

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

5 | Het bepaaldheidsgebod in het Europees strafrecht

5.1 INLEIDING

De tweede deelnorm van het legaliteitsbeginsel is het bepaaldheidsgebod, ook wel *lex certa*-beginsel,¹ *Bestimmtheitsgebot*² of het gebod van scherpe en toegankelijke normen³ genoemd. Deze norm eist van de wetgever dat hij heldere en afgebakende strafbepalingen vervaardigt of, als dat niet mogelijk is, strafbaarstelling van de gedraging achterwege laat.⁴ In de literatuur over het legaliteitsbeginsel wordt bepaaldheid van wetgeving meermalen aangemerkt als het belangrijkste middel waarmee rechtszekerheid kan worden gewaarborgd.⁵ Deze kwaliteitseis aan wetgeving is tegelijkertijd één van de meer problematische deelnormen van het legaliteitsbeginsel, omdat – hoewel niemand het belang van heldere wetgeving in algemene zin ontkent – het niet gemakkelijk is vast te stellen wanneer wetgeving voldoende duidelijk is en wanneer niet. Daar komt nog bij dat precisie en helderheid moeten concurreren met andere waarden als flexibiliteit en een ruim toepassingsbereik van de strafwet. Het bepaaldheidsgebod richt zich in eerste instantie tot de wetgever die de norm formuleert, maar de rechter speelt een belangrijke rol voor de verwezenlijking ervan door vervolgens te toetsen of de norm voldoet aan het bepaaldheidsvereiste.

De vraag naar toepasbaarheid van het legaliteitsbeginsel op Europees niveau is van alle deelnormen het meest pregnant voor het bepaaldheidsgebod. Dat is zo omdat wetgeving op Europees niveau rechtstreeks gevolgen heeft voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het nationale strafrecht. Die gevolgen doen zich het sterkst gevoelen wanneer verordeningen

1 Nan 2011.

2 Groenhuijsen & Kristen 2001.

3 De Hullu 2015, bijv. op p. 94 e.v.

4 Eén van de criteria voor strafbaarstelling van De Roos is of de gedraging voldoende duidelijk is te omschrijven, De Roos 1987, p. 73-74, 226-227.

5 Zo schrijft Welzel: 'Die eigentliche Gefahr droht dem Grundsatz nulla poena... nicht von der Analogie, sondern von den unbestimmten Strafgesetzen', Welzel 1967, p. 22; Fockema Andreae citeert (overigens zonder instemming) de Deense hoogleraar Torp, die hem schrijft over het analogieverbod: 'Man ist von allen Seiten darüber einverstanden gewesen, dass eine solche Bestimmung [een bepaling die strafbaarstelling bij analogie toestaat, JGHA] keine Gefahr für die Rechtssicherheit bedeutet; dass dagegen eine solche Gefahr vielmehr dadurch entstehen kann, dass die einzelnen Strafbestimmungen zu generell gefasst werden [...]', Fockema Andreae 1922, p. 367.

rechtstreeks worden toegepast, maar ook wanneer richtlijnen vanwege de voorrang of door middel van conforme interpretatie mede de reikwijdte van het nationale strafrecht afbakenen. Als Europese regelgeving onduidelijk is, dan is ook de potentiële invloed daarvan op het strafrecht onduidelijk, omdat niet met zekerheid kan worden vastgesteld of er een normconflict is. De kwaliteit van Europese wetgeving is tevens van belang gezien de invloed die Europese wetgeving wordt verondersteld uit te oefenen op de kwaliteit van nationale wetgeving. Onduidelijkheid van Europees recht kan worden gezien als oorzaak van onduidelijke nationale strafbaarstellingen, maar het kan ook worden gezien als beleidsruimte die juist de lidstaten de vrijheid laat een voor hun nationale rechtsorde heldere bepaling in het leven te roepen. In dit hoofdstuk wordt gepoogd die veronderstellingen nader te onderzoeken. Het blootleggen van de relatie tussen vaagheid op Europees en nationaal niveau is van belang voor de vraag of Europese regelgeving gebonden zou moeten zijn aan het bepaaldheidsgebod, maar kan mogelijk ook in meer algemene zin bijdragen aan het inzicht in de werking van een meerlagige rechtsorde. Aan dat inzicht beoog ik tevens bij te dragen door ook in dit hoofdstuk systematisch onderzoek te doen naar de werking van zowel richtlijnen als verordeningen, omdat zij op verschillende wijze structuur geven aan die meerlagigheid van het recht. Hier zij nogmaals vermeld dat de Europese wetgever en de nationale wetgever als twee afzonderlijke wetgevers worden beschouwd, hoewel daar het nodige op af te dingen valt: de Europese wetgever staat immers niet los van de lidstaten.⁶ Het zijn niettemin gescheiden organen met een eigen functie en een eigen verantwoordelijkheid in het Europees strafrecht; dat bij Nederlandse wetgeving betrokken actoren ook een rol hebben bij Europese wetgeving doet daar niet aan af.

Ook voor theorievorming over het legaliteitsbeginsel is het bepaaldheidsgebod van groot belang. Vanaf het einde van de negentiende eeuw is de analytische filosofie zich zeer sterk gaan richten op de taalfilosofie. Deze oriëntatie heeft geleid tot grondige veranderingen in opvattingen over semantiek.⁷ Met name de afgelopen halve eeuw is de relatie tussen taal en werkelijkheid centraal komen te staan. Dit heeft onder meer het inzicht opgeleverd dat concepten in de gewone spreektaal geen helder af te bakenen betekenis hebben. Dit leidt tot de vraag of het, gezien de inherente beperkingen die het gebruik van taal meebrengt, überhaupt mogelijk is om heldere strafbepalingen te formuleren. In dit hoofdstuk probeer ik met behulp van enkele basale semiotische begrippen inzicht te krijgen in manieren waarop het recht onduidelijk kan zijn en te schetsen in hoeverre naleving van het bepaaldheidsgebod een haalbaar ideaal is. Die poging gaat uit van de gedachte dat het denken over het legaliteitsbeginsel geïnformeerd zou moeten worden door ontwikkelingen

6 Zie paragraaf 1.2.

7 Stokhof 2012, p. 12-13.

in de taalwetenschap, zij het met inachtneming van de bijzondere kenmerken van juridisch taalgebruik.

In paragraaf 5.2 wordt aandacht besteed aan de vraag op welke wijzen het recht onduidelijk kan zijn. In het Europees strafrecht is namelijk niet alleen semantische onduidelijkheid – onduidelijkheid van de wettekst – een probleem, maar ook wetssystematische onduidelijkheid. Met dat begrip wordt bedoeld op onduidelijkheid die zich voordoet doordat een wettekst inconsistent is met andere wetteksten of deel uitmaakt van een complex geheel van gelede normstelling. Met het bepaaldheidsgebod wordt doorgaans gedoeld op semantische duidelijkheid, maar in de meerlagige rechtsorde is wetssystematische duidelijkheid van relatief groot belang.

Paragraaf 5.3 plaatst het bepaaldheidsgebod in het kader van de rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit. In deze paragraaf wordt, net als in paragraaf 2.4, als onderscheidend criterium aangeduid de mogelijkheid van afweging van het ideaal van heldere en afgebakende normen tegen andere idealen, zoals duurzaamheid van de norm. Daarnaast is er tussen de concepties een verschil in nadruk op objectieve versus subjectieve rechtszekerheid, en wordt in de rechtspositivistische conceptie de verantwoordelijkheid voor duidelijke strafbaarstellingen exclusief bij de wetgever gelegd, terwijl dit volgens de rechtenconceptie een gedeelde verantwoordelijkheid is van wetgever en rechter.

In paragraaf 5.4 wordt aandacht besteed aan de vraag of het bepaaldheidsgebod van toepassing is op Europese regelgeving. Europees strafrecht komt in twee stappen tot stand: eerst wordt op Europees niveau een richtlijn of verordening uitgevaardigd, die vervolgens wordt omgezet of uitgevoerd op nationaal niveau. Soms is de strafbepaling verdeeld over de twee niveaus en ligt de gedragsnorm in het Europees recht besloten, en de strafbaarstelling en sanctienorm in het nationale recht. Draagt in die structuur de Europese of de nationale wetgever verantwoordelijkheid voor de adequate formulering van strafbepalingen? Die vraag kan niet in één zin worden beantwoord, omdat het antwoord mogelijk verschilt naar gelang het Europees recht rechtstreeks toepasselijk is of moet worden omgezet in nationale regelgeving. Ik onderzoek wat de verschillende bij het Europese wetgevingsproces betrokken actoren voor antwoord geven op deze vraag, alsmede het antwoord van het Hof van Justitie. Tot slot schets ik de in de literatuur ingenomen antwoorden en neem ik een eigen standpunt in.

In paragraaf 5.5 komen de eisen aan de orde die het Europees recht stelt aan nationale strafbepalingen die onder de reikwijdte van het Europees recht vallen (buiten de eis dat dat zij geschreven zijn, die al in het vorige hoofdstuk is beschreven). In die paragraaf wordt onderzocht wat het Hof van Justitie verstaat onder het bepaaldheidsgebod en of de invulling daarvan past binnen de rechtspositivistische of rechtenconceptie van legaliteit. Om een volledig beeld daarvan te schetsen, wordt eerst gekeken naar de invulling van het

bepaaldheidsgebod in het punitief bestuursrecht – dat de voedingsbodem vormde voor de formulering van het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod – en naar de invulling van het bepaaldheidsgebod in het EVRM, die de invulling door het Hof van Justitie heeft beïnvloed.

De Nederlandse wetgever en rechter worden in dit hoofdstuk apart behandeld. In paragraaf 5.6 staat centraal de wijze waarop de Nederlandse wetgever omgaat met zijn plicht het Europees recht adequaat om te zetten, en zijn plicht de rechtszekerheid te waarborgen door te zorgen voor helder afgebakende wetgeving. Daarbij komen ook verschillende verwijzingstechnieken ter sprake. Het doel is nader te onderzoeken of onduidelijke Europese wetgeving leidt tot onduidelijke nationale (Nederlandse) wetgeving of niet. Bovendien wordt de relatie tussen onduidelijkheid van het Europees recht en beleidsvrijheid voor de nationale wetgever onderzocht: is onduidelijkheid een teken van beleidsvrijheid? Is Europees recht dat beleidsvrijheid biedt altijd onduidelijk? Voor de beantwoording van die vragen wordt gebruik gemaakt van het theoretisch kader dat zal worden geschetst in paragraaf 5.2.

In paragraaf 5.7 verschuift de aandacht naar de Nederlandse strafrechter. Die moet immers uiteindelijk bepalen of het recht voldoende duidelijk is om daadwerkelijk in een concrete strafzaak te worden toegepast. Allereerst komt de vraag aan de orde of en zo ja welke rechtsgevolgen de Nederlandse rechter kan verbinden aan een negatief uitvallende toets aan het bepaaldheidsgebod van zowel Europees als nationaal recht. Daarna worden twee vragen behandeld. De eerste is hoe de rechter nationaal recht dat dient ter omzetting van Europees recht toetst aan het bepaaldheidsgebod, waarbij de wetgever weinig mogelijkheden heeft gehad om de wet naar eigen goeddunken te formuleren. Die vraag zal worden beantwoord aan de hand van een onderzoek naar gepubliceerde rechtspraak van de Nederlandse strafrechter over Europees strafrecht waarin een beroep wordt gedaan op het bepaaldheidsgebod. Daarnaast wordt gekeken naar de alternatieve mogelijkheden die de rechter heeft of mogelijk inzet om in het individuele geval toch de rechtszekerheid te waarborgen door middel van de verontschuldigbare rechtsdwaling.

Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie in paragraaf 5.8.

5.2 TWEE VORMEN VAN ONDUIDELIJKHEID VAN WETGEVING

De wetgever moet duidelijke strafbepalingen maken en de rechter moet toetsen of de wet niet te ‘vaag’ is. Het gebod heldere strafbepalingen te creëren is zo oud als de binding van de rechter aan de wet.⁸ Toch wordt er in de juridische literatuur maar weinig aandacht besteed aan de complexe vraag wanneer een wet eigenlijk (te) vaag is, en op welke manieren wetgeving onduidelijk kan zijn. In deze paragraaf wordt getracht mede aan de hand van inzichten uit

8 Zie paragraaf 2.2.

de taalwetenschap bij te dragen aan meer inzicht in het leerstuk van bepaaldheid. Dat is nodig om de vraag te kunnen beantwoorden wat eigenlijk de relatie is tussen onduidelijkheid op Europees niveau en nationaal niveau, en welke gevolgen dat zou moeten hebben voor de binding van Europese wetgeving aan het bepaaldheidsgebod.

Het is voor dit onderzoek nuttig twee vormen van onduidelijkheid of onbepaaldheid te onderscheiden, die te maken hebben met twee aspecten van wetgeving die onduidelijk kunnen zijn: de tekst van de wet in zichzelf (semantische onduidelijkheid) of de wet in relatie tot andere wetten (wetssystematische onduidelijkheid).⁹ Dit onderscheid is ontleend aan het proefschrift van Nan.¹⁰ Onduidelijkheid die door de formulering van de wet wordt veroorzaakt duid ik met Nan aan als *semantische onduidelijkheid*. Omdat alle vormen van onduidelijkheid uiteindelijk zijn terug te voeren op onzekerheid in de relatie tussen een tekst, de betekenis daarvan en datgene in de werkelijkheid waar die tekst naar verwijst, zouden ook de andere vormen strikt genomen als semantische onduidelijkheid kunnen worden aangeduid. Ik doel echter met semantische onduidelijkheid uitsluitend op onduidelijkheid die bestaat wanneer de tekst op zichzelf wordt beschouwd. Ten tweede kunnen er onduidelikheden voortvloeien uit de gebrekkige samenhang van een bepaalde regel met andere regels. Dan is er sprake van *wetssystematische onduidelijkheid*. Wetssystematische onduidelijkheid kan bestaan ook wanneer de regel in kwestie helder is geformuleerd, bijvoorbeeld omdat deze strijdt met andere normen of omdat het regulatieve stelsel als geheel te complex is. Wetssystematische onduidelijkheid is niet intern aan een wet zelf, maar wordt veroorzaakt door de relatie van meerdere wetten of normen tot elkaar. In de literatuur wordt nog een derde vorm van onduidelijkheid genoemd, te weten overinclusiviteit of *catch all*-bepalingen.¹¹ Er bestaat in het geval van overinclusiviteit onduidelijkheid over de doelstelling van de norm, omdat die niet overeen lijkt te komen met de reikwijdte van de tekst van de bepaling.¹² Dit is dus niet zozeer een probleem met de duidelijkheid van de tekst: de op zichzelf duidelijke tekst wekt verbazing, gezien het doel van de bepaling dat de wetgever tot uitdrukking heeft gebracht in de wetsgeschiedenis.¹³ Overinclusiviteit heeft dus niet zozeer betrekking op de tekst zelf, maar op de communicatieve intenties van

9 Het begrip 'onbepaaldheid' verwijst in dit boek mede naar wat in technische zin 'onderbepaaldheid' heet. Indien het recht 'onbepaald' is, kan het alle mogelijke betekenissen hebben en zijn in een zaak dus alle denkbare uitkomsten even juist. Indien het recht 'onderbepaald' is vallen sommige gevallen duidelijk binnen of buiten de norm, maar bestaat er onzekerheid over een groep grensgevallen (Solum 1987, m.n. p. 473). Onbepaaldheid wordt in dit boek geacht beide vormen te omvatten.

10 Nan 2011, p. 151 e.v.

11 Schauer 2009, p. 26-27; De Hullu 2015, p. 98-99; Borgers 2011, p. 138-148.

12 Zie voor een voorbeeld uit de praktijk Rb Haarlem 28 augustus 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6898 en ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6899. Ook kan worden gedacht aan artikel 285b Sr, de strafbaarstelling van belaging. Daarover bijvoorbeeld Nan 2011, p. 165-168.

13 Waldron 1994, p. 522.

de wetgever. Deze vorm is in technische zin te onderscheiden van de vorige twee: voor overinclusiviteit hoeft geen sprake te zijn van semantische onduidelijkheid, noch is de onduidelijkheid gelegen in de samenhang met andere wetsbepalingen: de onduidelijkheid wordt veroorzaakt door een discrepantie tussen wat wordt gezien als het belangrijkste doel van de bepaling, en de ruimere formulering ervan.¹⁴ Toch is overinclusiviteit in de praktijk niet goed te onderscheiden van vaagheid, in ieder geval niet in het geval van het Europees strafrecht. In alle in dit hoofdstuk te behandelen gevallen van onduidelijkheid is de onduidelijkheid mede gelegen in de schier onvoorstelbare reikwijdte van de tekst van het Europees recht. Om die reden is het onderscheid niet noodzakelijk voor de doelstelling van de analyse, namelijk het onderzoeken van de relatie tussen onduidelijkheid op Europees en onduidelijkheid op nationaal niveau, en zal overinclusiviteit in het navolgende niet apart worden onderzocht.

5.2.1 Semantische onduidelijkheid

In de inleiding is al de stelling geformuleerd dat de taalwetenschap het inzicht in de werking van taal in het recht kan vergroten. De afgelopen decennia is veel kennis vergaard over de abstracte vraag hoe mensen denken en welke rol taal daarbij speelt, en die kennis wordt ook toegepast in de literatuur over het legaliteitsbeginsel.¹⁵ In dit boek wordt gebruik gemaakt van basale begrippen over semantiek, als onderdeel van de semiotiek (tekenleer). De semantiek bestudeert de relatie tussen een predicaat (een talig teken), de intensie (de betekenis van het predicaat) en de extensie (dat waar het predicaat naar verwijst in de werkelijkheid).¹⁶ Als niet duidelijk is aan welke kenmerken een object of geval moet voldoen wil het predicaat erop van toepassing zijn (de intensie is onduidelijk), kan ook niet worden bepaald welke objecten daaraan voldoen (de extensie is onduidelijk).¹⁷ Intensionele onduidelijkheid leidt dus per definitie tot extensionele onduidelijkheid.¹⁸

Deze begrippen kunnen worden toegepast op strafbepalingen en de vragen die de Nederlandse strafrechter moet beantwoorden in het kader van artikel 350 Sv. De gedragsomschrijving in een strafbepaling is opgebouwd uit een aantal bestanddelen. Die bestanddelen kunnen worden gezien als predicaten.

14 Het tegenovergestelde, onderinclusiviteit, doet zich ook voor: soms zal de tekst van de bepaling aldus geformuleerd zijn dat een onvoorzien geval er juist niet onder valt, terwijl dat gezien de ratio wel wenselijk was geweest.

15 Visser 2001; Termorshuizen-Arts 2003.

16 Loth 1984, p. 73. Het onderscheid tussen intensie (*Sinn*) en extensie (*Bedeutung*) is afkomstig van Frege 1892.

17 Hierna wordt alleen nog gesproken van objecten, maar daarmee wordt mede bedoeld op gevallen.

18 Loth 1984, p. 75, 92-93; Nan 2011, p. 161-162.

De intensie van dat predicaat wordt gevormd door de criteria waaraan een object moet voldoen wil het onder de reikwijdte van het bestanddeel vallen. De extensie van het predicaat wordt gevormd door de verzameling van alle objecten uit de werkelijkheid die aan de criteria voldoen. Om te kunnen weten welke set van objecten uit de werkelijkheid (de extensie) onder de reikwijdte van het bestanddeel (het predicaat) vallen, moet dus vastliggen aan welke voorwaarden een object moet voldoen om onder het bestanddeel te vallen (de intensie). Die intensie is echter vaak niet duidelijk: begrippen worden slechts bij uitzondering van een wettelijke definitie voorzien. Als de intensie van een bestanddeel niet duidelijk is, is het strafrecht vaag. De rechter kan die vaagheid wegnemen door de intensie van het predicaat te expliciteren. Dat *hoeft* de rechter echter niet te doen: de vraag die artikel 350 Sv voorlegt aan de rechter is niet wat de intensie is van het bestanddeel, de vraag is of het tenlastegelegde onderdeel uitmaakt van de extensie van het bestanddeel. De rechter kan ook volstaan met het oordeel *dat* het hem voorgelegde geval deel uitmaakt van de extensie van de norm, zonder te expliciteren waarom dat zo is. Dat is de praktijk van casuïstische rechtsvinding.

De betekenistheorie die hier wordt gebruikt gaat dus uit van de veronderstelling dat een begrip een vastomlijnde intensie *kan* hebben, aan de hand waarvan de extensie van het begrip kan worden bepaald. Die intensie bestaat uit een aantal criteria die noodzakelijk en voldoende zijn voor een object om onder het begrip te vallen. Op deze veronderstellingen is de afgelopen jaren de nodige kritiek geuit, met name dat zij onvoldoende aansluiten bij de wijze waarop taalgebruikers omgaan met begrippen.¹⁹ Onderzoek uit de cognitieve semantiek heeft bijvoorbeeld uitgewezen dat mensen categorieën (in ieder geval van een bepaald abstractieniveau) niet indelen aan de hand van criteria, maar aan de hand van prototypes. Begrippen hebben dan een kernbereik en een periferie, waarvan soms onduidelijk kan zijn waar precies de grens ligt. Zo ligt een mus in het kernbereik van de categorie 'vogel', en een pinguïn in de periferie.²⁰ Dit punt is geïllustreerd door Hart in zijn beroemde voorbeeld van *vehicles in the park*: een auto is een voertuig, maar is een skateboard dat ook?²¹ Deze inzichten in hoe mensen denken kunnen van groot belang zijn bij het formuleren van wetgeving en bij het voorspellen hoe die wetgeving begrepen zal worden. Deze cognitieve mechanismen hoeven echter niet leidend te zijn voor taalgebruik en de interpretatie van begrippen *in het recht*.

Bij het bestuderen van de talige aspecten van het recht is het belangrijk om voor ogen te houden dat 'rechtstaal', de taal zoals die wordt gebruikt als juridisch instrument, niet volledig samenvalt met de taal zoals die wordt gebruikt in het dagelijks leven. Veel begrippen hebben in het dagelijks spraakgebruik geen strikt afgebakende betekenis. In het technischer juridisch taal-

19 Visser 2001, p. 38-39; Termorshuizen-Arts 2003.

20 Rosch 1978.

21 Hart 1961, p. 126.

gebruik is dat soms – zeker niet altijd – wel zo, en dat is vaak ook noodzakelijk. Baldinger vindt juristen om die reden niet te benijden: '[W]e should pity jurists, who, making use of ordinary language, have to draw precise borders. From the viewpoint of language theory, this is impossible: yet, juridically, punishment, and even the alternative *guilty-innocent* depends on such a limiting of reality.'²² Hoewel er in de wetenschap minder op het spel staat, vertoont juridisch taalgebruik significante overeenkomsten met wetenschappelijk taalgebruik, waarin eveneens een ideaal heerst van afgebakende begrippen.²³ Het feit dat een begrip voor verschillende gebruikers een verschillende betekenis heeft, of bij eenzelfde gebruiker geen vastomlijnde betekenis heeft, hoeft de rechter er (net als de wetenschapper) echter niet van te weerhouden een stipulatieve definitie te formuleren die voor dat predicaat *in het recht* de intensie en daarmee de extensie bepaalt. Juridisch taalgebruik verschilt dus van dagelijks taalgebruik doordat het ideaal van precisie en afbakening er zwaarder weegt en doordat begrippen soms een stipulatieve definitie krijgen, waarmee ze een 'juridische' betekenis krijgen die afwijkt van hun alledaagse betekenis.

Er is nog een verschil tussen juridisch en alledaags taalgebruik. Kenmerkend van rechtsregels is dat zij in het leven zijn geroepen door een bevoegde autoriteit met een bepaald doel, dat mede bepaalt hoe een regel moet worden uitgelegd. Los van hoe mensen denken en praten, kan de wetgever richting geven aan de intensie, en daarmee extensie, van een begrip. Bix stelt daarom terecht dat de cognitieve benaderingen van semantiek, wanneer één-op-één toegepast op rechtstaal, onvoldoende oog hebben voor het autoriteitsaspect van het recht.²⁴ Omdat in het recht begrippen een eigen betekenis kunnen krijgen en vaak ook krijgen, en omdat de betekenis mede gezaghebbend wordt bepaald door de wetgever, kan de criteriale betekenisstheorie in mijn optiek meer licht werpen op het hier centraal staande ideaal van bepaaldheid in wetgeving dan de prototypentheorie. Dat neemt niet weg dat ik vermoed dat het onderzoek naar taal in het recht, en uiteindelijk ook de rechtspraak, kunnen profiteren van een benadering waarbij zowel oog is voor cognitieve mechanismen als voor de bijzondere aspecten van juridische taal.

Volgens Brouwer hebben alle vormen van vaagheid of semantische onduidelijkheid één kenmerk gemeen: 'Het zijn alle factoren die ertoe leiden dat de taal waarin het recht gegoten is een marge laat.'²⁵ In deze paragraaf worden drie van die factoren besproken aan de hand van het artikel *Vagueness in Law and*

22 Baldinger 1980, p. 42 (cursivering in origineel).

23 Baldinger 1980, p. 34-41.

24 Bix 2003.

25 Brouwer 2008a, p. 188-189. Het citaat staat op p. 189.

Language van Waldron²⁶ en het boek *Recht en taal* van Loth:²⁷ vaagheid, ambiguïteit en betwistbaarheid.

Criteriale en graduele vaagheid

Vaagheid doet zich voor wanneer onduidelijk is of een predicaat van toepassing is op een object, en die onduidelijkheid wordt veroorzaakt door onduidelijkheid over het predicaat en niet door een gebrek aan kennis over het object.²⁸ Van sommige objecten kan niet worden bepaald of zij onder de reikwijdte van het begrip vallen of niet, omdat niet duidelijk is wat de voorwaarden daarvoor zijn. Vaagheid kan worden onderscheiden in twee vormen, criteriale en graduele vaagheid. In het geval van criteriale vaagheid is onduidelijk welke criteria gelden om onder de reikwijdte van een bepaald predicaat te worden geschaard. Er bestaat geen set aan kenmerken die noodzakelijk en voldoende zijn voor een object om het predicaat van toepassing te laten zijn. Criteriale vaagheid doet zich veel voor in het recht: een enkele keer wordt een begrip door de wetgever voorzien van een definitie (bijv. in art. 82 Sr), vaker wordt de concrete afbakening van een begrip overgelaten aan de rechter (denk aan de jurisprudentie over het goed-begrip²⁹). Graduele vaagheid wordt veroorzaakt doordat een term een beperkt deel van een continuüm bestrijkt, terwijl onduidelijk is welk deel.³⁰ Dat continuüm kan op zichzelf objectief en helder zijn, bijvoorbeeld het continuüm klein-groot, jong-oud, arm-rijk, de vaagheid zit in het bepalen van de grens wanneer iets of iemand geldt als klein, jong of arm. Bij een poging die grens te bepalen wordt men geconfronteerd met de zogenaamde Sorites-paradox: als je steeds één korrel zand weghaalt, wanneer houdt een hoop zand op een hoop te zijn?³¹ Een hypothetische strafbepaling die 'te hard' rijden in een woonwijk strafbaar stelt, is gradueel vaag.

Ambiguïteit

In het geval van ambiguïteit heeft één taaluiting twee of meer uiteenlopende betekenissen, dus twee of meer intensies met ieder hun eigen extensie. Meestal is er sprake van homonymie.³² Het klassieke voorbeeld (ook in het Engels) daarvan is het woord bank, dat in het Nederlands kan verwijzen naar zowel een financiële instelling als een zitmeubel.³³ Er zijn dus twee mogelijke inten-

26 Waldron 1994.

27 Loth 1984.

28 Solum 2010, p. 98.

29 HR 23 mei 1921, NJ 1921/564, m.nt. B.M. Taverne (*Diefstal van elektriciteit*).

30 Devos 2004, p. 59, 61-63; Waldron 1994, p. 516-520.

31 Waldron noemt dit type vaagheid daarom Sorites-vaagheid, Waldron 1994, p. 516-517.

32 Woorden of zinsdelen die gelijk luiden, maar een verschillende betekenis hebben.

33 En in het Engels zowel naar een financiële instelling als naar een oever.

sies, met elk een eigen extensie. Hetzelfde kan voorkomen bij woordcombinaties – in dat geval is er geen sprake van semantische maar van syntactische ambiguïteit. Zo kan ‘mijn boek’ verwijzen naar een boek dat ik heb gekocht, of naar een boek dat ik heb geschreven. Ambiguïteit kan ook worden veroorzaakt doordat onduidelijk is welk niveau van algemeenheid met een taaluiting wordt bedoeld. Een voorbeeld daarvan wordt gegeven door Waldron: een voorwaarde in een huurcontract die luidt: ‘Animals are prohibited on the premises, except cats and dogs’. Waldron vraagt zich af of de verhuurder bedoelt dat alleen zijn huiskat mee mag, of ook zijn luipaard.³⁴ Als laatste is mogelijk dat een begrip een technische betekenis heeft die afwijkt van de betekenis ervan in het dagelijks spraakgebruik. Een voorbeeld daarvan is ‘economische efficiëntie’, die afhankelijk van de econoom die je het vraagt kan worden gedefinieerd als een Pareto-optimum, welvaartsmaximalisatie, kostenbaten-efficiëntie etc.³⁵ Vaak zal uit de context al blijken welke van de betekenissen wordt bedoeld.

