

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/43194> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Altena, J.G.H.

Title: Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht

Issue Date: 2016-09-22

3 | Doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht

3.1 INLEIDING

In het onderhavige onderzoek wordt gekeken naar wat er gebeurt met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel wanneer het materiële strafrecht wordt geconfronteerd met de invloed van het Europees recht. In dit hoofdstuk wordt geschetst hoe het Europees recht het strafrecht beïnvloedt. Dit hoofdstuk behandelt vier thema's: 1) de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsorde; 2) de competentie van de EU op het terrein van het materiële strafrecht; 3) de manieren waarop het Europees recht het nationale strafrecht kan beïnvloeden; en 4) de plaats van het legaliteitsbeginsel in het Europees recht. De belangrijkste keuzes die in dit hoofdstuk worden gemaakt en die van belang zijn voor de analyse in hoofdstuk 4 tot en met 8, zullen hier in de inleiding al kort worden geschetst, zodat de in het Europees strafrecht ingevoerde lezer het hoofdstuk selectief kan lezen.

In de eerste plaats is de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes uniek, omdat het Europees recht – in ieder geval volgens het Hof van Justitie – doorwerkt in de nationale rechtsordes onafhankelijk van het nationale recht. Tegelijkertijd is de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes complex, omdat niet alle lidstaten die interpretatie van het Hof delen. Deze tegenstrijdige claims worden hier benaderd vanuit het perspectief van het constitutioneel pluralisme. Dat perspectief en de keuze daarvoor worden uiteengezet in paragraaf 3.2.

Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 het belang van de Europese integratie voor het strafrecht nader uiteengezet aan de hand van een analyse van de strafrechtelijke competentie van de Europese Unie. Ten eerste is van belang dat het Europees recht zowel het effect kan hebben dat bepaalde gedragingen *niet strafbaar* mogen zijn (negatieve integratie), als dat bepaalde gedragingen juist *wel strafbaar* moeten zijn (positieve integratie). Lidstaten kunnen dus verplicht worden tot het afschaffen, uitvaardigen of aanpassen van strafbepalingen. Voor de doorwerking van richtlijnen is ten tweede van belang of positieve integratie zich beperkt tot minimumharmonisatie en of die zich beperkt tot de rechtsgrondslag van artikel 83 VWEU. In beide gevallen leidt een negatief antwoord op die vraag tot indringender doorwerkingsmogelijkheden van het Europees recht en dus een hardere confrontatie met het legaliteitsbeginsel, zoals nader zal worden toegelicht. In dit hoofdstuk wordt verdedigd dat in ieder geval rekening moet worden gehouden met totale harmonisatie, alsmede

met strafrechtelijke EU-wetgeving – inclusief strafrechtelijke verordeningen – buiten artikel 83 VWEU om. Dat EU-wetgeving met een strafrechtelijk karakter buiten artikel 83 VWEU om zou kunnen worden uitgevaardigd wordt niet verdedigd omdat de verdragen daartoe een expliciete rechtsgrondslag bieden of omdat dat wenselijk zou zijn, maar simpelweg omdat de verdragen het niet expliciet uitsluiten en verwacht kan worden dat de grenzen van de wetgevingscompetentie zullen worden opgezocht.

Paragraaf 3.4 biedt een overzicht van de wijzen waarop het Europees recht het strafrecht beïnvloedt. Allereerst zullen de belangrijke begrippen worden afgebakend. Vervolgens wordt geschetst waarom de doorwerking van Europees recht in het strafrecht problematisch kan zijn: de doorwerkingsmechanismen zijn ontwikkeld met het oog op de integratie van de interne markt, maar moeten nu worden toegepast in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Dit leidt tot een voortdurende, vaak impliciete spanning tussen de wens de effectiviteit van het Europees recht te verzekeren, en de wens adequate rechtsbescherming te bieden op grond van het legaliteitsbeginsel.

In paragraaf 3.5 ten slotte wordt nader ingegaan op het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht, tegen de achtergrond van de rol die grondrechten spelen in de Europese Unie. De paragraaf biedt een kort historisch overzicht van de stapsgewijze erkenning van de deelnormen van het legaliteitsbeginsel in de jurisprudentie van het Hof. Daarnaast wordt een voorlopige plaatsaanduiding en een algemene schets gegeven van het legaliteitsbeginsel in het EVRM en het Europees punitief bestuursrecht. Daaruit blijkt dat de wijze waarop het legaliteitsbeginsel door het EVRM wordt uitgelegd niet altijd één op één overdraagbaar is naar het Europees recht. Eenzelfde voorzichtigheid is geboden bij het trekken van conclusies uit het punitief bestuursrecht, maar dan met name omdat het Hof van Justitie zelf aangeeft dat het onderscheid maakt tussen de uitleg van het legaliteitsbeginsel in bestuursrechtelijke en strafrechtelijke context.

Paragraaf 3.6 bevat tot slot een korte recapitulatie.

3.2 DE VERHOUDING TUSSEN DE EUROPESE EN DE NATIONALE RECHTSORDE

Een bijzonder kenmerk van de Europese rechtsorde is dat al een kleine vijftig jaar wordt getwist over hoe deze rechtsorde zich precies verhoudt tot de rechtsordes van de lidstaten. Het Hof van Justitie veronderstelt de autonomie van het Europees recht en de suprematie daarvan boven het nationale recht, terwijl de meeste lidstaten zichzelf net als Duitsland zien als *'masters of the Treaties'* en stellen dat de werking van het Europees recht onderworpen is aan de voorwaarden die het recht van de lidstaten daaraan verbindt.¹ De spanning

1 *'Herren der Verträge'*, in de woorden van het Bundesverfassungsgericht, BVerfG 30 juni 2009, BVerfGE 2, 08 (Lissabon), r.o. 150.

die aldus is ontstaan tussen de positie van het Hof van Justitie en enkele lidstaten wordt in dit boek begrepen vanuit het theoretisch perspectief van het constitutioneel pluralisme. Het constitutioneel pluralisme en de keuze daarvoor zullen in het hiernavolgende worden toegelicht.

3.2.1 De verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde

De discussie over de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes barstte los met de bekende arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* uit 1963 en 1964.² In die arresten vestigde het Hof van Justitie de rechtstreekse werking (*Van Gend & Loos*) en voorrang (*Costa/ENEL*) van het Europees recht.³ De Gemeenschap was volgens het Hof in *Van Gend & Loos* 'in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde', ten behoeve waarvan de lidstaten hun soevereiniteit hebben begrensd.⁴ Een jaar later zei het Hof dat de lidstaten 'anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, een eigen rechtsorde' in het leven hadden geroepen, waarmee het Hof het communautaire recht een bijzondere positie gaf in het internationale recht. Het Hof voegde hier nog aan toe dat het Europees recht uit een 'autonome bron voortvloeit'.⁵ Het Europees recht is een autonome rechtsorde, waarvan het recht onafhankelijk van het grondwettelijk stelsel van de lidstaten kan doorwerken in het nationaal recht. Het Europees recht heeft volgens het Hof bovendien altijd voorrang op nationaal recht, inclusief de constitutie.⁶ Daarmee mat het Hof het Europees recht een hiërarchisch bovengeschikte positie aan ten opzichte van het nationale recht.

Deze voorstelling van zaken werd in de meeste lidstaten niet aanvaard. Aangevoerd door het Duitse Bundesverfassungsgericht hebben hoogste nationale rechters zich vanaf het begin verzet tegen de gedachte dat het Europees recht autonoom kan doorwerken in het nationale recht. In 1974 wees het Bundesverfassungsgericht het eerste *Solange*-arrest.⁷ Daarin toetste de Duitse constitutionele rechter een verordening aan de nationale Grondwet, in weerwil van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het Bundesverfassungsgericht stelde dat het weliswaar een dergelijke bepaling niet onverbindend kan verklaren, maar dat een verordening die met de Grondwet conflicteert niet kan worden toegepast in Duitsland.⁸ De Duitse rechter behield zich dus het recht voor Europees recht te toetsen aan de nationale Grondwet. In het tweede

2 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*); HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

3 Die twee begrippen worden besproken in paragraaf 3.4.

4 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

5 HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

6 HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*), r.o. 3.

7 BVerfG 29 mei 1974, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*).

8 BVerfG 29 mei 1974, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*), r.o. 49.

Solange-arrest deed het Bundesverfassungsgericht niettemin een belangrijke concessie: zolang de grondrechtenbescherming op Europees niveau in algemene zin afdoende werd geacht, zou het Bundesverfassungsgericht afzien van de uitoefening van zijn bevoegdheid de toepasbaarheid van Europees secundair recht te toetsen.⁹

Aanvankelijk werd de positie van Duitsland en enkele andere lidstaten geïnterpreteerd als laatste stuiptrekkingen van de voorbij suprematie van het nationale recht.¹⁰ Het conflict werd echter alleen maar verder op scherp gesteld toen het Duitse Bundesverfassungsgericht het Verdrag van Maastricht aan de Grondwet toetste. Hoewel het verdrag niet onverenigbaar werd geacht met de Grondwet, benadrukte het Duitse Hof nogmaals dat de Europese Gemeenschap geen staat is en slechts kan handelen op grond van een uitdrukkelijke bevoegdheidstoedeling vanuit de lidstaten. Het Bundesverfassungsgericht hield strikt vast aan het attributiebeginsel: de Europese Gemeenschap kan alleen optreden indien en voor zover de lidstaten daartoe een bevoegdheid hebben toegekend. De EG kan dus niet zijn eigen bevoegdheden afbakenen, met andere woorden: in het EG-recht bestaat geen *Kompetenz-Kompetenz*. Handelingen die niet op een expliciete grondslag berusten beschouwde het Duitse Hof als *ultra vires* en daarom onverbindend.¹¹ Deze jurisprudentie heeft meerdere hoogste rechters in andere lidstaten geïnspireerd om ieder op hun eigen wijze suprematie van het nationale recht te claimen.¹²

De Hoge Raad heeft een uitzonderlijke positie ingenomen door wél de suprematie van het Europees recht te accepteren. In 2004 wees de Hoge Raad arrest in een zaak over de doorwerking van Verordening 3280/85/EEG in het strafrecht.¹³ De verdachte rechtspersoon was door het Hof Den Bosch veroordeeld voor overtreding van de Arbeidstijdenwet wegens het niet bieden van de verplichte rusttijden aan zijn werknemers. Wat die rusttijden waren, was niet in het Nederlandse recht bepaald: de Arbeidstijdenwet verwees naar de verordening en bestempelde niet-naleving tot strafbaar feit. Namens de verdachte werd betoogd dat de verordening geen een ieder verbindende bepaling kan inhouden in de zin van artikel 93 Gw, omdat het legaliteitsbeginsel een Nederlandse strafbepaling vereist. De Hoge Raad maakte echter korte metten met het middel, waar hij stelde: 'Het middel miskent dat een op grond van het EG-verdrag vastgestelde verordening zoals waarvan hier sprake is, krachtens dat verdrag en niet krachtens enig nationaal besluit gelding heeft en

9 BVerfG 22 oktober 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*), r.o. 132.

10 Avbelj & Komárek 2012, p. 2.

11 BVerfG 12 oktober 1993, BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*), r.o. 106; zie ook Baquero Cruz 2008, m.n. p. 391-394.

12 Baquero Cruz noemt Denemarken, Polen, Frankrijk, Spanje, Tsjechië, Oostenrijk, Zweden en België. Baquero Cruz 2008, p. 389-422.

13 HR 2 november 2004, NJ 2005/80, m.nt. E.A. Alkema (*Verplichte rusttijden*). Verordening (EEG) 3820/85 van de Raad van 20 december 1985 tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer.

rechtstreeks toepasselijk is in elke Lid-Staat. Die gelding is niet gebaseerd op het stelsel van art. 93 en 94 Gw.¹⁴ Sindsdien is de autonome doorwerking van het Europees recht voor Nederland het uitgangspunt.

De positie van Nederland is als gezegd uitzonderlijk en niet representatief voor de gehele Europese Unie. Zowel door het Hof van Justitie als door de hoogste rechters in meerdere lidstaten wordt een superieure positie geclaimd van de eigen rechtsorde. Is het Europees recht nu geïntegreerd in het nationale recht of andersom? Binnen het lang gehanteerde dualisme van staten en internationale organisaties¹⁵ leek er geen andere mogelijkheid te bestaan dan dat de ene rechtsorde deel uitmaakt van de andere, hoger gerangschikte rechtsorde.¹⁶ Vanuit Europeesrechtelijk perspectief is de positie van de lidstaten die superioriteit van de eigen rechtsorde claimen een voorbeeld van 'exceptional instances of institutional disobedience'.¹⁷ Vanuit het perspectief van die lidstaten is de Europese Unie die zichzelf *Kompetenz-Kompetenz* toebedeelt als een Baron van Münchhausen die zichzelf aan zijn eigen haren optrekt uit het moeras.

