

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

6 | Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid in het Europees strafrecht

6.1 INLEIDING

De interpretatie en toepassing van strafbepalingen wordt in het Europees strafrecht zeer sterk beïnvloed door het Europees recht. De nationale rechter heeft de plicht om alle (straf)bepalingen die onder de reikwijdte van het Europees recht vallen te interpreteren in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van het Unierecht. In deze plicht tot Europeesrechtconforme interpretatie is de invloed van de Unie op rechterlijke rechtsvinding zeer zichtbaar. Dit thema is daarom ook al veelvuldig aan de orde gesteld in de wetenschappelijke literatuur. Door het nationale recht conform het Europees recht te interpreteren draagt de strafrechter bij aan een correcte implementatie van Unierecht. In dit hoofdstuk staat conforme interpretatie als doorwerkingsmechanisme en conflictregel centraal: wanneer er een conflict bestaat tussen nationaal en Europees recht, moet de rechter in eerste instantie proberen dit conflict op te lossen door het nationale recht uit te leggen op een wijze die strookt met het Europees recht. Die plicht bestaat ook indien de verdachte daarvan mogelijk negatieve consequenties ondervindt.¹ In dat geval wordt relevant hoe de rechter gevolg kan geven aan die plicht zonder de grenzen van zijn interpretatie- en toepassingsvrijheid te overschrijden. Wanneer er geen conflict bestaat, is conforme interpretatie onproblematisch voor het legaliteitsbeginsel.

De conforme-interpretatieplicht heeft consequenties voor de wijze waarop de rechter nationaal recht moet uitleggen, dus op het proces van interpretatie. Het Hof schrijft niet dwingend voor tot welk resultaat de nationale rechter moet komen. Sterker nog: in sommige gevallen is een Europeesrechtconforme interpretatie zelfs niet *toegestaan*: het Hof stelt op grond van het legaliteitsbeginsel *grenzen* aan de uitleggingsplicht. Als geen richtlijnconform resultaat kan worden bereikt met de uitleg van een nationale bepaling, moet worden onderzocht of de bepaling van Europees recht rechtstreekse werking heeft en de plaats kan innemen van de nationale bepaling. Dat laatste is echter in het materiële strafrecht niet mogelijk: strafrechtelijke aansprakelijkheid mag niet

¹ HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*), r.o. 45; HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*).

rechtstreeks worden gebaseerd op een richtlijn. Heeft de bepaling van Europees recht geen rechtstreekse werking, dan zal de nationale bepaling buiten toepassing gelaten moeten worden voor zover deze in strijd is met de richtlijn. Waar het nationale recht echter te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, en dat is de situatie die hier wordt bestudeerd, biedt het buiten toepassing laten van de strafbepaling geen soelaas.

Conforme interpretatie is een bijzondere conflictregel omdat niet op voorhand vaststaat dat het conflict ook daadwerkelijk op die manier opgelost gaat worden. Niet iedere bepaling leent zich er immers voor om tot een Europees-rechtconform resultaat te leiden. Conforme interpretatie wordt, omdat niet vaststaat of het normconflict daadwerkelijk kan worden opgelost, gezien als een uitdrukking van een heterarchische verhouding tussen de rechtsordes, in plaats van een hiërarchische.² Om deze reden heeft het bezielde pleitbezorger die het zien als een effectieve methode van harmonisatie die minder diep ingrijpt in de nationale rechtsorde dan rechtstreekse werking.³ Er is echter ook kritiek op de werking van het mechanisme. Met name vanuit publiekrechtelijke hoek worden vraagtekens geplaatst bij de mogelijke spanning die kan ontstaan met rechtszekerheid en de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid.⁴ Als de rechter verplicht is een strafbepaling in uitbreidende zin uit te leggen, komt het legaliteitsbeginsel onder druk te staan. Bovendien is opgemerkt dat de invloed van het Europees recht leidt tot een minder sterke binding van de rechter aan de nationale wet en een verkleinde invloed van de nationale wetgever.⁵ Het is de vraag of in die situatie de democratische legitimiteit van het strafrecht nog afdoende is gewaarborgd. Daar komt bij dat de reikwijdte van de plicht niet geheel duidelijk is.⁶ In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe de als gevolg van de opkomst van het Europees strafrecht veranderde institutionele context invloed heeft op het rechtsvindingsproces en de wijze waarop het legaliteitsbeginsel de doorwerking middels conforme interpretatie begrenst. In dit hoofdstuk ligt kortom het zwaartepunt bij de verplichtingen voor de strafrechter wanneer hij geharmoniseerde strafbepalingen toepast, en de gevolgen die deze verplichtingen hebben voor het nationale strafrecht.

2 Walker 2003 p. 4; Amstutz 2005; Claes 2006 p. 35-36; Uomo-Kettunen 2013.

3 Amstutz 2005; Daarnaast kan conforme interpretatie het – als onrechtvaardig beschouwde – verschil in rechtsbescherming verkleinen tussen burgers die te maken hebben met de overheid en burgers die te maken hebben met andere burgers. Richtlijnen hebben immers geen rechtstreekse horizontale werking, maar conforme interpretatie is niet aan die beperking gebonden. Zie Drake 2005; Betlem 2007, p. 111.

4 Betlem 2002, p. 402; Concl. A-G F.G. Jacobs van 27 januari 1994 bij HvJ EG 3 maart 1994, C-316/93, ECLI:EU:C:1994:82 (*Vaneetveld*), punt 31; over privaatrechtelijke situaties: Craig & De Búrca 2011, p. 206-207.

5 Wissink 2001, p. 254-255; Loth 2014, p. 11; Brechmann 1994, p. 25-30; Wiarda/Koopmans 1999, p. 53-60. Anders: Canaris 2002, p. 56.

6 Chalmers, Davies & Monti 2010, p. 296; Sørensen 2008, p. 319-327; Altena 2013.

In dit hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen de normen voor de rechter die de *interpretatie* van strafbepalingen beheersen en normen die betrekking hebben op de *toepassing* van de strafbepaling in het concrete geval.⁷ Dit onderscheid tussen interpretatie en toepassing is nodig om te kunnen zien hoe de strafrechtelijke jurisprudentie van het Hof van Justitie verschilt van diens mededingingsrechtelijke jurisprudentie, en van de uitleg van de grenzen aan interpretatievrijheid van het EHRM. De onderhavige analyse mondt uit in de conclusie dat de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid in het Europees recht en in het Nederlandse recht vooral verschillen in de wijze waarop normering van de rechterlijke taak plaatsvindt, zonder dat dit tot grote verschillen in resultaten hoeft te leiden.

In de eerstvolgende paragraaf, paragraaf 6.2, wordt rechterlijke interpretatie besproken vanuit rechtstheoretisch perspectief, voor zover hier relevant. Het doel daarvan is het scheppen van een kader waarbinnen de verschillende benaderingen van de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid, alsook de verschillende opvattingen over conforme interpretatie, systematisch kunnen worden geanalyseerd. Drie onderwerpen komen aan de orde. Het eerste is de facetten die kunnen worden onderscheiden in het interpretatieproces: de interpretatiemethoden en hun onderlinge rangorde. Beide spelen een belangrijke rol in het analyseren van de aard van de conforme-interpretatieplicht later in het hoofdstuk. Ten tweede wordt de vraag aan de orde gesteld of het überhaupt mogelijk is de rechter te binden aan de wet: is het mogelijk onderscheid te maken tussen analogische en extensieve interpretatie, en is het mogelijk helder af te grenzen welke interpretaties nog binnen de grenzen van de tekst blijven, en welke niet? Ook wordt onder meer gekeken op welke wijze kan worden beargumenteerd dat de rechterlijke interpretatievrijheid aan grenzen is gebonden. Zo kan worden gesteld dat de rechter slechts een bepaalde catalogus aan interpretatiemethoden mag aanwenden en dat hij sommige daarvan moet laten prevaleren boven andere (grenzen aan het *proces* van interpretatie); dat de rechter vrij is in het proces, maar dat een uitkomst die de rechtszekerheid compromitteert niet is toegestaan (grenzen aan het *product of resultaat* van interpretatie); of dat de rechter een bepaalde uitleg niet met terugwerkende kracht mag toepassen (grenzen aan de *toepassing* van een gegeven interpretatie in het concrete geval).

In paragraaf 6.3 wordt geschetst welke gevolgen de rechtspositivistische en rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel hebben voor de rechterlijke interpretatievrijheid.⁸ Omdat bij conforme interpretatie twee niveaus van

7 Om woordherhalingen te voorkomen zal ik korthedshalve spreken van 'grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid'.

8 In dit hoofdstuk borduur ik voort op de in hoofdstuk 4 verdedigde stelling dat voor het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht een wettelijke grondslag is vereist. Het gaat in dit hoofdstuk daarom slechts om de taak van de rechter

regelgeving betrokken zijn en dus ook twee wetgevers, wordt bijzondere aandacht besteed aan de vraag wat de rol is van de wil van de wetgever in die twee concepties. Waar interpretatie in de rechtspositivistische conceptie gericht is op het achterhalen van de *communicatieve inhoud* van de wet, ligt de nadruk in de rechtenconceptie meer op het *construeren* van een autonome betekenis van de wet, grotendeels onafhankelijk van de intenties van de wetgever.

Paragraaf 6.4 gaat vervolgens over de wijze waarop het Hof van Justitie het Europees recht uitlegt. De wijze waarop Europees recht geïnterpreteerd moet worden is relevant voor de rechter in het kader van zijn conforme-interpretatieplicht. Na de beschrijving van de door het Hof gebruikte methoden bij de interpretatie van primair en secundair recht, wordt bijzondere aandacht besteed aan het bestaan van verschillende taalversies van Europese wetgeving en de wijze waarop het Hof daarmee omgaat. Vervolgens wordt het mensenrechtelijke kader voor rechtsvinding zoals dat is ontwikkeld door het EHRM geschetst. Tot slot wordt de vraag beantwoord of het Hof van Justitie zich bij de uitleg van richtlijnen en verordeningen die relevant zijn voor het afbakenen van strafrechtelijke aansprakelijkheid op nationaal niveau, gebonden acht aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van artikel 49 Hv.

In paragraaf 6.5 komt de kern van dit hoofdstuk, te weten de jurisprudentie van het Hof van Justitie over conforme interpretatie, aan bod. Daarbij worden de plicht, alsmede de begrenzingen ervan, uitvoerig geschetst aan de hand van de jurisprudentie. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de vraag welke invloed die plicht heeft op de verschillende facetten van het interpreteren (de interpretatiemethoden en hun onderlinge verhouding). Die informatie is nodig om te kunnen zien wat eigenlijk de *aard* van de conforme-interpretatieplicht is. Is het de verplichting om een bepaalde methode aan te wenden, en zo ja is conforme interpretatie dan een zelfstandige methode of een afgeleide van de bekende interpretatiemethoden? Of is de conforme-interpretatieplicht toch meer een resultaatverplichting, waarbij de wijze waarop dat resultaat wordt bereikt niet relevant is?

Paragraaf 6.6 gaat ten slotte over de wijze waarop de Nederlandse strafrechter invulling geeft aan de plicht tot conforme interpretatie, en hoe die op zijn beurt daarbij een evenwicht zoekt en/of vindt tussen de plicht tot conforme interpretatie en de plicht tot het waarborgen van de rechtszekerheid. Daarbij wordt onderzocht of in de rechtspraak van de Hoge Raad verschillen waarneembaar zijn naar gelang het rechtsgebied dat centraal staat: is de Hoge Raad in strafrechtelijke zaken bijvoorbeeld eerder geneigd een conforme interpretatie niet mogelijk te achten? Bovendien wordt gekeken of er verschillen bestaan

bij de interpretatie van bestaande strafbepalingen en niet om het creëren van nieuwe delicten.

tussen de Hoge Raad en de feitenrechter in hun bereidheid een Europeesrecht-conforme uitleg aan het nationale recht te geven.

Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie in paragraaf 6.7.

6.2 GRENZEN AAN DE RECHTERLIJKE INTERPRETATIEVRIJHEID NADER BESCHOUWD

Het rechterlijk beslissingsschema van artikel 350 Sv schrijft voor dat de rechter, nadat hij tot een bewezenverklaring is gekomen (eerste vraag), het bewezenverklarde feit moet proberen te kwalificeren (tweede vraag). Hij moet beoordelen of hij de feiten kan rubriceren onder de delictsomschrijving waarop de tenlastellegging is toegesneden. Om dat oordeel te kunnen vellen, zal hij de betreffende delictsomschrijving moeten interpreteren. In semiotische termen is het teken of het predicaat, in dit geval de delictsomschrijving en de bestanddelen daarin, gegeven. Het bewezenverklarde, waarvan hij moet beoordelen of het tot de extensie van het predicaat behoort, is eveneens gegeven. De rechter kan vervolgens op twee manieren te werk gaan. Hij kan ten eerste door de intensie van de norm vast te stellen, bepalen of het bewezenverklarde behoort tot de extensie van de norm.⁹ Hij moet dan aangeven op basis van welke criteria de extensie is bepaald. De rechter kan ook casuïstisch te werk gaan door uitsluitend te stellen dat de feiten onder de norm vallen, zonder aan te geven op welke gronden. Met het eerste levert de rechter een bijdrage aan het bestaan van objectieve rechtszekerheid, omdat door het bepalen van de intensie de volledige extensie van de norm bekend is. Met het tweede biedt de rechter alleen subjectieve rechtszekerheid, informatie voor de verdachte over diens individuele rechtspositie.

In het vorige hoofdstuk is besproken dat een aanvankelijk duidelijke bepaling vaag kan worden, doordat de werkelijkheid verandert. De grenzen aan de interpretatievrijheid van de rechter begrenzen mede de mate waarin semantische relaties mogen worden geconstrueerd als dynamische relaties. Een lexicale definitie kan immers in de loop van de tijd veranderen, en die verandering kan radicale vormen aannemen: de Van Dale vermeldt bij het woord 'gijzelaar' zowel de betekenis 'iemand die gijzelt' als 'iemand die gegijzeld wordt'.¹⁰ De vraag is of en in hoeverre het de rechter vrij staat om in een dergelijk geval ook een andere betekenis te geven aan een juridische term.

In dit hoofdstuk maak ik onderscheid tussen het proces van interpretatie, het product of resultaat daarvan, en de toepassing van een interpretatie in het concrete geval. Dat onderscheid is ingegeven door de constatering dat op

⁹ Zie over de begrippen intensie en extensie paragraaf 5.2.1.

¹⁰ Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse taal versie 14.7, Utrecht: Van Dale Uitgevers 2011 (digitale uitgave).

verschillende manieren wordt gesproken over de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid. Het begrip 'interpretatie' wordt gekenmerkt door 'proces-productambigüiteit': interpretatie wordt gebruikt om te verwijzen naar zowel het proces of de activiteit van het interpreteren als het product of resultaat van die activiteit.¹¹ Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid kunnen eveneens worden betrokken op het proces van interpreteren, en op het resultaat ervan. Het 'proces' verwijst daarbij naar de activiteit van het interpreteren, en grenzen die in dat kader kunnen worden gesteld aan de rechterlijke interpretatievrijheid betreffen de catalogus van interpretatiemethoden die de rechter tot zijn beschikking staan alsmede de hiërarchie van interpretatiemethoden waar de rechter al dan niet aan gebonden kan zijn. Het analogieverbod is een voorbeeld van een begrenzing die betrekking heeft op het interpretatieproces. Het is ook mogelijk te redeneren vanuit het resultaat van interpretatie, ofwel het product daarvan. Dan wordt bijvoorbeeld vooropgesteld dat de rechter gehouden is de rechtszekerheid te waarborgen. Tot slot is het mogelijk onderscheid te maken tussen interpreteren, het bepalen van de betekenis van een norm in abstracto, en toepassing van de norm in concreto. Ook aan dat laatste kunnen grenzen worden gesteld.

Over het proces van interpreteren is nog van belang de vaststelling dat in weerwil van dat begrip het niet zozeer gaat over hoe de rechter daadwerkelijk te werk moet gaan, maar meer over hoe de rechter zijn oordeel moet motiveren. Hoe het interpretatieproces in de werkelijkheid vorm krijgt, is lastig te onderzoeken en ook lastig te normeren. Normen voor het proces van interpretatie betreffen daarom in wezen normen voor de *rechtvaardiging* van de gegeven interpretatie. De rechter is gehouden zijn motivering van de kwalificatiebeslissing te stelen op bronnen en argumenten die in het recht als gezaghebbend worden geaccepteerd.

In deze paragraaf worden de twee facetten van het interpretatieproces, de catalogus van interpretatiemethoden alsmede hun onderlinge verhouding, beschreven. Ten tweede wordt ingegaan op de vraag of het überhaupt mogelijk is om grenzen te stellen aan de rechterlijke interpretatievrijheid. Kan er wel een onderscheid worden gemaakt tussen extensieve interpretatie en analogische toepassing? Nadat de rechter heeft vastgesteld wat volgens hem de juiste betekenis is van de wet, wacht de rechter nóg een vraag: hij moet beslissen of de wet in die betekenis ook kan worden toegepast op het concrete geval. Bij de bespreking van deze thema's blijkt dat de rechterlijke vrijheid op drie manieren aan grenzen kan worden onderworpen: men kan beweren dat de rechter beperkt is in *het proces* waarop hij tot een antwoord komt, in *het resultaat* of het product dat hij bereikt met dat proces, of in *de toepassing in concreto* van een bepaald resultaat van interpretatie. Die grenzen zijn het onderwerp van het laatste onderdeel van deze paragraaf.

11 Kloosterhuis 2002, p. 165-166 en stelling IV; Loth 1984, p. 45.

6.2.1 Twee facetten van het interpretatieproces: interpretatiemethoden en hun onderlinge verhouding

Voor het denken over wetsinterpretatie zijn de vier methoden van interpretatie die al door Von Savigny zijn onderscheiden nog steeds leidend: grammaticale, historische, systematische en logische (nu: teleologische¹²) interpretatie.¹³ De eerste drie interpretatiemethoden verwijzen naar een bron die als gezaghebbende en legitieme bron van informatie wordt beschouwd bij de uitleg van bepalingen. Zo kan de rechter de tekst van de wet in acht nemen, en kan hij bij de uitleg daarvan kijken naar de systematiek van het recht en de wetsgeschiedenis. Andere bronnen, bijvoorbeeld religieuze teksten, vormen in ons rechtssysteem niet zulke gezaghebbende teksten en kunnen derhalve niet dienen om het rechterlijk oordeel te legitimeren. Dat ligt iets anders voor de teleologische interpretatiemethode, die niet aanknoopt bij een bijzondere bron. Bij teleologische rechtsvinding staat het doel van de norm centraal. De catalogus van interpretatiemethoden bepaalt dus op welke informatie een rechter zich kan beroepen en welke redeneerwijzen hij bij de uitleg van bepalingen kan toepassen.

De eerste methode is de *grammaticale interpretatiemethode*. Die verwijst naar het bestuderen van de tekst van de wet zelf, om te kijken welke indicaties over de betekenis daarvan kunnen worden ontleend aan de formulering. Daarvoor zal de rechter in beginsel aansluiten bij de gebruikelijke betekenis van die begrippen. Zo kan de rechter voor de uitleg van begrippen te rade gaan bij het normale spraakgebruik of een woordenboek ter hand nemen om tot een lexicale definitie te komen.¹⁴ Ook de formulering of interpunctie van een opsomming kan van belang zijn, bijvoorbeeld om te bepalen of voorwaarden uit een bepaling zijn bedoeld als enumeratieve of cumulatieve criteria. De grammaticale methode is omstreden, omdat deze volgens critici ervan zou uitgaan dat een wettekst een betekenis heeft die los van de context kan worden vastgesteld.¹⁵ Met hen kan worden geconstateerd dat de context inderdaad een relevant gegeven is dat de uitleg van een tekst stuurt. Grammaticale interpretatie hoeft echter niet van de veronderstelling uit te gaan dat de tekst geheel zonder context tot uitgangspunt moet worden genomen. Sterker nog: dat is onmogelijk. Alleen al het feit dat het een wettekst betreft is een contextueel gegeven dat richting kan geven aan de uitleg van de tekst. De tekst van de wet, en daarmee de grammaticale interpretatiemethode, kan worden gezien als het startpunt van interpretatie. Puur op grond van de tekst zullen doorgaans meerdere interpretaties verdedigbaar zijn. Met behulp van de grammati-

¹² Kaiser 2010, p. 222.

¹³ Von Savigny 1840, p. 212-216.

¹⁴ Zie voor een voorbeeld Hof Den Haag 22 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0298.

¹⁵ Zie voor een kort overzicht van de kritiek en een antwoord daarop Smith 2009 en de overige bijdragen aan het themanummer van *Themis* uit 2009 over taalkundige interpretatie.

cale interpretatiemethode kan dan niet worden bepaald welke de juiste is;¹⁶ de vaststelling dat meerdere interpretaties mogelijk zijn is juist de *uitkomst* van een grammaticale interpretatie. Grammaticale interpretatie kan worden gezien als de methode waarmee de uiterste grenzen van het mogelijke kunnen worden bepaald.¹⁷

Ten tweede kan de rechter zich oriënteren op de wetsgeschiedenis, hetgeen *wetshistorische interpretatie* wordt genoemd. De totstandkomingsgeschiedenis van een wet kan een bepaalde uitleg ondersteunen en worden gebruikt om een keuze te maken uit de interpretaties die de tekst toelaat. De documenten uit de wetsgeschiedenis, met name de memorie van toelichting, kunnen worden gezien als een toelichting van de auteur van de wet op de bedoeling daarmee ten tijde van de totstandkoming. Met die toelichting kan de wetgever de uitleg van de tekst bewust proberen te sturen, of juist open laten.¹⁸ Deze toelichtingen zijn gezaghebbend omdat ze afkomstig zijn van de bevoegde wetgever. Voor wie een wettekst ziet als de uitdrukking van de subjectieve wil van de wetgever is deze bron van groot belang.

Bij *systematische interpretatie* gaat het om het onderzoeken van de wettelijke context van de bepaling. Een commune strafbepaling staat in een bepaalde titel, in het tweede of derde boek van het Wetboek van Strafrecht, dat weer deel uitmaakt van het nationale publiekrecht, dat weer in relatie staat tot het Europees en internationaal recht. Daarin gebruikte begrippen kunnen bijvoorbeeld voorkomen in andere strafbepalingen of in andere wetboeken, andere rechtsgebieden of natuurlijk het Europees recht, waardoor die andere wettelijke bronnen steun kunnen bieden aan een bepaalde uitleg. Systematische interpretatie kan zowel worden gezien als een onderzoek naar de bedoeling van de wetgever met de plaatsing van een bepaling, als een onderzoek naar de objectieve samenhang en systematiek van het normenstelsel.

De *teleologische interpretatiemethode* heeft in tegenstelling tot de andere interpretatiemethoden geen betrekking op een bepaalde tekst die in relatie staat tot de wettekst. Het gaat er bij deze interpretatiemethode om uit alle mogelijke bronnen de strekking of het doel van de bepaling te identificeren, en in die zin is dit een objectieve interpretatiemethode bij uitstek. Het gaat om de maatschappelijke betekenis van de wet zelf, los van de betekenis die de wetgever er bij de totstandkoming aan heeft willen geven. Sterker nog: deze methode wordt juist vaak aangewend om een uitleg te geven aan een bepaling die juist indruist tegen indicaties die voortvloeien uit andere bronnen, vaak

16 De Hullu 2015, p. 103-104; Solum 2010, p. 106.

17 Hoewel niet iedereen de tekst van de wet als de uiterste grens ziet. Zie bijvoorbeeld De Hullu 2015, p. 103.

18 Omdat veel regels beogen het gedrag te sturen of juridische gevolgen in het leven te roepen zijn zij veel meer dan literaire teksten ontworpen met een bepaald doel.

de wetsgeschiedenis of zelfs de tekst van de wet.¹⁹ Er wordt geabstraheerd van de concrete uitingen van de wetgever om een achterliggend doel van de bepaling te identificeren, dat vervolgens leidend wordt voor de uitleg van de bepaling.

Nadat op basis van de diverse interpretatiemethoden is vastgesteld welke indicaties over de betekenis daar dan uit voortvloeien, vindt een ordening van deze indicaties plaats op basis waarvan één interpretatie wordt gezien als de beste. Het komt namelijk niet zelden voor dat diverse bronnen afwijkende indicaties geven over de juiste uitleg van de bepaling. In die gevallen is de betekenis van een bepaling onzeker en speelt de rangorde van interpretatiemethoden een belangrijke rol. Dat is het tweede facet van rechtsvinding. In Nederland is men gewoon te stellen dat er geen hiërarchie tussen de interpretatiemethoden bestaat.²⁰ Dat rechtvaardigt nog niet de conclusie dat de rechter naar willekeur kan kiezen. Volgens Cleiren wordt de inzet van interpretatiemethoden niet of niet alleen gestuurd door een casuïstische individuele voorkeur voor een bepaalde uitkomst, maar is die keuze gebaseerd op (impliciete) standpuntbepalingen over democratie, taaltheorie, en meer.²¹ Volgens Suhr wordt de rangorde tussen methoden bepaald door een idee over de verhouding tussen de staatsmachten.²² Ik onderscheid één vraag waarin meerdere van de genoemde aspecten samenkomen, en dat is de vraag wat het doel is van interpretatie: is dat het vaststellen van het doel dat de wetgever voor ogen stond met de bepaling, of is dat het vaststellen van het 'objectieve' en actuele doel van de wet zelf?²³ Het antwoord op die vraag hangt samen met een gehanteerde subjectieve of objectieve rechtsopvatting.²⁴ De interpretatiemethoden zijn middelen om dat doel te bereiken,²⁵ en het (relatieve) gewicht dat aan de diverse interpretatiemethoden wordt gehecht is afhankelijk van het gestelde doel. Dit onderscheid tussen mogelijke doelstellingen van interpretatie ligt mede ten grondslag aan de rechtspositivistische en rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel en de rechterlijke interpretatievrijheid.

19 Zie voor twee voorbeelden hiervan HR 21 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1030, *NJ* 1998/782, m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 5.2.2; de annotatie van N. Keijzer bij HR 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN9287, *NJ* 2012/62. Een ander bekend voorbeeld hiervan is de jurisprudentiële ontwikkeling van het goedbegrip, zie daarover Groenhuijsen & Wiemans 1989.

20 De Hullu 2015, p. 102-103; Cleiren 2008, p. 293-298.

21 Cleiren 2008, p. 293-298. In die zin ook Soeteman 1999, p. 177-178.

22 Suhr 2011, p. 97.

23 Walz 2010, p. 483.

24 Uitgebreid daarover paragraaf 6.3.

25 Ehricke 1995, p. 609.

6.2.2 Analogie versus extensieve interpretatie

In het Nederlandse strafrecht wordt een analogische toepassing voor onaanvaardbaar gehouden, terwijl een extensieve interpretatie toelaatbaar wordt geacht.²⁶ Een argumentatie op basis van analogie is in algemene zin een argumentatie op basis van een vergelijking met een object dat wordt geacht op relevante punten 'gelijk' of 'vergelijkbaar' (*similar*) te zijn, dat leidt tot de conclusie dat de twee objecten ook op andere punten gelijk of vergelijkbaar zijn.²⁷ In het strafrecht vertaalt zich dit in de toepassing van een strafbepaling door de rechter op een geval waarvoor die bepaling niet tot stand is gebracht, met als argument dat dit geval voldoende relevante overeenkomsten vertoont met het wél geregelde geval om ook strafbaar te zijn. Extensieve interpretatie daarentegen blijft binnen de grenzen van wat als *geregeld* moet worden beschouwd. Bij extensieve interpretatie wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid weliswaar uitgebreid ten opzichte van wat voorheen als strafbaar werd beschouwd, maar gaat het in de gangbare uitleg volgens De Hullu nog steeds om een interpretatie die, 'taalkundig binnen de bewoordingen van de delictsomschrijving blijft'.²⁸ Bij een analogische argumentatie is dat niet (noodzakelijk) het geval. Dat extensieve interpretatie wel, maar analogische toepassing niet toelaatbaar zou zijn roept de vraag op of die twee vormen van interpretatie in de werkelijkheid ook daadwerkelijk kunnen worden onderscheiden.

De vraag of er in de praktijk een zinvol onderscheid kan worden gemaakt tussen extensieve interpretatie en analogische toepassing is echter niet helemaal zuiver, omdat de begrippen betrekking hebben op verschillende mogelijke betekenissen van het begrip 'interpretatie'. Dit wordt veroorzaakt door de 'proces-productambigüiteit' van het begrip interpretatie, hierboven reeds kort aangestipt.²⁹ Het begrip 'analogische argumentatie' verwijst naar het proces, terwijl het begrip 'extensieve interpretatie' verwijst naar het product van de uitleg. Met behulp van een analogische redenering kan een resultaat worden bereikt dat binnen de grenzen van de tekst van de wet blijft. Andersom kan een onaanvaardbaar geachte uitkomst, die niet past binnen de bewoordingen van de wet, worden bereikt met andere argumenten dan analogie. Met andere woorden, de toepassing van een onaanvaardbaar geachte methode leidt niet per definitie tot een onaanvaardbaar resultaat, en een onaanvaardbaar resultaat is niet per definitie te herleiden tot een onaanvaardbaar proces. Mijn indruk

26 Groenhuijsen 1987, p. 19. De Hoge Raad laat zich hier niet in algemene termen over uit.

27 Bartha 2013.

28 De Hullu 2015, p. 106. Het begrip 'extensieve interpretatie' heeft een zekere betekenisverschuiving ondergaan. Met name (maar niet uitsluitend) in oudere literatuur verwijst het naar interpretaties die wel tegen de tekst van de wet ingaan, maar die nog steeds worden beschouwd als een uitleg in overeenstemming met de 'eigenlijke norm'. Zie de bespreking van Langemeijers visie op extensieve interpretatie in 't Hart 1983, p. 222; Langemeijer 1937, p. 40-42.

29 Kloosterhuis 2002, p. 165-166 en stelling IV; Loth 1984, p. 45.

is, maar die indruk kan slechts met weinig voorbeelden worden gestaafd, dat er een bescheiden ontwikkeling aan de gang is waarbij in de meer recente literatuur voornamelijk wordt bepleit dat de rechter niet moet worden beperkt in zijn methoden, maar slechts in de resultaten die hij bereikt.³⁰ Dat betekent dat de aandacht verschuift van het proces van interpretatie, naar het product ervan. Kort gezegd: of de rechter een analogisch argument hanteert doet niet ter zake, wel is relevant of het resultaat van zijn uitleg verenigbaar is met de tekst van de wet en of deze het rechtszekerheidsbeginsel respecteert.

Dan nog blijft de vraag of het wel mogelijk is onderscheid te maken tussen interpretaties die onder de reikwijdte van de tekst blijven, en interpretaties die de tekst te buiten gaan. Smith heeft de tekst van de wet de functie van 'grenswachter' toegedicht: de tekst maakt bepaalde beslissingen mogelijk – niet zelden meer dan één, maar sluit ook andere beslissingen uit. Begeeft de rechter zich buiten die grenzen, dan is er volgens Smith sprake van een beslissing *contra* of *praeter legem* die zich niet langer kan aandienen als interpretatie van de wet.³¹ Maar is het wel mogelijk onderscheid te maken tussen beslissingen die zich binnen en buiten de reikwijdte van de tekst van de wet begeven? Is binding van de rechter aan de wet geen '*wishful thinking*'?³²

Volgens de semantische theorie die in hoofdstuk 5 is gepresenteerd bestaat er niet altijd een duidelijke relatie tussen een predicaat en de intensie ervan, en daarmee ook niet met de extensie. De relatie die bestaat tussen de werkelijkheid en de wijze waarop mensen de werkelijkheid waarnemen en conceptueel construeren is bovendien niet (volledig) bepalend voor de juridische betekenis van begrippen, zo is verdedigd. De intensie van een predicaat in het recht kan daarom afwijken van de intensie die het begrip krijgt in het dagelijks taalgebruik. Het bestaan of ontstaan van grensgevallen, waarvan niet duidelijk is of zij tot de extensie van het predicaat behoren, is niet uitgesloten. Semantische theorieën kunnen niet op bevredigende wijze voorschrijven hoe met die grensgevallen moet worden omgegaan. Er bestaat geen objectieve methode om van grensgevallen te bepalen of zij onder de reikwijdte van de norm vallen of niet. Kortom: het is problematisch om de interpretatievrijheid van de rechter te begrenzen uitsluitend met een verwijzing naar de tekst van de wet. Tegelijkertijd zou een dergelijke begrenzing wel degelijk enig nut hebben. Er zijn gevallen denkbaar die door de gemiddelde jurist of zelfs burger zijn te herkennen als interpretaties *contra legem*. Het bestaan van grensgevallen betekent dus niet dat aan de vrijheid van de rechter geen grenzen kunnen worden gesteld. Het is mogelijk en zinvol te stellen dat de rechter niet iedere willekeurige betekenis aan de wet mag geven, en dat de betekenis die hij aan de wet kan

30 Zie Groenhuijsen 2003 en zijn opmerkingen aldaar over Groenhuijsen & Wiemans 1989; Borgers 2011, p. 158-162; De Hullu 2015, p. 106-111.

