitspraken zijn te doen, gezocht worden in de eigen aard en het eigen karakter (en de wijze waarop daar aan de handhaving gestalte is gegeven) van het Nederlandse beleidsterrein.

Op verschillende terreinen speelt het nieuw opgerichte Functioneel Parket (FP) ook een rol. Vooropgesteld dat de oprichting van het FP door de betrokkenen vooral positief wordt gewaardeerd, blijken zich in de informatie-uitwisseling en afstemming nog wel eens knelpunten voor te doen (vgl. financieel toezicht en visquotabeleid). Dit heeft gevolgen voor de strafrechtelijke handhaving in Nederland. Overigens vindt op verschillende terreinen ook geregeld overleg met Brussel plaats over de wijze van handhaving, vaak in informele vorm (vgl. ESF). De lijntjes zijn dan kort (vgl. visquotabeleid).

Ter voorkoming van versnipperde en ineffectieve handhaving, zouden voorts ook de taken en werkzaamheden van de diverse betrokken nationale handhavingsinstanties op terreinen waar dat nu nog ontbreekt op elkaar kunnen worden afgestemd en dient geregeld overleg plaats te vinden. Meer integratie en uitwisseling van kennis en ervaring is aangewezen.

12.3.3.5 Internationaal overleg en informatie-uitwisseling

Participatie in internationale netwerken blijkt voor handhavende instanties van groot belang te (kunnen) zijn voor Europese sturing en vormgeving van de nationale handhavingspraktijk op een gegeven terrein, bijvoorbeeld in de vorm van *best practices*, *benchmarking*, *standards* of *guidelines* (vgl. mediabeleid, financieel toezicht, Europese mededinging en visquotabeleid, douane). Dit werkt ook omgekeerd: de nationale handhavingsautoriteiten kunnen zo bepaalde onderwerpen op de Europese agenda plaatsen. Wanneer de Commissie de regie voert over dergelijke fora worden zij niettemin nogal eens als formeel en voorzichtig ervaren (vgl. mediabeleid). Vaak blijkt in de praktijk ook een

behoefte te bestaan aan informatie over de implementatiekeuzes die in andere landen worden gemaakt. Dergelijke informatie kan worden verkregen in de genoemde netwerken. Op sommige terreinen blijkt minder behoefte te bestaan aan deelname in dergelijke fora (vgl. luchtkwaliteit en ESF). Naast de meer geïnstitutionaliseerde fora blijken in de praktijk ook persoonlijke contacten tussen personen uit verschillende lidstaten een belangrijke functie te hebben (vgl. luchtkwaliteit, ESF en visquotabeleid).

Ook bij de uitvoerders geldt, net als degenen die bij de voorbereiding van EU-regelgeving zijn betrokken, dat justitiële autoriteiten in de eerste pijler-netwerken ondervertegenwoordigd zijn. Omgekeerd geldt dat bestuurlijke autoriteiten ontbreken in de derde pijler-netwerken. Ook de samenwerking bij de operationele handhaving is dus sterk verzuimd. De handhavers geven overigens vaak aan helemaal geen behoefte te hebben aan dergelijke, pijleroverstijgende vormen van samenwerking en overleg. Hier geldt het adagium: 'onbekend maakt onbemind.'

Samenvattend kan worden gesteld dat deelname van handhavingsinstanties in Europese overlegstructuren zoveel mogelijk zou dienen te worden gestimuleerd, ook met niet-juridische middelen. Dergelijke structuren kunnen namelijk helpen om de handhaving in een Europese context te plaatsen, waaruit dan ook *best practices* naar voren kunnen komen en *level playing field* problemen kunnen worden voorkomen. Omgekeerd kunnen Nederlandse instanties zo ook bepaalde typisch Nederlandse handhavingsaspecten Europees agenderen. Daarbij moet er wel aandacht zijn voor de transparantie en controleerbaarheid van dit proces.

12.3.3.6 Samenwerking met Europese of buitenlandse toezichthouders

Op sommige terreinen is het in het kader van de handhavende taken zo nu en dan nodig samen te werken met Europese of buitenlandse toezichthouders. Op het terrein van douane is administratieve samenwerking met andere lidstaten en de Commissie noodzakelijk. Daar vindt vele malen per jaar informatie-uitwisseling met andere lidstaten plaats en komt ongeveer tweemaal per jaar voor dat een buitenlandse toezichthouder bij een douane-inspectie in Nederland aanwezig is. Ook worden op dit terrein een aantal keren per jaar zelfstandige verificaties verricht bij marktdeelnemers door OLAF-inspecteurs. Inspecties door Commissie-ambtenaren vinden regelmatig plaats op het terrein van het Europese mededingingsrecht.

Vanwege eenvoud en snelheid blijkt informele samenwerking de voorkeur te hebben. Ook op het terrein van visquotabeleid wordt zowel geformaliseerd als op incidentele basis samengewerkt met inspecteurs uit andere lidstaten, in het kader van de operatie SHARK. De ervaringen daarmee zijn positief. Op het terrein van het ESF komen regelmatig Europese controleurs (van de Commissie en de Europese Rekenkamer) naar Nederland. Dergelijke contacten

worden als nuttig ervaren (zie ook hierna) en de samenwerking blijkt doorgaans goed te verlopen.

Er lijkt een samenhang te bestaan tussen de institutionele eisen die aan autoriteiten en handhaving worden gesteld en de intensiteit van de internationale samenwerking. Op de terreinen Europese mededinging en financieel toezicht zien we een zeer sterk ontwikkelde samenwerking. Die is dan wel beperkt tot de in richtlijnen aangewezen autoriteiten. Aan die autoriteiten worden de nodige eisen gesteld. Andere instanties, bijvoorbeeld de buitenlandse justitie, worden door de 'insiders' met argwaan bekeken, ook als die zich bezig houden met dezelfde of vergelijkbare taken. Het toverwoord is *vertrouwen*: hoe beter men elkaar kent, hoe beter de samenwerking, hetgeen dan vaak vertaald wordt in Europese voorschriften over de taken en organisatie van de samenwerkende autoriteiten. Het omgekeerde geldt niet zonder meer; op die terreinen waar Europa niet aanstuurt, wordt soms wel degelijk intensief samengewerkt (vgl. terrorismebestrijding).

Nederland zou zich dan ook waar nodig moeten inzetten voor een verbetering van de internationale, zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke samenwerking. Die samenwerking is nu sterk verkokerd. Een verbeterde grensoverschrijdende samenwerking en de te verwachten positieve effecten daarvan op de *level playing field* problemen vormen ook een aantrekkelijk en minder ingrijpend alternatief voor bijvoorbeeld verplichte strafrechtelijke handhaving. Nederland zou in dat kader dan ook een visie moeten ontwikkelen op de aanwezigheid van buitenlandse ambtenaren op Nederlands grondgebied (welke bevoegdheden, bewijsgebruik, bewijskracht, e.d.) en daarbij zo nodig het nationale recht aanpassen.

12.3.3.7 Handhavingscapaciteit

Met het oog op de uitvoering van de handhavende taken, mede in het licht van EU-sturing, blijken de handhavende instanties over het algemeen genomen over voldoende (personele) capaciteit te beschikken (vgl. mediabeleid, Europese mededinging, ESF en douane). Op terreinen waar sprake is van veel (en veranderende) regelgeving (van Europese dan wel nationale oorsprong) wordt de administratieve belasting voor de handhavende instanties niettemin als zwaar ervaren (vgl. luchtkwaliteit en visquotabeleid).

12.3.3.8 Tweedelijns toezicht

De Commissie houdt op diverse terreinen tweedelijns toezicht, dat wil zeggen toezicht op de handhavingsinspanningen in de lidstaten. Soms slechts in algemene zin (vgl. mediabeleid, luchtkwaliteit), soms ook in concreto (vgl. ESF en douane) – waarbij moet worden opgemerkt dat de Commissie op dit terrein inzet op meer eerstelijns toezicht in de lidstaat – en visquotabeleid). Over het algemeen genomen lijkt Nederland tevreden met het tweedelijns toe-

zicht van de Commissie-inspecteurs op de nationale werkwijze: het strookt met de Nederlands visie op het creëren van een *level playing field* en daarmee wordt ook meer draagvlak gecreëerd bij de gehele sector. Wanneer de Commissie-controleurs Nederland bezoeken, kan daarvan een soort kopieergedrag uitgaan. Nationale controleurs blijken zich nogal eens te richten op de wijze waarop Commissie-controleurs de Europese normen interpreteren en toepassen (vgl. bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap (ESF)). In dit verband moet ook worden opgemerkt dat de Commissie in het kader van tweedelijnstoezicht de lidstaat houdt aan de handhavingseisen die in de Europese regelgeving of in beleidsmatige documenten worden gesteld. Als een lidstaat daar niet aan heeft voldaan, kan dat forse financiële repercussies hebben

Geheel tot slot moet worden opgemerkt dat de wijze van evaluatie van de handhaving in EU-verband nog niet echt sterk ontwikkeld lijkt. Op de meeste terreinen ligt de nadruk op wetgeving, niet op *law in action* (vgl. in het bijzonder terrorismebestrijding). Een uitzondering hierop vormt het terrein van de Europese mededinging, waarop in de loop der jaren juist wel sprake is geweest van intensieve evaluaties van de rechtshandhaving in de lidstaten. Wel verschuift de inzet van de Commissie de laatste jaren van wetgeving naar feitelijke uitvoering. Er komt meer aandacht voor evaluatie en daadwerkelijke handhaving van de Europese normen. Dat kan betekenen dat hier de komende jaren een inhaalslag zal worden gemaakt die het verdient nauwlettend te worden gevolgd.

Summary

REASON FOR THE RESEARCH AND FORMULATION OF THE PROBLEM

The European legal system, which the Netherlands as from 1957 belongs to, is a shared legal order within which by loyal cooperation the European Union and the member states must arrive at an effective implementation of European law into the legal systems of the member states. For a long time the enforcement of this European law received little attention. This is now unmistakably changing.

European Union (EU) law is mainly indirectly enforced, apart from exceptions such as by now also already partly decentralised competition law. That is to say it is enforced by the member states. In an increasing number of policy areas the European institutions establish uniform or harmonising rules for such enforcement which are directly effective in the national legal systems or have to be incorporated via member state intervention. For EU law to have an effect the member states must 'implement' these European rules. In this research this is understood to mean in a broad sense the legal conversion or incorporation, the execution *and* actual enforcement of those rules. Within the framework of this research 'enforcement' is likewise broadly interpreted and refers to control (supervision of the compliance as well as investigation of offences) and imposing sanctions in reaction to breaches of EU-law.

So the basic principle is that for an effective enforcement of its law the European Union is to a large extent dependent on the enforcement efforts of the member states. They are responsible for the correct and timely application of EU treaties and secondary EU legislation. This dependence is an important reason for the European legislator and European courts to guide the national enforcement.