Betwistbaarheid

Betwistbaarheid, de derde vorm van semantische onduidelijkheid, heeft betrekking op wat in Duitsland worden genoemd ‘*Normative Tatbestandsmerkmale*’: waardegeladen delictsbestanddelen.³⁶ In die omschrijving komt goed tot uitdrukking dat het gaat om concepten waarover mensen van mening kunnen verschillen. Een bepaling met een betwistbaar bestanddeel nodigt uit tot het maken van een waardeoordeel.³⁷ Dat betekent, in de woorden van Loth, dat met de intensie de extensie nog niet gegeven is, omdat in de betekenis een evaluatief element zit dat afhankelijk is van de opinie van de taalgebruiker.³⁸ In Kelk/De Jong wordt een aantal voorbeelden van dergelijke betwistbare bestanddelen in het Nederlandse strafrecht besproken. Het belangrijkste voorbeeld is *culpa*, dat kan worden gedefinieerd als ‘verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid’. Wat ‘onvoorzichtig’ is kan worden ingevuld op een oneindig aantal manieren.³⁹

34 Waldron 1994, p. 515-516. Het citaat staat op p. 515.

35 Waldron 1994, p. 515-516.

36 G.E. Mulder 1987, p. 410, 413.

37 Waldron 1994, p. 526-529.

38 Loth 1984, p. 93.

39 Kelk/de Jong 2013, p. 111-112.

5.2.2 De ‘open textuur’ van het recht: is semantische onduidelijkheid wel vermijdbaar?

In de vorige subparagraaf is Baldinger geciteerd, die aangeeft dat het trekken van precieze grenzen in de wet op basis van natuurlijke taal onmogelijk is.⁴⁰ Taal kan nooit volledige zekerheid scheppen. Hart heeft betoogd dat de wet een onvermijdelijke *open textuur* heeft en daarom nooit geheel duidelijk kan zijn, en hij heeft voor die stelling brede steun gekregen in de rechtsgeleerdheid.⁴¹

De term *open texture* werd geïntroduceerd in het Engels door Waismann, maar had bij Waismann een veel beperktere betekenis.⁴² Hij gebruikte de term *open texture* voor de gevallen waarin er *in potentie* intensionele vaagheid zou kunnen bestaan: hij gebruikte de *possibility of vagueness* als synoniem van *open texture*. We kunnen ons altijd grensgevallen *voorstellen* die de criteria ter discussie stellen, zelfs al kan een dergelijk grensgeval zich nooit voordoen.⁴³ De open textuur van begrippen in taalkundige zin zoals bedoeld door Waismann impliceert dat alle definities een voorlopig karakter hebben.⁴⁴ Begrippen kunnen vaag worden, niet doordat de begrippen zelf inherent vaag zijn, maar doordat zij geconfronteerd worden met een veranderde werkelijkheid. De semantische relatie tussen een begrip en de werkelijkheid is dus niet statisch, omdat de werkelijkheid veranderlijk is. Zolang die *possibility of vagueness* zich niet realiseert, is die open textuur echter van weinig relevantie.⁴⁵

Het begrip *open texture* heeft bij Hart een andere, vooral ruimere betekenis gekregen.⁴⁶ Het heeft zowel betrekking op begrippen uit de wet als op rechtsregels zelf.⁴⁷ Bovendien gaat het Hart niet alleen om een *mogelijke* onbepaaldheid: de relatief duidelijke kern van begrippen wordt *altijd* omringd door een *penumbra of doubt*.⁴⁸ Voor die open textuur wijst Hart twee oorzaken aan.

40 Baldinger 1980, p. 42.

41 Hart 1961, p. 124-129. In navolging daarvan onder meer Rozemond 2000; Rozemond 2011, p. 23-24; Nan 2011, p. 28.

42 Dit gebeurde in de gepubliceerde handelingen van de Aristotelian Society. Eerder had Waismann al het begrip *Porosität der Begriffe* gemunt in het Duits. Waismann 1945, p. 121-123.

43 Waismann gebruikt het voorbeeld van een kat die doodgaat en weer tot leven komt: is dat nog een kat? Waismann 1945, p. 121-122.

44 Loth 1984, p. 93.

45 Visser 2001, p. 45.

46 Zie in die zin ook Waldron 1994, p. 523; Schauer 2011. Voor een uitgebreide analyse van het verschil in betekenis van open texture bij Hart en Waismann zij verwezen naar Bix 1991 en Bix 2012, p. 149-152. In de juridische literatuur heeft open textuur nu vooral de ruime betekenis die Hart eraan gaf, zie bijvoorbeeld Claes 2003, p. 66-67.

47 Hart 1961, p. 127-128.

48 Hart heeft hiervoor het beroemde voorbeeld van het begrip *vehicle* in de regel ‘no vehicles in the park’ gegeven. Er bestaat geen twijfel dat auto’s, motoren en bussen onder het begrip *vehicle* vallen, maar daaromheen zweven twijfelgevallen als fietsen en vliegtuigen. Hart 1961, p. 126.

De eerste oorzaak van de open textuur van de wet is de relatieve onwetendheid van de wetgever ten aanzien van de feiten. De tweede oorzaak van de open textuur is de relatieve onbepaaldheid van menselijke doelen: de wetgever kan niet alle mogelijke situaties die zich in de toekomst zullen voordoen voorspellen en zich er daarom niet vooraf een mening over vormen.⁴⁹ Samengevat gaat het Hart niet om het formuleren van een taalkundige theorie, maar om het gegeven dat onbepaaldheid van de taal rechters een zekere vrijheid geeft en het recht een zekere flexibiliteit.⁵⁰ De implicaties van *open texture* in de ruimere betekenis die Hart eraan geeft, zijn veel groter: Hart leidt daaruit af dat begrippen en rechtsregels altijd met een zekere vaagheid zijn omgeven.

Met Waismann en Hart kan worden vastgesteld dat taal, en daarmee ook het recht, een open textuur heeft, in die zin dat een veranderde werkelijkheid of onvoorzien geval een bepaling onduidelijk kan maken. Dat neemt niet weg dat het mogelijk is om – met de huidige kennis van de huidige werkelijkheid – een intensionele definitie te geven die *voor nu* de extensie van het begrip afbakt. Ik meen dus dat uit de open textuur van de wet niet volgt dat begrippen altijd vaag zijn, zoals Hart stelt. Het afbakenen van begrippen uit de wet is een kunstmatige operatie, in die zin dat deze scherpe afbakeningen soms contra-intuïtief zijn en niet volledig samenvallen met het gewone spraakgebruik. Dat is echter onderdeel van het proces van transformatie van gewone taal in juridische taal.

Dit leidt voor dit boek tot het uitgangspunt dat het in ieder geval zinvol is om te streven naar het wegnemen van semantische onduidelijkheid, ondanks de wetenschap dat een heldere afbakening altijd de potentie heeft onduidelijk te worden in de confrontatie met een veranderde of onvoorziene werkelijkheid.⁵¹

5.2.3 Wetssystematische onduidelijkheid

Bij wetssystematische onduidelijkheid is de betekenis van een bepaling onduidelijk door de verhouding met andere normen.⁵² Een bepaling staat nooit op zichzelf, maar maakt deel uit van een rechtsorde. Die context van het geheel van rechtsnormen kan invloed hebben op de duidelijkheid van de individuele norm. Die invloed hoeft overigens niet negatief te zijn: het feit dat het gaat om een wetsebepaling en de context van die bepaling kunnen ook juist een onduidelijke bepaling disambigueren of op een andere manier duidelijk ma-

49 Hart 1961, p. 127-129. In vergelijkbare zin Rozemond 2011, p. 22-23; Popelier 2008, p. 50-51.

50 Bix 1991, p. 65-68.

51 In diezelfde geest Brouwer 2008a, p. 177-178.

52 Nan 2011, p. 156.

ken.⁵³ Wetssystematische onduidelijkheid kan meerdere oorzaken hebben, waarvan met name *complexiteit* van de normen en *inconsistenties* in het rechtssysteem hier relevant zijn.

Op zichzelf duidelijke bepalingen kunnen deel uitmaken van een wetssysteem dat door de hoeveelheid normen, de structuur daarvan en de onderlinge relaties tussen normen dermate *complex* is dat het voor burgers moeilijk wordt te bepalen welk gedrag toegestaan en welk gedrag verboden is.⁵⁴ Met name de meer technische normen in het ordeningsstrafrecht zijn soms zeer gecompliceerd. De Hullu geeft een voorbeeld van een arrest over het afdekken van een mestbassin waarin A-G Meijers de geldende voorschriften uiteenzet en dat niet korter kan doen dan in twee bladzijden. De Hullu wijst erop dat dergelijke gecompliceerde regelgeving zowel vanuit het oogpunt van rechtsbescherming, als vanuit het oogpunt van rechtshandhaving onwenselijk is.⁵⁵ Bovendien is de regeldichtheid hoog, daarvan getuigt de volgende verzuchting van A-G Wortel: 'Ik durf rustig vooropstellen dat wij allen tuchten onder de toenemende regeldichtheid. Je mag tegenwoordig niets meer, tenzij ergens geregeld is dat het op een bepaalde wijze en onder bepaalde voorwaarden nog wél mag.'⁵⁶

Al eerder is aangestipt dat complexiteit vaak een gevolg is van gelede normstellingen.⁵⁷ Met name in het ordeningsrecht worden normen vastgelegd die weer verwijzen naar andere vormen van regelgeving voor de concrete invulling – een fenomeen dat met een wat informele maar ook beeldender term dan gelede normstelling 'spaghettiwetgeving' is genoemd.⁵⁸ Die concrete invulling is in het Europees strafrecht soms gelegen in supranationale Europese regelgeving, die soms zelf ook weer is uitgewerkt in andere regelgeving. Een strafbaarstelling uit het Nederlandse recht kan dus voor de gedragsnorm verwijzen naar een verordening, die weer voor nadere uitwerking van regels verwijst naar een richtlijn.

De tweede vorm van systematische onduidelijkheid doet zich voor in de vorm van *inconsistenties*. Het recht is inconsistent indien verschillende regels, soms op verschillende niveaus, verschillende eisen stellen aan het gedrag van burgers. Inconsistentie van wetgeving is volgens Fuller een groot probleem dat niet met één conflictregel bevredigend kan worden opgelost.⁵⁹ Er bestaan uiteraard regels voor het oplossen van tegenstrijdigheden, zoals de *lex posterior*- of de *lex specialis*-regel, maar die leiden niet altijd tot een voorspelbaar en

53 Ook kan onbepaaldheid worden opgelost indien interpretatiemethoden de uitkomst ondanks de onbepaaldheid voorspelbaar maken, Brouwer 2008a, p. 190.

54 Loth en Tjong Tjin Tai stellen dat complexiteit zowel veroorzaakt kan worden doordat het moeilijk is om de relevante regels te identificeren als doordat onduidelijk is hoe regels moeten worden toegepast of elkaar beïnvloeden, Loth & Tjong Tjin Tai 2014.

55 De Hullu 2015, p. 99.

56 A-G J. Wortel in zijn conclusie bij HR 4 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5377, punt 21.

57 Loth 2000, p. 87-88; De Hullu 2015, p. 95, 99; 't Hart 1991, p. 76-94, m.n. p. 81-83.

58 Doorenbos 1992; De Hullu 2015, p. 95.

59 Fuller 1969, p. 65-70.

bevredigend resultaat. In het volgende hoofdstuk zal duidelijk worden dat de conflictregels die de consistentie van het Europees strafrecht moeten waarborgen conflicten zelden op een eenduidige wijze beslechten. Inconcordantie kan ook worden beschouwd als een vorm van inconsistentie: dezelfde begrippen krijgen in verschillende contexten een verschillende betekenis. Systematiek in het recht vereist nu juist dat termen consequent dezelfde betekenis hebben.⁶⁰

5.3 TWEE CONCEPTIES VAN HET BEPAALDHEIDSGEBOD

In het voorgaande zijn twee vormen van onduidelijkheid besproken: semantische en wetssystematische onduidelijkheid. Dat wetssystematische onduidelijkheid moet worden vermeden, staat niet ter discussie. Het debat omtrent het bepaaldheidsgebod gaat over semantische onduidelijkheid, die dan ook in de rest van dit hoofdstuk zal domineren. Eerst is het echter noodzakelijk om te onderscheiden hoe de rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit dit gebod op verschillende wijze begrijpen. Tezamen vormen die concepten het analytisch kader voor de bestudering van de wijze waarop het bepaaldheidsgebod wordt gewaarborgd in het Europees recht. Het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie wordt modelmatig geschetst en is niet bedoeld als volledig overzicht van te verdedigen posities.

Semantische onduidelijkheid is tot op zekere hoogte onvermijdbaar, zo is zojuist gesteld: volledige duidelijkheid, precisie en voorspelbaarheid in het recht kan niet bestaan. Niettemin is het uitgangspunt geformuleerd dat dit niet afdoet aan de mogelijkheid om te streven naar *zoveel mogelijk* duidelijkheid. In toenemende mate wordt echter getwijfeld aan de *wenselijkheid* van volledige voorspelbaarheid. Precisie en duidelijkheid van de wet worden door veel strafrechtjuristen en in de praktijk gezien als aspecten die niet tegen elke prijs moeten worden nagestreefd, maar die moeten worden afgewogen tegen andere waarden, bijvoorbeeld duurzaamheid. In deze paragraaf worden de eerder onderscheiden rechtspositivistische en rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel besproken in het licht van het bepaaldheidsgebod. In de rechtspositivistische conceptie ligt de nadruk op objectieve rechtszekerheid en een kwantitatieve minimumeis van rechtszekerheid, terwijl in de rechtenconceptie de nadruk ligt op subjectieve rechtszekerheid en een afweging van belangen. Deze invulling van de rechtspositivistische en rechtenconceptie met een meer kwantitatieve versus een meer afwegingsgerichte benadering is losjes geïnspireerd op de dissertatie van Duttge en past goed bij het in hoofdstuk 2 geformuleerde hoofdkenmerk van het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechten-

60 Nan 2011, p. 158.

conceptie, namelijk het al dan niet accepteren van een belangenafweging als onderdeel van het legaliteitsbeginsel.⁶¹

5.3.1 De rechtspositivistische conceptie van het bepaaldheidsgebod

Er zijn drie kenmerken van de rechtspositivistische conceptie van het bepaaldheidsgebod. Het belangrijkste kenmerk is in mijn ogen dat het bepaaldheidsgebod *geen afweging* toelaat: hoewel wordt erkend dat het recht geen volledige duidelijkheid kan bieden, wordt het normatieve streven van duidelijkheid vastgehouden. De wetgever moet voortdurend streven naar zoveel mogelijk duidelijkheid voor rechtssubjecten, en dat streven is onafhankelijk van de eventuele belangen die met minder duidelijke regelgeving zouden kunnen zijn gediend. De wetgever dient ervoor zorg te dragen dat het recht een minimumwaarborg van rechtszekerheid biedt. De rechter kan weliswaar bijdragen aan het vergroten van rechtszekerheid, maar de verantwoordelijkheid voor de bepaaldheid van het recht wordt in de eerste en voornaamste plaats bij de wetgever gelegd.⁶² De taak van de rechter is met name te toetsen of aan de minimeis van bepaaldheid is voldaan. De wetgever mag de normstellende bevoegdheid niet overlaten aan de rechter door gebruik te maken van vage normen. Die *strikte taakverdeling tussen wetgever en rechter* is het tweede kenmerk van de rechtspositivistische conceptie. In de rechtspositivistische conceptie ligt ten derde de voorkeur bij een *objectieve opvatting van rechtszekerheid*, waarbij rechtszekerheid niet afhankelijk wordt gemaakt van de normadressaat of het rechtsgebied maar een kwaliteit van wetgeving zelf is. Hooguit kan de rechter bij de toets aan het bepaaldheidsgebod zich afvragen of voor een criteriumfiguur rechten en plichten met voldoende zekerheid en precisie af te leiden waren.

5.3.2 De rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod

De rechtenconceptie verschilt van de rechtspositivistische conceptie op alle drie de bovengenoemde kenmerken, met als belangrijkste verschil dat duidelijkheid niet de enige relevante waarde is die de wetgever moet nastreven: de formulering van wetgeving noopt daarom tot een *belangenafweging*. 't Hart heeft deze benadering verdedigd,⁶³ daarin gevolgd door Mulder.⁶⁴ Ook door enkele buitenlandse auteurs wordt een afweging tegen andere belangen gezien

61 Duttge 2001.

62 Asp e.a. 2009, p. 708; Schünemann 1978, p. 6-7, p. 33.

63 't Hart 1983, p. 189-208, m.n. p. 207.

64 G.E. Mulder 1987.

als een onderdeel van het bepaaldheidsgebod.⁶⁵ Daarbij komt ten tweede dat *bepaaldheid wordt gezien als mede een taak van de rechter*, die bijvoorbeeld aanknopingspunten kan verschaffen voor de toepassing van vage normen en daarmee alsnog voor voldoende helderheid kan zorgen.⁶⁶ Deze formulering van bepaaldheid als gedeelde verantwoordelijkheid hangt logisch samen met de keuze voor een materieel rechtsbegrip (en dus een open strafrechtsorde): wanneer rechtersrecht een bron kan zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zullen daaraan dezelfde eisen moeten worden gesteld als aan wetgeving die wordt toegepast als bron van aansprakelijkheid.⁶⁷ Het derde kenmerk van de afwegingsbenadering is de nadruk op *subjectieve toetsing op basis van de voorzienbaarheid*. De vraag is niet zozeer of de norm in abstracto te onduidelijk is, de vraag is of de verdachte die wordt vervolgd kon voorzien dat hij strafrechtelijk aansprakelijk zou worden gesteld voor zijn gedrag. In die subjectieve voorzienbaarheid kan met het concept van contextuele bepaaldheid onderscheid worden gemaakt naar rechtsbetrekking, rechtsnorm en normadressaat om daarbinnen een verschillend relatief gewicht te doen toekomen aan rechtszekerheid.

Een belangrijke vraag is natuurlijk tegen welke belangen het bepaaldheidsgebod kan worden afgewogen. In de literatuur en rechtspraak kunnen verschillende argumenten worden gevonden waarom onduidelijkheid niet altijd vermeden hoeft te worden door de wetgever, en zeker niet tegen elke prijs.

Een eerste belang dat kan worden gediend met vage wetgeving is *duurzaamheid* of *flexibiliteit*. De duurzaamheid van bepalingen is te bereiken of in ieder geval te vergroten door het gebruik van vage termen en normatieve bestanddelen. Een vage term, zonder duidelijk afgebakende criteria die de reikwijdte ervan bepalen, hoeft niet expliciet te worden aangepast aan veranderende of onverwachte omstandigheden. Volgens aanhangers van de rechtenconceptie moet de wetgever een afweging maken tussen voorzienbaarheid en duurzaamheid.⁶⁸ Vage begrippen maken een actualiserende of evolutieve interpretatie gemakkelijker, hetgeen de wet duurzaam maakt. Daar kan nog op worden aangevuld dat het ook in het belang van potentiële slachtoffers is dat verdachten niet vrijuit gaan omdat hun handelwijze ten tijde van het maken van de wet onvoorzien was. Ruimere wetgeving biedt meer vrijheid om het instrumentele doel van het strafrecht naar goeddunken na te streven.

Een tweede argument om soms te pleiten voor onduidelijker wetgeving is de *investeringen* die heldere wetgeving met zich mee kan brengen. Die investeringen moeten worden afgewogen tegen de meeropbrengst in termen van bepaaldheid. Het formuleren van precieze criteria is tijdrovend en boven-

65 Hart 1961, p. 127-136; Jacobsen 2009, p. 320-324. Volgens Peristeridou gaat ook de Duitse rechter van een afwegingsbenadering uit, Peristeridou 2011, p. 80-82.

66 Peristeridou 2011.

67 Kritisch daarover Rozie 2013.

68 Zie de bespreking van Straatsburgse rechtspraak in De Hullu 2015, p. 97. Voor een (op punten kritische) uitwerking van de afwegingsbenadering van rechtszekerheid, zie Brouwer 2008a.

dien bijzonder moeilijk, omdat de toekomst niet te voorzien is. Dat geldt met name voor formele delictomschrijvingen die betrekking hebben op gedragingen die worden begaan in een context van sociale interactie. De wetgever kan in plaats daarvan gebruik maken van vage termen, in de wetsgeschiedenis enige aanwijzingen geven over de beoogde invulling ervan maar de concrete uitwerking ervan aan de rechter overlaten. Dat leidt tot een voortvarender wetgevingsproces, terwijl de rechter in confrontatie met de feiten het begrip beter kan afbakenen dan de wetgever in abstracto kan. Het EHRM staat ook toe dat bepalingen geleidelijk worden afgebakend in de jurisprudentie.⁶⁹ Het verminderen van de rechtsonzekerheid door het destilleren van criteria die de intensionele vaagheid en daarmee de extensionele onduidelijkheid opheffen, wordt dan gezien als een belangrijke taak van de rechter.⁷⁰

Een derde argument om geen volledige duidelijkheid na te streven is dat het volgens sommigen *niet altijd een te respecteren belang* is voor burgers om precies te weten waar de grenzen liggen.⁷¹ Dat kan bijvoorbeeld gelden voor iemand die zich, voordat hij een avond de stad ingaat, oriënteert op de strafwet om te kijken op welke manieren hij kan pogen vrouwen over te halen tot seksuele handelingen alvorens zijn handelingen zullen worden gekwalificeerd als een zedendelict. In het verkeersstrafrecht zijn de normen daarentegen wel heel duidelijk, omdat we het moreel verdedigbaar vinden dat iemand zich afvraagt hoe hard hij mag rijden.⁷² Waldron formuleert het als volgt:

‘This suggests that in some of the cases where we do not specify numerical limits, cases where we employ instead a relatively vague concept, it may be because we do not think it appropriate for citizens to be finely calibrating their action in very close proximity to legal boundaries.’⁷³

Als deze opvatting wordt gevolgd dan heeft het bepaaldheidsgebod in het materiële strafrecht een zekere delictspecifieke betekenis. Een reden voor het gebruik van normatieve bestanddelen is dan gelegen in de aard van de gedraging die strafbaar moet worden gesteld.⁷⁴ Dat stemt overeen met de contextueel bepaalde conceptie van het rechtszekerheidsbeginsel.

69 EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (CR/Verenigd Koninkrijk), r.o. 34.

70 Nan 2011, p. 27-29.

71 Waldron 1994, p. 535-536.

72 Waldron 1994, p. 535-536.

73 Waldron 1994, p. 536.

74 Dit lijkt ook te volgen uit Murphy 2012, p. 76.

5.3.3 Recapitulerend: het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod

Samenvattend ligt het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie ten eerste in de vraag of altijd moet worden gestreefd naar het bieden van een minimum aan duidelijkheid zoals in de rechtspositivistische conceptie wordt benadrukt, of dat duidelijkheid mag worden afgewogen tegen andere belangen zoals in de rechtenconceptie wordt verdedigd. Dit leidt ertoe dat in de rechtspositivistische conceptie het recht alleen maar te weinig duidelijkheid kan bieden, terwijl vanuit de rechtenconceptie ook kan worden beargumenteerd dat in een wettelijke regeling duidelijkheid juist teveel gewicht heeft gekregen, ten koste van bijvoorbeeld duurzaamheid, een voortvarend wetgevingsproces of afschrikking. Het onderscheid ligt ten tweede in de locus van verantwoordelijkheid: die ligt in de rechtspositivistische conceptie vrijwel exclusief bij de wetgever, terwijl volgens de rechtenconceptie de mate waarin het recht helderheid biedt een gezamenlijke verantwoordelijkheid is van wetgever en rechter. Ten derde ligt in de rechtspositivistische conceptie de nadruk op objectieve rechtszekerheid, terwijl in de rechtenconceptie de vraag naar bepaaldheid subjectiever wordt ingevuld, dus vanuit het rechtssubject. Afhankelijk van de keuze voor een conceptie, bestaat er ruimte voor een contextueel bepaalde invulling van het bepaaldheidsgebod (indien wordt uitgegaan van een subjectieve benadering) of juist niet (indien wordt uitgegaan van een objectieve benadering).

5.4 EUROPESE REGELGEVING EN HET BEPAALDHEIDSGEBOD

Meermalen is gesignaleerd dat Europese regelgeving lijdt aan kwaliteitsgebreken, die zowel liggen op het vlak van de semantiek als de systematiek.⁷⁵ Zo zouden veel vage termen en inconsistenties voorkomen, en het Europees recht zou onnodig complex zijn. Sinds ongeveer vijftientig jaar is er binnen Europa aandacht voor de kwaliteit van Europese regelgeving. Met name in de jaren negentig werd hierover veel geschreven, nadien lijkt de aandacht weer wat te zijn afgenomen.⁷⁶

75 De Hullu & Verheijen 2002; Voermans e.a. 2000; Van der Wilt 2002, p. 99-100; Van Kempen 2003, p. 249-250; Kristen 2011, p. 339-241; Klip 1996, p. 666 spreekt van een 'verontrustende kwaliteit van regelgeving'.

76 Zo schreef in 1995 een werkgroep onder leiding van Koopmans een rapport De kwaliteit van EG-regelgeving, Aandachtspunten en voorstellen, rapport van de interdepartementale werkgroep kwaliteit van EG-regelgeving, Den Haag 1995. Zie voorts het proefschrift van Bracke over voorwaarden voor goede EG-wetgeving, Bracke 1996; Heukels e.a. 1996, waaruit blijkt dat ook in andere landen zorgen werden geuit ten aanzien van de kwaliteit van EG-wetgeving; Bronkhorst 1993; Van der Wilt 2002.

Voor lidstaten kan onduidelijke EU-regelgeving tot rechtsonzekerheid leiden. De meeste normen van Europees recht met relevantie voor het strafrecht zijn richtlijnen die zijn gericht aan de lidstaten en uitsluitend voor de lidstaten verplichtingen kunnen bevatten. Wanneer lidstaten die niet nakomen, kan de Commissie tegen hen een inbreukprocedure starten. Sinds 1 december 2014 bestaat die mogelijkheid ook ten aanzien van vóór het Verdrag van Lissabon tot stand gekomen maatregelen op het terrein van politieke en justitiële samenwerking. Een inbreukprocedure kan uiteindelijk leiden tot de oplegging van een dwangsom of boete door het Hof van Justitie.⁷⁷ Dat schept zekere verplichtingen voor de EU jegens de lidstaten. Het Hof van Justitie omschrijft de Europese Gemeenschap in *Les Verts* als ‘a Community based on the rule of law’,⁷⁸ en het Europees recht moet daarom voldoende duidelijk zijn voor degenen die eraan zijn gebonden – de lidstaten. Het gaat hierbij echter niet om een verhouding die wordt beheerst door het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, maar om de rechtsstatelijke binding van de overheid aan het recht. Dat geldt ook voor de eis dat EU-wetgeving behoorlijk bekend moet zijn gemaakt alvorens het aan burgers kan worden tegengeworpen.⁷⁹ De meeste pleidooien voor betere, helderder wetgeving op EU-niveau zijn gericht op de relatie tussen Europa en de nationale wetgever. Onduidelijkheid voor lidstaten kan echter leiden tot onduidelijkheid voor burgers, en als dat gebeurt worden problemen met kwaliteit van Europese regelgeving ook relevant voor het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Aan het perspectief van de lidstaten zal hierna enige aandacht worden besteed, maar de nadruk ligt op de eventuele rechtsverhouding tussen de Europese Unie en de burgers.

In deze paragraaf ga ik in op de bijzondere kenmerken van Europese regelgeving in relatie tot het bepaaldheidsgebod en de rol die de verschillende actoren toekennen aan het bepaaldheidsgebod voor Europese wetgeving. Als eerste komt aan de orde welke bijzondere oorzaken zijn aan te wijzen voor de onduidelijkheid van EU-wetgeving die zich voordoet, zowel semantische als wetssystematische onduidelijkheid. In de daarop volgende twee paragrafen kijk ik naar de antwoorden die tot op heden door de verschillende Europese actoren zijn gegeven over de binding van de Europese wetgever aan het bepaaldheidsgebod: dat zijn achtereenvolgens de Raad, de Commissie, het Parlement en het Hof van Justitie. Tot slot wordt een antwoord gegeven op de vraag of de Europese wetgever moet worden gebonden aan het bepaaldheidsgebod.

⁷⁷ Art. 260 VWEU.

⁷⁸ HvJ EG 23 april 1986, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts*), r.o. 23. In de Nederlandse vertaling is er sprake van een ‘rechtsgemeenschap’, waarschijnlijk om het deel ‘staat’ in de samenstelling ‘rechtsstaat’ te vermijden. Voor meer over dit onderwerp zie Arnulf 2002; Pech 2009; Pech 2010.

⁷⁹ HvJ EG 11 december 2007, C-161/06, ECLI:EU:C:2007:773 (*Skoma-Lux*).

5.4.1 Oorzaken van semantische onduidelijkheid in EU-wetgeving

Onduidelijkheid van Europese regelgeving is een omvangrijk probleem waarvoor vele oorzaken zijn geïdentificeerd. Het doel hier is niet een uitputtend overzicht van die oorzaken te geven, maar veeleer om een indicatie te geven van de meest relevante verschillen tussen Europese en nationale wetgeving die tot onduidelijkheid kunnen leiden. Het gaat hierbij om aspecten die noodzakelijk samenhangen met Europese regelgeving, en die een zekere mate van onduidelijkheid onvermijdelijk maken.⁸⁰

Ten eerste kunnen oorzaken van *semantische onduidelijkheid* worden genoemd, die samenhangen met het bijzondere wetgevingsproces. Europese regelgeving komt tot stand in een samenwerking tussen Commissie, Raad en Parlement.⁸¹ Daarbij bestaat er nogal eens een tegenstelling tot de meer communautair georiënteerde Commissie, het meer op de burgers van de Unie gericht Parlement en de sterk door nationale politieke belangen gestuurde Raad. De compromissen die worden gesloten in de onderhandelingen tussen die partijen, vaak in geheime triloggen, worden niet altijd vertaald in heldere regels.⁸² Ook kunnen onderhandelingen grote hoeveelheden uitzonderingen tot gevolg hebben, of kan worden gekozen voor onduidelijke bewoordingen indien een daadwerkelijk compromis onbereikbaar is (constructieve ambiguïteit).⁸³ Volgens Klip heeft het Europees recht een hoog compromiskarakter doordat Europese regelgeving meer moet worden gezien als politieke besluitvorming dan als wetgeving. Op Europees niveau worden de grote politieke lijnen uitgezet, die op nationaal niveau verder worden uitgewerkt.⁸⁴ Dat maakt dat Europese regels minder scherp zijn afgebakend dan nationaalrechtelijke strafbepalingen.