31 Smith 2009, p. 66.

32 Van Klink 2001, p. 700.

geven in enige mate stabiel moet zijn. In de volgende subparagraaf staat daarom de vraag centraal op welke manieren de vrijheid van de rechter aan banden kan worden gelegd.

6.2.3 Grenzen aan het proces en product van interpretatie, en aan de toepassing in het concrete geval

Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid worden op verschillende wijzen geformuleerd. Zojuist werd gesteld dat het begrip 'interpretatie' lijdt aan proces-productambigüiteit: interpretatie kan verwijzen naar een proces, maar ook naar een product. Grenzen aan de interpretatievrijheid kunnen evenzo betrekking hebben op het proces van interpretatie, maar ook op het product, in iets toepasselijker termen het resultaat van interpretatie. Grenzen aan het *proces* van interpretatie hebben betrekking op de interpretatiemethoden die de rechter mag toepassen en het relatieve gewicht dat de rechter daaraan mag toekennen om een bepaalde rangorde tussen die methoden aan te brengen. Grenzen aan het *resultaat* dat de rechter mag bereiken met zijn interpretatie hebben betrekking op de vraag of de uitleg mogelijk in strijd is met rechtszekerheid of met een adequate machtsverdeling tussen de rechter en wetgever. Ten derde laat de praktijk zien dat soms grenzen worden gesteld aan de *toepassing* van een bepaalde interpretatie in een concreet geval, indien een gegeven uitleg de rechtszekerheid schendt. Deze typologie van manieren om de rechterlijke vrijheid af te bakenen wordt in deze paragraaf nader toegelicht. Het onderscheid tussen deze drie typen is nodig om subtiele verschillen te kunnen aanduiden tussen rechtspraak van het EHRM over interpretatie in het algemeen, en rechtspraak van het Hof van Justitie over de grenzen aan conforme interpretatie.

De eerste wijze waarop de vrijheid van de rechter kan worden begrensd ligt in het *proces* van interpreteren. Door te interpreteren bepaalt de rechter de intensie van een predicaat, waarmee wordt vastgelegd welke verzameling objecten of gevallen uit de werkelijkheid tot de extensie van het predicaat behoort. Dat proces van interpreteren bestaat volgens de zojuist uiteengezette theorie uit het hanteren van een aantal interpretatiemethoden, en aan de inzet van die interpretatiemethoden kunnen beperkingen worden gesteld. Zo is de teleologische interpretatiemethode, wanneer deze wordt ingezet om een resultaat te bereiken dat indruist tegen de bedoelingen van de wetgever, voor aanhangers van de rechtspositivistische conceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid controversieel. Dat kan, maar hoeft niet te betekenen dat de hele methode als zodanig ontoelaatbaar wordt geacht. Er kunnen ook grenzen worden gesteld aan de verhouding tussen de interpretatiemethoden: zo kan worden beargumenteerd dat de tekst van de wet altijd leidend is. Onder het proces van interpretatie worden dus beide facetten van interpretatie, de interpretatiemethoden en hun onderlinge verhouding, geschaard.

De tweede mogelijkheid is stellen dat er grenzen zijn aan de *resultaten* die de rechter mag bereiken. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de rechter een interpretatie taalkundig verantwoord acht, maar vindt dat een dergelijke uitleg gevolgen zou hebben waar een politieke keuze aan vooraf zou moeten gaan. Zijn interpretatievrijheid wordt dan beperkt door de machtsverdeling tussen wetgever en rechter. Een andere mogelijke grens is dat de te geven uitleg niet mag conflicteren met hogere regels. De bepaling moet dan een andere uitleg krijgen dan het gebruikelijke proces van interpretatie dicteert. In dat geval doet niet ter zake op welke wijze dat resultaat is bereikt.

Er is nog een derde mogelijkheid om de vrijheid van de rechter te begrenzen, en dat is in de *toepassing* van een interpretatie, eveneens op basis van algemene rechtsbeginselen. In dat geval is niet het bereiken van een bepaalde uitkomst problematisch, maar wel de toepassing daarvan in een individueel geval. Door grenzen te stellen aan de toepassing wordt het uitbreiden van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de rechter aanvaard, maar wordt tegelijkertijd gewaarborgd dat aansprakelijkstelling voor individuen steeds voorzienbaar is. Precies voor de situatie dat de uitleg wel aanvaardbaar is, maar de toepassing ervan in het concrete geval tot een onaanvaardbaar resultaat leidt, kan rechterlijk overgangsrecht of de exceptie van de verontschuldigbare rechtsdwaling een uitweg vormen.³³

Het onderscheid tussen de drie typen grenzen kan worden geïllustreerd met een voorbeeld. In de zaak die leidde tot het arrest *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* moesten de Britse rechters de term *unlawful* uit de strafbaarstelling van verkrachting interpreteren en de vraag beantwoorden of zij de verdachte konden veroordelen, ondanks het gegeven dat gemeenschap binnen het huwelijk werd gezien als *lawful*.³⁴ Op de vraag of de rechters tot een veroordeling konden komen zijn drie ontkennende antwoorden mogelijk, op basis van de drie typen begrenzings. Vanuit het perspectief van beperkingen aan het *proces* van interpretatie zou het antwoord kunnen zijn dat dit niet toegestaan is omdat de rechter maatschappelijke opvattingen niet mag meewegen bij de uitleg van bepalingen. Aangezien de tekst en de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever helder zijn, moet de wetgever in actie komen. Vanuit het perspectief van beperkingen aan het *resultaat* zou het antwoord kunnen zijn dat dit niet mag omdat de rechter weliswaar maatschappelijke opvattingen mag meewegen, maar in het resultaat steeds de rechtszekerheid moet waarborgen. De rechtszekerheid is niet gewaarborgd indien de rechter geen enkele betekenis toekent aan een bestanddeel. Bovendien druist deze uitleg in tegen de kennelijke bedoeling van de wetgever, waardoor ook de taakverdeling tussen wetgever en rechter voorschrijft dat de rechter zich schikt naar het oordeel van de

³³ Zie over rechtsdwaling paragraaf 5.7.3.

³⁴ EHRM 22 november 1995, zaken 20166/92 en 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*).

wetgever. Ook in dit tweede geval moet de wetgever in actie komen. Vanuit het perspectief van beperkingen aan de *toepassing*, ten slotte, zou het antwoord kunnen zijn dat de rechter in beginsel op basis van maatschappelijke opvattingen de uitleg mag geven aan de wet die hem op dit moment, gezien alle omstandigheden, het meest juist voorkomt. Als deze uitleg niet voorzienbaar was voor de verdachte, dan mag deze concrete verdachte niet veroordeeld worden, maar kan de rechter wel bepalen dat de uitleg wordt toegepast op vanaf publicatie van het vonnis gepleegde gedragingen.

6.3 TWEE CONCEPTIES VAN DE GRENZEN AAN DE RECHTERLIJKE INTERPRETATIE-VRIJHEID

Het onderscheid tussen een rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit zoals die door Rozemond vanuit de Angelsaksische rechtsgeleerdheid in de Nederlandse literatuur zijn geïntroduceerd, is al kort besproken in hoofdstuk 2. In hoofdstuk 5 zijn de concepties toegepast op het bepaaldheidsgebod. De twee concepties zijn echter van oorsprong een uitwerking van de implicaties die de positivistische rechtsopvatting versus de natuurrechtelijke en cultuurrechtelijke rechtsopvatting hebben voor rechtsvinding.³⁵ De verschillen uiteten zich in *hard cases*, gevallen waarin het recht geen of geen ondubbelzinnig antwoord biedt op een interpretatievraag omdat een bepaling in redelijkheid op meerdere manieren uitgelegd kan worden. Naast het verschil in rechtsopvatting identificeer ik vier thema's waarop de rechtspositivistische en rechtenconceptie van elkaar verschillen: wat wordt gezien als het doel van interpretatie; hoe wordt er gekeken naar het proces van interpretatie; mogen bij de interpretatie andere belangen dan de rechtszekerheid van de verdachte een sturende rol spelen; en worden grenzen gesteld aan de *interpretatievrijheid*, of vooral aan de *toepassingsvrijheid* van de rechter? De twee concepties zijn niet geheel gescheiden en onverenigbaar; ze leiden tot accentverschillen in hoe de rechter de wet zou moeten interpreteren en toepassen. Rozemond ziet, in navolging van Dworkin, de rechtenconceptie dan ook als een aanvulling op, en niet als een alternatief voor de rechtspositivistische conceptie. Ik bespreek in de komende twee subparagrafen enkele onderscheidende kenmerken die geschikt zijn om het onderzoeksmateriaal mee te analyseren.

35 Het woord 'rechtsvinding' wordt hier gebruikt in de neutrale betekenis van interpretatie door de rechter. Rechtsvinding wordt ook wel gezien als tegenovergestelde van de term 'rechtsvorming'. In die betekenis is rechtsvinding een uitdrukking van een declaratoire theorie over het rechterlijk oordeel, volgens welke de rechter pre-existent recht 'vindt', terwijl het begrip 'rechtsvorming' reflecteert dat het rechterlijk oordeel het recht verandert, mede vormt.

Aan de verschillende interpretatiemethoden, en zeker aan de beide concepties van het legaliteitsbeginsel, gaat als gezegd een onderscheid tussen een subjectieve versus een objectieve conceptie van het *recht* vooraf. Dat onderscheid duidt op een opvatting van het recht als wilsuiting van de wetgever versus een opvatting van het recht als objectief, autonoom gegeven, los van de bedoelingen van de maker ervan.³⁶ Deze subjectieve en objectieve concepties hangen samen met een rechtspositivistische dan wel natuurrechts- of cultuurrechtsopvatting over het recht. De subjectieve rechtsopvatting is positivistisch in de zin dat deze ervan uitgaat dat het recht door mensen wordt gemaakt en dus ook door mensen wordt bepaald. In de objectieve rechtsopvatting heeft het recht een betekenis die kan worden ontleend aan de wereld om ons heen (natuurrecht) of die samenhangt met een bepaalde cultuur zoals die in een regio door de tijd heen tot stand is gekomen (cultuurrecht), maar niet of veel minder met de wens van de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de wet.

6.3.1 De rechtspositivistische conceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid

Het eerste kenmerk van de *rechtspositivistische conceptie* van rechterlijke interpretatievrijheid is het *doel van interpretatie*: in de rechtspositivistische conceptie, die samenhangt met de subjectieve rechtsopvatting en het positivisme, ligt de nadruk bij interpretatie op het achterhalen van de bedoeling van de wetgever.³⁷ De bijbehorende interpretatietheorie wordt wel aangeduid met *conversationale interpretatie*.³⁸ Wetgeving is een vorm van communicatie tussen de wetgever en de samenleving, waaronder ook de rechter. Deze subjectieve rechtsopvatting verzet zich tegen een autonome interpretatie door de rechter: heteronome rechtsvinding, op basis van een strikte machtsverdeling tussen wetgever en rechter, is het ideaal.³⁹ Dat heeft gevolgen voor de inzet van interpretatiemethoden, en dus het *proces van interpretatie*. Wie het recht ziet als uitdrukking van de wil van de wetgever, zal steeds op zoek zijn naar de bedoeling van de wetgever. Daarom wordt aan wetshistorische interpretatie veel belang gehecht. De bedoelingen van de wetgever zijn immers bepalend voor de betekenis van de wet. Ook de systematiek van de wet is relevant, maar

36 Het gaat dus niet om de vraag of het recht een objectief vast te stellen betekenis heeft of dat de rechter er altijd zijn eigen, subjectieve opvatting over geeft – dat onderscheid wordt hier in de termen van Wiarda/Koopmans aangeduid met heteronome versus autonome rechtsvinding, zie Wiarda/Koopmans 1999.

37 Dworkin 1985, p. 14.

38 Soeteman 1999, p. 178-179, in navolging van Dworkin's conversational interpretation, Dworkin 1986, p. 50.

39 Wiarda/Koopmans 1999; Walz 2010, p. 483-486, zie ook Borgers over wetshistorische interpretatie: Borgers 2003, p. 52-53. Dworkin noemt deze vorm van interpretatie om dezelfde reden a-politiek, Dworkin 1985, p. 15-16.

vooral voor zover die iets zegt over de intenties van de wetgever. Hoewel door aanhangers van de rechtspositivistische conceptie geen absoluut verbod op teleologische interpretatie wordt bepleit, volgt uit de subjectieve rechtsopvatting dat hierbij voorzichtigheid is geboden. Aangezien de intenties van de wetgever leidend zijn, moet terughoudend worden omgesprongen met argumenten die zijn gebaseerd op een hedendaagse interpretatie van het recht. Grammaticale interpretatie bepaalt de uiterste grenzen van het mogelijke voor de rechter. In de rechtspositivistische conceptie mag een gedraging dus niet leiden tot een strafrechtelijke veroordeling indien die niet wordt bestreken door de tekst van de wet; de rechtspositivistische conceptie veronderstelt naast het rechtspositivisme ook het wetspositivisme. De nadruk op de communicatieve inhoud van de wet leidt ertoe dat de betekenis van de wet in ieder geval tot op zekere hoogte gefixeerd is: de maatschappelijke omstandigheden kunnen wijzigen, maar de betekenis van de wet wordt vastgesteld aan de hand van de bedoelingen van de wetgever op het moment dat de wet werd gemaakt.⁴⁰ De semantische relatie tussen predicaat, intensie en extensie moet daarom in hoge mate als een statische relatie worden opgevat. Voor een zogeheten 'evolutionaire interpretatie' (een uitleg waarbij rekening is gehouden met ontwikkelingen waar de wetgever nog geen rekening mee kon houden) bestaat maar weinig ruimte.⁴¹ Ten derde bestaat er in de rechtspositivistische conceptie geen ruimte voor een *belangenafweging*. De rechter moet de rechtszekerheid waarborgen, en daaronder wordt uitsluitend de rechtszekerheid van verdachten verstaan. Heeft de wetgever de gedraging niet expliciet strafbaar gesteld, dan kan deze niet worden bestraft, ook al zou de rechter dat wenselijk achten, en met hem waarschijnlijk het merendeel van de samenleving. De wet wordt geacht het gevolg te zijn van een belangenafweging door de wetgever. De rechter mag geen uitleg geven die indruist tegen de bedoelingen van de wetgever.

Het is duidelijk dat de rechter in deze rechtspositivistische conceptie in beginsel weinig interpretatievrijheid heeft. Hij is immers gehouden de betekenis aan de wet te geven die de wetgever voor ogen stond. Niettemin wordt juist in het positivisme geaccepteerd dat het recht soms hiaten bevat: het recht bevat niet op alle rechtsvragen een antwoord. In het geval dat het recht geen antwoord biedt op een rechtsvraag die de rechter moet beantwoorden, heeft de rechter een belangrijke rechtsvormende taak. Hij zal recht moeten scheppen. Rechtspraak is in de positivistische conceptie dan ook niet alleen een bevestiging van reeds bestaand recht: rechterlijke uitspraken kunnen een constitutief karakter hebben.

In een gesloten strafrechtstelsel zijn de gevolgen van deze gedachtegang gering, omdat het strafrecht steeds een antwoord geeft op de vraag of een

40 Solum 2015.

41 Een uitzondering zijn wellicht *funktionsidentische zeitgenössische Äquivalente*, zie De Hullu 2015, p. 109.

gedraging strafbaar is: deze is strafbaar gesteld in een wettelijke strafbepaling, of deze is niet strafbaar. Hiaten in het bijzonder deel van het materiële strafrecht die de rechter nopen tot rechtsvorming, kunnen zich daarom principieel niet voordoen. In de praktijk kunnen hiaten niettemin wel degelijk worden ervaren, indien een gedraging niet strafbaar is terwijl deze dat wellicht wel zou moeten zijn, bijvoorbeeld gezien internationale verplichtingen. Een moderne variant van de rechtspositivistische conceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid kan inhouden dat het de rechter in een dergelijk geval is toegestaan middels een extensieve interpretatie aan rechtsvorming te doen, die ertoe leidt dat voorheen straffeloze gedragingen onder het bereik van de strafwet komen. De constructie van een dergelijk oordeel als constitutief oordeel, leidt er wel toe dat daarbij het verbod van terugwerkende kracht niet mag worden geschonden. In het concrete geval zal een dergelijke extensieve uitleg dan ook niet direct kunnen worden toegepast; de rechter zal overgangsrecht moeten creëren.

6.3.2 De rechtenconceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid

De *rechtenconceptie* hangt samen met de theorie van *constructieve interpretatie*, waarmee wordt bedoeld dat het *doel van interpretatie* is het construeren van een passende en rechtvaardige uitleg.⁴² Bij constructieve interpretatie ligt de betekenis van de wet niet bij de bedoeling van de auteur (de wetgever), maar bij degene die interpreteert: het doel van constructieve interpretatie van sociale praktijken is volgens Dworkin 'imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong'.⁴³ Het gaat Dworkin om het doel van de sociale praktijk en niet de oorzaak ervan. Het doel van wetsinterpretatie met het oog op het oplossen van een interpretatievraag is, met andere woorden, niet het vinden van een subjectieve bedoeling van de wetgever, maar het vinden van het doel van de bepaling zelf, om te beoordelen welke morele rechten de eiser heeft.⁴⁴ Volgens een objectieve conceptie van het recht, die ten grondslag ligt aan de rechtspositivistische conceptie, kan de wet of het recht een betekenis hebben die los staat van de bedoelingen van de wetgever of rechter daarmee. Het recht is immers meer dan het geheel aan wetsbepalingen, en omvat ook ongeschreven rechtsbeginselen en principes. De rechter krijgt in de rechtenconceptie een autonoom positie dan in de rechtspositivistische conceptie: bij het uitleggen van de wet moet hij uiteindelijk een beslissing geven die hij rechtvaardig acht. De rechter is relatief vrij in het *proces van interpretatie*: in de rechtenconceptie worden geen grenzen gesteld aan de bronnen die de rechter kan aan-

42 Soeteman 1999, p. 179-181; Dworkin 1986, p. 52-53.

43 Dworkin 1986, p. 52.

44 Dworkin 1985, p. 16.

wenden. Alle gangbare interpretatiemethoden zijn toegestaan, zolang zij worden aangewend met het doel aan de wet een uitleg te geven die rechtvaardig is en past bij het objectieve recht. Aan teleologische interpretatie wordt grote waarde gehecht, hoewel de rechtenconceptie evenmin als de rechtspositivistische conceptie een voor alle gevallen geldige hiërarchie van interpretatiemethoden voorschrijft. Aan het resultaat van interpretatie worden evenmin grenzen gesteld, in die zin dat de tekst van de wet geen onoverkomelijk bezwaar vormt tegen een interpretatie die op goede gronden buiten die tekst gaat. De objectieve rechtsopvatting geeft de rechter veel vrijheid om bepalingen een flexibele en geactualiseerde betekenis te geven en is daarmee meer gericht op het heden en op de toekomst. Evolutive interpretatie is toegestaan: de intensie en extensie van een predicaat kunnen veranderen in de loop der tijd.⁴⁵ Volgens Scholten wordt een wet voor de toekomst gemaakt, en kan die naarmate de tijd verstrijkt van betekenis veranderen.⁴⁶ Tot slot is ook het maken van een *belangenafweging* niet uitgesloten. In de woorden van Scholten: ‘bij ieder vaststellen van recht [wordt] de gerechtigheid [...] gezocht.’⁴⁷ Rechtszekerheid is daarbij één van de relevante belangen, maar niet het enige: ook het belang van degene wiens rechten zijn geschonden met de gedraging, of het belang van het effectief kunnen reageren op onwenselijk geachte gedragingen kunnen meewegen bij de uitleg van een wet. Rechtszekerheid wordt vooral gerelateerd aan de individuele verdachte: kon die voorzien dat hij strafrechtelijk aansprakelijk zou worden gesteld? Als dat niet zo is, wil dat nog niet zeggen dat de rechter niet tot een bepaalde uitleg mag komen, maar dat hij moet garanderen dat de toepassing van die uitleg niet ten koste gaat van de betrokkene. Wanneer een rechtenconceptie wordt gehanteerd, zullen eerder voorwaarden worden gesteld aan de *toepassing*, dan aan de *interpretatie* van strafbepalingen.

In de rechtenconceptie is de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever zelfstandiger, er is meer ruimte voor autonome interpretatie, of liever gezegd: constructie. De rechter construeert immers een oordeel aan de hand van het recht, dat een integer geheel is van regels, beginselen en beleid.⁴⁸ De rechter hoeft het recht niet zelf te vormen, zijn oordelen zijn declaratoir. Peristeridou heeft in het verlengde hiervan gesteld dat, indien de rechter zich aan de grenzen van het legaliteitsbeginsel houdt, er ook bij de progressieve

45 Als middenweg tussen de subjectieve en objectieve rechtsopvatting komt de opvatting voor dat de wil van de wetgever vooral relevant is bij recent tot stand gekomen bepalingen. De wetsgeschiedenis heeft dan meer betekenis dan bij wetgeving die vijftig jaar geleden tot stand is gekomen of zelfs honderd jaar geleden, toen er nog geen algemeen kiesrecht bestond. Dit wordt wel de *subjektiv-geltungszeitliche Auslegungstheorie* genoemd, die wordt besproken en verdedigd in Walz 2010.

46 Scholten 1974, p. 33-34.

47 Scholten 1974, p. 36.

48 Uitgebreider hierover paragraaf 2.4.

ontwikkeling van het strafrecht geen behoefte bestaat aan rechterlijk overgangsrecht. Een uitleg is immers niet toegestaan indien die niet voorzienbaar is.⁴⁹ Deze opvatting strookt niet met de in dit boek verdedigde rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel, maar óók binnen de rechtenconceptie en de opvatting van rechterlijke oordelen als declaratoire uitspraken, kan mijns inziens behoefte ontstaan aan de toepassing van rechterlijk overgangsrecht. Het is denkbaar dat in de rechtspraak een graduele ontwikkeling plaatsvindt waarbij de reikwijdte van aansprakelijkheid in kleine, ieder op zichzelf acceptabele stapjes wordt uitgebreid. Wanneer echter een zaak voor de rechter komt waarbij de feiten zijn gepleegd voordat die ontwikkeling zich voordeed, kan alsnog de vraag opkomen of op het moment van het begaan van de gedraging die gehele ontwikkeling wel voorzienbaar was.⁵⁰

6.3.3 Recapitulerend: het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid

Recapitulerend ligt in de rechtspositivistische conceptie de nadruk op het achterhalen van de intenties van de wetgever, hetgeen leidt tot een sterke oriëntatie op de wetsgeschiedenis. In de rechtenconceptie ligt de nadruk meer op het construeren van een actuele betekenis van de wet in het licht van de strekking daarvan. Vanwege de subjectieve rechtsopvatting wordt in de rechtspositivistische conceptie veel waarde gehecht aan wetshistorische interpretatie en heteronome rechtsvinding, terwijl in de rechtenconceptie de rechter meer vrijheid heeft om de strekking van de norm te construeren op basis van teleologische rechtsvinding. Daarbij mag hij vrijelijk verschillende belangen die zijn gemoeid met een bepaalde uitspraak (rechtszekerheid voor de verdachte, maar bijvoorbeeld ook belangen van eventuele slachtoffers) afwegen. In de rechtspositivistische conceptie is een belangenafweging geen onderdeel van het uitleggen en toepassen van strafbepalingen. Tot slot moet volgens de rechtspositivistische conceptie de interpretatievrijheid van de rechter worden beperkt, terwijl volgens de rechtenconceptie de rechter kan bijdragen aan de ontwikkeling van het strafrecht, zolang daarbij de individuele voorzienbaarheid gewaarborgd wordt door een strafbepaling niet toe te passen indien die toepassing niet voorzienbaar was. De rechtspositivistische conceptie leidt tot een striktere begrenzing van de interpretatievrijheid van de rechter, omdat hij strikter gebonden is aan de wetgever. Tegelijkertijd wordt de mogelijkheid van het bestaan van hiaten erkend, en heeft de rechter in een dergelijk geval de expliciete opdracht recht te vormen, en indien noodzakelijk daarbij rechterlijk overgangsrecht te formuleren. In de rechtenconceptie heeft de rechter een

49 Peristeridou 2015, p. 169.

50 Zie voor een voorbeeld EHRM 14 april 2015, 66655/13 (*Contrada/Italië*), dat zal worden besproken in paragraaf 6.4.3.

meer autonome positie ten opzichte van de wetgever. Tegelijkertijd wordt, in ieder geval door aanhangers van de declaratoire theorie, ontkend dat de rechter daadwerkelijk aan rechtsvorming doet. Hij expliciteert slechts het vooraf reeds bestaande recht, en kan daarom zijn uitspraken zonder problemen toepassen op gevallen die zich reeds hebben voorgedaan.

6.4 INTERPRETATIE VAN EUROPEES RECHT DOOR HET HOF VAN JUSTITIE

Tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter bestaat een duidelijke taakverdeling. Het Hof van Justitie gaat in laatste instantie over de uitlegging van het Europees recht, de nationale rechter gaat over de uitlegging van zijn nationale recht. De nationale rechter moet uiteraard in veel gevallen ook Europees recht toepassen (en daartoe uiteraard ook uitleggen⁵¹), maar indien het Europees recht onduidelijk is, kan of moet de nationale rechter prejudiciële vragen stellen aan het Hof.⁵² Slechts indien het antwoord op een prejudiciële vraag niet nodig is om een uitspraak te doen, het Europees recht afdoende duidelijk is (een zogenaamde *acte claire*) of reeds afdoende is verduidelijkt door het Hof van Justitie (een zogenaamde *acte éclairée*) geldt die verplichting niet.⁵³ Het Hof beoordeelt in de prejudiciële procedure niet de verenigbaarheid van het nationale recht met het Europees recht: de nationale rechter is bevoegd het nationale recht uit te leggen.⁵⁴

In deze paragraaf wordt eerst stilgestaan bij de wijze waarop het Hof van Justitie het Europees recht uitlegt. Dit is van belang omdat de nationale rechter rekening zal moeten houden met de wijze waarop Europees recht moet worden uitgelegd, wanneer hij verordeningen rechtstreeks toepast of wanneer hij richtlijnen interpreteert om vervolgens te kunnen voldoen aan de conforme-interpretatieplicht. Daarbij besteed ik enige bijzondere aandacht aan het verschijnsel van meertaligheid in het Europees recht. Daarna wordt geschetst hoeveel ruimte het EHRM laat voor interpretatie door de strafrechter. Het EVRM is een belangrijk ankerpunt voor de Nederlandse strafrechter, maar inspireert ook het Hof van Justitie bij het bepalen van de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid. Tot slot wordt besproken of het Hof van Justitie zich bij de uitleg van Europees recht gebonden acht aan het legaliteitsbeginsel, omdat

51 Van Harten 2011, p. 36 e.v.

52 In beginsel betreft het een bevoegdheid, tenzij geen hoger beroep kan worden ingesteld tegen de uitspraak van de nationale rechter: in dat geval is het stellen van prejudiciële vragen verplicht. Zie art. 267 VWEU en voor een korte bespreking hiervan met vele verwijzingen Van Harten 2011, p. 33-40.

53 De zogenaamde CILFIT-doctrine, geformuleerd in HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (CILFIT).

54 Dit is vaste rechtspraak sinds HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*) en volgt ook uit artikel 267 VWEU.

dat mede de verdeling van verantwoordelijkheid tussen het Europees en nationaal niveau bepaalt.

6.4.1 De interpretatie van primair en secundair Europees recht door het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie speelt op verschillende manieren een rol voor de uitlegging van Europees recht. Ten eerste fungeert het als een rechter met bepaalde constitutionele bevoegdheden.⁵⁵ De Verdragen, in combinatie met het Handvest, vervullen daarbij een met een grondwet te vergelijken functie. Het Hof is verantwoordelijk voor de uitlegging van het primaire recht en beoordeelt de verenigbaarheid van secundair recht met het primaire recht.⁵⁶ Daarmee heeft het ook een belangrijke rol in het afbakenen van de bevoegdheid van de Europese instellingen, die immers berust op de Verdragen. Het Hof heeft ook mechanismen ontwikkeld voor de doorwerking van Europees recht in de nationale rechtsorde. Ten tweede is het Hof verantwoordelijk voor de interpretatie van secundair recht, waar het doorgaans om wordt verzocht door de lidstaten in een prejudiciële vraagprocedure.⁵⁷ Het is mijns inziens van belang om deze twee rollen te onderscheiden, aangezien de totstandkoming, de daarbij betrokken actoren en de functie van primair en secundair recht verschillend is. Daarnaast is het van belang situaties waarin het Hof *zelf* het legaliteitsbeginsel al dan niet in acht neemt bij de uitleg van Europees recht te onderscheiden van situaties waarin het Hof – vergelijkbaar met het EHRM – uit het legaliteitsbeginsel normen afleidt die de *nationale rechter* in acht moet nemen bij de uitleg van Europees strafrecht.

Het is bekend dat het Hof van Justitie met zijn uitleg van het Europees primair recht een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de Europese integratie. In de jaren zestig van de vorige eeuw stond het Hof aan de basis van de structuren die het Europees recht nu kenmerken zoals rechtstreekse werking en voorrang, structuren waarin door de Verdragen niet was voorzien. Het Hof van Justitie maakte en maakt daarbij veel gebruik van de teleologische interpretatiemethode.⁵⁸ De intenties van de lidstaten bij het sluiten van de verdragen waren voor het Hof van Justitie zeker niet altijd doorslaggevend. Het Hof benadrukte juist in het *Van Gend & Loos*-arrest dat de lidstaten een ‘autonome rechtsorde’ in het leven hadden geroepen en dat het Verdrag moest worden uitgelegd naar de ‘geest, inhoud en bewoordingen daarvan’.⁵⁹ Het

55 Uitgebreider hierover Jacobs 1992. Hij laat zien dat de uitoefening van de hier genoemde bevoegdheden niet per se van constitutionele aard zijn, maar van belang is dat ze dat wel kunnen zijn.

56 Art. 267 VWEU.

57 Eveneens art. 267 VWEU.

58 Conway 2012, p. 21-26.

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

Hof stelt in dat arrest de geest van de verdragen voorop, en gaat niet in op het door Nederland aan de orde gestelde punt dat de intenties van de verdragsluitende partijen leidend zouden moeten zijn. Het doel dat het Hof zich stelt met de uitleg van de verdragen is duidelijk niet het vaststellen van de bedoelingen van de maker ervan: het Hof hanteert een objectieve rechtsopvatting, die past bij de rechtenconceptie. Vanwege de nadruk op teleologische rechtsvinding, waarbij de opvattingen van de lidstaten als irrelevant terzijde worden geschoven, en vanwege het gewicht dat het Hof daarbij toekende aan de effectiviteit van het Europees recht, heeft het Hof vele malen het verwijt gekregen ‘activistisch’ te zijn⁶⁰ en te weinig oog te hebben voor rechtszekerheid⁶¹ – verwijten die in de literatuur overigens niet onweersproken zijn gebleven.⁶² Jacobs heeft gesuggereerd dat de actieve rol van het Hof van Justitie gemakkelijker te accepteren is voor degenen afkomstig uit lidstaten waar toetsing van wetgeving aan de grondwet is toegestaan, terwijl de kritiek dat het Hof te politiek gekleurd is in zijn rechtspraak, juist afkomstig is uit landen waar de rechter geen constitutionele taken heeft.⁶³ Wanneer het Hof van Justitie wordt beschouwd als constitutionele rechter, is diens actieve rol inderdaad minder verbazingwekkend. De discussies over de rol van het Hof van Justitie vertonen – in dat licht evenmin verrassend – veel gelijkenissen met de discussies in de Verenigde Staten over constitutionele interpretatie door de Amerikaanse hoogste rechter. Het veelvuldige gebruik van de teleologische interpretatiemethode door het Hof van Justitie zal voor de *originalists* in dat debat zeker steen des aanstoets zijn. Niettemin is recent gewag gemaakt van een verandering in de benadering van het Hof, inhoudende dat de totstandkomingsgeschiedenis wel degelijk relevant kan zijn voor de uitleg van primair recht.⁶⁴ Dat laat onverlet dat de teleologische interpretatiemethode voor de uitleg van primair recht nog altijd van groot belang is.