This research intends to study the European influence on law enforcement in order to analyse how enforcement provisions in EU law (in particular in legal acts from both the first (EC law) pillar of the EU and from the third pillar in respect of police and judicial cooperation in criminal matters) are implemented in the Netherlands and which experience is acquired with it. In this research it has in particular been attempted to examine whether certain regularities or patterns can be observed in the way in which the Netherlands implements (via legal measures or actual action by policy makers or enforcement bodies) EU enforcement provisions (originating from legal acts and case law),

and whether the implementation involves problems and issues which might be a reason for adjusting the current method of implementation. Through this approach the results of the research may contribute to the development of (proactive) policies in respect of the drafting of EU enforcement provisions and their implementation in the Netherlands.

With a view to that objective the research focuses on the following three questions:

1. What is the relationship between EU legislation in the area of law enforcement and Dutch policy and legislation in this respect?
2. How is that legislation implemented and can patterns be recognised in this?
3. Which problems are the Dutch legislator and the Dutch enforcement practice and organisation faced with in this respect?

DEMARCATIION AND METHOD

Also based on received indications and the research proposal, an exploratory investigation into twelve policy areas has been carried out according to the *quick scan* method. It concerns customs, fish quota policy, European Social Fund (ESF) (protection of the financial interests of the Community), financial supervision, European competition, food safety, combating terrorism, working conditions, air quality, transport of waste disposal, media policy and quality of medical services. By analysing the results of these quick scans for each policy area and by constructing a scale, a score for Europeanization of the law enforcement in all twelve policy areas has been calculated. This score has been combined with a score for the Europeanization of the substantive rules in each policy area. Based on these overall scores a picture of the intensity of the Europeanization of the law enforcement in the various policy fields is given. As a result four categories have been divided, varying from light to high intensity of Europeanization of the law enforcement. With regard to duplication two policy areas in each category have been selected. These policy areas have been further investigated in more in-depth case studies, on the basis of implementation file analysis, case law and literature analysis and in total 37 semi-standardised interviews with key persons at legislative, policy and execution level in the selected policy areas. Increasing from light to high intensity of Europeanization it concerns the following clusters: I) media policy and combating terrorism; II) air quality and financial supervision; III) European Social Fund (ESF) and European competition; and IV) fish quota policy and customs. With this selection the researchers intend to give a representative picture of the Dutch implementation practice within the frameworks set for this research for the very broad range of EU (policy) areas. The research was carried out in the period between 1 December 2006 and 2 November 2007.

STRUCTURE OF THE REPORT

After an introductory first chapter a further substantiation of the set-up and justification of this research follows in chapter 2. Subsequently in chapter 3 a general analysis of the Europeanization of the national enforcement is made. This chapter is a prelude to and a framework for the case studies in the areas mentioned above, which have been laid down in chapters 4 to 11. The set-up of these casestudies is as much as possible identical. There always is a EU part in which relevant provisions of European law are analysed, followed by a national part in which both the implementation from a legal and policy point of view and the actual implementation (actual enforcement) are discussed. Chapter 12 gives a final conclusion in which the findings of the research are presented together. On that basis it is finally investigated in that chapter whether patterns can be observed in the implementation and which problems arise in that respect.

EUROPEAN INFLUENCE IN THE AREA OF LAW ENFORCEMENT

The European influence in the area of law enforcement has two motives and – with it – two sides. On the one hand, for an effective enforcement it is necessary to steer the enforcement in the member states in a vertical direction. That means that the EU legislator, EU courts (EC Court of First Instance and EC Court of Justice (ECJ)) and the European Commission make efforts to ensure the compliance with EU rules by influencing actors in an individual member state such as the Netherlands via enforcement provisions, case law and efforts of monitoring and imposing sanctions. On the other hand, there is also a question of horizontal steering, from the necessity for enforcement cooperation between the member states as well as for facilitating the coordination of enforcement efforts in the various member states. This type of steering occurs in particular in combating transnational infringements of European rules. After all, the infringement of EU rules does by no means always occur on the territory of a single member state.

The European influence in the areas of enforcement is also especially intended to prevent problems of a level playing field, which might rapidly arise without Europe influencing the enforcement cooperation and efforts. After all, (large) differences in the enforcement practice in different member states lead, just as differences in substantive rules, to unequal competition conditions for the parties involved. This problem has been observed in almost all policy areas investigated.

The EU influences the law enforcement by means of the legislative instruments from both the first (EC law) pillar of the EU and from the third pillar in respect of police and judicial cooperation in criminal matters. In addition, there is

influence in the form of case law. Within the framework of the so-called principle of effectiveness the ECJ establishes on the one hand requirements for the instruments used by member states for the enforcement of European law or national law based on it. On the other hand requirements for safeguards are also established in case law. A third way of influencing is via soft law. It is attempted to guide the process by means of best practices, guidelines, benchmarks and standards, by holding peer evaluations and reviews, et cetera. This approach is strongly on the rise. The research shows that in the past years the EU ever more heavily relies on information strategy (in the following: I-strategy) in combating the enforcement deficit in respect of European rules. The emphasis is on obtaining (as accurately as possible) information in respect of the compliance situation. The control methods identified for this in which the Commission also participates may be seen as parts of that I-strategy in promoting the compliance with EU provisions. In the way in which cooperation is effected at EU level (at regulatory level) and at national level (as noted above the member states are responsible for the execution of EU rules) information about the compliance in the member states is essential. That applies among other things, but not only for second-line supervision. Without information there is no insight in the enforcement deficit in respect of European rules and neither is it possible to react to it. In view of this the Netherlands will as a rule profit from embracing the I-strategy of the EU in the enforcement of and compliance with EU rules. This provides good chances for benchmarking and thus for arriving at a more effective and more efficient enforcement of EU rules. It may further prevent that the European level playing field will be undermined to the disadvantage of the Netherlands and it may in this way also strengthen the transparency and the dialogue with citizens and organisations involved.

The EU influence relates to various methods of law enforcement, varying from forms which in the Netherlands we would call public law enforcement by means of administrative and criminal law to forms of – measured according to Dutch standards – private law or private enforcement (in the following: private enforcement). As regards the used jargon the Dutch and the European doctrine are not fully in line. In respect of – what we would call in the Netherlands – public law enforcement, EU enforcement provisions concern both the control stage of the administrative supervision of compliance and the criminal investigation, as well as the imposition of sanctions after observed rights. As regards the private enforcement, EU enforcement provisions concern actions which in particular citizens may institute in order to enforce their entitlements protected by the EU. They may do this before the national courts in relation to other citizens or the government. In this way disputes under EU law may also be submitted to a competent European court, via a procedure which makes a uniform application of EU law possible. This private way of influencing the compliance with EU rules has not been exhaustively dealt with in this research.

However it actually plays an important role for instance in the field of European competition law and fish quota policy.

Examining the interaction between the European requirements and the national, public law enforcement in greater detail three matters attract in a general sense attention.

The research shows in the first place that traditionally in (policy or discussions about) EU enforcement provisions dogmatic distinctions, as used in Dutch law, between criminal law and administrative law are not taken into account. That applies in particular for the EC. This has partly to do with the fact that EC law often leaves it to the member states whether they want to enforce certain matters by criminal law, civil law or administrative law. For another – possibly much more important – part the cause of this lies in the fact that the EC, as was assumed for a long time, had no power, or at its best a controversial power, in the field of criminal (procedural) law. For that reason one actually comes across provisions which concern the relation with criminal (procedural) law, but without a direct obligation to enforcement under criminal law. An example of this is the financial supervision, where it is provided that within that framework there must be powers of seizure, which usually have a criminal law character in the Netherlands. The case study of the fish quota policy also provides examples of this. However recent developments in case law to be discussed hereinafter shed a different light on this power issue.

In line with the above it attracts in the second place attention that European enforcement provisions, at any rate in the policy areas investigated, mostly emphasize the instrumental side of the law enforcement, directed at the way in which member state authorities and enforcement bodies must carry out enforcement. The safeguard side (including the legal protection) gets much less attention and often only in case law. Therefore, when choosing between various enforcement methods, as well as in their implementation, more than is now the case, structural attention is asked for the associated legal safeguards and legal protection as well as for the implications for transparency, monitoring and democracy in the law enforcement.

In the third place it is striking that in the various areas the legislator on the European stage is over and again reinventing the (same) wheel as regards enforcement provisions, without this seeming to lead directly to mutual learning effects between the Brussels policy columns. So, in other words, at the European level one operates in a policy-field dependent way. A more integrated, horizontal approach of the enforcement problem at EU level seems appropriate. At European level this has only very recently been started. The outcome of that development cannot be predicted.

EU ENFORCEMENT PROVISIONS VIEWED FROM THE PILLAR STRUCTURE

In areas which are considered to belong to the first (EC law) pillar of the European Union the law enforcement in the member states is influenced through case law, legislation and policy. In our research we have also observed some forms of spontaneous or voluntary adjustment, harmonisation and coordination of enforcement efforts of member states. The recent introduction of the search powers of the Netherlands Competition Authority is a good example of this.

This research shows that in the past fifteen years within the first pillar the influencing by legislation and policy has clearly expanded. Along that way Europe influences in the first place various parts of the national monitoring activities (in the Netherlands mainly consisting of compliance supervision and investigative activities). The precise influence on these parts differs for each policy area, but with the necessary provisos it may be stated that more European guidance in respect of the monitoring can be observed in policy areas in which substantive rules have been more strongly Europeanised. This concerns areas such as European competition and to an increasing degree also ESF, fish quota policy and customs.

In addition to the monitoring activities the influence by legislation and policy in the first pillar also concerns the (administrative and criminal) imposition of sanctions in the member states. The European legislator is however considerably more reticent in influencing what must happen after an infringement has been discovered. Member states usually have a relatively large freedom in choosing for a criminal, or administrative or private law system of imposing sanctions. Some developments seem to point in the direction of a decrease of this European restraint. In various areas – so it appears from the research (cf. customs and fish quota policy) – an increasing influence is expected as regards rules which set requirements for both the administrative and criminal imposition of sanctions. Prescribing criminal sanctions in the first pillar is expected to be the next step. The ECJ ruling on *environmental criminal law* and the Commission's reaction to it form an indication of this, at any rate in the field of the environment where the EC Court of Justice coupled the Community legislator's power to prescribe measures connected with criminal law to the effective functioning of Community law. The Commission is of the opinion that it must also be possible to use this power outside the field of the environment, such as intellectual property, hiring illegal workers and discharge at sea. For the latter field this has by now been confirmed by the ECJ in the ruling on *discharges at sea*. Whether this also applies for the other areas mentioned cannot yet be said with certainty. However, for the period and policy areas investigated in this research it applies that on these grounds no actual shift to or strengthening of criminal enforcement has been observed.