Voordat daadwerkelijk personen strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, moeten de Europese regels ook nog worden omgezet in nationaal strafrecht. Daarvoor geldt een omzettingstermijn, die doorgaans maximaal twee jaar bedraagt. Die termijnen worden met grote regelmaat geschonden.⁸⁵ Dit betekent dat het gehele proces, van het EU-niveau tot het nationale niveau, telkens minstens enkele jaren bedraagt, wat weer betekent dat wetgeving een groot risico loopt om kort na inwerkingtreding achterhaald te raken. Op terreinen waar technologische ontwikkelingen een hoog tempo hebben, zoals cybercriminaliteit, wordt deze combinatie van factoren goed

⁸⁰ Zie in iets ander verband Klip 2016, p. 41-43.

⁸¹ Zoals reeds aangegeven wordt de Commissie, gezien de belangrijke rol die zij speelt in de totstandkoming van wetgeving, mede als 'wetgevende instelling' aangeduid. Zie de opmerking daarover in paragraaf 1.2.

⁸² De Hullu 2015, p. 51; Verheijen 2006, p. 319; Klip 1996.

⁸³ Bronkhorst 1993, p. 30-31; Prechal 2005a, p. 33.

⁸⁴ Klip 2016, p. 41-42; voorts Bracke 1996, p. 92-95.

⁸⁵ Zie het jaarverslag inzake de omzetting en toepassing van richtlijnen van de Commissie, 31st Annual Report on Monitoring the Application of EU Law (2013), COM(2014) 612, p. 3-6.

zichtbaar. De toelichting bij het meest recente voorstel voor een nieuwe richtlijn aanvallen op informatiesystemen vermeldt bijvoorbeeld dat in juli 2008 al werd geconstateerd dat het kaderbesluit aanvallen op informatiesystemen, daterend uit 2005, was ingehaald door technologische ontwikkelingen.⁸⁶ Dit kaderbesluit moest op 16 maart 2007 zijn omgezet in nationale regelgeving en was dus op het moment van omzetting al geen lang leven meer beschoren. De wens tot flexibele, duurzame wetgeving is dan zeer sterk, hetgeen de afweging tussen helderheid en flexibiliteit sneller in het voordeel van het laatste kan laten doorslaan. Die afweging kan nog sterker in het voordeel van flexibiliteit doorslaan wanneer de hoge kosten van het wetgeven op twee niveaus in ogenschouw worden genomen.

Deze oorzaken van onduidelijkheid manifesteren zich ook in het internationaal recht. Verdragen hebben eveneens een hoog politiek gehalte, zijn het resultaat van compromissen, kennen een lange periode van totstandkoming etc. De EU handelt niet zelden op terreinen waarop eerder ook al verdragen waren gesloten. Dit is bijvoorbeeld heel goed te zien bij de strafbaarstelling van witwassen.⁸⁷ De definities in de Europese richtlijnen sluiten aan bij de definities in internationale verdragen. De lidstaten zijn immers ook gebonden aan deze verdragen en in die zin beperken hun internationale verplichtingen de mogelijkheden om zich te binden op EU-niveau. Dit betekent wel dat veel onduidelijkheden die hun oorsprong vinden op internationaal niveau, worden gereproduceerd op EU-niveau.

Ter enige relativisering moet worden opgemerkt dat er binnen de EU veel aandacht is geweest de afgelopen twintig jaar voor wetgevingskwaliteit, die onder meer heeft geresulteerd in het Interinstitutioneel akkoord 'Beter Wetgeven' en aanwijzingen voor regelgeving voor EU-instellingen.⁸⁸ Baker heeft er daarnaast op gewezen dat bij maatregelen in de derde pijler aanvankelijk minder nadruk lag op handhaving van de implementatie. Pas sinds het Verdrag van Lissabon kan de Commissie ten aanzien van deze derdepijlermaatregelen inbreukprocedures starten, die volgens Baker zullen worden bemoeilijkt door het vage karakter van veel van deze maatregelen. Zij verwacht daarom dat de mogelijkheid van inbreukprocedures zal leiden tot een grotere toewijding van de zijde van de Commissie aan het ideaal van heldere normstel-

86 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad over aanvallen op informatiesystemen en tot intrekking van Kaderbesluit 2005/222/JBZ, COM (2010) 517, p. 2.

87 Zie de bespreking van internationale en Europese regelgeving met betrekking tot witwassen in paragraaf 6.6.2.

88 Interinstitutioneel akkoord van het Parlement, de Raad en de Commissie 'Beter wetgeven', PbEU 2003, C 321; Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European legislation. De eerste versie daarvan dateert van 2000, in 2013 is deze herzien. De Joint Practical Guide is raadpleegbaar op eur-lex.europa.eu.

ling.⁸⁹ Als dat inderdaad zo is, dan leidt het mogelijk maken van effectief toezicht op de naleving van Europees recht tot striktere handhaving van het legaliteitsbeginsel.⁹⁰

5.4.2 Oorzaken van wetssystematische onduidelijkheid in EU-wetgeving

Bovengenoemde aspecten hebben betrekking op semantische onduidelijkheid, maar ook *wetssystematische onduidelijkheid* doet zich op betrekkelijk grote schaal voor in het Europees strafrecht. Er is een enorme hoeveelheid regelgeving, wat leidt tot complexiteit en wat bovendien het risico op inconsistenties vergroot. Niet alleen worden er veel instrumenten uitgevaardigd, die instrumenten zijn ook gedetailleerd en de verhouding tot bestaande regelgeving op hetzelfde materiële terrein is vaak onduidelijk, mede omdat oude regelingen niet worden herroepen.⁹¹ Lange tijd ontbrak een helder beleidskader voor het strafrecht, waardoor maatregelen vaak een *ad hoc*-karakter hadden.⁹² Pas na herhaalde kritiek op een gebrek aan samenhang in regelgeving, een gebrek aan beleidsvisie,⁹³ heeft de Commissie laten weten inderdaad te willen toewerken naar een coherent strafrechtsbeleid.⁹⁴ Het is mogelijk dat een meer beleidsgestuurde wetgeving tot consistentere wetgeving zal leiden, al staat dat geenszins vast. De complexiteit van het Europees recht wordt daarnaast vergroot doordat in het Europees strafrecht gebruik wordt gemaakt van gelede normstelling.⁹⁵ Tot slot kan worden gewezen op het gegeven dat Europese regelgeving soms op uiteenlopende wijze wordt gehandhaafd in de lidstaten: een richtlijn kan in de ene lidstaat zijn omgezet in het bestuursrecht, en in een andere lidstaat in het strafrecht.

Het grootste probleem is echter niet dat EU-wetgeving in zichzelf inconsistent is, maar dat er discrepanties bestaan tussen Europees en nationaal recht. Snelle wijziging van instrumenten en te korte omzettingstermijnen kunnen ertoe leiden dat lidstaten hun nationale wetgeving niet snel genoeg aanpassen aan het Europees recht. Ook onduidelijke wetgeving op Europees niveau kan tot discrepanties leiden, indien lidstaten richtlijnen willen concretiseren maar onduidelijk is in welke mate en op welke wijze dat is toegestaan. Het is daarnaast niet altijd gemakkelijk vast te stellen of er überhaupt sprake is van een inconsistentie. Dat doet zich met name voor bij het beoordelen van de

89 Baker 2015, p. 8.

90 Eenzelfde conclusie is reeds getrokken ten aanzien van de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in hoofdstuk 4.

91 Wintgens 2010, p. 45; Bronkhorst 1993, p. 31; Bracke 1996, p. 57-59.

92 Zie onder meer Van Kempen 2003, p. 262.

93 Met name het European Criminal Policy Initiative 2009.

94 Beleidsmededeling strafrecht COM(2011) 573, Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law.

95 Kristen 2011, p. 341; De Hullu 2000, p. 336-339.

vraag of een strafbepaling een beperking op het vrij verkeer van personen, goederen, diensten of kapitaal oplevert, en zo ja of die beperking toelaatbaar is of niet.⁹⁶ Een strafbepaling die de uitoefening van die vrijheden belemmert of minder aantrekkelijk maakt zou buiten toepassing moeten blijven wegens strijd met het communautaire recht, tenzij is voldaan aan vier voorwaarden: de nationale maatregel moet zonder discriminatie worden toegepast, gerechtvaardigd worden door een dwingende regel van algemeen belang, geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en bovendien evenredig zijn.⁹⁷ Wat discriminatie inhoudt is echter niet helder omschreven, laat staan dat een helder en afgebakend beeld bestaat bij dwingende redenen van algemeen belang. Kortom: de mate waarin voorspelbaar is of nationaal recht al dan niet strijdt met primair Europees recht en vervolgens of die strijd gerechtvaardigd is, blijft ver van de mate van voorzienbaarheid die wenselijk is in het strafrecht.⁹⁸ Dat probleem wordt nog verder gecompliceerd doordat de bescherming die het primair Europees recht oplevert alleen kan worden ingeroepen indien van die vrijheden gebruik is gemaakt.⁹⁹ Dus ook indien er op het eerste gezicht een conflict bestaat tussen een strafbepaling en een norm van primair Europees recht, is vaak onduidelijk of de belemmering die de strafbepaling oplevert is toegestaan of niet.

Verschillen tussen de taalversies van Europese wetgeving kunnen mijns inziens onder omstandigheden ook worden geclassificeerd als een variant van wetssystematische onduidelijkheid. De op zichzelf duidelijke bepaling wordt onduidelijk door de verhouding van die bepaling met een andere wettekst – in dit geval, formeel gezien: met zichzelf in een andere gedaante. Verschillen tussen taalversies zijn echter wel bijzonder omdat ze niet noodzakelijk tot onduidelijkheid leiden; ze kunnen juist ook onduidelijkheden verhelderen.¹⁰⁰ Zeker waar ambigüiteit zich voordoet, bestaat de mogelijkheid dat in een andere taal een niet-ambigue term is gekozen waarmee de onduidelijkheid kan worden opgelost. Ook waar een nationale versie meerdere interpretaties toelaat, kan het zijn dat andere taalversies specifiekere zijn. Dat deed zich voor in het arrest Röser.¹⁰¹ Niet alleen verschillen tussen taalversies kunnen voor problemen zorgen. Eenzelfde begrip, juist vertaald, kan in de verschillende rechtssystemen van de lidstaten een totaal afwijkende betekenis hebben. Zo wijkt het Nederlandse begrip ‘verwijderen’ in het milieurecht af van het Europees begrip.¹⁰² Wanneer dit van tevoren duidelijk is en wanneer het

96 HvJ EG 15 december 1976, 41/76, ECLI:EU:C:1976:182 (*Donckerwolcke*); HvJ EG 23 november 1978, 7/78, ECLI:EU:C:1978:209 (*Thompson*); Satzger 2012a, p. 66-67.

97 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*), r.o. 37.

98 Miettinen 2013a, p. 125; 128-130.

99 HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277 (*McCarthy*); Miettinen 2013a, p. 123-128.

100 In die zin ook Derlén 2015, zie voor een voorbeeld uit de praktijk HvJ EG 17 oktober 1996, C-64/95, ECLI:EU:C:1996:388 (*Lubella*).

101 HvJ EG 27 februari 1986, 238/84, ECLI:EU:C:1986:88 (*Röser*).

102 *Kamerstukken II* 1998/99, 26638, 3, p. 9-10.

een richtlijn betreft, kan dit worden opgevangen door bij omzetting in de Nederlandse wet voor een andere term te kiezen. Bij verordeningen is dat echter niet mogelijk. Bovendien is het goed denkbaar dat pas in de toepassing blijkt dat een begrip in de verschillende lidstaten niet steeds dezelfde connotaties heeft.

5.4.3 Raad, Commissie en Parlement over binding EU aan het bepaaldheidsgebod

In de afgelopen vijf jaar hebben de drie bij wetgeving betrokken instellingen elk gereflecteerd op de rol van het strafrecht in de Europese Unie.¹⁰³ In november 2009, een dag voor de inwerkingtreding van het Lissabonverdrag, kwam de Raad met modelbepalingen die als leidraad moesten dienen voor de onderhandelingen over wetgevingshandelingen op het terrein van het strafrecht.¹⁰⁴ In 2011 kwam de Commissie met een Communicatie die een aanzet beoogde te vormen tot strafrechtelijke beleidsvorming in de EU.¹⁰⁵ Het meest recent nam het Parlement een Resolutie aan over een Europese benadering van het strafrecht.¹⁰⁶ In alle drie de documenten komt de formulering van verboden gedragingen in het Europees recht aan de orde, en de instellingen uiten daarin verschillende standpunten over de mate waarin die formulering gebonden is aan het bepaaldheidsgebod.

De Raad formuleerde modelbepalingen die moeten zorgen voor helderheid en consistentie in de formulering van Europees strafrecht. In de conclusies bij die modelbepalingen wordt ook een enkele opmerking gemaakt over de structuur van de te formuleren bepalingen: 'De handelingen die volgens het strafrecht strafbaar zijn, moeten precies worden beschreven om de voorspelbaarheid wat betreft de toepassing, de reikwijdte en de betekenis ervan te waarborgen.' Deze zin is syntactisch ambigu, in die zin dat hij zowel kan slaan op het nationale strafrecht als op bepalingen van Europees recht. In beide wordt immers vastgelegd welke handelingen volgens het strafrecht strafbaar (moeten) zijn. De Raadsconclusies gaan over het vervaardigen van Europese regelgeving, en in dat opzicht ligt voor de hand dat ook deze opmerking over Europees recht gaat. Wat volgens de Raad de consequenties van dit streven

103 Zie voor een korte algemene bespreking Vervaele 2014a, p. 34-44.

104 Ontwerp-conclusies van de Raad over modelbepalingen, die als aanzet moeten dienen voor de beraadslagingen van de Raad op het gebied van het strafrecht, nr. 16798/09, aangenomen op 30 november 2009.

105 COM(2011) 573, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law'.

106 Resolutie over een EU-aanpak voor het strafrecht, 24 april 2012, 2010/2310(INI).

zijn of moeten zijn voor de formulering van EU-regelgeving, valt echter niet af te leiden uit de algemene formulering.

De Communicatie van de Commissie is helderder op dit punt. Het beginsel van rechtszekerheid vereist dat in strafbepalingen het verboden gedrag helder wordt omschreven. De Commissie vervolgt:

‘However, an EU directive on criminal law does not have any direct effect on a citizen; it will have to be implemented in national law first. Therefore, the requirements for legal certainty are not the same as for national criminal law legislation. The key is the clarity for the national legislator about the results to be achieved in implementing EU legislation.’¹⁰⁷

Hiermee maakt de Commissie zonneklaar dat het bepaaldheidsgebod niet van toepassing is op richtlijnen, aangezien die slechts helderheid moeten verschaffen aan nationale wetgevers over hun verplichtingen.

Het Parlement neemt een iets afwijkende positie in. De Resolutie bevat twee overwegingen aangaande de formulering van strafnormen:

‘K. overwegende dat overeenkomstig het lex certa-vereiste de bestanddelen van een strafbaar feit precies moeten worden beschreven om de voorspelbaarheid wat betreft de toepassing, de reikwijdte en de betekenis ervan te waarborgen;
L. overwegende dat aangaande richtlijnen de lidstaten een bepaalde beoordelingsvrijheid hebben om bepalingen om te zetten in nationale wetgeving, wat inhoudt dat om te voldoen aan het lex certa-vereiste, niet alleen de EU-wetgeving zelf, maar ook de omzetting in nationale wetgeving van de hoogste kwaliteit dient te zijn.’¹⁰⁸

Overweging K komt grotendeels overeen met de overweging uit de modelbepalingen van de Raad, met dien verstande dat hier expliciet het begrip lex certa-vereiste wordt genoemd. Daarnaast wordt dit keer de overweging toegelicht, in overweging L, waaruit in dit document wel blijkt dat inderdaad is bedoeld dat EU-wetgeving aan het lex certa-vereiste dient te voldoen. Anderzijds blijkt dat ook het belang van beoordelingsvrijheid wordt onderkend, waardoor de resolutie lijkt aan te sturen op een gedeelde verantwoordelijkheid van de EU en de lidstaten voor de kwaliteit van wetgeving. EU-wetgeving dient zoveel mogelijk zekerheid te bieden, en waar lidstaten beoordelingsvrijheid hebben dient hun omzettingswetgeving eveneens zoveel mogelijk zekerheid te bieden. Het Parlement pleitte in punt 15 van dezelfde resolutie voor het sluiten van een inter-institutionele overeenkomst met de Raad en de Commissie over deze en andere beginselen en methoden die het opstellen van EU-regelgeving die

107 COM(2011) 573, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ‘Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law’, p. 8.

108 Resolutie over een EU-aanpak voor het strafrecht, 24 april 2012, 2010/2310(INI).

betrekking heeft op materieel strafrecht zouden moeten beheersen. Tot op heden is er slechts sprake van informeel overleg tussen de drie instellingen en lijkt er weinig animo te bestaan voor een dergelijke overeenkomst.¹⁰⁹

5.4.4 Het Hof van Justitie over binding EU aan het bepaaldheidsgebod

Het bepaaldheidsgebod of *lex certa*-gebod komt in die termen niet voor in de uitspraken van het Hof van Justitie, maar wel in de conclusies van de advocaten-generaal.¹¹⁰ Het Hof spreekt in plaats daarvan van ‘het algemene rechtszekerheidsbeginsel’, dat een algemeen rechtsbeginsel is, en ‘het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen’, dat uit het algemene rechtszekerheidsbeginsel voortvloeit. Het Hof ziet het legaliteitsbeginsel als een specifiek op de strafrechtelijke context toegesneden uitwerking van het rechtszekerheidsbeginsel. Het rechtszekerheidsbeginsel speelt een vrij grote rol in de jurisprudentie van het Hof, ook in andere rechtsgebieden. Omwille van de consistentie van het begrippengebruik houd ik vast aan de term bepaaldheidsgebod wanneer het gaat over de eisen aan wetgeving op grond van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

Nationale gerechten mogen niet zelf Europese wetgevingshandelingen nietig verklaren.¹¹¹ De wettigheid en geldigheid van Europese regelgeving kunnen daarom uitsluitend worden betwist voor het Hof van Justitie op grond van algemene rechtsbeginselen, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel. Op grond van artikel 263 VWEU toetst het Hof de wettigheid van (onder meer) wetgevingshandelingen, op grond van artikel 267 VWEU kan het Hof uitspraken doen over de geldigheid daarvan.¹¹² De bevoegdheid van het Hof tot vernietiging is beperkt tot ‘handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie’ en strekt zich dus niet uit tot primair Europees recht. Alleen in het kader van een prejudiciële-vraagprocedure is op grond van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel de wettigheid van een kaderbesluit, richtlijn of verordening betwist.

De eerste zaak waarin het Hof een kaderbesluit aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel toetste is *Advocaten voor de Wereld*. De legaliteit van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel werd betwist, omdat de omschrijving van

¹⁰⁹ Zie het recente Raadsdocument 10137/15.

¹¹⁰ Bijvoorbeeld in de Conclusie van A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*).

¹¹¹ HvJ EG 22 oktober 1987, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*), r.o. 15. Ze mogen de geldigheid van dergelijke handelingen wel bevestigen, zie r.o. 14 van hetzelfde arrest.

¹¹² Zie over toetsing van EU-wetgeving aan algemene rechtsbeginselen Barents & Brinkhorst 2012, p. 283 e.v.; Craig & De Búrca 2011, p. 525-550 en voor een voorbeeld van toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel HvJ EG 10 januari 2006, C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 (*IATA en ELFAA*).

de lijstfeiten niet aan het vereiste van bepaaldheid zou voldoen.¹¹³ Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer stelde dat het legaliteitsbeginsel van toepassing is bij 'de uitoefening van het *ius puniendi*' of 'de tenuitvoerlegging van beslissingen die daadwerkelijk een sanctie opleggen', waardoor het kaderbesluit er geen inbreuk op kan maken. Het materiële strafrecht in de lidstaten moet voldoen aan de eisen van het bepaaldheidsgebod, het kaderbesluit hoeft daaraan niet te worden getoetst.¹¹⁴ Het Hof van Justitie stelt echter dat de instellingen van de EU de Verdragen en algemene rechtsbeginselen moeten waarborgen, 'evenals de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer leggen'. Het kaderbesluit moest om die reden worden getoetst aan het legaliteitsbeginsel.¹¹⁵ Dit lijkt op het eerste gezicht een afwijzing van de argumentatielijn van de advocaat-generaal, maar ondanks de principiële keuze die het Hof leek te maken, leidde het argument niet tot daadwerkelijke toetsing aan het legaliteitsbeginsel. Het Hof stelde namelijk:

'Ook al nemen de lidstaten de opsomming van de categorieën van strafbare feiten van artikel 2, lid 2, van het kaderbesluit letterlijk over bij de uitvoering ervan, de omschrijving zelf van deze strafbare feiten en de toepasselijke straffen zijn die van het recht "van de uitvaardigende lidstaat". Het kaderbesluit strekt niet tot harmonisatie van de betrokken strafbare feiten wat de bestanddelen ervan of de daarop gestelde straffen betreft.'¹¹⁶

Het Hof achtte het legaliteitsbeginsel dus niet geschonden omdat het kaderbesluit niet strekt tot harmonisatie van de strafbare feiten. Het legaliteitsbeginsel heeft bijgevolg geen consequenties voor dat kaderbesluit. De strafbare feiten worden nog altijd vastgesteld door de lidstaten in het nationale recht en het zijn derhalve de lidstaten die de verantwoordelijkheid dragen voor de omschrijving van strafbare feiten en straffen. Daaruit lijkt *a contrario* afleidbaar dat indien het kaderbesluit *wel* de strekking had gehad de omschrijving van strafbare feiten te harmoniseren, het kaderbesluit aan het legaliteitsbeginsel zou kunnen en moeten worden getoetst. Maar ook in het geval dat wel harmo-

113 Het gaat dus om het legaliteitsbeginsel in een strafvorderlijke context (de beslissing om al dan niet over te leveren), maar de klachten van Advocaten voor de Wereld, de conclusie van de A-G en het arrest zijn duidelijk gefundeerd op het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel. Dit leidt tot de onnavolgbare beschrijving van het standpunt van Advocaten voor de Wereld in het arrest (r.o. 48): 'Wie zijn vrijheid wordt benomen op grond van een Europees aanhoudingsbevel zonder dat de dubbele strafbaarheid is getoetst, geniet niet de waarborg dat de strafwet moet voldoen aan de vereisten van nauwkeurigheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid, die ervoor zorgen dat eenieder op het ogenblik waarop hij een handeling stelt, weet of deze handeling strafbaar is, in tegenstelling tot degenen die niet op grond van een Europees aanhoudingsbevel hun vrijheid wordt benomen.'

114 Concl. A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*), punt 103.

115 HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*), r.o. 45-47.

116 HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*), r.o. 52.

nisatie was beoogd, waren het nog steeds de lidstaten geweest die de bepalingen hadden moeten omzetten in een nationale strafbepaling. Daardoor bleef op grond van dit arrest onzeker wanneer het Hof toetsing aan het legaliteitsbeginsel aangewezen acht.

In het arrest *Intertanko* wordt gevraagd of een richtlijn geldig is, omdat deze beweerdelijk het 'algemene rechtszekerheidsbeginsel' schendt, dat in de woorden van het Hof 'verlangt dat een regeling duidelijk en nauwkeurig is, opdat de justitiabelen ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen.'¹¹⁷ Het Hof gaat naar aanleiding van die vraag eigener beweging ook in op het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Het Hof overweegt:

'Voorts moet artikel 4 van richtlijn 2005/35, gelezen in samenhang met artikel 8 daarvan, nu de lidstaten daarin verplicht worden bepaalde gedragingen als inbreuken te beschouwen en daaraan sancties te verbinden, tevens het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen (nullum crimen, nulla poena sine lege) in acht nemen, dat behoort tot de algemene rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de constitutionele tradities welke de lidstaten gemeen hebben [...] en dat een bijzondere uitdrukking van het algemene rechtszekerheidsbeginsel is.

71 Het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen impliceert dat de communautaire voorschriften een duidelijke omschrijving geven van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen. Aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.'¹¹⁸

In deze overwegingen valt op dat het Hof meent dat de *communautaire* voorschriften een duidelijke omschrijving moeten geven van de strafbare feiten en daarop gestelde straffen. Daaraan lijkt het Hof dezelfde eisen te stellen als aan strafbepalingen in het nationaal recht. Ten tweede is opvallend dat de omschrijving van de strafbare feiten in het communautaire recht kennelijk aan het rechtszekerheidsbeginsel is onderworpen, aangezien artikel 83 lid 2 VWEU slechts een grondslag vormt voor het vaststellen van minimumvoorschriften met betrekking tot strafbare feiten. Daarnaast is kennelijk ook de omschrijving van de *straffen* aan het rechtszekerheidsbeginsel onderworpen. Straffen worden echter per definitie niet duidelijk omschreven in het communautaire recht, omdat slechts minimum-maximumstraffen worden voorgeschreven. Om die redenen zijn deze overwegingen van het Hof enigszins verrassend. De inhoudelijke omschrijving van de eisen van het bepaaldheidsgebod, en de overweging

117 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 68.

118 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 70-71, met verdere verwijzingen.

dat daaraan voldaan kan zijn indien de bepaling is verduidelijkt in de jurisprudentie, is ontleend aan de rechtspraak van het EHRM.¹¹⁹

Het Hof komt echter opnieuw tot de conclusie dat het bepaaldheidsgebod niet is geschonden. De verwijzende rechter had gevraagd of het gebruikte begrip 'ernstige nalatigheid' wel voldoende helderheid bood. Het Hof geeft ten eerste enkele handvatten voor de uitleg van het begrip, maar sluit af met:

'Ten slotte moet richtlijn 2005/35 overeenkomstig artikel 249 EG door de lidstaten worden omgezet in hun respectieve rechtsorden. De definitie van de in artikel 4 van deze richtlijn bedoelde inbreuken en de sancties daarop, vloeien dus voort uit de door de lidstaten vastgestelde voorschriften.

Gelet op een en ander doet artikel 4 van richtlijn 2005/35, gelezen in samenhang met artikel 8 daarvan [de plicht tot omzetting door de lidstaten, JGHA], geen afbreuk aan het algemene rechtszekerheidsbeginsel voor zover de lidstaten daarbij worden verplicht het lozen van verontreinigende stoffen vanaf schepen dat met opzet, uit roekeloosheid of door "ernstige nalatigheid" gebeurt, strafbaar te stellen, zonder dit begrip te omschrijven.¹²⁰

Aanvankelijk stelt het Hof dus dat het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel een heldere omschrijving van de strafbare feiten en straffen *in de communautaire voorschriften* vereist. Als het vervolgens die communautaire voorschriften toetst, wijst het erop dat de definitie van de strafbare feiten en de straffen die daarop gesteld zijn voortvloeien *uit het nationale recht*. De richtlijn, gelezen in samenhang met de plicht voor lidstaten om die om te zetten in nationale strafbepalingen, schendt daardoor het legaliteitsbeginsel niet. Deze conclusie is in lijn met twee arresten van het Hof, waarin wordt erkend dat de betrokken richtlijnen vaag zijn, zonder dat dit de gelding ervan aantast. In *Procura della Repubblica* leidt de constatering dat de richtlijn vaag is (er is sprake van graduele vaagheid) tot de opdracht voor lidstaten deze te preciseren in het nationale recht, en tot een verbod op het vervolgens conform de vage richtlijn interpreteren van het heldere nationale recht.¹²¹ In *Scherndl*, een administratiefrechtelijke zaak, werd onder verwijzing naar *Procura della Repubblica* gesteld dat de richtlijn dusdanig vaag was dat deze niet mocht worden overgenomen in het nationale recht.¹²²

119 Het Hof verwijst daar ook naar: EHRM 22 juni 2000, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 en 33210/96 (*Coëme e.a./België*), r.o. 145. Deze jurisprudentie zal worden besproken in paragraaf 5.5.1.

120 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 78-79.