Wanneer naar de interpretatie van *secundair recht* wordt gekeken, neemt grammaticale interpretatie een veel belangrijker plaats in: interpretatie vindt plaats op basis van de tekst, de context en de doelstelling.⁶⁵ Volgens Klip is grammaticale interpretatie zelfs de overheersende interpretatiemethode.⁶⁶ Wanneer het Europees recht nadelige (financiële) gevolgen kan hebben voor particulieren mag, zo stelde het Hof van Justitie meermalen, omwille van de rechtszekerheid een bepaling waarvan niet-naleving wordt bestraft met financiële sancties, niet worden uitgelegd op een manier die ‘niet strookt met de

60 Bijvoorbeeld De Waele 2010.

61 Rasmussen 1992.

62 Zie bijvoorbeeld Paunio & Lindroos-Hovinheimo 2010.

63 Jacobs 1992, p. 32.

64 Miettinen 2015a, p. 225.

65 Kritisch daarover Paunio & Lindroos-Hovinheimo 2010.

66 Klip 2016, p. 147; HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*).

normale betekenis van de gebruikte woorden'.⁶⁷ Ook in andere zaken wijst het Hof interpretaties af omdat ze niet stroken met de tekst van het Europees recht.⁶⁸ Hieruit kan worden afgeleid dat de tekst van de bepaling een begrenzing vormt van het resultaat dat met interpretatie kan worden bereikt. Dit moet binnen het 'normale bereik' of de *plain meaning* van de tekst blijven. In een andere zaak wijst het Hof een beroep op de considerans af omdat het leidt tot een uitleg *contra legem*.⁶⁹ Op dit punt is de rechtspraak van het Hof van Justitie strikter dan die van het EHRM, voor wie de tekst van de bepaling geen onneembare horde is, zelfs niet in het strafrecht, zolang de veroordeling in lijn is met de 'essentie' van het delict. De hier besproken jurisprudentie heeft echter geen betrekking op het strafrecht, en het Hof verwijst diensgevolge niet naar het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Of het Hof zich aan dat beginsel gebonden acht, wordt besproken in paragraaf 6.4.4. Tegelijkertijd wordt gesteld dat grammaticale interpretatie met het bestaan van 24 authentieke versies problematisch kan zijn. Bij de uitlegging van Europees recht moeten verschillende taalversies met elkaar worden vergeleken, en dat kan verschillen in taalversies blootleggen. Naast de tekst van de bepalingen speelt daarom de context daarvan een rol, alsmede de doelstelling van de regeling waarvan de bepaling deel uitmaakt.⁷⁰ In de literatuur is wel aangevoerd dat verschillen in taalversies ertoe leiden dat teleologische interpretatie een beter middel is om een uniforme toepassing van Europees recht te garanderen.⁷¹ Aan de tekst van de bepaling kan immers weinig betekenis toekomen als die verschilt per taalversie.

Voor uitleg van het secundaire recht heeft wetshistorische interpretatie door de tijd heen aan enig belang gewonnen. Aangezien de *travaux préparatoires* van het wetgevingsproces tot 2001 niet werden gepubliceerd kon wetshistorische interpretatie tot voor kort geen grote rol spelen.⁷² Inmiddels verwijst het Hof soms wel naar de totstandkomingsgeschiedenis, maar de rol van wetshistorische interpretatie blijft beperkt in vergelijking tot wat in de meeste nationale strafrechtssystemen gewoon is.⁷³

67 HvJ EG 1 oktober 1998, C-209/96, ECLI:EU:C:1998:448 (*Verenigd Koninkrijk/Commissie*), r.o. 35; HvJ EG 27 januari 1988, 349/85, ECLI:EU:C:1988:34 (*Denemarken/Commissie*), r.o. 16.

68 HvJ EG 28 juni 2007, C-467/05, ECLI:EU:C:2007:395 (*Dell'Orto*), r.o. 54

69 HvJ EU 26 april 2012, C-510/10, ECLI:EU:C:2012:244 (*DR en TV2 Danmark*), r.o. 43.

70 HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*), r.o. 18-20; HvJ EG 24 oktober 1996, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404 (*Kraaijeveld*), r.o. 28.

71 Maduro 2007, p. 8-9, en in navolging daarvan Huomo-Kettunen 2013, p. 54. In ieder geval lijkt de waarde van grammaticale interpretatie beperkter dan in het nationale recht, Schröder 2002, p. 398-399; Oppermann 2009, p. 144, 147.

72 In 2001 werden (onder andere) voorbereidende stukken openbaar door de invoering van Verordening (EG) 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie. Uitgebreider hierover Dhondt & Geursen 2008.

73 Klip 2016, p. 151-154.

Tot slot wijst Klip erop dat secundair Unierecht moet worden uitgelegd op een wijze die zoveel mogelijk overeenstemt met primair Unierecht.⁷⁴ Beperkingen op de werking van primair recht (uitzonderingen op vrijverkeersbepalingen, bijvoorbeeld) moeten in dat licht in beginsel restrictief worden uitgelegd. Prechal heeft beschreven hoe in de interne markt het Hof secundair recht consequent uitlegt in het licht van de doelstelling van de bepaling, bijvoorbeeld één van de vrijheden. Die vrijheden dienen een hoger doel, namelijk het creëren van een gemeenschappelijke markt. Ook de interne markt dient weer een hoger doel, namelijk de doelstellingen van de Europese Unie. Vanwege het 'nuttig effect' moet bij de interpretatie van Europees recht steeds die uitleg worden gekozen die de bepaling zo effectief mogelijk maakt.⁷⁵ Op die wijze heeft teleologische interpretatie zeker bij de totstandbrenging van de interne markt een belangrijke rol gespeeld.

De rechtsopvatting van het Hof van Justitie die uit de rechtspraak over primair recht blijkt is overwegend objectief: het doel van de uitlegging van de verdragen is niet het zo goed mogelijk gevolg geven aan de bedoelingen van de verdragsluitende lidstaten, maar het geven van een autonome betekenis die de belangen van de Europese integratie dient. Het Hof neemt een grote vrijheid ten opzichte van de verdragsgever, en ziet voor zichzelf een rol weggelegd in de progressieve ontwikkeling van het Europees recht. Het beeld ten aanzien van secundair recht is anders: daar laat het Hof zich in de meeste gevallen binden door de tekst van de wet. De bedoeling van de Europese wetgever is in veel hogere mate een relevant gegeven voor de uitleg van secundair recht, in vergelijking met primair recht. De vraag of het Hof zich gebonden acht aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is vooral relevant voor de uitleg van secundair recht, aangezien dat de grootste invloed uitoefent op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar nationaal recht. Deze vraag komt aan de orde in paragraaf 6.4.4.

6.4.2 De rol van verschillende taalversies bij de interpretatie van Europees recht

Kon Kristen zich er in 2004 nog over verwonderen hoe weinig er is geschreven over de gevolgen van de meertaligheid van de Europese Unie,⁷⁶ de laatste tien jaar staat dit onderwerp in toenemende mate in de belangstelling.⁷⁷ Alle Europese regelgeving verschijnt in 24 talen, die alle authentiek en van gelijke

⁷⁴ Klip 2016, p. 148.

⁷⁵ Prechal 2006, p. 11-13.

⁷⁶ Kristen 2004, p. 14, vn. 39.

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld de recent verschenen bundel S. Šarčević, *Language and culture in EU law: multidisciplinary perspectives*, Farnham: Ashgate 2015.

waarde zijn. Iedere versie moet dus worden beschouwd als een zelfstandig wetgevingsinstrument, en niet als een vertaling of anderszins een afgeleide van een andere, 'originele' taalversie.⁷⁸ Tussen de 24 authentieke versies van ieder instrument bestaan onherroepelijk verschillen, die onzekerheid kunnen veroorzaken over het geldende recht. Die versies kunnen elk op zich duidelijk zijn, maar zij worden soms onduidelijk door het bestaan van tegenstrijdige versies. Andersom kan een onduidelijkheid in de ene versie ook worden opgelost door andere versies te raadplegen.⁷⁹ Het Hof van Justitie heeft in de jurisprudentie bepaald dat de interpretatie van Gemeenschapsrecht een vergelijking van verschillende taalversies vereist.⁸⁰ In de praktijk is dat uiteraard onmogelijk – ook in 1982, toen de Europese Unie al bestond uit tien lidstaten met acht officiële talen.⁸¹ Het gebeurt dan ook lang niet altijd, en als het gebeurt is dat meestal op instigatie van (een van) de partijen.⁸²

Van de burger, maar ook van de nationale rechter, kan kennis van alle andere talen uiteraard überhaupt niet worden geleverd, en dus is de vraag hoe het Hof van Justitie omgaat met verschillen tussen de taalversies.⁸³ Wanneer een regeling onduidelijk is, moet hij worden uitgelegd in het licht van de tekst in andere talen, aldus het Hof.⁸⁴ Als er verschillen blijken te bestaan, kan niet één taalversie als doorslaggevend worden beschouwd maar moet worden gekeken naar 'de algemene opzet en doelstelling' van de regeling.⁸⁵ Zo stond in de oorspronkelijke Duitse versie van verordening 1932/92/EEG het begrip '*Süßkirschen*' – in de titel, de considerans en in artikel 1 lid 1. Dit begrip is op zichzelf niet onduidelijk. Het feit dat alle andere taalversies van 'zure kersen' of een vertaling daarvan spreken en bovendien de GN-code voor zure kersen is vermeld,⁸⁶ doet echter vermoeden dat hier sprake is van een verschrijving, en roept vragen op over de betekenis van het begrip '*Süßkirschen*'.⁸⁷ Nadat een rechtspersoon zure kersen had ingevoerd waarover Duitsland de betaling van een heffing vorderde op grond van de verordening, werd

78 Paunio 2013, p. 5.

79 Derlén 2015.

80 HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*), r.o. 18.

81 Het Iers was nog geen Working language, maar slechts een *Treaty language*, hetgeen betekent dat primaire wetgeving wel, maar secundaire wetgeving niet in het Iers werd vertaald. Sinds 2007 is het Iers een officiële taal van de EU.

82 Paunio 2013, p. 27.

83 Zie voor een uitgebreide bespreking van de rechtspraak van het Hof van Justitie op dit punt, waaronder de hier besproken arresten, Derlén 2009 p. 32-36.

84 HvJ EG 27 maart 1990, 372/88, ECLI:EU:C:1990:140 (*Cricket St. Thomas*), r.o. 19.

85 HvJ EG 27 februari 1986, 238/84, ECLI:EU:C:1986:88 (*Röser*); HvJ EG 27 maart 1990, 372/88, ECLI:EU:C:1990:140 (*Cricket St. Thomas*), r.o. 19; HvJ EG 24 oktober 1996, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404 (*Kraaijeveld*), r.o. 28-30. Zie ook Rasmussen 1992, p. 167-171 voor een bespreking van voornamelijk wat oudere jurisprudentie.

86 De GN-code of 'gecombineerde nomenclatuur' bevat een systematische indeling van goederen ten behoeve van toepassing in het douanerecht.

87 Dit was het geval in HvJ EG 17 oktober 1996, C-64/95, ECLI:EU:C:1996:388 (*Lubella*).

een gerectificeerde versie van de verordening in het Publicatieblad geplaatst. In het administratief recht is terugwerkende kracht niet uitgesloten, dus de vraag voor het Hof was of de verordening rechtsgevolgen kon sorteren met betrekking tot de reeds begane gedragingen. Het Hof stelt eerst vast dat de onduidelijkheid van de verordening niet tot problemen hoefde te leiden, omdat gemakkelijk was vast te stellen dat de verordening zag op zure kersen. Kortom: voor het Hof is het duidelijk dat 'zoete kersen' 'zure kersen' betekent.⁸⁸ Aangezien ook de niet-gerectificeerde verordening al betrekking had op zure kersen, in weerwil van de tekst ervan, is er geen sprake van terugwerkende kracht.⁸⁹ In dit geval kon dus een wetssystematische onduidelijkheid in de Duitse versie van de richtlijn worden opgelost door te kijken naar de richtlijn in andere talen.

Het is evenwel onzeker of het Hof vereist dat *altijd* meerdere taalversies met elkaar worden vergeleken, of dat dit alleen hoeft indien de nationale taalversie op zichzelf genomen onduidelijk is.⁹⁰ In het eerste geval zou de justitiabele altijd een interpretatie kunnen worden tegengeworpen die in strijd is met de duidelijke tekst van de nationale taalversie, terwijl in het tweede geval een dergelijke uitleg niet toelaatbaar zou zijn omdat op de nationale taalversie kan worden vertrouwd. Het Hof geeft verschillende antwoorden op deze vraag, en zelfs in één zaak een verschillend antwoord, al naar gelang de authentieke versie of een vertaling van het arrest wordt geraadpleegd (!).⁹¹ Dit betekent dat geen volledige zekerheid bestaat dat kan worden vertrouwd op één enkele taalversie wanneer deze op zichzelf duidelijk is. Vooralsnog blijft ook de vraag onbeantwoord in hoeverre een ruime uitleg, gebaseerd op een vergelijking van verschillende taalversies, aan de verdachte kan worden tegengeworpen. Wel gaf het Hof in 1977 al aan dat bij de uitleg van Europees recht waarbij grote verschillen bestaan tussen de taalversies, moet worden voorkomen dat het rechtszekerheidsbeginsel wordt geschonden door een uitleg die strijdt met de 'eigenlijke en gebruikelijke betekenis' van de daarin voorkomende termen.⁹² Ook hier geldt dus dat het rechtszekerheidsbeginsel de grenzen van het toelaatbare bepaalt.

88 HvJ EG 17 oktober 1996, C-64/95, ECLI:EU:C:1996:388 (*Lubella*), r.o. 18.

89 HvJ EG 17 oktober 1996, C-64/95, ECLI:EU:C:1996:388 (*Lubella*), r.o. 20.

90 Derlén 2009, p. 34-36.

91 HvJ EG 2 april 1998, C-296/95, ECLI:EU:C:1998:152 (*EMU Tabac*), r.o. 36. Dit verschil is opgemerkt door Derlén. De procestaal in de zaak EMU Tabac was Engels. In de Engelse versie van het arrest wordt vermeld dat andere taalversies moeten worden geraadpleegd, zonder te clausuleren dat dit slechts moet indien er twijfel bestaat over de juiste uitleg. Alle door mij geraadpleegde vertalingen (es, da, de, fr, nl, sv) wijken daarvan af en stellen alleen dat 'in geval van twijfel' andere taalversies moeten worden geraadpleegd. Derlén merkt in dit verband tevens op dat indien in latere zaken naar dit arrest wordt verwezen, wél steeds 'in geval van twijfel' wordt opgenomen in de tekst. Zie Derlén 2009, p. 36, met verwijzingen.

92 HvJ EG 3 maart 1977, 80/76, ECLI:EU:C:1977:39 (*Kerry Milk*), r.o. 11.

6.4.3 Het EHRM en de grenzen aan de interpretatievrijheid van de nationale rechter

In paragraaf 5.5.1 is de rechtspraak van het EHRM over het bepaaldheidsgebod besproken. Daaruit bleek dat het Straatsburgse Hof de afbakening van strafbepalingen als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de wetgever en de rechter ziet. Dit heeft tot gevolg dat de aandacht van de rechter verschuift van een abstracte toets van de geldende wetgeving naar een beoordeling van de veroordeling in een concrete casus. Het EHRM bekijkt of die veroordeling, in het licht van het geldende recht – waaronder zowel wetgeving als jurisprudentie wordt verstaan – redelijkerwijze voorzienbaar was.

In enkele arresten laat het EHRM zich ook uit over de interpretatievrijheid van de rechter. Deze verschilt van de beoordeling op grond van het bepaaldheidsgebod. De beoordeling of aan het bepaaldheidsgebod is voldaan gaat uit van een statische beoordeling van het recht en de vraag of vooraf nauwkeurig was vast te stellen welke gedragingen strafbaar waren en welke niet. Bij de beoordeling van de interpretatievrijheid staat een dynamische situatie centraal: het gaat er daarbij om of en in hoeverre de rechter wijzigingen mag aanbrengen in het geldende recht. Het kan voorkomen dat het recht op zichzelf genomen wel duidelijk is, maar dat de rechter een verandering wenst aan te brengen. In de *common law* rechtsstelsels, waar de rechter mede het recht vormgeeft en waar vele delicten nog altijd een wettelijke delictsomschrijving ontberen, kan deze vraag vrij expliciet aan de orde komen.

De twee belangrijkste Straatsburgse uitspraken op dit thema zijn dan ook gewezen in zaken die het Verenigd Koninkrijk betroffen, *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* (reeds kort besproken in paragraaf 6.2.3).⁹³ Deze zaken worden gezien als een voorbeeldige toepassing van de rechtenconceptie van legaliteit in de rechtspraak. Het betreft twee nagenoeg gelijke uitspraken over de vraag of verkrachting binnen het huwelijk een strafbaar feit was. Op zichzelf beschouwd was de wet helder: die verbood het hebben van ‘unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it’.⁹⁴ Het begrip ‘unlawful’ werd in de *common law* aldus uitgelegd dat in het huwelijk ‘implied consent’ bestond waardoor verkrachting binnen het huwelijk geen strafbaar feit was.⁹⁵ Hierop waren weliswaar al enkele uitzon-

93 EHRM 22 november 1995, zaken 20166/92 en 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*). In het navolgende wordt alleen naar *SW/Verenigd Koninkrijk* verwezen.

94 Art. 1 lid 1 Sexual Offences (Amendment) Act 1976.

95 Zie de omschrijving van het geldende recht in EHRM 22 november 1995, 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW/Verenigd Koninkrijk*). In 1994, na het plegen van de feiten, werd het begrip ‘unlawful’ geschrapt en werd bovendien het woord ‘woman’ vervangen door ‘person’.

deringen geformuleerd, maar in de zaak *SW* besloot de Britse rechter de huwelijksexceptie in zijn totaliteit af te schaffen. Na uitputting van de nationale rechtsmiddelen klopte de verdachte aan in Straatsburg.

Het EHRM had al in de zaak *Kokkinakis/Griekenland* uit het legaliteitsbeginsel het beginsel afgeleid dat ‘the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy.’⁹⁶ In die zaak staat het resultaat of product centraal, en niet de redeneerwijze of het proces, al wordt de analogie wel bij wijze van voorbeeld genoemd. Het resultaat van een interpretatie mag in ieder geval niet een uitbreiding ten nadele van de verdachte inhouden. In 1995 gaf het Straatsburgse Hof in *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* nadere invulling aan de taak van de rechter door aan te geven wat, ondanks het verbod op het bereiken van een extensieve uitleg (product) op basis van een casuïstische redeneerwijze (proces), wél is toegestaan:

‘However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.’⁹⁷

Voor het EHRM pasten de uitspraken van de Britse rechters binnen het hier geschetste kader, wanneer die rechters stellen dat het woord ‘unlawful’ ‘merely surplusage’ is en geen belemmering vormt om de huwelijksexceptie volledig af te schaffen. Het mensenrechtenhof wees erop dat er al eerder in de rechtspraak beperkingen aan de huwelijksexceptie waren aangebracht en dat de veroordeling bovendien in lijn was met de essentie van het delict. In ieder geval is duidelijk dat het EHRM de historische bedoelingen van de wetgever met de wet niet als leidend ziet, maar dat het een evolutieve interpretatie accepteert en, zoals blijkt uit het volgende citaat, in dit geval zelfs aanmoedigt. Het EHRM voegde namelijk nog een overweging toe:

‘The essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords – that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim –

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

97 EHRM 22 november 1995, 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 36.

cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 (art. 7) of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment (see paragraph 34 above). What is more, the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom.⁹⁸

Het EHRM lijkt hier te stellen dat de uitspraak van de Britse rechters niet in strijd met artikel 7 EVRM kan zijn, omdat de gedragingen van de verdachte evident vernederend zijn en dus in strijd met de doelstellingen van het Verdrag, alsmede met een 'beschaafde' opvatting van het huwelijk. Het lijkt erop dat het EHRM een zekere afweging gepast acht tussen bescherming van de rechtszekerheid van de verdachte en de bescherming van grondrechten van (potentiële) slachtoffers.

De overwegingen uit dit arrest worden nog vaak herhaald door het EHRM en het arrest heeft ook zijn weg gevonden naar de Nederlandse literatuur en rechtspraak. In de literatuur is opgemerkt dat de maatstaf die het EHRM aanlegt niet erg strikt is, in ieder geval niet vanuit continentaal perspectief.⁹⁹ Er zijn niettemin meerdere aanwijzingen dat de uitspraak moet worden geplaatst in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval. Knigge stelde al de vraag of de hier als laatst geciteerde passage een aanwijzing bevat dat het EHRM in zaken die buiten het kernbereik van het strafrecht liggen wellicht een strengere maatstaf zal hanteren. Die suggestie lijkt inderdaad in ieder geval tot op zekere hoogte bevestigd te worden in latere rechtspraak, bijvoorbeeld in het arrest *Pessino/Frankrijk* dat over een ordeningsrechtelijk strafbaar feit gaat. Daarin is de verdachte een professionele marktpartij, maar zelfs voor haar zou het volgens het EHRM, ondanks eventueel ingeschakelde juridische advisering, niet voorzienbaar zijn dat haar gedragingen strafbaar waren. Er was geen sprake van een waarneembare ontwikkeling in de jurisprudentie. Het EHRM contrasteert de feiten met die uit *SW en CR/Verenigd Koninkrijk*, die in zichzelf al strijdig waren met het Verdrag en waarvan kwalificatie als strafbaar feit niet als een verrassing kon komen.¹⁰⁰

Ook in *Contrada/Italië* lijkt de beoordelingsmaatstaf van het EHRM strenger dan in *SW en CR/Verenigd Koninkrijk*. In de zaak *Contrada/Italië* uit 2015 gaat het EHRM uit van een onderscheid tussen de grenzen aan de interpretatievrijheid en de toepasbaarheid van een interpretatie, en komt op basis daarvan

98 EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. Knigge (*CR/Verenigd Koninkrijk*), par. 42. Dit arrest is reeds deels besproken in 2.4.2.

99 Knigge in zijn annotatie bij EHRM 22 november 1995, zaken 20166/92 en 20190/92, NJ 1997/1 (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*); De Hullu 1996.

100 EHRM 10 oktober 2006, 40403/02 (*Pessino/Frankrijk*), r.o. 36; in vergelijkbare zin maar zonder verwijzing naar *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* EHRM 24 mei 2007, zaken 77193/01 en 77196/01 (*Dragotoni/Roemenië*).

tot een iets striktere beoordeling dan in *SW en CR/Verenigd Koninkrijk*. Het EVRM staat, dat was bekend, niet in de weg aan een voortschrijdende ontwikkeling van het strafrecht in de rechtspraak. Maar latere interpretaties kunnen niet zonder meer worden toegepast op anterieure feiten. In *Contrada/Italië* oordeelde het Straatsburgse Hof dat de ontwikkelingen die zich hadden voorgedaan ten aanzien van het strafbaar gestelde handelen aanvang hadden genomen ná het begaan van de gedragingen door de verdachte. In de veroordeling werd uitsluitend verwezen naar rechtspraak van latere datum dan de gepleegde feiten en er werd niet inhoudelijk ingegaan op het argument dat deze niet voorzienbaar was op het moment dat de feiten werden gepleegd.¹⁰¹ Met die uitspraak lijkt het EHRM licht af te wijken van *SW en CR/Verenigd Koninkrijk*, waarin ter ondersteuning van het uiteindelijk gehanteerde standpunt eveneens uitsluitend wordt verwezen naar ontwikkelingen van later datum dan de gepleegde feiten. Het is van belang op te merken dat het EHRM zich niet in algemene zin uitlaat over de vraag of een dergelijke geleidelijke uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid toelaatbaar was. Het ging in deze zaak om de *toepassing* ervan met terugwerkende kracht op feiten die zich hadden voorgedaan vóór de ontwikkeling van rechtersrecht. Een geleidelijke uitbreiding van aansprakelijkheid in de jurisprudentie is op zichzelf toegestaan, maar de toepassing van een dergelijke interpretatie in een concreet geval kan wel degelijk een schending van het verbod op terugwerkende kracht opleveren.

Gezien de zojuist genoemde recentere uitspraken kan *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* niet als algemene standaard dienen voor wie wil weten hoe het EHRM omgaat met de interpretatievrijheid van de rechter. In *Pessino/Frankrijk* wordt het legaliteitsbeginsel ten aanzien van een ordeningsrechtelijke norm strikter gehanteerd: de verdachte kon niet voorzien dat zijn gedragingen strafbaar waren. Ook in *Contrada/Italië* lijkt de maatstaf iets strikter.

Het EHRM hanteert, zo werd ook al geconcludeerd in hoofdstuk 5, een rechten-conceptie van het legaliteitsbeginsel. Dit betekent dat aan het *proces* van rechterlijke interpretatie geen strikte grenzen worden gesteld. Het EHRM stelt slechts dat het *product* van interpretatie in lijn moet zijn met de essentie van het delict en dat de *toepassing* ervan redelijkerwijze voorzienbaar moet zijn geweest. De grenzen worden dus gerelateerd aan het resultaat van interpretatie en aan de *toepassing* van een uitleg. Verder is duidelijk dat een evolutieve interpretatie vanzelfsprekend wordt geacht, en daarmee dat het achterhalen van de bedoeling van de wetgever ten tijde van het formuleren van de bepaling niet het doel van interpretatie is. Het *doel van interpretatie* is het vaststellen van de actuele strekking van de bepaling. Ten aanzien van interpretatie hanteert het EHRM een contextueel bepaalde benadering van rechtszekerheid. Leidde dat bij het bepaaldheidsgebod tot een *minder strikte* uitleg, omdat professionele

101 EHRM 14 april 2015, 66655/13 (*Contrada/Italië*), m.n. r.o. 71.

marktdeelnemers geacht worden in staat te zijn zich op de hoogte te stellen van geldende wet- en regelgeving, bij de rechterlijke interpretatievrijheid leidt dat juist tot een *strikttere* uitleg: ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan na de gedraging mogen niet worden meegewogen bij het beoordelen van de voorzienbaarheid, en het EHRM lijkt iets sneller tot de conclusie te komen dat een jurisprudentiële ontwikkeling niet voorzienbaar was voor de verdachte. Dat is anders waar een verdachte heeft gehandeld in strijd met de menselijke waardigheid, een kernwaarde van het EHRM. In een dergelijk geval kan het EHRM gemakkelijker tot de conclusie komen dat een veroordeling voorzienbaar was voor de verdachte, en zal niet snel een beroep kunnen worden gedaan op het legaliteitsbeginsel.¹⁰² Dit gesignaleerde verschil tussen strafzaken met een ordeningsrechtelijk karakter versus delicten in het kernbereik van het strafrecht past overigens uitstekend bij de rechtenconceptie, die gebaseerd is op een afweging van belangen: in het ordeningsrecht zal het belang van de verdachte bij rechtszekerheid snel meer gewicht in de schaal leggen dan het maatschappelijk belang bij een veroordeling.

6.4.4 Acht het Hof van Justitie het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van toepassing op zijn eigen interpretatievrijheid?

De laatste vraag die in deze paragraaf moet worden beantwoord is of het Hof van Justitie zichzelf, bij de uitleg van richtlijnen die in het strafrecht zijn omgezet dan wel van verordeningen die strafrechtelijk worden gehandhaafd, gebonden acht aan het legaliteitsbeginsel. Het Hof van Justitie is geen strafrechter: het Hof legt niet rechtstreeks strafrechtelijke sancties op aan natuurlijke of rechtspersonen. De uitleg die het Hof geeft aan Europees recht kan wel indirect van invloed zijn op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid van personen. Wordt de interpretatie van richtlijnen en verordeningen begrensd door het legaliteitsbeginsel? Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord, zowel ten aanzien van richtlijnen als ten aanzien van verordeningen, maar alleen in gevallen waarin het Europees recht de lidstaten de keuze liet voor een handhavingssysteem. Het betrof dus steeds richtlijnen en verordeningen die slechts in een deel van de lidstaten strafrechtelijk werd gehandhaafd. Eerst komen de grenzen aan de interpretatievrijheid van het Hof in het punitief bestuursrecht kort aan de orde.

Bij het vaststellen van de grenzen aan zijn eigen interpretatievrijheid verwijst het Hof van Justitie in mededingingsrechtelijke rechtspraak veelvuldig naar de rechtspraak van het EHRM. Een goed voorbeeld daarvan is de zaak *Dansk rørindustri*, waarin de reikwijdte van de interpretatievrijheid uitgebreid aan

¹⁰² Zie voor een pleidooi voor verdragsconforme interpretatie in lijn met deze gedachte Rozemond 2000.

de orde kwam.¹⁰³ In deze mededingingsrechtelijke zaak past het Hof de Straatsburgse jurisprudentie over de interpretatievrijheid van de nationale rechter toe op zichzelf. Het Hof benadrukt dat enerzijds het EVRM zich niet verzet tegen een geleidelijke ontwikkeling van het recht, maar

‘dat het beginsel van de legaliteit van straffen en het rechtszekerheidsbeginsel [...] zich niettemin kunnen verzetten tegen de toepassing met terugwerkende kracht van een nieuwe uitlegging van een norm die een overtreding vastlegt... [Dat is] met name het geval wanneer het gaat om een jurisprudentiële uitlegging waarvan het resultaat redelijkerwijs niet kon worden voorzien toen de inbreuk werd gepleegd, met name gelet op de uitlegging die toentertijd werd gehanteerd in de rechtspraak betreffende de wettelijke bepaling in kwestie.’¹⁰⁴

Het Hof gaat hier impliciet uit van het bestaan van een onderscheid tussen een uitbreidende interpretatie, die in beginsel is toegestaan, en de toepassing ervan, die moet worden getoetst aan het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid. Het is dus niet verboden een bepaald *resultaat* te bereiken, maar wel om dat resultaat *toe te passen* indien dat in strijd is met de rechtszekerheid. Het Hof van Justitie is explicieter in de formulering van dit onderscheid dan het EHRM, hoewel het ook in de rechtspraak over artikel 7 EVRM zichtbaar is.

Vanwege de meerlagigheid van het Europees strafrecht is de uitleg van een richtlijn of verordening, anders dan in het mededingingsrecht, niet gelijk doorslaggevend voor de uitkomst van de strafzaak. Het is immers de nationale rechter die uiteindelijk, het Europees recht in acht nemend, al dan niet tot een veroordeling komt. Het Hof is een enkele keer gevraagd om in zijn uitleg van secundair recht rekening te houden met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, gezien de nadelige consequenties die een extensieve uitleg kan hebben voor een nationale strafzaak. In het arrest *Grøngaard en Bang* stond de uitleg van een richtlijnbeepaling centraal. De Richtlijn transacties van ingewijden wordt in Denemarken strafrechtelijk gehandhaafd.¹⁰⁵ De verdachten vinden dat de bijzondere rechtvaardigingsgrond uit de richtlijn daarom ruim moet worden uitgelegd, om het legaliteitsbeginsel te waarborgen. Het Hof van Justitie gaat hier niet in mee. Strafrechtelijke handhaving is niet verplicht, en het Hof wil de uitleg van de richtlijn niet afhankelijk maken van het handhavingssysteem. Omdat het hier een uitzondering op de richtlijn betreft, moet deze restrictief worden uitgelegd om aan de richtlijn een zo groot mogelijke effectieve werking toe te kennen. Het waarborgen van het legaliteitsbeginsel is volgens het Hof

103 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*).

104 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. 217-218.

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

een taak van de nationale rechter wanneer hij het nationale omzettingsrecht uitlegt.¹⁰⁶ Dat liet de Deense hoogste rechter zich geen twee keer zeggen: hij legt de uitzondering vrij ruim uit, schijnbaar ruimer dan het Hof,¹⁰⁷ stelt dat deze uitleg binnen de grenzen valt die het Hof van Justitie heeft gesteld, en spreekt de verdachten vrij.¹⁰⁸

Voor richtlijnen speelt dus een belangrijke rol dat zij worden omgezet in nationale strafbepalingen. Voor verordeningen is dat anders, aangezien zij niet mogen worden gekopieerd in het nationale recht. De vraag of het Hof bij de uitleg van verordeningen rekening moet houden met het strafrechtelijk karakter van de nationale procedure kwam expliciet aan de orde in het *Röser*-arrest.¹⁰⁹ Röser wordt vervolgd op grond van het Duitse *Weingesetz*, dat overtreding van enkele bepalingen uit een verordening over de wijnmarkt tot strafbaar feit bestempelt.¹¹⁰ Voor de Duitse rechter is echter onduidelijk of de gedragingen onder de reikwijdte van de verordening vallen: uit de bepaling blijkt niet ondubbelzinnig dat dit het geval was, maar de rechter denkt dat gezien het doel van de verordening moet worden geoordeeld dat de verordening wel van toepassing is. Opvallend zijn de opmerkingen die de Commissie heeft ingediend. De Commissie meent dat er een leemte is in de wet, omdat de tekst van de bepaling niet alle gedragingen omvat die gezien het doel daaronder zouden moeten vallen. Nu de verordening strafrechtelijk wordt gehandhaafd door de lidstaten, mag niet het doel van de bepaling voorop worden gesteld maar moet de tekst daarvan centraal staan. Een restrictieve uitleg is dus geboden.¹¹¹ Daar gaat het Hof niet in mee. In navolging van de advocaat-generaal verwijst het naar het *S.A.I.L.*-arrest. In het *S.A.I.L.*-arrest had het Hof overwogen 'dat de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht niet mag verschillen naar gelang van de onderscheiden gebieden van het nationale recht, waarbinnen het zijn werking kan doen gevoelen.'¹¹² Daaruit leidt het Hof

106 HvJ EG 22 november 2005, C-384/02, (*Grøngaard & Bang*), r.o. 28-29.

107 Het Hof wijst er enerzijds in r.o. 39-40 op dat de reikwijdte van de uitzondering met name afhankelijk is van het nationale recht, maar stelt ook dat de uitzondering restrictief moet worden uitgelegd, in die zin dat het delen van de informatie 'noodzakelijk' moet zijn (r.o. 34 e.v.). De Deense rechter toetst niet of het delen van de kennis noodzakelijk was, maar of dit gebaseerd was op objectieve, feitelijke overwegingen ('*sagligt begrundet*').