Met een kort artikel in het *European Law Journal* uit 1995 legde MacCormick de basis voor een uitweg uit de patstelling: het constitutioneel pluralisme.¹⁸ De claims van beide rechters zijn in dat perspectief geldig, bezien vanuit hun eigen rechtsorde. Beide rechtsordes zijn namelijk volgens MacCormick zelf-referentieel: de eventuele toepassing van een norm afkomstig uit een andere rechtsorde is gebaseerd op erkenning van die norm in het eigen systeem.¹⁹ MacCormick schreef hierover:

'The legal systems of Member States and their common legal system of EC law are distinct but interacting systems of law, and hierarchical relationships of validity within criteria of validity proper to distinct systems do not add up to any sort of all-purpose superiority of one system over another. It follows also that the interpre-

14 HR 2 november 2004, NJ 2005/80, m.nt. E.A. Alkema (*Verplichte rusttijden*), r.o. 3.6. In r.o. 3.5 zegt de Hoge Raad dat de rechtstreekse toepasselijkheid van een verordening meebrengt dat deze 'zonder nadere maatregel tot opnemings in het nationale recht in werking treedt'. Dat is een opvallende overweging, aangezien veel verordeningen, ook de in dit arrest centraal staande (zie art. 17 van de verordening), voor de handhaving wel afhankelijk zijn van nationale bepalingen voor de uitvoering ervan. Zo moet bestraffing van overtreding van een verordening een grondslag hebben in het nationale bestuurs- of strafrecht. Op de redenering van de Hoge Raad kan dus wel wat worden afgedongen: de verordening werd wel degelijk eerst toepasbaar in het strafrecht na de invoering van een nationale bepaling die overtreding van de verordening strafbaar stelde.

15 Prechal 2006, p. 9.

16 Barents 2009, p. 46; MacCormick 1995, p. 263-264.

17 Baquero Cruz 2012, p. 249.

18 MacCormick 1995. Hij spreekt in dat artikel nog uitsluitend van 'pluralisme', de term 'constitutioneel pluralisme' munt hij in *Questioning Sovereignty*, MacCormick 1999.

19 MacCormick 1995, p. 262; zie ook de uitleg van Barents, Barents 2009, p. 46.

tative power of the highest decision-making authorities of the different systems must be, as to each system, ultimate.²⁰

Dit idee is door hemzelf uitgewerkt tot het ‘constitutioneel pluralisme’.²¹ De verhouding tussen de rechtsordes wordt nu wel aangeduid als ‘heterarchisch’ in plaats van hiërarchisch of horizontaal in plaats van verticaal.²² Beide rechtsordes zijn van toepassing op hetzelfde territoire, zonder dat de één ondergeschikt is aan of deel uitmaakt van de ander. Zij bepalen beide autonoom hoe zij zich verhouden tot andere rechtsordes.²³ Dankzij het idee van constitutioneel pluralisme bestaan er niet langer twee, maar drie manieren om de verhouding tussen de rechtsordes te begrijpen.

Indien beide rechtsordes zichzelf als autonoom beschouwen, kan er een constitutioneel conflict ontstaan. Dat doet zich voor wanneer het Europees recht bepaalt dat een norm van Europees recht doorwerkt in het nationale recht, terwijl het nationale constitutionele recht bepaalt dat dit niet mogelijk is. In eerste instantie formuleerde MacCormick een ‘radicaal pluralisme’, inhoudende dat voor constitutionele conflicten geen juridische oplossing bestaat.²⁴ Wat zal gebeuren in een situatie van conflict is een kwestie van macht en politiek. Later zag MacCormick wel een juridisch kader waarin het probleem kan worden opgelost, namelijk het internationaal recht. Beide rechtsordes zijn ingebed in het internationaal recht en dat biedt normen, in de eerste plaats het beginsel *pacta sunt servanda*, die kunnen worden toegepast bij constitutionele conflicten.²⁵ Het conflict moet dan benaderd worden vanuit de vraag waartoe de lidstaten zich jegens de Europese Unie hebben verbonden. De pluraliteit van rechtsordes staat derhalve in een monistisch raamwerk, het raamwerk van het internationaal recht.²⁶

3.2.2 De keuze voor een pluralistisch perspectief toegelicht

In het onderhavige onderzoek wordt het constitutioneel pluralisme in de eerste plaats gehanteerd als een perspectief om de onverenigbare constitutionele claims van de verschillende rechterlijke colleges te begrijpen. De reden om dit perspectief te kiezen is dus gebaseerd op een overweging van descriptieve aard: welk model kan de huidige constitutionele verhoudingen op de meest accurate wijze beschrijven? De verschillende autoriteitsclaims bestaan nu

20 MacCormick 1995, p. 264.

21 MacCormick 1999. Zie verder, onder veel meer Walker 2002; Maduro 2003; Kumm 2005; Barber 2006; Van Rijn van Alkemade & Uzman 2011.

22 Walker 2003 p. 4; gevolgd door Claes 2006 p. 35-36.

23 Barents 2009, p. 51.

24 MacCormick 1995 p. 265.

25 MacCormick 1999, p. 97-121, m.n. p. 116 e.v.

26 MacCormick 1999, p. 116-117.

eenmaal naast elkaar, en het is de vraag hoe zinvol het is om de Europese dan wel de nationale claims als onjuist geheel terzijde te schuiven. Afgezien van de vraag of zij te gelde kunnen worden gemaakt, geven die claims hoe dan ook mede vorm aan het constitutionele landschap van de Europese Unie en kunnen ze het handelen van de hoogste rechters in de verschillende rechtsordes beïnvloeden.²⁷ Het lijkt erop dat zowel de nationale rechters als het Hof van Justitie zich bewust zijn van de mogelijkheid van constitutionele conflicten en zich inspannen een daadwerkelijk conflict te vermijden. Zo is in meerdere landen de Grondwet aangepast om de doorwerking van het Europees recht ook vanuit nationaalrechtelijk perspectief te kunnen legitimeren.²⁸ Op die manier kan het Europees recht effectief worden toegepast zonder dat een constitutioneel conflict zich voordoet. Zolang de nationale rechters en het Hof de voorrang van het Unierecht erkennen en toepassen, doet het er niet wezenlijk toe op welke wijze ze die voorrang legitimeren.²⁹ Zolang constitutionele conflicten dus vermeden kunnen worden, kan de situatie van constitutioneel pluralisme een duurzame stand van zaken zijn.

Nu moet hierbij uiteraard de kanttekening worden gemaakt dat precies vanuit het Nederlands perspectief het constitutioneel pluralisme als verklaaringsmodel niet nodig is. De Hoge Raad heeft juist geaccepteerd dat het nationale constitutionele recht niet relevant is voor de doorwerking. Daardoor is een constitutioneel conflict met het Nederlandse recht op dit moment onmogelijk. Niettemin hanteer ik op basis van het pluralistisch perspectief de veronderstelling dat de Nederlandse rechtsorde nog altijd autonoom is. Vooral nog is daarin de keuze gemaakt voor onvoorwaardelijke doorwerking van Europees recht, maar het staat Nederland vrij om in de toekomst een andere positie te kiezen. Dat Europees recht doorwerkt buiten artikel 93 en 94 Gw om wordt ook wel betwist, en zeker de wenselijkheid van dat gegeven staat ter discussie.³⁰ Het pluralistisch model biedt in ieder geval reden om de integratie tussen Europees en Nederlands recht *ook* als een vraagstuk van Nederlands recht te bezien. Of in het Nederlandse recht een strafbepaling uit het Europees recht zonder nationaalrechtelijke grondslag rechtstreeks zou kunnen worden toegepast, doet vanuit het perspectief van Europeesrechtelijke suprematie niet ter zake – het nationaal recht is niet relevant voor de doorwerking van Europees recht. Vanuit het perspectief van constitutioneel pluralisme kan daarentegen wél de vraag worden gesteld of en zo ja welke voorwaarden het Nederlandse recht stelt aan de doorwerking van Europees recht, bijvoorbeeld

27 Maduro 2003, p. 521.

28 Zie bijvoorbeeld voor een bespreking van het Sloveense wijzigingsproces Avbelj 2011, p. 755-756.

29 Maduro 2003, p. 521-534.

30 Zie de kritische reacties op het *Verplichte rusttijden*-arrest van onder meer Alkema in zijn annotatie (NJ 2005/80); Barkhuysen, Griffioen & Voermans 2004; Geelhoed 2013, p. 28-29. Voor een kort overzicht van de discussie over doorwerking in het Nederlandse recht Geelhoed 2013, p. 25, met verdere verwijzingen.

de hypothetische rechtstreekse toepassing van een hypothetische strafbepaling uitgevaardigd op EU-niveau.

3.3 DE MATERIEELSTRAFRECHTELIJKE COMPETENTIE VAN DE EUROPESE UNIE

De vraag naar de reikwijdte van de strafrechtelijke competentie van de Europese Unie is met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon verduidelijkt, maar niet volledig opgehelderd. De competentie van de Europese Unie wordt bepaald in het primaire Unierecht, dat tot stand wordt gebracht door de lidstaten.³¹ Het primaire recht vormt de grondslag voor de totstandkoming van secundair of afgeleid recht, dat door de instellingen wordt gecreëerd.³² Op die manier kennen de lidstaten bevoegdheden toe aan de Europese Unie en bakenen zij die bevoegdheden af. Het kan echter nauwelijks verbazing wekken dat in de praktijk de grenzen van de bevoegdheden worden opgezocht en regelmatig inzet zijn van strijd tussen de instellingen. Twee twistpunten in relatie tot het strafrecht zijn de vraag of harmonisatie op grond van artikel 83 VWEU steeds beperkt is tot minimumharmonisatie of ook totale harmonisatie mogelijk maakt, en of er een bevoegdheid bestaat tot het verplichten van strafbaarstellingen buiten artikel 83 VWEU om, eventueel zelfs rechtstreeks in een verordening. In deze paragraaf wordt geschetst dat totale harmonisatie en het gebruik van artikel 325 VWEU als rechtsgrondslag voor de harmonisatie van strafrecht niet als volslagen onrealistische toekomstscenario's terzijde kunnen worden geschoven. Om die reden wordt in het vervolg van dit boek rekening gehouden met die mogelijkheden. Eerst wordt een zeer korte historische schets gegeven van het groeiend belang van het strafrecht voor het Europees project. Vervolgens wordt het onderscheid geschetst tussen *negatieve integratie*, waarbij de rechtsordes van de lidstaten op elkaar worden aangepast doordat zij bepaalde gedragingen niet verbieden, en *positieve integratie*, waarbij lidstaten bepaalde gedragingen juist wel verbieden. Ten derde komt aan de orde welke betekenis moet worden gehecht aan de beperking van de strafrechtelijke competentie in artikel 83 VWEU tot 'minimumvoorschriften'. Tot slot komt de vraag aan de orde of de mogelijkheid bestaat dat strafrecht wordt geharmoniseerd buiten artikel 83 VWEU om.

31 Het primaire recht bestaat uit de verdragen, inclusief de totstandkomingsverdragen en de bij de verdragen horende protocollen, alsmede het Handvest van de Grondrechten.

32 Het secundaire recht bestaat met name uit verordeningen, richtlijnen, kaderbesluiten en besluiten.

3.3.1 Het strafrecht als beleidsterrein van de EU

De Europese Unie is niet begonnen als een strafrechtelijk project. De EU komt voort uit de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, opgericht in 1951 om de wedloop om natuurlijke bronnen die noodzakelijk zijn voor het voeren van oorlog tegen te gaan door een gemeenschappelijke markt te creëren voor kolen en staal. Revolutionair was dat daarbij een Hoge Autoriteit in het leven werd geroepen, een supranationale instantie die de lidstaten bindend verplichtingen kon opleggen. In 1958 werd met het Verdrag van Rome de Europese Economische Gemeenschap (EEG) ingesteld om een gemeenschappelijke markt te creëren. Met hetzelfde verdrag werd ook de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, Euratom, opgericht met als doel de vreedzame toepassing van atoomenergie te bevorderen. In 1985 werd met de Europese Akte (die in 1987 in werking trad) besloten het Verdrag van Rome te wijzigen en werd de basis gelegd voor de interne markt door een positieve harmonisatiebevoegdheid te creëren. Vrij verkeer voor personen was op dat moment echter politiek nog niet haalbaar, waardoor dit aanvankelijk buiten het EEG-kader tot stand kwam in het Schengenakkoord (1985). Het vrij verkeer van personen noopte ook tot enige samenwerking op het terrein van het strafrecht in het kader van Schengen.³³

Met het Verdrag van Maastricht van 1992 werd de Europese Economische Gemeenschap omgevormd tot de Europese Unie die vanaf toen bestond uit drie pijlers: de eerste pijler bevatte het gemeenschappelijk economisch, sociaal en milieubeleid (de Europese Gemeenschappen), de tweede pijler bestond uit het Gemeenschappelijk Buitenlands- en Veiligheidsbeleid en de derde pijler bevatte de Politieke en Justitiële Samenwerking in Strafzaken. Sinds de oprichting van de Europese Unie in 1993 is de justitiële samenwerking in strafzaken dus een expliciete doelstelling van het Europees project. Tot die tijd was het strafrecht hooguit relevant voor zover het een bijdrage kon leveren aan het bereiken van de economische doelstellingen van de Europese Gemeenschappen.³⁴ De Europese Unie ging de concurrentie aan met de Raad van Europa, opgericht in 1949, die tot dan toe werd gezien als het juiste vehikel voor gezamenlijke maatregelen op strafrechtelijk terrein.³⁵

Sinds de oprichting van de Europese Unie in 1993 is de justitiële samenwerking in strafzaken dus een expliciete doelstelling van het Europees project. Tot die tijd was het strafrecht hooguit relevant voor zover het een bijdrage kon leveren aan het bereiken van de economische doelstellingen van de Europese Gemeenschappen.³⁶ De Europese Unie ging de concurrentie aan met