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

122 HvJ EG 23 oktober 2003, C-40/02, ECLI:EU:C:2003:584 (*Scherndl*), par. 34. Er zijn echter ook latere zaken waarin het Gerecht naar het arrest *Procura della Repubblica/X* verwijst ter ondersteuning van de stelling dat Uniewetgeving aan het bepaaldheidsvereiste moet voldoen, zie bijvoorbeeld GvEA EG 8 oktober 2008, T-69/04, ECLI:EU:T:2008:415 (*Schunk en Schunk Kohlenstoff-Technik/Commissie*), par. 28. Die conclusie kan er, indien de hier

In de zaak *Özlem Garenfeld* gaat het Hof van Justitie in op de toepasbaarheid van het bepaaldheidsgebod op *verordeningen*.¹²³ Aangezien de gedragsomschrijving van een strafbepaling in verordeningen kan liggen, is van nog groter belang dan bij richtlijnen of die gedragsomschrijving voldoende bepaald is en zo nee, wat daarvan de rechtsgevolgen zijn. De zaak betrof prejudiciële vragen van een Duitse rechter over de uitlegging van de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen, die twijfelde of de gedragingen van de verdachte verboden waren op grond van de verordening.¹²⁴ Het Hof van Justitie interpreteerde de verordening en kwam in antwoord op de gestelde vragen tot de conclusie dat de betreffende gedraging inderdaad verboden is op grond van het Europees recht. Hoewel de prejudiciële vragen het legaliteitsbeginsel niet noemen, is kennelijk ter terechtzitting aan de orde geweest of de bepalingen van de verordening voldoende helder zijn om te kunnen fungeren als bestanddelen van een strafbaar feit.¹²⁵ Daarover stelt het Hof van Justitie, in navolging van de advocaat-generaal:

‘of de bepalingen van het recht van de Unie in het onderhavige geval al dan niet voldoende duidelijk zijn om in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel voor strafbare feiten en straffen de bestanddelen te kunnen vormen voor een kwalificatie als strafbaar feit in het nationale recht, is uitsluitend ter beoordeling van de verwijzende rechter.’¹²⁶

Kennelijk kan deze verordening worden getoetst aan het legaliteitsbeginsel, en is de nationale rechter de daartoe aangewezen instantie. Daarbij herinnert het Hof van Justitie wel aan de minimumvoorwaarde uit het Handvest dat strafbare feiten en straffen duidelijk moeten zijn omschreven. Het Hof vervolgt:

‘Aan deze voorwaarde is uitsluitend voldaan wanneer de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.’¹²⁷

Bij dat oordeel is de nationale rechter dus in ieder geval gebonden aan de minimeisen uit het Handvest.

gepresenteerde interpretatie correct is, nu juist niet uit worden afgeleid.

123 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*).

124 Verordening (EG) 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen.

125 Zie par. 71 van de conclusie van A-G Y. Bot van 21 juli 2011, ECLI:EU:C:2011:514.

126 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48.

127 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48. Deze omschrijving is dezelfde als in het Intertanko-arrest, al voegt het Hof nu toe dat aan het bepaaldheidsgebod ‘uitsluitend’ is voldaan in het omschreven geval. Daarmee benadrukt het Hof dat het gaat om een minimumvereiste.

Het is opvallend dat het Hof de toets aan het legaliteitsbeginsel aan de nationale rechter laat, en de rechtsgevolgen daarvan zijn niet vanzelfsprekend. Strafrechtelijke handhaving van de hier centraal staande bepalingen van de verordening is op grond van de Richtlijn milieubescherming door middel van het strafrecht verplicht.¹²⁸ De nationale rechter mag ten eerste Europees recht niet onverbindend verklaren, dat oordeel is voorbehouden aan het Hof van Justitie in de hierboven besproken procedures. De nationale rechter zal dus hooguit de verordening buiten toepassing mogen laten in een individuele strafzaak (hetgeen ook blijkt uit het feit dat het Hof spreekt over de beoordeling of de bepalingen voldoende duidelijk zijn om 'in het onderhavige geval' als bestanddeel te kunnen gelden). De toepassing van verordeningen in het nationale recht mag echter niet aan nationaalrechtelijke voorwaarden worden verbonden, nu zij rechtstreeks toepasselijk zijn. De rechter zal dus niet aan het nationale legaliteitsbeginsel mogen toetsen, maar is aangewezen op artikel 49 Hv. Het gaat dus om de toepasbaarheid van een Europeesrechtelijke bepaling tegen de achtergrond van een Europeesrechtelijk rechtsbeginsel. Wellicht wil het Hof desondanks het oordeel overlaten aan de nationale rechter omdat het een nationale strafzaak betreft waar het Hof niet in wil treden. Het Hof stelt immers dat de rechter moet onderzoeken of de bepalingen kunnen dienen als bestanddelen voor 'een kwalificatie als strafbaar feit *in het nationale recht*' [cursivering: JGHA], waarmee het Hof het nationaalrechtelijke karakter van de zaak benadrukt.¹²⁹ Aangezien de rechter zal moeten toetsen aan artikel 49 Hv is het tot slot opvallend dat het Hof van Justitie slechts een minimumvereiste formuleert, en de invulling van die toets aan de nationale rechter laat. Een andere mogelijkheid dan buitentoepassinglating is wellicht een ontslag van alle rechtsvervolging wegens verontschuldigbare rechtsdwaling. Daarvoor is echter naar Nederlands recht vereist dat de verdachte daadwerkelijk onderzoek heeft gedaan naar de reikwijdte van zijn plichten en bevoegdheden.¹³⁰

De rechtspraak van het Hof van Justitie kan als volgt worden samengevat: het Hof acht het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van toepassing op de formulering van strafbare feiten en straffen. In termen van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer: de vereisten van het bepaaldheidsgebod zijn van toepassing bij de uitoefening van het *ius puniendi*.¹³¹ De verplichting het legaliteitsbeginsel te waarborgen is op eenzelfde wijze van toepassing op de Europese wet-

128 Art. 3 sub c Richtlijn 2008/99/EG van het Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.

129 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48.

130 De Hullu 2015, p. 365-369.

131 Concl. A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*), punt 102-104. Vaker echter verwijst hij met de term naar het daadwerkelijk vervolgen en bestraffen van een persoon. Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer over *ne bis in idem* bij HvJ EG 19 september 2002, C-187/01 en C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87 (*Gözütok en Brügge*).

gever als op de nationale wetgever.¹³² De situatie dat de Europese wetgever strafbare feiten en straffen omschrijft doet zich echter niet voor, aangezien Europees recht steeds wordt omgezet in een nationale strafbepaling. Om die reden komt het Hof in de hier besproken zaken steeds tot het oordeel dat het bepaaldheidsgebod niet is geschonden. Nu voor kaderbesluiten en richtlijnen in algemene zin geldt dat zij niet kunnen dienen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder basis in het nationale recht, kan op basis van de hier besproken rechtspraak worden aangenomen dat de daarin vervatte omschrijvingen van strafbare feiten het bepaaldheidsgebod niet schenden.¹³³ Dat ligt genuanceerder waar het verordeningen betreft. Wanneer verordeningen een gedragsomschrijving bevatten die wordt gehandhaafd met strafrechtelijke sancties, moet worden vastgesteld of deze bepalingen voldoende duidelijk zijn om te kunnen worden toegepast in een nationale strafzaak. In het *Garenfeld*-arrest liet het Hof die vaststelling over aan de nationale rechter.

Inhoudelijk is de enige aanwijzing die het Hof heeft gegeven voor de invulling van het bepaaldheidsgebod dat 'de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, [moet kunnen] opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.'¹³⁴ Daarmee legt het Hof in ieder geval nadruk op de subjectieve voorzienbaarheid, en accepteert het dat ook rechtspraak kan bijdragen aan de naleving van het bepaaldheidsgebod. Dat zijn beide kenmerken van de rechtenconceptie, die derhalve in de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt te overheersen.

5.4.5 Zou binding van de Europese wetgever aan het bepaaldheidsgebod wenselijk zijn?

In deze paragraaf is reeds gebleken dat onduidelijkheid zich om verschillende redenen voordoet in het Europees recht, en dat het Hof van Justitie geen rol ziet weggelegd voor het legaliteitsbeginsel bij de formulering van Europeesrechtelijke bepalingen die nog moeten worden omgezet in een nationale strafbepaling. Verordeningen mogen wel worden getoetst aan het bepaaldheidsgebod, maar door de nationale rechter. Voor het Hof van Justitie kan dus geen beroep worden gedaan op schending van het bepaaldheidsgebod in een verordening of richtlijn. Is die situatie wenselijk, met het oog op rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling?

Ten aanzien van eventueel uit te vaardigen rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen staat, ook voor het Hof van Justitie, buiten kijf dat aan het bepaaldheids-

132 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 71.

133 In die zin ook Asp 2012, p. 171-175; Klip 2016, p. 199-200.

134 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48.

gebod moet worden voldaan. Datzelfde geldt mijns inziens wanneer in het Europees recht componenten van strafbaarstellingen besloten liggen die middels een verwijzing in het nationale strafrecht rechtstreeks toepasbaar zijn. Op dit moment betreft dat gedragsomschrijvingen die in verordeningen besloten liggen, en die rechtstreeks worden toegepast als onderdeel van een nationale strafbepaling. Met het oog op het toetsen van verordeningen aan het bepaaldheidsgebod zal het Hof van Justitie een strafrechtelijk georiënteerde toetsingsmaatstaf moeten ontwikkelen voor de formulering van Europees recht.¹³⁵

Ten aanzien van richtlijnen, die altijd moeten worden omgezet in nationale strafbepalingen, ligt de situatie aanzienlijk ingewikkelder. Richtlijnen vestigen immers geen strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het idee achter de richtlijn is juist dat het een *richtlijn* is, die een doel stelt maar lidstaten daarbij een zekere vrijheid laat te kiezen voor vorm en middelen die passen in hun nationale recht. In de praktijk kunnen richtlijnen echter zeer gedetailleerd worden, waardoor van vrijheid bij de omzetting nauwelijks sprake meer is. Toch zou volledige binding van richtlijnen aan het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod de mogelijkheid lidstaten beleidsvrijheid te bieden sterk inperken.¹³⁶ Indien een richtlijn gedetailleerd en volledig de strafbare gedraging omschrijft, is de nationale wetgever volgens Satzger niet meer dan een 'figurant' in het wetgevingsproces omdat hij geen beleidsruimte meer heeft bij de omzetting van Europees recht in nationaal recht.¹³⁷ De auteurs van het *Manifesto on European Criminal Policy* stellen daarom dat de helderheid van de Europese bepaling omgekeerd evenredig moet zijn aan de beleidsvrijheid voor lidstaten. Beoogt een richtlijn totale harmonisatie, dan moet deze richtlijn net zozeer aan het bepaaldheidsgebod voldoen als nationale strafbepalingen.¹³⁸ Verticale machtsverdeling, namelijk de wens om de bevoegdheid tot het afbakenen van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet volledig over te hevelen naar het Europees niveau, vormt aldus een argument tegen binding van richtlijnen aan het bepaaldheidsgebod.

Tegelijkertijd is de invloed van Europees recht op de formulering van nationale strafbepalingen dermate groot dat het eveneens onwenselijk is alle verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van wetgeving bij de nationale wetgever neer te leggen. Wanneer Europese regelgeving een negatieve invloed heeft op de rechtszekerheid in de lidstaten, dan moet de verantwoordelijkheid daarvoor ook bij de Europese wetgever gelegd kunnen worden. Asp heeft in dit kader betoogd dat hoewel het legaliteitsbeginsel in beginsel betekenis heeft

135 Artikel 263 en 267 VWEU bieden daar ruimte toe, aangezien het Hof kan toetsen aan 'algemene rechtsbeginselen'.

136 Niet alle onduidelijkheid is ook beleidsvrijheid, zo zal nog worden betoogd in paragraaf 5.6.3, maar het bieden van beleidsvrijheid is wel onverenigbaar met de eisen van het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod.

137 Satzger 2001, p. 451-454.

138 Asp e.a. 2009, p. 708. Met dezelfde strekking Doorenbos 1992, p. 1056-1057.

voor de norm waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd, het legaliteitsbeginsel ook betekenis kan hebben voor normen die slechts indirect de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid bepalen.¹³⁹ EU-richtlijnen kunnen indirect het legaliteitsbeginsel schenden. Dat zou het geval zijn wanneer lidstaten verplicht zijn een onduidelijke bepaling woordelijk op te nemen in het nationale strafrecht. De Europese wetgever mag lidstaten niet verplichten het legaliteitsbeginsel te schenden door hen te verplichten een vage strafbaarstelling te creëren. Maar de verplichting van de Europese wetgever reikt verder: hij moet de voorwaarden scheppen waarin het daadwerkelijk mogelijk is voor lidstaten om het legaliteitsbeginsel te waarborgen bij de omzetting van de richtlijn. Wanneer een richtlijn vaag is, maar die onduidelijkheid heeft niet tot doel het creëren van beleidsruimte voor nationale wetgevers, dan bestaat er voor lidstaten die de bepaling willen concretiseren een groot risico dat zij daarmee niet voldoen aan hun Europeesrechtelijke verplichtingen. Dat risico kan wetgevers weerhouden van het scheppen van een duidelijke bepaling. Hoewel het Europees recht in die situatie niet daadwerkelijk verplicht tot een schending van het legaliteitsbeginsel, creëert het wel een situatie waarin een dergelijke schending waarschijnlijk is, aldus Asp. Satzger stelt in dit verband dat de Europese wetgever de nationale wetgever niet voor een 'onoplosbaar dilemma' mag stellen, waarbij de wetgever moet kiezen tussen schending van het Europees recht en schending van het legaliteitsbeginsel.¹⁴⁰ Als er gebruik wordt gemaakt van vage normen, stelt Asp, dan moet dit het doel hebben om lidstaten beleidsvrijheid te bieden, en de Commissie en het Hof moeten die vrijheid dan vervolgens ook respecteren (ik meen dat dit tot op heden ook lijkt te gebeuren¹⁴¹). Die indirecte binding heeft derhalve gevolgen voor de indringendheid waarmee de Commissie en het Hof van Justitie de omzetting van onduidelijke normen kunnen controleren: meer ruimte voor de nationale wetgevers betekent minder ruimte voor een gedetailleerde toets van de invulling van die discretionaire ruimte.¹⁴²

Voor heldere wetgeving op Europees niveau pleit voorts dat van zeer onduidelijk Europees recht een minder sterk harmoniserend effect kan worden verwacht.¹⁴³ Daarnaast heeft De Lamy erop gewezen dat vage richtlijnen de regelstellende bevoegdheid delegeren aan het Hof van Justitie. Het wetgevingsproces zoals het is vastgelegd in het Verdrag van Lissabon waarborgt het machtsverdelende aspect van het legaliteitsbeginsel, dus de relatie tussen wetgever en rechter.¹⁴⁴ Zijn argument is dus gebaseerd op de constitutionele structuur van het Europees project, die net als staten een verdeling in de

139 Asp 2012, p. 171-175.

140 Satzger 2012a, p. 91.

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

142 Asp 2012, p. 171-175.

143 Calderoni 2008, p. 270-273.

144 De Lamy 2012, p. 101.

functies wetgeving en rechtspraak kent. Om die reden wordt door sommige auteurs het uitvaardigen van vage normen ook op nationaal niveau als een ontoelaatbare delegatie van normstellende bevoegdheid aan de rechter gezien.¹⁴⁵ Deze argumenten, doelmatigheid en scheiding van de functies wetgeving en rechtspraak, hebben niet specifiek betrekking op Europese wetgeving maar zijn evengoed geldig voor nationale wetgeving.

Een 'indirecte' binding aan het bepaaldheidsgebod lijkt al met al het hoogst haalbare waar Europese regelgeving wordt omgezet in nationaal recht. Met Asp ben ik van mening dat waar het Europees recht invloed heeft op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar nationaal recht, Europese actoren de plicht hebben zo veel mogelijk de voorwaarden te scheppen waarin het bepaaldheidsgebod kan worden nageleefd. Dat is ten eerste een plicht die voortvloeit uit het rechtsstatelijke karakter van de Europese Unie: de lidstaten moeten de reikwijdte van hun plichten en bevoegdheden kunnen kennen. Deze plicht kan daarnaast worden gezien als een geheel eigen aspect van het Europees legaliteitsbeginsel zoals dat ligt verankerd in artikel 49 Hv, dat zorgt voor het waarborgen van rechtszekerheid in een meerlagige rechtsorde.

5.5 EUROPESE EISEN AAN OMZETTINGSWETGEVING

In deze paragraaf worden de eisen die het Europees recht stelt aan de omzetting van richtlijnen besproken. Het Hof van Justitie koppelt gebondenheid aan het legaliteitsbeginsel aan de uitoefening van het *ius puniendi*, dat wil zeggen aan het formuleren van strafbepalingen. Dat heeft tot gevolg dat omzettingswetgeving aan het bepaaldheidsgebod is onderworpen, en Europees recht, dat tot nu toe geen strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, niet. In deze paragraaf kijk ik naar Europese regels voor omzettingswetgeving, die wel aan het bepaaldheidsgebod is gebonden. Het Europees recht oefent op die manier invloed uit op de bepaaldheid van nationale regelgeving. Dat kenmerk heeft het gemeen met het EVRM, dat ook supranationale normen stelt voor nationale wetgevers. De invulling die het EHRM heeft gegeven aan het bepaaldheidsgebod komt daarom eerst aan de orde in deze paragraaf. Het EHRM formuleert minimeisen die in ieder geval in acht moeten worden genomen, en het Hof laat zich vaak door het EVRM inspireren bij de uitleg van artikel 49 lid 1 Hv. Hoewel in het punitief bestuursrecht geen *strafrechtelijke* aansprakelijkheid wordt gevestigd, moeten Europese regels die verplichtingen scheppen voor particulieren voldoende duidelijk zijn. Deze bepalingen van Europees recht worden immers rechtstreeks gehandhaafd, door de EU of door de lidstaten. Deze bepalingen, inclusief die uit het mededingingsrecht, zijn volgens het Hof echter niet aan precies dezelfde normen onderworpen als

145 Soeteman 1999, p. 173-174.

strafbepalingen.¹⁴⁶ Dit zal aan de orde komen in de tweede subparagraaf. Die twee aspecten in acht nemend kan ten slotte worden gekeken welke eisen het Hof op grond van het bepaaldheidsgebod stelt aan de omzetting van Europees recht in het nationale recht.¹⁴⁷

5.5.1 Het bepaaldheidsgebod in het EVRM

De rechtspraak van het EHRM biedt een goed voorbeeld van de uitwerking van de rechtenconceptie in de praktijk. Alle drie de kenmerken zijn herkenbaar: een afweging van bepaaldheid tegen andere idealen, bepaaldheid als gedeelde verantwoordelijkheid van wetgever en rechter en een benadering van de vraag of het recht voldoende duidelijk is vanuit de voorzienbaarheid van aansprakelijkstelling voor het rechtssubject. In paragraaf 4.3.1 is besproken dat het EVRM sinds het *Sunday Times*-arrest geen formele criteria toepast op de vraag wat recht is, maar materiële criteria. Deze criteria zijn of het recht kenbaar is (*accessibility*) en of het met voldoende precisie aangeeft welke juridische consequenties een bepaalde gedraging kan hebben (*foreseeability*). De eis van voorzienbaarheid wordt niettemin door het EHRM onmiddellijk gerelativeerd:

‘Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.’¹⁴⁸

Het EHRM refereert aan de onmogelijkheid volledig heldere regels tot stand te brengen. Duidelijkheid is in beginsel wel wenselijk, maar kan ten koste gaan van de openheid en flexibiliteit van het recht. Het is duidelijk dat het EHRM bepaaldheid ziet als een belang dat kan worden afgewogen tegen andere belangen: er kan ook *teveel* duidelijkheid zijn, waardoor het recht rigide wordt en het minder gemakkelijk bij de tijd te houden is door de rechter. In deze afwegingsbenadering is duidelijk de rechtenconceptie herkenbaar.

¹⁴⁶ Zie over dat verschil paragraaf 3.5.3.

¹⁴⁷ Voor de implementatie en uitvoering van verordeningen is slechts relevant het reeds besproken overschrijfverbod, waardoor uitvoering uitsluitend plaats kan vinden door in het nationale recht verwijzingen naar het Europees recht op te nemen. Verder zijn er vanuit Europeesrechtelijk perspectief geen aanvullende normen. De implementatie van verordeningen komt daarom in paragraaf 5.6.4 vanuit Nederlands perspectief pas weer aan de orde.

¹⁴⁸ EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*), r.o. 49.

In latere jurisprudentie is de rechtspraak over het begrip 'law' van overeenkomstige toepassing verklaard op artikel 7 EVRM¹⁴⁹ en het bepaaldheidsgebod wordt expliciet onderkend als deelnorm voortvloeiend uit artikel 7 EVRM.¹⁵⁰ Het EHRM past in het algemeen de rechtspraak over voorzienbaarheid die buiten die context is ontwikkeld, ook toe op het strafrecht. In *Kokkinakis/Griekenland* wordt de hierboven geciteerde overweging dat bepalingen nu eenmaal soms vaag zijn geformuleerd omdat ze anders rigide zijn en niet kunnen worden toegepast indien de omstandigheden veranderen, probleemloos toegepast op een strafbepaling. Daarbij hechtte het EHRM wel waarde aan het bestaan van gevestigde en toegankelijke jurisprudentie waarin de vage bepaling afdoende was verduidelijkt.¹⁵¹

In het arrest *Coëme/België* geeft het EHRM een omschrijving van het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod, die veel aangehaald wordt door het Hof van Justitie. Het EHRM overweegt:

'[O]ffences and the relevant penalties must be clearly defined by law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable.'¹⁵²

Aan het vereiste van voorzienbaarheid is ook voldaan indien de wet geen helderheid biedt, maar in de jurisprudentie voldoende is geconcretiseerd.¹⁵³ Duidelijkheid van het recht wordt dus geconstrueerd als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de wetgever en de rechter.¹⁵⁴ Ook daarin is de rechtenconceptie zichtbaar in de jurisprudentie van het EHRM. Omdat onduidelijke wetgeving niet problematisch is indien deze in de rechtspraak is geconcretiseerd, concludeert het EHRM niet snel tot een schending van het bepaaldheidsgebod. De aandacht van het EHRM verschuift als het ware van de norm naar de toepassing van het recht in het concrete geval, om te kijken of die toepassing voorzienbaar is geweest.¹⁵⁵

Het EHRM verduidelijkt de overwegingen over de afweging tussen bepaaldheid en onduidelijkheid nog verder in het *Cantoni*-arrest. Het stelt:

149 EHRM 22 november 1995, zaken 20190/92 en 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*).

150 EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (*Kokkinakis/Griekenland*), r.o. 52.

151 EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (*Kokkinakis/Griekenland*), r.o. 40.

152 EHRM 22 juni 2000, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 en 33210/96 (*Coëme e.a./België*), r.o. 145.

153 EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*), r.o. 49.

154 Dat is nog sterker zichtbaar in het arrest *CR/Verenigd Koninkrijk* waarin het EHRM stelt dat het EVRM zich niet verzet tegen een 'gradual clarification' van wetten in de rechtspraak, EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*CR/Verenigd Koninkrijk*).

155 In vergelijkbare zin Van Kempen & Feodorova 2015, p. 18-21.

'[I]t is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use general categorisations as opposed to exhaustive lists.'¹⁵⁶

Het EHRM relateert in deze overweging algemeenheid aan vaagheid. In de rechtsoverweging die daarop volgt stelt het dat algemene categorieën vaak worden gekenmerkt door een '*penumbra of doubt*'.¹⁵⁷ Een algemene term is wellicht vaak vaag, maar niet noodzakelijk vager dan een specifieke term.¹⁵⁸ Het begrip 'mens' is niet per definitie vager dan het begrip 'man' of 'kind'. Dat een begrip algemeen is, maakt de wet dus niet per se onvoldoende duidelijk of voorspelbaar.

In het *Groppera Radio*-arrest uit 1990 legt het EHRM ten derde een verband tussen de inhoud van de rechtsnorm, het onderwerp dat door de norm wordt bestreken en de hoeveelheid en hoedanigheid van de normadressaten en de reikwijdte van de eisen van kenbaarheid en voorzienbaarheid.¹⁵⁹ In die zaak hecht het EHRM betekenis aan het feit dat de normen weliswaar technisch en complex zijn, maar dat de normadressaten specialisten zijn waarvan mag worden verwacht dat zij zich oriënteren op de relevante regelgeving en indien noodzakelijk juridisch advies inwinnen. Ook de noodzaak tot het inwinnen van juridisch advies leidt dus niet per se tot de conclusie dat het recht onvoldoende bepaald is. In *Cantoni/Frankrijk* worden de overwegingen uit het *Groppera Radio*-arrest over de contextueel bepaalde voorzienbaarheid herhaald en toegepast in de context van het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod. Van professionele marktdeelnemers wordt verwacht dat zij voorzichtigheid aan de dag leggen bij het uitoefenen van hun bedrijf, en dat zij zich bijgevolg oriënteren op de geoorloofdheid van hun gedragingen.¹⁶⁰ Als zij van tevoren wisten dat zij het risico liepen strafrechtelijk aansprakelijk te worden gesteld, kunnen zij zich in beginsel niet beroepen op het legaliteitsbeginsel.¹⁶¹ Deze invulling van een contextueel bepaald rechtszekerheidsbegrip is niet vanzelfsprekend: het gegeven dat het gaat om bepalingen met een ordeningsrechtelijk karakter kan juist ook leiden tot het stellen van hogere eisen aan de omschrijving daarvan, aangezien die bepalingen kunnen worden geacht een grotere gedragsleidende betekenis te hebben.¹⁶²

156 EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), r.o. 31.

157 EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), r.o. 32.

158 Waldron 1994, p. 522; Jacobsen 2009, p. 329; Visser 2001, p. 46. Anders: Paunio 2013, p. 13.

159 EHRM 28 maart 1990, 10890/84 (*Groppera Radio/Zwitserland*), r.o. 68.

160 EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), par. 35; zie ook EHRM 28 maart 1990, 10890/84 (*Groppera Radio/Zwitserland*), r.o. 68. Het bepaaldheidsgebod geldt zowel voor de delictsomschrijving als voor de omschrijving van de straf, EHRM 12 februari 2008, 21906/04 (*Kafkaris/Cyprus*), r.o. 140-142.

161 EHRM 3 mei 2007, zaken 11843/03, 11847/03 en 11849/03 (*Custers/Denemarken*), r.o. 81; EHRM 25 november 1997, 24348/94 (*Grigoriades/Griekenland*), r.o. 38; Murphy 2009.

162 Loth 2000, p. 88.

5.5.2 Het bepaaldheidsgebod in het punitief bestuursrecht

In paragraaf 3.5.3 is rechtspraak besproken van het Gerecht en het Hof van Justitie op het terrein van het mededingingsrecht. Meerdere ondernemingen hebben zaken aangespannen omdat zij vonden dat de sanctiebepaling van artikel 15 lid 2 van Verordening 17/62 onvoldoende inzichtelijk maakte wat de mogelijke hoogte van de sanctie zou zijn, omdat een absoluut sanctieplafond ontbreekt. Voorspelbaarheid van de hoogte van de op te leggen sanctie wordt echter door het Gerecht als onwenselijk beschouwd omdat daarmee calculerend gedrag wordt gefaciliteerd.¹⁶³ Daarin is een duidelijke afweging tussen bepaaldheid en effectiviteit zichtbaar. In deze paragraaf staat de bepaaldheid van de *gedragsomschrijving* centraal. Voor de goede orde zij herhaald dat de jurisprudentie over het mededingingsrecht, zowel ten aanzien van de sancties als ten aanzien van de gedragsvoorschriften, moet worden bekeken in het licht van de Europeesrechtelijke kwalificatie daarvan als bestuursrecht.

De bepaaldheid en voorzienbaarheid van de verbodsbepalingen werden aan de orde gesteld in het arrest *Hoffmann-La Roche*, het eerste arrest waarin het bepaaldheidsgebod wordt geaccepteerd als mededingingsrechtelijk beginsel.¹⁶⁴ De begrippen 'machtspositie' en 'machtsmisbruik' zijn volgens Hoffmann-La Roche onvoldoende helder om te bepalen welke gedragingen toegestaan zijn en welke niet, terwijl de begrippen nog niet nader zijn uitgelegd in de jurisprudentie of administratieve praktijk. Daar is het Hof het niet mee eens. Het wijst ten eerste op de handhavingspraktijk in de lidstaten waarin de gebezigde termen zijn geconcretiseerd. Een 'onderneming van verzoeksters omvang' moet daar ervaring mee hebben opgedaan, aldus het Hof. Bovendien kon Roche, indien zij zich had opgesteld als 'waakzaam ondernemer' (r.o. 134) op grond van de verordening zich laten voorlichten over de toepassing van het communautaire mededingingsrecht. Het Hof oordeelt dus dat ook de oplegging van administratieve sancties voorzienbaar moet zijn, maar staat wel toe dat een vage norm in de jurisprudentie en praktijk wordt verduidelijkt. Daarnaast valt op dat wordt verwezen naar de omvang van de onderneming en de mogelijkheid tot het verkrijgen van een negatieve verklaring van de Commissie.¹⁶⁵ Er bestaat dus een mogelijkheid duidelijkheid te verkrijgen over de individuele rechtspositie. Dat zegt niet zoveel over de duidelijkheid van het normstelsel op zichzelf. Dat het Hof zekerheid voor het individu voldoende vindt, duidt op het hanteren van een subjectief rechtszekerheidsbegrip, dat past binnen de rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod.

163 GvEA EG 5 april 2006, T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103 (*Evonik Degussa/Commissie*), r.o. 83.

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

165 Art. 2 Verordening (EEG) 17/62. Een negatieve verklaring houdt in een besluit van de Commissie dat zij op grond van de bekende gegevens geen aanleiding ziet om handhavend op te treden.