108 Højesteret 14 mei 2009, 219/2008; Elholm 2009.

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

110 Verordening (EEG) 337/79 van de Raad van 5 februari 1979 houdende een gemeenschappelijke ordening van de wijnmarkt.

111 HvJ EG 27 februari 1986, 238/84, ECLI:EU:C:1986:88 (*Röser*), r.o. 12-14; A-G Mancini verwoordt het standpunt van de Commissie als volgt: 'Wanneer het nu alleen om een administratiefrechtelijk probleem zou gaan, zou men het kunnen oplossen door het door de gemeenschapswetgever beoogde doel op de voorgrond te plaatsen. [...] [O]mdat artikel 36 de in die bepalingen strafbaar gestelde feiten omschrijft, althans bijdraagt tot de omschrijving ervan, en wegens de bijzonder grote duidelijkheid die van strafbepalingen mag worden verlangd, is het uitgesloten dat de gemeenschapsregel extensief of, erger nog, in strijd met de letterlijke tekst ervan wordt uitgelegd.' Zie concl. A-G G.F. Mancini, punt 3.

112 HvJ EG 21 maart 1972, 82/71, ECLI:EU:C:1972:20 (*S.A.I.L.*), r.o. 5.

in het *Röser*-arrest af dat de uitleg van het Europees recht niet mag worden beïnvloed door het karakter van de nationale procedure waarin het Europees recht wordt ingeroepen. Dat de verordening strafrechtelijk wordt gehandhaafd, is dus voor de uitleg van die verordening niet relevant. Het *S.A.I.L.*-arrest waar het Hof zijn overweging op baseert, kan die conclusie echter niet dragen. De geciteerde overweging in het *S.A.I.L.*-arrest ging niet over de uitleg van een bepaling van Europees recht, maar over de vraag of het Hof überhaupt bevoegd was prejudiciële vragen te beantwoorden die gevolgen zouden hebben voor de toepassing van het strafrecht.¹¹³ Het destijds gegeven bevestigende antwoord op die vraag maakt het niet onmogelijk voor het Hof om bij de uitleg van Europees recht rekening te houden met de rechtsgevolgen die een uitleg kan hebben, en bijvoorbeeld terughoudender te zijn met extensieve interpretaties wanneer het Europees recht middels het strafrecht wordt gehandhaafd. Niettemin heeft het Hof zijn standpunt vastgehouden in latere rechtspraak.¹¹⁴

Het Hof acht zich in de hier besproken zaken dus niet gebonden aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Er zijn niettemin meerdere recente zaken waarin het Hof tot een restrictieve uitleg van een repressieve maatregel komt, evenwel zonder daarbij expliciet te verwijzen naar het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Nationale rechterlijke instanties vragen in die zaken aan het Hof om een ruime uitleg van het Europees recht om in het nationale recht tot een veroordeling te kunnen komen. In de zaak *Markus D. en G.* hoopte de Duitse rechter producenten van synthetische cannabinoïden te kunnen veroordelen voor het in de handel brengen van een ondeugdelijk geneesmiddel.¹¹⁵ Daarvoor was vereist dat de betreffende middelen een ‘geneesmiddel’ zijn in de zin van het Europees recht.¹¹⁶ Het Hof meent van niet, en aan die conclusie wordt ‘niet afgedaan door het feit dat een dergelijke conclusie blijkens de verwijzingsbeslissing tot gevolg zou hebben dat de verkoop van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde substanties aan elke strafrechtelijke vervolging zou ontsnappen.’¹¹⁷ In dit geval ging de teleologische interpretatie boven de grammaticale.

113 De Italiaanse regering had aangevoerd dat de gestelde prejudiciële vragen niet-ontvankelijk waren, omdat de door het Hof te geven antwoorden invloed zou kunnen hebben voor de toepassing van het nationale strafrecht. Kennelijk achtte de Italiaanse regering Europese inmenging in het nationale strafrecht destijds categorisch uitgesloten. Dáárop is de geciteerde passage uit het *S.A.I.L.*-arrest een antwoord. Had het Hof in die zaak anders geantwoord, dan zou de omzetting en uitvoering van Europees recht in het nationale strafrecht geheel aan het toezicht van de Europese instellingen worden onttrokken.

114 HvJ EG 7 januari 2004, C-60/02, ECLI:EU:C:2004:10 (*Rolex*), r.o. 56.

115 HvJ EU 10 juli 2014, C-358/13 en C-181/14, ECLI:EU:C:2014:2060 (*Markus D. en G.*).

116 Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik.

117 HvJ EU 10 juli 2014, C-358/13 en C-181/14, ECLI:EU:C:2014:2060 (*Markus D. en G.*), r.o. 48.

In een tweede zaak, het *Gielen*-arrest, verkiest het Hof van Justitie juist een grammaticale uitleg boven een teleologische, opnieuw om tot een restrictief resultaat te komen. In deze zaak had de Rechtbank Oost-Brabant prejudiciële vragen gesteld over een eventuele gelijkstelling van de stof APAAN met de stof BMK, aangezien de eerste op relatief eenvoudige wijze kan worden omgezet in de tweede. BMK valt naar Europees recht onder drugsprecursoren, waarvan bezit en in de handel brengen slechts legaal is indien daartoe een vergunning is verleend.¹¹⁸ Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de rechtbank tot nu toe, vanwege het legaliteitsbeginsel, heeft geoordeeld dat ten aanzien van APAAN geen vergunning vereist is. Niettemin is zij, gelet op de prejudiciële vragen, kennelijk bereid deze stof in de toekomst wel als BMK te kwalificeren. Het Hof beantwoordt de gestelde vragen op basis van een grammaticale interpretatie ontkennend. Het Hof voegt toe:

‘Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door het door de verordeningen nr. 273/2004 en nr. 111/2005 nagestreefde doel [...], of door het veranderlijke karakter van de drugshandel als bedoeld in overweging 17 van diezelfde verordening, zoals het Koninkrijk der Nederlanden betoogt. Ofschoon het juist is dat deze verordeningen tot doel hebben om misbruik van stoffen die vaak bij de illegale vervaardiging van verdovende middelen of psychotrope stoffen worden gebruikt, te bestrijden door toezicht op de handel in deze stoffen in te voeren, vergezeld van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, neemt dit niet weg dat het repressieve doel van genoemde verordeningen niet van invloed kan zijn op de definitie van het begrip “geregistreerde stof” of op de eventuele kwalificatie van de betrokken stof als geregistreerde stof op basis van die definitie.’¹¹⁹

In deze zaak maakt het Hof van Justitie expliciet dat het doel van de bepalingen niet kan leiden tot een uitleg die strijdig is met de tekst ervan. Het verwijst voor dat oordeel terug naar de eerder genoemde zaken *Markus D. en G.*, waarin eveneens voor een restrictieve uitleg werd gekozen, maar dan juist op basis van een teleologische interpretatie.

Deze laatste twee arresten wijzen in een tegengestelde richting ten opzichte van *Grøngaard en Bang* en *Röser*, waarin het Hof juist wel tot een extensieve interpretatie kwam. De arresten laten zien dat het Hof niet altijd kiest voor een extensieve interpretatie omwille van de doelmatigheid van het Europees recht, en dat de lidstaten niet altijd opteren voor een restrictieve uitleg. De arresten bevatten echter geen specifieke aanwijzingen dat deze verschillen te

118 Verordening (EG) 273/2004 van 11 februari 2004 van het Europees Parlement en de Raad inzake drugsprecursoren en Verordening 111/2005/EG van de Raad van 22 december 2004 houdende voorschriften voor het toezicht op de handel tussen de Gemeenschap en derde landen in drugsprecursoren.

119 HvJ EU 12 februari 2015, C-369/13, ECLI:EU:C:2015:85 (*Gielen*), r.o. 35-36, met verdere verwijzingen.

maken hebben met het strafrechtelijk karakter van de aan de prejudiciële vragen ten grondslag liggende procedures.

Het Hof van Justitie wil kortom bij de uitleg van Europees recht geen rekening houden met het rechtsgebied waarin dit op nationaal niveau wordt gehandhaafd. De reden daarvoor is dat de uitlegging van richtlijnen en verordeningen niet mag variëren per lidstaat, afhankelijk van het gekozen handhavingssysteem. De uitlegging van verordeningen wordt evenmin afhankelijk gemaakt van het handhavingssysteem dat is gekozen door de lidstaten. Wel is het zo dat een uitlegging van een verordening, wanneer die wordt gehandhaafd middels het strafrecht, invloed heeft op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de lidstaten. Tot op heden heeft het Hof voor de bescherming van het rechtszekerheidsbeginsel ook in die situaties gewezen op de verantwoordelijkheid van de nationale rechter. Tegelijkertijd kan worden geconstateerd dat het Hof in diverse recentere arresten heeft gekozen voor een restrictieve uitleg van Europese wetgeving, zij het zonder dit te motiveren met een verwijzing naar het legaliteitsbeginsel. De rechtspraak op dit punt is, met name waar het de uitleg betreft van verordeningen die in sommige lidstaten met strafrechtelijke sancties worden gehandhaafd, nog beperkt van omvang. Het is denkbaar dat, naarmate de invloed van het Europees strafrecht op het strafrecht (ook het *commune* strafrecht) groter wordt, het legaliteitsbeginsel toch een rol zal gaan spelen bij de uitlegging van Europees recht door het Hof van Justitie.

Voor de nationale rechter heeft de stand van de huidige rechtspraak enkele gevolgen. Waar het richtlijnen betreft, is de nationale rechter verantwoordelijk voor het garanderen van de rechtszekerheid. Dit betekent dat bij de uitleg van het nationale recht rekening moet worden gehouden met het legaliteitsbeginsel, zoals dat wordt begrepen in het nationale en het Europese recht. Voor verordeningen ligt de situatie iets anders. De nationale rechter mag niet een uitleg aan de verordening geven die afwijkt van de uitleg van het Hof van Justitie. Dit betekent dat de bescherming die de nationale rechter moet bieden op grond van het legaliteitsbeginsel geen invloed kan hebben op het proces, noch op het product van interpretatie (dat is immers gegeven door het Hof van Justitie), maar hooguit op de toepassing van een bepaling. In de literatuur is erop gewezen dat de voorrang van het Unierecht het onmogelijk maakt voor de nationale rechter om met een beroep op het nationale legaliteitsbeginsel de doorwerking van een verordening te beletten.¹²⁰ Dat de doorwerking van een verordening niet kan worden tegengehouden op grond van het nationale recht is in zichzelf waar, maar de nationale rechter heeft in deze jurisprudentie, alsmede in het in hoofdstuk 5 besproken arrest *Özlem Garenfeld*, een uitdrukkelijke opdracht gekregen het legaliteitsbeginsel te waarborgen.¹²¹ Ik zou daarom de stelling willen verdedigen dat de nationale rechter een Europeesrechtelijke

120 Dannecker & Bülte 2014, par. 211.

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

lijk mandaat heeft om een verordening buiten toepassing te laten in een concrete strafzaak indien de uitleg van de gedragsomschrijving in een verordening niet voorzienbaar was voor de verdachte. Rechterlijk overgangsrecht zou hier een uitweg kunnen bieden. De rechter kan dan bepalen dat de gegeven interpretatie slechts zal worden toegepast op gedragingen die zijn begaan na publicatie van de rechterlijke uitspraak.

6.5 CONFORME INTERPRETATIE EN DE GRENZEN AAN DE RECHTERLIJKE INTERPRETATIEVRIJHEID VAN DE NATIONALE RECHTER

De verplichting om bepalingen aldus uit te leggen dat zij de doelstellingen van het Europees recht mede verwezenlijken vormt één van de kernaspecten van het Europeesrechtelijk mandaat van de nationale rechter. Tegelijkertijd vormt het een problematisch aspect, omdat de constitutionele positie van de rechter (vanwege de machtsverdeling met de wetgever) alsmede diens interpretatie- en toepassingsvrijheid (vanwege het rechtszekerheidsbeginsel) verschilt per lidstaat. De plicht ligt in het strafrecht bijzonder gevoelig, omdat daar de interpretatie- en toepassingsvrijheid van de rechter sterk begrensd zijn. Conforme interpretatie brengt daar mogelijk verandering in. Er is dan ook een fundamenteel belang gemoeid met de vraag wat de precieze inhoud van deze plicht is, in hoeverre die ingrijpt in het proces van interpreteren of toch vooral georiënteerd is op het resultaat en hoe conforme interpretatie zich verhoudt tot het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

Met name wanneer een richtlijn geen rechtstreekse werking heeft bestaat behoefte aan een mechanisme om de effectiviteit daarvan te kunnen garanderen. De rechtstreekse werking van richtlijnen is immers aan verschillende voorwaarden gebonden: de richtlijn moet voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk geformuleerd zijn, de omzettingstermijn moet zijn verstreken en de rechtstreekse werking kan alleen worden ingeroepen tegen de staat en niet tegen een andere particulier. Kaderbesluiten hebben überhaupt geen rechtstreekse werking. Buitentoepassinglating van de nationale strafbepaling wanneer die in strijd is met het Europees recht heeft alleen zin indien de strafbepaling *te veel* aansprakelijkheid vestigt. Het interpreteren van een lagere regel conform een hogere regel is een methode om die hogere regel toch effect te kunnen geven, ook al kan deze niet rechtstreeks toegepast worden. De toepasbaarheid van de lagere regel wordt bij conforme interpretatie niet doorbroken. Het mechanisme was reeds bekend in het internationaal recht.¹²²

In deze paragraaf zal eerst in algemene termen de plicht zoals die is ontwikkeld in de jurisprudentie worden beschreven. Vervolgens wordt gekeken hoe de nationale rechter zich moet verhouden tot zijn nationale wetgever en

122 Betlem & Nollkaemper 2003.

de nationale wetsgeschiedenis bij de conforme uitleg van nationaal recht. Daarna komt aan de orde wanneer conforme interpretatie niet verplicht, en vaak ook überhaupt niet toegestaan is, om te kunnen analyseren wat de rol van het legaliteitsbeginsel is in het begrenzen van de rechterlijke interpretatievrijheid en de conforme-interpretatieplicht. Daarbij komt aan de orde of en hoe die grenzen verschillen van de grenzen aan de interpretatievrijheid die het Hof zichzelf toekent in het punitief bestuursrecht en die het EHRM toekent aan de nationale rechter, en of die grenzen gelegen zijn in het Europees of in het nationale recht. Aan het eind van de paragraaf ga ik in op de aard van de conforme-interpretatieplicht in relatie tot de in Nederland gebruikelijke wijze van interpreteren, om de vraag te kunnen beantwoorden of de conforme-interpretatieplicht naast het resultaat ook het proces van interpretatie beïnvloedt.

6.5.1 Algemene kenmerken van de verplichting tot conforme interpretatie

In deze subparagraaf worden de belangrijkste verplichtingen voor de rechter besproken zoals die blijken uit de jurisprudentie.¹²³ Achtereenvolgens komen aan de orde 1) de inhoud van de verplichting tot conforme interpretatie; 2) de grondslag daarvan; 3) de bepalingen waar de plicht op van toepassing is; 4) het moment waarop de plicht ontstaat; en 5) de verhouding tussen conforme interpretatie, rechtstreekse werking en voorrang.

De inhoud van de plicht tot conforme interpretatie

In 1984 verklaarde het Hof van Justitie conforme interpretatie tot een plicht voor de nationale rechter bij de uitlegging van nationaal recht. Deze plicht is in latere rechtspraak gestaag uitgebreid en wordt nu gezien als een dwingend mechanisme dan conforme interpretatie in het internationaal recht.¹²⁴ Het arrest *Von Colson en Kamann* betrof weliswaar een verticale rechtsverhouding, maar de richtlijn was niet voldoende precies geformuleerd om rechtstreeks te kunnen werken. Het Hof zag wel ruimte voor een *middellijke* of *indirecte werking* van de richtlijn:

‘De nationale rechter moet [...] bij de toepassing van het nationale recht, en met name van een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale regeling, het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, teneinde het hiermee beoogde

123 De lezer met interesse in algemene literatuur over conforme interpretatie zij verwezen naar Wissink 2001; Brechmann 1994; Prinssen 2004, p. 39-55; Röcker 2013; Drake 2005; Kaiser 2010; Betlem & Nollkaemper 2003; Betlem 2002; Craig & De Búrca 2011.

124 Betlem & Nollkaemper 2003.

resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen. [...] Het staat aan de nationale rechter om, ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid, de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen en toe te passen.¹²⁵

De middellijke werking van richtlijnen onderscheidt zich van de rechtstreekse werking in die zin dat het een nationale bepaling is die wordt toegepast, niet de richtlijn zelf. De rechter moet daarbij gebruik maken van 'de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid'. Dit impliceert al dat het bereiken van een richtlijnconform resultaat niet altijd mogelijk zal zijn: het nationale recht, meer bepaald het legaliteitsbeginsel, stelt immers grenzen aan de interpretatievrijheid van de rechter.¹²⁶ In zoverre is duidelijk dat het om een inspanningsverplichting gaat: de wetgever heeft nagelaten een richtlijn te implementeren of heeft dat onjuist of onvolledig gedaan, de mogelijkheden voor de rechter om omzettingsgebreken te helen zijn beperkt.¹²⁷

In *Von Colson en Kamann* moest de rechter gebruik maken van zijn beoordelingsvrijheid naar nationaal recht. Kort daarna, in het *Marleasing*-arrest, liet het Hof die verwijzing naar het nationale recht weg en stelde het alleen dat het nationale recht '*as far as possible*' conform het Europees recht moest worden uitgelegd.¹²⁸ In latere jurisprudentie wordt bijna altijd de formulering uit *Marleasing* gebruikt, en zelden meer expliciet verwezen naar de bevoegdheden in het nationale recht.

Toch is ook in het *Pfeiffer*-arrest van dertig jaar later nog een verwijzing naar de bevoegdheden van de rechter in het nationale recht te lezen wanneer het Hof de plicht verder uitbreidt. In dat arrest gaat het Hof in op de verhouding tussen conforme interpretatie en de 'gewone', dat wil zeggen zuiver nationale interpretatie van bepalingen.¹²⁹ Het Hof stelt:

'Wanneer het nationale recht het door de toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden in bepaalde omstandigheden mogelijk maakt om een bepaling van de nationale rechtsorde aldus uit te leggen dat een conflict met een andere bepaling van nationaal recht wordt vermeden of om met dit doel de strekking van die bepaling te beperken door haar slechts toe te passen voorzover [sic.] zij met die andere bepaling verenigbaar is, is de rechter verplicht dezelfde methoden te gebruiken om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken.'¹³⁰

125 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*), r.o. 26, 28.

126 Ook Satzger ziet in deze formulering al een begrenzing door het legaliteitsbeginsel, Satzger 2012b, p. 95-96.

127 Wissink 2001, p. 105-107.

128 HvJ EG 13 november 1990, 106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*).

129 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*).

130 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 116.

De conflictregels die de rechter naar nationaal recht ter beschikking staan, moeten dus worden benut om een Europeesrechtconform resultaat te bereiken.¹³¹

Uit deze twee arresten blijkt dat de rechter niet verplicht is om ook daadwerkelijk een richtlijnconform resultaat te bereiken. Maar daarmee is nog niet opgehelderd of de plicht met name gevolgen heeft voor het *proces* van interpretatie, of voor het *product*. Het begrip conforme interpretatie lijdt, net als het begrip 'interpretatie' waar het een afgeleide van is, aan proces-productambigüiteit.¹³² In het arrest *Von Colson en Kamann* verwijst het Hof naar de beoordelingsvrijheid die de rechter in het nationale recht heeft: dit impliceert dat de verplichting geen invloed heeft op het proces van interpreteren als zodanig (de catalogus van interpretatiemethoden en de rangorde daartussen), maar slechts op de resultaten die de rechter bereikt. Datzelfde geldt voor het *Pfeiffer*-arrest, waar het Hof refereert aan bestaande conflictregels in het nationale recht. Andere rechtspraak geeft echter aanleiding te denken dat ook het proces van interpretatie door deze plicht wordt beïnvloed. In paragraaf 6.5.5 zal nader worden geanalyseerd of het gaat om een verplichting ten aanzien van het resultaat, of ook ten aanzien van het proces.

De grondslag van de plicht tot conforme interpretatie

In het arrest *Von Colson en Kamann* werd de conforme-interpretatieplicht geformuleerd op een tweeledige grondslag. Lidstaten hebben de plicht het met een richtlijn beoogde doel te verwezenlijken, omdat richtlijnen verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat volgens artikel 189 EEG-Verdrag (nu art. 288 VWEU). Daarnaast wees het Hof op het beginsel van loyale samenwerking uit artikel 5 EEG-Verdrag (nu art. 4 lid 3 VWEU). Deze verplichtingen gelden 'voor alle met overheidsgezag beklede instanties' en dus ook voor de rechter: die moet binnen het kader van zijn bevoegdheden pogen de met de richtlijn beoogde resultaten te bereiken.¹³³ De verbindendheid ten aanzien van het resultaat van richtlijnen en het beginsel van loyale samenwerking kunnen daarom samen worden gezien als de grondslag van de plicht tot conforme interpretatie. In het *Pfeiffer*-arrest uit 2004 heeft het Hof de conforme-interpretatieplicht nog verder verankerd in het Unierecht door te stellen dat conforme interpretatie 'inherent [is] aan het systeem van het Verdrag'.¹³⁴ Dit illustreert het belang en het constitutionele karakter van het mechanisme: het wordt geacht onlosmakelijk deel uit te maken van de structuur van het

131 Prechal 2005b, p. 1457-1459; Klamert 2006, p. 1259-1260.

132 Zie voor het begrip proces-productambigüiteit paragraaf 6.2.2 en de verwijzingen aldaar.

133 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*), r.o. 26. Zie ook

HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 113.

134 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 114.

Europees recht.¹³⁵ Bovendien wordt daarmee de plicht minder sterk verbonden aan het karakter van richtlijnen, waardoor de plicht in beginsel kan gelden voor al het Europees recht.¹³⁶ Toch werd het laatste argument niet herhaald in het *Pupino*-arrest van 2005, waarin de conforme-interpretatieplicht van toepassing werd verklaard op kaderbesluiten uit de toen nog bestaande derde pijler.¹³⁷ Dat arrest herinnert meer aan het arrest in de zaak *Von Colson en Kamann*. In *Pupino* noemt het Hof de verbindendheid ten aanzien van het resultaat (artikel 34 lid 2 sub b VEU) en de plicht tot loyale samenwerking.¹³⁸ Dit overigens tot verrassing van enkele lidstaten, die ervan uitgingen dat de plicht tot loyale samenwerking niet gold voor de Europese Unie aangezien het Unieverdrag geen met artikel 5 EEG-Verdrag vergelijkbare bepaling kende. Met het opheffen van de pijlerstructuur en het afschaffen van het kaderbesluit als instrument heeft de discussie over kaderbesluitconforme interpretatie echter haar relevantie verloren.¹³⁹

Bepalingen waarop de plicht tot conforme interpretatie van toepassing is

Uit het voorgaande bleek al impliciet dat ten aanzien van richtlijnen de plicht tot conforme interpretatie een ruimer bereik heeft dan rechtstreekse werking. Ten eerste is conforme interpretatie niet beperkt tot verticale rechtsverhoudingen. Het arrest *Von Colson en Kamann* ging als gezegd over een geschil tussen particulieren en de staat. De plicht is echter ook van toepassing in horizontale situaties, dus tussen twee particulieren.¹⁴⁰ Daarnaast is de plicht van toepassing op omgekeerd verticale rechtsverhoudingen, waarbij de staat zich ten nadele van het individu wil beroepen op de richtlijn.¹⁴¹ Daarbij geldt uiteraard voor richtlijnen de beperking dat zij niet zonder omzetting in het nationale recht verplichtingen voor burgers in het leven kunnen roepen.¹⁴² Anders dan bij rechtstreekse werking wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende rechtsverhoudingen waarin het Europees recht een rol speelt.

Ten tweede geldt de plicht voor bepalingen die per definitie geen rechtstreekse werking hebben, zoals kaderbesluiten.¹⁴³ Het nationale recht ter omzetting van die kaderbesluiten moet dus tevens conform het Europees recht worden geïnterpreteerd.

Ten derde strekt conforme interpretatie zich uit tot richtlijnen die niet voldoen aan de voorwaarde van duidelijkheid en onvoorwaardelijkheid voor

135 Betlem 2007, p. 105.

136 Sørensen 2008, p. 305-306.

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

138 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*), r.o. 42-43.

139 De geïnteresseerde lezer kan zich wenden tot Röcker 2013.

140 HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*).

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

142 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall I*).

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

rechtstreekse werking. Dat blijkt al uit het arrest *Von Colson en Kamann*, waarin de rechter de sanctiebepalingen over ongelijke behandelingen in zijn nationale recht in overeenstemming met de doelstelling van richtlijn 76/207 moest uitleggen, ook al bevat die richtlijn geen bepaling waarin de aard of hoogte van de sancties wordt voorgeschreven.¹⁴⁴ Het Europees recht hoeft dus niet zo precies en onvoorwaardelijk te zijn geformuleerd als een richtlijn die rechtstreeks wordt toegepast, wel moet het voldoende scherp zijn geformuleerd om daadwerkelijk te kunnen dienen als richtinggevend bij de interpretatie.¹⁴⁵

In het nationale recht is de plicht van toepassing op alle bepalingen die onder de reikwijdte van het Europees recht vallen. In *Von Colson en Kamann* stelt het Hof nog dat het 'met name' om omzettingswetgeving gaat, maar uit het arrest *Marleasing* blijkt dat ook regelgeving die dateert van voor de richtlijn in het licht van die richtlijn moet worden uitgelegd.¹⁴⁶ De rechter moet kortom het gehele nationale recht bezien om te kijken of er een bepaling is die aldus kan worden geïnterpreteerd dat de doelstellingen van het Europees recht worden bereikt. Dat roept natuurlijk de vraag op welke betekenis de nationale rechter dan nog kan hechten aan de doelstellingen van de nationale wetgever met die nationale wet. Die vraag is in de rechtswetenschappelijke literatuur meermalen onder de aandacht geweest en zal worden beantwoord in paragraaf 6.5.2.

Het is in paragraaf 3.4.3 reeds kort aangestipt: de conforme-interpretatieplicht beperkt zich niet tot gevallen waarin er discrepanties bestaan tussen het nationale en het Europees recht. De rechter moet, ook in gevallen waarin de tekst van zijn nationale recht in overeenstemming is met het Europees, zich bij de uitleg daarvan laten leiden door het Europees recht. Zo moet hij de begrippen uitleggen overeenkomstig hun autonome betekenis in het Europees recht. Ook wanneer de nationale rechter Europees recht toepast, moet hij dit doen – indien van toepassing – conform de uitlegging die het Hof eraan heeft gegeven. Op die manier waarborgt conforme interpretatie niet alleen de effectiviteit van het Europees recht, maar ook in belangrijke mate de uniformiteit van de toepassing ervan.

Het moment van ontstaan van de plicht tot conforme interpretatie

De plicht tot het verlenen van rechtstreekse werking en tot conforme interpretatie ontstaan op hetzelfde moment, namelijk bij het verstrijken van de omzet-

144 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*).

145 In die zin ook Riesenhuber & Domröse 2005, p. 49-50; Wissink 2001, p. 184.

146 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*), r.o. 8.

tingstermijn.¹⁴⁷ Dat ligt ook voor de hand.¹⁴⁸ Vanaf dat moment zijn de burgers ervan verzekerd dat zij aanspraak kunnen maken op het Unierecht. Vanaf het moment dat de richtlijn in werking treedt tot aan de implementatie in het nationale recht moeten lidstaten zich al onthouden van 'maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat' in gevaar kunnen brengen.¹⁴⁹ Die verplichting geldt ook voor de rechter.¹⁵⁰ Na het in werking treden van de richtlijn is de nationale rechter dus gehouden de verwezenlijking van het voorgeschreven resultaat niet in gevaar te brengen door middel van interpretatie. Hij hoeft echter niet aan conforme interpretatie te doen. In de literatuur is wel verdedigd dat de rechter wel conform *mag* interpreteren in die periode, indien hij dat wenst.¹⁵¹ Dat is inderdaad in de geest van het Europees recht en bovendien, nu de rechter bij conforme interpretatie gehouden is de rechten van de betrokkenen te beschermen, niet bezwaarlijk. De *plicht* tot conforme interpretatie ontstaat niettemin pas op het moment van verstrijken van de omzettingstermijn.¹⁵²

De verhouding tussen conforme interpretatie, rechtstreekse werking en voorrang

Het Hof van Justitie heeft bepaald dat de nationale rechter bij een conflict tussen nationaal en Europees recht eerst moet proberen of het nationale recht conform het Europees kan worden uitgelegd.¹⁵³ Conforme interpretatie wordt gezien als een mechanisme dat minder ingrijpt in het nationale recht omdat het de werking daarvan niet doorbreekt.¹⁵⁴ Als conforme interpretatie niet mogelijk is, moet op grond van de voorrangsregel het nationale recht buiten toepassing blijven. Voorrang biedt echter in het strafrecht alleen soelaas wanneer het Europees recht *minder* strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt.¹⁵⁵ Eventueel kan in plaats van de nationale bepaling een richtlijnbeepaling rechtstreeks worden toegepast. Tot slot zal de rechter moeten onderzoeken of een particulier aanspraak kan maken op een schadevergoeding van de staat, we-

147 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 115. Aanvankelijk bestond hierover enige onduidelijkheid, zie Klamert 2006, p. 1254-1256; Drake 2005, p. 340; Kristen 2004, p. 64; Betlem 2002, p. 397.

148 Asp 2002, p. 204-205. Anders Klamert 2006, p. 1254-1256, 1273-1274.

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

150 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 114-123.

151 Prechal 2005a, p. 185, onder verwijzing naar hoofdstuk 2, paragraaf 2.3 van hetzelfde boek.

152 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 115. Zie ook Craig & De Búrca 2011, p. 200-201; Asp 2002, p. 204-205; Sørensen 2008, p. 316.

153 HvJ EG 4 februari 1988, 157/86, ECLI:EU:C:1988:62 (*Murphy and others*), r.o. 11.

154 Amstutz 2005.

155 Rechtstreekse werking is überhaupt niet mogelijk, aangezien de richtlijn niet mag worden aangewend als grondslag van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zie HvJ EG 11 juni 1987, 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*).

gens het in gebreke blijven bij de omzetting van Europees recht.¹⁵⁶ De doorwerkingsmechanismen staan dus in een duidelijke toepassingsvolgorde ten opzichte van elkaar waarbij eerst wordt geprobeerd het conflict te vermijden, vervolgens wordt getracht alsnog uitvoering te geven aan het Europees recht en in derde instantie wordt getracht adequaat redres te garanderen voor het individu.

6.5.2 De betekenis van de nationale wetsgeschiedenis bij conforme interpretatie

Conforme interpretatie is van groot belang in een meerlagige context, waarin inconsistenties tussen de verschillende niveaus zoveel mogelijk vermeden dan wel gladgestreken moeten worden. Een probleem waar rechters mee worden geconfronteerd in het meerlagige strafrecht is dat, ook in situaties waarin de wetteksten niet absoluut onverenigbaar zijn, er verschillen kunnen bestaan tussen de wil van de nationale wetgever en de doelstellingen van het Europees recht. Aangezien wetshistorische interpretatie een belangrijke rol speelt in de uitleg van het nationale recht (niet alleen in Nederland), rijst de vraag wat in een dergelijke situatie doorslaggevend moet zijn voor de nationale rechter: het Europees recht of de wil van de nationale wetgever? Die situatie wordt nog verder gecompliceerd indien de nationale wetsgeschiedenis tegenstrijdig is in die zin dat de wetgever aangeeft het Europees recht adequaat beoogt om te zetten, maar tegelijkertijd een uitleg geeft van dat Europees recht die vanuit Europeesrechtelijk perspectief niet juist is. Aangezien het Europees recht niet zelden onduidelijk is, is dat scenario geenszins denkbeeldig. Ook de Nederlandse strafrechter is reeds geconfronteerd met dit probleem.¹⁵⁷

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is enkele malen aan de orde geweest hoe de rechter zich bij conforme interpretatie moet verhouden tot de nationale wetgever. De eerste aanwijzing die het Hof in dit kader heeft gegeven komt uit het arrest *Wagner Miret*.¹⁵⁸ Daarin overweegt het Hof:

‘dat elke nationale rechter bij de uitlegging en toepassing van het nationale recht ervan moet uitgaan, dat de staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen [...] Het beginsel van de richtlijnconforme uitlegging dient in het bijzonder door de nationale rechter te worden toegepast wanneer een Lid-Staat, zoals in casu, heeft geoordeeld, dat de van vóór de betrokken richtlijn daterende bepalingen van zijn nationale recht voldeden aan de vereisten van die richtlijn.’¹⁵⁹

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

157 Zie daarover paragraaf 6.6.2.

158 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*).

159 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*), r.o. 20-21.

Dit betekent dat er ten aanzien van omzettingswetgeving en wetgeving die de wetgever richtlijnconform heeft geacht een sterke presumptie bestaat dat de wetgever heeft beoogd de richtlijn volledig en juist om te zetten.