In the third pillar too the law enforcement is influenced by Europe. For instance, in recent years all kinds of initiatives have been developed which – e.g. as in the field of combating terrorism – intend to harmonise the criminal law of the member states as well as to bring both its substantive and procedural law in line. Here too the earlier mentioned I-strategy is clearly present.

Nevertheless in the third pillar there is more room for the member states to shape their own enforcement practice than in the first pillar. Moreover the European institutions have precisely less room to ensure compliance with framework decisions, in particular because there is no possibility to institute treaty infringement proceedings. In the *Pupino* ruling the ECJ has however opened the possibility for first-pillar elements to be introduced into the third pillar. In the light of this the ECJ will in all probability use the loyalty to the Union more often in the future in order to impose obligations on the member states in respect of the implementation and application of third-pillar law. The instrumental requirements and safeguards developed in case law within the framework of the first pillar may start to play an important role in that respect.

But it must be noted here that the influencing of the national law enforcement within the framework of the third pillar runs along other lines than in the first pillar. It is not in the first place primarily directed at supporting EC law, but at combating serious crime (organised crime, terrorism, human trafficking et cetera) in the common area of freedom, security and justice. The support of EC law by for instance the harmonisation of substantive criminal law was and is still limited. In the second place in the third pillar a more horizontal strategy is applied. Many initiatives are directed at cross-border criminal cooperation. It is striking for that matter that criminal procedural law hardly gets any attention in this connection. However, the side of the international cooperation is on the other hand strongly developed in the third pillar. Far-reaching cooperation takes place by the exchange of information based on the principle of availability and the organisation of joint investigation teams in criminal investigations.

So, if the influencing of the law enforcement is viewed from the pillar structure, it may be stated that there is an influence both via the first pillar and via the third pillar, but that the ways of influencing in these pillars differ from each other. Moreover, it is striking that similar subjects – for instance the cross-border cooperation – are dealt with in different ways in the two pillars.

Nevertheless some converging trends are perceptible between the first and the third pillar. Within the first pillar the case law of the EC Court of Justice now already relates to the criminal law of a member state when it has chosen for criminal law enforcement. Moreover, since the ECJ ruling on *environmental criminal law* and the ruling on *discharges at sea* the door seems to be open for prescribing criminal enforcement in the first pillar, albeit that the scope of this power has been limited in the latter ruling. On the other hand, in some cases

third-pillar legislation does not only concern criminal law, but also administrative law. This makes it clear that the two pillars grow towards each other and can influence each other. The consequences of this convergence between the first and the third pillar for the national law enforcement are noticeable. A substantial part of the law is now under sometimes relatively far-reaching European influence. That influence will in due course also become noticeable to an increasing degree at the level of criminal enforcement, in the same way as this has happened in respect of administrative enforcement.

At the entry into force of the Reform Treaty the separation between the first and the third pillar will disappear for that matter. This implies that the Community method including the instrumental and safeguard requirements from case law might also start to be applicable in respect of the cooperation in criminal cases. This will make possible a further, integrated approach to cross-border cooperation in respect of enforcement.

DUTCH INFLUENCE ON EU ENFORCEMENT PROVISIONS

For a proper perspective on the relation between EU legislation in the field of law enforcement and Dutch policy and legislation in this respect it is also important to look at the possible influence which the Netherlands exercises on the drafting of the European provisions.

This research shows that the attitude of the Netherlands in respect of the various policy areas investigated varies. That has obviously to do with the policy-field dependence still to be discussed hereinafter. There are nevertheless some remarkable developments which deserve to be pointed out. Sometimes active Dutch attempts are made to influence European rules, for instance in the fields of combating terrorism, fish quota policy and customs. In other fields that precisely does not happen and the Netherlands adopts in particular a passive attitude. In some fields the European agenda is used as a vehicle for the execution of national policy, e.g. in the field of media policy, in other fields one is especially busy defending one's own freedom (cf. combating terrorism, to a lesser extent also financial supervision, and customs). In this respect the Netherlands seems to be fairly adept in defending its own position in the negotiations, whereby it applies however that the margins are often large enough in order not to get into problems in the implementation stage. Clear differences are perceptible as regards the contribution of the Netherlands in the European legislative process and the role of the enforcement bodies in this respect. That role is sometimes large (cf. financial supervision), sometimes also almost absent (cf. combating terrorism). So in respect of the Dutch influence on the drafting of EU enforcement provisions no clear line can be recognised.

In this connection it must be noted that, given the European influencing of the law enforcement as described before, presently there still seems to be a reasonably large national freedom in organising law enforcement in the

Netherlands. In many cases that goes hand in hand with the wish to keep it that way. With a view to this it is advisable to be alert and if needed action must be taken. The foundations of the Dutch enforcement system are at present apparently such that the current European rules can be complied with without large adaptations of national law. However this may change now that in view of the ECJ rulings on *environmental criminal law* and *discharges at sea* the Community legislator can also prescribe measures connected with criminal law, albeit that the nature and scope in this respect cannot be established. The parties concerned should be aware of this possibility and where needed adopt a (pro)active attitude based among other things on experience with the enforcement practice in the Netherlands. Instead of examining which threat is posed by a concrete European instrument for national policy or law, the question should be in which areas the member states and so also the Netherlands need European guidance when realising a common area of freedom, security and justice and, if this is the case, with which instruments. This applies in particular in order to avoid *level playing field* problems.

IMPLEMENTATION PRACTICE IN THE NETHERLANDS: PATTERNS AND PROBLEMS

In this research the starting point has been the hypothesis that a high degree of Europeanization of the law enforcement plays a role in the implementation in a legal and actual sense (the execution of enforcement) in a policy area. Europeanization is then understood as a development within the integrated European legal system whereby the national enforcement, including also the general doctrines of the law, is determined sometimes to a greater extent and sometimes to a lesser extent by European law. If the European Union sets strict and extensive requirements it may also be expected that those requirements in one way or another play a role in the actual execution of enforcement. Vice versa, if hardly any requirements have been formulated, this also implies that in the execution hardly any influence of the EU can be observed. In short, the research has been carried out from the initial idea that when the degree of Europeanization of the enforcement increases, the probability will also increase that European requirements start to play a role in the practice of execution and that deviations may also start to occur. It makes little sense to look for reactions to European requirements in respect of the enforcement where those requirements hardly exist.

On the basis of the general investigation and the research in the eight case studies it has been observed that in areas with a low degree of Europeanization of the substantive rules there is hardly any influence on the Dutch enforcement policy and enforcement practice. The enforcement in these cases follows common, Dutch methods of organising the enforcement. Special about this is that also in areas in which the degree of Europeanization of the substantive

rules increases, and also where – still apart from that degree of Europeanization – more and more directive European enforcement provisions occur, the national policy field and its characteristics are mostly the determining factor for explaining why the EU enforcement provisions have precisely been implemented in the way chosen. Within the framework of this research this is indicated as *policy-field dependence*. A strong policy-field dependence of the execution of EU enforcement provisions for instance applies to the cases of media policy, combating terrorism, financial supervision and air quality.

In areas with a low degree of Europeanization we further observe that from the EU often only a number of general requirements for the enforcement are set, which often also merge with the requirements which in the Netherlands are set for enforcement. This applies in particular for those cases in which the requirements of fitting sanctions developed in case law have been prescribed. These sanctions must be effective, proportionate and deterrent. It is then hardly possible to establish for these areas a further, deviating Dutch influence on the execution of these general European enforcement provisions, since only to a very limited extent the European enforcement provisions in question set a framework for or give guidance to the Dutch enforcement practice. That makes it almost impossible to find differences.

Where we establish that a strong influence of the national policy field on the manner of execution of EU enforcement provisions is at issue, we establish that the *European influence is asymmetric*. While it would be expected that more Europeanization of the policy field and more European enforcement provisions would also lead to a more perceptible European influence on the implementation, we arrive in this research at the conclusion that such a scheme is too simple. For instance, in areas with a greater degree of Europeanization of the enforcement there are more possibilities for deviations of the regime desired by the European Union. In the research we find this for instance in the case studies of the ESF and the fish quota policy. Deviations are sometimes the consequence of the way in which the Netherlands has organised or interprets the monitoring (for instance the Biesheuvel groups in the case study of the fish quota policy). In other cases a higher degree of Europeanization of the enforcement leads to an actual execution in which those EU rules are very expressly taken into account – sometimes more than strictly required. In such a case the Netherlands settles itself, so to speak, at the top of the band width. This is for instance at issue in the field of European competition.

When asking about possible patterns in the Dutch practice of implementation of EU enforcement provisions, both the practice of implementation from a legal and policy point of view and the actual implementation (the actual enforcement practice) have been investigated. On the basis of leads in the literature this research has been focused on the following themes as regards the implementa-

tion from a legal and policy point of view: the necessity of implementation, the manner of legal implementation, the choice of the form of enforcement, transnational consultations and exchange of information and coordination in the implementation chain. In respect of the actual implementation (the actual enforcement practice) the themes are the following: awareness of the authorities involved about the European origin of the rules to be enforced, possible enforcement priorities, the enforceability of European enforcement provisions and national provisions based on them, coordination in the enforcement chain, international consultations and information exchange, cooperation with European or foreign regulators, the enforcement capacity and second-line supervision.

In view of the asymmetry of European influence and the strong policy-field dependence – in spite of the existence of some points of resemblance – for none of the investigated themes it is actually possible to speak of one particular Dutch practice, or demonstrable usual patterns of implementing EU enforcement provisions.

As regards the question of possible problems in the implementation practice only some points for improvement – at European and/or national level – have been identified at the level of some of the policy areas investigated. For instance in the implementation stage lack of clarity may arise due to the fact that Brussels sometimes leaves two regulations in existence next to each other, without bringing them properly in line (cf. fish quota policy). It also occurs that the consultations and information exchange about implementation of European rules in transnational forums are arranged in an ad hoc way. That sometimes leads to problems. While those executing the rules organise themselves to an increasing degree in networks, national legislators turn out to have hardly any idea of the implementation choices which are made in Europe. Nevertheless the practice has a strong need for information about the application of the European monitoring and sanction rules in other member states (cf. financial supervision). It also occurs that in the implementation stage there is little or no question of transnational consultations or information exchange (cf. air quality), while such consultations as a rule in many areas are in fact experienced as very positive. The coordination within the Dutch implementation chain does neither always run very smoothly (cf. media policy and ESF). Sometimes there is even (virtually) no coordination (combating terrorism and air quality). The information exchange and the coordination in the enforcement chain also sometimes appear to be a problem (financial supervision and fish quota policy). Another point of attention concerns the enforcement priorities to be set. When the enforcement of European rules prevails, it may put pressure on the enforcement of pure national rules (e.g. customs). Furthermore, in many areas the risk of the problem of a level playing field has been observed.