33 Barents & Brinkhorst 2012, p. 368; Spencer 2014, p. 755-756.

34 Herlin-Karnell 2013, p. 444.

35 Zie over deze ontwikkeling en de verhouding tot de Raad van Europa Nilsson 2012, p. 106-107.

36 Herlin-Karnell 2013, p. 444.

de Raad van Europa, opgericht in 1949, die tot dan toe werd gezien als het juiste vehikel voor gezamenlijke maatregelen op strafrechtelijk terrein.³⁷ Harmonisatie van strafrecht vindt in beide kaders plaats door middel van verdragen of besluiten waarin de lidstaten zich verplichten tot het strafbaar stellen van bepaalde gedragingen. Samenwerking binnen de EU bood echter enkele voordelen ten opzichte van de intergouvernementele samenwerking in de Raad van Europa, zoals effectievere wetgevingsprocedures en beter toezicht op de naleving. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam in 1999 nam strafrechtelijke integratie pas echt een hoge vlucht. In de Europese Raad van Tampere werd besloten de 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' verder tot ontwikkeling te brengen, waarbij wederzijdse erkenning als belangrijkste vorm van samenwerking werd aangewezen.³⁸ Het Schengen-acquis werd geïntegreerd in de EU en EG. Niettemin bleef de samenwerking op het terrein van het strafrecht ook in de Europese Unie tot aan het Verdrag van Lissabon zowel kenmerken vertonen van intergouvernementele samenwerking als van de communautaire methode. Het instrument voor strafrechtelijke harmonisatie werd het kaderbesluit, dat geen rechtstreekse werking heeft (maar, zo bleek later, wel een plicht tot conforme interpretatie in het leven roept³⁹). De discrepantie tussen intergouvernementele en supranationale elementen 'has turned EU criminal justice into a field of extreme constitutional uncertainty', aldus Fletcher, Lööf en Gilmore in 2008.⁴⁰

Op 1 december 2009 is het Verdrag van Lissabon in werking getreden, waarmee de pijlerstructuur is afgeschaft. Het strafrecht is 'gecommunautariseerd', wat wil zeggen dat de communautaire methode van toepassing is: er wordt gebruik gemaakt van richtlijnen, die worden aangenomen via de gewone wetgevingsprocedure van artikel 289 juncto 294 VWEU waarbij met gekwalificeerde meerderheid wordt gestemd in de Raad. Wel voorzien artikel 82 en 83 VWEU, de bepalingen die een bevoegdheidsgrondslag bevatten voor de harmonisatie van strafproces- en strafrecht, in een 'noodremprocedure': indien een lidstaat meent dat een richtlijn 'afbreuk zou doen aan fundamentele aspecten van zijn strafrechtstelsel', kan hij ervoor zorgen dat de Raad bij unanimitéit moet beslissen. Als dat niet lukt, kunnen minstens negen lidstaten kiezen voor 'nauwere samenwerking' en het voorstel alsnog aannemen. Het strafrecht behoudt aldus nog steeds een bijzondere status, hoewel de impact daarvan kleiner is dan voorheen. Sinds 1 december 2014, na het einde van een overgangsperiode van vijf jaar, heeft het Hof van Justitie volledige jurisdictie gekregen en kan de Commissie inbreukprocedures starten tegen de lidstaten

37 Zie over deze ontwikkeling en de verhouding tot de Raad van Europa Nilsson 2012, p. 106-107.

38 In het Engels de 'area of freedom, security and justice', inmiddels adequater vertaald met 'ruimte van vrijheid, veiligheid en recht'.

39 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*).

40 Fletcher, Lööf & Gilmore 2008, p. 18.

ten aanzien van sinds het Verdrag van Maastricht tot stand gebrachte derdepijlermaatregelen.⁴¹ De nadruk in het Europees recht ligt reeds lang op het faciliteren van strafrechtelijke samenwerking door middel van wederzijdse erkenning van justitiële beslissingen. Het doel daarvan was het vereenvoudigen en daarmee effectiever maken van internationale samenwerking bij het bestrijden van criminaliteit.⁴² Verschillen tussen het formele strafrecht van de lidstaten staan echter het wederzijds vertrouwen, dat aan de basis ligt van de wederzijdse erkenning, in de weg. De laatste jaren hebben daarom een toenemende aandacht gezien voor het waarborgen van grondrechten in wederzijdse-erkenningsprocedures. Inmiddels zijn daarom enkele procedurele rechten geharmoniseerd middels richtlijnen. Daarnaast zijn met name ernstige en grensoverschrijdende delicten, alsmede gedragingen die het Uniebudget of de uitvoering van Uniebeleid in gevaar brengen, geharmoniseerd voor wat hun beschrijving en minimale maximumsancie betreft. Hoewel wederzijdse erkenning nog steeds geldt als het belangrijkste instrument, is er met de jaren een betekenisvolle hoeveelheid harmonisatiewetgeving, ook op het terrein van het materiële strafrecht, tot stand gekomen.

3.3.2 Negatieve integratie: materieel strafrecht als belemmering van het vrij verkeer

De invloed van het Europees recht op het nationaal strafrecht wordt onderscheiden in negatieve en positieve integratie.⁴³ Bij negatieve integratie gaan de strafrechtssystemen van de lidstaten meer op elkaar lijken omdat bepaalde gedragingen *niet* strafbaar mogen zijn, bijvoorbeeld omdat ze de werking van de interne markt belemmeren. Positieve integratie duidt op het fenomeen dat de lidstaten juist dezelfde gedragingen *wel* strafbaar stellen, om Uniebeleid effectiever te handhaven of om bepaalde vormen van criminaliteit beter te kunnen bestrijden. Pas met het Verdrag van Maastricht van 1992 heeft het strafrecht een duidelijke rol gekregen in de Europese integratie, in die zin dat er een rechtsgrondslag bestaat voor de harmonisatie van materieel strafrecht. Europese regelgeving oefent echter in negatieve zin al veel langer invloed uit op het materiële strafrecht.

In de jaren zeventig werd al duidelijk dat het onmogelijk was het strafrecht geheel te immuniseren voor invloeden vanuit Europa. Dat had te maken met het volgende. Het creëren van de interne markt geschiedde voor een groot deel door middel van negatieve integratie: het afschaffen van nationale regels die grensoverschrijdende verkoop van goederen of aanbod van diensten

41 Art. 258 VWEU. Zie over de gevolgen van het verstrijken van die overgangsperiode Baker 2015.

42 Zie over wederzijdse erkenning en de keuze daarvoor Barents 2006, p. 361-364.

43 Bijvoorbeeld in Klip 2016, p. 33-34; Delmas-Marty 1998.

bemoeilijkten. Daarbij zijn niet alleen expliciete kwantitatieve beperkingen verboden, ook ‘maatregelen van gelijke werking’ die in effect een handelsbelemmering vormen zijn niet toegestaan.⁴⁴ Ook nationale strafrechtelijke regels kunnen de in- of uitvoer van producten belemmeren en daarmee dergelijke ‘maatregelen van gelijke werking’ vormen.⁴⁵ Ook kunnen strafbepalingen het vrij verkeer van werknemers belemmeren.⁴⁶ Onder omstandigheden zijn deze maatregelen gerechtvaardigd.⁴⁷ De jurisprudentie van het Hof van Justitie over wanneer een maatregel toelaatbaar is in het licht van de interne markt en wanneer niet, is complex.⁴⁸ Het is daarom vaak niet op voorhand met zekerheid te voorspellen of een nationale strafbepaling in strijd met het Unierecht zal worden geacht, en om die reden buiten toepassing moet worden gelaten.

In de jaren zeventig werd ook duidelijk dat naast de verdragen richtlijnen de toepassing van een nationale strafbepaling konden verhinderen. In het arrest *Ratti* uit 1979 had een rechtspersoon oplosmiddelen verpakt en geëtiketteerd volgens de regels uit richtlijn 73/173.⁴⁹ Die richtlijn was echter nog niet omgezet in het Italiaanse recht. Italië vervolgde de rechtspersoon op grond van het oudere, strengere nationale recht. De rechtspersoon kon volgens het Hof in een dergelijk geval rechtstreeks een beroep doen op de richtlijn, waardoor de strafbepaling buiten toepassing moest blijven.⁵⁰ Ook het negatieve effect van richtlijnen was dus al in de jaren zeventig zichtbaar.⁵¹

3.3.3 Positieve integratie: harmonisatie van materieel strafrecht

De ruimte van vrijheid, veiligheid en recht vormt het kader voor de meeste Europese initiatieven inzake de voorkoming en bestrijding van criminaliteit.⁵² Artikel 83 VWEU biedt twee rechtsgrondslagen voor de harmonisatie van materieel strafrecht.

Artikel 83 lid 1 VWEU vormt de rechtsgrondslag voor de harmonisatie van strafbepalingen inzake de zogenaemde *eurocrimes*: ‘vormen van bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie die voortvloeit uit de aard

44 Art. 34 en 35 VWEU.

45 HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*).

46 Bijvoorbeeld HvJ EG 14 juli 1977, 8/77, ECLI:EU:C:1977:131 (*Sagulo*).

47 Art. 36 VWEU.

48 Miettinen 2013a, p. 125-130.

49 Richtlijn 73/173/EEG van de Raad van 4 juni 1973 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake de indeling, de verpakking en het kenmerken van bepaalde gevaarlijke preparaten (oplosmiddelen).

50 HvJ EG 5 april 1979, 148/78, ECLI:EU:C:1979:110 (*Ratti*).

51 Zie Mitsilegas 2014a, p. 421-422 voor een bespreking van recentere beperkingen van de strafrechtelijke competentie van de lidstaten. Deze zijn voor de hier centraal staande thematiek van ondergeschikt belang.

52 Art. 3 lid 2 VEU, art. 82-86 VWEU.

of de gevolgen van deze strafbare feiten of uit een bijzondere noodzaak om deze op gemeenschappelijke basis te bestrijden'. In hetzelfde artikel worden de vormen van criminaliteit genoemd die aan deze criteria voldoen: terrorisme, mensenhandel en seksuele uitbuiting van vrouwen en kinderen, illegale wapenen drugshandel, witwassen, corruptie, vervalsing van betaalmiddelen, computercriminaliteit en georganiseerde criminaliteit. Het betreft vormen van criminaliteit die al sinds jaar en dag voorwerp zijn van internationale verdragen die verplichten tot strafbaarstelling, vaak vanwege het grensoverschrijdende karakter van de gedragingen. Op bijna alle terreinen waarop de EU kaderbesluiten (onder de oude derde pijler) en richtlijnen (sinds het Verdrag van Lissabon) heeft uitgevaardigd bestonden al internationale verplichtingen tot strafbaarstelling, vaak onder de vlag van de Raad van Europa, de Verenigde Naties of beide. De delicten hoeven zelf geen grensoverschrijdend element te hebben: mensenhandel binnen een lidstaat is even strafbaar als grensoverschrijdende mensenhandel. Artikel 83 lid 1 VWEU kan worden gezien als een voortzetting van het werk dat is verricht onder de voormalige derde pijler.

Met eenparigheid van stemmen in de Raad kunnen ook andere delicten worden geharmoniseerd op de grondslag van artikel 83 lid 1 VWEU. Dat is bijzonder, aangezien dit in wezen een verdragswijziging inhoudt volgens een bijzondere procedure, zonder dat rechtstreekse consultatie van de nationale parlementen is vereist. Het Duitse Bundesverfassungsgericht achtte dit in het Lissabon-arrest onacceptabel aangezien de Duitse Grondwet parlementaire goedkeuring van de overdracht van soevereiniteit vereist.⁵³ De Duitse wetgever introduceerde daarop een bepaling die het de Duitse minister pas toestaat akkoord te gaan met uitbreiding van de competentie nadat het parlement daar uitdrukkelijk zijn goedkeuring aan heeft verleend.⁵⁴ In Nederland is in een dergelijke procedure niet voorzien. Dit heeft tot gevolg dat de uitbreiding van de strafrechtelijke competentie op grond van artikel 83 lid 1 VWEU in potentie minder brede democratische legitimatie heeft dan wanneer die plaats zou vinden middels verdragswijziging.

Artikel 83 lid 2 VWEU biedt de grondslag voor het uitvaardigen van richtlijnen voor de strafrechtelijke handhaving van EU-beleid, de zogeheten *accessoire harmonisatiebevoegdheid*. Bij de strafrechtelijke harmonisatie op grond van artikel 83 lid 2 VWEU gaat het om wat Mitsilegas *functional criminalisation* heeft genoemd: het strafrecht is niet in zichzelf een beleidsterrein, maar een middel om de effectiviteit van ander, niet-strafrechtelijk beleid te verzekeren.⁵⁵ Artikel 83 lid 2 VWEU is een voortzetting van de controversiële bevoegdheid tot strafrechtelijke harmonisatie die eerder werd ingelezen in de bevoegdheden op

53 BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 2, 08 (*Lissabon*); art. 23 lid 1, tweede volzin Grundgesetz.

54 Satzger 2012a, p. 75. Satzger wijst er daarbij op dat gezien de ruime omschrijving van de *eurocrimes*, het niet waarschijnlijk is dat van de uitbreidingsmogelijkheid gebruik zal worden gemaakt.

55 Mitsilegas 2014a, p. 419.

grond van de eerste pijler, geïmpliceerde accessoire bevoegdheid genoemd door Miettinen.⁵⁶ Over het bestaan van die bevoegdheid werd na de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht lang getwist tussen de Europese instellingen: aanvankelijk werden alle Commissievoorstellen met een strafrechtelijke component op grond van de eerste pijler door de Raad afgewezen of gewijzigd, of de Raad kwam met concurrerende voorstellen. Een enkele keer ging een verordening vergezeld van een voorstel voor een kaderbesluit, waarin dan de strafrechtelijke handhaving van het beleid werd geregeld.⁵⁷ De strijd werd beslecht door het Hof van Justitie in het arrest *Commissie/Raad*, waarin de Commissie goeddeels haar zin kreeg: indien strafrechtelijke handhaving noodzakelijk werd geacht voor de handhaving van het beleid, mocht het gebruik van het strafrecht worden verplicht. De aard en hoogte van de sanctie kon echter niet worden voorgeschreven op grond van de eerste pijler; die bevoegdheid bleef beperkt tot harmonisatie in de derde pijler.⁵⁸ Deze werkwijze werd gecodificeerd met het Verdrag van Lissabon. De vraag blijft echter of ook buiten artikel 83 lid 2 VWEU bevoegdheden kunnen worden gevonden tot harmonisatie van materieel strafrecht. Die vraag staat centraal in de laatste subparagraaf van deze paragraaf.