Uit het arrest *Björnekulla Fruktindustrier* blijkt vervolgens dat die presumptie zo sterk is, dat die meer concrete uittalingen van de wetgever in de wetsgeschiedenis kan overtroeven.¹⁶⁰ In deze zaak doet zich de situatie voor dat de Zweedse wetgever de wet heeft aangepast aan het Europees recht, maar daarbij in de wetsgeschiedenis een interpretatie van de betrokken richtlijn geeft die niet overeenkomt met de systematiek en doelstelling daarvan.¹⁶¹ Het Hof stelt dat de plicht tot conforme interpretatie geldt 'notwithstanding any contrary interpretation which may arise from the travaux préparatoires for the national rule.'¹⁶² Daarmee lijkt er voor de nationale rechter geen andere mogelijkheid te bestaan dan de nationale wet richtlijnconform uit te leggen. Het arrest vestigt met deze overweging impliciet een rangorde tussen interpretatiemethoden waarbij conforme interpretatie hoger staat dan wetshistorische interpretatie.

In de literatuur is, ook door mij, geworsteld met de betekenis van dit arrest.¹⁶³ Voor het op waarde schatten van het arrest voor het onderhavige onderzoek is het lastig dat de hier geciteerde passage nooit is herhaald in latere jurisprudentie. Bovendien had de zaak geen betrekking op het strafrecht – al zijn er geen concrete aanwijzingen dat de uitspraak anders had geluid in een strafzaak. Aangezien de in het arrest getrokken lijn niet expliciet is verlaten, heeft het vooralsnog te gelden als staande jurisprudentie. Maar ook inhoudelijk roept het arrest vragen op: betekent dit dat de nationale wetsgeschiedenis van geen enkele betekenis meer is?¹⁶⁴ Dat denk ik niet. Het lijkt mij relevant dat in het *Björnekulla*-arrest de betrokken Zweedse wetgeving was

160 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*), r.o. 13.

161 Het betrof de vraag wanneer een merk zijn onderscheidend vermogen verliest: wanneer de consumenten het niet meer als merk herkennen, of wanneer de marktdeelnemers op distributieniveau het niet meer als merk herkennen. Zowel de Zweedse wet als de Merkenrichtlijn (Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten) geeft in de tekst van de bepaling geen uitsluitel. Uit de Zweedse wetsgeschiedenis blijkt echter dat het beoordelingskader ligt op distributieniveau, terwijl uit de meeste taalversies van de Merkenrichtlijn en uit de systematiek en doelstelling daarvan kan worden afgeleid dat de beoordeling primair betrekking heeft op consumenten.

162 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*), r.o. 13, hier geciteerd in het Engels omdat de Nederlandse vertaling taalkundig niet helemaal correct is: de rechter moet conform interpreteren 'niettegenstaande uit de voorstukken van de nationale regel gegevens voor een andersluidende uitlegging kunnen voortvloeien.'

163 Altena 2013, p. 559.

164 Die conclusie wordt getrokken door Klamert, die in het *Björnekulla*-arrest eveneens een expliciete bevestiging ziet van het meer impliciet gestelde in *Wagner Miret*. Zie Klamert 2006, p. 1258-1259. Hij ziet dit als een uitdrukking van *procedural supremacy*: het Hof schrijft niet een uitkomst van de zaak voor, maar wel de wijze waarop die uitkomst tot stand moet komen. Zie Klamert 2014, p. 103-104.

gewijzigd ter omzetting van de merkenrichtlijn. Dit betekent dat op basis van *Wagner Miret* de veronderstelling geldt dat de wetgever heeft gepoogd de richtlijn getrouw om te zetten. In dit geval bestaat er dus een innerlijke tegenstrijdigheid in de uitingen van de wetgever: op concreet niveau heeft deze zich uitgelaten over de gewenste toepassing van de bepaling, maar in abstracte zin heeft de wetgever ook een 'omzettingswens' tot uitdrukking gebracht. Net als bij het toepassen van de teleologische interpretatiemethode prevaleert bij conforme interpretatie deze abstracte wens kennelijk boven concrete uitingen uit de voorbereidende stukken.¹⁶⁵ Als die lezing juist is, dan geldt de hiërarchische verhouding tussen interpretatiemethoden dus alleen wanneer sprake is van een wens tot adequate omzetting van het Europees recht bij de nationale wetgever (waarbij het bestaan van die wens voor de rechter geldt als weerlegbaar vermoeden).

6.5.3 Wanneer is conforme interpretatie niet verplicht of zelfs niet toegestaan?

In de vorige twee subparagrafen zijn de verplichtingen geschetst voor de rechter. Daarbij werd al duidelijk dat conforme interpretatie niet altijd kan leiden tot het resultaat dat de richtlijn voorschrijft. In deze paragraaf komen de grenzen van de plicht aan de orde, waaruit blijkt dat een Europeesrechtconform resultaat ook niet altijd *mag* worden bereikt. Het legaliteitsbeginsel begrenst de interpretatievrijheid van de rechter, en daarmee de conforme-interpretatieplicht. Er is wel gewezen op het feit dat de plicht in latere jurisprudentie steeds ruimer en dwingender is geformuleerd en daarmee gestaag is uitgebreid.¹⁶⁶ Er zijn inderdaad enkele arresten waarin het Hof vrij dwingend een uitkomst van de interpretatie lijkt voor te schrijven aan de nationale rechter, maar deze hebben geen betrekking op het strafrecht.¹⁶⁷ In de jurisprudentie van het Hof over het strafrecht is de conforme-interpretatieplicht vooral begrensd. De grenzen van de plicht tot conforme interpretatie zijn uitsluitend geformuleerd in strafzaken, maar worden – in ieder geval door de Nederlandse rechter – ook toegepast in andere rechtsgebieden.¹⁶⁸

Om te beginnen gelden enkele algemene beperkingen aan de doorwerking van richtlijnen in het strafrecht. In 1986 vestigde het Hof de wat later genoemd zou worden *Marshall*-doctrine: de regel dat een richtlijn geen verplichtingen

¹⁶⁵ In die zin ook A-G M.H. Wissink in zijn conclusie bij HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron*), onder 2.10.

¹⁶⁶ Voor een zeer beknopt overzicht zie Craig & De Búrca 2011, p. 200-207; zie verder Drake 2005; Brechmann 1994, p. 31-75.

¹⁶⁷ Bijvoorbeeld HvJ EG 13 november 1990, 106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*); HvJ EG 23 oktober 2003, C-408/01, ECLI:EU:C:2003:582 (*Adidas-Salomon*); HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*).

¹⁶⁸ Zie paragraaf 6.6.1.

kan opleggen aan particulieren zonder basis in het nationale recht.¹⁶⁹ In *Pretore di Salò* moest het Hof van Justitie de implicaties van die doctrine voor het strafrecht beoordelen. Dat een richtlijn evenmin strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vestigen, viel op grond van de *Marshall*-doctrine wel te verwachten. Maar in het arrest stond ook de vraag ter discussie of de richtlijn het effect kon hebben dat overtredingen 'een ernstiger karakter krijgen'.¹⁷⁰ Advocaat-generaal Mancini vond dat geen probleem, het Hof oordeelde echter zonder voorwaarden dat een richtlijn 'niet bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, noch deze aansprakelijkheid kan verzwaren'. [cursivering: JGHA]¹⁷¹ Dit betekent dat er beperkingen worden gesteld aan het resultaat dat met conforme interpretatie kan worden bereikt: conforme interpretatie mag niet het scheppen van aansprakelijkheid tot gevolg hebben. In het *Kolpinghuis*-arrest, kort daarna, erkende het Hof van Justitie de beperkende werking van algemene rechtsbeginselen van Gemeenschapsrecht, meer specifiek het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht.¹⁷² Nederland wilde zich jegens het *Kolpinghuis* beroepen op een niet tijdig omgezette richtlijn, om tot een veroordeling te kunnen komen waartoe het Europees recht verplichtte. Het Hof stelde dat een rechter inderdaad het nationale recht moet uitleggen in het licht van de richtlijn, maar:

'Deze verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging van de ter zake dienende voorschriften van zijn nationale recht te rade te gaan met [sic] de inhoud van de richtlijn, vindt evenwel haar begrenzing in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. In zijn arrest van 11 juni 1987 (zaak 14/86, strafzaak tegen X, Jurispr. 1987, blz. 2545) heeft het Hof dan ook voor recht verklaard, dat een richtlijn niet uit zichzelf en onafhankelijk van een door een Lid-Staat ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde nationale wet bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, noch deze aansprakelijkheid kan verzwaren.'¹⁷³

Vanwege deze begrenzing, aldus het Hof, kan een richtlijn niet zonder basis in het nationale recht de strafrechtelijke aansprakelijkheid bepalen of verzwaren. De bestaande jurisprudentie over de beperkte doorwerkingsmogelijkheden

169 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall I*), r.o. 48; voor meer recente rechtspraak zie HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), r.o. 37.

170 De strafzaak ging over de vervuiling van water. Indien die overtreding werd begaan tegen water dat een sterkere bescherming verdient, kan een hogere straf worden opgelegd. De Italiaanse rechter stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie met het doel te kunnen beoordelen of er sprake was van een dergelijke strafverzwarende omstandigheid. Zie concl. A-G G.F. Mancini bij HvJ EG 11 juni 1987, 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*).

171 HvJ EG 11 juni 1987, 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*), r.o. 20.

172 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*).

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

van richtlijnen wordt in dit arrest in retrospectief gegrondvest in het legaliteitsbeginsel. Hoewel hier het legaliteitsbeginsel nog niet expliciet wordt genoemd, zijn de verwijzingen naar rechtszekerheid en het verbod op terugwerkende kracht daar wel mee gelijk te stellen. Het *Kolpinghuis*-arrest behoort inmiddels tot de standaardverwijzingen van het Hof van Justitie als het over conforme interpretatie in het strafrecht gaat.¹⁷⁴

In de zaak *Procura della Repubblica/X* uit 1996 voegde het Hof aan de *Kolpinghuis*-overweging een 'precisering' toe:

'Aangaande inzonderheid een geval zoals dat in het hoofdgeding, dat betrekking heeft op de draagwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid die voortvloeit uit een specifiek ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde wet, zij gepreciseerd dat het beginsel dat de toepassing van de strafwet niet ten nadele van de verdachte mag worden uitgebreid, dat zelf een uitvloeisel is van het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen, en meer in het algemeen van het rechtszekerheidsbeginsel, zich verzet tegen de instelling van een strafvervolgning wegens een feit dat niet duidelijk bij wet strafbaar is gesteld.'¹⁷⁵

Hier verwijst het Hof dus wel expliciet naar het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel wordt hier gekoppeld aan het rechtszekerheidsbeginsel als meer abstract doel. Bovendien refereert het aan de norm die specifiek betrekking heeft op de rechter, namelijk dat de strafwet niet ten nadele van de verdachte mag worden uitgebreid.¹⁷⁶ De formulering is naar Nederlandse begrippen strikt, gezien het feit dat extensieve interpretatie in het Nederlandse recht doorgaans voor toelaatbaar wordt gehouden. In latere jurisprudentie wordt vele malen naar dit arrest verwezen, en ook de precieze formulering wordt een enkele keer herhaald door het Gerecht.¹⁷⁷ In haar conclusie bij het *Berlusconi*-arrest stelt A-G Kokott zelfs dat het beginsel zich verzet 'tegen een ruime uitlegging van strafbepalingen ten nadele van de betrokkenen', hetgeen een nog striktere formulering is.¹⁷⁸ Aangezien de tekst van de wet voor het Hof van Justitie een grens vormt voor rechterlijke interpretatie – zo komt later in deze paragraaf aan de orde – vermoed ik dat, net als in een deel van de Nederlandse literatuur, deze overwegingen van het Hof steeds verwijzen naar interpretaties die niet meer onder de tekst van de wet vallen, en dus niet

174 Bijvoorbeeld HvJ EG 26 september 1996, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*).

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

176 Zo staat het er in het Engels: 'the criminal law may not be applied extensively to the detriment of the defendant' en ook in de Franse, Duitse, Italiaanse, Spaanse en Zweedse versie wordt gesproken van extensieve toepassing.

177 Gerecht EU 27 februari 2014, T-256/11, ECLI:EU:T:2014:93 (*Ezz e.a./Raad*), r.o. 70. Iets vaker werd de passage geciteerd in conclusies, bijvoorbeeld die van A-G J. Mischo bij HvJ EG 23 oktober 2003, C-40/02, ECLI:EU:C:2003:584 (*Scherndl*), r.o. 50.

178 Concl. A-G J. Kokott bij HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*), punt 116.

letterlijk iedere uitlegging die ten nadele van de verdachte afwijkt van eerder gegeven interpretaties uitsluiten.

In het *Pupino*-arrest wordt opnieuw een begrenzing toegevoegd. Het Hof brengt eerst in herinnering dat de plicht tot conforme interpretatie wordt begrensd door algemene rechtsbeginselen, die verhinderen dat conforme interpretatie leidt tot uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder basis daarvoor in het nationale recht. De norm in het geval *Pupino* betrof echter geen norm van materieel strafrecht, maar een regel van strafprocesrecht, aldus het Hof. Kennelijk hebben in dat licht de algemene rechtsbeginselen niet dezelfde strikt begrenzende functie. Het Hof vervolgt:

‘De verplichting van de nationale rechter om de inhoud van een kaderbesluit te betrekken bij de uitlegging van de relevante bepalingen van zijn nationale recht houdt daar op, waar het nationale recht niet zodanig kan worden toegepast dat het tot een resultaat leidt dat verenigbaar is met het door dit kaderbesluit beoogde resultaat. Met andere woorden, het beginsel van conforme uitlegging kan niet als grondslag dienen voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht.’¹⁷⁹

Dat bepalingen niet *contra legem* hoeven te worden uitgelegd volgens het Hof van Justitie blijkt voor het eerst uit het *Pupino*-arrest, maar was eerder ook al gesuggereerd in verschillende conclusies van advocaten-generaal en in de literatuur.¹⁸⁰ In het *Pupino*-arrest wordt in algemene zin gesteld dat het beginsel van conforme interpretatie niet *kan* dienen als grondslag voor een interpretatie *contra legem*.¹⁸¹ Uit die formulering blijkt mijns inziens dat het niet alleen niet verplicht, maar ook niet toegestaan is. Die conclusie wordt echter niet door iedereen gedeeld.¹⁸²

Het is de vraag of deze grens van *contra legem*-interpretaties iets toevoegt aan de eerder gestelde eisen dat de nationale rechter rekening houdt met rechtsbeginselen, met name het legaliteitsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van retroactieve toepassing van het strafrecht.¹⁸³ De rechtspraak van het Hof van Justitie is hier niet eenduidig over. In de literatuur

179 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*), r.o. 47.

180 Concl. A-G M.B. Elmer bij HvJ EG 26 september 1996, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*); Concl. A-G W. Van Gerven bij HvJ EG 2 augustus 1993, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (*Marshall II*), punt 10; Concl. A-G W. Van Gerven bij HvJ EG 17 mei 1990, 262/88, ECLI:EU:C:1990:209 (*Barber*); Drake 2005.

181 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*), r.o. 47.

182 Zie concl. A-G J. Kokott bij HvJ EU 15 september 2011, C-483/09 en C-1/10, ECLI:EU:C:2011:583 (*Gueye*); en concl. A-G Y. Bot bij HvJ EG 6 oktober 2009, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616 (*Wolzenburg*); Kristen 2004, p. 68-70. Met name in Duitsland is deze discussie van belang, omdat daar *Richterliche Rechtsfortbildung* een geaccepteerde bevoegdheid is van de rechter. Aangezien in het *Pfeiffer*-arrest het Hof van Justitie nationale rechters verplicht alles te doen wat binnen hun bevoegdheden ligt om conflicten te vermijden, lijkt ook *Rechtsfortbildung contra legem* tot de conforme-interpretatieplicht te behoren. Zie onder meer Riesenhuber & Domröse 2005, p. 52-54; Dänzer-Vanotti 1991; Kaiser 2010.

183 Uitgebreid over de *contra legem*-grens Klip 2014.

worden ze vaak als twee afzonderlijke begrenzingsen genoemd: *contra legem* en de algemene rechtsbeginselen.¹⁸⁴ Die opvatting komt ook in de jurisprudentie voor.¹⁸⁵ Ook is de opvatting zichtbaar dat de *contra legem*-grens niet wezenlijk iets anders is dan de begrenzingsen in de algemene rechtsbeginselen.¹⁸⁶ Dat een interpretatie van een strafbepaling niet *contra legem* mag zijn, kan immers worden gezien als een concrete norm die is afgeleid van het legaliteitsbeginsel. Een interpretatie *contra legem* zal in het materiële strafrecht ook in strijd zijn met het verbod van terugwerkende kracht en het rechtszekerheidsbeginsel. Advocaat-generaal Bot stelt mogelijk om die reden slechts in algemene zin dat een interpretatie niet *contra legem* mag zijn.¹⁸⁷ In de jurisprudentie overheerst niettemin de overweging waarin de algemene rechtsbeginselen en de *contra legem*-grens naast elkaar worden geplaatst als twee zelfstandige overwegingen. In een zeer recent arrest geeft het Hof van Justitie enkele nieuwe algemene overwegingen met betrekking tot de conforme-interpretatieplicht.¹⁸⁸ Ook daarin worden de begrenzingsen als cumulatieve begrenzingsen geformuleerd.¹⁸⁹ Het Hof verheldert dat een interpretatie niet *contra legem* is louter omdat deze ingaat tegen vaste jurisprudentie van de nationale rechter.¹⁹⁰ Pas wanneer de uitlegging tegen de tekst van de nationale bepaling zou indruisen, is conforme interpretatie niet mogelijk. Uit de als zelfstandige beperking geformuleerde *contra legem*-grens blijkt dat een situatie zich kan voordoen waarin een richtlijnconforme uitleg geen strijd oplevert met algemene rechtsbeginselen, maar niettemin niet toelaatbaar is omdat zij *contra legem* is. In dat geval moet de rechter de nationale bepaling buiten toepassing laten voor zover deze in strijd is met de richtlijn, waarna eventueel de richtlijn zelf rechtstreekse toepassing kan vinden. Nu het eindresultaat hetzelfde is, kan

184 Kristen 2003; Van Kempen 2006, p. 80-82; Elholm 2007.

185 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 110. Deze passage wordt ook aangehaald in HvJ EG 15 april 2008, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223 (*Impact*), r.o. 100; HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 tot en met C-380/07, ECLI:EU:C:2009:250 (*Angelidaki*), r.o. 199 (zie tevens de concl. A-G J. Kokott van 4 december 2008 bij diezelfde zaak, punt 121); HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), r.o. 25; Concl. A-G P. Mengozzi van 23 mei 2007 bij HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval*), punt 141.

186 HvJ EG 16 juli 2009, C-12/08, ECLI:EU:C:2009:466 (*Mono Car Styling*), r.o. 61, al eerder gesuggereerd in concl. A-G J. Kokott bij HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 108; Concl. A-G J. Kokott bij HvJ EG 16 december 2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy*), r.o. 105; Concl. A-G V. Trstenjak bij HvJ EG 23 april 2009, C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244 (*VTB-VAB*), voetnoot 22; Concl. A-G V. Trstenjak bij HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), punt 67; Concl. A-G E. Sharpston bij HvJ EU 12 juli 2012, C-79/11, ECLI:EU:C:2012:448 (*Maurizio Giovanardi*), punt 64 (65 in de franstalige versie).

187 Concl. A-G Y. Bot 28 april 2008 bij HvJ EG 17 juli 2008, C-66/08, ECLI:EU:C:2008:437 (*Kozłowski*), punt 120.

188 HvJ EU 19 april 2016, C-411/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*).

189 HvJ EU 19 april 2016, C-411/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), r.o. 32.

190 HvJ EU 19 april 2016, C-411/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), r.o. 34-36.

het toevoegen van de *contra legem*-grens niet worden verklaard met een verwijzing naar de effectieve doorwerking van het Europees recht. Advocaat-generaal Bot stelt dat het Hof de *contra legem*-grens heeft geïntroduceerd omdat het 'van de nationale rechterlijke instanties niet kan verlangen dat deze hun uitleggings-taak zo gaan invullen dat zij in de plaats treden van de regelgevende macht'.¹⁹¹ De begrenzing zou dan zijn ingegeven door het respect voor horizontale machtsverdeling en de grenzen aan de rechterlijke taak.

Voor conforme interpretatie ten nadele van de verdachte in het materiële strafrecht heeft het toevoegen van de *contra legem*-grens mijns inziens geen gevolgen: een interpretatie *contra legem* zal ook strijd met de algemene rechtsbeginselen opleveren.¹⁹² Wel kan het zo zijn dat de toets aan algemene rechtsbeginselen een conforme interpretatie kan verhinderen, zelfs al zou die de tekst van de wet respecteren en dus niet *contra legem* zijn. Een voorbeeld daarvan is het besproken arrest van de Deense hoogste rechter in de zaak *Grøngaard & Bang*: de nationale rechter geeft een striktere uitleg aan het Deense recht dan het Hof aan de richtlijn had gegeven, hoewel het Deense recht een woordelijke omzetting vormde van de richtlijn. De rechter verwijst voor de rechtvaardiging van die uitleg naar de overweging van het Hof van Justitie dat de nationale rechter is gehouden bij richtlijnconforme interpretatie de rechtszekerheid te waarborgen.¹⁹³ De Deense rechter balanceert hiermee wel op de grenzen van het toelaatbare. In het (later gewezen) arrest *Spedition Welter* veronderstelt het Hof dat een nationale bepaling die woordelijk overeenkomt met de richtlijn, conform die richtlijn kan en dus ook moet worden uitgelegd.¹⁹⁴ Omdat het Hof van Justitie in het *Grøngaard & Bang*-arrest zelf benadrukte dat de uitlegging van de richtlijn mede afhankelijk is van het nationale recht, respecteert de Deense rechter het Europees recht niettemin afdoende, ook in het licht van deze latere rechtspraak.¹⁹⁵

Voor het toepassen van nationale conflictregels als onderdeel van conforme interpretatie, hetgeen op grond van het *Pfeiffer*-arrest verplicht is, zijn geen grenzen geformuleerd. Uit het latere *Berlusconi*-arrest kan de algemene regel worden gededistilleerd dat de toepassing van nationale conflictregels niet mag leiden tot de toepassing van een ruimere delictsomschrijving. Richtlijnen mogen namelijk op grond van dat arrest ook niet indirect leiden tot toepassing van een striktere delictsomschrijving dan zonder de richtlijn het geval was geweest, zelfs al was die delictsomschrijving geldend recht ten tijde van het begaan van de gedraging.¹⁹⁶

191 Concl. A-G Y. Bot bij HvJ EU 19 april 2016, C-411/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), punt 68.

192 Aldus ook Klip 2014, p. 112-113; Klip 2016, p. 165-170; Peristeridou 2015, p. 216-217.

193 Højesteret 14 mei 2009, 219/2008, besproken in paragraaf 6.4.4.

194 HvJ EU 10 oktober 2013, C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 (*Spedition Welter*), r.o. 31.

195 HvJ EG 22 november 2005, C-384/02, (*Grøngaard & Bang*), r.o. 44-46.

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

6.5.4 Het legaliteitsbeginsel als begrenzing van de conforme-interpretatieplicht

De algemene rechtsbeginselen, waarvan het Hof het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht expliciet noemt, kunnen in de weg staan aan het bereiken van een Europeesrechtconform resultaat. Dat kan echter niet verhinderen dat het mechanisme als conflictregel als zodanig niet bevorderlijk is voor rechtszekerheid. De uitkomst van een conflict is namelijk moeilijk voorzienbaar.¹⁹⁷

De rechtspraak van het Hof roept daarnaast twee vragen op: hoe kan de uitleg van het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel worden gekarakteriseerd, en bestaat er ook ruimte voor het nationale legaliteitsbeginsel als begrenzing van de rechterlijke interpretatievrijheid in de context van conforme interpretatie?

Ik begin met de eerste vraag. Uit de zojuist beschreven jurisprudentie blijkt dat de grenzen die het Hof van Justitie heeft geformuleerd voor de plicht tot conforme interpretatie, zeker voor het materiële strafrecht, behoorlijk strikt zijn. In algemene zin geldt dat richtlijnen niet zonder omzetting in het nationale recht de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen uitbreiden of verzwaren. De tekst van de wet vormt een absolute begrenzing van de mogelijkheden voor de rechter om tot een Europeesrechtconforme uitleg te komen. Daarmee ligt in het interpretatieproces – in de verhouding tussen de interpretatiemethoden – een inperking van de rechterlijke interpretatievrijheid besloten. Daarnaast mag het in acht nemen van het Europees recht niet leiden tot een schending van het rechtszekerheidsbeginsel of het verbod van terugwerkende kracht. Het product of het resultaat dat de rechter bereikt moet dus worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen.

Er is een verschil waarneembaar in de wijze waarop het Hof van Justitie de conforme-interpretatieplicht begrenst, en de wijze waarop het zichzelf begrensd acht in zijn interpretatievrijheid in het punitief bestuursrecht. In het eerder besproken mededingingsrechtelijke arrest *Dansk røring* stelt het Hof dat het legaliteitsbeginsel niet in de weg staat aan de geleidelijke ontwikkeling van het strafrecht in de rechtspraak, maar dat niettemin de *toepassing* van een interpretatie in het individuele geval in strijd kan zijn met de rechtszekerheid.¹⁹⁸ Die uitleg ontleent het Hof aan het EHRM. In paragraaf 6.4.3 is uit die rechtspraak van het EHRM de conclusie getrokken dat de interpretatie op zichzelf wel toegestaan is – en dus in latere gevallen kan worden toegepast – maar dat de toepassing daarvan in het individuele geval wordt uitgesloten. In de rechtspraak van het Hof over punitief bestuursrecht en de rechtspraak van het EHRM hebben de rechtsbeginselen dus een beperkende werking ten

¹⁹⁷ Alteni 2013.

¹⁹⁸ 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. 217, besproken in paragraaf 6.4.4.

aanzien van de toepassing, niet ten aanzien van het proces en ook in mindere mate ten aanzien van het product of resultaat van interpretatie. In jurisprudentie over conforme interpretatie daarentegen, zoals het arrest *Kolpinghuis*, werd de mogelijkheid überhaupt een Europeesrechtconform resultaat te bereiken begrensd door het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. Dit betekent dat het nationale recht niet richtlijnconform kan en mag worden geïnterpreteerd, ook niet in de toekomst. Het resultaat is dat het nationale recht blijvend in strijd is met het Europees recht en dat de wetgever aan zet is. In de rechtspraak van het Hof over conforme interpretatie in het strafrecht begrenst het legaliteitsbeginsel ook het product van interpretatie, waardoor conforme interpretatie niet alleen voor het concrete geval, maar ook voor de toekomst is uitgesloten.

Deze strikte begrenzing van de rechterlijke interpretatievrijheid bij conforme interpretatie sluit niet naadloos aan bij de meer op de rechtenconceptie georiënteerde benadering van het EHRM, en van het Hof van Justitie zelf in het punitieve bestuursrecht, maar meer bij de rechtspositivistische conceptie van legaliteit. Net als ten aanzien van het bepaaldheidsgebod zijn de beperkingen die aan de doorwerking worden gesteld en de eisen voor de lidstaten strenger dan de eisen aan Europese actoren in het punitief bestuursrecht. Dat duidt erop dat het Hof inderdaad striktere normen hanteert voor toepassing van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht, ten opzichte van andere rechtsgebieden.

De tweede vraag is of het Hof ruimte laat voor toepassing van het nationale legaliteitsbeginsel. Mag de nationale rechter, op grond van een ruimere uitleg van het legaliteitsbeginsel dan in het Europees recht, tot de conclusie komen dat een conforme interpretatie niet mogelijk is? Voor een ontkennend antwoord pleit de algemene regel dat de doorwerking van Europees recht niet kan worden belemmerd door het nationale recht, ook niet door de Grondwet.¹⁹⁹ Prechal stelt dan ook dat er *Europeesrechtelijke* grenzen worden gesteld aan de conforme-interpretatieplicht.²⁰⁰ Die grenzen kunnen er andersom ook toe leiden dat een interpretatie wel mogelijk is naar nationaal recht, maar wordt verhinderd door de grenzen die het Europees recht daaraan stelt.²⁰¹ Zij verwijst daarvoor naar het *Rolex*-arrest, waarin het Hof stelt dat de nationale rechter conform moet interpreteren binnen 'de door het gemeenschapsrecht getrokken grenzen'.²⁰² Daarnaast kan worden gewezen op rechtspraak van het Hof inzake de terugvordering van onterecht verstrekte subsidies: lidstaten zijn gehouden bij de terugvordering rekening te houden met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, 'in hun Unierechtelijke opvatting'.²⁰³ Daar-

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

200 Prechal 1991.

201 Prechal 2005a, p. 208.

202 HvJ EG 7 januari 2004, C-60/02, ECLI:EU:C:2004:10 (*Rolex*), r.o. 59.

203 HvJ EU 18 december 2014, C-599/13, ECLI:EU:C:2014:2462 (*Somvao*), r.o. 55.

uit spreekt de duidelijke opvatting dat de rechtsbeginselen die lidstaten moeten respecteren bij de uitvoering van Unierecht een autonome, Europeesrechtelijke invulling hebben. Een verdergaande nationale invulling van die beginselen mag aan de uitvoering van Unierechtelijke verplichtingen niet in de weg staan. Eenzelfde redenering hanteert het Hof van Justitie ten aanzien van het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel in het recente *Taricco*-arrest.²⁰⁴

Voor een *bevestigend* antwoord op die vraag pleit niettemin de duidelijke verwijzing naar de bevoegdheden van de rechter in het nationale recht.²⁰⁵ Die bevoegdheden worden immers afgebakend door het nationale recht. Bovendien is voor de nationale rechter problematisch dat uit de beperkte hoeveelheid jurisprudentie van het Hof van Justitie niet geheel duidelijk wordt hoe strikt het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel de interpretatievrijheid van de nationale rechter begrenst. Een zekere nationaalrechtelijke inkleuring van de begrenzing van de rechterlijke interpretatievrijheid lijkt mij bij deze stand van zaken daarom onvermijdelijk.²⁰⁶

6.5.5 Conforme interpretatie en het proces van interpreteren

Het Hof van Justitie verwijst in de jurisprudentie over conforme interpretatie meermalen naar de bevoegdheden van de rechter op grond van het nationale recht en de hem naar nationaal recht ter beschikking staande interpretatiemethoden en conflictregels. Daaruit lijkt eenvoudig het antwoord te volgen dat conforme interpretatie uitsluitend betrekking heeft op het resultaat dat de rechter bereikt: de rechter moet proberen binnen de grenzen van zijn nationale recht een Europeesrechtconform resultaat te bereiken. Dat zou betekenen dat het proces van interpretatie, de wijze waarop de rechter tot zijn uitleg komt, onaangeroerd blijft. Dat is echter te eenvoudig gesteld. Het Hof heeft immers in de in paragraaf 6.5.2 besproken arresten *Wagner Miret*²⁰⁷ en *Björnekulla Fruktindustrier*²⁰⁸ veel concretere aanwijzingen gegeven over de wijze waarop de rechter zijn nationale recht moet uitleggen in het licht van het Europees recht. In de literatuur bestaat daarom geen overeenstemming over de aard van conforme interpretatie en de invloed die dat heeft op het interpretatieproces. Is het een interpretatiemethode, die een toevoeging vormt op de catalogus van methoden die de rechter ter beschikking staat? Zo ja, neemt het daarbinnen een vaste hiërarchische positie in? Heeft conforme interpretatie bijvoorbeeld ‘voorrang’ op de overige interpretatiemethoden? Twee vragen moeten dus worden beantwoord. De eerste is of conforme inter-

204 HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*).

205 Zo ook Kristen 2003; Wissink 2001, p. 171-173.

206 Aldus begrijp ik ook Wissink 2001, p. 173-174.

207 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*).

208 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*).

pretatie in de catalogus van interpretatiemethoden een zelfstandige methode vormt. Ik heb in paragraaf 6.2 gesteld dat de interpretatiemethoden verwijzen naar verschillende bronnen van gezaghebbende informatie over de betekenis van de bepaling. Of conforme interpretatie in dat kader als zelfstandige methode kan worden gezien, is afhankelijk van de vraag of conforme interpretatie verwijst naar een bron van informatie waar de andere methoden niet naar verwijzen (in dat geval zou conforme interpretatie een vorm van bijvoorbeeld systematische of wetshistorische interpretatie zijn). De tweede is of de plicht veranderingen teweegbrengt in de verhouding tussen die methoden.