In 1980 wijst het Hof het arrest *Gondrand en Garancini*, waarin een omschrijving wordt gegeven van de eisen aan belastingwetgeving voortvloeiend uit het rechtszekerheidsgebod, die later is veralgemeniseerd in een standaardoverweging.¹⁶⁶ Het arrest *Gondrand en Garancini* gaat over het douanerecht, waarbij Europese verordeningen door de lidstaten worden gehandhaafd, en volgens de standaardformule die ook in het mededingingsrecht wordt gebruikt eist het rechtszekerheidsbeginsel 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'.¹⁶⁷ In het geval van *Gondrand en Garancini* ontbrak het de verordening aan die duidelijkheid, aldus het Hof, waarbij het mede gewicht toekent aan het feit dat de Franse autoriteiten deze de eerste drie jaar anders – in het voordeel van de betrokken rechtspersoon – hebben uitgelegd. De eis van het nauwkeurig en ondubbelzinnig kunnen kennen van rechten en verplichtingen vloeit voort uit het rechtszekerheidsbeginsel, en wordt in recente rechtspraak enkele malen geformuleerd naast de eis dat het Unierecht 'een duidelijke omschrijving geeft van de inbreuken en de daarop gestelde straffen', die voortvloeit uit het legaliteitsbeginsel.¹⁶⁸ Het Hof van Justitie verwijst in latere jurisprudentie vaak naar de arresten van het EHRM over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Daaruit volgt, aldus het Hof, 'dat de strekking van het begrip voorzienbaarheid grotendeels afhankelijk is van de inhoud van de betrokken bepaling, de door die bepaling bestreken materie en het aantal en de hoedanigheid van de adressaten ervan'.¹⁶⁹ Met name beroepsbeoefenaren moeten bijzonder voorzichtig zijn en de 'risico's' die met hun handelen gepaard gaan beoordelen.¹⁷⁰

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

167 HvJ EG 9 juli 1981, 169/80, ECLI:EU:C:1981:171 (*Gondrand en Garancini*), r.o. 17. Later is deze overweging veralgemeniseerd tot de overweging dat regelgeving 'de belanghebbende in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen, en dat deze laatsten ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen', zie voor een voorbeeld HvJ EU 29 maart 2011, C-352/09 P, ECLI:EU:C:2011:191 (*ThyssenKrupp Nirosta/Commissie*), r.o. 81.

168 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 29 maart 2011, C-352/09 P, ECLI:EU:C:2011:191 (*ThyssenKrupp Nirosta/Commissie*), r.o. 80-81; Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, ECLI:EU:T:2014:1033 (*Lucchini SpA*), r.o. 151-152.

169 HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*), r.o. 219.

170 HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*), r.o. 219. Zie ook GvEA EG 8 juli 2008, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256 (*AC Treuhand AG/Commissie*), r.o. 142. In een eerdere zaak strandde een beroep op het legaliteitsbeginsel omdat de onderneming zich er bewust van was dat de Commissie een andere interpretatie had van de norm. Hoewel het de onderneming niet precies duidelijk was wat die uitleg behelsde, nam zij, door hier niet nader onderzoek naar te doen en haar eigen uitleg voorop te stellen, 'bewust het risico' dat haar handelen in strijd zou zijn met het Europese recht. Zie HvJ EG 17 mei 1984, 83/83, ECLI:EU:C:1984:185 (*Estel/Commissie*), r.o. 16-37.

De formulering van het bepaaldheidsgebod in het punitief bestuursrecht luidt dat verplichtingen *nauwkeurig* en *ondubbelzinnig* moeten worden omschreven. Dat wekt de indruk van een zeer strikte norm, terwijl de invulling daarvan in de mededingingsrechtelijke praktijk niet als zeer strikt kan worden gekenschetst. De rechtspraak van het Hof van Justitie in het mededingingsrecht laat een subjectieve benadering zien van het bepaaldheidsgebod die past binnen de rechtenconceptie. Dat voor een subjectieve benadering is gekozen, kan wellicht ten dele worden verklaard door het feit dat het mededingingsrecht met de negatieve verklaring een mechanisme biedt voor ondernemingen om zekerheid te verkrijgen over hun individuele positie. Aangezien het mededingingsrecht betrekking heeft op ondernemingen, leidt de contextuele benadering evenals bij het EHRM tot een verlaging van de eisen die aan wetgeving worden gesteld. Van ondernemingen mag namelijk een extra inspanning worden gevergd en bovendien wordt van ondernemingen verwacht dat zij geen 'risico's' nemen om de regels te overtreden. Zou de omvang van de verplichtingen daadwerkelijk nauwkeurig en ondubbelzinnig kenbaar zijn, zou van dergelijke risico's niet kunnen worden gesproken.

5.5.3 Bepaaldheid als eis aan de nationale wetgever

In het EVRM en in het punitief bestuursrecht is de rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod prominent aanwezig. Het is echter denkbaar dat het Hof van Justitie strengere eisen stelt aan omzettingswetgeving in het strafrecht, niet alleen vanwege het legaliteitsbeginsel, maar ook vanuit het perspectief van toezicht op de naleving van Europees recht. In het vorige hoofdstuk bleek immers dat hoewel artikel 49 lid 1 Hv waarschijnlijk een materieel rechtsbegrip impliceert, het Hof toch van lidstaten eist dat zij richtlijnen omzetten in geschreven strafbepalingen. In deze subparagraaf wordt daarom gekeken naar de eisen aan strafrechtelijke omzettingswetgeving.

Wanneer het Europees recht de lidstaten verplicht tot het nemen van maatregelen die verplichtingen opleggen aan particulieren, dan moeten die maatregelen aan dezelfde eisen voldoen als communautaire regelgeving. Dit betekent dat lidstaten bij de omzetting van richtlijnen of uitvoering van verordeningen de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel, in acht moeten nemen. Wetgeving moet duidelijk zijn en behoorlijk bekend worden gemaakt.¹⁷¹ Het vereiste dat omzettingswetgeving rechtszekerheid moet bieden heeft redelijk wat jurisprudentie opgeleverd bij het Hof, met name in inbreukprocedures.¹⁷² Zo overweegt het Hof van Justitie consequent dat richtlijnen moeten worden omgezet 'door middel van bepalingen die een voldoende

171 HvJ 10 EG maart 2009, C-345/06, ECLI:EU:C:2009:140 (*Heinrich*), r.o. 44-46.

172 Zie voor verwijzingen naar een grote hoeveelheid jurisprudentie Kristen 2004, p. 40-41.

bepaalde, duidelijke en doorzichtige situatie scheppen, zodat de particulieren hun rechten en verplichtingen kunnen kennen.¹⁷³ Per 1 december 2014 kan de Commissie inbreukprocedures starten indien richtlijnen niet adequaat zijn omgezet in het strafrecht. Kijkend naar de jurisprudentie op andere terreinen is niet ondenkbaar dat de mate waarin omzettingen wetgeving rechtszekerheid weet te bieden aan justitiabelen voorwerp van discussie zal worden in die inbreukprocedures, maar het is vooralsnog afwachten op zaken die het Hof de gelegenheid geven meer concrete aanwijzingen te geven inzake omzetting van Unierecht in het materiële strafrecht.

Omzetting van een richtlijn in nationale wetgeving kan worden vergeleken met het vertalen van een tekst in een andere taal. Daarbij zijn er voor de vertaler grofweg twee strategieën: brontaalgericht of doeltaalgericht vertalen. Bij een brontaalgerichte vertaling wordt gepoogd de vertaling zo veel mogelijk trouw te laten zijn aan de oorspronkelijke versie. Als in de brontekst op twee plaatsen hetzelfde woord wordt gebruikt, zal ook in de vertaling twee keer voor hetzelfde woord worden gekozen. Bij een doeltaalgerichte vertaling wordt juist zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de taal en belevingswereld van de lezer van de vertaling. Als voor het begrip van de lezer een niet-letterlijke vertaling de bedoeling van de brontekst beter weergeeft dan een meer letterlijke vertaling, dan kan daarvoor worden gekozen.

Op vergelijkbare wijze kunnen ook lidstaten kiezen voor een 'bronrechtgerichte' of 'doelrechtgerichte' omzetting. Richtlijnen kunnen letterlijk worden opgenomen in de nationale wet of worden vertaald in nationale begrippen en termen. Beide methoden van omzetting zijn in beginsel toegestaan.¹⁷⁴ De toetssteen is of de doelstellingen van de richtlijn worden bereikt; het niet woordelijk overnemen van bepalingen, zelfs definitiebepalingen, levert daarom niet zonder meer een schending van de omzettingsverplichting op.¹⁷⁵ Een aantal overwegingen kan worden betrokken in de keuze voor de ene of andere mogelijkheid. Voor het letterlijk overnemen van Europese regelgeving in nationale regelgeving pleit ten eerste dat daarmee het risico dat nationale wetgeving het Europees recht schendt wordt geminimaliseerd. Het is daarom denkbaar dat een lidstaat ervoor kiest een vaag begrip uit een richtlijn niet nader te concretiseren uit angst met een te smalle definitie niet te voldoen aan de eisen van het Europees recht.¹⁷⁶ Het ligt bij letterlijke omzetting voor de hand dat de begrippen Unierechtconform kunnen worden geïnterpreteerd

173 HvJ EG 2 augustus 1993, C-366/89, ECLI:EU:C:1993:330 (*Commissie/Italië*), r.o. 17. Zie voorts HvJ EG 30 januari 1985, 143/83, ECLI:EU:C:1985:34 (*Commissie/Denemarken*) en HvJ EG 23 mei 1985, C-29/84, ECLI:EU:C:1985:229 (*Commissie/Duitsland*).

174 Prechal 2005a, p. 76-78.

175 HvJ EG 9 april 1987, 363/85, ECLI:EU:C:1987:196 (*Commissie/Italië*).

176 Asp 2002, p. 230.

aangezien wordt aangesloten bij het Europees begrippenkader.¹⁷⁷ Indien discrepanties ontstaan met bestaande nationale wetgeving kan worden gekozen voor 'spontane doorharmonisatie', waarbij nationale regelgeving, die niet onder de verplichtingen van de richtlijn valt, eigener beweging wordt aangepast aan het Europees recht.¹⁷⁸ Het kan niettemin in andere situaties voordeliger zijn het Europees recht te vertalen in nationale begrippen, omdat het dan beter past in het nationale kader en als zodanig ook gemakkelijker kan worden toegepast. Daarmee bestaat wel het risico dat de Europese herkomst van de bepaling wordt verhuld en dat de nationale begrippen niet goed aansluiten op de Europese.¹⁷⁹ Verwezenlijkt zich dat risico, dan behoeft de nationale wet aanpassing. Voor de burger zal evenwel een bepaling die aansluit bij nationale terminologie wellicht gemakkelijker te begrijpen zijn. Bovendien kan de wetgever van mening zijn dat de gekozen formulering in een richtlijn onvoldoende helderheid schept om in een strafbepaling te worden opgenomen als bestanddeel. De keuze tussen deze twee mogelijkheden wordt vaak mede bepaald door de mate waarin op nationaal niveau al wetgeving bestaat met een eigen systematiek. Wordt een richtlijn omgezet in een bepaling van materieel strafrecht in het Wetboek van Strafrecht, zal sneller worden aangesloten bij het begrippengebruik in het commune strafrecht. Wordt een richtlijn echter omgezet in een bijzondere strafwet en bestaat er op Europees niveau een heldere systematiek, ligt aansluiting bij Europese begrippen weer meer voor de hand.¹⁸⁰

Er zijn niettemin gevallen waarin lidstaten de *plicht* hebben een bepaling te concretiseren in het nationale recht. In die gevallen kunnen zij dus niet kiezen voor het woordelijk overnemen van het Europees recht. Dat is zo indien een richtlijn een vage term bevat, die een zekere mate van beleidsvrijheid laat aan de lidstaten. Voorbeelden daarvan zijn het begrip 'een aanzienlijk deel van zijn normale werktijd'¹⁸¹ en 'grote hoeveelheden drugs'.¹⁸² Die begrippen lenen zich niet voor letterlijke overname in een strafbepaling, zo volgt uit het arrest *Procura della Repubblica/X*.¹⁸³ Het gaat in beide gevallen om gradueel vage termen. Deze vereisen van de wetgever dat hij een punt kiest

177 In die zin ook HvJ EU 10 oktober 2013, C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 (*Spedition Welter*), r.o. 31.

178 Prechal & Van den Brink 2010, p. 12.

179 Prechal & Van den Brink 2010, p. 3-4.

180 Prechal & Van den Brink 2010, p. 11-13; Van Gestel 2006, p. 218-219.

181 Richtlijn 90/270/EEG van de Raad van 29 mei 1990 betreffende minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid met betrekking tot het werken met beeldschermapparatuur.

182 Art. 4 lid 2a van Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van illegale drugshandel.

183 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*). Zie ook de bespreking van dit arrest in paragraaf 5.4.4.

op de schaal waarboven er sprake is van een 'een aanzienlijk deel' van de werktijd of een 'grote hoeveelheid' illegale drugs.

Lidstaten opereren kortom in een spanningsveld waarbij ze het Europees recht zo getrouw mogelijk moeten omzetten en tegelijkertijd rechtszekerheid moeten scheppen voor hun burgers. Zij kunnen niet altijd kiezen voor een bronrechtgerichte omzetting en het Europees recht woordelijk overnemen, omdat het Europees recht daar soms te vaag voor is. Specifieke eisen aan omzetting in het strafrecht worden niet gesteld, maar het Europees recht eist wel dat burgers hun rechten en plichten kunnen kennen. In deze context wordt niet verwezen naar de mogelijkheid voor de rechter om onduidelijke wetgeving achteraf te concretiseren: het is het geschreven recht dat voldoende rechtszekerheid moet bieden. Deze benadering lijkt strikter te zijn dan de benadering van het EHRM en de benadering van het Hof in mededingingsrechtelijke zaken, en tendeeft richting de rechtspositivistische conceptie van het bepaaldheidsgebod. Of het een bewust verschil betreft en of daar betekenis aan moet worden gehecht, kan niet met zekerheid gezegd worden, maar een verklaring kan zijn dat het bepaaldheidsgebod in deze situatie niet alleen de rechtszekerheid dient, maar ook toezicht op de naleving van Europees recht mogelijk maakt. Of een lidstaat het Europees recht adequaat heeft geïmplementeerd is gemakkelijker te bepalen wanneer niet alleen de praktijk, maar ook de wet conform het Europees recht moet zijn. Conformiteit van wetgeving is immers gemakkelijker te beoordelen dan conformiteit van de praktijk. Lidstaten, meer precies de nationale wetgevers, moeten kortom per richtlijn beoordelen of en hoeveel beleidsvrijheid zij hebben bij de omzetting. Daarbij geldt dat aan het rechtszekerheidsbeginsel geen afbreuk mag worden gedaan, ook niet met een beroep op de effectiviteit van het Europees recht.

5.6 HET BEPAALDESGEBOD EN DE NEDERLANDSE WETGEVER

In deze paragraaf verschuift de aandacht naar het Nederlandse toneel, meer precies naar de wijze waarop de Nederlandse *wetgever* omgaat met de plicht tot omzetting wanneer het Europees recht semantisch onduidelijk is. In paragraaf 5.2 zijn semantische en wetssystematische onduidelijkheid onderscheiden. Wetssystematische onduidelijkheid blijft in deze paragraaf buiten beschouwing, want hoewel complexiteit en in een enkel geval inconsistenties¹⁸⁴ zich ook voordoen op Europees niveau, zijn die voor de wetgever minder relevant. De

184 Een voorbeeld van een inconsistentie is de strafbaarstelling van kindermisbruik, die zowel voorkomt in de Richtlijn kinderpornografie als in de Richtlijn mensenhandel, maar een verschillende minimum-maximumstraf kent. Omdat het een minimum betreft, zijn de bepalingen niet formeel met elkaar in strijd. Bovendien ligt de daadwerkelijke strafdreiging in het nationale recht.

meeste complexiteit en inconsistenties doen zich voor in het samenspel tussen Europees en nationaal recht en komen hooguit aan de orde bij de nationale rechter. Deze paragraaf richt zich daarom op semantische onduidelijkheid, meer specifiek op vaagheid.

In deze paragraaf komt eerst de omzetting van richtlijnen en kaderbesluiten aan de orde. De wetgever hanteert enkele uitgangspunten bij de omzetting van Europese richtlijnen die een tijdige en accurate omzetting beogen te garanderen. Vervolgens komt aan bod de wijze waarop de Nederlandse wetgever omgaat met zijn plicht tot omzetting wanneer het Europees recht semantisch onduidelijk is. Daarbij wordt afzonderlijk onderzocht wat de gevolgen zijn van criteriale vaagheid en graduele vaagheid, de vormen van vaagheid die zijn besproken in paragraaf 5.2. Er worden verschillende scenario's geschetst, die er – zeer tentatief – op lijken te duiden dat er relaties bestaan tussen de manieren waarop het Europees recht onduidelijk kan zijn en wat daarvan de gevolgen zijn voor het nationale recht. Die informatie is benodigd om aan het eind van het hoofdstuk de vraag te kunnen beantwoorden of er een noodzaak bestaat de Europese wetgever te binden aan het bepaaldheidsgebod en zo ja, op welke wijze een dergelijke gebondenheid vorm zou kunnen krijgen. Het laatste onderdeel van deze paragraaf gaat over de implementatie van verordeningen en de legaliteitsproblemen die kunnen ontstaan bij het gebruikmaken van verwijzingen naar het Europees recht. Daarbij wordt net als bij richtlijnen eerst gekeken naar de uitgangspunten van de wetgever, en vervolgens naar de praktijk.

5.6.1 Nederlandse uitgangspunten bij de omzetting van kaderbesluiten en richtlijnen

Er zijn verschillende documenten die de omzetting van Europese regelgeving beogen te begeleiden. Dat zijn ten eerste de Aanwijzingen voor de regelgeving, die algemene uitgangspunten voor wetgeving bevatten alsmede enkele specifiek op omzetting van Europees recht toegesneden aanwijzingen.¹⁸⁵ Daarnaast is de 'Handleiding wetgeving en Europa. De voorbereiding, totstandkoming en nationale implementatie van Europese regelgeving' (hierna: de Handleiding) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie een belangrijke leidraad.¹⁸⁶ In deze subparagraaf worden de belangrijkste elementen uit deze twee documenten besproken.

¹⁸⁵ Aanwijzingen voor de regelgeving, Gebaseerd op het besluit van de Minister-President van 18 december 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatst gewijzigd op 11 mei 2011, *Stcrt.* 2011, 6602.

¹⁸⁶ Handleiding Wetgeving en Europa, Ministerie van Justitie 2009. Dit is de opvolger van het document '101 praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten', Ministerie van Justitie 2001.

Ten eerste komt de kwestie bronrechtgericht of doelrechtgericht omzetten expliciet aan de orde in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Aanwijzing 56, blijkens de toelichting vooral geschreven met het oog op implementatiewetgeving, bepaalt dat voor de terminologie in het Nederlandse recht zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de terminologie in het internationaal en Europees recht, tenzij die termen niet duidelijk zijn, leiden tot inconsistenties met overige Nederlandse wetgeving of simpelweg geen goed Nederlands opleveren. Op basis van deze aanwijzing gaat de eerste voorkeur dus uit naar het overnemen van of verwijzen naar Europese terminologie. Daarnaast staat in hoofdstuk 8, dat specifiek gaat over de implementatie van Europese regelgeving, in aanwijzing 338 dat bij implementatie zoveel mogelijk wordt aangesloten bij instrumenten in bestaande wetgeving. Indien de omzettingwetgeving wordt ingebed in een bestaand juridisch kader, zal dus sneller worden aangesloten bij Nederlandse terminologie.

Dat de praktijk de wetgever soms voor een lastige keuze stelt tussen bronrecht- of doelrechtgericht omzetten, illustreert de memorie van toelichting bij de wijziging van de Wet milieubeheer. De Commissie had erop aangedrongen zoveel mogelijk aan te sluiten bij de in het Europees recht gebruikelijke begrippen. Die sloten echter niet aan op de in Nederland gangbare terminologie waar het ging om het begrip verwijdering: wat verwijdering is in het Europees recht is 'definitieve verwijdering' in het Nederlandse, en 'verwijdering' in het Nederlandse recht komt overeen met het Europees begrip 'beheer'.¹⁸⁷ De Nederlandse wetgever moest ofwel afwijken van de in het nationale recht gebruikelijke terminologie, ofwel afwijken van de Europese terminologie. De wetgever kiest voor het laatste, en licht dit expliciet en helder toe in de memorie van toelichting, hetgeen te prijzen is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en in enige mate compenseert voor de systematische onduidelijkheid die met deze inconsistentie wordt geschapen.

Aanwijzing 337 uit hetzelfde hoofdstuk 8 luidt als volgt: 'Bij implementatie worden in de implementatieregeling geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn.' Blijkens de toelichting beoogt deze aanwijzing te voorkomen dat omzetting deel wordt van een brede herziening van een regeling of dat nationaal beleid wordt meegenomen (een zogenoemde 'nationale kop'), omdat daarmee het risico bestaat dat het omzettingsproces vertraging oploopt. Die vertraging kan de wetgever zich doorgaans, gezien de korte implementatietermijnen, niet permitteren. Het gaat daarbij om zuiver nationaal beleid. Aanwijzing 337 staat daarom volgens de Handleiding niet in de weg aan het stellen van striktere normen bij minimumharmonisatie¹⁸⁸ of anderszins het maken van beleidskeuzes waarin expliciet is voorzien in het

187 *Kamerstukken II* 1998/99, 26638, 3, p. 9-10.

188 In het strafrecht: het vergroten van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van wat in de richtlijn verplicht wordt gesteld.

Europees recht.¹⁸⁹ Wel is het al geruime tijd beleid om zo min mogelijk striktere eisen te introduceren die het Nederlandse bedrijfsleven in een ongunstige positie zouden kunnen brengen.

De Handleiding Wetgeving en Europa bevat deels een uitwerking van de Aanwijzingen en deels een oriëntatie op Europese regelgeving en de daaruit voortvloeiende verplichtingen voor de wetgever. In deze Handleiding wordt het probleem gesignaleerd dat het vaak lastig is beleidsruimte in Europese regelgeving te herkennen. Uit de aard van het instrument, richtlijn of verordening, kunnen geen conclusies worden getrokken over het al dan niet bestaan van beleidsvrijheid. Soms blijkt uit de bepaling expliciet dat lidstaten de bevoegdheid of verplichting hebben beleidskeuzes te maken bij de omzetting, maar niet zelden zijn de bepalingen van Europees recht vaag. In die gevallen, aldus de Handleiding, is beleidsruimte een onbedoeld bijproduct van een moeizaam verlopen wetgevingsproces op Europees niveau.¹⁹⁰

5.6.2 Omzetting van kaderbesluiten en richtlijnen

In deze subparagraaf bekijk ik hoe de Nederlandse wetgever omgaat met zijn omzettingsplicht, met bijzondere aandacht voor die gevallen waarin het Europees recht niet geheel duidelijk is. Het doel daarvan is te kijken in hoeverre vaagheid inderdaad gelijk kan worden gesteld met beleidsvrijheid, en of en in hoeverre vage richtlijnen in nationale wetgeving worden geconcretiseerd. Aan de orde komen de keuzes die door de wetgever zijn gemaakt bij het omzetten van 'onjuiste of misleidende signalen' uit de Richtlijn marktmisbruik, het begrip 'plichtsverzuim' uit het Kaderbesluit private corruptie, het terroristisch oogmerk uit de Richtlijn strafrechtelijke bestrijding van terrorisme en, als voorbeeld van graduele vaagheid, 'grote hoeveelheden drugs' uit het Kaderbesluit illegale drugshandel.

De gevolgde werkwijze heeft implicaties voor de waarde die aan de resultaten kan worden gehecht. Voor de selectie van bovenstaande gevallen heb ik mij georiënteerd op de literatuur. Van deze kaderbesluiten en richtlijnen is in de literatuur gesteld dat ze vaag zijn en daarom mogelijk in strijd met het bepaaldheidsgebod. Van deze kaderbesluiten en richtlijnen heb ik onderscheiden of sprake is van criteriale of graduele vaagheid. Vervolgens is gekeken naar de wijze waarop die kaderbesluiten en richtlijnen zijn omgezet, om te kijken of criteriale en graduele vaagheid heeft geleid tot vage strafbepalingen, of dat ze zijn geconcretiseerd in het nationale recht. Op basis daarvan wordt een verband geschetst tussen vaagheid op Europees recht en vaagheid op nationaal recht. Het is van belang te benadrukken dat geen systematisch onderzoek is gedaan naar de omzetting van al het Europees recht. Het onder-

189 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 126-127.

190 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 123.

zoek is beperkt tot enkele in de literatuur genoemde voorbeelden van vaag Europees recht.

Criteriale vaagheid

De bekendste en wellicht ook meest voorkomende vorm van semantische onduidelijkheid in het recht is vaagheid. In het geval van criteriale vaagheid is onduidelijk wat de intensie is van een predicaat, en daarmee is ook de extensie onbekend. Er is geen lijst van noodzakelijke en voldoende criteria (intensie) aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een object tot de extensie van het predicaat behoort. Criteriale vaagheid kan worden weggenomen door een definitie te formuleren, hoewel toekomstige onzekerheid niet geheel kan worden uitgesloten. Het gebeurt vaak dat wanneer nieuwe regels worden uitgevaardigd, de betekenis van de daarin voorkomende begrippen nog niet geheel duidelijk is. In de praktijk komt aan de rechtspraak een belangrijke concretiserende betekenis toe.

Wanneer begrippen in het Europees recht onduidelijk zijn, kan niet worden gewacht op verduidelijkende rechtspraak van het Hof van Justitie: de lidstaten zullen deze regelgeving moeten omzetten in nationale (straf)bepalingen. Zij moeten daarbij kiezen tussen een bronrechtgerichte omzetting, eventueel in de vorm van woordelijke overname van de gebruikte terminologie, en een doelrechtgerichte omzetting, waarbij begrippen worden aangepast aan gebruikelijke terminologie in het nationale recht.

De Richtlijn marktmisbruik bevat een omschrijving van het begrip 'marktmisbruik'.¹⁹¹ Onder marktmisbruik wordt volgens artikel 1 lid 2 sub a van de richtlijn verstaan 'transacties of handelsorders die onjuiste of misleidende signalen geven of waarschijnlijk zullen geven met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten'. Het is onduidelijk welke informatie kan gelden als een 'signaal' en wanneer dat signaal misleidend is. In nadere uitvoeringswetgeving (de Richtlijn marktmisbruik is een kaderrichtlijn) wordt evenmin een (bindende) definitie gegeven.¹⁹² Een gedraging is volgens de geciteerde bepaling al strafbaar wanneer daarvan slechts het *gevaar* uitgaat dat er onjuiste of misleidende signalen van uitgaan en de transactie hoeft niet te zijn begaan met het oogmerk dergelijke signalen te doen uitgaan. De richtlijn verplicht lidstaten het meedelen van voorwetenschap te verbieden (artikel 3 sub a), en bevat geen subjectief bestanddeel. De reikwijdte van de omschrijving van marktmisbruik is dus sowieso ruim, maar hoe ruim precies is afhankelijk van de uitleg van het onjuiste of misleidende signaal. Het ontbreken van een heldere definitie van 'onjuiste of misleidende signalen'

191 Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie.

192 Doorenbos 2007, p. 66-69.

in de richtlijn heeft daarom potentieel verstreckende gevolgen.¹⁹³ Toch lijkt de richtlijn in artikel 1 lid 2 de lidstaten aan te sporen niet te smalle definities te hanteren met het oog op de flexibele toepassing van de bepalingen in de toekomst.¹⁹⁴ De begrippen ‘onjuist of misleidend’ en ‘signaal’ zijn overgenomen in artikel 46b lid 1 sub a Wte,¹⁹⁵ dat strekt tot omzetting van artikel 1 lid 2 van de kaderrichtlijn. De wetgever overwoog daarbij wel dat de reikwijdte van dit artikel dermate groot is dat ook gebruikelijke transacties hieronder kunnen vallen – in lid 3 is daarom voorzien in een bevoegdheid om bij AMvB dergelijke transacties uit te sluiten van toepassing van de richtlijn.¹⁹⁶ Op die manier kan de reikwijdte alsnog worden ingeperkt, niet door de wetgever maar door het bestuur.¹⁹⁷ De onduidelijke definitie in de richtlijn heeft zich aldus vertaald in een onduidelijke definitie op nationaal niveau. Doorenbos stelt dat als resultaat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid nu onvolledige voorzienbaar zijn. Hij wijst er daarbij op dat het concept van contextueel bepaalde rechtszekerheid geen soelaas kan bieden; de marktdeelnemer die zich oriënteert op de juridische stand van zaken en eventueel advies vraagt, zal ontdekken dat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet helder zijn getrokken – nog afgezien van het feit dat de bepalingen ook van toepassing zijn op de beginnend belegger.¹⁹⁸ De definities in de landen zijn weliswaar meer op elkaar gaan lijken; wat er geharmoniseerd is, is volgens hem vooral onzekerheid.¹⁹⁹ Delen van de richtlijn zijn door het Hof van Justitie in de jurisprudentie nader verduidelijkt.²⁰⁰ Tot die tijd bestond er echter steeds over de verschillende bestanddelen onduidelijkheid.

De tweede casus is het Kaderbesluit private corruptie.²⁰¹ Het kaderbesluit stelt dat lidstaten corruptie moeten verbieden wanneer iemand in ruil voor een niet-gerechtigd voordeel ‘zijn plicht verzuimt’.²⁰² Artikel 1 van het kaderbesluit bevat een definitie van plichtsverzuim: ‘In dit kaderbesluit wordt verstaan onder [...] ‘plichtsverzuim’: plichtsverzuim zoals omschreven in het

193 Uitgebreider hierover Doorenbos 2007.

194 Art. 1 lid 2 sluit af met: ‘De definities van marktmanipulatie zullen zodanig worden toegepast dat zij ook nieuwe handelwijzen kunnen behelzen die als marktmanipulatie kunnen worden aangemerkt.’