Hoe dan ook geschiedt strafrechtelijke handhaving van Uniebeleid ook nu al buiten de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 83 lid 2 VWEU om. Lidstaten zijn in veel gevallen vrij om te bepalen op welke wijze zij Europees recht handhaven, zolang zij daarbij gebruik maken van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties. Zij kunnen dus kiezen voor strafrechtelijke handhaving. Strafrechtelijke handhaving kan echter ook verplicht zijn op grond van het assimilatiebeginsel: lidstaten moeten overtredingen van Europees recht onder dezelfde voorwaarden handhaven als vergelijkbare overtredingen van het nationale recht.⁵⁹ In sommige gevallen zullen lidstaten daarom individueel genoodzaakt zijn te kiezen voor strafrechtelijke handhaving, omdat vergelijkbare gedragingen al strafrechtelijk worden gehandhaafd.⁶⁰

3.3.4 De bevoegdheid tot vaststelling van ‘minimumvoorschriften’

Artikel 83 VWEU vermeldt in beide leden dat ‘minimumvoorschriften’ kunnen worden vastgesteld, een term waarvan de betekenis ter discussie staat. De vraag is met name of deze term betekent dat totale harmonisatie op grond van artikel 83 VWEU is uitgesloten. De term ‘minimumvoorschriften’ komt ook

⁵⁶ Miettinen 2013b; Miettinen 2015.

⁵⁷ Uitgebreid over deze competentiestrijd Vervaele 2014a, p. 16-24.

⁵⁸ HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542 (*Commissie/Raad: milieustrafrecht*), bevestigd in HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625 (*Commissie/Raad: scheepsverontreiniging*).

⁵⁹ HvJ EG 12 september 1989, 68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse mais*), r.o. 24.

⁶⁰ Mitsilegas 2014a, p. 418-419; Klip 2016, p. 75-76.

voor in artikel 82 VWEU, waar de harmonisatie van strafprocesrecht is geregeld. Artikel 82 lid 2 regelt dat ter bevordering van de wederzijdse erkenning minimumvoorschriften kunnen worden vastgesteld op het terrein van het strafprocesrecht. Lid 2 eindigt met een toelichting: 'De vaststelling van de in dit lid bedoelde minimumvoorschriften belet de lidstaten niet een hoger niveau van bescherming voor personen te handhaven of in te voeren.' Naar analogie met artikel 82 lid 2 VWEU zouden lidstaten wellicht bij de harmonisatie van strafrecht ook een hoger niveau van bescherming mogen invoeren, ergo: meer gedragingen strafbaar stellen dan waartoe de richtlijn verplicht. Dat zou betekenen dat ze bestanddelen uit de richtlijn kunnen weglaten. Deze interpretatie, inhoudende dat het begrip minimumvoorschriften de harmonisatiebevoegdheid beperkt tot minimumharmonisatie, is de meest gangbare.⁶¹ Het is de Europese wetgever dan niet toegestaan een bepaald terrein uitputtend te regelen; lidstaten behouden de mogelijkheid tot het stellen van aanvullende regels. Ook de Commissie heeft benadrukt dat artikel 83 VWEU totale harmonisatie uitsluit.⁶²

Niettemin zijn ook redelijk wat auteurs een andere mening toegedaan. Klip lokte discussie uit door te stellen dat minimumregels geen vrijbrief zijn voor ongebreidelde repressie: de bevoegdheid om meer gedragingen strafbaar te stellen dan waartoe het Europees recht verplicht, is in ieder geval begrensd door de fundamentele vrijheden en door het proportionaliteitsbeginsel. Volgens Klip heeft de EU met de gebruikte terminologie beoogd aan te sluiten bij de praktijk van harmonisatie op andere terreinen. Het begrip 'minimumvoorschriften' slaat dan op het feit dat lidstaten de vrijheid behouden regels te stellen voor andere onderwerpen dan die geregeld in de richtlijn. Hoeveel vrijheid de lidstaat precies heeft, is afhankelijk van het doel van het instrument en varieert per geval.⁶³ Klip sluit dus kennelijk niet uit dat het gebruik van minimumvoorschriften maximumharmonisatie betekent, maar ziet dit slechts als één van de mogelijkheden en niet als de regel. Vervaele heeft later wel in algemene zin gesteld dat zodra de omschrijving van een strafbaar feit is geharmoniseerd, lidstaten daar niet meer van af kunnen wijken. Hij zoekt de reden daarvoor in artikel 2 VWEU: bij gedeelde bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten geldt dat indien de EU wetgevend heeft opgetreden, lidstaten alleen nog bevoegd zijn 'voor zover de Unie haar bevoegdheid niet heeft uitgeoefend.'⁶⁴ Ook Nilsson betoogt dat het begrip *minimum rules* niet verwijst naar minimumharmonisatie. Hij draagt daarvoor onder meer aan dat totale harmonisatie voor veel meer rechtszekerheid zorgt. Het woord minimumvoor-

61 Zie bijvoorbeeld Hecker 2012, p. 357; Satzger 2012a, p. 78-80; Asp 2012, p. 110-121 en in navolging daarvan Weyembergh 2013, p. 14-15.

62 Mededeling van de Commissie 'Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law', COM(2011) 573, p. 7.

63 Klip 2006, p. 24-25; Klip 2009, p. 154-155; Klip 2016, p. 180-185.

64 Vervaele 2014a, p. 53.

schriften verwijst dan naar het gegeven dat alleen de delictomschrijving wordt geharmoniseerd – eigenlijk geünificeerd – terwijl de algemene leerstukken ongemoeid blijven.⁶⁵

Geen van de argumenten is mijns inziens doorslaggevend. De stelling dat totale harmonisatie vanuit het oogpunt van rechtszekerheid wenselijk zou zijn kan worden gevolgd, maar dat is geen reden om aan te nemen dat dit ook de juiste interpretatie van het begrip minimumvoorschriften is. Asp wijst er bovendien op dat er geen noodzakelijke relatie bestaat tussen minimumharmonisatie en rechtsonzekerheid – de lidstaten kunnen minimumregels uitstekend omzetten in heldere nationale regels.⁶⁶ Wel zou het wenselijk zijn, aldus Asp, als voor de lidstaten steeds duidelijk is welk niveau van harmonisatie is beoogd, en hoeveel ruimte ze hebben om af te wijken van de gebruikte formuleringen.⁶⁷ Ook van de argumenten van Asp kan worden gezegd dat dit inderdaad wenselijk zou zijn, maar dat ze evenmin een dwingend resultaat opleveren. De conclusie is daarmee dat vooralsnog onduidelijk is of totale harmonisatie mogelijk is op grond van artikel 83 VWEU. Intussen is de praktijk dat lidstaten, ook Nederland, ervan uitgaan dat richtlijnen minimumharmonisatie bevatten. Zij nemen de vrijheid om eventueel meer gedragingen strafbaar te stellen. De verdere analyse in dit boek zal het uitgangspunt hanteren dat richtlijnen de ruimte laten voor strengere normen op nationaal niveau, tenzij uit de richtlijn het tegendeel blijkt.

3.3.5 Harmonisatiebevoegdheden buiten artikel 83 VWEU?

De Commissie is al begonnen de grenzen van de strafrechtelijke bevoegdheden na het Verdrag van Lissabon af te tasten. In 2012 deed de Commissie een voorstel voor een strafrechtelijke richtlijn buiten artikel 83 VWEU om, te weten op basis van artikel 325 lid 4 VWEU.⁶⁸ Dat artikel luidt:

‘Het Europees Parlement en de Raad nemen volgens de gewone wetgevingsprocedure, na raadpleging van de Rekenkamer, de nodige maatregelen aan op het gebied van de preventie en bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad, om in de lidstaten alsmede in de instellingen, de organen en de instanties van de Unie een doeltreffende en gelijkwaardige bescherming te bieden.’

⁶⁵ Nilsson 2011, p. 668-671.

⁶⁶ Asp 2012, p. 175-176.

⁶⁷ Asp 2012, p. 176-177.

⁶⁸ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt, COM (2012)363.

In dit artikel is niet gespecificeerd of deze maatregelen ook strafrechtelijke maatregelen kunnen zijn. Bovendien laat de term 'maatregelen' ruimte voor zowel richtlijnen als verordeningen als instrument. Het artikel heeft twee potentiële gevolgen. Het eerste is dat strafrechtelijke harmonisatie mogelijk zou zijn buiten artikel 83 VWEU om. Het tweede is dat, indien het artikel zou worden gebruikt als rechtsgrondslag voor strafrechtelijke harmonisatie, het gebruik van een rechtstreeks toepasselijke verordening niet kan worden uitgesloten. De voorganger van artikel 325 lid 4 VWEU, artikel 280 lid 4 VEG, bepaalde in de laatste volzin dat de genoemde maatregelen geen betrekking hadden op de toepassing van het nationale strafrecht. Dit voorbehoud is verdwenen in het Verdrag van Lissabon.⁶⁹ Daarmee lijkt bewust ruimte gecreëerd voor de inzet van dit artikel tot strafrechtelijke harmonisatie of zelfs unificatie.

De Commissie merkte in haar voorstel een richtlijn aan als het aangewezen instrument omdat het gebruik van een richtlijn de mogelijkheid open laat voor lidstaten om strengere maatregelen te nemen.⁷⁰ De Raad noch het Parlement is het echter eens met de keuze voor artikel 325 VWEU als rechtsgrondslag. Zij willen de richtlijn baseren op artikel 83 VWEU. Op het moment van schrijven (november 2015) is nog onduidelijk wat de uitkomst van dit conflict zal zijn.⁷¹ Het voorval laat zien dat hoewel het Verdrag van Lissabon enige helderheid heeft weten te scheppen, de competentiestrijd over de harmonisatie van materieel strafrecht nog niet tot het verleden behoort. De keuze voor een rechtsgrondslag is, ook wanneer voor een richtlijn als instrument wordt gekozen, van een zeker belang voor de lidstaten, omdat artikel 83 VWEU voorziet in enkele bijzondere garanties voor de strafrechtelijke systemen van de lidstaten. Die garanties vallen weg met de keuze voor artikel 325 VWEU als rechtsgrondslag. Zo is de noodremprocedure van artikel 83 VWEU niet van toepassing op de richtlijn als die wordt gebaseerd op artikel 325 lid 4 VWEU,⁷² en kunnen het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken de uitzonderingspositie die zij hebben ten aanzien van strafrechtelijke harmonisatie niet inroepen.⁷³ Belangrijker nog – voor het onderhavige onderzoek – is dat dan totale harmonisatie in ieder geval mogelijk is, aangezien artikel 325 VWEU niet beperkt is tot

⁶⁹ Asp 2012, p. 142-147.

⁷⁰ Toelichting op het Voorstel voor een richtlijn fraudebestrijding, p. 8. Niettemin bevat het voorstel zeer gedetailleerde delictomschrijvingen, die weinig beleidsruimte laten voor de lidstaten. Zie daarover ook Miettinen 2013b.

⁷¹ Als de Raad vast blijft houden aan art. 83 VWEU als rechtsgrondslag zou de Commissie het voorstel nog kunnen intrekken, of het Hof zou de richtlijn kunnen vernietigen wegens een onjuiste rechtsgrondslag.

⁷² Anders Satzger, die meent dat de noodrem wel van toepassing is indien van een richtlijn gebruik wordt gemaakt, maar niet indien een verordening wordt gebruikt. Zie Satzger 2012a, p. 82, en in navolging daarvan Hecker 2012, p. 493.

⁷³ Zie voor die uitzonderingsposities Protocol 19 betreffende het Schengenacquis dat is opgenomen in het kader van de Europese Unie; Protocol 21 betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland ten aanzien van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en Protocol 22 betreffende de positie van Denemarken bij het Verdrag van Lissabon.

het uitvaardigen van ‘minimumvoorschriften’. Artikel 325 VWEU geeft de EU een doelgebonden bevoegdheid: de bevoegdheid om maatregelen te nemen die ‘nodig’ zijn om fraude adequaat te bestrijden.⁷⁴

Asp meent als één van de weinigen dat de beste uitleg van het Verdrag van Lissabon toch inhoudt dat strafrechtelijke harmonisatie alleen kan plaatsvinden op grond van artikel 83 VWEU.⁷⁵ In zijn ogen hebben de lidstaten met het Verdrag van Lissabon niet alleen een stap richting verdere integratie gezet, maar ook richting een meer gecontroleerde en begrensde supranationale bevoegdheid voor de EU.⁷⁶ Het sterkste argument daarvoor is in mijn ogen het gegeven dat artikel 83 lid 2 VWEU precies bedoeld lijkt voor een situatie als de wens tot strafrechtelijke bestrijding van fraude met EU-middelen: als buiten artikel 83 lid 1 VWEU de behoefte bestaat tot strafrechtelijke harmonisatie in het kader van handhaving van Uniebeleid, kan gebruik worden gemaakt van artikel 83 lid 2 VWEU. Niettemin is het, zoals Asp zelf ook toegeeft, onwaarschijnlijk dat deze beperkte opvatting stand zal houden bij het Hof van Justitie.