However in the areas investigated no structural problems in the practice of the implementation of European enforcement provisions appear to exist in the Netherlands.

Literatuurlijst

Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties', in: E. Ankaert e.a., *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006.

Adriaanse 2007

P.C. Adriaanse, 'Private handhaving (van het mededingingsrecht) in opmars. Bespreking van het preadvies 'Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht' van mr. W.A.J. van Lierop en mr. E.H. Pijnacker Hordijk voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2007-8, p. 314-320.

Althaus 1907

A. Althaus, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle* (diss. Bern), Bern: Stämpfli 1997.

Backes 2006

C.W. Backes, *Internationale vergelijking implementatie EU-richtlijnen luchtkwaliteit*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid / NILOS Universiteit Utrecht 2006, < www.uu.nl/uupublish/content-cln/InternationalevergelijkingimplementatieEU-richtlijnen.pdf >.

Bakker & Van Waarden 1999

W. Bakker & F. van Waarden, *Ruimte voor regels, stijlen van regulering en beleidsuitvoering vergeleken* (Beleid en maatschappij jaarboek), Amsterdam: Boom 1999.

Barents 2007

R. Barents, 'De Europese Grondwet is dood – leve de Europese Grondwet', *NTER* 2007-9, p. 174-184.

Barents 2006

R. Barents, 'De denationalisering van het strafrecht', *SEW* 2006-10, p. 358-374.

Barents & Brinkhorst 2006

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: Kluwer 2006.

Barkhuysen 2006

T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

Barkhuysen, Den Ouden & Polak 2005

T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van regels*, Deventer: Kluwer 2005.

Barkhuysen, Den Ouden & Steyger 2007

T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007.

- Borgers 2006
M.J. Borgers, 'Het strafrecht in de eerste pijler: van competentiestrijd naar competentiestrijd', *NJB* 2006-13, p. 738-742.
- Borgers 2006/2
M.J. Borgers, 'Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler', *DD* 2006-1, p. 76-99.
- Borgers 2007
M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU), Den Haag: BJu 2007.
- Bos e.a. 1995
J.T.K. Bos e.a., *Handhaving van het bestuursrecht*, Preadviezen VAR, VAR-reeks 114, Alphen a/d Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1995.
- Bos & Pijnacker Hordijk 2006
P.V.F. Bos & E.H. Pijnacker Hordijk, 'Civiele status aparte', *M&M* 2006-1, p. 2.
- Boven & Yesilkagit
M. Bovens & K. Yesilkagit, 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse wetgever', *NJB* 2005, p. 520-529.
- Brants 2005
C.H. Brants, 'Procedural safeguards in the European Union: Too little, too late?', in: J.A.E. Vervaele (red.), *European Evidence Warrant*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 103-119.
- Buruma 2006
Y. Buruma, 'Europese Integratie en harmonisatie en het strafrecht', *NJB* 2006-22, p. 1198-1202.
- Calliess & Mollers
Ch. Calliess & Ch. Mollers, Gottinger Online-Beiträge zum Europarecht nr. 49, *Der europäischen Verwaltungsverbund: Verwaltung in Mehrebenen-Rechtsordnungen*, < <http://www.europarecht.uni-goettingen.de/Paper49.pdf> >.
- Coljé 1988
H. Coljé, *Het toezicht op banken in Nederland*, Amsterdam: NIBE 1988.
- Corstens 2000
G.J.M. Corstens, 'Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb', *NJB* 2000-24, p. 1185-1190.
- Corstens & Veldt Foglia 2003
G.J.M. Corstens & M.I. Veldt Foglia (red.), 'Communautarisering van het straf- en strafprocesrecht', *DD* 2003-2, p. 123 e.v.
- Corstens, Davids & Veldt Foglia 2004
G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2004.
- Van Dam 2006
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, Londen: British Institute of International and Comparative Law, 2006.
- David 2003
A. David, *Inspektionen im Europäischen Verwaltungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 2003.

Douma e.a. 2006

W.Th. Douma e.a., *Pilot – Monitor EU invloed*, T.M.C. Asser Instituut 2006.

Duijkersloot 2007

A.P.W. Duijkersloot, *Toezicht op gereguleerde markten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

Frese 2007

M.J. Frese, 'Het toezeggingsbesluit; kenmerken van een nieuw handavingsinstrument', *M&M*, 2007-2, p. 39-48.

Van Gestel & Eijlander 2006

R. van Gestel & Ph. Eijlander (red.), *Domeinconflicten tussen Europees en nationaal toezicht*, Den Haag: BJu 2006.

Van de Graaf & Hoppe 1989

H. van de Graaf & R. Hoppe, *Beleid en kritiek, een inleiding tot de beleidswetenschap en de beleidskunde*, Bussum: Coutinho 1989.

Groenhuijsen 2006

M.S. Groenhuijsen, 'De kaderbesluiten van de Europese Unie op het gebied van het strafrecht. Stand van zaken en een blik op de toekomst', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 225-241.

Van de Gronden 1998

J.W. van de Gronden, *De implementatie van het EG-milieurecht door Nederlandse decentrale overheden: de EG-rechtelijke eisen voor de omzetting, inkadering, toepassing en handhaving van EG-milieurichtlijnen en -verordeningen door provincies, gemeenten en waterschappen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998.

Haak & VerLoren van Themaat 2005

M.F.J. Haak & I.W. VerLoren van Themaat, *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2005.

Hert, Paepe & Griffioen

P. de Hert, P. Paepe & H. Griffioen, 'Europees milieustrafrechtarrest. Minder ruimte voor nationale strafbevoegdheden', *NJW* 2006-144, p. 482-495.

Hill & Hupe 2002

M.J. Hill & P.L. Hupe, *Implementing public policy: governance in theory and practice*, Londen: Sage 2002.

Hoff 2002

Hoff, G.T.J., 'Het toezicht op effecteninstellingen', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 163-167.

Höhns 2002

S. Höhns, *Die Aufsicht über Finanzdienstleister: Kompetenzen, Eingriffsbefugnisse, Neustrukturierung* (diss. Augsburg), Berlin: Duncker & Humblot 2002.

Hoogerwerf 1993

A. Hoogerwerf, *Overheidsbeleid, een inleiding in de beleidswetenschap*, Alphen a/d Rijn: Samson 1993.

Howlett & Ramesh 2003

M. Howlett & M. Ramesh, *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*, Toronto: Oxford Press University Press 2003.

Huisman 2007

C. Huisman, 'Overheid goochelt met fijnstof', *de Volkskrant* 5 juli 2007, p. 1.

ICER 2001

EG-eisen aan handhaving, d.d. 14 februari 2001, ICER 2001-01-06.

Jans e.a. 2002

J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Jans e.a. 2007

J.H. Jans e.a., *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Jacobs 2007

M.J. Jacobs, 'De tenuitvoerlegging van Europese structuurfondsen in Nederland: over het verstrekken van EG-subsidies en het beheersen van de uitgaven', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 169-197.

Jones & Sufrin 2004

A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford: OUP 2004.

Klip 2006

A.H. Klip, *Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht*, Preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2006.

Koelemeijer e.a. 2005

R.B.A. Koelemeijer e.a., *Rapport consequenties van de EU-luchtkwaliteitsrichtlijnen voor ruimtelijke ontwikkelingsplannen in verschillende EU-landen*, Bilthoven: Milieu- en Natuurplanbureau 2005, <http://www.mnp.nl/nl/publicaties/2005/Consequenties_van_de_EU-luchtkwaliteitsrichtlijnen.html>.

Komninos 2002

A.P. Komninos, 'New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v. Crehan* and the Community Right to Damages', *CMLRev.* 2002-39(3), p. 447-487.

Korsten & Derksen 1986

A. Korsten & W. Derksen, (red.), *Uitvoering van overheidsbeleid: Gemeenten en ambtelijk gedrag belicht*, Leiden: Stenfert Kroese 1986.

Kristen 2004

F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht: een onderzoek naar de grondslag en verwerking van het Europees verbod van misbruik van voorwetenschap, met aandacht voor de doorwerking van EG-richtlijnen in het strafrecht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Kristen 2006

F.G.H. Kristen, 'Europees toezicht op implementatie van kaderbesluiten', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 51-73.

De Kruif & Den Ouden 2007

C. de Kruif & W. den Ouden. 'Over voorkomen en verhalen. Uitbreiding van de Awb-bepalingen over bestuurlijk toezicht?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.) *Europees Recht Effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 233-256.

Lamfalussy-rapport 2001

Final report of the committee of wise men on the regulation of European securities markets, ECOFIN Brussel: 2001, <ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf>.

Leeuw, Kerseboom & Elte 2007

F.L. Leeuw, J.S. Kerseboom & R. Elte (red.), *Turven, tellen, toetsen. Over toezicht, inspectie, handhaving en evaluatie en hun maatschappelijke betekenis in Nederland*, Den Haag: BJu 2007.

Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007

W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007.

Luchtman 2002

M.J.J.P. Luchtman, *Geheimhouding en verschoning in het effectenrecht*, Amsterdam: NIBESVV 2002.

Luchtman 2006

M.J.J.P. Luchtman, 'Europese handhavingssamenwerking bij de bestrijding van marktmisbruik', *SEW* 2006-7/8, p. 262-274.

Luchtman 2007

M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie: over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU verband*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Luchtman, Vervaele & Jansen 2002

M.J.J.P. Luchtman, J.A.E. Vervaele & O.J.D.M.L. Jansen, *Informatie-uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum*, Utrecht: Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie 2002.

Mak 2004

P.J. Mak, 'Luchtkwaliteitseisen; niet nieuw, wel hot', *Milieu en Recht* 2004-6, p. 322-328.

Van Meter & Van Horn 1975

D. van Meter & C.E. van Horn, 'The policy Implementation process: A conceptual framework', *Administration and society* 1975-4, p. 445-488.

Michiels 2006

F.C.M.A. Michiels, *Houdbaar handhavingsrecht* (oratie), Deventer: Kluwer 2006.

Michiels & Muller 2006

F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006.