195 Nu art. 5:58 Wft.

196 *Kamerstukken II* 2004/05, 29827, 3, p. 10-11.

197 Het ‘waarschijnlijk zullen geven’ van een onjuist of misleidend signaal is in de nationale bepaling wel aangepast door gebruik te maken van het in het strafrecht gangbaarder begrip ‘te duchten zijn’ van een dergelijk signaal. Waar het nationale strafrecht nauwkeurige termen bevat, worden die dus ook toegepast in omzettingswetgeving. Hierover *Kamerstukken II* 2004/05, 29827, 3, p. 31.

198 Doorenbos 2007, p. 72-74, 79-80.

199 Doorenbos 2007, p. 63.

200 Bijvoorbeeld in HvJ EG 22 november 2005, C-384/02, ECLI:EU:C:2005:708 (*Grøngaard & Bang*); HvJ EU 23 december 2009, C-45/08, ECLI:EU:C:2009:806 (*Spector Photo Group*).

201 Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake bestrijding van corruptie in de privé-sector.

202 Art. 2 lid 1 sub a Kaderbesluit 2003/568/JBZ.

ationale recht. Plichtsverzuim in dit kaderbesluit omvat ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon die, in welke hoedanigheid ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector.’ De Nederlandse omzettingbepaling (art. 328ter Sr) bevatte aanvankelijk een gesloten definitie van private corruptie, te weten het ‘tegenover de werkgever verzwijgen van een gift, belofte of dienst in strijd met de goede trouw’. De Commissie stelde dat de Nederlandse delictomschrijving niet de volledige definitie uit het kaderbesluit dekte, door te vereisen dat de werkgever niet op de hoogte is van het verkregen voordeel.²⁰³ Het risico dat de wetgever met een concretisering van een vage bepaling niet langer alle door het Europees recht bedoelde gedragingen dekt, heeft zich in dit geval verwezenlijkt. Artikel 328ter Sr is daarom per 1 januari 2015 gewijzigd in die zin dat er nu sprake moet zijn van handelen ‘in strijd met zijn plicht’, dat in het ingevoegde derde lid wordt omschreven als in ieder geval omvattend ‘het in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever verzwijgen van het aannemen dan wel vragen van een gift, belofte of dienst’, maar – blijkens de memorie van toelichting – ook plichtsverzuimen omvat die niet zijn verzwegen.²⁰⁴ Met deze open definitie wordt verzekerd dat andere vormen van plichtsverzuim die onder de reikwijdte van het kaderbesluit vallen ook onder de reikwijdte van artikel 328ter Sr kunnen worden gebracht. De strafbepaling is er, doordat deze nu een open einde bevat, niet duidelijker op geworden. Net als in het vorige voorbeeld heeft criteriale vaagheid op Europees niveau geleid tot criteriale vaagheid in het nationale recht.

Het derde voorbeeld van een ruime en onduidelijke definitie is de omschrijving van het terroristisch oogmerk in het Kaderbesluit terrorisme.²⁰⁵ Dit voorbeeld is minder sterk dan de twee voorgaande, aangezien het geen betrekking heeft op een delictomschrijving, maar op de omschrijving van een bijzonder subjectief bestanddeel. Vanuit het perspectief van rechtszekerheid bestaat er mijns inziens minder noodzaak de subjectieve bestanddelen helder te omschrijven, aangezien zij geen gedragsleidende functie hebben. Husabø en Bruce hebben de omzetting van het Kaderbesluit terrorisme (en de VN-resolutie over terrorisme) in zes staten onderzocht.²⁰⁶ Het kaderbesluit verplicht lidstaten

203 Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement op grond van artikel 9 van Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, COM(2011) 309, p. 3-5.

204 *Kamerstukken II* 2012/13, 33685, 3; Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit.

205 Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding.

206 Duitsland, Denemarken, Finland, Zweden, Nederland en Noorwegen, dat het kaderbesluit niet hoefde om te zetten omdat het geen lid is van de EU, maar dat ervoor koos om zich bij de verplichtingen op grond van VN-resolutie 1737 inzake terrorisme sterk te laten inspireren door het kaderbesluit.

om bepaalde misdrijven als terroristische misdrijven aan te merken indien zij zijn gepleegd met een terroristisch oogmerk, waaronder wordt verstaan 'het oogmerk om een bevolking ernstig vrees aan te jagen, of de overheid of een internationale organisatie op onrechtmatige wijze te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling, dan wel de politieke, constitutionele, economische of sociale basisstructuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen.'²⁰⁷ Verschillende elementen van de definitie uit het kaderbesluit zijn bekritiseerd vanwege hun vaagheid, maar met name deze omschrijving van het terroristisch oogmerk wordt als problematisch ervaren. Gezien die kritiek mag het opvallend heten dat de onderzochte lidstaten, ook Nederland, deze definitie grotendeels ongemoeid hebben gelaten bij de omzetting in nationaal recht, terwijl ze dit bij de omschrijving van de gronddelicten, de delicten die kunnen worden gepleegd als terroristisch misdrijf, niet deden. Husabø en Bruce verbazen zich erover dat juist dat deel dat het meest op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel, niet nader wordt omschreven in het nationale recht van de lidstaten. Zij verklaren dit deels met de onbekendheid van de concepten in het nationale recht: de landen hadden in hun nationale recht nog geen omschrijving van een terroristisch oogmerk, terwijl ze wel omschrijvingen hebben – en vaak duidelijkere dan het kaderbesluit – van moord, doodslag, wederrechtelijke vrijheidsberoving etc.²⁰⁸ Dit biedt steun aan de stelling van Prechal en Van den Brink dat een doelrechtgerichte omzetting meer voor de hand ligt indien in het nationale recht al een sterke systematiek aanwezig is.²⁰⁹ Die systematiek is niet aanwezig, aangezien de subjectieve bestanddelen in het Nederlandse strafrecht überhaupt geen wettelijke omschrijving hebben, en de noodzaak hiertoe ook niet algemeen wordt gevoeld. De omschrijving van het terroristisch oogmerk in het kaderbesluit lijkt bovendien minder ruimte te bieden tot verduidelijking in het nationale recht dan de daaraan gekoppelde gronddelicten.²¹⁰ Ten aanzien van de gronddelicten is namelijk expliciet vermeld dat hiervoor de omschrijving in het nationale recht wordt gevolgd. Opnieuw heeft criteriale vaagheid in het Europees recht criteriale vaagheid van nationaal recht tot gevolg.

Er zijn nog meer voorbeelden te noemen van onduidelijke begrippen die, ondanks hun onduidelijkheid, rechtstreeks zijn overgenomen in het nationale strafrecht. De Richtlijn transacties van ingewijden²¹¹ verplicht lidstaten het meedelen van voorwetenschap te verbieden, tenzij dit gebeurt in het kader van 'de normale uitoefening van hun werk, beroep of functie'. Wanneer

207 Art. 1 lid 1 Kaderbesluit 2002/475/JBZ.

208 Husabø & Bruce 2009, p. 425-426.

209 Prechal & Van den Brink 2010, p. 10-13.

210 Husabø & Bruce 2009, p. 425-426; *Kamerstukken II* 2001/02, 28463, 3, p. 1.

211 Richtlijn 89/592/EEG van de Raad van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake transacties van ingewijden.

daarvan sprake is wordt in de richtlijn niet toegelicht, maar evenmin is duidelijk of en binnen welke kaders de lidstaten hier de vrijheid hebben deze bepaling te concretiseren – voor zover dat überhaupt mogelijk moet worden geacht. Nederland heeft deze uitzondering letterlijk overgenomen in artikel 46a lid 1 sub a Wte (oud), en staat daarin niet alleen.²¹² In de literatuur wordt daarnaast de omschrijving van het begrip ‘georganiseerde criminaliteit’ uit het Kaderbesluit ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit genoemd als voorbeeld van een onduidelijke richtlijnbeepaling die heeft geleid tot onzekerheden in het nationale recht.²¹³

Uiteraard kunnen op basis van dit kleine aantal voorbeelden geen vergaande conclusies worden getrokken. In de hier besproken gevallen leidt het gebruik van vage begrippen in het Europees recht steeds tot onduidelijke strafbepalingen in het Nederlandse recht. In het voorbeeld over private corruptie heeft Nederland aanvankelijk gepoogd een beperktere definitie te hanteren, maar dit werd door de Commissie geen adequate omzetting van het kaderbesluit geacht. Dat ongetwijfeld ook voorbeelden kunnen worden gevonden waarin onduidelijk Europees recht wél werd geconcretiseerd in het nationale recht, doet niet af aan het feit dat deze casus laten zien dat onduidelijkheden in het Europees recht niet zonder meer kunnen worden gelijkgesteld met beleidsvrijheid voor de lidstaten. In ieder geval was de concretisering van het Kaderbesluit private corruptie in het Nederlandse strafrecht niet toelaatbaar, en ook de vage formulering van het terroristisch oogmerk lijkt niet bedoeld beleidsvrijheid te laten aan de lidstaten voor een nadere omschrijving.²¹⁴ In de hier onderzochte gevallen leidt onduidelijk Europees recht tot onduidelijk nationaal recht. Ook of misschien wel juist onderdelen van richtlijnen die bekritiseerd worden om hun onduidelijkheid, belanden woordelijk in het recht van de lidstaten. Als deze bepalingen al beleidsvrijheid laten, dan is onduidelijk hoeveel en wordt van deze vrijheid lang niet altijd gebruik gemaakt.

Graduele vaagheid

Bovengenoemde voorbeelden hadden allemaal betrekking op criteriale vaagheid. Leidt graduele vaagheid ook tot vaagheid in het nationale recht? Graduele vaagheid, waarbij een begrip een onbekende plaats inneemt in een helder en meetbaar continuüm, komt niet vaak voor in het Nederlandse strafrecht. In het Europees recht komt graduele vaagheid echter wel voor. Zo bepaalt artikel 4 lid 2a van het Kaderbesluit illegale drugshandel dat lidstaten een hoge straf moeten stellen op drugshandel indien het strafbare feit ‘grote

212 Denemarken heeft de uitzondering ook letterlijk in de strafbepaling overgenomen, zie HvJ EG 22 november 2005, C-384/02, ECLI:EU:C:2005:708 (*Grøngaard en Bang*).

213 Calderoni 2008.

214 Husabø & Bruce 2009, p. 425-426; *Kamerstukken II* 2001/02, 28463, 3, p. 1.

hoeveelheden drugs' betreft.²¹⁵ Lidstaten hebben met opzet achterwege gelaten wat precies moet worden verstaan onder het begrip 'grote hoeveelheden', zij mogen dit zelf invullen in het nationale recht. Het gebruik van een gradueel vage term in het kaderbesluit betekent dat de lidstaat bevoegd en ook verplicht²¹⁶ is om de term te concretiseren in een heldere strafbepaling.

In Nederland is de betekenis nader geregeld bij AMvB, waarbij is vastgesteld dat – onder andere – 500 gram hennep geldt als 'grote hoeveelheid'. Daarmee is aangesloten bij de maximale handelsvoorraad die coffeeshops in bezit mogen hebben om niet te worden vervolgd volgens de Aanwijzing Opiumwet. Dit is een goed voorbeeld van hoe onduidelijkheid in het Europees recht, in casu graduele vaagheid, wél beleidsvrijheid biedt aan de lidstaten. Het bood Nederland de mogelijkheid om in de omzetting aan te sluiten bij het landelijke softdrugsbeleid, dat sterk afwijkt van het in de meeste lidstaten geldende beleid.

De vraag is wel gesteld of Nederland met 500 gram voldoet aan de eisen die het Europees recht stelt. De Minister heeft aangegeven dat het begrip 'grote hoeveelheden' ruimte laat voor het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, en dat het Hof uiteindelijk kan bepalen wat een grote hoeveelheid is.²¹⁷ Geelhoed schrijft hierover: 'Als deze visie juist is, betekent dat dat er ruimte bestaat voor het Hof van Justitie om deze begrenzing van aansprakelijkheid nader in te vullen.'²¹⁸ Ik denk niet dat deze visie juist is. De formulering is juist gekozen om de lidstaten de vrijheid te bieden zelf nader in te vullen wat zij verstaan onder een 'grote hoeveelheid'. Die invulling van de beleidsruimte kan door het Hof niet, of hooguit in zeer marginale zin (als Nederland bijvoorbeeld zou besluiten om pas boven de 1000 kg hennep een strafverzwaring toe te passen) worden getoetst.

De belangrijkste conclusie die uit het voorbeeld van het Kaderbesluit illegale drugshandel te trekken is, is dat gradueel vaag Europees recht niet noodzakelijk hoeft te leiden tot vage omzettingswetgeving. Juist graduele vaagheid, die gemakkelijk op te lossen is, kan de gewenste beleidsvrijheid laten aan de lidstaten zonder dat het risico op vage omzettingswetgeving groot is. Graduele vaagheid op EU-niveau leidt dus niet zonder meer tot vaagheid op nationaal niveau, maar biedt juist aanknopingspunten voor een heldere delictsomschrijving in het nationale recht.

215 Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van illegale drugshandel.

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

217 *Kamerstukken II* 2005/06, 30339, B.

218 Geelhoed 2013, p. 367-369.

5.6.3 Onduidelijkheid en beleidsvrijheid: twee te onderscheiden fenomenen

De hierboven besproken voorbeelden maken het mogelijk om nader in te gaan op het argument dat richtlijnen vaag mogen zijn, omdat dat lidstaten de vrijheid biedt in de omzetting hun eigen keuzes te maken en om de omzettingsswetgeving zo goed mogelijk in te passen in het nationale recht.²¹⁹ Onduidelijkheid van EU-regelgeving wordt aldus vaak geassocieerd met beleidsvrijheid voor de lidstaten. Voor een zuivere argumentatie moet echter onderscheid worden gemaakt tussen bepalingen die bewust beleidsvrijheid laten aan de lidstaten en onversneden, niet-intentionele onduidelijkheid.

Van Gestel heeft het onderscheid van Duk tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid toegepast op kaderbesluiten.²²⁰ Beleidsvrijheid geeft lidstaten de bevoegdheid bij de omzetting op basis van een zelfstandige belangenafweging te kiezen voor een bepaalde regel dan wel af te zien van regeling van een bepaald onderwerp. Van Gestel noemt als voorbeeld artikel 6 van het Kaderbesluit terrorismebestrijding dat lidstaten de mogelijkheid biedt te voorzien in strafverminderinggronden in bepaalde gevallen.²²¹ Beoordelingsvrijheid behelst de ruimte die de rechter heeft bij de interpretatie van bestanddelen die uit het Europees recht afkomstig zijn. Van Gestel verwijst ter illustratie naar artikel 1 van hetzelfde Kaderbesluit, dat een definitie geeft van het terroristisch oogmerk en daarbij een vage term, 'ernstige vrees aanjagen' gebruikt.²²² Deze bepaling geeft volgens Van Gestel geen beleidsvrijheid, die het aan de lidstaten zou laten om nadere criteria te formuleren in de nationale wet. De bepaling geeft wel beoordelingsvrijheid: de nationale rechter zal moeten invullen wanneer er sprake is van 'ernstige vrees'. Die invulling door de rechter kan door het Hof van Justitie tamelijk indringend worden getoetst.²²³

Beleidsvrijheid is in het Europees recht vaak gemakkelijk te herkennen. Dit kan zich voordoen in een expliciete optionele harmonisatiebevoegdheid zoals genoemd artikel 6 Kaderbesluit terrorismebestrijding. Ook *graduele vaagheid* die in het Europees recht voorkomt kan worden gezien als een expliciete beleidsvrijheid voor de lidstaten. Anders is het waar in het Europees recht *criteriale vaagheid* voorkomt, zoals de term 'onjuist of misleidend signaal' in de definitie van marktmisbruik. Van deze term is onduidelijk of, en zo ja binnen welke kaders, lidstaten er nader invulling aan mogen geven. De mate waarin lidstaten discretionaire bevoegdheid hebben om vorm en middelen te kiezen bij de implementatie van een richtlijn, is sterk afhankelijk van de

219 Besproken in paragraaf 5.4.5.

220 Van Gestel 2006, p. 220-222.

221 Van Gestel 2006, p. 221; Kaderbesluit van de Raad 2002/475/JBZ van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding.

222 Van Gestel 2006, p. 220-222.

223 Van Gestel 2006, p. 220-222.

tekst, context en het doel van het instrument.²²⁴ Of een richtlijn minimum-harmonisatie of totale harmonisatie beoogt, is daarom vaak voorwerp van discussie. In paragraaf 5.6.2 heb ik laten zien dat ook vage termen uit het Europees recht woordelijk worden overgenomen in het Nederlandse recht. Het vermoeden rijst dat lidstaten in dergelijke gevallen niet weten of, en zo ja hoeveel speelruimte zij hebben bij de omzetting. Dit probleem is in paragraaf 5.6.1 ook al gesignaleerd.²²⁵ In dat geval is er – in ieder geval in de praktijk – geen beleidsruimte voor de wetgever, maar slechts beoordelingsruimte voor de nationale rechter. Die rechter zal al snel genoodzaakt zijn prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie over de reikwijdte van de vage term.

Criteriaal vage normstelling op Europees niveau verhoogt kortom vermoedelijk meer dan gradueel vage normstelling het risico op vage normstelling op nationaal niveau. Deze conclusie zou nader moeten worden getoetst door systematisch en in meerdere landen te onderzoeken hoe Europees recht wordt omgezet in nationale wetgeving en te zoeken naar patronen in de relatie tussen onduidelijkheid van Europees recht en onduidelijkheid van nationaal recht. Tegelijkertijd kan worden gesteld dat deze criteriale vaagheid op Europees niveau veel voorkomt en ook moeilijk te bestrijden is. De bijzondere oorzaken van onduidelijkheid, genoemd in paragraaf 5.4.1, leiden niet zelden tot criteriale onduidelijkheid. Graduele vaagheid en optionele harmonisatiebevoegdheden vereisen namelijk overeenstemming over de ruimte die aan lidstaten wordt geboden. Bij het gebruik van open termen kan die overeenstemming gerieflijk achterwege blijven.

5.6.4 Implementatie van verordeningen

In deze subparagraaf kijk ik naar de implementatie van verordeningen en de wijze waarop de wetgever daarbij probeert het bepaaldheidsgebod te waarborgen. Alle onduidelijkheden op EU-niveau hebben rechtstreeks gevolgen op nationaal niveau, omdat verordeningen niet mogen worden omgezet. Wel nopen verordeningen soms tot het nemen van uitvoeringsmaatregelen of moeten zij worden geïmplementeerd in het nationale recht door bepalingen op te nemen inzake straffen die worden gesteld op de niet-naleving ervan.

De in paragraaf 5.6.1 genoemde Handleiding Wetgeving en Europa bevat enkele opmerkingen over het gebruikmaken van verwijzingen bij de implementatie van met name verordeningen. Deze verwijzingen kunnen worden gebruikt indien het Europees recht geen discretionaire ruimte biedt of nader uit te werken bepalingen bevat en dus inhoudelijk daarvoor geschikt is. Ten eerste worden instructies gegeven voor de formulering van statische en dynamische

224 Husabø & Bruce 2009, p. 431.

225 Zie Handleiding Wetgeving en Europa, p. 123.

verwijzingen, gebaseerd op de Aanwijzingen voor de Regelgeving (AR 341-343). Een statische verwijzing verwijst naar een regeling zoals die op een bepaald moment geldt. Deze bevat daarom de naam van de regeling, de vindplaats in het Publicatieblad van de EU én informatie over de laatste wijziging ervan.²²⁶ Daarmee is altijd volstrekt helder wat het geldende recht is, maar moet ook iedere wijziging in het Europees recht leiden tot een wijziging van de verwijzing. Een dynamische verwijzing bevat daarentegen alleen de naam van de regeling en een verwijzing naar de publicatie daarvan in het Publicatieblad van de EU. Wijzigingen of aanvullingen worden geacht 'inbegrepen' te zijn in de verwijzing. Hiermee wordt voorkomen dat indien de verordening of richtlijn wijzigt, de verwijzing geen referent meer heeft en om die reden niet langer kan worden toegepast. Zowel statische als dynamische verwijzingen zijn doorgaans toegestaan, maar in strafbepalingen zijn de mogelijkheden begrensd. Met name dynamische verwijzingen als onderdeel van de strafbepaling worden in de Handleiding problematisch geacht, omdat problemen kunnen ontstaan met het bepaaldheidsgebod.²²⁷ Een bepaling die slechts in algemene zin het handelen in strijd met de bepalingen van verordening x strafbaar stelt, wordt onomwonden 'ontoelaatbaar' geacht.²²⁸ In '101 praktijkvragen' (de voorganger van de Handleiding) werd daarop nog toegelicht dat specifiek naar een bepaling uit een verordening moet worden verwezen en dat moet worden nagegaan in hoeverre die bepaling voldoende nauwkeurig is om te worden toegepast in het strafrecht.²²⁹ Verder worden in de Handleiding definitiebepalingen ongeschikt geacht om naar te verwijzen, alsmede 'bepalingen waarvoor de strafbaarheid van de overtreding daarvan in het nationale recht geregeld moet worden.'²³⁰ Wat met die laatste aanwijzing bedoeld wordt, is mij echter niet geheel duidelijk. Het strafrecht bevat immers met regelmaat bepalingen die een handeling kwalificeren als strafbaar (een strafbaarstelling), terwijl de omschrijving van die handeling (de gedragsomschrijving) gelegen is in een verordening. In dat geval lijkt sprake te zijn van een dergelijke bepaling 'waarvoor de strafbaarheid van de overtreding daarvan in het nationale recht geregeld moet worden.'

Dynamische verwijzingen komen in de praktijk wel voor in het strafrecht. Een voorbeeld daarvan is artikel 10.60 Wmb, dat luidt: 'Het is verboden handelingen te verrichten als bedoeld in artikel 2, onder 35, van de EG-verordening overbrenging van afvalstoffen.' In artikel 1.1 sub 1 Wmb wordt een dynamische verwijzing gegeven naar de EVOA, met de titel en publicatieplaats, maar zonder een verwijzing naar de laatste versie. Artikel 2 sub 35 van de EVOA blijkt vervolgens een definitie te bevatten van het begrip 'illegale over-

226 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 118-119. Zie daarnaast AR 341-343.

227 Zie over dit probleem ook Satzger 2004, p. 947 e.v.

228 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 119-120.

229 101 praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten, p. 70.

230 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 120-121.

brenging', bestaande uit 7 onderdelen die soms ook weer verwijzen naar andere onderdelen van de EVOA. De Wet milieubeheer bevat dus een dynamische verwijzing naar een definitiebepaling, die als bestanddeel van een strafbepaling fungeert. Dat is al problematisch omdat EU-wetgeving frequent wijzigt, maar het vaak ontbreken van geconsolideerde versies van instrumenten maakt het helemaal lastig om de reikwijdte van aansprakelijkheid vast te stellen voor een burger. Wel is het zo dat steeds naar specifieke bepalingen, hoe complex ook, van Europese regelgeving wordt verwezen en niet in algemene zin handelen in strijd met de EVOA strafbaar is gesteld.

Verwijzingen kunnen überhaupt problematisch zijn vanuit het oogpunt van overzichtelijkheid van het geheel aan rechtsnormen.²³¹ De gedragsnormen waar naar verwezen wordt zijn wellicht technisch en gecompliceerd, maar hoeven niet vaag te zijn. Ze zijn echter niet altijd gemakkelijk te achterhalen en de verhouding tussen verschillende normen en tussen verschillende normcomplexen kan onduidelijk zijn. De wetgever overwoog bij de uitvoering van de EVOA dat vanwege het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel was gekozen voor verwijzingen naar specifieke artikelen die strafrechtelijk worden gehandhaafd. Daarbij maakte de wetgever expliciet onderscheid tussen de bepaaldheid die is vereist in het bestuursrecht en in het strafrecht.²³² Ook gaf de wetgever toe dat het resultaat van de verwijzingen in artikel 10.60 Wm weinig inzichtelijk is. Om die reden is een lijst opgenomen als bijlage met een korte toelichting op de inhoud van het verbod waar naar wordt verwezen.²³³

5.7 HET BEPAALDHEIDSGEBOD EN DE NEDERLANDSE STRAFRECHTER

Het toetsen van wetgeving aan het bepaaldheidsgebod is in de context van het Europees strafrecht bepaald niet gemakkelijker geworden voor de Nederlandse rechter. Ten eerste is de vraag of de rechter bij het toetsen aan het

231 Kristen 2011, p. 335; De Hullu 2000.

232 'Voor wat betreft de strafrechtelijke handhaving van de EVOA kan, in tegenstelling tot bij de bestuursrechtelijke handhaving, niet worden volstaan met een algemene bepaling dat het verboden is handelingen te verrichten dan wel na te laten in strijd met de EVOA. Een dergelijke bepaling is te onbepaald, hetgeen in strijd is met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Om voldoende duidelijk te maken welke verbodsbepalingen strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, zijn in het onderhavige wetsvoorstel, evenals in de huidige situatie, verwijzingen opgenomen naar de concrete bepalingen van de EVOA waarvan overtreding strafbaar is gesteld.' *Kamerstukken II 2006/07, 30987, 3, p. 10-11.*

233 'De opsomming zoals die wordt voorgesteld in artikel 10.60 heeft als nadeel dat niet inzichtelijk is waarop het verbod in strijd met die bepalingen te handelen betrekking heeft. Om toch inzicht te verschaffen in de inhoud van de genoemde bepalingen is in bijlage 2 bij deze memorie van toelichting een lijst opgenomen waarin voor elke bepaling die in artikel 10.60 als strafrechtelijk handhaafbare bepaling wordt genoemd, met enkele trefwoorden een korte inhoudelijke toelichting is gegeven op de inhoud van het betreffende verbod.' *Kamerstukken II 2006/07, 30987, 3, p. 15.*

bepaaldheidsgebod rekening moet houden met de beperkte discretionaire vrijheid van de nationale wetgever.²³⁴ Ten tweede is de wetssystematische onduidelijkheid toegenomen door het bestaan van inconsistenties tussen nationaal en Europees recht, en door de complexiteit van met name het technische orderingsrecht. Kan succesvol een beroep op het bepaaldheidsgebod worden gedaan in een dergelijk geval? Heeft dit gevolgen voor de acceptatie van een verweer dat verontschuldigbaar is gedwaald ten aanzien van het recht? Tot slot wordt de rechter geconfronteerd met de vraag wat zijn mogelijkheden zijn om Europees recht aan een nationale toets aan het bepaaldheidsgebod te onderwerpen.

In de vorige paragraaf stond de wetgever centraal, in deze paragraaf wordt gekeken naar hoe de Nederlandse strafrechter, zowel de feitenrechter als de Hoge Raad, omgaat met deze vragen. Eerst wordt gekeken naar de procedurele mogelijkheden voor de nationale rechter om Europees en nationaal recht te toetsen aan het legaliteitsbeginsel. Vervolgens wordt bekeken of en hoe de Nederlandse rechter omgaat met verweren die betrekking hebben op de onduidelijkheid van het Europees recht. Het laatste deel gaat ten slotte over zaken waarin door of namens de verdachte een beroep is gedaan op verontschuldigbare rechtsdwaling.

5.7.1 De bevoegdheid van de nationale rechter om Europees en nationaal recht te toetsen aan het bepaaldheidsgebod

Wat zijn de mogelijkheden voor de nationale rechter om Europees en nationaal recht te toetsen aan het bepaaldheidsgebod, en wat zijn daarvan de rechtsgevolgen?

Wanneer het *Europees recht* onduidelijk is mag de nationale rechter niet, het is al meermalen aan de orde geweest, Europees recht eigenhandig ongeldig verklaren.²³⁵ Indien de rechter meent dat het Europees recht dermate onduidelijk is dat het ongeldig moet worden verklaard, zal hij daarvoor de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU moeten aanwenden. Een minder drastisch middel is om de Europese rechter om een uitleg van het Europees recht te vragen, eveneens in een prejudiciële procedure. Als de betekenis van een bepaling van Europees recht niet geheel duidelijk is, dan kan de rechter het Hof van Justitie verzoeken daar duidelijkheid over te geven. Zo wordt een bepaling in de jurisprudentie verder geconcretiseerd. Op die manier bestaat dus binnen de Europese Unie een procedurele oplossing voor onduidelijkheid in het Unierecht.

²³⁴ De vragen die in deze paragraaf worden gesteld zijn voor een belangrijk deel ontleend aan Borgers 2011, p. 173-174.

²³⁵ HvJ EG 22 oktober 1987, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*).

Als niet het Europees recht maar het *nationale recht* onduidelijk is, wat zijn dan de mogelijkheden voor de nationale rechter? Vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 Gw mag de rechter omzettingwetgeving niet toetsen aan de Grondwet. Schutgens schrijft in zijn proefschrift over onrechtmatige wetgeving dat de rechter formele wetgeving wel onverbindend kan verklaren wegens strijd met een verdragsbepaling. Dit volgt uit artikel 94 Gw, dat bepaalt dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien de toepassing daarvan onverenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Als er geen enkele toepassing van de wet denkbaar is die wel verenigbaar is met het verdrag, kan volgens Schutgens de norm als zodanig onverbindend worden verklaard.²³⁶ Het gevolg van het buiten toepassing laten van de regel in plaats van het onverbindend verklaren daarvan, is dat de toepasbaarheid van de norm in andere gevallen niet per definitie wordt aangetast. Sterker nog, volgens Schutgens is het buiten toepassing laten van een norm 'een sterke indicatie dat er met de lagere regeling als zodanig niets mis is en dat de reden dat zij niet wordt toegepast van incidentele aard is.'²³⁷ Door in zijn overwegingen al dan niet te constateren dat de bepaling naar zijn oordeel onverbindend is, kan de rechter duidelijk maken of de buitentoepassinglating geschiedt op gronden die ook in andere gevallen moeten leiden tot buitentoepassinglating van de bepaling, of dat deze beperkt is tot het concrete geval.