Terugdenkend aan de rechtspraak over rechtsgrondslagen van vóór het Verdrag van Lissabon lijkt het onwaarschijnlijk dat het Hof zal oordelen dat de strafrechtelijke competentie uitputtend is geregeld in artikel 83 VWEU.⁷⁷ Immers, ook toen een expliciete rechtsgrondslag bestond voor strafrechtelijke harmonisatie in het Verdrag van Amsterdam, zag het Hof nog steeds ruimte voor een geïmpliceerde accessoire bevoegdheid.⁷⁸ Klip stelt dat deze rechtspraak nog steeds relevant is: buiten artikel 83 VWEU om kan de Europese Unie wel voorschrijven dat regelgeving strafrechtelijk moet worden gehandhaafd, maar kan zij niet de aard of de hoogte van de sanctie bepalen.⁷⁹ Ook kan worden gewezen op de rechtspraak op andere terreinen over de keuze van rechtsgrondslagen, waarin het Hof, indien er meerdere rechtsgrondslagen in aanmerking komen, steeds eist dat wordt aangesloten bij het belangrijkste doel van het instrument.⁸⁰ Het uitwisselen van gegevens over verkeersdelicten moest daarom worden geregeld op basis van artikel 91 lid 1 sub c VWEU, in de titel vervoer.⁸¹ Wanneer harmonisatie van strafrecht een ondergeschikt

74 Hecker 2012, p. 151-153; Satzger 2012a, p. 81-82. Satzger noemt ook nog artikel 33 VWEU als mogelijke harmonisatiegrondslag, dat luidt: ‘Binnen het toepassingsgebied van de Verdragen nemen het Europees parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure maatregelen ter versterking van de douanesamenwerking tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en de Commissie.’

75 Asp 2012, p. 147-154.

76 Asp 2012, p. 152.

77 Miettinen 2013b; Klip 2016, p. 185-190 en meer in algemene zin over de grenzen aan harmonisatiebevoegdheden Weatherill 2011.

78 Aldus het Hof in HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542 (*Commissie/Raad: milieustrafrecht*); HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625 (*Commissie/Raad: scheepsverontreiniging*).

79 Klip 2016, p. 185-190.

80 Miettinen 2015a.

81 HvJ EU 6 mei 2014, C-43/12, ECLI:EU:C:2014:298 (*Commissie/Parlement en Raad*).

element is, moet de rechtsgrondslag wellicht buiten artikel 83 VWEU worden gezocht. Voor strafrechtelijke verordeningen zou artikel 325 lid 4 VWEU een rechtsgrondslag kunnen bieden, of, zoals Klip heeft gesuggereerd, de verordening tot oprichting van een Europees Openbaar Ministerie.⁸²

Gezien de wijze waarop het Hof van Justitie placht en pleegt om te gaan met rechtsgrondslagen – zowel op het terrein van het strafrecht als daarbuiten – kan worden geconcludeerd dat buiten artikel 83 VWEU rechtsgrondslagen voor strafrechtelijke harmonisatie kunnen en waarschijnlijk ook zullen worden gevonden.⁸³ Dat betekent in de eerste plaats dat in het vervolg rekening wordt gehouden met de mogelijkheid van totale harmonisatie, in ieder geval op rechtsgrondslagen anders dan artikel 83 VWEU. Het betekent ook dat in het vervolg van dit boek rekening wordt gehouden met eventuele harmonisatie van materieel strafrecht door middel van rechtstreeks toepasselijke verordeningen. Of deze verordeningen per definitie een nationale strafbaarstelling vereisen om te kunnen worden toegepast in het Nederlandse strafrecht, zal worden onderzocht in paragraaf 4.5.

3.4 EFFECTEN VAN HET EUROPEES RECHT IN HET NATIONALE STRAFRECHT

De doorwerking van het Unierecht in het materiële strafrecht is omgeven met een aantal bijzonderheden ten opzichte van de doorwerking in het administratief recht. De oorzaak daarvan ligt in ieder geval ten dele in het feit dat positieve integratie van materieel strafrecht pas de laatste vijftientig, en vooral de laatste vijftien jaar echt van de grond is gekomen, terwijl het institutionele recht al eerder vorm had gekregen in het kader van de economische samenwerking. Het creëren van een interne markt en het samenwerken op strafrechtelijk terrein zijn echter verschillende grootheden, waardoor de met het oog op de interne markt ontwikkelde doorwerkingsmechanismen niet één op één toepasbaar zijn op de ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht. Ten eerste heeft de ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht een diffuser karakter omdat het Unierecht doorgaans niet verplicht tot het toekennen van rechten aan burgers, maar juist verplicht tot repressief optreden ten aanzien van die burgers. Ten tweede – maar dat punt zal hier niet nader worden uitgewerkt – is het strafrecht nauw verbonden aan de nationale (rechts-)cultuur, waardoor doorwerking minder gemakkelijk wordt geaccepteerd door de lidstaten.

Aan het begin van deze paragraaf komt de spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming bij de doorwerking van Europees recht kort aan de orde. Daarna ga ik in op de effecten die Europees recht kan hebben in het nationale

⁸² Klip 2016, p. 544.

⁸³ Voor een uitgebreide studie naar de strafrechtelijke bevoegdheden van de Europese Unie zie naast Asp 2012 Miettinen 2015b.

recht. Ten eerste moeten richtlijnen en kaderbesluiten worden omgezet in het nationale recht, en ook verordeningen nopen soms tot nationale uitvoeringsmaatregelen. Ten tweede zijn door het Hof van Justitie mechanismen ontwikkeld die ervoor zorgen dat bij conflicten tussen nationaal en Europees recht, de effectiviteit van het Europees recht zoveel mogelijk gewaarborgd is. Het Hof van Justitie heeft ten eerste de voorrang van Europees recht aangenomen voor de situatie waarin nationaal recht en Europees recht niet met elkaar in overeenstemming zijn. Indien een Europeesrechtelijke bepaling conflicteert met een bepaling van die nationale rechtsorde, gaat het Unierecht voor.⁸⁴ Daarnaast heeft het Hof gedecentraliseerde handhavingsmechanismen ontwikkeld waarmee de toepassing van Europees recht door de rechter wordt verzekerd: rechtstreekse werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid.⁸⁵ Rechtstreekse werking houdt in dat voor de nationale rechter een beroep kan worden gedaan op het Europees recht. Conforme interpretatie houdt in de plicht het nationale recht dat onder de reikwijdte van Europees recht valt aldus te interpreteren dat zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan de doelstellingen van het Europees recht. De conforme-interpretatieplicht is van toepassing op rechtstreeks en niet-rechtstreeks werkend Europees recht. Mochten conforme interpretatie en rechtstreekse werking niet tot het gewenste resultaat kunnen leiden, kan overheidsaansprakelijkheid ontstaan. In dat geval kan een burger de door de schending van het Unierecht veroorzaakte schade verhalen op de lidstaat.⁸⁶ Overheidsaansprakelijkheid heeft voor het legaliteitsbeginsel geen relevantie en blijft daarom verder buiten beschouwing.

3.4.1 De doorwerking van Europees recht in het strafrecht: spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming

In het algemeen kan worden gesteld dat het strafrecht als rechtsgebied wordt gekenmerkt door de constante wens strafbaar gedrag tegen te gaan of daar adequaat en effectief op te reageren, en de wens om daarbij de rechten en vrijheden van de betrokken burgers zo goed mogelijk te respecteren. Die twee wensen staan in een zekere spanningsverhouding tot elkaar, omdat het niet altijd mogelijk is beide volkomen te verwezenlijken. Op – in ieder geval op het oog – vergelijkbare wijze wordt de interactie tussen Europees recht en het nationale strafrecht gekenmerkt door de wens het Europees recht zo effectief mogelijk te laten zijn, en de wens ook daarbij rechten en vrijheden van de betrokken burgers te respecteren. Ook tussen die wensen kan spanning bestaan, en die spanning manifesteert zich met name bij de doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht.

⁸⁴ HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

⁸⁵ Prinssen 2004.

⁸⁶ HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*).

Het welslagen van het Europees project is in hoge mate afhankelijk van de inspanningen van de lidstaten. Veel secundair Europees recht is niet rechtstreeks toepasselijk, maar moet worden omgezet in nationaal recht. Nationale uitvoeringsmaatregelen zijn nodig om strafrechtelijke handhaving van verordeningen mogelijk te maken. Wanneer nationale wetgevers niet, niet tijdig of niet adequaat aan hun wetgevingsverplichtingen voldoen, is er bovendien een belangrijke rol weggelegd voor de rechter om het Europees recht voorrang te verlenen en het eventueel rechtstreeks toe te passen, het nationale recht conform Europees recht uit te leggen, of een schadevergoedingsmaatregel op te leggen aan de staat indien het gebrek tot schade heeft geleid.

De afhankelijkheid van de inspanningen van de lidstaten vertaalt zich in de loyaliteitsplicht, neergelegd in artikel 4 lid 3 VEU, die lijkt op het internationaalrechtelijke beginsel *pacta sunt servanda* maar een verdergaande uitleg krijgt.⁸⁷ De loyaliteitsplicht omvat drie onderdelen: de lidstaten en de Unie moeten elkaar respecteren en steunen, de lidstaten moeten alle noodzakelijke maatregelen nemen om nakoming van hun Unierechtelijke verplichtingen te verzekeren en de lidstaten moeten zich onthouden van maatregelen die het verwezenlijken van de doelstellingen van de EU in gevaar kunnen brengen. Dit beginsel vormt mede de grondslag voor de doorwerkingsmechanismen en de plicht tot effectieve handhaving van het Unierecht.⁸⁸

Het doorwerkingsstelsel is ontwikkeld door het Hof van Justitie in een tijd dat de Europese Unie zich nog nauwelijks manifesteerde op strafrechtelijk terrein, maar voornamelijk een sociaaleconomisch project was.⁸⁹ Het belangrijkste oogmerk van doorwerking is te verzekeren dat burgers de hun door het Europese recht toegekende rechten en vrijheden kunnen invoeren jegens de lidstaten. Hoewel het Gemeenschapsrecht ook verplichtingen schiep voor burgers, konden doorwerking en effectieve rechtsbescherming vaak met behulp van hetzelfde mechanisme worden bewerkstelligd. Het lastige aan de doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht is dat het Europees recht dat op dat terrein is uitgevaardigd een fundamenteel ander karakter heeft dan het internemarktrecht. De ruimte van vrijheid, veiligheid en recht vereist immers een zekere afweging tussen vrijheid, veiligheid en recht die niet alle drie tegelijkertijd volledig kunnen worden gerealiseerd.⁹⁰ Er worden geen rechten of plichten toegekend aan burgers in het primaire recht, er wordt een verplichting gecreëerd tot regelend optreden en de daadwerkelijke normen die voor burgers relevant zijn komen pas tot stand in het secundaire recht.⁹¹

87 Barents & Brinkhorst 2012, p. 95.

88 Prechal 2006, p. 14-15.

89 Van Kempen 2006, p. 74; Prechal 2006.

90 Klip merkt niettemin op dat de vage einddoelen worden uitgewerkt in concretere kortetermijnbeleidsplannen zoals de routekaart ter versterking van de procedurele rechten, zie Klip 2016, p. 30-31.

91 Prechal 2006, p. 20-21; Mitsilegas 2014a, p. 416-417.

Leidt de nadruk op effectiviteit in het kader van de interne markt veelal tot grotere rechtsbescherming, '[e]ffectiveness in the context of European criminal law may [...] lead to the increase, rather than the limitation, of state power vis-à-vis the individual', aldus Mitsilegas.⁹² En in de woorden van Klip: 'While the internal market gives rights to the citizens of the European Union in the form of the five freedoms, the rights that are applicable in the area of freedom, security and justice are given to the Member States.'⁹³ Toch zijn de mechanismen en karakteristieken van het Europees recht grotendeels behouden gebleven.⁹⁴

Gezien het wezenlijk andere karakter van het Europees strafrecht moet gezocht worden naar een verhouding tussen het nastreven van de effectiviteit van Europees recht, en het waarborgen van de grondrechten. De spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming komt tot uitdrukking in de doorwerking van Europees recht en de begrenzing daarvan op grond van het legaliteitsbeginsel.

3.4.2 Implementatie van Europees recht

Onder doorwerking van Europees recht worden in dit boek alle wijzen waarop het Europees recht het nationale recht beïnvloedt verstaan. In deze subparagraaf ligt de nadruk op omzetting van richtlijnen en uitvoering van verordeningen, beide verantwoordelijkheden van de wetgever. In de volgende subparagraaf kijk ik naar gedecentraliseerde handhaving van Europees recht, de verantwoordelijkheid van de rechter.

Harmonisatie van materieel strafrecht geschiedt in de eerste plaats door het uitvaardigen van richtlijnen. Richtlijnen zijn 'verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat' volgens het werkingsverdrag, maar laten aan de lidstaten de vrijheid vorm en middelen te kiezen om de doelstelling van de richtlijn te bereiken. Ze binden de burger niet rechtstreeks.⁹⁵ Dit betekent dat richtlijnen moeten worden omgezet in nationaal recht. Dat kan geschieden door aanpassing van de tekst van de wet maar ook door het toevoegen van een omzettingsdoelstelling aan een bestaande bepaling van nationaal recht. In wezen doet de lidstaat dan niets, behalve verklaren dat het nationale recht reeds in overeenstemming is met het Europees recht. Dit wordt wel 'impliciete omzetting' genoemd.⁹⁶ In richtlijnen kan ook de aard van de sanctie en de minimale maximumhoogte daarvan worden voorgeschreven.