- De Moor-van Vugt 2002
A.J.C. de Moor-van Vugt, 'ESF: testcase voor een systeem van toezicht', *Openbaar Bestuur* 2002-5, p. 8-11.
- De Moor-van Vugt 2007
A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht in het kader van de rechtmatige besteding van EG-gelden', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 143-168.
- Eindrapport Stuurgroep Nijpels 2005
Rapport van de stuurgroep Nijpels in opdracht van de minister van LNV, Rijswijk: LNV 2005, < www.minlnv.nl/cdlpub/servlet/CDLServlet?p_file_id=13927 >.
- Nobel 2004
P. Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick*, Bern: Stämpfli 2004.
- O'Toole 2000
L.J. O'Toole, 'Research on Policy Implementation: Assessment and Prospects', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2000, p. 263-288.
- Den Ouden 2003
W. den Ouden, 'Over toezicht en aansprakelijkheid bij Europese subsidies; wie moet op de blaren zitten?', *Gst.* 2003-7178, p. 33-40.
- Ottow 2006
A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht* (diss. UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.
- Parret 2003
L. Parret, 'Belangrijke vernieuwingen in het Europese mededingingsrecht en de gevolgen voor de rechtspraktijk', *NJW* 2003-50, p. 1246-1253.
- Pijnacker Hordijk 2004
E.H. Pijnacker Hordijk, 'Gaat het schadevergoedingsrecht voor mededingingszaken op de schop?', *M&M* 2004-8, p. 269-271.
- Pijnacker Hordijk 2006
E.H. Pijnacker Hordijk, 'Private handhaving als alternatief voor overheidshandhaving, mede in het licht van overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2006, 1-2, p. 31-41.
- Polak & Den Ouden 2004
J.E.M. Polak & W. den Ouden, *Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland*, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Deventer: Kluwer 2004.
- Prechal 2005
S. Prechal e.a., *Europeanisation of the Law: consequences for the Dutch Judiciary*, Groningen: University Library Groningen 2005, <<http://irs.ub.rug.nl/ppn/27857565X>> 2005>.
- Prechal 2006
S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (oratie Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2006.

Prechal 2007

S. Prechal, 'Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union', in: C. Barnard (red.), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 35-69.

Pressman & Wildavsky 1984

J.L. Pressman & A. Wildavsky, *Implementation*, 3rd edn, Berkeley: University of California 1984.

Punt & Van Vliet 2007

E.N. Punt & D.G. van Vliet, *Douanerechten. Inleiding tot het communautaire douanerecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Rapport van de Algemene Rekenkamer 2006

Rapport van de Algemene Rekenkamer, *Goed bestuur tussen publiek en privaat, Ontwikkelingen in bestuur, beleid en regelgeving*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2006.

Reich 2005

N. Reich, 'The "Courage" Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?', *CMLRev.* 2005, p. 35-66.

Rijken 2006

C. Rijken, 'Joint Investigation Teams: principles, practice, and Problems', *Utrecht Law Review* 2006-2, p. 99-118.

Rogier & De Doelder 2006

L.J.J. Rogier & H. de Doelder (red.), *Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht*, Den Haag: BJu 2006.

Rogier 2007

L.J.J. Rogier, *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*, Preadvies VAR, VAR-reeks 138, Den Haag: BJu 2007.

Rood 2005

J. Rood, *Eindrapport: Nederland en de totstandkoming van EU-milieurichtlijnen*, Den Haag: Nederlands instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael' 2005.

Roording 2006

J.F.L. Roording, 'Retour Den Haag-Brussel', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, 39-51.

Röttgering 2006

A.E.M. Röttgering, 'Het ontwerp-kaderbesluit inzake procedurele rechten in strafprocedures', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 159-173.

Royla 2000

P. Royla, *Grenzüberschreitende Finanzmarktaufsicht in der EG* (diss. Münster), Berlin: Duncker & Humblot 2000.

Rutten & Serneels 2005

F. Rutten & A. Serneels, *Handboek Douane en Internationale Handel*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005.

- Sabatier & Mazmanian 1979
P. Sabatier & D. Mazmanian, 'The Conditions of Effective Implementation,' *Policy Analysis*, 1979-5, p. 481-504.
- Scharpf 1978
F.W. Scharpf, 'Interorganizational policy studies: Issues, concepts and perspectives', in: K.I. Hanf & F.W. Scharpf (red.), *Interorganizational policy making: limits to Coordination and Central Control*, Londen: Sage 1978, p. 345-370.
- Van Schijndel 2007
M. van Schijndel, 'Spanning tussen het Europese douanerecht en het algemene bestuursrecht: wel of niet aansluiten bij de Awb?' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 307-324.
- Schmidt Assman & Schondorf Haubold 2005
E. Schmidt Assman & B. Schondorf Haubold, 'Der Europäischen Verwaltungsverbund', *Archiv des öffentlichen Rechts* 2006-3, p. 476-480.
- Schippers & Besselink 2006
E.C.M. Schippers & H.J.M. Besselink, 'Luchtkwaliteit. Een tussenstand', *De gemeentestem* 2006-7256, p. 411-424.
- Schout & Nomden 2000
A. Schout & K. Nomden, 'De Europeanisering van het Nederlandse openbaar bestuur', *Bestuurswetenschappen* 2000-5, p. 336-354.
- Schreuder 2005
A. Schreuder, 'Vieze lucht blijft nieuwbouw hinderen', *NRC Handelsblad* 24 september 2005, p. 3.
- Schutte-Potsma 2006
E.T. Schutte-Potsma, *Regeling inzake luchtkwaliteit: Nederland op slot?*, Den Haag: BJu 2006.
- Simmelink 2006
J.B.H.M. Simmelink, 'Implementatie van kaderbesluiten in een dynamisch rechtsgebied', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 105-127.
- Smits 2004
J.M. Smits, 'Europa en het Nederlands privaatrecht', *NTB* 2004-10, p. 490-500.
- Spaventa 2007
E. Spaventa, 'Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in *Pupino*', *European Constitutional Law Review* 2007-3, p. 5-24.
- Tappeiner 2006
I. Tappeiner, 'Multilevel fight against terrorism. The lists and the gaps', in: A. van Hoek e.a. (red.), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 93-127.
- Tieman, Van Dijk-Barkmeijer & Pennarts 2007
J.R.C. Tieman, A.R.G. van Dijk-Barkmeijer & H.F.T. Pennarts, *Recht op een schone lucht. Een analyse van mogelijkheden tot ontkoppeling van ruimtelijke ordening en luchtkwaliteit*, Rotterdam: Instituut voor Bouwrecht i.s.m. Erasmus Universiteit Rotterdam 2007.

- Veldt-Foglia 2003
M.I. Veldt-Foglia, 'Ruime uitleg van het ne bis in idem beginsel in artikel 54 SUO', *NTER* 2003, p. 127-133.
- Veltkamp 1998
B.M. Veltkamp, *Implementatie van EG-milieurichtlijnen* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1998.
- Verheijen 2006
E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- Verhey & Verheij 2005
L.F.M. Verhey & N. Verheij, *De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief*, *Handelingen NJV* vol. 135, afl. 1, Deventer: Kluwer 2005.
- Vermeulen e.a. 2005
G. Vermeulen e.a., *Availability of law enforcement information in the European Union: between mutual recognition and equivalent right of access*, Antwerpen/Apeldoorn: Garant 2005.
- Vervaele 1999
J.A.E. Vervaele, 'Communautaire normering en operationele toepassing van onderzoeksbevoegdheden, bewijsgaring en bewijsgebruik met betrekking tot schending van financiële belangen van de EG', in: J.A.E. Vervaele (red.), *Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie: ontwikkelingen in het Verdrag van Amsterdam en de Corpus Juris*, Antwerpen: Intersentia 1999, p. 59-98.
- Vervaele 2002
J.A.E. Vervaele, 'De Europese dimensie van het (economisch en financieel) strafrecht', in: P.M. van Russen-Groen e.a. (red.), *Iets bijzonders - Liber amicorum prof. jhr. mr. M. Wladimiroff*, Den Haag: SDU 2002.
- Vervaele 2004
J.A.E. Vervaele, *Europeanisering van het strafrecht of de strafrechterlijke dimensie van de Europese integratie*, Kontich (België): Panopticon 2004, p. 3-26.
- Vervaele 2005
J.A.E. Vervaele, 'Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: emergency criminal law?', *Utrecht Law Review* 2005-1, p. 1-27.
- Vervaele 2006/1
J.A.E. Vervaele, 'De Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsbeleid. Een cessio bonorum van de derde aan de eerste pijler?', *DD* 2006-44, p. 637-668.
- Vervaele 2006/2
J.A.E. Vervaele, 'Multilevel and multiple punishment in Europe', in: A. van Hoek e.a. (eds.), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006.
- Vervaele 2008 (nog niet gepubliceerd)
J.A.E. Vervaele, 'The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy?', *Tiedemann Festschrift* 2008.
- Voermans 2005
W.J.M. Voermans, 'De communautisering van toezicht en handhaving', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van regels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 69-87.

Van der Vossen 1991

J.W.J.M. van der Vossen, *De tweede coördinatenrichtlijn bankrecht*, Amsterdam: NIBE 1991.

Waelbroeck & Clark 2004

D. Waelbroeck & E. Clark, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition Rules*, Brussel: Ashurst 2004.

White 2006

S. White, 'Harmonisation of criminal law under the First Pillar', *European Law Review* 2006-1, p. 81-92.

Wils 2003

W.P.J. Wils, 'Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?', *World Competition* 2003, 26(3), p. 476-477.

Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007

R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: BJu 2007.