Een strafbepaling, ook een formeelwettelijke, kan dus in theorie door de rechter onverbindend worden verklaard wegens strijd met artikel 7 lid 1 EVRM. In ieder geval voor de strafrechter geldt niettemin de beperking dat hij die onverbindendheid slechts kan *constateren* in zijn overwegingen.²³⁸ Het beslissingsmodel van artikel 348 en 350 Sv geeft de rechter immers een beperkt aantal einduitspraken. Onverbindendverklaring van de strafbepaling kan daarom geen onderdeel van het dictum zijn. De rechter zal de bepaling in het concrete geval buiten toepassing laten en de verdachte ontslaan van alle rechtsvervolgning. De Hoge Raad heeft gesteld dat de strafrechter de verbindendheid van de strafbepaling moet beoordelen, en in het geval dat de bepaling onverbindend is deze buiten toepassing moet laten.²³⁹ Wanneer de Hoge Raad echter zelf wetgeving aan het EVRM toetst, lijkt niet de verbindendheid van het voorschrift, maar slechts de toepasbaarheid in concrete zin op het spel

236 Schutgens 2009, p. 9-14.

237 Schutgens 2009, p. 10.

238 Schutgens 2009, p. 85. Hij noemt dit onverbindendverklaring 'in ruime zin' versus 'declaratoire onverbindendverklaring', een dictum van de burgerlijke rechter.

239 HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9224, NJ 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis, m.n. r.o. 3.7.2. en 3.7.5. In lagere rechtspraak blijft die laatste stap, het buiten toepassing laten van de norm, soms achterwege. Zie Rb Haarlem 28 augustus 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6898 en ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6899; Rb Breda 1 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AB7740, NJ 1986/114.

te staan.²⁴⁰ Dat *geen enkele* toepassing van de norm in overeenstemming is met artikel 7 EVRM is dan ook niet waarschijnlijk, waardoor de nadruk komt te liggen op toepasbaarheid ervan in het concrete geval. In wezen is de constatering van onverbindendheid door de strafrechter ook niet relevant, want ongeacht of hij dat doet, laat hij de bepaling buiten toepassing waarna ontslag van alle rechtsvervolging volgt. Volgens Schutgens geldt ook voor wetten die in strijd zijn met het communautaire recht dat zij onverbindend kunnen worden verklaard, omdat het communautaire recht doorwerkt buiten de Grondwet om en juist artikel 94 Gw (door de formulering die op *toepassing* ziet) leidt tot twijfel over de bevoegdheid tot onverbindend verklaren.²⁴¹ Dat wetten in strijd met Europees recht onverbindend moeten of kunnen worden verklaard, kan echter worden betwijfeld. Nu Europees recht doorwerkt krachtens en op de voorwaarden van Europees recht, zouden de rechtsgevolgen van toetsing ook moeten volgen uit het Europees recht. Het Europees recht verplicht de rechter nooit tot het onverbindend verklaren van nationaal recht, maar slechts tot het buiten toepassing laten daarvan. Dat betekent wanneer een formele wet in strijd is met het legaliteitsbeginsel uit het Handvest, de rechter daaraan het rechtsgevolg van buitentoepassinglating moet verbinden, maar zich in ieder geval op grond van het Europees recht niet kan uitspreken over de verbindendheid van de bepaling.

5.7.2 Hoe toetst de Nederlandse rechter Europese regelgeving en omzettingswetgeving aan het bepaaldheidsgebod?

In deze subparagraaf wordt rechtspraak besproken van de nationale rechter waarin werd betoogd dat de strafbepaling buiten toepassing moest blijven wegens strijd met het bepaaldheidsgebod. Daarbij is de vraag hoe de rechter omgaat met de beperkte vrijheid die de Nederlandse wetgever soms heeft om delictsomscripties naar eigen inzicht vorm te geven. Deze vraag werd opgeworpen door Borgers in zijn preadvies voor de NJV uit 2011.²⁴² Hebben richtlijnen die zijn omgezet in het Nederlandse recht een voldoende heldere omschrijving gekregen en zo nee, is het relevant of dit de wetgever al dan niet te verwijten valt (gezien diens beperkte vrijheid bij de omzetting)?

De hoeveelheid jurisprudentie over onbepaaldheid in het Europees strafrecht is vooralsnog beperkt en geeft geen aanleiding tot vermoedens dat daarin wezenlijk anders aan het bepaaldheidsgebod wordt getoetst dan in zuiver nationale zaken. De gepubliceerde rechtspraak bevat vonnissen die voor het overgrote deel zijn gewezen vóór 1 december 2009, op het moment dat het

240 HR 8 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AC0279, NJ 1994/412 (*Rechter mag formele wet niet toetsen aan Grondwet/lex certa*), r.o. 5.2.1.

241 Schutgens 2009, p. 14.

242 Borgers 2011, p. 173-174.

Handvest nog niet bindend was. In alle zaken oriënteert de rechter zich daarom (mede), net als in zuiver nationale zaken, op artikel 7 EVRM en niet op artikel 49 Hv. Er zijn echter geen aanwijzingen gevonden dat artikel 49 Hv een andere uitleg krijgt van het Hof van Justitie dan artikel 7 EVRM van het EHRM krijgt. Daarom is er geen reden te vermoeden dat het oordeel in deze vonnissen nu wezenlijk anders zou uitvallen dan voor 1 december 2009.

Het bepaaldheidsgebod in zuiver nationale zaken

In de jurisprudentie over het bepaaldheidsgebod in *nationale zaken* overheerst de rechtenconceptie, net als in de jurisprudentie van het EHRM. Met name het concept van contextueel bepaalde rechtszekerheid speelt een belangrijke rol, omdat het bepaaldheidsgebod vaak wordt ingeroepen in orderingsrechtelijke zaken. Het beroemde *Krulsla*-arrest is daar een voorbeeld van.²⁴³ Daarin sluit de Hoge Raad aan bij de in EHRM-verband courante opvatting dat van professionele marktdeelnemers mag worden verwacht dat zij zich in het bijzonder oriënteren op de strafnormen die mogelijk op hun handelen van toepassing zijn.²⁴⁴ Dit past, zoals Groenhuijsen en Kristen terecht opmerken, bij een subjectieve invulling van de toets aan het bepaaldheidsgebod.²⁴⁵ Daarnaast is in het *Krulsla*-arrest een afweging zichtbaar tussen bepaaldheid en andere belangen. De Hoge Raad overweegt dat strafbepalingen de burger in staat moeten stellen te onderscheiden welke gedragingen strafbaar zijn, maar:

‘Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de wetgever soms met een zekere vaagheid, bestaande in het bezigen van algemene termen, delicten omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van de delictsomschrijving vallen. Die vaagheid kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, delictsomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt.’²⁴⁶

Het belang van bepaaldheid wordt dus ten eerste afgewogen tegen doelmatigheid. De tweede overweging is nog interessanter, omdat daarin een tegenstelling wordt geconstrueerd tussen semantische en systematische duidelijkheid: als de tekst van de wet té duidelijk is, is het recht mogelijk niet langer overzichtelijk. Het lijkt mij dat hier opnieuw de veronderstelling aan ten grondslag

243 HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Krulsla*).

244 HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Krulsla*), r.o. 3.5. De Hoge Raad verwijst naar het in paragraaf 5.5.1 besproken arrest EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), r.o. 35.

245 Groenhuijsen & Kristen 2001, p. 342.

246 HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Krulsla*), r.o. 3.4.

ligt dat algemenere termen altijd onduidelijker zijn dan specifieke termen en dat daarom bepaaldheid gepaard gaat met gedetailleerdheid van regelgeving. Hoewel die mogelijkheid inderdaad bestaat, is dit geen algemene regel.²⁴⁷ Tegelijkertijd wordt hiermee wel het belang van systematische duidelijkheid erkend. Het lijkt erop dat ook wetssystematische onduidelijkheid kan leiden tot een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod.

Een toets aan het bepaaldheidsgebod beperkt zich niet tot een louter abstracte toets. Het is mogelijk dat een bepaling voor een deel van de gevallen duidelijk is, terwijl toepassing op andere gevallen onvoorzienbaar is. In een arrest uit 2012 oordeelde de Hoge Raad – volgens annotator Kelder voor het eerst – dat niet eerst in cassatie over een schending van het bepaaldheidsgebod kon worden geklaagd.²⁴⁸ Wanneer de klacht niet behelst dat de bepaling in algemene zin te vaag is, maar dat deze voor de verdachte in de gegeven omstandigheden niet duidelijk maakte dat de gedraging strafbaar was, dan zullen ten overstaan van de feitenrechter de relevante feiten en omstandigheden worden geschetst. Kelder merkt mijns inziens terecht op dat met een concrete toets de afstand tussen het bepaaldheidsgebod en de verontschuldigbare rechtsdwaling kleiner wordt.²⁴⁹

Verder kan in algemene zin over de rechtspraak over het bepaaldheidsgebod worden gesteld dat die niet bijzonder streng is.²⁵⁰ Dat is zeker het geval waar het orderingsrecht betreft. Stijnen kwam op basis van een interne rechtsvergelijking zelfs tot de conclusie dat de rechter in het punitief bestuursrecht de helderheid van normen strikter beoordeelt dan in het economisch strafrecht.²⁵¹ Voorbeelden van een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod zijn slechts sporadisch en uitsluitend in de feitenrechtspraak te vinden. Eén van de zeer weinige gevallen uit de Nederlandse rechtspraak waarin een strafbepaling onverbindend werd geacht, ging over een strafbepaling die een gradueel vaag en betwistbaar bestanddeel bevatte.²⁵² Ook in Duitsland ging een zeldzaam voorbeeld over een graduele vaagheid.²⁵³ Een ander geval

247 Zoals in paragraaf 5.5.1 al aangegeven: algemene termen zijn niet noodzakelijk vager dan specifieke termen.

248 HR 9 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX4096, NBSTRAF 2012/388, m.nt. T.J. Kelder.

249 Kelder in zijn annotatie bij HR 9 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX4096, NBSTRAF 2012/388.

250 Zo ook Kristen 2011, p. 328.

251 Stijnen 2011.

252 Het Centraal orgaan tarieven gezondheidszorg, belast met het stellen van maximumtarieven die op grond van de Wet tarieven gezondheidszorg niet mochten worden overschreden, stelde met betrekking tot bepaalde geneeskundige handelingen dat zoveel 'als redelijk is' mocht worden gedeclareerd. Op basis van deze regel kon volgens de rechtbank de betrokkene niet met voldoende duidelijkheid zijn plichten kennen. Rb Breda 1 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AB7740, NJ 1986/114.

253 Dat ging om de strafbaarheid van de invoer van een 'niet geringe hoeveelheid' (*nicht geringe menge*) verdovingsmiddelen. Het Bundesgerichtshof vond dat dit begrip moest worden geconcretiseerd alvorens het kon worden toegepast, BGH 7 november 1983, NJW 1984/657 (*Nicht geringe Menge von Betäubungsmitteln*).

betrof een voorbeeld van overinclusiviteit: de kantonrechter oordeelde dat de bepaling een 'onbegrensde reikwijdte' had en achtte die bepaling daarom onverbindend.²⁵⁴ Wat ten slotte géén rol speelt in de jurisprudentie, is de vraag in hoeverre de wetgever de mogelijkheid had gehad om een duidelijker strafbepaling te formuleren. Om die reden valt niet te verwachten dat de jurisprudentie in het Europees strafrecht anders uitvalt: aan het argument dat Borgers noemt, minder vrijheid voor de wetgever, lijkt in de jurisprudentie geen betekenis te worden gehecht.

Semantische onduidelijkheid in het Europees strafrecht

Als gezegd is in de jurisprudentie over *Europees strafrecht* waarin een beroep op het bepaaldheidsgebod wordt gedaan het beeld niet wezenlijk anders. Bijna alle rechtspraak heeft betrekking op ordeningsstrafrecht, waardoor een beroep vaak afketst op de eisen die aan een professionele marktpartij kunnen worden gesteld. Ik bespreek een exemplarisch tweetal zaken bij de Hoge Raad over lekkage van koelmiddelen.²⁵⁵ Het Europees recht verplicht in een verordening dat 'alle uitvoerbare voorzorgsmaatregelen' worden genomen om lekkage 'te voorkomen',²⁵⁶ en inmiddels is daaraan toegevoegd 'of tot een minimum te beperken'.²⁵⁷ In de Nederlandse wet is daarom een zorgplicht opgenomen die verbiedt te werken met een koelinstallatie die onvoldoende lekdicht is.²⁵⁸ In de uitvoeringsmaatregelen is echter bewust geen maximum aan verlies van vloeistoffen opgenomen.²⁵⁹ Ze lijden daarom aan graduele vaagheid. In beide zaken wordt geklaagd over de vaagheid van deze normen. Echter, eveneens in beide zaken is duidelijk dat bij de rechtspersonen enorme percentages van de gebruikte koelvloeistof weglekten, tussen de 16 en 113 procent. De Hoge Raad merkt ten eerste op dat professionele marktdeelnemers zich moeten oriënteren op de beperkingen waaraan hun handelingen zijn onderworpen. De Hoge Raad vervolgt dat het voor de verdachte duidelijk moet zijn geweest dat de lekverliezen die zich voordeden in strijd waren met het voorschrift, daarom is de toepassing daarvan niet in strijd met het bepaaldheidsgebod zoals

254 Rb Haarlem 28 augustus 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6898 en ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6899. Opvallend is daarbij dat het om een objectieve toets ging, aangezien het voor de verdachte wel duidelijk moet zijn geweest dat zijn handelen onder de norm viel.

255 HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579, JM 2005/37, m.nt. F.A.J. Koopmans; HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5435.

256 Art. 15 lid 1 Verordening (EG) 3093/94 van de Raad van de Europese Unie van 15 december 1994 betreffende stoffen die ozonlaag afbreken.

257 Art. 23 lid 1 Verordening (EG) 1005/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 26 september 2009 betreffende de ozonlaag afbrekende stoffen.

258 Art. 15 Besluit inzake stoffen die de ozonlaag aantasten 1995, dat nader uitgewerkt wordt door Voorschrift 6.1.1. uit de bijlage bij de Regeling lekdichtheidsvoorschriften koelinstallaties 1997: 'De beheerder van een koelinstallatie dient zorg te dragen voor een zodanig beheer van deze installatie dat verlies van koudemiddel voorkomen wordt.'

259 Concl. A-G N. Jörg bij HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5435, punt 7.

dat besloten ligt in artikel 1 lid 1 Sr, artikel 7 EVRM en artikel 15 lid 1 IVBPR.²⁶⁰ Naar het Europeesrechtelijke legaliteitsbeginsel wordt niet verwezen. Daaruit blijkt dat de Hoge Raad een subjectieve benadering van rechtszekerheid hanteert, die een schending van het bepaaldheidsgebod afhankelijk maakt van het voor de concrete verdachte al dan niet voorzienbaar zijn van het strafrechtelijk karakter van zijn eigen gedragingen. Of vooraf voorzienbaar was vanaf welk percentage lekverlies de zorgplicht zou zijn geschonden, wordt niet beoordeeld. Wel was voorzienbaar dat *dit* lekverlies tot strafrechtelijke aansprakelijkstelling zou leiden. In de jurisprudentie wordt geen aandacht geschonken aan de vrijheid die de wetgever al dan niet heeft gehad bij het formuleren van de delictomschrijving. Dat is ook niet nodig omdat het bepaaldheidsgebod in geen van de zaken die bij de Hoge Raad is gekomen geschonden wordt geacht.²⁶¹ De toets die de Hoge Raad aanlegt lijkt inderdaad niet te verschillen van de toets van zuiver nationaal strafrecht. De in dit arrest gehanteerde contextuele en subjectieve benadering is in meer zaken zichtbaar.²⁶²

De mogelijkheid van afweging van bepaaldheid tegen andere belangen komt duidelijk naar voren in drie vonnissen van de Rechtbank Maastricht, opnieuw niet in het kader van het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel, maar in het kader van artikel 1 Sr. Daarin overweegt de rechter: 'Naar het oordeel van de rechtbank is een zekere vaagheid inherent aan de wetgeving op het gebied van het nuttig gebruik en de verwijdering van afvalstoffen; een scherper geformuleerd alternatief voor het begrip "afvalstoffen" is moeilijk denkbaar, omdat het afbreuk zou (kunnen) doen aan de doelstelling van deze wetgeving, namelijk mens en milieu te beschermen tegen de schadelijke invloeden van (de behandeling van) afvalstoffen.'²⁶³ Hier wordt het bepaaldheidsgebod zelfs afgewogen tegen doelmatigheid. Als de bepaling scherper geformuleerd zou worden, kan deze niet meer zo effectief worden ingezet bij de bescherming tegen schadelijke afvalstoffen.

Een enkel voorbeeld heeft betrekking op de mensenhandelbepaling van artikel 273f Sr, die tot het commune strafrecht behoort. Ook hier slaagde het beroep niet. Het kaderbesluit stelde dat uitbuiting 'ten minste' een aantal vormen moest omvatten, waaronder verplichte arbeid of diensten, slavernij of daarmee vergelijkbare praktijken en nog enkele vormen. Over die definitie, die afkomstig is uit het Palermo-protocol, werd opgemerkt door de United

260 HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579, JM 2005/37, m.nt. F.A.J. Koopmans, r.o. 3.4.

261 Het lijkt erop dat de lagere rechtspraak soms strenger toetst, aangezien alleen in de lagere rechtspraak beroepen op het bepaaldheidsgebod worden gehonoreerd. Zie de eerder besproken zaak Rb Breda 1 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AB7740, NJ 1986/114 en de casus uit dit hoofdstuk Rb Amsterdam 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG4853.

262 Zie bijvoorbeeld HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3643.

263 Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9779, JAF 2003/77, m.nt. D. van der Meijden; Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9731; Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9763.

Nations Office on Drugs and Crime dat het legaliteitsbeginsel vereist dat de vormen van uitbuiting limitatief worden opgesomd in het nationale strafrecht.²⁶⁴ Nederland heeft echter in artikel 273f Sr een niet-limitatieve opsomming opgenomen, die begint met 'Uitbuiting omvat ten minste'. In dit geval heeft beleidsvrijheid dus geleid tot criteriale onduidelijkheid naar nationaal recht, want onduidelijk is wat er nog meer onder 'uitbuiting' valt en op basis van welke voorwaarden. Bij het Hof Den Bosch werd geklaagd over de voorzienbaarheid van de uitleg van het 'oogmerk van uitbuiting' die door de Hoge Raad was gegeven.²⁶⁵ Volgens de verdachte was het niet mogelijk te bepalen welke gedragingen strafbaar zijn, zelfs al zou daarvoor juridisch advies worden ingewonnen – het is immers overgelaten aan de praktijk om nadere invulling te geven aan het begrip. Het hof antwoordt op deze klacht: 'In de woorden 'ten minste' ligt naar het oordeel van het hof besloten dat ook andere dan de in dit lid genoemde gedragingen onder de reikwijdte van het begrip uitbuiting kunnen vallen. De omstandigheid dat daardoor de reikwijdte van het begrip uitbuiting niet geheel duidelijk is en daaraan in de rechtspraak nader inhoud dient te worden gegeven, betekent naar het oordeel van het hof echter niet dat er sprake is van strijd met het lex-certa-beginsel.' Het beroep op het bepaaldheidsgebod slaagt niet, omdat de uitleg die de Hoge Raad had gegeven voldoet aan de criteria van het EVRM dat de interpretatie 'aansluit bij de essentie van het delict en redelijkerwijze voorzienbaar is.'²⁶⁶ Opnieuw wordt dus wel naar het EVRM, maar niet naar het EU-recht verwezen om te toetsen of aan de vereisten van het bepaaldheidsgebod is voldaan. Bijzonder aan dit arrest is dat hierin wordt erkend dat de vraag of het recht voldoende bepaald is niet alleen wordt beoordeeld op grond van wetgeving, maar ook van rechtspraak. Het bepaaldheidsgebod is aldus een gedeelde verantwoordelijkheid tussen wetgever en rechter.

Er is slechts één gepubliceerd voorbeeld, uit de lagere rechtspraak, van een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod in een mede door het Europees recht gereguleerde situatie – met dien verstande dat de rechter komt tot de einduitspraak ontslag van alle rechtsvervolging wegens afwezigheid van alle schuld.²⁶⁷ De verdachte is een rechtspersoon die chemische (reinigings-) producten im- en exporteert. De rechtspersoon heeft gehandeld in stoffen die

264 UNODC, Model Law against Trafficking in Persons, United Nations Publication 2009, p. 35 (online beschikbaar op http://www.unodc.org/documents/legal-tools/Model_Law_TiP.pdf, laatst geraadpleegd 22 april 2015).

265 Hof Den Bosch 17 september 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN7215 (*Chinese horeca*). De zaak was eerder voorgelegd aan de Hoge Raad, HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7097/ECLI:NL:HR:2009:BI7097 (*Chinese horeca*), NJ 2010/598, m.nt. Y. Buruma.

266 Hof Den Bosch 17 september 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN7215 (*Chinese horeca*).

267 Rb Amsterdam 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG4853. Welke variant van avas het betreft, is niet nader gespecificeerd. Correkter zou mijns inziens zijn geweest het buiten toepassing laten van de norm wegens schending van het bepaaldheidsgebod, hetgeen zou hebben geleid tot ontslag van alle rechtsvervolging wegens niet-kwalificeerbaarheid van het bewezenverklaarde.

voorkomen in de bijlage ‘geregistreerde stoffen’ bij een verordening inzake drugsprecursoren.²⁶⁸ Ten aanzien van die stoffen bestaat een meldingsplicht voor verdachte verkooptransacties om te voorkomen dat op zichzelf legale middelen in handen komen van personen die verdovende middelen produceren. Het verwijt aan de verdachte is dat zij niet heeft voldaan aan de meldingsplicht, maar de verdachte stelt dat er geen indicatoren zijn die kunnen worden gehanteerd bij de beslissing of van een transactie melding moet worden gemaakt. De politierechter steunt dat oordeel, en concludeert:

‘Het voorgaande betekent dat met de wijze waarop het niet voldoen aan de meldingsplicht van art. 2 Wvmc (oud) en art. 2 Wvmc jo. art 8 lid 1 strafbaar is gesteld niet wordt voldaan aan de vereisten van het zogenaamde “lex certa”-beginsel. De eisen van rechtszekerheid brengen mee dat de burger moet weten waar hij aan toe is als overtreding van wetsvoorschriften met straf wordt bedreigd. De Europese en/of nationale wetgever dient in het formuleren van delictsomschrijvingen zo bepaald mogelijk te zijn. Is er niettemin sprake van strafbaarstelling via een vage norm als de onderhavige dan dient de normadressaat adequaat te worden voor-ge-licht omtrent zijn verplichtingen. Nu niet kan worden vastgesteld dat dat is gebeurd, kan verdachte van het bewezen geachte geen verwijt worden gemaakt, hetgeen moet leiden tot ontslag van rechtsvervolging.’²⁶⁹

Allereerst toont dit vonnis dat in de praktijk niet altijd helder onderscheid wordt gemaakt tussen het bepaaldheidsgebod en de afwezigheid van alle schuld – een kwestie die in de volgende subparagraaf nader aan de orde komt. De strafbepaling voldoet niet aan het bepaaldheidsvereiste, en dat leidt tot ontslag van rechtsvervolging wegens afwezigheid van alle schuld als einduitspraak. Wat daarvan ook zij, het is interessant dat de rechter de vraag naar verantwoordelijkheid voor heldere wetgeving pragmatisch benadert: ‘De Europese en/of nationale wetgever’ zijn gebonden aan het bepaaldheidsgebod bij ‘het formuleren van delictsomschrijvingen’. Het lijkt de rechter niet uit te maken op welk niveau de onduidelijkheid is gelegen en wat daarvan de oorzaken zijn.

Wetssystematische onduidelijkheid in het Europees strafrecht

Zojuist is besproken dat de Hoge Raad in het *Krulsla*-arrest suggereert dat een beroep op het bepaaldheidsgebod mogelijk is niet alleen indien bepalingen uit het strafrecht onvoldoende nauwkeurig zijn geformuleerd, maar ook indien het geheel van strafnormen dermate complex is dat aan de kenbaarheid afbreuk wordt gedaan. Anders gezegd: niet alleen semantische onduidelijkheid, ook wetssystematische onduidelijkheid zou aanleiding kunnen geven tot een

268 Verordening (EG) 273/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 inzake drugsprecursoren.

269 Rb Amsterdam 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG4853.

geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod. Op een dergelijk verwijt werd reeds meermalen gepreludeerd: Koopmans heeft gesuggereerd dat de regelgeving met betrekking tot afvalstoffen dermate complex is dat deze mogelijk in strijd komt met het bepaaldheidsgebod.²⁷⁰ Advocaat-generaal Machielse verzuchtte bij een complexe zaak over de bescherming van bedreigde dieren- en plantensoorten:

‘Ik kan niet zeggen dat de wetgeving die hier van toepassing is gekenmerkt wordt door toegankelijkheid, duidelijkheid en consistentie, gelet op het haasje-overspringen van allerlei nationale en internationale voorschriften, de vaagheid en verbrokkeling van de bepalingen en het bestaan van verschillende elkaar niet dekkende bijlagen en lijsten. Met name de Europese regelgeving is weer een voorbeeld van complexiteit en onleesbaarheid, dat het nog eens een keer moet doen zonder een verhelderende toelichting. Naar mijn mening is hier de grens van het lex-certabeginsel wel gevaarlijk dicht genaderd.’²⁷¹

In de gepubliceerde jurisprudentie wordt echter door of namens de verdachte steeds uitsluitend aangevoerd dat de regelgeving te vaag is, niet dat deze te complex is. Aangezien het in de regel gaat om rechtspersonen die worden vervolgd, is aannemelijk dat van hen als professionele marktdeelnemers juist ten aanzien van de complexiteit aanzienlijke inspanningen worden verwacht en een dergelijk beroep niet snel zal slagen.

Het voorgaande kan concluderend als volgt worden samengevat. Omzettingswetgeving en uitvoeringsmaatregelen die onder de reikwijdte van het Europees strafrecht vallen zijn niet zelden onduidelijk. Met name wetssystematische onduidelijkheid doet zich veel voor, maar dat leidt zelden tot een beroep op het bepaaldheidsgebod. Een verklaring daarvoor is dat het Europees strafrecht vaak een ordeningsrechtelijk karakter heeft, en dat van professionele marktdeelnemers kan worden verwacht dat zij in staat zijn om te gaan met complexe regelgeving. Het ordeningsrechtelijke karakter maakt ook dat een beroep op semantische onduidelijkheid niet snel slaagt. De Nederlandse rechter laat zich inspireren door het EHRM en hanteert een contextueel bepaald begrip van rechtszekerheid, wat ertoe leidt dat de eisen aan wetgeving in ordeningsrechte-

270 Koopmans in zijn annotatie bij HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579, JM 2005/37: ‘Hoewel niet valt uit te sluiten dat zich situaties kunnen voordoen waarbij de ingewikkeldheid van de betreffende regelgeving problemen oplevert met het bepaaldheidsgebod, zoals wellicht het geval zou kunnen zijn met betrekking tot het begrip afvalstof, mede in het licht van Europese besluitvorming en jurisprudentie, is de kans dat de strafrechter een dergelijk verweer honoreert niet heel groot. Mogelijk biedt in sommige gevallen een beroep op rechtsdwaling soelaas, hoewel ook hiervoor geldt dat de strafrechter erg terughoudend is, tenzij er bijvoorbeeld gewezen kan worden op uitlatingen van het ministerie van LNV zoals in MenR, 21K.’

271 A-G A.J.M. Machielse in zijn conclusie bij HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1150, NJ 2000/129.

lijke context iets minder zwaar zijn dan in het klassieke strafrecht. Daarnaast wordt de toets aan het bepaaldheidsgebod redelijk subjectief ingekleurd: was het voor deze verdachte mogelijk om te weten of de gedraging strafbaar was of niet? Het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel speelt in de jurisprudentie geen rol. Tot slot is in een enkele zaak zichtbaar dat een afweging toelaatbaar is van bepaaldheid tegen andere belangen. De afweging van belangen en de subjectieve benadering van rechtszekerheid zijn twee kenmerken van de rechtenconceptie die ook in de Nederlandse strafrechtspraak waarneembaar zijn. Het derde kenmerk, de medeverantwoordelijkheid van de rechter voor de bepaaldheid van strafwetgeving, komt echter niet expliciet tot uitdrukking. Niettemin overheersen in de rechtspraak de ideeën van de rechtenconceptie.