⁹² Mitsilegas 2014a, p. 417. In vergelijkbare zin Klip 2002, p. 27.

⁹³ Klip 2016, p. 528.

⁹⁴ Prechal 2006, p. 15-17.

⁹⁵ Art. 288 VWEU.

⁹⁶ Kristen 2004, p. 39.

Primair recht is, mits het 'duidelijk en onvoorwaardelijk' is en geen nadere uitwerking vereist op Europees of nationaal niveau om te kunnen worden toegepast, rechtstreeks toepasselijk.⁹⁷ Verordeningen zijn eveneens, opnieuw mits ze daartoe inhoudelijk geschikt zijn, rechtstreeks toepasselijk in alle rechtsordes van de Europese Unie.⁹⁸ Dat betekent dat zij niet hoeven en ook niet mogen worden omgezet in nationaal recht: er geldt een overschrijfverbod.⁹⁹ Lidstaten moeten soms wel uitvoeringsmaatregelen nemen. Van uitvoering van verordeningen is op het terrein van het strafrecht met name sprake wanneer een nationale strafbaarstelling wordt geïntroduceerd waardoor overtreding van (één of meer bepalingen van) een verordening tot strafbaar feit worden bestempeld. De strafrechtelijke handhaving van Uniebeleid vindt dus vaak plaats door een nationale strafbaarstelling in het leven te roepen die verwijst naar een verordening, waarbij een aparte sanctienorm de strafsoort en de maximumstraf bepaalt.

Tot aan het Verdrag van Lissabon werd in de derde pijler gebruik gemaakt van kaderbesluiten, die nooit rechtstreekse werking kunnen hebben.¹⁰⁰ De kaderbesluiten die nog bestaan werken dus op een iets andere wijze door dan richtlijnen en verordeningen.¹⁰¹ Kaderbesluiten moeten altijd worden omgezet in nationaal recht.

3.4.3 Gedecentraliseerde handhaving: voorrang, rechtstreekse werking en conforme interpretatie van Europees recht

Het niet, niet tijdig of niet adequaat implementeren van richtlijnen in het nationale recht kan op twee niveaus worden aangepakt. Het eerste is het communautaire niveau, waarbij de Commissie met behulp van de inbreukprocedure lidstaten kan dwingen tot implementatie. Gezien de hoeveelheid verplichtingen voor de lidstaten kan de Commissie met alleen de inbreukprocedure de effectiviteit van Europese regelgeving niet afdoende waarborgen, terwijl individuen daardoor het risico lopen dat zij rechten die het Europees recht aan hen toekent niet kunnen afdwingen. Deze inbreukprocedure is pas sinds 1 december 2014 van toepassing op onder de voormalige derde pijler tot stand gekomen maatregelen.¹⁰² Het tweede niveau waarop implementatiegebreken kunnen worden aangepakt is wat Prechal noemt het niveau van 'gedecentraliseerde handhaving', oftewel handhaving van Europees recht door

97 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

98 Art. 288 VWEU.

99 HvJ EG 10 oktober 1973, 34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (*Variola*), r.o. 10-11; Satzger 2012a, p. 85-86.

100 Art. 34 lid 2 sub b VEU (oud).

101 Zie voor het overgangsrecht artikel 9 Protocol 36 bij het Verdrag van Lissabon.

102 Art. 10 Protocol 36 bij het Verdrag van Lissabon betreffende overgangsbepalingen.

de nationale rechter.¹⁰³ Aan die gedecentraliseerde handhaving heeft het Hof van Justitie vanaf de jaren zestig vorm gegeven.

Voorrang kan worden gezien als een conflictregel, die bepaalt wat er moet gebeuren op het moment dat meerdere regels van toepassing zijn op hetzelfde geval, en deze regels niet dezelfde uitkomst voorschrijven. Meer specifiek is het door Barents een *negatieve aanwijzingsregel* genoemd, omdat voorrang slechts bepaalt welke regel er *niet* mag worden toegepast: de met het Europees recht strijdige regel van nationaal recht.¹⁰⁴ Deze voorrang is volgens het Hof van Justitie ‘absoluut en onvoorwaardelijk’, en geldt dus voor *al* het Europees recht ten opzichte van *al* het nationaal recht – ook het constitutioneel recht.¹⁰⁵ Bepalingen van nationaal recht die in strijd zijn met het Europees recht, moeten buiten toepassing worden gelaten.¹⁰⁶ Voor de goede orde: het buiten toepassing laten van de regel tast de geldigheid ervan niet aan, en de bepaling hoeft slechts buiten toepassing te worden gelaten voor zover die met het Europees recht in strijd is, waardoor ook gedeeltelijke buitentoepassinglating mogelijk is.¹⁰⁷ Soms kan in plaats van de buiten toepassing gelaten bepaling een andere regel van nationaal recht worden toegepast, of een bepaling van Europees recht indien die rechtstreekse werking heeft. De voorrang van Europees recht mag er niet toe leiden dat fundamentele rechten van betrokkenen worden geschonden. Het buiten toepassing laten van een bepaling is derhalve niet verplicht indien dit een schending van het legaliteitsbeginsel tot gevolg heeft.¹⁰⁸

Rechtstreekse werking houdt in dat bepalingen van Europees recht voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen. Zowel primair als secundair Europees recht kan rechtstreeks werken, indien het ‘onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig’ is, en dus naar zijn aard en inhoud geschikt is om door de nationale rechter te worden toegepast.¹⁰⁹ Sinds het arrest Van Duyn is duidelijk dat ook richtlijnen rechtstreekse werking kunnen hebben.¹¹⁰ Voor richtlijnen gelden echter enkele aanvullende voorwaarden, omdat zij niet rechtstreeks toepasselijk zijn en dus omgezet moeten worden in nationale bepalingen. Ten eerste moet de omzettingstermijn zijn verstreken. Gedurende de omzettingsperiode heeft een richtlijn daarom geen rechtstreekse werking,

103 Prechal 2005a, p. 8-9. Craig & De Búrca noemen dit ‘private enforcement’ omdat het particulieren zijn die handhaving van het Unierecht eisen, zie Craig & De Búrca 2011, p. 181.

104 Barents 2009, p. 45-46.

105 HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*); HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

106 HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal II*); HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*); HvJ EU 8 september 2010, C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503 (*Winner Wetten*); HvJ EU 14 juni 2012, C-606/10, ECLI:EU:C:2012:348 (*ANAFE*).

107 Barents & Brinkhorst 2012, p. 89-93.

108 HvJ EG 26 september 1996, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*); HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*).

109 HvJ EG 19 januari 1982, 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*), r.o. 25.

110 HvJ EG 4 december 1974, 41/74, ECLI:EU:C:1974:133 (*Van Duyn*), zie ook Craig & De Búrca 2011, p. 183-193.

en geldt voor de lidstaten slechts dat zij zich moeten onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het resultaat dat door de richtlijn is voorgeschreven in gevaar brengen.¹¹¹ Daarnaast is een voorwaarde voor rechtstreekse werking dat de bepalingen van de richtlijn voldoende duidelijk, precies en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd.¹¹² De bepalingen moeten zich met andere woorden lenen voor toepassing door de rechter en niet om nadere uitwerking door de wetgever vragen. Tot slot is rechtstreekse werking een mechanisme dat door individuen kan worden ingeroepen met het oog op de bescherming van hun belangen.¹¹³ Zo zegt het Hof van Justitie in *Becker*:

‘Wanneer [...] de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig lijken te zijn en uitvoeringsmaatregelen niet tijdig zijn getroffen, kunnen de particulieren zich op die bepalingen beroepen tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met de richtlijn in overeenstemming is. Hetzelfde geldt wanneer die bepalingen rechten vastleggen die de particulieren tegenover de Staat kunnen doen gelden.’¹¹⁴

Bij richtlijnen die de harmonisatie van strafbepalingen beogen is rechtstreekse werking in beginsel ook mogelijk, maar dan alleen wanneer het totale harmonisatie betreft, of er sprake is van een gebonden beleidsvrijheid waarvan geen gebruik is gemaakt. Dit betekent ook dat een lidstaat niet kan profiteren van de rechtstreekse werking van een richtlijn terwijl hij zelf nalatig is geweest bij de implementatie ervan. Richtlijnen kunnen nooit rechtstreeks verplichtingen opleggen aan particulieren. Anders gezegd: richtlijnen hebben geen omgekeerd verticaal effect. Kaderbesluiten, zolang ze nog niet zijn vervangen door richtlijnen, hebben krachtens artikel 34 van het oude EU-Verdrag geen rechtstreekse werking.

Conforme interpretatie is zowel verplicht in het kader van implementatie als van gedecentraliseerde handhaving. Iedere norm die strekt tot omzetting van Europees recht moet worden uitgelegd in overeenstemming met de tekst en het doel van dat Europees recht.¹¹⁵ Aldus is het onderdeel van de implementatieplicht. Wanneer een richtlijn adequaat is omgezet, zal deze plicht geen problemen opleveren. Vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel wordt conforme interpretatie doorgaans pas interessant wanneer het beoogt een conflict tussen Europees en nationaal recht op te heffen. Wanneer in het vervolg over conforme interpretatie gesproken wordt, is conforme interpretatie als doorwerkingsmechanisme bedoeld. De conforme-interpretatieplicht is van toepassing op al het Europees recht.

111 HvJ EG 18 december 1997, C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628 (*Inter-environnement Wallonie*), r.o. 45.

112 Craig & De Búrca 2011, p. 188.

113 Prechal 2005a, p. 100; Craig & De Búrca 2011, p. 181-182; Hilson & Downes 1999.

114 HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*), r.o. 25.

115 Anders: Riesenhuber & Domröse 2005.

3.5 HET STRAFRECHTELIJK LEGALITEITSBEGINSEL IN DE CONTEXT VAN HET EUROPEES STRAFRECHT

In deze paragraaf wordt een kort overzicht geboden van de rol van grondrechten in het Europees recht en meer specifiek van de erkenning van het legaliteitsbeginsel in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Dit biedt een grove schets van het geheel waarvan de delen afzonderlijk zullen worden bestudeerd in hoofdstuk 4 tot en met 8. Eerst wordt de plaats van grondrechten in het Europees recht besproken. Vervolgens komt de geleidelijke erkenning van de deelnormen van het legaliteitsbeginsel, resulterend in de opnemings ervan in het Handvest van de Grondrechten aan de orde. Aan het eind komt de plaats van het punitief bestuursrecht en het EVRM in het onderzoek aan de orde en wordt een korte inleiding gegeven op de rol van het legaliteitsbeginsel in die twee contexten.

3.5.1 Grondrechten in het Europees recht

In het EEG-, Euratom- en EGKS-verdrag waren geen verwijzingen te vinden naar fundamentele rechten en vrijheden. Gezien het economische karakter van de bedoelingen met deze verdragen werd daartoe geen noodzaak ervaren.¹¹⁶ Grondrechten zouden van weinig relevantie zijn voor de economische doelstellingen die men voor ogen had. Die positie hield maar enige tijd stand. Het Europees recht kreeg met de voorrang en rechtstreekse werking al snel grote invloed op het recht van de lidstaten, waar men zich zorgen begon te maken over het waarborgen van fundamentele rechten. In 1969 erkende het Hof van Justitie in het *Stauder*-arrest het bestaan van 'algemene beginselen van Gemeenschapsrecht' waarin de fundamentele rechten besloten liggen.¹¹⁷ In de zaak *Internationale Handelsgesellschaft* bevestigt het Hof dat 'de eerbiediging der grondrechten een bestanddeel uitmaakt van de algemene rechtsbeginselen' en dat deze grondrechten, hoewel voortvloeiend uit de gemeenschappelijke tradities van de lidstaten, moeten worden verzekerd in het kader van de Gemeenschap en de doelstellingen daarvan.¹¹⁸ Deze rechten en beginselen destilleert het Hof van Justitie uit de rechtssystemen van de lidstaten en uit internationale verdragen waar de lidstaten zich aan verbonden hebben, met name het EVRM.

¹¹⁶ Hoewel er wel over is gedacht, en zelfs is overwogen om de grondrechtencatalogus die in het EVRM zou komen te staan op te nemen in het EEG-Verdrag. Zie o.m. Jacque 2011, p. 995.

¹¹⁷ HvJ EG 12 november 1969, 29/69, ECLI:EU:C:1969:57 (*Stauder*), r.o. 7.

¹¹⁸ HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*), r.o. 3-4.