Deze vragen zijn, doorgaans in iets andere termen, in de rechtswetenschappelijke literatuur veelvuldig aan de orde geweest, zowel binnen als buiten Nederland. Meerdere auteurs hebben deze literatuur aan de hand van verschillende criteria geordend: met name de dissertaties van Asp,²⁰⁹ Brechmann²¹⁰ en Wissink²¹¹ moeten in dit verband worden genoemd. De hier door mij geschetste benadering van het vraagstuk vanuit de catalogus van interpretatiemethoden en hun onderlinge rangorde sluit het best aan op het werk van Asp. Asp neemt impliciet aan dat conforme interpretatie een zelfstandige methode is en onderscheidt benaderingen naar de bronnen of methoden die worden gezien als begrenzing van conforme interpretatie. Auteurs vinden soms alleen in de voorzienbaarheid die op grond van het EVRM moet worden beschermd een begrenzing van conforme interpretatie, andere auteurs voegen daar de tekst van de wet aan toe of zowel de tekst van de wet als de intentie van de nationale wetgever.²¹² Met andere woorden is voor Asp onderscheidend welke positie conforme interpretatie inneemt ten opzichte van de andere interpretatiemethoden.²¹³

Brechmann onderscheidt de posities aan de hand van de vraag of het Europees recht voorrang heeft op het nationale recht, omdat die eventuele voorrang volgens hem de rangorde tussen interpretatiemethoden stuurt. Kort gezegd volgt volgens Brechmann uit de voorrang van het Gemeenschapsrecht dat conforme interpretatie als methode voorrang heeft op alle andere interpretatiemethoden.²¹⁴ Dit vraagpunt doordesemt de Duitse discussie over confor-

209 Asp 2002.

210 Brechmann 1994.

211 Wissink 2001.

212 Asp 2002, p. 223-230, met veel literatuurverwijzingen.

213 Dat zijn eigenlijk alleen de varianten van de tweede hoofdstroming die hij erkent. In de eerste hoofdstroming wordt er vanuit gegaan dat iedere interpretatie ten nadele van de verdachte is uitgesloten, waarbij de zuiver nationale interpretatie wordt gezien als één gefixeerd punt waarvan alleen ten voordele kan worden afgeweken. Omdat ik met Asp van mening ben dat dit uitgangspunt onjuist is en dit uitgangspunt bovendien niet wordt verdedigd in de Nederlandse literatuur, laat ik deze hoofdstroming buiten beschouwing. Zie Asp 2002, p. 224-226.

214 Brechmann 1994, p. 147-153.

me interpretatie in veel hogere mate dan de Nederlandse, waar de voorrang van het Europees recht op veel minder fundamentele bezwaren stuit.

Wissink acht het uitgangspunt van Brechmann problematisch, aangezien Brechmann niet overtuigend aantoont dat voorrang van het Europees recht ook betekent dat Europeesrechtconforme interpretatie voorrang moet krijgen boven de andere interpretatiemethoden.²¹⁵ Hij kiest daarom, hoewel geïnspireerd door Brechmann, voor een eigen insteek, die ik hier kort bespreek omdat deze specifiek is toegesneden op het Nederlandse recht. De inbedding van de conforme-interpretatieplicht in de nationale interpretatietraditie en het feit dat het gaat om de interpretatie van nationaal recht maken dat de nationale context relevant is om te kunnen beschouwen in welk opzicht conforme interpretatie daar verandering in aanbrengt.²¹⁶ Wissink ontwaart in de literatuur vier verschillende benaderingen van de methode van conforme interpretatie en voegt daaraan een vijfde benadering toe. Hij noemt die vijfde benadering *'richtlijnconformiteit als normale uitlegfactor'*. Wissink stelt ten eerste dat conforme interpretatie een zelfstandige 'uitlegfactor' (in mijn woorden: interpretatiemethode) is, omdat ook indien het nationale recht geen omzetting van Europees recht beoogt, conforme interpretatie toch verplicht kan zijn. Een beperking tot situaties waarin een systematische of wetshistorische interpretatie leidt tot een onderzoek naar de richtlijn, is daarom onvoldoende.²¹⁷ Daarnaast wil Wissink geen benadering accepteren waarbij een hiërarchie wordt gevestigd tussen interpretatiemethoden.²¹⁸ Dat betekent dat voor hem conforme interpretatie geen invloed mag hebben op het tweede facet van interpretatie. De oplossing is volgens Wissink richtlijnconformiteit te beschouwen als een 'reguliere uitlegfactor', oftewel één van de bronnen die deel uitmaken van de catalogus van teksten die de rechter ter beschikking staan. Het Europees recht is een 'zwaarwegende factor', maar het weegt niet per definitie meer of minder dan de andere factoren.²¹⁹ Volgens Wissink beïnvloedt richtlijnconforme interpretatie dus wel de catalogus van methoden, maar niet de verhouding daartussen.

Het beeld dat Wissink schetste in 2001 moet enigszins worden geactualiseerd – en is ook door Wissink geactualiseerd – naar aanleiding van latere rechtspraak van het Hof van Justitie, met name het arrest *Björnekulla Fruktindustrier* uit 2004.²²⁰ In een conclusie uit 2013 stelt Wissink dat de Europese jurisprudentie van de nationale rechter vergt dat hij meer gewicht toekent aan de wens van de nationale wetgever tot omzetting, dan aan concrete uitlatingen

215 Wissink 2001, p. 129-131. Ook in Duitsland wordt bezwaar gemaakt tegen het vereenzelvigen van de voorrang van het Europese recht met de voorrang van conforme interpretatie op andere interpretatiemethoden, zie bijvoorbeeld Canaris 2002, p. 52-53.

216 Canaris 2002, p. 64.

217 Wissink 2001, p. 111-115.

218 Wissink 2001, p. 142-143.

219 Wissink 2001, p. 144-145.

220 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*).

uit de wetsgeschiedenis die wellicht een andere kant op wijzen.²²¹ Daarmee lijkt zich toch een zekere voorgeschreven rangorde van interpretatiemethoden af te tekenen.

In lijn met de opvatting van Prechal meen ik dat de plicht tot conforme interpretatie, hoewel het Hof suggereert dat dit plaatsvindt met gebruikmaking van nationale uitlegmethoden, wel degelijk het interpretatieproces beïnvloedt.²²² Dat geldt zowel voor de catalogus van interpretatiemethoden, als voor de onderlinge rangorde tussen methoden. Zoals Prechal stelt: conforme interpretatie is nog steeds alleen verplicht indien dit mogelijk is op grond van het nationale recht, maar '[b]e this as it may, it seems that national courts are no longer entirely free to determine the parameters of what is 'possible' and what not.'²²³

Ten eerste blijkt uit de in paragraaf 6.5.1 besproken jurisprudentie, die visie deel ik met Asp en Wissink, dat het Europees recht de catalogus van interpretatiemethoden beïnvloedt. Waar sommigen alleen een rol zien voor het Europees recht indien één van de gebruikelijke interpretatiemethoden naar het Europees recht verwijzen (omdat de wetsgeschiedenis de Europeesrechtelijke herkomst van de bepaling vermeldt, of omdat latere uitingen van de wetgever blijk geven van de omzettingstrekking van de bepaling), heeft Wissink terecht opgemerkt dat het Europees recht ook een rol dient te spelen bij de uitleg van bepalingen die geen omzettingstrekking hebben, maar wel onder de reikwijdte van het Europees recht vallen.²²⁴ Dat volgt uit het *Marleasing*-arrest.²²⁵ Dat betekent dat voor alle bepalingen die vallen onder de reikwijdte van het Europees recht een bron is toegevoegd aan de catalogus van methoden die de rechter kan en moet betrekken bij de uitleg van de bepaling. Daarvan moet het vonnis ook blijk geven. Die bron kan zelfstandig beïnvloeden welke interpretaties die door de tekst van de bepaling mogelijk worden gemaakt meer of minder passend zijn. Anders dan in bijvoorbeeld de keuzemiddeltheorie wordt gesteld,²²⁶ kan het Europees recht zelfstandig steun bieden aan een interpretatie die door de tekst mogelijk wordt gemaakt, maar door geen enkele andere bron wordt ondersteund. Gezien de zelfstandige plaats die het Europees recht inneemt als bron en de bijzondere kenmerken daarvan, acht ik het inderdaad gerechtvaardigd om conforme interpretatie te beschouwen als zelfstandige, vijfde interpretatiemethode en niet als een afgeleide van de andere interpretatiemethoden.²²⁷

221 A-G M.H. Wissink in zijn conclusie bij HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron*), punt 2.9-2.10.

222 Prechal 2005a, p. 193-199.

223 Prechal 2005a, p. 199.

224 Wissink 2001, p. 111-115.

225 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*), r.o. 8.

226 Zie daarover Wissink 2001, p. 115 e.v.

227 Zo ook Dannecker 1996, p. 872-873.

Uit de jurisprudentie kan eveneens worden afgeleid dat conforme interpretatie invloed heeft op de verhouding tussen de interpretatiemethoden. Hoewel er naar nationaal recht geen vaste rangorde bestaat, blijkt uit de geformuleerde *contra legem*-grens dat grammaticale interpretatie bij conforme interpretatie voorop staat. De tekst van de bepaling kan niet met een beroep op andere interpretatiemethoden, ook niet op conforme interpretatie, opzij worden gezet. Het Hof heeft zich ook uitgesproken over de waarde die moet worden gehecht aan wetshistorische interpretatie. Daaruit blijkt dat de intentie tot adequate omzetting zeer belangrijk is, maar concrete uitlatingen over de uitleg van de wet minder. Een onjuiste uitleg van het Europees recht is geen reden om niet conform te interpreteren, tenzij deze uitleg dermate grote invloed heeft gehad op de formulering van de wet dat een conforme interpretatie niet mogelijk is. Net als bij teleologische interpretatie prevaleren abstracte doelstellingen boven concrete opvattingen over de reikwijdte van de wet.

Dat de jurisprudentie van het Hof ook invloed heeft op de beide facetten van het interpretatieproces, neemt niet weg dat het Hof de nadruk legt op het bereiken van een richtlijnconform resultaat. De rechter moet in beginsel daartoe de middelen inzetten die hij heeft krachtens nationaal recht, en slechts in uitzonderingsgevallen heeft het Hof nadere instructies gegeven die raken aan het interpretatieproces.

Omdat ook beperkingen worden gesteld aan het resultaat (conforme interpretatie is niet toelaatbaar indien dat leidt tot een schending van rechtszekerheid of tot terugwerkende kracht), is het niettemin mogelijk, zeker in een strafzaak, dat de rechter toch niet tot een Europeesrechtconforme uitleg komt, omdat hij dat resultaat in strijd acht met de rechtszekerheid. Een conforme uitleg mag niet leiden tot een schending van het legaliteitsbeginsel, en dat biedt een zeker 'ventiel' voor de rechter om in zaken waarin hij meent dat de rechtszekerheid onder druk zou komen te staan met een Europeesrechtconforme interpretatie, te kiezen voor een uitleg die de rechten van de verdachte respecteert. Daarbij zal de uitleg van het Hof van Justitie van het rechtszekerheidsbeginsel, inhoudende 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',²²⁸ leidend moeten zijn bij het beoordelen of een richtlijnconforme interpretatie mogelijk is.

228 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 71, herhaald in HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48.

6.6 DE PRAKTIJK VAN CONFORME INTERPRETATIE IN NEDERLAND

Naar de Nederlandse praktijk van conforme interpretatie in het materiële strafrecht is nog nauwelijks systematisch onderzoek gedaan.²²⁹ Er is wel onderzoek gedaan naar de praktijk van conforme interpretatie buiten het strafrecht, met name in het privaatrecht. Daarnaast is in andere lidstaten van de Europese Unie onderzoek verricht naar conforme interpretatie in verschillende rechtsgebieden.²³⁰

De meningen over de wijze waarop de Nederlandse strafrechter invulling geeft aan de plicht tot conforme interpretatie zijn verdeeld. Wissink vindt dat de benadering van de Hoge Raad er in sommige gevallen toe leidt dat het Europees recht onvoldoende gewicht krijgt bij de uitleg van nationaal privaatrecht.²³¹ Smits en Van Schagen stellen dat de Hoge Raad teveel vasthoudt aan nationale interpretatiemethoden en dat niet consequent wordt verwezen naar het Europees recht.²³² Aan de andere kant is door Kristen aangevoerd dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State soms wel erg veel gewicht toekent aan het Europees recht in de uitleg van bijvoorbeeld vergunningsvoorwaarden. In die gevallen lijkt de rechter volgens Kristen maar weinig geneigd de communautaire begrenzingsen aan de conforme-interpretatieplicht in acht te nemen.²³³

Het is niet gemakkelijk om een coherent beeld te schetsen van de precieze grenzen die de strafrechter hanteert bij conforme interpretatie. Als het nationale recht een omzettingstrekking heeft en de tekst niet in strijd is met het Europees recht, zal een conforme interpretatie in de regel mogelijk zijn. Als echter het nationale recht zonder twijfel te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, kan het probleem niet meer worden opgelost door interpretatie. Pas in een geval waarin het Nederlandse strafrecht mogelijk iets te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, wordt duidelijk waar voor de Nederlandse strafrechter de grenzen van conforme interpretatie liggen. Dan wordt de rechter uitgedaagd op zoek te gaan naar mogelijkheden om het Europees recht loyaal toe te passen, zonder daarbij de algemene rechtsbeginselen te schenden. Er zijn echter geen aanwijzingen dat Nederland vaak te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt. Pas wanneer een gebrekkige aansluiting tussen Nederlands en Europees recht problematisch wordt voor de rechtspraak, zal de rechter daadwerkelijk worden uitgedaagd de grenzen van zijn mogelijkheden op te zoeken. Het tweede probleem is dat niet alle jurisprudentie met betrekking tot delicten die vallen onder de reikwijdte van het Europees recht

229 Het dichtstbij komt Kristen 2004, p. 61-79.

230 Suhr 2011, p. 98-241, 303-306; Jaremba 2012; Jaremba 2013; Klamert 2008; Macrory, Madner & Mayr 2013; Sørensen 2008.

231 Wissink 2001, p. 152-167.

232 Smits & Van Schagen 2009.

233 Kristen 2004, p. 79, met voorbeelden en verdere verwijzing.

standaard wordt gepubliceerd.²³⁴ Ten derde is het lastig om te beoordelen of de rechter 'voldoende' aandacht besteedt aan conforme interpretatie. Het is moeilijk systematisch zaken op te sporen waarin de rechter ten onrechte een conforme interpretatie achterwege laat. Bovendien is dat oordeel zonder kennis van het dossier soms moeilijk te vellen. De selectie van te bespreken vonnissen is daarom voornamelijk gebaseerd op het feit dat zij expliciet de toepassing van de conforme-interpretatieplicht noemen (en daardoor vindbaar zijn in de jurisprudentiedatabase van rechtspraak.nl), of dat ze in de literatuur zijn gesignaleerd vanwege de rol die het Europees recht in die zaken speelt.²³⁵

In het hiernavolgende bespreek ik eerst enkele arresten van de Hoge Raad uit het belasting- en privaatrecht, waarin algemene lijnen worden uitgezet over de plicht tot conforme interpretatie. Het kader dat de Hoge Raad daarin schetst, sluit nauw aan bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In de tweede subparagraaf staat conforme interpretatie in het strafrecht door de Hoge Raad centraal. Ik besteed bijzondere aandacht aan de interpretatie van de delictsomschrijving van witwassen, die enkele interessante vragen opwerpt over de mogelijkheden van conforme interpretatie. Vervolgens staat de omgang van de feitenrechter met conforme interpretatie centraal, die juist blijk geeft van een (bij vlagen) zeer Europeesrechtvriendelijke uitleg van het nationale recht. Daarna bespreek ik een probleem dat in de Nederlandse rechtspraak is gesignaleerd, namelijk de vraag of de plicht tot conforme interpretatie alleen geldt voor richtlijnen die totale harmonisatie beogen, of dat deze voor alle richtlijnen geldt. De paragraaf sluit af met een korte reflectie op de implicaties van de conforme-interpretatieplicht voor de verhouding tussen de wetgever en rechter in het Nederlandse recht.

6.6.1 Leerstellige arresten van de Hoge Raad over conforme interpretatie in het privaatrecht en belastingrecht

De Hoge Raad heeft zich in een aantal arresten in algemene zin uitgelaten over de reikwijdte en begrenzings van de conforme-interpretatieplicht. Deze leerstellige arresten zijn gewezen in het civiele en belastingrecht, en de arresten uit het belastingrecht hadden geen betrekking op punitieve sancties van bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke aard, maar uitsluitend op het vaststellen van de hoogte van de verschuldigde belasting. Niettemin zijn de algemene overwegingen aldus geformuleerd dat ze ook betekenis kunnen

234 Aangezien het een doelstelling is van de database op rechtspraak.nl om uitspraken met een 'jurisprudentievormend karakter' te publiceren, mag wel worden verwacht dat de meest interessante uitspraken zijn gepubliceerd. Zie art. 5 sub e Besluit selectiecriteria uitspraken-databank Rechtspraak.nl, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

235 Een systematische jurisprudentie-analyse van de rechtspraak over art. 273f Sr leverde te weinig interessant materiaal op. Daarom is besloten geen gevalsstudies te verrichten naar de rechtspraak over verschillende geharmoniseerde delicten.

hebben voor het strafrecht. Ze geven een beeld van de wijze waarop de Hoge Raad invulling geeft aan de conforme-interpretatieplicht. In de strafrechtspraak wordt ook een enkele keer verwezen naar de hier besproken jurisprudentie van de Hoge Raad, die in ieder geval in de praktijk ruimere toepassing krijgt dan alleen het burgerlijk recht.²³⁶

Het arrest *Pink Floyd/Rigu Sound* uit 1996 heeft een tiental jaren gegolden als standaardarrest. De vraag was of de nationale wet richtlijnconform mocht worden toegepast in een horizontale situatie. De Hoge Raad stelde de tekst voorop: de 'ondubbelzinnige bewoordingen' van de wet stonden geen richtlijnconforme uitleg toe. Conforme interpretatie van de bepaling zou leiden tot een afwijking van die ondubbelzinnige bewoordingen, en zou daarmee inbreuk maken op het rechtszekerheidsbeginsel.²³⁷ Voor de Hoge Raad hebben de algemene rechtsbeginselen van Europees recht, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel, dus niet alleen betekenis voor het strafrecht, maar ook voor de andere rechtsgebieden.

In 2007 wees de Hoge Raad het *Vierdaagse*-arrest in een belastingzaak, die aan het begin stond van een nieuwe golf jurisprudentie.²³⁸ Er bestond mogelijk strijd tussen de tekst van de bepaling en de wetsgeschiedenis, waarbij de wetsgeschiedenis in de richting wees van een voor de belastingplichtige gunstige uitleg, terwijl op grond van de richtlijn mogelijk meer belasting moest worden geheven. Advocaat-generaal De Wit achtte een richtlijnconforme interpretatie in strijd met de rechtszekerheid. Volgens de Hoge Raad moet worden gekeken of de tekst van de bepaling een conforme interpretatie toelaat. Als dat zo is, dan kan een conforme interpretatie 'niet afstuiten op het resultaat van een wetshistorische uitlegging van de betrokken nationale bepaling.' De Hoge Raad benadert het probleem niet vanuit het proces van interpretatie, maar vanuit het resultaat ervan. Hoewel de Hoge Raad er niet naar verwijst, brengt deze overweging het arrest *Björnekulla Fruktindustrier* van het Hof van Justitie in herinnering, waar het Hof een vergelijkbare overweging liet optekenen.²³⁹ Vervolgens moet, aldus de Hoge Raad, beoordeeld worden of een dergelijke uitleg in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Dat is in beginsel niet het geval. Belastingplichtigen kunnen zich niet uitsluitend verlaten op de nationale wetsgeschiedenis, aangezien richtlijnen voor de lidstaten bindend

236 Rb Rotterdam 20 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0861, JOR 2008/46, m.nt. M. Nelemans. In deze zaak verwijst de rechtbank naar het hieronder te bespreken *Vierdaagse*-arrest, HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Zie verder concl. A-G J. Wortel bij HR 31 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8021, NJ 2005/458, die verwijst naar HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2177, NJ 1997/649, m.nt. D.W.F. Verkade (*Pink Floyd/Rigu Sound*).

237 HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2177, NJ 1997/649, m.nt. D.W.F. Verkade (*Pink Floyd/Rigu Sound*), r.o. 3.4.

238 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Vierdaagse*).

239 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*), r.o. 13.

zijn ten aanzien van het resultaat. De opvatting van de Hoge Raad impliceert dat van de burger mag worden verwacht dat hij zich oriënteert op geldende Europese normen. De Hoge Raad maakt slechts een uitzondering voor het geval waarin de wetgever in de wetsgeschiedenis uitdrukking geeft aan de 'welbewuste bedoeling' om in de wetgeving af te wijken van de richtlijn.²⁴⁰ In een dergelijk geval kan, ook al is de tekst van de bepaling niet in strijd met de richtlijn, een richtlijnconforme interpretatie dus alsnog worden afgewezen op grond van het rechtszekerheidsbeginsel. In dit geval oordeelde de Hoge Raad dat een richtlijnconforme interpretatie niet tot een hogere belastingheffing hoefde te leiden. Uit latere rechtspraak blijkt dat een richtlijnconforme interpretatie wel degelijk kan leiden tot een verzwaring van de belastingplicht van de burger. Ergo: omgekeerd verticale werking van de richtlijn is bij een conforme interpretatie in het belastingrecht niet uitgesloten.²⁴¹

In 2012 zet de Hoge Raad met het *Thuiskopie*-arrest in iets andere bewoordingen een algemene lijn uit voor gevallen waarin de wetgever in de wetsgeschiedenis onbedoeld een onjuiste uitleg geeft aan de richtlijn. De Raad overweegt:

'Wanneer de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van de implementatiewetgeving een bepaalde uitleg aan de wet heeft gegeven die in strijd met de richtlijn blijkt te zijn, kan de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel afzien van de hiervoor in 5.1.2 omschreven verplichting tot richtlijnconforme uitleg, indien de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat.'²⁴²

Deze formulering brengt nog scherper dan eerdere arresten tot uitdrukking dat het rechtszekerheidsbeginsel niet met succes kan worden ingeroepen indien de tekst van de wet een richtlijnconforme interpretatie toestaat. Opnieuw is daarbij wel de 'escape' ingebouwd dat de wetgever moet hebben beoogd de richtlijn getrouw om te zetten, maar daarvan zal, zo stelt Widdershoven terecht in zijn annotatie bij dit arrest, doorgaans sprake zijn.²⁴³ De aanwezigheid van een omzettingsintentie kan pas worden ontkend indien de wetgever expliciet tot uitdrukking brengt dat hij met een bepaalde bepaling afwijkt van het Europees recht.

240 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Vierdaagse*), r.o. 3.4.

241 Zie zeer expliciet in deze zin HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3139, AB 2008/214, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

242 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Thuiskopie*), r.o. 5.1.3.

243 Widdershoven in zijn annotatie bij HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367 (*Thuiskopie*).

De praktijk blijkt ondanks alle principiële keuzes weerbarstig. Vaak is het namelijk onduidelijk of de tekst van de wet een bepaalde uitleg toelaat of niet, en wat de betekenis is van het begrip *contra legem*. In het *Albron*-arrest was een richtlijnconforme uitleg in strijd met een letterlijke (lexicale) uitleg van het begrip ‘werkgever’, maar, zo stelt de Hoge Raad: ‘De formulering van de wet is immers niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als de wet van recente datum is. [...] Aan die bewoordingen komt te minder betekenis toe nu uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:663 [...] volgt dat de Nederlandse wetgever bij zijn keuze voor juist die bewoordingen, beoogde de richtlijnen 77/187/EEG en 98/50/EG getrouw om te zetten in het nationale recht, en dat hij daarbij een geval als het onderhavige niet voor ogen heeft gehad.’²⁴⁴ Alle argumenten afwegende komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de richtlijnconforme uitleg niet *contra legem* is, en dat toepassing van deze uitleg in het concrete geval geen toepassing met terugwerkende kracht is.

Het moge op grond van het in paragraaf 6.5 besprokene duidelijk zijn dat de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met de plicht tot conforme interpretatie in grote lijnen steun vindt in de eerder in dit hoofdstuk gegeven interpretatie van de Europese jurisprudentie. Slechts op het punt van de rechtszekerheid zie ik een verschil met de jurisprudentie van het Hof van Justitie: anders dan de Hoge Raad denk ik dat het toegestaan is om de algemene rechtsbeginselen, met name de rechtszekerheid, in te roepen als argument om niet conform te interpreteren terwijl dit gezien de tekst wel mogelijk is. De behoefte daaraan kan zich in het bijzonder doen gevoelen wanneer het niet volstrekt duidelijk is of de tekst van de wet een conforme interpretatie mogelijk maakt. Het rechtszekerheidsbeginsel begrenst dan het resultaat of product van interpretatie. Zoals Wissink in één van zijn conclusies terecht aankaart, is het niet altijd gemakkelijk om de tekst geheel los te zien van de wetsgeschiedenis en andersom. Volgens Wissink kan daarom, indien er twijfel bestaat of de tekst van de wet een richtlijnconforme interpretatie toestaat, worden gekeken naar de gevolgen van een richtlijnconforme uitleg.²⁴⁵ Het rechtszekerheidsbeginsel mag in een dergelijke situatie mijns inziens een begrenzendende rol spelen, zeker in strafzaken. Dat betekent dat de nationale rechter redelijk vrij is in zijn oordeel om te bepalen of de rechtszekerheid in het geding is. Ik acht het ook juist dat het Hof van Justitie de nationale rechter die vrijheid biedt. Nu de nationale rechter een zo belangrijke plaats inneemt in het beschermen van het legaliteitsbeginsel, meer in het bijzonder van de rechtszekerheid, lijkt mij dat in het strafrecht geen plaats zou moeten bestaan voor een formele redenering die een beroep daarop onmogelijk maakt. In dat geval kunnen er situaties

244 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron*), r.o. 3.7.

245 Concl. A-G M.H. Wissink bij HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron*), punt 2.6.1.-2.38, m.n. punt 2.14.

ontstaan waarin de feitenrechter te weinig ruimte heeft om de rechtszekerheid in het individuele geval te kunnen waarborgen. Het is mogelijk dat deze nuance wordt verklaard door het rechtsgebied, en dat de Hoge Raad in het strafrecht eveneens meer ruimte ziet voor een beroep op rechtszekerheid. Daarom staat in de volgende subparagraaf de benadering van de Hoge Raad in strafzaken centraal.

6.6.2 De Hoge Raad en conforme interpretatie in het materiële strafrecht, met bijzondere aandacht voor witwassen

De Hoge Raad heeft zich niet expliciet uitgelaten over de betekenis van conforme interpretatie in het strafrecht. In arresten waarin de betrokken nationale bepaling een omzettingssrekking heeft en de tekst niet met het Europees recht in strijd is, krijgt de nationale bepaling een richtlijnconforme uitleg.²⁴⁶ Zaken waarin de Hoge Raad expliciet reflecteert op zijn taak tot conforme interpretatie van materieel strafrecht, zijn er niet. De Hoge Raad verwijst dan ook niet naar artikel 49 Hv in zijn jurisprudentie. Het beeld moet dus voornamelijk worden gebaseerd op zaken waarin de Hoge Raad niet expliciet de grenzen van de conforme-interpretatieplicht aan de orde stelt. In deze paragraaf bespreek ik twee gevallen die in de literatuur zijn aangemerkt als situaties waarin niet conform is geïnterpreteerd, terwijl dat misschien wel mogelijk was geweest. De Hoge Raad besteedt echter in geen van beide gevallen aandacht aan de plicht tot richtlijnconforme interpretatie. Het eerste is de strafbepaling van misbruik van voorwetenschap, het tweede is de strafbaarstelling van witwassen, waar de Hoge Raad een serie van arresten over heeft gewezen. De strafbepaling van witwassen is in het kader van conforme interpretatie bijzonder interessant, omdat uit de wetsgeschiedenis enerzijds is af te leiden dat een richtlijnconforme interpretatie is beoogd, terwijl anderzijds de uitleg van de wetgever van de bepaling duidt op een (veel) ruimere reikwijdte van de nationale bepaling dan van de richtlijn. Omdat de Hoge Raad bij de uitleg van de witwasbepaling weinig aandacht besteedt aan het Europees recht, kan slechts in het achterwege laten van een conforme interpretatie een indirecte aanwijzing worden gezien dat de Hoge Raad dit wellicht niet mogelijk achtte.

Het eerste te bespreken arrest is een arrest uit 2008, waarbij volgens Kristen de wetshistorische interpretatie voorrang kreeg op een richtlijnconforme interpretatie.²⁴⁷ De zaak ging over de vraag of iemand kon worden veroor-

246 HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4900, *JM* 2005/48, m.nt. J.R.C. Tieman; HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3643; HR 21 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3477; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2551; HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1564; HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1571.

247 Kristen in zijn annotatie bij HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, *NJ* 2008/467.

deeld wegens misbruik van voorwetenschap, waarbij de voorwetenschap bestond uit kennis van zijn eigen voornemen transacties te gaan verrichten. De verdachte had op een website berichten geplaatst over grootschalige aandelentransacties in een bepaald fonds, zonder te vermelden dat hijzelf verantwoordelijk was voor een groot deel van die transacties. De verdachte probeerde daarmee de prijs van het fonds op te stuwten. Daarin was hij niet geslaagd, maar hij werd wel veroordeeld voor een poging tot koersmanipulatie zoals toentertijd strafbaar gesteld in artikel 334 Sr.²⁴⁸ De verdachte was daarnaast handel met voorwetenschap ten laste gelegd, naar aanleiding van de door de verdachte verrichte transacties. Wie een aandelentransactie verricht, heeft per definitie een zekere mate van voorwetenschap, namelijk wetenschap van de eigen voorgenomen gedraging. De vraag is daarom of dergelijk handelen kan worden gekwalificeerd als handel met voorwetenschap. De Hoge Raad keek in zijn arrest eerst naar de Richtlijn transacties van ingewijden, die in de preambule vermeldt dat 'aangezien de verwerving of vervreemding van effecten noodzakelijkerwijs wordt voorafgegaan door een daartoe strekkend besluit van de persoon die zo'n transactie verricht, het feit dat deze verwerving of vervreemding plaatsvindt op zichzelf *niet betekent dat misbruik wordt gemaakt van voorwetenschap*'. [cursivering: JGHA]²⁴⁹ Vervolgens bespreekt de Hoge Raad de parlementaire geschiedenis van de Nederlandse verbodsbepaling, en tekent daaruit onder meer op: 'Ervan uitgaande dat de overnemende partij echter slechts kennis van een eigen voornemen (namelijk: om een overname te plegen) draagt, *is geen sprake van voorwetenschap* in de zin van de wet.' [cursivering: JGHA] Kortom: volgens het Europees recht is er wel sprake van voorwetenschap maar wordt daarvan geen misbruik gemaakt. Volgens de nationale wetsgeschiedenis is er überhaupt geen sprake van voorwetenschap.²⁵⁰ Het 'gebruik maken' van de voorwetenschap was destijds geen bestanddeel van de Nederlandse strafbepaling, hetgeen een conforme interpretatie bemoeilijkt.²⁵¹ De Hoge Raad oordeelt dat de wetenschap van de verdachte niet kan worden aangemerkt als voorwetenschap, en hecht dus meer waarde aan de nationale

248 Inmiddels zou deze gedraging waarschijnlijk kunnen worden gekwalificeerd als voltooide marktmanipulatie (art. 5:58 Wft vereist niet dat de koers stijgt of daalt, maar slechts dat van de gedraging 'een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is'), doch die strafbepaling is pas in het leven geroepen na het plegen van deze gedragingen.

249 Richtlijn 89/592/EEG van de Raad van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake transacties van ingewijden. Deze uitleg is na het wijzen van het arrest bevestigd door het Hof van Justitie in HvJ EG 10 mei 2007, C-391/04, ECLI:EU:C:2007:272, NJ 2007/418, m.nt. M.R. Mok (*Georgakis*).

250 Zie voor de relevantie van dit onderscheid de noot van Kristen bij dit arrest, HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, NJ 2008/467 (*Cardio Control*), m.n. punt 4, alsmede de noot van J. Corthals en J. Italianer bij dit arrest, JOR 2007/73.

251 Kristen in zijn annotatie bij HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, NJ 2008/467; in die zin ook concl. A-G G. Knigge bij HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:6, JOR 2013/179, m.nt. J. Italianer, punt 6.10-6.14. Slechts het verrichten van een transactie 'beschikkende over voorwetenschap' was al strafbaar op grond van art. 46 Wte (oud) 1995.

wetsgeschiedenis dan aan een richtlijnconforme interpretatie van de wet.²⁵² Het verschil tussen de richtlijn en de wetsgeschiedenis wordt door de Hoge Raad niet onder de aandacht gebracht. Daarom blijft onopgehelderd of de Hoge Raad bewust afwijkt van de richtlijn, of dat hij een richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk achtte gezien de formulering van de Nederlandse strafbepaling.