5.7.3 Hoe toetst de Nederlandse rechter een beroep op rechtsdwaling?

Uit de vorige subparagraaf blijkt dat een beroep op het bepaaldheidsgebod meestal strandt. Dat roept de vraag op of de rechter wellicht andere consequenties dan een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod verbindt aan het feit dat het voor verdachten niet altijd gemakkelijk is de reikwijdte van hun plichten te bepalen. Heijder suggereerde dat een tanende rol van het legaliteitsbeginsel kan worden gecompenseerd door de avas.²⁷² Indien het Europees recht leidt tot een gewijzigde interpretatie van het nationale recht, is ook het formuleren van rechterlijk overgangsrecht een mogelijkheid: de rechter bepaalt dan dat de gegeven uitleg niet op het voorliggende geval zal worden toegepast.²⁷³

Welke oplossing de rechter kiest, is om twee redenen van belang. Ten eerste heeft buitentoepassinglating, voor zover daarvoor wordt gekozen wegens gebrekkigheid van de norm, de potentie om ook in vergelijkbare zaken te worden toegepast. De rechtsdwaling is als schulduitsluitingsgrond toegesneden op het individuele geval, en of daarvan sprake is, is mede afhankelijk van het door de verdachte verrichte onderzoek ter zake van het geldend recht. Ten tweede leidt het buiten toepassing laten van de bepaling altijd tot ontslag van alle rechtsvervolgning omdat het feit niet kan worden gekwalificeerd, terwijl het aannemelijk achten van avas leidt tot ontslag van alle rechtsvervolgning wegens het aannemen van een schulduitsluitingsgrond, dan wel – bij culpoze delicten – tot vrijspraak.

Voorbeelden van het buiten toepassing laten van een bepaling wegens onduidelijkheid zijn in de context van het Europees strafrecht echter niet gevonden. Borgers heeft in zijn preadvies voor de NJV over het legaliteitsbeginsel de vraag gesteld of de doorwerking van Europees recht consequenties heeft

²⁷² Heijder 1979, p. 152.

²⁷³ Zie voor een uitzonderlijk voorbeeld daarvan HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, NJ 1998/367 (*Pikmeer II*), r.o. 5.11. Uitgebreid over dit onderwerp Groenhuijsen 2003.

voor de toetsing aan de rechtsdwaling.²⁷⁴ Borgers vindt dat de toets aan de rechtsdwaling enigszins versoepeld zou moeten worden, zodat het ook mogelijk is een beroep daarop te doen indien wel onderzoek is gedaan naar de reikwijdte van de norm, maar daarover geen zekerheid is verkregen.²⁷⁵ Nu legt de rechter het risico daarvan in beginsel bij de burger, die immers niet heeft gehandeld in de veronderstelling dat de gedraging toegestaan was.²⁷⁶ Knigge heeft hier tegenin gebracht dat met een concrete toets aan het bepaaldheidsgebod een dergelijke situatie zou kunnen en moeten leiden tot het buiten toepassing laten van de norm in het concrete geval.²⁷⁷ In de gepubliceerde rechtspraak zijn meerdere uitspraken te vinden waarin een beroep werd gedaan op verontschuldigbare rechtsdwaling. Daarom is onderzocht of een dergelijk beroep wellicht kansrijker is dan een beroep op het bepaaldheidsgebod. Is dat het geval, dan wordt de afwezigheid van heldere normen in ieder geval ten dele gecompenseerd door rechtsbescherming in het individuele geval.

Allereerst valt op, zoals zojuist aangestipt, dat in de rechtspraak niet altijd een helder onderscheid wordt gemaakt tussen het bepaaldheidsgebod en de afwezigheid van alle schuld. Het verschil tussen het bepaaldheidsgebod en de verontschuldigbare rechtsdwaling is dat het bepaaldheidsgebod betrekking heeft op de norm, terwijl rechtsdwaling betrekking heeft op (het handelen van) de verdachte. Voldoet de norm niet aan het bepaaldheidsvereiste, dan moet zij buiten toepassing worden gelaten, hetgeen leidt tot niet-kwalificeerbaarheid van het bewezenverklarde. Rechtsdwaling heeft geen betrekking op de norm, maar leidt in een concreet geval tot ontslag van alle rechtsvervolging wegens het ontbreken van schuld (en tot vrijspraak bij culpoze delicten). In zoverre ligt het voor de hand dat door de verdediging altijd primair een beroep op het bepaaldheidsgebod wordt gedaan, subsidiair op rechtsdwaling. Het onderscheid tussen beide leerstukken wordt echter lang niet altijd zuiver gemaakt in de jurisprudentie. In de vorige subparagraaf werd al een zaak besproken waarin de rechter tot de conclusie komt dat de wet niet voldoet aan het *lex certa*-beginsel, waarna hij de verdachte ontslaat van rechtsvervolging wegens afwezigheid van alle schuld.²⁷⁸ Ook in drie vonnissen van de Rechtbank Maastricht, tevens besproken in de vorige subparagraaf, is het onderscheid niet duidelijk. Onder de kop 'De strafbaarheid van de verdachte' bespreekt de rechtbank dat de verdachte een beroep heeft gedaan op artikel 1 Sr, omdat de strafbepalingen te onbepaald zijn in het licht van het *lex certa*-beginsel.

²⁷⁴ Borgers 2011, p. 173-174.

²⁷⁵ Borgers 2011, p. 151-155. Zie ook het verslag van de beraadslaging naar aanleiding van vraagpunt 4 in het Verslag van de op 10 juni 2011 te Utrecht gehouden algemene vergadering over: Controverses rondom legaliteit en legitimatie (*Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 2011-2), Deventer: Kluwer 2011, p. 35-45.

²⁷⁶ Zie voor een voorbeeld Hof Den Bosch 1 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU2846.

²⁷⁷ Knigge 2011.

²⁷⁸ Rb Amsterdam 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG4853.

De rechtbank weegt eerst vaagheid af tegen de doelmatigheid van de strafbepaling, en concludeert dan: 'De vaagheid van het begrip "afvalstoffen" verontschuldigt de overtreder met name niet wanneer [...].'²⁷⁹ Ook hier lijkt de rechtbank ervan uit te gaan dat onbepaaldheid een verontschuldigende werking kan hebben.

Het kan zijn dat de rechter sneller voor rechtsdwaling kiest omdat dit minder verstreckende gevolgen heeft dan het buiten toepassing laten van de norm wegens strijd met het bepaaldheidsgebod. De rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod die de Nederlandse rechter doorgaans hanteert kan de verwarring wellicht (gedeeltelijk) verklaren. Anders dan in de rechtspositivistische conceptie staat niet de objectieve bepaaldheid van het recht voorop, maar de mogelijkheid voor de concrete verdachte om zekerheid te verkrijgen ten aanzien van zijn rechtspositie. In die subjectieve toets schurkt het bepaaldheidsgebod al dichter tegen rechtsdwaling aan. Inderdaad lijkt in de *common law* traditie, waar de rechtenconceptie zijn oorsprong vindt, de rechtsdwaling ook op conceptueel niveau sterk te worden verbonden aan het legaliteitsbeginsel. Ashworth & Horder bespreken twee gronden voor de acceptatie van rechtsdwaling: de eerste is dat de reikwijdte van aansprakelijkheid niet altijd geheel duidelijk is, en de tweede is dat op de staat de plicht rust strafbepalingen behoorlijk bekend te maken.²⁸⁰ Volgens Blomsma is de rechtsdwaling in het Engelse recht niet gebaseerd op het schuldbeginnel, zoals in Nederland, maar op het legaliteitsbeginnel. De toets die de rechter uitvoert is dan niet of de *dwaling verontschuldikbaar* was, maar of de *aansprakelijkstelling voorzienbaar* was.²⁸¹ De indruk bestaat op basis hiervan dat de invloed van het Angelsaksische rechtsdenken en de rechtenconceptie van legaliteit op dit punt zorgt voor verwarring, of althans een veranderde – en vooralsnog onheldere – relatie tussen het bepaaldheidsgebod als afgeleide van het legaliteitsbeginnel, en de rechtsdwaling als afgeleide van het schuldbeginnel.

De jurisprudentie over rechtsdwaling in het strafrecht waar dat is beïnvloed door het Europees recht of zelfs mede bestaat uit Europees recht is beperkt. In de meeste zaken strandt het beroep zonder meer omdat de verdachte een professionele marktdeelnemer is die wordt geacht zich op de hoogte te stellen van de relevante regelgeving, waarbij tevens vaak onduidelijk is op welke wijze is getracht helderheid te verkrijgen over de toepasbare normen.²⁸² Een tweetal zaken noopt niettemin tot enige overdenking, en wordt daarom hier besproken.

279 Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9779, JAF 2003/77, m.nt. D. van der Meijden; Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9731; Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9763.

280 Ashworth & Horder 2013, p. 218-224, m.n. p. 220-221.

281 Blomsma 2012, p. 473-474.

282 Hof Den Bosch 8 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3510 / ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3514 / ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3516; Rb Rotterdam 29 november 2012, ECLI:NL:RBROT:

De eerste is de enige mij bekende zaak waarin een beroep op verontschuldigbare rechtsdwaling in het Europees strafrecht slaagt.²⁸³ Een rechtspersoon naar Duits recht werd verdacht van het in strijd met de EVOA overbrengen van afvalstoffen. Over de juiste uitleg van de EVOA bestond lang onzekerheid, maar in 2007 wees het Hof van Justitie arrest in de zaak *Omni Metal Service*, waaruit bleek dat de EVOA streng moest worden geïnterpreteerd.²⁸⁴ Meerdere landen, alsmede advocaat-generaal Mengozzi,²⁸⁵ gingen uit van een minder strikte uitleg, aangezien die ook werd gehanteerd bij de overbrenging van afval tussen OESO-landen.²⁸⁶ De verdachte rechtspersoon was ook uitgegaan van de mildere uitleg (die ook wordt ondersteund door de Duitstalige versie van de verordening, aldus de rechtbank), volgens welke voor het uitgevoerde afvaltransport niet de kennisgevingsprocedure hoefde te worden gevolgd. Eerder waren vergelijkbare transporten ondernomen met goedkeuring van de Duitse autoriteiten. De rechtbank meent daarom dat de rechtspersoon verontschuldigbaar heeft gedwaald: 'In redelijkheid kon van de verdachte rechtspersoon niet worden verwacht dat hij voor het onderhavige transport als extra controle ook de Nederlandse autoriteiten zou raadplegen. Hierbij wordt mede in aanmerking genomen dat ten tijde van het onderhavige transport ook in Nederland onzekerheid bestond over [de juiste uitleg van de verordening].'²⁸⁷ De EVOA bood dus volgens de rechter onvoldoende duidelijkheid over de plichten van de rechtspersoon, en de onzekerheid is pas weggenomen na de tenlastegelegde gedraging met het arrest van het Hof van Justitie.

Bij het Hof Den Haag ving een verdachte in een enigszins vergelijkbare zaak bot. In deze zaak werd namens de verdachte, een rechtspersoon naar Frans recht, gesteld dat hij erop mocht vertrouwen dat voor het transport geen kennisgeving vereist was, omdat de verordening elders in Europa aldus werd uitgelegd. Het hof verwees naar de plicht voor professionele marktdeelnemers om:

'op de hoogte te zijn van de relevante nationale en internationale regelgeving en de uitleg daarvan. De verdachte, die in eerste aanleg naar voren heeft gebracht er niet van op de hoogte te zijn geweest dat de containers via Nederland werden getransporteerd, heeft zich niet op de hoogte heeft [sic] gesteld van de relevante

2012:BY4960; Conclusie van A-G A.J.M. Machielse bij HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:676 / ECLI:NL:HR:2013:677 / ECLI:NL:HR:2013:678 (HR doet af met art. 81 RO).

283 Rb Rotterdam 6 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2696.

284 HvJ EG 21 juni 2007, C-259/05, ECLI:EU:C:2007:363 (*Omni Metal Service*).

285 Concl. A-G P. Mengozzi bij HvJ EG 21 juni 2007, C-259/05, ECLI:EU:C:2007:363 (*Omni Metal Service*).

286 Besluit C 2001 107/FINAL, punt 8 sub i luidt: 'a mixture of two or more Green wastes shall be subject to the Green control procedure, provided the composition of this mixture does not impair its environmentally sound recovery.'

287 Rb Rotterdam 6 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2696.

wet- en regelgeving en de uitleg daarvan bij de overheidsautoriteiten hier te lande.²⁸⁸

In het kader van rechtsdwaling moet worden aangetoond welke inspanningen de verdachte zich heeft getroost om zich te vergewissen van de betekenis van relevante strafbepalingen. Anders dan in de eerder besproken casus, toonde de verdachte rechtspersoon niet aan dat daadwerkelijk op die andere uitleg was vertrouwd. Dat past bij de strenge toets die wordt toegepast in het kader van de avas. Het verweer was als beroep op het bepaaldheidsgebod wellicht beter uit de verf gekomen. Immers, voor een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod is niet relevant of alle schuld bij de verdachte ontbreekt omdat daar de focus ligt op de norm, niet op de overtreder. Voorts is de overweging van de rechtbank dat de verdachte zich had moeten oriënteren op de relevante wet- en regelgeving ‘en de uitleg daarvan bij de overheidsautoriteiten *hier te lande*’ [cursivering: JGHA] interessant. Het betreft hier de uitleg van een Europese norm, wat de vraag oproept hoe relevant de uitleg van die norm ‘hier te lande’ is.

Die nadruk van het hof op de in Nederland gangbare uitleg verhoudt zich niet logisch tot de wijze waarop het hof omgaat met het andere in die zaak (als bewijsverweer gevoerde kwalificatie-) verweer dat er geen sprake was van ‘doorvoer’ in de zin van de EVOA. Daar gingen de Nederlandse autoriteiten juist uit van een foutieve definitie, op grond waarvan een overheidswebsite suggereerde dat voor bepaalde transporten de kennisgevingsprocedure niet van toepassing zou zijn, terwijl later (na het plegen van de feiten²⁸⁹) bleek dat wel degelijk een kennisgeving vereist was.²⁹⁰ Het kwalificatieverweer wordt verworpen.²⁹¹

In cassatie krijgt het hof gelijk van advocaat-generaal Vegter, en de Hoge Raad doet het middel af met artikel 81 RO.²⁹² Vegter maakt in zijn conclusie

288 Hof Den Haag 17 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL2281.

289 In de EVOA uit 1993 stond geen definitie van het begrip doorvoer, in de EVOA van 2006, die in werking is getreden na het plegen van de feiten, wel. In de considerans bij die nieuwe verordening is niet uitdrukkelijk aangegeven dat er sprake is van een gewijzigd inzicht, wat het hof tot de conclusie leidt dat het gaat om een codificatie van een definitie ‘die de Europese wetgever reeds voor ogen stond’. Het hof past daarom deze nieuwe definitie toe.

290 Het betrof informatie op de website van SenterNovem, een agentschap gefinancierd door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. In 2012 heeft de Rechtbank Rotterdam besloten het Hof van Justitie prejudiciële vragen te stellen over de uitleg van het begrip ‘doorvoer’ (Rb Rotterdam 4 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5680, NJ 2012/371). Hierop zijn echter geen antwoorden gekomen; het Hof verklaarde het verzoek van de rechtbank kennelijk niet-ontvankelijk omdat gevraagde feitelijke gegevens niet tijdig konden worden geleverd, HvJ EU 14 maart 2013, C-240/12, ECLI:EU:C:2013:173 (*EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais*). De rechtbank kwam alsnog tot een veroordeling, Rb Rotterdam 24 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8831.

291 Hof Den Haag 17 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL2281.

292 HR 10 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP7858, NJ 2012/46.

nog wel een interessante opmerking naar aanleiding van een van de cassatiemiddelen: 'Voorts maakt de stelling dat de vraag of kabelafval onder het oude EVOA onder de kennisgevingsprocedure viel binnen Europa verschillend werd beantwoord en dat daarom van heldere, voorzienbare strafbaarstelling nimmer sprake is geweest geen overtuigende indruk. Het is immers zonneklaar dat de opvattingen over het afvalstoffenbegrip en over de wenselijkheid van algemene criteria ter beperking van dat begrip in Europa toen en nog steeds sterk uiteen lopen. Het argument zou vooralsnog meer indruk maken indien in Nederland grote rechtsonzekerheid bestond.' Kennelijk is aangevoerd dat de strafbepaling onvoldoende voorzienbaar maakt welke gedragingen strafbaar zijn. Vegter vindt de verschillen tussen de lidstaten niet zo interessant, zolang binnen Nederland de verordening eenduidig wordt uitgelegd. Voor inlichtingen over 'de toepasselijkheid en betekenis van EVOA regels in Nederland' verwijst hij de rechtspersoon naar SenterNovem.²⁹³ De toevoeging 'in Nederland' is interessant, aangezien deze impliceert dat de toepasselijkheid en betekenis van verordeningen kan verschillen per lidstaat.

Waar dus ten aanzien van het avas-verweer de verdachte de Nederlandse uitleg wordt tegengeworpen, kan daar in het verkapte kwalificatieverweer juist geen beroep op worden gedaan. De gegeven uitleg roept de vraag op of die uitleg voorzienbaar was. Daar besteedt de rechter geen aandacht aan. Bij uiteenlopende interpretaties in de verschillende lidstaten is bij deze stand van zaken niet te voorzien hoe de verordening zal worden toegepast en op welke interpretaties gerechtvaardigd kan worden vertrouwd.

5.8 DEELCONCLUSIE

Het onderzoek naar de vormgeving van het bepaaldheidsgebod in het Europees strafrecht laat zien dat Europese regelgeving op het punt van rechtszekerheid niet zelden te wensen overlaat. Die uitkomst is niet verrassend, aangezien dit probleem in de literatuur al veelvuldig aan de orde is gesteld. In dit hoofdstuk is getracht meer inzicht te verkrijgen in de verschijningsvormen en oorzaken van rechtsonzekerheid.

Op Europees niveau wordt, net als in het Nederlandse recht, rechtszekerheid nagestreefd door middel van helder afgebakende wetgeving. Wetgevingshandelingen kunnen op grond van artikel 263 VWEU worden vernietigd indien ze de algemene rechtsbeginselen schenden, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel. De vraag is echter of aan maatregelen die tot het Europees strafrecht behoren zwaardere eisen moeten worden gesteld op grond van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Deze vraag wordt door de verschillende actoren die

²⁹³ Nu het Bureau Energieprojecten, een agentschap gefinancierd door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.

betrokken zijn bij het wetgevingsproces zeer verschillend beantwoord. Het standpunt van de Raad lijkt bevestigend maar is tamelijk onduidelijk, de Commissie beantwoordt de vraag negatief met een verwijzing naar de beleidsvrijheid voor de lidstaten, en het Parlement benadrukt de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de Europese en nationale wetgever. Het Hof van Justitie stelt dat richtlijnen en kaderbesluiten even duidelijk moeten zijn als nationale strafbepalingen. Omdat zij niet rechtstreeks de basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid vormen maar worden omgezet in nationale strafbepalingen, komt het Hof evenwel steeds tot het oordeel dat het bepaaldheidsgebod niet is geschonden. Dit betekent dat het bepaaldheidsgebod niet van toepassing is op de op dit moment in werking zijnde richtlijnen en kaderbesluiten. Verordeningen zijn daarentegen wel gebonden aan het bepaaldheidsgebod, maar in de enige zaak waarin het Hof zich uitsprak over de toepassing van verordeningen in het strafrecht in relatie tot het bepaaldheidsgebod, liet het de daadwerkelijke toets aan het bepaaldheidsgebod over aan de nationale rechter.²⁹⁴

Het Hof geeft aan hoe de nationale rechter kan beoordelen of aan het bepaaldheidsgebod is voldaan. De minime eis is dat 'de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.' In de invulling van het bepaaldheidsgebod in het punitief bestuursrecht door het Hof van Justitie is te zien dat het Hof op dit punt sterk wordt beïnvloed door het EHRM. Uit de jurisprudentie over artikel 7 EVRM blijkt dat het EHRM een afwegingsbenadering hanteert die de rechtenconceptie kenmerkt, waarbij volledige rechtszekerheid niet haalbaar, maar ook niet wenselijk wordt geacht. Met name op het terrein van het orderingsrecht laat het EHRM veel ruimte voor flexibiliteit en onduidelijkheid van voorschriften. In paragraaf 3.5.3 is mededingingsrechtelijke jurisprudentie besproken die, net als de jurisprudentie van het EHRM, zeer expliciet blijkt geeft van een afwegingsbenadering van bepaaldheid. Deze jurisprudentie contrasteert het Hof echter sterk met het strafrecht.²⁹⁵

Uit het bepaaldheidsgebod vloeien ook eisen voort voor de nationale wetgever. In beginsel kan de wetgever zelf kiezen voor een meer bronrecht-dan wel doelrechtgerichte omzetting. De wetgever heeft echter, indien het Europees recht niet voldoende helder is om woordelijk in het strafrecht te worden omgezet, de plicht richtlijnen te concretiseren in het nationale recht. Bij verordeningen bestaat die mogelijkheid niet. Wel kan de nationale wetgever, indien hij vrij is in de keuze van een handhavingssysteem, die keuze mede baseren op de mate van bepaaldheid van de verordening. Ten aanzien van verordeningen heeft het Hof van Justitie aangegeven dat het de rechter is die moet beoordelen of aan de vereisten van het bepaaldheidsgebod is voldaan.

²⁹⁴ Zie paragraaf 5.4.

²⁹⁵ Zie paragraaf 5.5.1. en 5.5.2.

De nationale rechter moet daarbij het Europees legaliteitsbeginsel toepassen, al heeft het Hof van Justitie slechts minimumeisen geformuleerd voor de invulling daarvan. Welke rechtsgevolgen de rechter aan die toets kan verbinden, blijft op grond van het Europees recht onduidelijk, behalve dan dat hij een verordening niet eigenhandig onverbindend kan verklaren. Dit duidt erop dat hij een op het individuele geval toegesneden oplossing zal moeten verzinnen, bijvoorbeeld door de bepaling buiten toepassing te laten, of door verontschuldigbare rechtsdwaling aan te nemen. In het eerste geval vindt de norm geen toepassing in het concrete geval, waardoor de bewezenverklaarde gedraging niet kan worden gekwalificeerd als strafbaar feit en de verdachte moet worden ontslagen van alle rechtsvervolgning. In het tweede geval wordt de norm wel toegepast, maar volgt ontslag van alle rechtsvervolgning wegens niet-strafbaarheid van de verdachte of, indien een culpoos delict ten laste is gelegd, vrijspraak.²⁹⁶

In dit hoofdstuk is afzonderlijk onderzocht hoe de Nederlandse wetgever en de Nederlandse strafrechter omgaan met de verantwoordelijkheden en verplichtingen die het Europees recht hen oplegt. Eerst is onderzocht hoe semantisch onduidelijke *kaderbesluiten en richtlijnen* zijn omgezet in het Nederlandse recht. Daarbij valt op dat, anders dan misschien zou kunnen worden verwacht, vage bepalingen in het Europees recht lang niet altijd worden verduidelijkt in het nationale recht. Waar bepalingen van Europees recht graduele vaagheid bevatten, zoals in het Kaderbesluit illegale drugshandel, kiest de wetgever een punt op de schaal om zo de strafbaarheid (of strafverzwarringsgrond, in dit geval) af te bakenen. Waar bepalingen van Europees recht criteriaal vaag zijn, belanden zij vaak woordelijk in het Nederlandse recht. Dat kan worden veroorzaakt door het ontbreken van een nationaal kader waarin de bepaling kan worden ingebed en onduidelijkheid over de mate van vrijheid bij het vormgeven van de bepaling. Het lijkt erop dat graduele vaagheid weinig problematisch is in het Europees recht, maar dat criteriale vaagheid niet goed kan worden opgelost op nationaal niveau. Graduele vaagheid leidt niet tot vaagheid op nationaal niveau, criteriale vaagheid doet dat wel. Deze conclusie is een voorlopige, getrokken op basis van een analyse van beperkte omvang, en vereist nadere toetsing en onderbouwing. Ten aanzien van *verordeningen* hanteert de wetgever het uitgangspunt dat verwijzingen in het strafrecht liefst statisch zijn en dus worden aangepast wanneer het Europees recht wordt gewijzigd. Niettemin komen dynamische verwijzingen ook in het strafrecht wel voor.²⁹⁷

Onduidelijke regelgeving belandt uiteindelijk bij de nationale rechter in de vorm van interpretatievragen, beroepen op het bepaaldheidsgebod en verweren op grond van de verontschuldigbare rechtsdwaling. De Nederlandse rechter toetst die verweren aan artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM, maar niet aan

²⁹⁶ Zie paragraaf 5.5.3.

²⁹⁷ Zie paragraaf 5.6.

artikel 49 Hv of, voor 2009, aan het legaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht. In het nationale strafrecht is, onder invloed van het EVRM, ook een contextueel bepaalde benadering van het bepaaldheidsgebod waarneembaar. De Hoge Raad weegt bepaaldheid af tegen flexibiliteit, maar ook tegen systematische duidelijkheid in de vorm van overzichtelijkheid van het normenstelsel als geheel. Er zijn in de jurisprudentie geen aanwijzingen gevonden dat de Nederlandse rechter beroepen op het bepaaldheidsgebod of de verontschuldigbare rechtsdwaling anders toetst wanneer Europese normen in het geding zijn in vergelijking tot zuiver nationale zaken. De meeste zaken betreffen orderingsrechtelijke bepalingen, waarbij dergelijke verweren in het algemeen minder kansrijk zijn vanwege de contextueel bepaalde uitleg die aan het rechtszekerheidsbeginsel wordt gegeven.²⁹⁸

Onduidelijkheid van het Europees strafrecht is vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel één van de meer prangende maar tegelijkertijd complexe problemen. De Europese actoren leggen op dit moment de verantwoordelijkheid voor de duidelijkheid van het strafrecht exclusief neer bij de nationale actoren, omdat die verantwoordelijkheid is gekoppeld aan de uitoefening van het *ius puniendi*. Het is voor de wetgever echter niet altijd duidelijk hoeveel speelruimte hij heeft om bepalingen van Europees recht nader af te bakenen in het nationale strafrecht. Wanneer hij daartoe een poging waagt, zoals bij de omzetting van het Kaderbesluit private corruptie, loopt hij het risico afgestraft te worden omdat niet voldoende gedragingen onder de reikwijdte van de strafwet vallen. Bij verordeningen bestaat überhaupt de ruimte niet om gedragingen te omschrijven op een manier die meer is afgebakend of die beter aansluit bij het nationale recht. Daar heeft de nationale wetgever een verantwoordelijkheid voor de omschrijving van strafbare feiten in het nationale recht, zonder dat hij de benodigde bevoegdheden heeft om die verantwoordelijkheid gestalte te geven. De beslissing om een gedraging met straf te bedreigen ligt formeel nog altijd bij de nationale wetgever. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat de invloed van het Europees recht op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid dusdanig groot is, dat het bepalen van de reikwijdte van het strafrecht niet langer een exclusieve bevoegdheid van de nationale wetgever is. Het gevolg van die machtsverdeling is dat een probleem dat gelegen is in de relatie tussen de Europese Unie en de lidstaten, wordt afgewenteld op de burgers. De kern van het probleem is dat op Europees niveau verplichtingen aan de lidstaten worden opgelegd die onduidelijk zijn. Dit speelt zich af in de relatie die de EU heeft met de *lidstaten*, die wordt beheerst door het staatsrechtelijk legaliteitsbeginsel. In de praktijk leiden deze onduidelijke verplichtingen voor de lidstaten niet zelden tot onduidelijke geboden en verboden voor de *burgers*.

298 Zie paragraaf 5.7.

Een eenvoudige oplossing laat zich niet formuleren. Dat is ten eerste zo omdat onduidelijkheid in het Europees strafrecht niet alleen wordt veroorzaakt doordat de richtlijnen die tot stand komen op grond van artikel 83 VWEU onduidelijk zijn. Verordeningen en richtlijnen die op andere rechtsgrondslagen tot stand komen kunnen onduidelijk zijn, maar ook de precieze reikwijdte van de bepalingen over vrij verkeer en de mogelijke uitzonderingen daarop zijn niet altijd helder. Ten tweede betreft de onduidelijkheid in het Europees strafrecht niet alleen semantische onduidelijkheid, maar in belangrijke mate ook wetssystematische onduidelijkheid. Lang niet alle onduidelijkheid kan dus worden weggenomen door de Europese wetgever te binden aan het bepaaldheidsgebod bij de uitoefening van zijn bevoegdheden op grond van artikel 83 VWEU. Ten derde zouden de verwachtingen van de opbrengst daarvan mijns inziens bescheiden moeten zijn. Dat Europese wetgeving zich qua helderheid niet altijd kan meten met het nationale strafrecht vindt zijn oorzaak mede, om een aantal factoren te noemen, in het politieke karakter van Europees strafrecht, in de hoeveelheid actoren die bij het wetgevingsproces betrokken zijn en in de noodzaak tot het sluiten van compromissen die uit die twee kenmerken voortvloeit.²⁹⁹ Ten vierde lijkt het onrealistisch te verwachten dat eenzelfde richtlijn of verordening duidelijk is in het licht van alle verschillende rechtsordes.

Binding van Europese wetgeving aan het bepaaldheidsgebod is dus bepaald geen panacee, toch is in dit hoofdstuk betoogd dat het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod wel degelijk ook consequenties moet hebben voor de Europese wetgever. De verantwoordelijkheid van de Europese wetgever houdt in dit kader voornamelijk in dat op Europees niveau de kaders moeten worden geboden voor het creëren van heldere strafbepalingen door nationale wetgevers. Dit betekent dat richtlijnen voor lidstaten duidelijk moeten maken welke gedragingen zij strafbaar moeten stellen, en wat de ruimte is voor het maken van eigen beleidsafwegingen bij de omzetting daarvan. Indien een richtlijn vaag is, moet de lidstaat die deze concretiseert in zijn nationale wetgeving niet worden afgestraft. Verordeningen die verplicht rechtstreeks worden toegepast in het strafrecht moeten daarnaast wel aan het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod voldoen, en het Hof van Justitie zou in ieder geval moeten bekijken of de verordening in abstracto de toets aan het bepaaldheidsgebod kan doorstaan.

299 Zie paragraaf 5.4.1.