Inmiddels neemt de bescherming van grondrechten een belangrijke plaats in in het primaire Europees recht: niet alleen in het Handvest, maar ook in het VEU en VWEU. De belangrijkste mensenrechtenbepaling in het VEU is artikel 6. In lid 1 wordt de gebondenheid aan het Handvest bevestigd, en in lid 3 wordt bevestigd dat de grondrechten deel uitmaken van het Unierecht als algemene beginselen. Voor die grondrechten verwijst het VEU naar het EVRM en naar de constitutionele tradities van de lidstaten. Het EVRM en de nationale constituties blijven dus een bron van in ieder geval inspiratie bij het formuleren en uitleggen van fundamentele rechten. Lid 2 van artikel 6 VEU stelt dat de Unie toetreedt tot het EVRM. Deze onvoorwaardelijk geformuleerde belofte kan echter niet op korte termijn worden ingelost. De met veel moeite uitonderhandelde toetredingsovereenkomst werd in december 2014 door het Hof van Justitie getorpedeerd omdat het Hof vond dat de bijzondere kenmerken van de Europese Unie daarin onvoldoende gewaarborgd werden.¹¹⁹ Toetreding zal daarom niet op korte termijn plaats kunnen vinden. In artikel 67 VWEU wordt ten slotte gesteld dat de EU een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht is 'waarin de grondrechten en de verschillende rechtsstelsels en -tradities van de lidstaten worden geëerbiedigd'.¹²⁰

Veel algemene beginselen van Gemeenschapsrecht hebben hun beslag gekregen in het Handvest van de Grondrechten voor de Europese Unie. Het Handvest bestaat al sinds 2000, maar heeft sinds 2009 de status van primair recht van de Europese Unie.¹²¹ Het Handvest moet te allen tijde worden gewaarborgd door alle instellingen van de EU en door de lidstaten wanneer en voor zover zij Europees recht uitvoeren.¹²² Het Hof van Justitie heeft een ruime uitleg gegeven aan de toepasbaarheid van het Handvest. Onder uitvoering moet niet alleen de omzetting van EU-wetgeving worden verstaan: op alle regelingen die binnen het toepassingsgebied van het Unierecht vallen, is het Handvest van toepassing.¹²³ Het Handvest staat niet in de weg aan strengere grondrechtenbescherming door de lidstaten.¹²⁴ Bovendien wordt het Handvest, waar overlap bestaat met het EVRM, geacht ten minste dezelfde rechten te garanderen, terwijl de mogelijkheid wordt opengehouden om in het kader van de Europese Unie verdergaande bescherming te bieden.¹²⁵

119 HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 (*Advies over ontwerpakkoord toetreding tot het EVRM*).

120 Art. 67 lid 1 VWEU. Dat artikel bepaalt inderdaad dat de Unie een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht is.

121 Art. 6 lid 1 VEU.

122 Art. 51 lid 1 Hv.

123 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), r.o. 19-21. Kennelijk beschouwt het Hof de bepalingen over de reikwijdte van het Handvest als een codificatie van de bestaande jurisprudentie over algemene beginselen van Gemeenschapsrecht.

124 Art. 53 Hv.

125 Art. 52 lid 3 Hv.

In het Handvest is de relatie tussen grondrechtenbescherming in Unierechtelijk kader en het EVRM geformaliseerd. Artikel 52 lid 3 Hv bepaalt dat rechten uit het Handvest die corresponderen met rechten uit het EVRM, eenzelfde inhoud en reikwijdte hebben. Tegelijkertijd wordt in de tweede volzin van dat artikel de mogelijkheid opengelaten voor ruimere bescherming op grond van het Handvest. Blijkens de toelichting op artikel 52 Hv moet onderscheid worden gemaakt tussen rechten die met het EVRM corresponderen, en rechten die een ruimere bescherming bieden. Het legaliteitsbeginsel in het Handvest, vervat in artikel 49, correspondeert blijkens de toelichting op dat artikel met het legaliteitsbeginsel in artikel 7 EVRM.¹²⁶ Op basis daarvan is de verwachting gerechtvaardigd dat de uitleg van artikel 49 Hv in de praktijk zal aansluiten bij de uitleg van artikel 7 EVRM.¹²⁷

Het Handvest bepaalt in artikel 53 dat het aldus moet worden uitgelegd dat het geen afbreuk doet aan de mensenrechten en fundamentele vrijheden zoals die worden erkend in onder meer de grondwetten van de lidstaten. Die bepaling heeft echter niet tot gevolg dat lidstaten het Unierecht mogen toetsen aan hun nationale Grondwet. Wanneer in het secundaire Unierecht overeenstemming wordt bereikt over hoe grondrechten of vrijheden moeten worden beschermd, bijvoorbeeld bij de wederzijdse erkenning van bepaalde beslissingen, dan is de grondrechtenbescherming als het ware gefixeerd op dat niveau. Al sinds het arrest *Internationale Handelsgesellschaft* is duidelijk dat het Europees recht ook voorrang heeft op de nationale constituties.¹²⁸ In het *Melloni*-arrest bevestigt het Hof van Justitie deze stand van zaken: artikel 53 Hv heeft niet tot gevolg dat de overlevering in het kader van een Europees Aanhoudingsbevel mag worden geweigerd op grond van een nationaal grondrecht, in casu het recht van verdachten om aanwezig te zijn bij hun proces.¹²⁹ In het kaderbesluit zijn de lidstaten overeengekomen op welke wijze het door het Handvest gegarandeerde recht op een eerlijk proces, meer specifiek de bijzondere bescherming bij verstekveroordelingen, moet worden gegarandeerd in overleveringsprocedures. Daarmee is in wezen voor dat onderwerp de grondrechtenbescherming geharmoniseerd: het is niet alleen het minimum aan bescherming dat moet worden geboden, maar ook het maximum. In het kaderbesluit ligt een afweging besloten tussen de doelstellingen van het kaderbesluit en de rechten van de verdachte, die niet door de lidstaten op grond van de nationale constitutie kan worden overgedaan en anders kan uitvallen.

126 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, *Pb EU* 2007, C 303/02.

127 Andersom blijkt ook dat het EHRM zich bij de uitleg van artikel 7 EVRM laat inspireren door het Hof van Justitie. Zie EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië 2*) en de bespreking daarvan in paragraaf 8.3.5.

128 HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

129 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*).

3.5.2 Erkenning van het legaliteitsbeginsel in de jurisprudentie, codificatie in het Handvest voor de Grondrechten

Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is stapsgewijs erkend als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht. Het is langzaam ontwikkeld vanuit het rechtszekerheidsbeginsel dat moet worden verzekerd bij het opleggen van sancties in het bestuursrecht tot een op het strafrecht toegesneden legaliteitsbeginsel. Naarmate het Hof meer te maken kreeg met strafrechtelijke zaken, werd de doorwerking aangepast voor toepassing in het strafrecht en werden langzaam aan steeds meer deelnormen van het legaliteitsbeginsel erkend. Daarbij werd veelvuldig verwezen naar artikel 7 EVRM, dat een belangrijke bron van inspiratie was voor de erkenning van het legaliteitsbeginsel, en nog altijd is voor de uitlegging ervan.¹³⁰

In de jaren tachtig kreeg de doorwerking van richtlijnen een specifiek strafrechtelijke kleur. De deelnorm van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel die in 1984 als eerste door het Hof expliciet werd aangemerkt als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht is het *verbod van terugwerkende kracht*. Daarmee werd afgeweken van de doorwerking van Europees recht in het administratief recht. In het Europees administratief recht bestaat namelijk geen algemeen verbod op terugwerkende kracht. Een bepaling kan met terugwerkende kracht worden toegepast indien eventueel gerechtvaardigd vertrouwen wordt gerespecteerd en indien terugwerkende kracht noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken.¹³¹ In het arrest *Kirk* erkent het Hof het verbod van terugwerkende kracht van strafbepalingen als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht, verwijzend naar de rechtsstelsels van de lidstaten en naar artikel 7 EVRM.¹³²

Als tweede werden de *grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid* erkend in jurisprudentie over conforme interpretatie. De toepassing daarvan is niet verbonden aan de voorwaarde dat dit een voor de verdachte gunstig effect heeft.¹³³ Het Hof van Justitie stelt wel in het *Kolpinghuis*-arrest dat de conforme-interpretatieplicht 'haar begrenzing [vindt] in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het Gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht.'¹³⁴ In *Procura della Repubblica/X* gebruikte het Hof van Justitie voor het eerst het begrip 'legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten'. In dat arrest is ook de meest scherpe formulering van een analogieverbod te vinden, die luidt: 'het beginsel dat de toepassing van de strafwet niet ten nadele van de verdachte mag worden uitgebreid'.¹³⁵

130 In die zin ook Mitsilegas 2014b, p. 1356.

131 HvJ EG 13 november 1990, 331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), r.o. 41-49, m.n. 45.

132 HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*), r.o. 21.

133 HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*), r.o. 45.

134 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*), r.o. 13.

135 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*), r.o. 25.

Voldoende *bepaaldheid* van regels was al aanvaard als eis in het administratief recht alvorens te worden aanvaard in het strafrecht.¹³⁶ In een arrest over het belastingrecht uit 1981 stelde het Hof: ‘Het beginsel van rechtszekerheid eist dat een regeling waarbij aan de belastingplichtige lasten worden opgelegd duidelijk en nauwkeurig omschreven is, opdat de belastingplichtige ondubbelzinnig zijn rechten en verplichtingen kan kennen en dienovereenkomstig zijn beschikkingen kan treffen.’¹³⁷ Het bepaaldheidsgebod speelt in de strafrechtelijk georiënteerde jurisprudentie weliswaar geen prominente rol, maar verzet zich volgens het Hof in een arrest uit 1996 ‘tegen de instelling van een strafvervolging wegens een feit dat niet duidelijk bij wet strafbaar is gesteld.’¹³⁸

In de hiervoor geciteerde passage uit het arrest *Procura della Repubblica/X* is, afgezien van het bepaaldheidsbeginsel, ook een verwijzing naar de *bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid* te lezen. Het Hof vereist namelijk dat feiten strafbaar moeten worden gesteld ‘bij wet’. Een echte sluitingsnorm kan hierin echter niet gelezen worden.¹³⁹

In 2005 werd ten slotte het *mildheidsgebod* erkend in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.¹⁴⁰ Het mildheidsgebod heeft een duidelijke ontwikkeling doorgemaakt van uitsluitend nationaal beginsel tot beginsel van Gemeenschapsrecht. De erkenning van het mildheidsgebod is wellicht nog het meest opvallend omdat het Hof van Justitie daarmee duidelijk afstand nam van de jurisprudentie van het EHRM, dat het gebod in 2005 nog niet had erkend. Pas in 2009 heeft ook het EHRM het mildheidsgebod erkend als onderdeel van artikel 7 EVRM.¹⁴¹

In de jurisprudentie zijn dus achtereenvolgens het verbod van terugwerken de kracht, de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid, het bepaaldheidsgebod en het mildheidsgebod erkend, terwijl ook de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid onder de aandacht zijn geweest, maar een meer onzekere status hebben. De jurisprudentie heeft zijn beslag gekregen in artikel 49 lid 1 van het Handvest.¹⁴²

Artikel 49 Hv bestaat uit drie leden, waarvan de eerste twee betrekking hebben op het legaliteitsbeginsel inclusief het mildheidsgebod, en het derde lid op het evenredigheidsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel staat in het eerste lid, en

136 HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche / Commissie*).

137 HvJ EG 9 juli 1981, 169/80, ECLI:EU:C:1981:171 (*Gondrand en Garancini*), r.o. 17.

138 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491, (*Procura della Repubblica/X*), r.o. 25.

139 Zie paragraaf 4.3.

140 HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*).

141 EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië 2*).

142 Volgens het Gerecht is het in werking treden van het Handvest niet van invloed op de eerdere jurisprudentie over het legaliteitsbeginsel; inhoudelijk heeft het Handvest dus geen veranderingen gebracht. Zie Gerecht EU 16 september 2013, T-373/10, ECLI:EU:T:2013:455 (*Villeroy & Boch e.a./Commissie*), r.o. 163.

evenals in de meeste codificaties is het geformuleerd als een verbod van terugwerkende kracht. In de tweede volzin wordt het verbod van terugwerken de kracht van zwaardere straffen gevestigd, en de derde volzin bevat het mildheidsgebod. Boven het artikel staat 'Legaliteitsbeginsel en evenredigheidsbeginsel inzake delicten en straffen'. Het mildheidsgebod wordt in de kop niet afzonderlijk benoemd. Artikel 49 lid 1 Hv correspondeert volgens de toelichting met artikel 7 EVRM en heeft dus in principe dezelfde reikwijdte en betekenis.¹⁴³ Dat laat echter nog steeds de mogelijkheid open dat het Hof van Justitie in de jurisprudentie ruimere bescherming biedt dan het EHRM.¹⁴⁴

Artikel 49 lid 2 Hv bevat een uitzondering op lid 1 voor 'handelen of nalaten dat ten tijde van het handelen of nalaten een misdrijf was volgens de door de volkerengemeenschap erkende algemene beginselen.' Dit lid is ontleend aan artikel 7 lid 2 EVRM en wijkt daar slechts in de formulering licht van af. Het roept daarom, net als artikel 7 lid 2 EVRM, de vraag op naar de verhouding tussen lid 1 en lid 2. Lid 1 vermeldt dat een handeling een strafbaar feit moet uitmaken naar 'nationaal of internationaal recht'. Wat de toegevoegde waarde van de verwijzing naar de 'door de volkerengemeenschap erkende algemene beginselen' nog is, zal worden besproken in hoofdstuk 4 over de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

3.5.3 Legaliteit in het punitief bestuursrecht en in het EVRM

De jurisprudentie van het Hof van Justitie over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is nog beperkt van omvang en van een uitgekristalliseerd leerstuk van Europees recht is nog geen sprake. Waar in de jurisprudentie vergeefs wordt gezocht naar een invulling van het legaliteitsbeginsel, zal worden gezocht naar aanknopingspunten in het EVRM en in de jurisprudentie op het terrein van het punitief bestuursrecht. Die aanknopingspunten kunnen zowel positief als negatief zijn, afhankelijk van de relevante overeenkomsten en verschillen: een bepaalde uitleg van het legaliteitsbeginsel in het punitief bestuursrecht of EVRM kan aanleiding geven tot het vermoeden dat het Hof van Justitie die uitleg in het strafrecht zal volgen, of juist dat het Hof zal kiezen voor een andere uitleg.

De eerste bron van informatie is de wijze waarop het Hof en het Gerecht het legaliteitsbeginsel uitleggen in het punitief bestuursrecht. Met name zal voor dit onderzoek worden geput uit het mededingingsrecht, op welk terrein door de Commissie rechtstreeks boetes worden opgelegd aan overtreders, maar ook voorbeelden uit het belastingrecht, douanerecht en de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie zullen worden gebruikt. Het

¹⁴³ Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, *Pb EU* 2007, C 303/02.

¹⁴⁴ In die zin ook Mitsilegas 2014b, p. 1360.

gaat er daarbij niet om een uitputtende beschrijving te geven van de invulling van het legaliteitsbeginsel in die context.

Het mededingingsrecht wordt in het Europees recht gekwalificeerd als bestuursrechtelijke handhaving.¹⁴⁵ Dat neemt niet weg dat het EHRM meent dat ook op procedures die als bestuursrechtelijk worden gekwalificeerd, de waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing kunnen zijn. Met behulp van de zogeheten Engel-criteria wordt invulling gegeven aan het autonome begrip *criminal charge* in het EVRM.¹⁴⁶ Het Europees mededingingsrecht voldoet aan die criteria, hetgeen personen die voorwerp zijn van een mededingingsrechtelijke procedure het recht geeft enkele procedurele rechten uit artikel 6 EVRM in te roepen. Op basis van dat gegeven wordt wel gesteld dat ook het mededingingsrecht behoort tot het (Europees) strafrecht.¹⁴⁷ Dat er sprake is van een *criminal charge* in de autonome uitleg die het EHRM daaraan geeft, rechtvaardigt echter op zichzelf nog niet de conclusie dat er ook naar nationale of Europeesrechtelijke maatstaven sprake is van strafrecht. Het punitief bestuursrecht wordt in het nationale recht nog steeds gezien als bestuursrecht, hoewel wordt erkend dat er sprake is van een *criminal charge* en artikel 6 EVRM dus van toepassing is. Een vergelijkbare situatie kenmerkt het Europees recht en de positie van het mededingingsrecht daarbinnen.

In recente rechtspraak over de voorzienbaarheid van sancties licht het Gerecht het Europese standpunt nader toe. In artikel 15 lid 2 van Verordening 17/62¹⁴⁸ was geregeld dat de Commissie overtredingen van het mededingingsrecht kon beboeten met een boete van maximaal tien procent van de jaaromzet van de betrokken ondernemingen.¹⁴⁹ Bij het Gerecht en het Hof van Justitie is veelvuldig geklaagd over het ontbreken van een absoluut boeteplafond en het als gevolg daarvan niet voorzienbaar zijn van de hoogte van de sanctie.¹⁵⁰ Deze klachten zijn zonder gevolg gebleven, omdat de Europese rechters vinden dat voldoende duidelijk is hoe de boetes door de Commissie worden berekend. In de zaak *Degussa* lichtte het Gerecht toe waarom de klachten niet kunnen slagen:

145 Art. 23 lid 5 Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag; GvEA EG 8 juli 2008, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256 (*AC Treuhand AG/Commissie*), r.o. 113.

146 EHRM 8 juni 1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, ECLI:NL:XX:1976:AC5818, NJ 1978/224, m.nt. D.H.M. Meuwissen (*Engel/Nederland*).

147 Bijvoorbeeld in Klip 2016, p. 2-3.

148 Verordening (EEG) 17/62 van de Raad van 6 februari 1962 over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag, inmiddels Verordening 1/2003/EG van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

149 Nu art. 23 lid 2 verordening (EG) 1/2003.

150 Zie bijvoorbeeld Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325 (*Bolloré/Commissie*); HvJ EG 22 mei 2008, C-266/06 P, ECLI:EU:C:2008:295 (*Evonik Degussa/Commissie en Raad*).

‘Dat die marktdeelnemer het niveau van de geldboeten die de Commissie in een concreet geval zal opleggen niet nauwkeurig kan kennen, kan geen schending opleveren van het beginsel van de legaliteit van sancties, nu, wegens de ernst van de inbreuken waartegen de Commissie sancties dient te nemen, de doelstellingen van bestraffing en afschrikking rechtvaardigen dat ondernemingen niet de mogelijkheid wordt geboden het voordeel in te schatten dat hun deelname aan een inbreuk zou opleveren, door van meet af aan het bedrag van de geldboete die hun wegens die onwettige gedraging zou worden opgelegd, in te calculeren.’¹⁵¹

Dit is een opvallende overweging omdat hier de tegenstelling die er kan bestaan tussen afschrikking en legaliteit op scherp staat. De afweging die het Gerecht maakt valt uit in het voordeel van afschrikking en bestraffing, ten koste van de rechtszekerheid.

In recente rechtspraak expliciteert het Gerecht dat deze rechtspraak moet worden gelezen in het licht van het onderscheid tussen het punitief bestuursrecht en het strafrecht.¹⁵² Het mededingingsrecht heeft, zo stelt het Gerecht, een ‘quasi-strafrechtelijk’ karakter, maar behoort niet tot de kern van het strafrecht. Voor die stelling verwijst het naar het arrest *Jussila/Finland* van het EHRM.¹⁵³ Die zaak had betrekking op de procedurele rechten van de betrokkene bij een opgelegde boete wegens een onjuiste belastingaangifte, die op grond van de Engel-criteria een *criminal charge* vormt. In *Jussila/Finland* stelt het EHRM dat niet iedere *criminal charge* even gewichtig is en wordt gekenmerkt door ‘any significant degree of stigma’.¹⁵⁴ Belastingzaken, aldus het EHRM, verschillen van de ‘hard core of criminal law’ en daarom hoeven niet alle strafrechtelijke waarborgen even strikt te worden toegepast.¹⁵⁵ Deze EHRM-jurisprudentie wordt aangehaald door het Gerecht, en daaruit wordt afgeleid dat het mededingingsrecht evenmin onder de *hard core of criminal law* valt.

Deze rechtspraak van het EHRM heeft betrekking op procedurele rechten die kunnen worden ontleend aan het recht op een eerlijk proces in artikel 6 EVRM. Het Gerecht past de strekking van deze rechtspraak naar analogie toe op artikel 7 EVRM. Ook ten aanzien van het legaliteitsbeginsel geldt, aldus het Gerecht, dat de strafrechtelijke garanties niet noodzakelijkerwijs ten volle hoeven te worden gegarandeerd binnen het mededingingsrecht.¹⁵⁶ Een van

151 GvEA EG 5 april 2006, T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103 (*Evonik Degussa/Commissie*), r.o. 83 (bevestigd in HvJ EU EG 22 mei 2008, C-266/06 P, ECLI:EU:C:2008:295 (*Evonik Degussa/Commissie en Raad*); in vergelijkbare zin GvEA EG 8 oktober 2008, T-69/04, ECLI:EU:T:2008:415 (*Schunk en Schunk Kohlenstoff-Technik/Commissie*), r.o. 45.

152 Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08, ECLI:EU:T:2014:628 (*Sasol/Commissie*), r.o. 206-207.

153 EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila/Finland*).

154 EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila/Finland*), r.o. 43.

155 EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila/Finland*), r.o. 43.

156 Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08, ECLI:EU:T:2014:628 (*Sasol/Commissie*), r.o. 213.

de argumenten die het in dat kader¹⁵⁷ aandraagt is dat het mededingingsrecht uitsluitend over financiële belangen gaat. Mededingingsregels worden overtreden uit economische motieven en de sancties zijn eveneens uitsluitend van financiële aard, waardoor een zuivere calculatie van kosten en baten mogelijk is als de hoogte van de boete volledig nauwkeurig voorspelbaar is. Dit zou volgens het Gerecht de doeltreffendheid van het mededingingsrecht 'aanzienlijke schade' kunnen berokkenen.¹⁵⁸ Het moet gezegd worden dat dit een bijzondere stap in de argumentatie is, die mijns inziens geen grond vindt in het EVRM. Het argument dat de afschrikking bemoeilijkt zou worden indien een maximumsanctie bekend zou zijn, kan bovendien ook opgaan voor bepaalde vormen van economische criminaliteit, en is derhalve niet noodzakelijk gekoppeld aan het administratieve karakter van het mededingingsrecht. Niettemin is in ieder geval het Gerecht kennelijk van mening dat het legaliteitsbeginsel zich leent voor een zeer sterk door de context bepaalde benadering.

De scheidslijn tussen het mededingingsrecht (en het punitief bestuursrecht in het algemeen) en het strafrecht is hiermee geëxpliciteerd en ook geconsolideerd. Dit betekent dat de afstand tussen de toepassing van het legaliteitsbeginsel in het mededingingsrecht en het strafrecht verder is vergroot dan al het geval was. In dit onderzoek, waar de uitleg en toepassing van het legaliteitsbeginsel centraal staat, kan de toepassing van het beginsel in dit type zaken daarom niet worden vereenzelvigd met toepassing in strafzaken.

De tweede bron van informatie is de uitleg van het legaliteitsbeginsel door het EHRM. De jurisprudentie van het EHRM kan inzicht bieden in het Europees legaliteitsbeginsel, maar enige voorzichtigheid is wel geboden. Het is niet ondenkbaar dat toch verschillen ontstaan in de uitleg tussen beide hoven. Dat is ook al gebeurd: voordat het Handvest bindend werd erkende het Hof van Justitie het mildheidsgebod als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht, terwijl dit niet in artikel 7 EVRM lag besloten.¹⁵⁹ De geheel andere context waarin het beginsel moet worden toegepast door beide hoven kan om drie redenen nopen tot uiteenlopende interpretaties. Een deel van de richtinggevende rechtspraak over artikel 7 EVRM gaat over de berechting van zeer ernstige

157 De redenering van het Gerecht is niet helemaal duidelijk, omdat het Gerecht eerst het *Jussila*-arrest bespreekt (r.o. 206) en vervolgens het onderscheid tussen het mededingingsrecht en strafrecht benadrukt om tot de conclusie te komen dat het bepaaldheidsgebod niet is geschonden. Daarna wordt een klacht over de terugwerkende kracht besproken en pas in r.o. 213 staat de opmerking over de analoge toepassing van de *Jussila*-redenering op artikel 7 EVRM. Gelet op de strekking van het betoog ga ik er echter vanuit dat ook de passage over de bepaaldheid van de verordening al in het licht van een minder strikte toets aan artikel 7 moet worden gelezen.

158 Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08, ECLI:EU:T:2014:628 (*Sasol/Commissie*), r.o. 207.

159 HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*).

misdrijven in post-conflictsituaties.¹⁶⁰ In dergelijke gevallen spelen mogelijk andere overwegingen een rol dan bij de berechting van een minder ernstig vergrijp, zoals aandelenhandel met voorkennis. Ten tweede gaat de rechtspraak van het EHRM niet over situaties van meerlagigheid en doorwerking, maar over de 'gewone' toepassing van het legaliteitsbeginsel in nationale context. Ten derde moet in EU-verband rekening worden gehouden met eventuele toepassing van het legaliteitsbeginsel op het Europees recht, en dus op het Hof van Justitie zelf.

Het Europees punitief bestuursrecht en artikel 7 EVRM worden dus mede onderzocht, maar uitsluitend voor zover dat dienstig wordt geacht aan de beantwoording van de onderzoeksvragen. Dit boek bevat derhalve geen systematische en uitputtende beschrijving van de invulling van het legaliteitsbeginsel in die contexten. Bovendien moeten steeds de relevante verschillen voor ogen worden gehouden tussen de toepassing van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht versus in het punitief bestuursrecht, en tussen toepassing door het Hof van Justitie versus toepassing door het EHRM.

3.6 TOT BESLUIT

In dit hoofdstuk zijn met grove streken de voor dit onderzoek belangrijkste kenmerken van het Europees strafrecht geschetst. Van belang is dat het constitutioneel pluralisme tot uitgangspunt is gekozen, hetgeen tot gevolg heeft dat de doorwerking zowel vanuit Europees als vanuit Nederlands recht zal worden bestudeerd. Verder is besproken op welke grondslagen de Europese Unie bevoegd is het materiële strafrecht te harmoniseren. Daaruit blijkt dat het niet waarschijnlijk is dat die bevoegdheid beperkt is tot artikel 83 VWEU, maar dat harmonisatie van strafrecht ook kan plaatsvinden op basis van artikel 325 lid 4 VWEU, of, indien er sprake is van een voorstel dat meerdere rechtsgrondslagen combineert, op grond van in wezen iedere andere rechtsgrondslag. In het tweede deel van het hoofdstuk, vanaf de vierde paragraaf, zijn de begrippen doorwerking en legaliteit in het Europees strafrecht nader uitgewerkt. Het blijkt dat in het kader van de interne markt ontwikkelde mechanismen en structuren niet zonder meer kunnen worden getransformeerd naar het Europees strafrecht, gezien de aard van het strafrecht. Tegelijkertijd laat dit hoofdstuk zien dat niet alleen verplichtingen tot strafbaarstellingen doorwerken in het nationale recht: Europeesrechtelijke grondrechten en beginselen, waaronder het legaliteitsbeginsel, beïnvloeden eveneens het nationale strafrecht.

160 Bijv. EHRM 22 maart 2001, 37201/97 (*K.-H.W./Duitsland*); EHRM 12 juli 2007, 74613/01 (*Jorgic/Duitsland*); EHRM 19 september 2008, 9174/02, NJ 2010/65, m.nt. J.M. Reijntjes (*Korbely/Hongarije*); EHRM 17 mei 2010, 36376/04 (*Kononov/Letland*).