In de jurisprudentie over witwassen richt de Hoge Raad zich eveneens sterk op de nationale wetsgeschiedenis, maar opnieuw zonder daarbij expliciet aandacht te schenken aan zijn conforme-interpretatieplicht. De delictsomschrijving van en jurisprudentie over witwassen vormt een belangrijke casus voor onderzoek naar conforme interpretatie in Nederland omdat de nationale wetgever stelt de richtlijn om te zetten, terwijl hij daar tegelijkertijd van afwijkt. De nationale strafbaarstelling is namelijk strenger, stelt meer gedragingen strafbaar, dan verplicht is op grond van de richtlijn. Dit is op zichzelf toegestaan, aangezien de richtlijn minimumharmonisatie beoogt, maar van een bewuste keuze tot ruimere strafbaarstelling blijkt niet uit de wetsgeschiedenis.²⁵³ Er doet zich dus een geval voor waarin de wet in abstracto een omzettingstrekking heeft, terwijl de wetsgeschiedenis – en mogelijk ook de wettekst – indicaties bevat dat volgens het nationale recht meer gedragingen strafbaar zijn dan volgens de richtlijn verplicht is. De complexiteit van de wetgeving vereist een korte uiteenzetting van het geldend recht. Daarbij laat ik nog terzijde de meer precieze technische verschillen tussen de Nederlandse strafbepaling en de richtlijn. De hier relevante vraag is of het verwerven of voorhanden hebben van opbrengsten van eigen misdrijven al strafbaar witwassen van die opbrengsten oplevert. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat de wetgeving op dit terrein voortdurend in beweging is. In mei 2015 is de vierde witwasrichtlijn in werking getreden, die op 26 juni 2017 moet zijn omgezet in nationaal recht.²⁵⁴ Tevens is in september 2015 een wetsvoorstel aanhangig gemaakt bij de Tweede Kamer, dat het bij aanneming leidt tot de introductie van een aparte strafbaarstelling van het witwassen van eigen criminele opbrengsten.²⁵⁵

252 Kristen in zijn annotatie bij HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, NJ 2008/467.

253 Zie art. 5 Richtlijn 2005/60/EG, alsmede de toelichting bij het voorstel voor de vierde witwasrichtlijn (COM(2013) 45), Richtlijn 2015/849/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie.

254 Richtlijn 2015/849/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering.

255 *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 1-3.

Opzettelijk witwassen is strafbaar gesteld in artikel 420bis Sr en bevat in lid 1 sub a en b twee verschillende strafbare feiten: (a) het verhullen van de criminele herkomst van een voorwerp en (b) het verwerven, voorhanden hebben, overdragen of omzetten van voorwerpen afkomstig uit een misdrijf.²⁵⁶ De Nederlandse wetgever stelt met dit artikel uitvoering te geven aan internationale overeenkomsten. Hoe de nationale bepaling zich verhoudt tot die internationale overeenkomsten en of er is gekozen voor strengere strafbepalingen, wordt niet toegelicht.²⁵⁷

Artikel 420bis Sr valt ten eerste onder de reikwijdte van de derde witwasrichtlijn.²⁵⁸ Dat is echter – zoals bij veel onderwerpen die in EU-verband worden geregeld – niet de enige verplichting waaraan Nederland dient te voldoen: de aanbevelingen van de *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF) zijn weliswaar niet bindend, maar hebben grote invloed op de wetgeving van de lidstaten. In 1988 werd bovendien in VN-verband al de eerste verplichting aangegaan tot het strafbaar stellen van opbrengsten uit drugshandel.²⁵⁹ Daarnaast zijn er verdragen gesloten binnen de Raad van Europa.²⁶⁰ De omschrijving van witwassen in de verschillende witwasrichtlijnen is nagenoeg identiek aan die uit de internationale verdragen.²⁶¹

Ondanks de gelijkenis in de omschrijving van witwassen, bestaan tussen de Europese en internationale instrumenten relevante verschillen. De verdragen van de VN en de Raad van Europa stellen strafrechtelijke handhaving verplicht; de witwasrichtlijn verplicht alleen tot het ‘verbieden’ van de gedragingen en laat daarmee ruimte voor een keuze tussen bestuurs- en strafrecht. Belangrijker is de afwijking ten aanzien van de normadressaten: waar de internationale verdragen geen beperkingen kennen, is de richtlijn blijkens artikel 2 slechts van toepassing op kredietinstellingen, financiële instellingen en bepaalde natuurlijke of rechtspersonen die in het kader van de uitoefening van hun beroepsactiviteiten te maken kunnen krijgen met sommen geld met een criminele herkomst (accountants, makelaars, casino’s, etc.). Dat onderscheid hangt

256 Art. 420bis Sr is een opzetdelict. Culpeloos witwassen is strafbaar gesteld in art. 420quater Sr en bevat dezelfde objectieve bestanddelen als art. 420bis Sr. In art. 420ter Sr is gewoonte-witwassen strafbaar gesteld.

257 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 2-3.

258 Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

259 Als eerste het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, Wenen, 20 december 1988.

260 Het Verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en confiscatie van opbrengsten van misdrijven, Straatsburg 8 november 1990; Het verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven en de financiering van terrorisme, Warschau 16 mei 2005.

261 Zie voor een beknopt overzicht van het internationaalrechtelijk kader de conclusie van A-G P.C. Vegter bij HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, *NJ* 2014/303, m.nt. N. Keijzer, punt 18 e.v.

samen met het derde (mogelijke) verschil: de vraag naar strafbaarheid van het witwassen van eigen criminele opbrengsten. In het verdrag van Straatsburg is het de lidstaten toegestaan dit witwassen van eigen opbrengsten uit te sluiten van de delictsomschrijving.²⁶² Ook in artikel 6 lid 2 sub e van het Palermoverdrag is een uitzondering gemaakt voor dit fenomeen dat wordt aangeduid met de wat wonderlijke term *self-laundering*.²⁶³ In meerdere landen bestaat er behoefte aan die uitzonderingsmogelijkheid omdat de strafbaarstelling van *self-laundering* wordt gezien als een schending van het *ne bis in idem*-beginsel.²⁶⁴ De Europese witwasrichtlijnen bevatten geen dergelijke mogelijkheid tot het beperken van het witwasverbod.

Betekent het ontbreken van de mogelijkheid tot uitzondering van het witwassen van eigen criminele opbrengsten nu dat de richtlijn zich inderdaad uitstrekt tot die gedragingen? Daarover zijn de meningen verdeeld. Buisman stelt dat de richtlijn ook verplicht tot het verbieden van *self-laundering*.²⁶⁵ Zij verwijst ter ondersteuning naar een voorgesteld – maar afgewezen – amendement waarin werd voorgesteld een bepaling op te nemen inhoudende dat de richtlijn ook van toepassing is op de pleger van het grondfeit.²⁶⁶ Dit amendement is niet aangenomen, volgens Buisman omdat de tekst van de richtlijn geen onderscheid maakt naar kwaliteit van de dader, en dus op zichzelf al voldoende duidelijk maakt dat daaronder ook de pleger van het grondfeit kan worden verstaan. Uiteraard is een concurrerende verklaring, die Buisman ook noemt, dat niet werd beoogd de pleger van het grondfeit als normadressaat op te nemen.²⁶⁷ Voor die lezing pleiten verschillende argumenten. In enkele EU-lidstaten is het witwassen van eigen criminele opbrengsten in ieder geval niet strafbaar.²⁶⁸ Het directoraat-generaal binnenlandse zaken van de Commissie overwoog dat eventuele toekomstige strafbaarstelling

262 Art. 9 lid 2 sub b van het Verdrag van Warschau.

263 'If required by fundamental principles of the domestic law of a State Party, it may be provided that the offences set forth in paragraph 1 of this article do not apply to the persons who committed the predicate offence'.

264 In IJsland, zie Eurostat, *Money Laundering in Europe*, p. 62. Die overweging blijkt ook in landen buiten de EU een bezwaar te vormen tegen het concept *self-laundering*, zie Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism (MONEYVAL) Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe, *Horizontal Review of MONEYVAL's Third Round of Mutual Evaluation Reports 2010*, p. 16-17.

265 Buisman 2013, p. 512.

266 Zie voor het amendement het Rapport van de LIBE-Commissie in het Parlement over het voorstel voor een richtlijn inzake witwassen en terrorismefinanciering, 2004/137(COD), A6-0137/2005.

267 Buisman 2013, p. 512.

268 In Duitsland en België, aldus Keijzer in zijn annotatie bij HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, NJ 2010/655; Volgens Eurostat is *self-laundering* ook in Finland en Oostenrijk uitgezonderd, zie Eurostat, *Money Laundering in Europe*, 2010 edition, p. 59. Sinds 2010 is ook *self-laundering* strafbaar in Oostenrijk, zie Eurostat, *Money Laundering in Europe*, 2013 edition, p. 69.

van *self-laundering* tot bezwaren uit de lidstaten zou kunnen leiden.²⁶⁹ Vegter heeft tot slot in één van zijn conclusies gewezen op de beperkte categorie normadressaten van de richtlijn, namelijk financiële en kredietinstellingen en nog enkele andere specifiek genoemde normadressaten. Hij stelt op grond daarvan dat voor plegers van het grondfeit (niet zijnde een normadressaat van de richtlijn) alleen het verdrag van Straatsburg relevant is.²⁷⁰

Dit laatste argument is mijns inziens doorslaggevend: de richtlijn verplicht niet tot het strafbaar stellen van *self-laundering*. Uit die beperkte categorie normadressaten blijkt namelijk dat de strekking van het Europees witwasdelict beperkt is, terwijl de Nederlandse witwasbepaling in wezen een tweeledige strekking heeft. In de preambule bij de richtlijn uit 2005 wordt verwezen naar de soliditeit, integriteit en stabiliteit van het financiële stelsel.²⁷¹ Vertegenwoordigers van dat stelsel mogen niet langer de ogen sluiten voor de mogelijk criminele herkomst van het geld waarmee ze worden betaald. Hun handelen wordt aan een stelsel van normen onderworpen, waarvan de verbodsbepaling er slechts één is. In dit kader bestaat geen noodzaak tot strafbaarstelling van het witwassen van eigen criminele opbrengsten. De richtlijn richt zich daarmee niet op degenen die criminele activiteiten hebben ontplooid en daarvan willen profiteren.

De Nederlandse strafbepaling strekt zich wél uit tot de plegers van het grondfeit. Een voor de Nederlandse wetgever belangrijke reden voor het überhaupt introduceren van de witwasbepalingen is juist het strafbaar maken van de pleger van het grondfeit die zijn opbrengsten zelf wil witwassen.²⁷² Dit betekent dat de reikwijdte van de bepaling zeer ruim is: zo is in artikel 420bis sub b Sr strafbaar gesteld hij die een voorwerp voorhanden heeft of gebruikt terwijl hij weet dat dit uit een misdrijf afkomstig is. Naar de letter genomen betekent dit dat wie na het stelen van een fiets op die fiets weggrijdt, zich niet alleen schuldig heeft gemaakt aan diefstal, maar ook aan het witwassen van de opbrengst van die diefstal. In de parlementaire geschiedenis is inderdaad door de minister (hoewel met enige kennelijke aarzeling²⁷³) bevestigd dat een dergelijke gedraging inderdaad witwassen constitueert,²⁷⁴ ook

269 DG Home Affairs 2010, Roadmap proposal to harmonise the criminal offence of money laundering in the EU, p. 2: 'Depending on the definition of the scope of money laundering, it is expected that some Member States could raise fundamental concerns if the EU was to ask them to encompass self-laundering in the money laundering offence'.

270 Concl. A-G P.C. Vegter bij HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, NJ 2014/303, m.nt. N. Keijzer, punt 19-20.

271 Richtlijn 2005/60/EG, preambule punt 1 en 2. De richtlijn heeft artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag, en strekt zich derhalve alleen uit tot de interne markt, en niet tot criminaliteitsbestrijding.

272 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 6-7. Dit was immers voorheen vanwege de heler-steler-regel niet strafbaar.

273 Borgers in zijn noot bij HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7923, NJ 2008/16, punt 3.

274 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, 4, p. 5.

al noemde Keijzer dat ‘te dwaas [...] om aannemelijk te zijn.’²⁷⁵ De Nederlandse strafbepaling heeft blijkens het voorgaande een tweeledige strekking. Net als de richtlijn heeft de bepaling primair tot doel de bescherming van de integriteit van het financiële stelsel en de openbare orde.²⁷⁶ Maar de bepaling wil ook het ontplooiën van strafbare activiteiten onaantrekkelijk maken.²⁷⁷ Witwassen wordt dan gezien als een strafbaarstelling in de ‘nafase’ van een strafbaar feit, een uitbreiding van strafbaarheid. Die strekking is bij uitstek gericht op de pleger van het grondfeit zelf. Ter illustratie: stel dat een overval-ler bij een gewapende overval op een winkel een som contant geld heeft buitgemaakt. Hij wil dat geld vervolgens witwassen in een casino. De verbodsnorm uit de richtlijn is uitsluitend gericht op de casinomedewerker. De Nederlandse strafbepaling richt zich gezien de tekst en strekking ervan tevens op de overvaller.

De vervolgvraag is of de wetgever met deze ruime invulling van de witwasbepaling bewust heeft afgeweken van de richtlijn. De Nederlandse wetgever stelt met het wetsvoorstel uitvoering te geven aan internationale overeenkomsten en maakt – althans niet met zoveel woorden – gebruik van de mogelijkheid tot het stellen van strengere regels, hoewel dat wel is toegestaan.²⁷⁸ In de memorie van toelichting bij artikel 420bis Sr stelt de Minister dat ‘internationale overeenkomsten’ het onderscheid tussen witwassen van opbrengsten uit eigen criminele activiteit en die van anderen niet kennen, met dien verstande dat het verdrag van Straatsburg wel de mogelijkheid biedt dit onderscheid te maken, maar dat die niet is aangegrepen.²⁷⁹ De richtlijn wordt hier echter niet afzonderlijk genoemd, waardoor het onduidelijk is of dat één van de internationale overeenkomsten is waar de wetgever op doelt. Van een expliciete en ondubbelzinnige intentie om aan de Nederlandse strafbepaling een ruimere reikwijdte te geven dan bedoeld in de richtlijn geeft de memorie van toelichting in ieder geval geen blijk.

Die verschillende reikwijdte en strekking stellen de rechter voor de vraag of het nationale recht conform de richtlijn kan en dus moet worden geïnterpreteerd. Enerzijds blijkt uit de wetsgeschiedenis de omzettingstrekking van artikel 420bis Sr. Op grond van de arresten *Wagner Miret* en *Björnekulla Fruktindustrier* leidt die omzettingstrekking tot de veronderstelling dat de wetgever de norm getrouw heeft willen omzetten. Daarom moet die norm, tenzij de tekst daaraan

275 Keijzer in zijn annotatie bij HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, NJ 2010/655.

276 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 5.

277 Een artikel van Van Leeuwen over witwassen in *Delikt & Delinkwent* uit 2011 begint met de zin: ‘Dat misdaad niet behoort te lonen is inmiddels een bekend adagium.’ Van Leeuwen 2011, p. 299. De strafbaarstelling van witwassen wordt door de auteur in het licht van dat adagium geplaatst.

278 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 2-3.

279 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 7.

in de weg staat, conform het Europees recht worden geïnterpreteerd.²⁸⁰ Een afwijkende wetsgeschiedenis is volgens het Hof geen reden om een conforme interpretatie onmogelijk te achten. Anderzijds is het duidelijk dat de wetgever deze gedragingen hoe dan ook wilde criminaliseren, ongeacht het bestaan van een Europese verplichting. De wetsgeschiedenis biedt voldoende aanleiding te veronderstellen dat indien duidelijk was geweest dat een dergelijke plicht niet bestond, de wetgever van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik zou hebben gemaakt om ervoor te zorgen dat deze gedragingen toch strafbaar zijn.

De Hoge Raad gooit het intussen in zijn rechtspraak over een andere boeg. Voor de Hoge Raad is het belangrijkste probleem dat de strafbepaling in sommige gevallen automatisch leidt tot dubbele strafbaarheid, zoals in het geval waarin een dief een fiets steelt en erop wegrijdt. Om die dubbele strafbaarheid te voorkomen heeft de Hoge Raad door de jaren heen enkele 'kwalificatie-uitsluitingsgronden' geformuleerd, waarvan er één betrekking heeft op opbrengsten uit eigen misdrijf.²⁸¹ In 2010 stelde de Hoge Raad dat

'indien vaststaat dat het enkele voorhanden hebben door de verdachte van een voorwerp dat afkomstig is uit een door hemzelf begaan misdrijf niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp, die gedraging niet als (schuld)witwassen kan worden gekwalificeerd.'²⁸²

In 2013 heeft de Hoge Raad een vijftal arresten gewezen waarin de uitsluitingsgrond wordt verduidelijkt (in de woorden van de Hoge Raad²⁸³) en verruimd (in de woorden van Borgers²⁸⁴). In het arrest uit 2010 was de strekking dat de gedraging moet kunnen hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen, oftewel daar objectief geschikt voor moet zijn. In deze latere serie arresten voegde de Hoge Raad na herhaling van de hierboven geciteerde rechtsoverweging hieraan toe:

'Er moet in dergelijke gevallen dus sprake zijn van een gedraging die meer omvat dan het enkele voorhanden hebben en die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft.'²⁸⁵

280 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*); HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*), beide besproken in paragraaf 6.5.2.

281 Zie voor een bespreking van ook de overige kwalificatie-uitsluitingsgronden Borgers 2013.

282 HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, NJ 2010/655, m.nt. N. Keijzer.

283 HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 2.3.2.

284 Borgers in zijn annotatie bij HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266; Borgers 2013.

285 HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 2.3.2.

Even later werd bepaald ten aanzien van de motivering:

‘Uit die motivering moet kunnen worden afgeleid dat de verdachte het voorwerp niet slechts voorhanden heeft gehad, maar dat zijn gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp.’²⁸⁶

Het gaat dus niet alleen om een objectieve geschiktheid van de gedraging voor het verhullen of verbergen van de herkomst van het voorwerp, er is een subjectief vereiste dat de gedragingen ook daadwerkelijk gericht zijn op het verhullen of verbergen van de criminele herkomst. Daarmee werd de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid nog iets verder ingeperkt dan in 2010 al het geval was.

Voordat de toelaatbaarheid van deze rechtspraak in het licht van het Europees recht wordt beoordeeld, moet eerst worden vastgesteld wat de Hoge Raad eigenlijk precies doet wanneer hij een kwalificatie-uitsluitingsgrond formuleert. Allereerst heeft de Hoge Raad de betekenis van de gedragsomschrijving uit de strafbepaling vastgesteld, met name aan de hand van de grammaticale en wetshistorische interpretatiemethode. Op basis van die uitleg vallen de bewezenverklaarde gedragingen onder de delictsomschrijving. Dat resultaat is echter onwenselijk, omdat het ertoe leidt dat bepaalde misdrijven min of meer automatisch ook leiden tot overtreding van de witwasbepaling. Dat de witwasbepalingen naast een gedragsomschrijving een kwalificatie bevatten,²⁸⁷ geeft de Hoge Raad de mogelijkheid te oordelen dat de gedraging weliswaar voldoet aan de omschrijving uit de strafbepaling, maar niet aan de kwalificatie. De Hoge Raad wijzigt dus de uitleg van de bepaling op basis van het *resultaat* van de interpretatie. Deze vaststelling van de reikwijdte van de witwasbepaling heeft niet alleen gevolgen voor het concrete geval dat voorligt, dus in de *toepassing*, maar voor het *resultaat of product* van de interpretatie. Daardoor heeft de kwalificatie-uitsluitingsgrond ook betekenis voor toekomstige gevallen.

In de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad komt het vraagstuk van conforme interpretatie niet aan de orde, terwijl de vraag of de kwalificatie-uitsluitingsgrond in strijd is met de derde witwasrichtlijn al in 2012 is gesteld door advocaat-generaal Aben.²⁸⁸ In een recent arrest namen advocaat-generaal Vegter en annotator Keijzer tegenovergestelde standpunten in ten aanzien van de vraag of de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen toelaatbaar is in het licht van Europese en internationale verplichtingen. Vegter is van mening dat de plicht tot richtlijnconforme interpretatie niet geldt, omdat de strafbepa-

²⁸⁶ HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 2.3.2.

²⁸⁷ De aanhef van art. 420bis Sr luidt bijvoorbeeld: ‘Als schuldig aan witwassen wordt gestraft...’.

²⁸⁸ Concl. A-G D.J.C. Aben bij HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1481, punt 3.7. Aben beantwoordt de vraag overigens niet.

ling andere normadressaten heeft dan de richtlijn. Hij gaat daarom uit van een verdragsconforme interpretatie in het licht van het verdrag van Straatsburg en komt tot de conclusie dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond geen strijd oplevert met dat verdrag.²⁸⁹ Keijzer meent juist dat de wil van de wetgever om de richtlijn getrouw om te zetten van doorslaggevende betekenis is. Hoewel afwijkingen zijn toegestaan, heeft de wetgever niet aangegeven daar gebruik van te willen maken. Artikel 420bis Sr vormt – de goede bedoelingen ten spijt – geen correcte omzetting van de richtlijn: De wetgever heeft met de toevoeging van het woord ‘onmiddellijk’ expliciet het verwerven, voorhanden hebben en gebruik maken van eigen criminele opbrengsten onder de reikwijdte van het artikel gebracht, terwijl de richtlijn daar niet op ziet (deze bestanddelen komen uit artikel 1 lid 2 sub c van de richtlijn, terwijl omzetting en overdracht uit sub a van datzelfde artikel komen en daarom in relatie staan tot het oogmerk van verhelen of verhullen). Omdat de bepaling voortvloeit uit een verplichting tot een verbod gaat de wetgever nog slechts over de omzetting van Europees recht en verdragen. Daarom acht Keijzer de nationale wetsgeschiedenis ‘slechts van secundair belang’. Bij ‘naïeve (ook wel genoemd: grammaticale)’ interpretatie, aldus Keijzer, zou éénzelfde handeling per definitie leiden tot de overtreding van twee strafrechtelijke verboden. Omdat de Hoge Raad van een naïeve letterlijke lezing van de bepaling is uitgegaan, is hij genoodzaakt geweest de dubbele strafbaarheid alsnog te voorkomen met de kwalificatie-uitsluitingsgrond. Deze leidt weliswaar in grote lijnen tot dezelfde uitkomsten, maar heeft belangrijke processuele nadelen, reden voor Keijzer om toch voor een richtlijnconforme interpretatie te pleiten.²⁹⁰ Met een richtlijnconforme interpretatie wordt voorkomen dat een verdachte, wil hij zich beroepen op de kwalificatie-uitsluitingsgrond, het grondmisdrijf moet bekennen. Met een richtlijnconforme interpretatie zou het de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie zijn om aan te tonen dat er geen sprake is van uit eigen misdrijf verkregen gelden, dan wel om de tenlastelegging toe te spitsen op artikel 420bis lid 1 sub a Sr.²⁹¹

Vegter en Keijzer kunnen zich door de innerlijke tegenstrijdigheid in de wetsgeschiedenis beiden beroepen op de wil van de wetgever en toch verschillende uitkomsten bereiken, omdat een meer inhoudelijke lezing van de wetsgeschiedenis (welke gedragingen beoogde de wetgever strafbaar te stellen?) tegenover een meer abstracte lezing (beoogde de wetgever af te wijken van de richtlijn?) staat. Ik heb in 6.2.3 betoogd dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de meer abstracte ‘omzettingswil’ van de wetgever moet worden gevolgd. In het voorliggende geval leidt die benadering wellicht tot een voor sommigen onbevredigend resultaat, omdat het waarschijnlijk lijkt

289 Concl. A-G P.C. Vegter bij HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, NJ 2014/303, m.nt. N. Keijzer.

290 Keijzer in zijn annotatie bij HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, NJ 2014/303.

291 Keijzer in zijn annotatie bij HR 7 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2913, NJ 2014/500.

dat de wetgever, had hij de richtlijn correct geïnterpreteerd, expliciet gebruik had gemaakt van de bevoegdheid daarvan af te wijken. De omzettingstrekkings is waarschijnlijk gebaseerd op een misverstand ten aanzien van de betekenis van de richtlijn. Met Keijzer moet echter worden geconstateerd dat, met een Europeesrechtelijke blik bezien, de nationale wetsgeschiedenis van beperktere relevantie is. Indien er dus geen dwingende redenen zijn om van een conforme interpretatie af te zien, moet daarvoor worden gekozen.

Dat het internationaal en Europees recht geen merkbare rol speelt in de witwasjurisprudentie is vanuit Europeesrechtelijk oogpunt te betreuren: juist de Hoge Raad zou zich in zijn richtinggevende jurisprudentie steeds rekenschap moeten geven van de Europeesrechtelijke dimensie van het nationale recht waar die aanwezig is. Bovendien is het jammer dat nu niet duidelijk is geworden hoe de Hoge Raad om zou gaan met de tegenstrijdige uitlatingen van de wetgever in het kader van conforme interpretatie. Juist omdat het een beperkende uitleg van het nationale recht zou opleveren, hoeft een conforme interpretatie niet af te stuiten op het rechtszekerheidsbeginsel. Ook in richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad inzake mensenhandel wordt de Europeesrechtelijke herkomst van het delict wel genoemd, maar wordt niet duidelijk wat daarvan de implicaties zijn voor de uitleg van de Nederlandse strafbepaling.²⁹² Uit de beperkte hoeveelheid jurisprudentie die voorhanden is komt het beeld naar voren dat in het strafrecht de wetsgeschiedenis voor de Hoge Raad nog steeds van grote betekenis is.²⁹³ Dat is ook in het kader van conforme interpretatie wel toegestaan, al gaat het daarbij – anders dan in de rechtspraak van de Hoge Raad – voornamelijk om het aanwezig zijn van een intentie tot adequate omzetting. Daarnaast is er te weinig bruikbare jurisprudentie voorhanden om te kunnen beoordelen of de Hoge Raad in het strafrecht ook méér waarde hecht aan de wetsgeschiedenis dan in de andere rechtsgebieden.

6.6.3 De feitenrechter en conforme interpretatie

De feitenrechter lijkt meer dan de Hoge Raad geneigd groot gewicht toe te kennen aan conforme interpretatie, in enkele gevallen zelfs groter dan de tekst

292 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7097 / ECLI:NL:HR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), NJ 2010/598, m.nt. Y. Buruma.

293 Zie ook Borgers 2013. Zie daarnaast, naast de hier besproken arresten, HR 11 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1900, NJ 2000/606 (*Vernielen vogelnesten*). De Hoge Raad ziet niet alleen de tekst als grens, maar stelt dat '[n]och de tekst, noch de ontstaansgeschiedenis' van de nationale bepaling nopen tot een uitleg anders dan die van de richtlijn. In een andere zaak gaat het evenmin over de tekst van de bepaling, maar over 'grondslag en systeem' die een richtlijnconforme interpretatie onmogelijk maken, HR 19 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9192, NJ 1993/532 (*Rijden zonder Nederlands (maar wel met een Duits) rijbewijs*).

van de wet. Om te beginnen zijn er uiteraard zaken waarin de feitenrechter een conforme interpretatie niet mogelijk acht, bijvoorbeeld omdat de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet mag worden verzwaaard,²⁹⁴ of omdat de richtlijn niet duidelijk genoeg is.²⁹⁵ Opvallend is wel dat ook de feitenrechter niet expliciet verwijst naar het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel. In een zaak uit 2007 toetst de Rechtbank Rotterdam of een conforme interpretatie strijd zou opleveren met artikel 7 EVRM, maar niet met de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht of het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel.²⁹⁶ Wel wordt soms op de Europeesrechtelijke grenzen van de plicht gewezen, maar niet op het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel waar die grenzen aan ontspruiten.²⁹⁷ Daar tegenover staan niettemin meerdere zaken waarin een rechtbank of hof tot een conforme interpretatie komt terwijl de tekst van de wet daaraan in de weg lijkt te staan. In die zaken kan onderscheid worden gemaakt naar gelang het Europees recht minder of meer strafrechtelijke aansprakelijkheid eist. Gevallen waarin een conforme interpretatie de strafrechtelijke aansprakelijkheid inperkt, zijn vanuit het oogpunt van rechtszekerheid minder problematisch dan gevallen waarin de aansprakelijkheid wordt verruimd.

Wanneer de aansprakelijkheid wordt beperkt, is het overschrijden van de grenzen van conforme interpretatie meestal voornamelijk een technisch probleem. In die gevallen had de rechter de nationale bepaling buiten toepassing moeten laten voor zover deze in strijd is met het Europees recht. Dat is een ander middel, maar zou tot hetzelfde rechtsgevolg leiden. Zo heeft de Rechtbank Den Bosch in een serie vonnissen een bestanddeel ingelezen in artikel 3 lid 4 van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening omdat de 'letterlijke tekst' van die wet strijdig was met het Europees recht, omdat deze een verboden handelsbelemmering opleverde.²⁹⁸ Het Hof Arnhem interpreteerde het bestanddeel '50 mg/kg' conform het Europees recht als '100 mg/kg'.²⁹⁹ Een dergelijke uitleg is evident *contra legem*, terwijl hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt door de bepaling buiten toepassing te laten voor zover deze strijd opleverde met het Europees recht.³⁰⁰

Zaken waarin een conforme interpretatie van het nationale recht heeft geleid tot een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid *contra legem* zijn niet gevonden. Wel lijkt de feitenrechter soms in het licht van het Europees

294 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3361.

295 Rb Amsterdam 3 december 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AR6884 en ECLI:NL:RBAMS:2004:AR6888, *JOR* 2005/13.

296 Rb Rotterdam 20 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0861, *JOR* 2008/46, m.nt. M. Nelemans.

297 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3361.

298 Rb Den Bosch 7 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3896 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3897 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3903 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3905 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3934 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3935, *JGR* 2007/1 en 2007/2, m.nt. M. Claessens.

299 Aldus de conclusie van A-G W.H. Vellinga bij HR 23 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL4343, punt 7.

300 In dit geval was bovendien ook die grens van 100 mg/kg overschreden.

recht sneller geneigd tot een extensieve interpretatie.³⁰¹ Ook komt het voor dat de gevolgen van gesignaleerde discrepanties tussen Europees en nationaal recht niet duidelijk worden.³⁰² Dat kan tot gevolg hebben dat ook voor toekomstige gevallen onduidelijk is wat de gevolgen zijn van die discrepanties. Het dichtst bij de grens van het toelaatbare ligt mijns inziens een vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland, waarin de nog niet omgezette richtlijn mensenhandel werd betrokken bij de uitleg van artikel 273f Sr, om tot het oordeel te komen dat uitbuiting van criminele activiteiten reeds voor omzetting van de richtlijn onder het bereik van het strafrecht viel. De rechtbank overweegt over artikel 273f lid 2 Sr:

‘Uit de woorden ‘ten minste’ volgt dat deze opsomming [van vormen van uitbuiting, JGHA] niet limitatief is. Andere vormen van uitbuiting kunnen dus ook onder de strafbaarstelling van mensenhandel worden gebracht. In de EU richtlijn 2011 zijn deze andere vormen van uitbuiting nader uitgewerkt en is aan de al bestaande (niet limitatieve) opsomming toegevoegd: uitbuiting van strafbare activiteiten [...] Het vorenstaande brengt mee dat als vast staat dat sprake is van uitbuiting van criminele activiteiten en daarmee bovendien inbreuk wordt gemaakt op de fundamentele mensenrechten van het slachtoffer (degene die de criminele activiteit verricht), sprake kan zijn van een strafrechtelijke uitbuiting in de zin van artikel 273f Sr.’³⁰³

Formeel heeft de rechtbank gelijk dat de opsomming in lid 2 van dat artikel niet-limitatief is, toch doet het feit dat de nieuwe richtlijn middels een wetswijziging werd omgezet vermoeden dat dit als een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden gezien.

Met name artikel 273f Sr lijkt nogal eens uit te nodigen tot extensieve interpretaties.³⁰⁴ Gedragingen die geen ‘typische’ mensenhandel vormen zoals zwen-
del met telefoonkaarten,³⁰⁵ het aanknopen van seksuele relaties met stagiairs³⁰⁶ of het plegen van diefstal met een (zeer jonge) minderjarige³⁰⁷ worden als mensenhandel tenlastegelegd. De delictsomschrijving is gecompliceerd

301 Zo overwoog de Rechtbank Maastricht: ‘De strekking en reikwijdte van artikel 273f Sr dient dan ook te worden uitgelegd in het licht van deze internationale verdragen en ter sortering van het nuttig effect van die verdragen – kort gezegd het kunnen bestrijden van allerlei vormen van uitbuiting – dient de delictsomschrijving van artikel 273f Sr welwillend en ruim te worden uitgelegd.’ Rb Maastricht 22 maart 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV9705.

302 Zie Rb Zeeland West-Brabant 21 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1911. Een richtlijnconforme interpretatie was mijns inziens verdedigbaar geweest, maar de rechtbank geeft niet expliciet aan of daarvan in dit geval sprake is.

303 Rb Midden-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2679.

304 Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2014.