Jurisprudentielijst

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

- HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, Van Gend en Loos, *Jur.* 1963, p. 3.
- HvJ EG 14 december 1972, zaak 7/72, Boehringer Mannheim t. Commissie, *Jur.* 1972, p. I-1281.
- HvJ EG 27 maart 1974, zaak 127/73, BRT t. Sabam, *Jur.* 1974, p. 313.
- HvJ EG 23 oktober 1974, zaak 17/74, Transocean Marine Paint Association, *Jur.* 1974, p. 1063.
- HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, Rewe, *Jur.* 1976, p. 1989.
- HvJ EG 2 februari 1977, zaak 50/76, Amsterdam Bulb BV, *Jur.* 1977, p. 137.
- HvJ EG 29 november 1978, zaak 83/78, Pigs Marketing Board, *Jur.* 1978, p. 2347.
- HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann LaRoche, *Jur.* 1979, p. I-461.
- HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82, San Giorgio, *Jur.* 1983, p. 3595.
- HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, *Jur.* 1984, p. 1891.
- HvJ EG 11 december 1985, zaak 110/84, Hillegom t. Hillenius, *Jur.* 1985, p. I-3947.
- HvJ EG 21 september 1988, zaak 68/88, Griekse Maïs, *Jur.* 1989, p. 2965.
- HvJ EG 12 juli 1989, zaak 80/86, Kolpinghuis, *Jur.* 1987, p. I-3939.
- HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, Griekse Maïs, *Jur.* 1989, p. 2965.
- HvJ EG 12 juni 1990, zaak 8/88, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1990, p. I-2321.
- HvJ EG 5 juli 1990, zaak C-42/89, Drinkwater Verviers, *Jur.* 1990, p. I-2821.
- HvJ EG 10 juli 1990, zaak 326/88, Hansen, *Jur.* 1990, p. 2911.
- HvJ EG 6 december 1990, zaak 2/88, Zwartveld, *Jur.* 1990, p. I-3365.
- HvJ EG 16 mei 1991, zaak C-96/89, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1991, p. 2461.
- HvJ EG 11 juni 1991, zaak C-300/89, Titaandioxide, *Jur.* p. I-2867
- HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, ERT t. Dimotiki, *Jur.* 1991, p. I-2925.
- HvJ EG 2 oktober 1991, zaak C-7/90 Vandevenne, *Jur.* 1991, I-4371.
- HvJ EG 27 oktober 1992, zaak C-240/90, Schapenvlees, *Jur.* 1992, p. I-5383.
- HvJ EG 8 juni 1994, zaak C-383/92, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, *Jur.* p. I-2479.
- HvJ EG 13 december 1994, zaak C-306/93, Winzersekt, *Jur.* 1994, p. I-5555.
- HvJ EG 24 oktober 1996, zaak C-32/95P, Lisrestal, *Jur.* 1996, p. I-5373.
- HvJ EG 12 december 1996, gev. zaken C-74/95 en C-129/95, strafzaak t. X, *Jur.* 1996, p. I-6609.
- HvJ EG 23 januari 1997, zaak C-29/95, Pastoors en Trans-Cap, *Jur.* 1997, p. I-285.
- HvJ EG 27 februari 1997, zaak C-177/95, Ebony, *Jur.* 1997, p. I-1111.
- HvJ EG 22 april 1997, zaak C-180/95, Draehmpaehl, *Jur.* 1997, p. I-2195.
- HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95, Palmisani, *Jur.* 1997, p. I-4025.
- HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, Spaanse aardbeien, *Jur.* 1998, p. I-963.
- HvJ EG 24 oktober 1998, zaak C-274/96, Bickel, *Jur.* 1998, p. I-7637.
- HvJ EG 1 december 1998, zaak C-326/96, Levez, *Jur.* 1998, p. I-7835.

- HvJ EG 19 januari 1999, zaak C-348/96, Calfa, *Jur.* 1999, p. I-11.
- HvJ EG 21 september 1999, C-378/97, Wijsenbeek, *Jur.* 1999, p. I-6207.
- HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-262/99, Louloudakis, *Jur.* 2001, p. I-5547.
- HvJ EG 13 september 2001, zaak C-417/99, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2001, p. I-6015.
- HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, Courage en Crehan, *Jur.* 2001, p. I-6297.
- HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-354/99, Commissie t. Ierland, *Jur.* 2001, p. I-7657.
- HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00, Käserie Champignon Hofmeister, *Jur.* 2002, p. I-6453.
- HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00, Huber, *Jur.* p. I-7699.
- HvJ EG 15 oktober 2002, zaak C-238/99, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, *Jur.* 2002, p. I-8375.
- HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, Roquette Frères, *Jur.* 2002, p. I-9011.
- HvJ EG 11 februari 2003, gev. zaken C-187/01 en C-385/01, Gözütok en Brügge, *Jur.* 2003, p. I-1345.
- HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, Schmidberger, *Jur.* 2003, p. I-5659.
- HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-60/02, Rolex e.a., *Jur.* 2004, p. I-651.
- HvJ EG 5 oktober 2004, gev. zaken C-397/01 t/m C-403/01, Pfeiffer e.a., *Jur.* 2004, p. I-8835.
- HvJ EG 3 mei 2005, gev. zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Berlusconi e.a., *Jur.* 2005, p. I-3565.
- HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, Pupino, *Jur.* 2005, p. I-5285.
- HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, Commissie t. Raad, *Jur.* 2005, p. I-7875.
- HvJ EG 15 september 2005, zaak C-199/03, Ierland t. Commissie, *Jur.* 2005, p. I-8027.
- HvJ EG 15 juni 2006, zaak C-28/05, Dokter, *Jur.* 2006 p. I-5431.
- HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-308/04 P, SGL Carbon t. Commissie, *Jur.* 2006, p. I-5977.
- HvJ EG 27 februari 2007, zaak C-354/04P, 27, Gestoras Pro Amnistia, Juan Mari Olano Olano en Julen Zelarain Errasti t. Raad van de Europese Unie, n.n.g.
- HvJ EG 8 maart 2007, zaak C-45/06, Campina GmbH & Co. T. Hauptzollamt Frankfurt (Oder), n.n.g.
- HvJ EG 3 mei 2007, zaak C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW t. Leden van de Ministerraad, n.n.g.
- HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten t. Staatssecretaris van Economische Zaken, n.n.g.
- HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, Commissie t. Raad, n.n.g.

GERECHT VAN EERSTE AANLEG VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

- GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-223/00, Kyowa Hakko Kogyo t. Commissie, *Jur.* 2003, p. II-2553.
- GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-224/00, Archer Daniels Midland Company t. Commissie, *Jur.* 2003, p. II-2597.
- GvEA EG 21 september 2005, zaak T-315/01/T-306/01, Kadi en Jusuf Al Bakaraat, *Jur.* 2005, p. 3649.
- GvEA EG 4 oktober 2006, zaak T-193/04, Hans-Martin Tillack t. Commissie n.n.g.
- GvEA EG 12 december 2006, zaak T-228/02, Mujahedin-e Khalq Organisation, n.n.g.
- GvEA EG 27 juni 2007, zaak T-182/06, Commissie t. Nederland, n.n.g.

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

- EHRM 16 december 1992, Niemietz t. Duitsland.
- EHRM 16 april 2002, Colas Est t. Frankrijk.

HOGE RAAD

- HR 11 april 2000, *NJB* 2000-19, p. 989.

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

- ABRvS 11 juni 2004, *LJN* AP1677.
- ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004, 293.
- ABRvS 19 april 2006, *AB* 2006, 296, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden.
- ABRvS 2 augustus 2006, *AB* 2006, 315, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 2 augustus 2006, *LJN* AY5518.
- ABRvS 2 augustus 2006, *LJN* AY5519.
- ABRvS 2 augustus 2006, *LJN* AY5523.
- ABRvS 2 augustus 2006, *LJN* AY5524.
- ABRvS 2 augustus 2006, *AB* 2006, 316, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 2 augustus 2006, *AB* 2007, 96, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden.
- ABRvS 30 augustus 2006, *AB* 2007, 240, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden.
- ABRvS 30 augustus 2006, *LJN* AY7173.
- ABRvS 30 augustus 2006, *AB* 2007, 241, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden.
- ABRvS 18 april 2007, *LJN* BA3233.

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

- CBB 16 maart 2006, *AB* 2007, 22, m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden.

GERECHTSHOVEN

- Hof Amsterdam 12 oktober 2000, *NJ* 2002, 111.

RECHTBANKEN

- Vزر. Rb. Den Haag 19 april 2006, *LJN* AX0431.
- Rb. Groningen 5 februari 2007, *LJN* AZ8232.
- Rb. Leeuwarden 10 oktober 2007, *LJN* BB5177.

BIJLAGEN

1 Quick scan format

A. EUROPEESRECHTELIJK KADER

A1 BELEIDSKADER

Code	(Sub)rubrieken	
A1.1	Beleidssterrein	[...]
A1.2	Mate van Europeanisering van de materiële normstelling	[Invullen: I, II of III of combinatie]
A1.3	Relevante beleidsdocumenten (witboeken etc.)	
A1.3.1	[document invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[artikelen/overwegingsnummers invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

A2 REGELGEVING

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
A2.1	Verordeningen	
A2.1.1	[Verordening invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[artikelen/overwegingsnummers invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem
A2.2	Richtlijnen	
A2.2.1	[Richtlijn invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[artikelen/overwegingsnummers invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem
A2.3	Besluiten Commissie	
A2.3.1	[Besluit invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[artikelen/overwegingsnummers invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
A2.4	Regelgeving Comités	
A2.4.1	[Regelgeving invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[artikelen/overwegingsnummers invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
A2.x	Restcategorie	Idem

A3 BELEIDSBE INVLOEDING ANDERS DAN DOOR REGELGEVING EN NIET ZIJNDE TRANSNATIONALE NETWERKEN (beleidsniveau en/of uitvoeringsniveau)

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
A3.1	[Bron/Document/etc. invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document].	[resultaat invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

A4 TRANSNATIONALE NETWERKEN (verticaal of horizontaal)

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
A4.1	[Bron/Document/etc. invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document].	[resultaat invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

A5 JURISPRUDENTIE

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
A5.1	[Zaaknaam invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document].	[resultaat invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

A6 INSTELLINGEN/AUTORITEITEN

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
A6.1	[Autoriteit invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin evt. verwijzing] [in dit kader directe URL opnemen naar autoriteit].	[resultaat invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

B. NATIONAALRECHTELIJK KADER

B1 BELEIDSKADER

Code	(Sub)rubrieken	
B1.1	Beleidsterrein	[...]
B1.2	Relevante beleidsdocumenten (nota's etc)	
B1.2.1	[document invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[artikelen/overwegingsnummers invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

B2 REGELGEVING

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
B2.1	Wetten	
B2.1.1	[Naam wet invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[artikelen/overwegingsnummers invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem
B2.2	Besluiten	
B2.2.1	[Naam besluit invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[artikel/overwegingsnummer invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem
B2.3	Ministeriële regelingen	
B2.3.1	[Naam regeling invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[artikelen/overwegingsnummers invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem
B2.x	Restcategorieën	Idem

B3 BELEIDSBEÏNVLOEDING ANDERS DAN DOOR REGELGEVING EN NIET ZIJNDE TRANSNATIONALE NETWERKEN (perceptie)

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
B3.1	[Bron/Document/etc. invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[resultaat invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

B4 TRANSNATIONALE NETWERKEN (perceptie)

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
B4.1	[Bron/Document/etc. invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document]	[resultaat invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

B5 JURISPRUDENTIE

Code	(Sub)rubrieken	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
B5.1	[Zaaknaam invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin verwijzing naar vindplaats] [in dit kader directe URL opnemen naar document].	[resultaat invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem	Idem

B6 INSTELLINGEN/AUTORITEITEN

Code	(Sub)rubrieken	Typering soort toezicht/handhaving a) klassiek nalevingstoezicht; b) markttoezicht; c) interbestuurlijk toezicht; d) uitvoeringstoezicht	Toezihts- en handhavingsvoorschriften
B6.1	[Autoriteit invullen voorzien van voetnoot (letter) met daarin evt. verwijzing] [in dit kader directe URL opnemen naar autoriteit].		[resultaat invullen voorzien van eindnoot (cijfer) met daarin relevante passages en verwijzingen naar andere bronnen genoemd in dit schema]
Etc.	Idem		Idem

2 | Vragenlijst interviews

A) JURIDISCHE/BELEIDSMATIGE IMPLEMENTATIE

1. Aansluiting Europese voorschriften en nationale rechtshandhaving

- Kende het besluit (X) – naar uw inzicht – bijzondere controle- en/of sanctioneeringsvoorschriften?
 - Sloten die goed aan bij andere Europese controle- en/of sanctioneeringsvoorschriften op hetzelfde terrein?
 - Sloten die goed aan bij bestaande Nederlandse controle- en/of sanctioneeringsregimes?
- Wat was de positie van Nederland ten aanzien van het handhavingsregime gekozen in besluit (X) tijdens de voorbereidingsfase van het besluit?
- Verlangt de implementatie van de Europese voorschriften een grote verandering van al bestaand (nationaal) beleid?
 - Zo ja, heeft dat invloed op een snelle en effectieve doorvoering van de Europese voorschriften?
- Welke beleidsdelen worden het meest beïnvloed door de Europese regelgeving?
- In welke mate is er een ‘misfit’ tussen de Europese regelgeving en de Nederlandse regelgeving?
- Merkt u een spanning tussen de gewenste autonomie van Nederland als lidstaat en de door de Europese Unie opgelegde handhavingsvoorschriften?
- Hebt u vaak te maken met keuzes tussen conflicterende doelen?
 - Komt het voor dat nationale doelen tegenstrijdig zijn aan Europese doelen?
 - Welke doelen hebben meestal voorrang?

2. Implementatievrijheid

- Waren de Europese voorschriften (in besluit (X)) voldoende duidelijk? Gedacht kan worden aan complexiteit van de regels, algemeen toepasbaarheid van de regels, conflicterende doelen, onduidelijkheid van de regels.
- Welke keuzeruimte liet het besluit (X) en is daarvan gebruik gemaakt?
- Laat de Europese regelgeving naar uw mening ruimte voor een eigen visie binnen het handhavingproces?
 - Zo ja, op welke wijze is deze visie van invloed op dit proces?
- Is er langs andere weg dan ‘formele regelgeving’ invloed op Nederland uitgeoefend?
 - Hoe is daarop gereageerd?
- Is er sprake (geweest) van vrijwillige aanpassing van nationale wetgeving of beleid aan (aanstaande) Europese regelgeving, los van concrete verplichtingen daartoe?

- Komt het voor dat Europese implementatieverplichtingen worden aangegrepen om nationale wetgeving verder dan strikt noodzakelijk aan te passen/te wijzigen?

3. Nieuwe maatregelen

- Was het nodig nieuwe controle- en/of sanctiebevoegdheden in het leven te roepen?
 - Was dat juridisch noodzakelijk?
 - Was dat politiek/bestuurlijk wenselijk?
 - Of allebei?
- Is bij de inrichting van nieuwe controle- en/of sanctiebevoegdheden aansluiting gezocht bij bestaande nationale handhavingsregimes (denk aan instanties en praktijken (zie aanwijzing 338 Aanwijzingen voor de regelgeving)?
 - Is dat ook gelukt?
 - Waaruit blijkt dat dan?
 - Zo neen, waarom niet?
- Zijn er problemen ervaren bij of tijdens de implementatie van de Europese regelgeving?

4. Motivering van keuzes (waarom-vraag)

- Voor welk handhavingsregime (controle en/of sanctionering) is uiteindelijk in Nederland gekozen *en waarom*?
 - Voor welk systeem (commuun strafrechtelijk, economisch strafrechtelijk, bestuursrechtelijk, civielrechtelijk, etc.)?
 - Voor welke vorm van toezicht? (bijv. nalevingstoezicht, tweedelijnstoezicht (bestuurlijk toezicht), mededingingstoezicht)
 - Voor welke handhavingstaken?
 - Voor welke verantwoordelijkheden aan welke instanties/personen?
 - Voor welke bevoegdheden aan welke instanties/personen?
- Wat zijn de algemene ervaringen met het gekozen handhavingsregime (controle en/of sanctionering)?
- Hoe heeft de mate waarin er binnen de nationale politiek consensus heerst over te implementeren Europese handhavingsvoorschriften naar uw mening invloed op de omzetting in nationaal beleid?

B) IMPLEMENTATIEKETEN

1. Actoren in de implementatieketen en regie

- Waren er veel personen en/of organisaties betrokken bij de implementatie van besluit (X)? Hoe verliep de communicatie en coördinatie?
- In hoeverre kan de politieke top binnen het ministerie invloed uitoefenen op het implementatie- en uitvoeringsproces?
- Legt de politiek een duidelijke nadruk op het belang van de implementatie van vanuit Europa afkomstige handhavingsvoorschriften?

- Wat voor ondersteuning krijgt u voor, tijdens en na de implementatie van de Europese regelgeving?
- Welke problemen zijn ervaren bij of tijdens de implementatie van de Europese regelgeving?

2. Afstemming in de implementatieketen

- In hoeverre is er voor, tijdens en na de implementatie van de Europese handhavingsvoorschriften sprake geweest van een actieve afstemming tussen:
 - verschillende Nederlandse ministeries?
 - verschillende actoren in de handhavingketen? (zowel verticaal als horizontaal)
- Is er afstemming geweest met de beoogde controleurs in het kader van de voorbereiding van de implementatie? Zo ja, hoe dan? Zo neen, waarom niet?
- Voorziet het handhavingsarrangement in:
 - regelmatig overleg met het eerstverantwoordelijke ministerie?
 - regelmatig overleg met de controlepartners (i.e. andere controlerende instanties)?

3. Internationale component

- Wordt in het kader van de implementatie samengewerkt in een transnationaal netwerk? Zo ja:
 - wat is uw rol daarin en hoe wordt aan die rol vorm gegeven?
 - wat zijn de ervaringen/knelpunten met het netwerk?
- Indien een Europees/nationaal agentschap functioneert:
 - wat zijn uw ervaringen met het agentschap?
 - hoe stemt u uw implementatie-inspanningen af met het agentschap?
- Hoe beoordeelt u de regie die de Europese Commissie voert?
- Worden *best practices* ten aanzien van de implementatie in Europese lidstaten gewisseld en gedeeld?
- Wordt op andere wijze internationaal samengewerkt ten aanzien van de implementatie van Europese voorschriften?

C) FEITELIJKE HANDHAVING

1. Uitvoerbaarheid

- Wat zijn de ervaringen met de handhavingstaak (controle en/of sanctionering)?
- Worden er op inspectieniveau problemen ervaren bij of tijdens de implementatie van Europese regelgeving?
- Moeten de procedures en processen van handhaving (controle en/of sanctionering) veranderd of aangepast worden na de implementatie van Europese regelgeving?
- Zijn als gevolg van de implementatie van Europese regelgeving nieuwe bevoegdheden toegekend?
 - Was dat juridisch noodzakelijk?
 - Was dat politiek/bestuurlijk wenselijk?
 - Of allebei?

- Laat de Europese regelgeving ruimte voor een eigen visie binnen het handhavingproces (controle en/of sanctionering) en zo ja, op welke wijze is deze visie van invloed op dit proces?
- Hoeveel beleids- of beoordelingsvrijheid wordt gelaten om zelf invulling aan de handhavingstaken (controle en/of sanctionering) te geven?
- Alternatief: Zijn de handhavingstaken sterk gespecificeerd? Zo ja, zijn de taken op nationaal of Europees niveau gedefinieerd?
- Komt het voor dat nationale doelen tegenstrijdig zijn aan Europese doelen?
- Hoe wordt omgegaan met conflicterende doelen door de inspectie?
- Welke doelen hebben bij de feitelijke handhaving dan meestal voorrang?
- Op welke wijze wordt toegezien op vergelijkbare regels van nationale oorsprong en hoe worden die gewoonlijk gehandhaafd?
- Wordt er een onderscheid gemaakt tussen handhaving van de Nederlandse regels en handhaving van de Europese regels binnen de organisatie van de inspectie?
- Hoe reageert de sector op de handhavingspanningen (controle en/of sanctionering)?
- In hoeverre zijn factoren buiten de juridische besluitvormingsprocedure van invloed op de uitvoering van de handhaving?

2. Capaciteit

- Over welke middelen (juridisch, materieel) beschikt u om uw taak binnen het proces van handhaving van Europese regelgeving naar behoren uit te voeren?
- Kunt u uw taken naar behoren uitvoeren? Zo ja, in hoeverre? Zo nee, wat vormt volgens u een belemmering?
- Acht u de controlerende diensten voldoende toegerust om de taken uit te voeren?
- Bent u voldoende toegerust om regie te houden op het controlearrangement?

3. Afstemming in de handhavingsketen

- Is er volgens u sprake van een samenhangende handhavingsketen?
- Hoe is de verantwoordelijkheid van de verschillende handhavingsinstanties op elkaar afgestemd? (bevoegdheden, taken)?
- Is er in het kader van de handhaving van (geïmplementeerde) Europese regelgeving (controle en/of sanctionering) sprake van actieve afstemming tussen:
 - verschillende Nederlandse ministeries?
 - verschillende actoren in de handhavingsketen? (zowel verticaal als horizontaal)
 - zo ja, op welke wijze?
- In welke mate is er sprake van inmenging door andere overheidsinstanties bij de handhaving van de relevante regelgeving?
- Voorziet het handhavingsarrangement in:
 - regelmatig overleg met het eerstverantwoordelijke ministerie?
 - regelmatig overleg met de controlepartners (i.e andere controlerende instanties)?

4. Internationale component

- Wordt in het kader van de handhaving (controle en/of sanctionering) samengewerkt in een transnationaal netwerk? Zo ja:
 - Rekent men samenwerking tot de taak van de handhavingsinstanties?
 - Hoe is vorm gegeven aan de transnationale samenwerking in het kader van de controle?
 - Wie is eerstverantwoordelijke?
 - Welke rol speelt de Europese Commissie?
 - Wat zijn de ervaringen/knelpunten?
 - Hoe wordt er omgegaan met het feit dat er in andere landen andere handhavingskeuzes kunnen zijn gemaakt?
- Komt het wel eens voor dat Nederlands handhavingsinstanties door andere lidstaten worden verzocht om toezicht op naleving van Europese regelgeving?
 - Zo ja, wat zijn uw ervaringen?
- Indien een Europees/nationaal agentschap functioneert:
 - wat zijn uw ervaringen met het agentschap?
 - hoe stemt u uw handhavingsinspanningen af met het agentschap?
- Hoe beoordeelt u de regie die de Europese Commissie voert over de handhaving?

5. Toezicht op toezicht (tweedelijnstoezicht) [facultatief]

- Wie oefent op uw functioneren toezicht uit:
 - Nationale organen (ministeries)?
 - Transnationale netwerken, waarin u participeert?
 - Europese instellingen?
- Wat zijn uw ervaringen met het tweedelijnstoezicht?
- Is de verantwoordelijkheidsverdeling voor u duidelijk?