305 Rb Haarlem 8 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8985.

306 Rb Maastricht 22 maart 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV9705.

307 Rb Midden-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2679.

(Klip noemde het een wetstechnisch 'gedrocht'³⁰⁸) en biedt taalkundig ruimte voor dergelijke interpretaties. Het lijkt er soms op dat strafrechter Europees recht vooral ziet als een aanjager van uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Suhr ziet in dergelijke uitspraken het belangrijkste probleem van conforme interpretatie: dat rechters 'rechtspolitisch wünschenswerte, methodisch jedoch nur schlecht begründbare Entscheidungen mit dem Verweis auf die unionsrechtlich begründete Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung [...] legitimieren.'³⁰⁹ Het is waar dat bij conforme interpretatie de nadruk ligt op het doel van het instrument en de gebondenheid aan richtlijnen ten aanzien van het resultaat. Dat betekent evenwel niet dat de bepaling altijd zo ruim mogelijk moet worden uitgelegd: het omgekeerde kan ook waar zijn. De Richtlijn mensenhandel beoogt lidstaten een wapen in handen te geven voor het bestrijden van praktijken waarbij mensen tot instrument van winstbejag worden gemaakt. Van typische mensenhandel is hier geen sprake, en een veroordeling van deze verdachte zal dan ook redelijkerwijs niets kunnen bijdragen aan de bestrijding van dat fenomeen. Ten tweede dient het mechanisme van conforme interpretatie niet alleen de effectiviteit van het Europees recht, maar ook de uniforme interpretatie daarvan. Door een dermate eigenzinnige uitleg te geven aan de strafbepaling bestaat het risico dat er juist verschillen ontstaan tussen lidstaten (die geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid meer strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen). Het is daarom van belang dat de rechter steeds voor ogen houdt dat interpretatie conform het Europees recht óók het waarborgen van rechtsbescherming, die wordt geboden door het Handvest, impliceert.

6.6.4 Interpretatie conform richtlijnen die minimumharmonisatie beogen

Uit de jurisprudentie blijkt een aantal keer dat niet duidelijk is of het voor de conforme-interpretatieplicht uitmaakt of een richtlijn totale harmonisatie of slechts minimumharmonisatie beoogt. Wanneer een richtlijn minimumharmonisatie beoogt, kan de wetgever kiezen voor een ruimer bereik van de strafbepaling dan waartoe het Europees recht verplicht.³¹⁰ Dit roept de vraag op of de plicht tot conforme interpretatie wel geldt wanneer het nationale recht inderdaad een ruimer bereik heeft, en of relevant is of de wetgever blijf heeft gegeven van de wens een ruimere strafbepaling te creëren.

Het Hof Amsterdam achtte zich gehouden tot een richtlijnconforme interpretatie, hoewel de wetgever gebruik had gemaakt van zijn beleidsvrijheid. In diens

308 HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:670, NJ 2015/443, m.nt. Klip.

309 Suhr 2011, p. 306. In vergelijkbare zin Oppermann 2009, p. 149. Oppermann noemt conforme interpretatie 'developing a new "topos" of justification for plainly any decision.'

310 Zie paragraaf 3.3.4.

arrest in de *Ahold*-zaak ging het om de uitleg van wetgeving over consolidatie van jaarrekeningen. Deze wetgeving strekte mede tot omzetting van de zeven- de EEG-richtlijn betreffende de geconsolideerde jaarrekening.³¹¹ Deze richtlijn beoogde minimumharmonisatie, maar bood enkele keren gebonden mogelijkheden tot afwijking (facultatieve consolidatieverplichtingen bijvoorbeeld). Nederland had van deze mogelijkheden gebruik gemaakt. Het hof oordeelde niettemin dat de nationale bepalingen richtlijnconform konden en moesten worden uitgelegd.³¹² De vraag is of twee voorwaarden voor consolidatiever- plichting cumulatief zijn: nu het hof heeft geoordeeld dat Nederland alle facultatieve mogelijkheden tot het vestigen van een consolidatieplicht heeft willen benutten de voorwaarden, net als in de richtlijn, als alternatieve voor- waarden worden beschouwd. Anders zouden de consolidatieverplichtingen immers minder ver reiken dan mogelijk.³¹³

De Hoge Raad heeft evenwel voor een andere benadering gekozen, zo lijkt althans te volgen uit de weinige arresten waar de vraag naar conforme inter- pretatie bij minimumharmonisatie aan de orde is geweest. De eerste keer dat deze vraag speelde bij de Hoge Raad was in een zaak over de uitleg van de Wet melding zeggenschap (Wmz).³¹⁴ De vraag was of de meldingsverplichtin- gen ook gelden indien het de verkrijging door een vennootschap van eigen aandelen betreft. De relevante richtlijn zwijgt daarover, maar biedt wel in artikel 3 de mogelijkheid tot het mede van toepassing verklaren van de mel- dingsplicht op verkrijging van kapitaal.³¹⁵ Van deze mogelijkheid heeft de wetgever gebruik gemaakt. Het nationale recht vermeldt echter niet expliciet of de bepalingen ook van toepassing zijn op vennootschappen die eigen aandelen verkrijgen. De Hoge Raad meende op grond van de strekking van de bepaling dat dit wel het geval was, en stelde dat tekst en wetsgeschiedenis niet dwingen tot een andere opvatting. De Hoge Raad koos dus voor een ruime uitleg, omdat niet expliciet is bepaald dat voor een beperkende uitleg moet worden gekozen. Vervolgens bespreekt de Hoge Raad het gedane beroep op de richtlijn: 'Voorzover het middel zich ter staving van het tegendeel nog beroept op de tekst en de strekking van de richtlijn, stuit het af op de omstan- digheid dat de wetgever, naar hem ingevolge art. 3 van de richtlijn vrijstond, in art. 3 Wmz een voorschrift in het leven heeft geroepen dat verder gaat dan

311 Richtlijn 83/349/EEG van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g) van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening.

312 Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1789, NJ 2010/443, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 3.8.

313 Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1789, NJ 2010/443, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 3.8.

314 HR 9 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7737, NJ 2005/569.

315 Art. 3 Richtlijn 88/627/EEG van de Raad van 12 december 1988 betreffende de gegevens die moeten worden gepubliceerd bij verwerving en bij overdracht van een belangrijke deelneming in een ter beurze genoteerde vennootschap.

waartoe de richtlijn verplicht.³¹⁶ Die keuze blijkt echter niet expliciet uit de door de Hoge Raad geciteerde wetsgeschiedenis. Niettemin komt de Hoge Raad als gevolg daarvan niet toe aan een eventuele richtlijnconforme interpretatie.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad meent in het midden te kunnen laten of de richtlijn zich überhaupt uitstrekt tot het melden van verkrijgingen van eigen aandelen, omdat ook indien dit niet zo is, de wetgever van de richtlijn mag afwijken. Met andere woorden lijkt de Hoge Raad zich niet verplicht te achten tot conforme interpretatie bij minimumharmonisatie. Dat de wetgever van de richtlijn heeft willen afwijken, leidt de Hoge Raad echter uitsluitend af uit de strekking, en niet uit de tekst van de wet of de wetsgeschiedenis. Het nationale recht speelt derhalve een belangrijke rol voor de uitleg, belangrijker dan in het privaatrecht, waar slechts wordt aangenomen dat de wetgever heeft willen afwijken van de richtlijn indien de wetsgeschiedenis blijkt geeft van een 'welbewuste bedoeling'.³¹⁷ Uiteraard geldt als relevant verschil dat het in die zaken ging om een niet toegestane afwijking, terwijl hier de wetgever Europeesrechtelijk gezien aan zijn plichten voldoet.

De betekenis van minimumharmonisatie komt tevens aan de orde in een conclusie van advocaat-generaal Wortel bij een arrest van de Hoge Raad uit 2007 over verboden wapenbezit.³¹⁸ Deze zaak had betrekking op de vraag of een 'schuifkolf met sluitveer en sluitveerstang' valt onder 'onderdelen die specifiek bestemd zijn voor die wapens en die van wezenlijke aard zijn' zoals omschreven in artikel 3 lid 1 WWM. De verdediging beroept zich op Richtlijn 91/447/EEG betreffende de controle op het verwerven en voorhanden hebben van wapens, die een omschrijving van een met een wapen te vereenzelvigen onderdeel bevat en waar het genoemde onderdeel volgens de verdediging niet onder valt. Het verweer kan volgens A-G Wortel niet slagen om de volgende reden: 'De aangehaalde Richtlijn (91/477/EEG, PbEG (1991) L 256) strekt niet tot totale harmonisatie doch laat de lidstaten de bevoegdheid eigen, strengere, maatregelen te treffen of te handhaven ter bestrijding van de illegale wapenhandel. In het midden kan dus blijven of een richtlijnconforme interpretatie in het voordeel van verzoeker zou kunnen zijn, aangezien de Bijlage bij de Richtlijn onder meer 'sluitingsmechanismes' als essentiële onderdelen noemt. Het zou nadere uitleg behoeven waarom een '(schuif)kolf met sluitveer en sluitveerstang' geen 'sluitingsmechanisme' is.'

De formulering van deze passage is mijns inziens dubbelzinnig. Dat in het midden kan blijven of richtlijnconforme interpretatie in het voordeel kan zijn van de verzoeker wordt enerzijds met het woord 'dus' gekoppeld aan

316 HR 9 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7737, NJ 2005/569, r.o. 4.6.

317 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Vierdaagse), r.o. 3.4, besproken in paragraaf 6.6.1.

318 HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4087, NJ 2007/95.

het feit dat de richtlijn minimumharmonisatie bevat, anderzijds met het woord 'aangezien' aan de overtuiging van de A-G dat dit onwaarschijnlijk lijkt en nadere onderbouwing behoeft. In ieder geval lijkt Wortel ervan overtuigd dat in het geval een richtlijn minimumharmonisatie beoogt, iedere richtlijnconforme interpretatie in het voordeel van de verdachte is uitgesloten. Dit gebeurt zonder onderzoek naar de vraag of de wetgever in de wetsgeschiedenis blijk geeft gebruik te willen maken van de discretionaire bevoegdheid tot verdergaande rechtsbescherming.

Een vergelijkbare situatie komt aan bod in de annotatie van Keijzer bij een drietal arresten tegen verschillende leden van de zogenaamde Hofstadgroep.³¹⁹ De Hofstadgroep werd aangemerkt als een organisatie in de zin van artikel 140 en 140a Sr, respectievelijk een criminele en een terroristische organisatie. Eén van de vragen die in de arresten centraal staat is wanneer sprake is van 'deelneming' aan een dergelijke organisatie. De Hoge Raad herhaalt 'dat van deelneming aan een organisatie als bedoeld in de art. 140 en 140a Sr slechts dan sprake kan zijn, indien de betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in die artikelen bedoelde oogmerk'.³²⁰ Daarvoor is volgens de Hoge Raad echter niet vereist dat de verdachte zelf deelneemt aan het plegen van strafbare feiten: ook het leveren van een bijdrage aan niet strafbare gedragingen kan voldoende zijn voor deelneming, zolang die gedragingen rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie. Eén van de verdachten had bijvoorbeeld onder andere bijeenkomsten georganiseerd waarbij de gewelddadige verspreiding van de islam werd gepropageerd en daarvoor ook beeldmateriaal aangedragen.

Hoewel artikel 140a Sr beoogt uitvoering te geven aan het Kaderbesluit terrorismebestrijding, komt in het arrest en de conclusie de conformiteit van wetgeving en jurisprudentie niet ter sprake.³²¹ Annotator Keijzer meent echter met een beroep op het kaderbesluit dat artikel 140 en 140a Sr vereisen dat door de gedragingen van de verdachte 'het gevaar van verwezenlijking van die [door de organisatie beoogde, JGHA] misdrijven wordt vergroot'. Artikel 2 aanhef en sub b van het kaderbesluit bepaalt: 'Iedere lidstaat neemt de nodige maatregelen om de hiernavolgende opzettelijke gedragingen strafbaar te stellen: ... b) het deelnemen aan de activiteiten van een terroristische groep, waaronder het verstrekken van gegevens of middelen aan de groep of het in enigerlei vorm financieren van de activiteiten van de groep, wetende dat deze deelneming bijdraagt aan de criminele activiteiten van de groep.' Volgens het

319 HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5178, NJ 2012/658.

320 HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5178, NJ 2012/658, m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.3.

321 Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding (geamendeerd bij Kaderbesluit 2008/919/JBZ van 28 november 2008).

kaderbesluit moet de deelneming dus bijdragen aan de *criminele* activiteiten van de groep. Het bijdragen aan onschadelijke activiteiten, zoals het organiseren van bijeenkomsten, is volgens Keijzer onvoldoende. Voor hem hoeft het verschil tussen de strafbepaling en het kaderbesluit echter niet tot gevolgen te leiden, omdat 'het Kaderbesluit er niet aan in de weg staat dat lidstaten deelneming ruimer omschrijven dan daar is voorgeschreven.'³²² Harmonisatie van het strafrecht behelst minimumharmonisatie en geeft lidstaten daarmee de vrijheid meer gedragingen te criminaliseren dan waartoe het Unierecht verplicht.

Keijzer lijkt te bedoelen, net als A-G Wortel, dat omdat het kaderbesluit per definitie minimumharmonisatie beoogt, de omzettingwetgeving per definitie breder kan worden uitgelegd dan het kaderbesluit. Dit betekent dat minimumharmonisatie niet alleen van betekenis is voor de wetgever, omdat die een ruimere strafbepaling mag formuleren, het is ook van betekenis voor de rechter die bij de uitleg van de strafbepaling geen rekening hoeft te houden met het Europees recht. Ook Kristen ziet de mogelijkheid tot het bieden van meer bescherming als een bevoegdheid voor zowel wetgever als rechter. Indien het Europees recht discretionaire ruimte laat, is conforme interpretatie derhalve niet verplicht.³²³ Daarbij hecht Kristen kennelijk geen betekenis aan het al dan niet benutten van de discretionaire ruimte door de wetgever.

Bij deze benadering van Keijzer en Kristen kunnen vraagtekens worden geplaatst. Ten eerste biedt het Europees recht geen aanknopingspunten om richtlijnen die minimumharmonisatie beogen uit te zonderen van de conforme-interpretatieplicht. Een dergelijke uitzondering zou de harmoniserende werking van die richtlijnen aanzienlijk beperken, en zou ingaan tegen de veronderstelling dat de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten, tenzij het tegendeel expliciet blijkt. Ter ondersteuning daarvan kan worden gewezen op het *Pfeiffer*-arrest, waarin het Hof stelt:

'[De verplichting voor de nationale rechter om rechtsbescherming die uit het gemeenschapsrecht voortvloeit te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen] geldt des te meer wanneer aan de nationale rechter een geschil is voorgelegd over de toepassing van nationale voorschriften die zoals in casu speciaal zijn ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren. Deze rechter moet er gelet op artikel 249, derde alinea, EG van uitgaan dat de lidstaat, *wanneer hij eenmaal gebruikt [sic] heeft gemaakt van de beoordelingsmarge die hij krachtens deze bepaling geniet*, de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen.'³²⁴

322 Annotatie Keijzer bij HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5178, NJ 2012/658.

323 Kristen 2004, p. 77; Kristen 2003, p. 391-392.

324 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 112.

Dit impliceert mijns inziens dat het gebruik maken van de beoordelingsmarge in tijd voorafgaat aan de uitleg van het nationale recht. Het beeld dat het Hof schetst van beleidsvrijheid is dat deze gericht is aan de wetgever, en dat daarvan nadat de richtlijn is omgezet geen gebruik meer kan worden gemaakt. Het bestaan van beleidsvrijheid vormt daarom voor het Hof geen belemmering voor de plicht tot conforme interpretatie van een dergelijke bepaling, en zelfs niet voor de rechtstreekse werking daarvan.³²⁵

Conforme interpretatie is kortom in beginsel verplicht, ook wanneer het Europees recht beleidsvrijheid biedt. Slechts indien de wetgever expliciet heeft aangegeven gebruik te maken van die beleidsvrijheid, kan van het Europees recht worden afgeweken. De rechter moet dus eerst onderzoeken of de nationale bepaling strenger is, er daarbij van uitgaand dat dit niet het geval is tenzij expliciet aangegeven.³²⁶

6.6.5 Conforme interpretatie en de constitutionele positie van de Nederlandse strafrechter

Het Hof van Justitie geeft de nationale rechter met de plicht tot conforme interpretatie een belangrijke taak in de decentrale handhaving van Europees recht. Het kenmerk van die decentrale handhaving is dat zij kan geschieden ook of juist bij het niet volledig nakomen van de verplichtingen onder Europees recht door de nationale wetgever. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt ook dat de nationale rechter bij conforme interpretatie soms gehouden is voorbij te gaan aan uitingen in de wetsgeschiedenis. Deze rechtspraak heeft de potentie een verschuiving aan te brengen in de verhouding tussen de nationale wetgever en de nationale rechter.

Opnieuw lijkt de verwijzing naar de bevoegdheden van de rechter in het nationale recht een sterke aanwijzing te vormen dat conforme interpretatie geen of weinig constitutionele implicaties heeft. Volgens Kristen ziet de Hoge Raad daarin een grond om constitutionele verhoudingen in het nationale recht te eerbiedigen.³²⁷ Canaris stelt zelfs dat de plicht tot conforme interpretatie nationaalrechtelijke verhoudingen tussen de wetgever en rechter geheel onaan-geroerd laat.³²⁸

Toch staat daar opnieuw de rechtspraak tegenover waarin de rechter weliswaar niet de uitkomst van de zaak voorschrijft, maar wel aangeeft welk gewicht bij het bepalen daarvan mag toekomen aan de verschillende argumenten. De nationale wetgever is daarbij zeker niet ieder gezag verloren, aangezien

325 In r.o. 105 overweegt het Hof dat de richtlijn in beginsel rechtstreekse werking heeft, maar niet in het voorliggende geval, aangezien dat een geschil tussen particulieren betreft.

326 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*), r.o. 20.

327 Kristen 2003, p. 396-398.

328 Canaris 2002, p. 56.

de nationale wettekst uiteindelijk bepalend is voor de vraag of een conforme interpretatie mogelijk is. Ook als dat zo is, is de mogelijkheid tot conforme interpretatie in zeer hoge mate afhankelijk van de vraag of is beoogd het Europees recht adequaat om te zetten. In de praktijk betekent dit echter gezien het rechterlijk vermoeden dat de wetgever dit inderdaad heeft beoogd,³²⁹ dat de nationale wetgever expliciet het tegendeel moet laten blijken uit de wetsgeschiedenis – hetgeen uiteraard diplomatieke consequenties zou hebben – wil een conforme interpretatie onmogelijk zijn.

Wetshistorische interpretatie speelt in het Nederlandse strafrecht een grote rol,³³⁰ maar een uitleg die niet overeenstemt met concrete uitlatingen van de wetgever wordt niet gezien als een overschrijding van de bevoegdheden van de rechter. De rechter lijkt met name terughoudend te zijn wanneer een uitspraak beleidsmatige keuzes zou vergen, die, zoals de Hoge Raad pleegt te zeggen ‘de rechtsvormende taak van de rechter te buiten’ gaan.³³¹ Wanneer het Europees recht niet zonder rechtspolitieke besluitvorming kan worden omgezet in nationaal recht, zal het echter doorgaans niet voldoende richting kunnen geven aan een conforme interpretatie. De huidige rechtspraak van het Hof dwingt de Nederlandse strafrechter daarom niet tot het overschrijden van de grenzen van zijn bevoegdheid.³³²

Dat de verhouding van de rechter tot de nationale wetgever daarmee ook onberoerd blijft, staat niet vast. De betekenis van de nationale wetsgeschiedenis is in het kader van het Europees strafrecht aanzienlijk gereduceerd ten opzichte van de betekenis daarvan in het nationale recht. De wetsgeschiedenis is immers met name bepalend voor de beoordeling van de omzettingsswil van de wetgever. In de literatuur bestaat dan ook consensus over het feit dat de nationale rechter door zijn rol als Europese rechter een zelfstandige positie verwerft ten opzichte van zijn nationale wetgever.³³³ De plicht tot conforme interpretatie is daar een belangrijk voorbeeld van, maar in dit verband kan ook worden gewezen op de rechtstreekse werking van Europees recht en de staatsaansprakelijkheid.

In de literatuur is ook wel gesuggereerd dat de rechter ook een meer *autonome* positie verkrijgt ten opzichte van het recht in zijn hoedanigheid van Europese rechter. Daarmee wordt bedoeld dat hij voor zijn beslissing meer op zijn eigen oordeel mag varen, in plaats van op de bedoeling van de nationale wetgever. Léger neemt een proces van verzelfstandiging van de rechter ten opzichte van het nationale recht waar, hetgeen volgens hem heeft bijgedragen

329 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*).

330 Zie over wetshistorische interpretatie en de plaats daarvan in het strafrecht Borgers 2003.

331 Bijvoorbeeld HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770, NJ 2014/268, m.nt. T.M. Schalken.

332 Prechal stelt met behulp van meer principiële argumenten dat conforme interpretatie de nationale rechter niet dwingt tot het overschrijden van zijn nationale constitutionele bevoegdheden, Prechal 2005a, p. 200-203.

333 Brechmann 1994, p. 25-30; Loth 2014, p. 11; Concl. A-G P. Léger bij HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*), punt 59; Wiarda/Koopmans 1999, p. 53-60.

aan een versterking van het rechterlijk gezag en een ‘opwaardering van het ambt van de rechter’, die niet langer ‘bouche de la loi’ is.³³⁴

De bevindingen van het onderhavige onderzoek ondersteunen de stelling dat de rechter ten opzichte van de nationale wetgever een zelfstandiger positie verkrijgt. De positie van de rechter is door zijn rol in de doorwerking van Europees recht en zijn bevoegdheid tot toetsing aan algemene rechtsbeginselen prominenter geworden.³³⁵ Dat hij daarmee ook meer autonomie krijgt, kan uit die stelling echter niet worden afgeleid. Wat de Nederlandse rechter in de plaats heeft gekregen voor de binding aan het nationale recht en de nationale wetgever, is een binding aan het Europees recht die sterker is dan die aan het Nederlandse recht.³³⁶ Barents verwoordt dit punt zeer bondig: de rechter is autonoom ten opzichte van het nationale recht, maar niet ten opzichte van het Unierecht.³³⁷ De binding, de loyaliteit en de relatie van de rechter verschuiven van de nationale wetgever naar de Europese wetgever. Ten opzichte van die Europese rechtsorde heeft de rechter eerder minder vrijheid dan meer.

6.7 DEELCONCLUSIE

Het Hof van Justitie acht zich tot op heden niet begrensd in zijn interpretatievrijheid door het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Het Hof wil uit principe geen rekening houden met het rechtsgebied waarin een regel van Europees recht is geïmplementeerd. In de zaak *Grøngaard en Bang*, waarin het Hof een strafuitsluitingsgrond moest uitleggen, stelde het Hof dat de uitleg van de richtlijn zorg moet dragen voor een zo groot mogelijke effectieve werking. De nationale rechter heeft vervolgens tot taak de rechtsbescherming te waarborgen. Het Hof bewerkstelligt aldus een strikte taakverdeling tussen zichzelf en de nationale rechter. Die hangt samen met het feit dat volgens het Hof de Europese rechter in laatste instantie verantwoordelijk is voor de uitleg van het Europees recht, en de nationale rechter voor het nationale recht. Het Hof van Justitie treedt daarom niet in de uitleg van het nationale recht, terwijl de nationale rechter gehouden is prejudiciële vragen te stellen indien het Europees recht onduidelijk is.³³⁸

In dit hoofdstuk is ook onderzocht hoeveel vrijheid het Hof zich in de praktijk toebedeelt bij de uitleg van het Europees recht. De jurisprudentie van

334 Concl. A-G P. Léger bij HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*), punt 59-60.

335 Wiarda/Koopmans 1999, p. 53-60. De tekst op deze pagina's is uitsluitend van Koopmans afkomstig, maar het betreft ontwikkelingen die Wiarda ook al waarnam in bredere zin in de rechtsvinding, zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 34-50.

336 Schmidt 1995, p. 591.

337 Barents 2013, p. 130. In vergelijkbare zin De Hullu 2015, p. 104-105.

338 Zie paragraaf 6.4.

het Hof in het punitief bestuursrecht vertoont, net als de rechtspraak van het EHRM waar het Hof veelvuldig naar verwijst, veel kenmerken van de rechten-conceptie. Het Hof van Justitie maakt veel gebruik van de teleologische interpretatiemethode. De wetsgeschiedenis speelt, met name waar het gaat om de verdragen, een notoir kleine rol voor de uitleg. Het Hof hanteert een objectieve rechtsopvatting en is steeds op zoek naar de autonome betekenis van het Europees recht die bijdraagt aan de ontwikkeling van het Europees recht. In gevallen waar verschillen tussen taalversies zich voordoen, komt het Hof op basis van een vergelijking van verschillende versies tot een uitleg, die niet even goed hoeft aan te sluiten bij al die versies (en dat ook niet kan). Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat volgens het Hof bepalingen waarvan niet-naleving rechtstreeks wordt bestraft met financiële sancties, niet mogen worden uitgelegd op een wijze die indruist tegen de 'normale betekenis' van de in die bepaling gebruikte woorden of die leidt tot een resultaat *contra legem*. De grammaticale interpretatiemethode speelt dus wel degelijk een rol. Ook teneinde de rechtspraak niet altijd naar een ruimere reikwijdte van het Europees recht: het mogelijk onbestraft blijven van bepaalde gedragingen is voor het Hof geen reden te kiezen voor een sterk van de tekst afwijkende interpretatie. Het is dus niet zo dat de teleologische interpretatiemethode altijd prevaleert ten opzichte van de overige interpretatiemethoden, zeker niet waar het de uitleg van secundair Europees recht betreft.³³⁹ Het is denkbaar dat, naarmate het Europees recht een grotere invloed krijgt op het materiële strafrecht, het legaliteitsbeginsel toch een expliciete rol krijgt in het begrenzen van de interpretatievrijheid van het Hof van Justitie.

Het Hof stelt aan de uitleg van strafbepalingen door de *nationale rechter* wel eisen op basis van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Het Hof noemt het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod van terugwerkende kracht en het 'beginsel dat de toepassing van de strafwet niet ten nadele van de verdachte mag worden uitgebreid', ofwel het analogieverbod.³⁴⁰ Richtlijnen mogen niet zonder basis in het nationale recht leiden tot het vestigen of verzwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid, en een richtlijn mag ook niet leiden tot een uitleg *contra legem* van de nationale wet. Deze beperkingen zijn geformuleerd ten aanzien van het product of resultaat van interpretatie van strafbepalingen, en niet ten aanzien van de toepassing ervan in de concrete strafzaak.³⁴¹ Dit heeft tot gevolg dat niet met behulp van rechterlijk overgangsrecht een conforme uitleg voor de toekomst mag worden gegeven, ook al wordt daarmee de rechtszekerheid van individuen gewaarborgd. Een conforme uitleg van het nationale recht is dan simpelweg niet mogelijk, de rechter kiest voor een niet-

339 Zie paragraaf 6.4.

340 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*), r.o. 25. Dit arrest is besproken in paragraaf 6.5.3.

341 Zie voor het onderscheid paragraaf 6.2, m.n. paragraaf 6.2.3.

conforme uitleg en de wetgever is aan zet.³⁴² De grenzen die het Hof formuleert zijn strikt en onvoorwaardelijk. Daarmee is de uitleg van het Hof van Justitie strikter dan die van het EHRM, en dan die van zichzelf in het punitief bestuursrecht. Rechtszekerheid weegt kennelijk in het Europees strafrecht per definitie zwaarder voor de interpretatie dan effectiviteit van het Europees recht, terwijl in het EVRM de rechtvaardigheid en bescherming van individuen tegen horizontale mensenrechtenschendingen soms het belang van rechtszekerheid van de verdachte overtroeven.³⁴³

Hoewel de plicht tot conforme interpretatie door de jurisprudentie van het Hof niet in strijd komt met het legaliteitsbeginsel, heeft conforme interpretatie wel invloed op de gangbare wijze van interpreteren – meer precies, op de gangbare wijze van het motiveren van de interpretatie. Conforme interpretatie neemt een vaste plaats in tussen de interpretatiemethoden. De tekst van het nationale recht staat voorop: conforme interpretatie mag niet leiden tot een uitleg *contra legem*. De nationale rechter moet vervolgens onderzoeken of de wetgever beoogd heeft het Europees recht om te zetten, en indien de wetgever dat inderdaad heeft beoogd moet de rechter veronderstellen dat hij ook heeft beoogd het Europees recht *adequaat* om te zetten. Een conforme uitleg van het nationale recht is dan in beginsel mogelijk. Uit latere rechtspraak volgt dat deze omzettingsswil moet prevaleren boven meer concrete uitlatingen van de wetgever over de beoogde uitleg van het nationale recht. Conforme interpretatie komt dan *na* grammaticale interpretatie, maar *voor* wetshistorische. Hoewel het Hof van Justitie in *Von Colson en Kamann* stelde dat conforme interpretatie plaatsvindt op grond van nationale interpretatiemethoden met inachtneming van de grenzen aan de bevoegdheid van de rechter die het nationale recht stelt, blijkt uit deze rechtspraak dat conforme interpretatie wel degelijk het *proces* van interpreteren beïnvloedt. De rechter opereert derhalve formeel binnen de kaders van het nationale recht, interpreteert ook het nationale recht, maar wordt daarbij inhoudelijk gestuurd door het Europees recht.³⁴⁴

Omdat er niet veel precies op dit aspect toegespitste jurisprudentie voorhanden is, is het lastig om te onderzoeken hoe de nationale strafrechter precies omgaat met de plicht tot conforme interpretatie. In het *Thuiskopie*-arrest formuleerde de Hoge Raad richtlijnen voor conforme interpretatie.³⁴⁵ De benadering van de Hoge Raad is resultaatgericht: het uitgangspunt is de Europeesrechtelijke norm. De vraag die de rechter zich vervolgens moet stellen is of het nationale recht een uitleg in overeenstemming met de Europeesrechtelijke norm *onmogelijk* maakt. Dat is zo wanneer de tekst evident in strijd is met de Europese norm, maar een uitleg die tegen de uitlatingen van de wetgever in de wetsgeschiedenis ingaat kan niet worden geweigerd met een beroep op het

342 Zie paragraaf 6.5.3.

343 Zie paragraaf 6.5.4.

344 Zie paragraaf 6.5.5.

345 Dit arrest is besproken in paragraaf 6.6.1.

rechtszekerheidsbeginsel. In het strafrecht hecht de Hoge Raad veel waarde aan de nationale wetsgeschiedenis, maar vaak is niet precies duidelijk welke invloed het Europees recht precies op de uitleg heeft gehad. In de feitenrechtspraak zijn enkele uitspraken gevonden die (impliciet) de grenzen van conforme interpretatie opzoeken. Met name de ruim geformuleerde delictomschrijving van mensenhandel lijkt ruimte te bieden voor wezensvreemde toepassingen met een beroep op het Europees recht. Tot slot lijkt de strafrechter geneigd terughoudend te zijn met conforme interpretatie wanneer het Europees recht beleidsvrijheid laat tot het stellen van strengere regels, ongeacht de vraag of de wetgever van die beleidsvrijheid gebruik heeft gemaakt. In dit hoofdstuk is betoogd dat indien de wetgever geen gebruik heeft gemaakt van die beleidsvrijheid, de gebruikelijke presumptie geldt dat de wetgever heeft beoogd eenzelfde reikwijdte te geven aan het nationale recht als in het Europees recht. Slechts indien de wetgever gebruik heeft gemaakt van zijn beleidsvrijheid, is een conforme interpretatie niet verplicht.³⁴⁶

Bij de formulering van de conforme-interpretatieplicht laat het Hof van Justitie zich relatief veel gelegen liggen aan de specifieke strafrechtelijke waarborgen, en staat het toe dat die de werking van het mechanisme van conforme interpretatie beperken. Dat is in het Europees recht een tamelijk ongebruikelijke situatie.

Het Hof beïnvloedt met zijn rechtspraak over conforme interpretatie de wijze waarop de nationale rechter het nationale recht moet uitleggen. Daardoor lijkt de jurisprudentie van het Hof soms sterk gericht op de instrumentele functie van het recht. De rechtspraak van het Hof biedt niettemin mogelijkheden en argumenten voor de strafrechter om het legaliteitsbeginsel te waarborgen, eventueel ten koste van de effectieve werking van het Europees recht. Doordat niet alleen de toepassing van een uitleg beperkt wordt door het legaliteitsbeginsel, maar het zelfs niet is toegestaan een bepaald resultaat te bereiken indien dit in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel, wordt voorkomen dat de uitleg van het nationale recht steeds verder verwijderd raakt van de tekst ervan. Dat bevordert de rechtszekerheid.

Conforme interpretatie heeft op meerdere manieren implicaties voor de machtsverdeling. Conforme interpretatie zorgt voor een meer zelfstandige positie van de nationale rechter ten opzichte van de nationale wetgever en de nationale wetsgeschiedenis.³⁴⁷ Tegelijkertijd wordt door het Hof, door de tekst van de nationale wet tot uitgangspunt en absolute grens te nemen, de verantwoordelijkheid voor een correcte implementatie van het Europees recht in de eerste plaats bij de nationale wetgever gelegd. De wetgever heeft tot taak te zorgen dat de nationale wet een getrouwe weergave geeft van de rechten en plichten die burgers hebben op grond van het Europees recht.

³⁴⁶ Zie paragraaf 6.6.4.

³⁴⁷ Zie paragraaf 6.6.5.

Vormt de nationale wet niet zo'n getrouwe weergave, dan zijn de mogelijkheden voor de strafrechter om het conflict ten nadele van de verdachte op te lossen zeer beperkt. De nationale rechter heeft in deze structuur vooral een zelfstandige en belangrijke taak het legaliteitsbeginsel te waarborgen.