3 | Lijst van geïnterviewde personen

CASESTUDY MEDIABELEID

Organisatie(onderdeel)	Naam	Functie	Datum interview
Ministerie van OC&W	Dhr. H. Hofenk	Dir. Media, Letteren en Bibliotheken	14-6-2007
Ministerie van OC&W	Mw. H. Zeinstra	Medew. Directie Media, Letteren en Bibliotheken	14-6-2007
Ministerie van OC&W	Dhr. T. Tuik	Medew. Directie Media, Letteren en Bibliotheken	14-6-2007
Commissariaat voor de Media	Mw. L. Doorman	Hoofd Afd. Juridische Zaken	18-6-2007
Commissariaat voor de Media	Mw. I. Borninkhof	Medew. Afd. Juridische Zaken	18-6-2007
Commissariaat voor de Media	Dhr. M. Betzel	Medew. Afd. Juridische Zaken	26-6-2007

CASESTUDY TERRORISMEBESTRIJDING

Organisatie(onderdeel)	Naam	Functie	Datum interview
Böhler Franken Koppe Wijngaarden	Dhr. S. Franken	Strafrechtadvocaat	28-6-2007
KLPD/Nationale Recherche/UCTA	Dhr. C. Parrada Curros	Waarnemend unithoofd UCTA	3-7-2007
Ministerie van Justitie	Mw. A. Boerwinkel	Juridisch medewerker	29-6-2007
Ministerie van Justitie	Dhr. B. Keulen	Juridisch medewerker	27-6-2007
NCTb/Beleid en Strategie	Dhr. P. Knoope	PLV. Directeur Strategie en Beleid	28-6-2007
NCTb/Beleid en Strategie	Mw. J. van de Wiel	Beleidsmedewerker	28-6-2007
OM/Landelijk Parket	Dhr. A. van Dam	Zaak officier van justitie	21-6-2007
OM/Landelijk Parket	Dhr. R. Lambrichts	Landelijk officier van justitie terrorisme	21-6-2007
OM/Landelijk Parket	Mw. I. Doves	Beleidsmedewerker terrorisme	21-6-2007

CASESTUDY FINANCIËEL TOEZICHT

Organisatie(onderdeel)	Naam	Functie	Datum interview
Ministerie van Financiën	Mw. R.G. van den Berg	Senior juridisch adviseur, Juridische Zaken	25-6-2007
AFM	Dhr. F.A. Dankers	Manager Internationale Coördinatie	26-6-2007
AFM	Dhr. A.J. Wolters	Hoofd Beleid	26-6-2007
AFM	Dhr. R. Geskes	Hoofd Jur. Zaken (voormalig Gedragstoezicht)	26-6-2007
Belastingdienst/FIOD-ECD	Mw. S.M.T. Braemer	Accountmanager	27-6-2007
Belastingdienst/FIOD-ECD	Dhr. M.E.P. Kam	Medewerker opsporing	27-6-2007
Belastingdienst/FIOD-ECD	Dhr. C. Beets	Medewerker team Beleid	27-6-2007
Belastingdienst/FIOD-ECD	Dhr. C. van der Linden	Medewerker team Beleid	27-7-2007
Ministerie van Financiën	Mw. C.M. Crum	Directie Financiële Markten	13-7-2007 telefonisch
Ministerie van Justitie	Dhr. F. Krips	Afdeling Straf- en sanctierecht	13-7-2007 telefonisch

CASESTUDY LUCHTKWALITEIT

Organisatie(onderdeel)	Naam	Functie	Datum interview
Gem. Den Haag/Afd. Milieu en Vergunningen	Dhr. E. Been	Senior account manager	18-6-2007
Min. van VenW/DG Rijksw./Dir. Zuid-Holland	Dhr. H. Groeneveld	Senior beleidsmedewerker milieu/advies	26-6-2007
VROM-Inspectie/Regio Zuid-west	Dhr. W. Plaatsman	Werkzaam met tweedelijnstoezicht	25-6-2007
VROM-Inspectie/Dir. Bestuurszaken	Dhr. M. van der Ark	Senior beleidsmedewerker	25-6-2007
Ministerie van VROM	Dhr. R. Pellemans	Directie Juridische Zaken	18-6-2007
Ministerie van VROM	Dhr. D.R. Verwey	Directie Juridische Zaken/ Internationaal	18-6-2007
Ministerie van VROM	Dhr. H. Herremans	Beleidsmedewerker	18-6-2007
Ministerie van VROM	Mw. J. Ribbers	Beleidsmedewerker	18-6-2007
Provincie Zuid-Holland/Afd. Milieu	Mw. C.H. Pennekamp-Topman	Senior beleidsmedewerker	13-6-2007

CASESTUDY EUROPESE MEDEDINGING

Organisatie(onderdeel)	Naam	Functie	Datum interview
Ministerie van EZ/Dir. Marktwerving	Dhr. F.A. Vreedenburgh	Senior beleidsmedewerker	11-7-2007
Ministerie van EZ/Dir. Marktwerving	Dhr. F.H. Willemsen	Lid managementteam	11-7-2007
NMa/Dir. Concurrentietoezicht	Dhr. A. Anderweg	Manager Int. en Strategisch Programmamanagement	17-7-2007
CBb	Mw. A.J.C. de Moor-van Vugt	Raadsheer	2-11-2007

CASESTUDY ESF

Organisatie(onderdeel)	Naam	Functie	Datum interview
Ministerie van SZW/Dir. WBJA	Dhr. E.J. ter Bals	Coördinerend juridisch bestuurlijk medewerker	22-6-2007
Ministerie van SZW/Dir. Arbeidsmarkt	Dhr. L. Geelhoed	Hoofd Afdeling Europese subsidiemaatregelen	3-7-2007
CFI	Dhr. J. van Wijk	Projectleider ESF	25-6-2007
CFI	Dhr. R. Binda	Financiën en operationale activiteiten	25-6-2007
CFI	Dhr. D. Mulder	Jurist	25-6-2007
Algemene Rekenkamer	Dhr. G. van der Wal	Bureauchef Bureau Buitenlandse Zaken en Defensie	11-6-2007 telefonisch
OM, Functioneel Parket	Dhr. De Rijck	Officier van Justitie	28-6-2007 telefonisch
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn	Mevr. S. Heukelom-Verhage	Advocaat	13-6-2007 telefonisch
Ministerie van SZW/Agentschap	Mw. K. Louwes	Directeur	9-7-2007
Ministerie van SZW/Agentschap	Dhr. T.K.V. Koekoek	Projectleider	9-7-2007

CASESTUDY VISSERIJ

Organisatie(onderdeel)	Naam	Functie	Datum interview
Ministerie van LNV/Dir. Visserij/Sector Beleid	Dhr. L.R.M. Lomans	Beleidscoördinator	29-6-2007
Ministerie van LNV/Dir. Visserij	Dhr. P. Roos	Uitvoeringsdeskundige	29-6-2007
Ministerie van LNV/AID	Dhr. C. Klinkenberg	Coördinator	2-7-2007
Biesheuvelgroep/Helderse Reders Vereniging	Dhr. R.M. Laning	Voorzitter	3-7-2007
Biesheuvelgroep/VV Urk+CPO+Fed. Visserijver.	Dhr. G. Meun	Secretaris	4-7-2007
Ministerie van LNV/Dir. Juridische Zaken	Dhr. A.G. Walsweer	Sectorhoofd juridische zaken	6-7-2007

Organisatie(onderdeel)	Naam	Functie	Datum interview
Ministerie van LNV/Dir. Juridische Zaken	Dhr. L.P. de Wit	Senior jurist	6-7-2007
Ministerie van LNV/Dir. Juridische Zaken	Dhr. J.P. de Jong	Plaatsvervangend directeur	6-7-2007
OM/Functioneel Parket	Dhr. D.M. Mens	Parketsecretaris	25-7-2007
OM/Functioneel Parket	Dhr. P. Groenhuis	Officier van Justitie	25-7-2007

CASESTUDY DOUANE

Organisatie(onderdeel)	Naam	Functie	Datum interview
Ministerie van Financiën/Afd. Douanewetgeving	Dhr. F. Wiarda	Senior Policy Advisor/ Legist Ministry of Finance	19-6-2007
Douane Kantoor Regio Zuid	Dhr. F. Kaiser	Boete/Fraude coördinator/contactambt. Douanewet.	20-6-2007

4 | Samenstelling van de Capstone projectgroep

Ahmed Alocozay
Casestudy Douane

Jolanda van Brunschot
Casestudy Terrorismebestrijding

Stephan Clarisse
Casestudy Financieel toezicht

Victor Dobbe
Casestudy Gemeenschappelijk visserijbeleid: visquotabeleid

Matthijs Groeneveld
Casestudy Luchtkwaliteit

Wouter Langendoen
Casestudy Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap bij de uitvoering van het Europees Sociaal Fonds

Richard Vernooij
Casestudy Mediabeleid

5 | Samenstelling van de begeleidingscommissie

Prof. mr. J.H. Jans, voorzitter
Rijksuniversiteit Groningen

Mr. drs. P.R. van den Berghe
Ministerie van Economische Zaken, Directie Wetgeving en Juridische Zaken

Mr. R. Boer
Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving

Mr. N.D.A. Franssen
Ministerie van Justitie, Directie Rechtshandhaving en Criminaliteitsbestrijding

Mw. mr. W.M. de Jongste
Ministerie van Justitie, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC)

Mr. A.C. Loeb
Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2007 en 2008 verschenen:

- MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0
- MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden* (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9
- MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7
- MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5
- MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba* (diss. Leiden), 2007, ISBN 978 90 9021470 2
- MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5
- MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8
- MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1
- MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4
- MI-126 Z. Deen-Racsmány, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press.
- MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD, Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde* (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex BV 2007, ISBN 978 90 8692 010 5
- MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5
- MI-129 A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04720 2
- MI-130 H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie. Over de openbaarheid van persoonsgegevens* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04886 5
- MI-131 M. Kaeding, *Better regulator in the European Union – Lost in translation or Full Steam ahead?* (diss. Leiden), Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 026 0
- MI-132 S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 948 2
- MI-133 Jubileumbundel Meijers Instituut, *Ik zou het zo weer doen. Terugblikken op proefschriften uit het 10-jarig bestaan van het Meijers Instituut*, Leiden: Leiden University Press
- MI-134 C.L.J. Caminada, A.M. Haberham, J.H. Hoogteijling en H. Vording (red.), *Belasting met beleid*, Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 12470 6
- MI-135 A. Vermeer-Künzli, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument* (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9022 487 9
- MI-136 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 05033 2

- MI-137 T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Jurdische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 986 4
- MI-138 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4
- MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008
- MI-140 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 862 1

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek