

31 augustus 2001

Aan de Minister van Justitie  
de heer mr. A.H. Korthals  
Postbus 20301  
2500 EH 's-Gravenhage

Ons nummer: W03.01.0420/IA

Betreft: Uw brief van 27 juli 2001

Bij Uw bovenvermelde brief hebt U een verzoek gedaan overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State. Het verzoek betreft de ontwerprichtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht en de ontwerprichtlijn inzake strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap.

Thans heeft afdeling I de beraadslagingen afgesloten en haar reactie op Uw verzoek vastgesteld. Mede namens de voorzitter van de afdeling doe ik U hierbij deze reactie toekomen.

**Voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State over de ontwerprichtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht en de ontwerprichtlijn inzake strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap (no.W03.01.0420/I/A).**

Bij brief van 27 juli 2001 heeft de Minister van Justitie om voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State verzocht betreffende de thans in de Raad van de Europese Unie in behandeling zijnde ontwerprichtlijn inzake milieubescherming door het strafrecht en de ontwerprichtlijn inzake strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Een en ander is een uitvloeisel van de door het kabinet met de Raad van State gemaakte afspraak om, bij wijze van proef, advies te vragen over enkele ontwerprichtlijnen.

De ontwerprichtlijnen hebben blijkens de brief bij interdepartementale besprekingen een aantal zwaarwegende vragen opgeroepen met betrekking tot de rechtsgrondslag, de inzet van het strafrechtelijk instrumentarium en de mogelijke consequenties daarvan voor andere handhavinginstrumenten. Het werd dienstig geacht, bij de beantwoording van deze vragen de zienswijze van de Raad te vernemen.

In het bijzonder zijn de volgende vragen voorgelegd:

- 1°. Kunnen naast artikel 31, aanhef en onder e, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, bepalingen van het EG-Verdrag als rechtsbasis dienen om op het gebied van milieu(bescherming) respectievelijk fraudebestrijding verplichtingen op te leggen aan de lidstaten die strekken tot onderlinge afstemming van nationale strafbaarstellingen en straffen?
- 2°. Wat is het oordeel van de Raad over de gekozen rechtsbasis voor deze ontwerprichtlijnen?
- 3°. Behouden de lidstaten, indien EG-regelgeving de verplichting tot het (strafrechtelijk) strafbaar stellen van gedragingen bevat, de bevoegdheid om in hun nationale wetgeving daarnaast bestuursrechtelijke sancties voor dezelfde gedragingen te handhaven of te creëren?
- 4°. Behouden de lidstaten, indien EG-regelgeving de verplichting tot het (strafrechtelijk) strafbaar stellen van gedragingen bevat zonder verdere voorschriften betreffende de handhaving, de bevoegdheid om naast het strafrecht ook andere handhavingssystemen te hanteren?

De Raad heeft, overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State, de beantwoording van de gestelde vragen toevertrouwd aan afdeling I van de Raad. Hierna gaat de afdeling nader in op de gestelde vragen. De afdeling maakt tevens van de gelegenheid gebruik om nog enkele opmerkingen van meer technische aard over de voorstellen te maken.

**Vraag 1**

Kunnen naast artikel 31, aanhef en onder e, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, bepalingen van het EG-Verdrag als rechtsbasis dienen om op het gebied van milieu(bescherming) respectievelijk fraudebestrijding verplichtingen op te leggen aan de lidstaten die strekken tot onderlinge afstemming van nationale strafbaarstellingen en straffen?

Artikel 31 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: EU-Verdrag) geeft een bevoegdheid tot een gezamenlijk optreden op het terrein van justitiële samenwerking in

strafzaken. Onderdeel e daarvan voorziet in "het geleidelijk aannemen van maatregelen tot opstelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de georganiseerde criminaliteit, terrorisme en illegale drugshandel". Deze bepaling is opgenomen in titel VI (bepalingen inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken). Blijkens artikel 29 EU-Verdrag gelden de bepalingen van deze titel "onverminderd de bevoegdheden van de Europese Gemeenschap".

Artikel 47 van het Verdrag betreffende de Europese Unie<sup>1</sup> bepaalt verder – kort gezegd – dat dat verdrag geen afbreuk doet aan de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, noch aan de verdragen en akten waarbij die verdragen zijn gewijzigd of aangevuld.

Beide bepalingen gaan er dus van uit dat het strafrecht niet uitsluitend tot het domein behoort van het EU-Verdrag en geven voorts aan dat de bepalingen van het EU-Verdrag de bevoegdheden ingevolge het EG-Verdrag onverlet laten. Dit is bevestigd door het Hof van Justitie Europese Gemeenschappen<sup>2</sup>. Voorts is van belang dat in dit stelsel geen onderwerpen bij uitsluiting zijn voorbehouden aan de toepassing van het EU-Verdrag.

Daarmee is uiteraard nog niets gezegd over de mate waarin de verschillende bepalingen van het EG-Verdrag een geschikte basis vormen voor maatregelen op het gebied van het strafrecht, maar wel is duidelijk dat het EU-Verdrag daartegen geen belemmeringen opwerpt.

Zoals hierna bij vraag 2, onder b, zal worden toegelicht, is het vierde lid van artikel 280 van het EG-Verdrag een aanvulling en verbijzondering van het algemene subsidiariteitsbeginsel (artikel 5 van het EG-Verdrag) ten aanzien van de verhouding van maatregelen in EG-verband tot de inrichting van de nationale strafrechtssystemen van de lidstaten. Op grond van het algemene subsidiariteitsbeginsel dient ook op andere terreinen, zoals dat van het milieustrafrecht, erop te worden gelet dat de Europese wetgeving de werking van de nationale strafstelsels niet nodeloos verstoort. De vraag dient voorop te staan wat - ook qua sanctiestelsels - vereist is in het kader van de realisering van de communautaire doelstellingen. Dit is mede van belang om te voorkomen dat de nationale strafrechtssystemen worden opgesplitst in deelsystemen al naar gelang of op het betrokken terrein Europese regels zijn gesteld. Met inachtneming hiervan kan de gestelde vraag bevestigend worden beantwoord.

## Vraag 2

Wat is het oordeel van de Raad over de gekozen rechtsbasis voor deze ontwerprichtlijnen?

### Algemeen

Bij de richtlijnvoorstellen gaat het niet om richtlijnen die worden gebaseerd op specifieke bepalingen inzake strafrecht, maar wordt (harmonisatie van) strafrecht ingezet om specifiek beleid effectief te doen zijn.

In dit kader is het de vraag of de verschillende artikelen in het EG-Verdrag die de bevoegdheid geven bepaalde onderwerpen te regelen, ook de mogelijkheid geven de strafrechtelijke sanctieering ten aanzien van dat onderwerp te regelen of harmoniseren.

De inzet van het strafrecht is op veel terreinen een belangrijk sluitstuk voor de handhaving van regels. Er kunnen zich allerlei situaties voordoen waarin – met inachtneming van het

<sup>1</sup> Artikel 47 luidt:

"Behoudens de bepalingen houdende wijziging van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap met het oog op de oprichting van de Europese Gemeenschap, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal en van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, en deze slotbepalingen, doet geen enkele bepaling van dit Verdrag afbreuk aan de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, noch aan de Verdragen en akten waarbij deze Verdragen zijn gewijzigd of aangevuld."

<sup>2</sup> Zaak C-170/96, Commissie - Raad, Jurisprudentie 1998, bladzijde I-2763.

subsidiariteitsbeginsel (artikel 5 van het EG-Verdrag) – een bepaalde mate van afstemming van de inzet van strafrechtelijke handhaving dienstbaar kan zijn aan de volle effectuering van communautaire bepalingen. Er zijn voorts geen redenen aan te voeren waarom het strafrecht vanuit het Gemeenschapsrecht anders zou moeten worden benaderd dan andere rechtsgebieden. Alle maatregelen die geschikt kunnen zijn om de doelstellingen van het Verdrag rechtmatig te bereiken, kunnen - mits een en ander een grondslag heeft in het EG-Verdrag - worden getroffen. Een principiële uitsluiting van het strafrecht kent het Verdrag niet. Voor de vraag of een maatregel op het gebied van het strafrecht daadwerkelijk op een bepaling van het EG-Verdrag kan worden gebaseerd, moet vervolgens, zoals geldt voor alle maatregelen, worden gelet op de specifieke voorwaarden die gelden op het desbetreffende beleidsterrein. Verder moet ten aanzien van onderwerpen die niet tot de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap vallen van geval tot geval worden getoetst aan het subsidiariteitsbeginsel.

a. Voorstel richtlijn milieubescherming door het strafrecht

Zoals hiervoor is gesteld zijn maatregelen op het gebied van het strafrecht niet principieel uitgesloten van communautaire regulering. Wel dient uiteraard te worden gezien of de gekozen bepaling een grondslag biedt voor hetgeen wordt geregeld.

Het voorstel is gebaseerd op artikel 175, eerste lid, van het EG-Verdrag,<sup>3</sup> dat bepaalt dat de Raad volgens de codecisieprocedure van artikel 251 van het EG-Verdrag activiteiten vaststelt die de Gemeenschap moet ondernemen om de doelstellingen van het milieubeleid zoals omschreven in artikel 174 van het EG-Verdrag<sup>4</sup> te bereiken. Hieruit kan worden afgeleid dat alle maatregelen kunnen worden getroffen die dienstbaar zijn aan de milieudoelstellingen van artikel 174 van het EG-Verdrag, mits het subsidiariteitsbeginsel zich daartegen niet verzet. Overigens haakt het richtlijnvoorstel aan bij bestaande milieurichtlijnen en -verordeningen welke reeds zijn vastgesteld op basis van artikel 175, eerste lid, van het EG-Verdrag, en voegt het aan die regelingen slechts een (strafrechtelijk) aspect toe. Het voorstel trekt aldus een reeds bestaande lijn door. Principieel is er dan ook geen belemmering voor een richtlijn waarbij lidstaten worden verplicht tot het voorzien in strafrechtelijke sancties tegen activiteiten die significante schade aan het milieu veroorzaken of kunnen veroorzaken.

Voor de vraag of de voorgestelde bepalingen dienstbaar zullen zijn aan de effectieve handhaving van het communautaire milieurecht en of daarbij recht wordt gedaan aan het subsidiariteitsbeginsel, is elk van de bepalingen tegen het licht gehouden.

Ingevolge artikel 4, onder b, van de ontwerprichtlijn dienen de lidstaten te voorzien in bepaalde sancties ten aanzien van rechtspersonen. In artikel 2 wordt de term "rechtspersoon" gedefinieerd als: "ieder lichaam dat deze rechtspositie uit hoofde van de toepasselijke nationale

<sup>3</sup> Dat artikellid luidt: "De Raad stelt volgens de procedure van artikel 251 en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, de activiteiten vast die de Gemeenschap moet ondernemen om de doelstellingen van artikel 174 te verwezenlijken."

<sup>4</sup> Artikel 174 EG – voorzover relevant – luidt:

- "1. Het beleid van de Gemeenschap op milieugebied draagt bij tot het nastreven van de volgende doelstellingen:
- behoud, bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu;
  - bescherming van de gezondheid van de mens;
  - behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen;
  - bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of mondiale milieuproblemen.

2. De Gemeenschap streeft in haar milieubeleid naar een hoog niveau van bescherming, rekening houdend met de uiteenlopende situaties in de verschillende regio's van de Gemeenschap. Haar beleid berust op het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen, het beginsel dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden, en het beginsel dat de vervuiler betaalt. In dit verband omvatten de aan eisen inzake milieubescherming beantwoordende harmonisatiemaatregelen, in de gevallen die daarvoor in aanmerking komen, een vrijwaringsclausule op grond waarvan de lidstaten om niet-economische milieuredenen voorlopige maatregelen kunnen nemen die aan een communautaire controleprocedure onderworpen zijn."

wetgeving geniet, behalve staten en andere publiekrechtelijke lichamen die handelen in de uitoefening van hun soevereine rechten, evenals openbare internationale organisaties". Terecht wordt een uitzondering gemaakt voor bepaalde handelingen van overheden. De afbakening van deze uitzondering is echter, in ieder geval voor de Nederlandse context, niet geheel duidelijk. De afdeling adviseert te streven naar zoveel mogelijk duidelijkheid. Zij merkt overigens op dat de in artikel 4 voorgestelde afbakening in lijn is met het advies van de Raad van State van 28 april 1999 inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat<sup>5</sup> (het Pikmeer-vraagstuk). In artikel 3 wordt een aantal activiteiten genoemd als mogelijk strafbare feiten. Eén van de bestanddelen van de delictsomschrijving moet zijn dat er sprake is van een overtreding van één van de in de bijlage vermelde richtlijnen. Volgens de toelichting bevat de bijlage een volledige lijst van de communautaire bepalingen waarbij de beschreven activiteiten worden verboden. Juist omdat het strafrechtelijke sancties betreft, beveelt de afdeling aan in de bijlage de bepalingen nader te specificeren.

In artikel 4, onder a, worden de lidstaten verplicht te voorzien in strafrechtelijke sancties tegen natuurlijke personen, welke in ernstige gevallen kunnen gaan tot vrijheidsstraffen. Het is naar het oordeel van de afdeling terecht dat de ontwerprichtlijn niet de soort en de hoogte van de op te leggen straffen voorschrijft. Wel geeft zij een kader voor de vaststelling hiervan door de lidstaten, hetgeen de afdeling in overeenstemming acht met het subsidiariteitsbeginsel.

In artikel 4, onder b, worden lidstaten verplicht te voorzien "in voorkomend geval" in andere, niet-strafrechtelijke, sancties. Daarover merkt de afdeling het volgende op:

- 1°. Nu niet wordt bepaald dat geen andere sancties kunnen worden toegepast naast of in plaats van strafrechtelijke sancties, gaat de afdeling ervan uit dat het aan de lidstaten wordt overgelaten daarover te beslissen. De gekozen sanctie moet "doeltreffend, evenredig en afschrikkend" zijn, zo blijkt uit de aanhef van artikel 4.
- 2°. Enkele van de andere sancties die artikel 4, onder b, van de ontwerprichtlijn noemt, zijn niet als hoofdstraf bekend in ons rechtssysteem, wel als bijkomende straf.<sup>6</sup> Van de genoemde sancties komt het blijvend verbod om commerciële activiteiten uit te oefenen, in Nederland alleen voor in specifieke wetten, in de vorm van intrekking van een vergunning die voorwaarde is voor de uitoefening van een beroep of bedrijf – een bestuursrechtelijke sanctie dus.<sup>7</sup> De preventieve controle door de verklaring van geen bezwaar bij de oprichting van een naamloze of besloten vennootschap en de stillegging van een onderneming op grond van artikel 7 van de Wet op de economische delicten (WED) komen niet geheel daarmee overeen. Voor een verbod om commerciële activiteiten uit te oefenen, zou de WED wijziging behoeven. De afdeling adviseert deze consequentie – die haar op zichzelf niet bezwaarlijk voorkomt – reeds bij de besluitvorming over de richtlijn onder ogen te zien.
- 3°. Duidelijkheid is gewenst over de status van de sancties in artikel 4, onder b. Niet alle daar genoemde sancties zijn in Nederland als punitieve sancties bekend. Maatregelen zoals ontbinding van de rechtspersoon op vordering van het openbaar ministerie (artikel 2:20 van het Burgerlijk Wetboek) zijn reeds mogelijk op grond van het Nederlandse recht. Door de richtlijn wordt zo'n maatregel echter in de sleutel van het effectief handhavingsbeleid geplaatst, waardoor het karakter van de maatregel kan

<sup>5</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 25 294, A.

<sup>6</sup> De artikelen 9 van het Wetboek van Strafrecht (WvS) en 7 Wet op de Economische Delicten. Bijkomende straffen kunnen zowel afzonderlijk als in combinatie met een hoofdstraf of een andere bijkomende straf worden opgelegd (artikel 9, derde lid, WvS).

<sup>7</sup> In de Duitse, Engelse en Franse versies van de richtlijn wordt gesproken van, respectievelijk, "vorübergehende oder ständige Verbote von Handelstätigkeiten", "temporary or permanent disqualification from the practice of commercial activities" en "l'interdiction permanente ou temporaire d'exercice d'activités commerciales".

veranderen. Indien maatregelen die het Nederlandse recht nu al kent, het karakter van een punitieve sanctie zouden krijgen, dienen deze te voldoen aan de eisen van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en mogen zij niet in strijd komen met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Een ander punt is dat een maatregel als de ontbinding van de rechtspersoon op dit moment nauwelijks wordt toegepast. Indien de maatregel als sanctie moet worden gehanteerd, is niet uitgesloten dat dit - onder het toezien oog van de Commissie - veel vaker zal gaan gebeuren.

b. Richtlijn fraudebestrijding

Het Verdrag van Maastricht legde de basis voor het huidige fraudebestrijdingsartikel in het EG-Verdrag door hierin artikel 209A op te nemen. In artikel 209A van het EG-Verdrag werden de lidstaten verplicht dezelfde maatregelen ter bestrijding van fraude van de eigen financiële belangen in te zetten bij de fraudebestrijding ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap.<sup>8</sup> De lidstaten hadden daarnaast een samenwerkingsplicht waarbij een coördinerende rol was weggelegd voor de Commissie. Artikel 209A van het EG-Verdrag verleende echter geen bevoegdheden aan de Gemeenschap. Met het Verdrag van Amsterdam werd artikel 209A gewijzigd, waarbij de noodzaak van een geïntegreerde aanpak van fraude vooropstond. In het aldus tot stand gebrachte artikel 280 van het EG-Verdrag zijn met het oog op deze noodzaak bevoegdheden aan de Gemeenschap verleend.

Het is inherent aan het doel van artikel 280 van het EG-Verdrag dat bestrijding van fraude en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, zich uitstrekt tot strafrechtelijke maatregelen. Fraudebestrijding is bij uitstek een onderwerp dat in een strafrechtelijke context thuishoort.<sup>9</sup> Indien strafrechtelijke maatregelen geheel zouden worden uitgesloten zou artikel 280 van het EG-Verdrag zijn betekenis verliezen. De term "maatregelen", die in alle leden van artikel 280 van het EG-Verdrag wordt gehanteerd, moet zich derhalve kunnen uitstrekken tot maatregelen op het gebied van het strafrecht. Daarmee is echter nog niets gezegd over de inhoud van deze maatregelen.

Het tweede lid van artikel 280 van het EG-Verdrag legt aan de lidstaten een verplichting op om de nationale strafbepalingen betreffende fraude te assimileren.

<sup>8</sup> Artikel 209A van het EG-Verdrag: "De Lid-Staten nemen ter bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, dezelfde maatregelen als die welke zij treffen ter bestrijding van fraude waardoor hun eigen financiële belangen worden geschaad. Onverminderd andere bepalingen van dit Verdrag coördineren de Lid-Staten hun optreden om de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude te beschermen. Zij stellen daartoe met de hulp van de Commissie een nauwe en geregelde samenwerking tussen hun bevoegde overheidsdiensten in."

<sup>9</sup> Artikel 280 van het EG-Verdrag:

"1. De Gemeenschap en de lidstaten bestrijden fraude en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, met overeenkomstig dit artikel te nemen maatregelen die afschrikkend moeten werken en in de lidstaten een doeltreffende bescherming moeten bieden.

2. De lidstaten nemen ter bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, dezelfde maatregelen als die welke zij treffen ter bestrijding van fraude waardoor hun eigen financiële belangen worden geschaad.

3. Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag coördineren de lidstaten hun optreden om de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude te beschermen. Zij organiseren daartoe met de Commissie een nauwe en geregelde samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten.

4. De Raad neemt volgens de procedure van artikel 25, na raadpleging van de Rekenkamer, de nodige maatregelen aan op het gebied van de preventie en bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, om in de lidstaten een doeltreffende en gelijkwaardige bescherming te bieden. Deze maatregelen hebben geen betrekking op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling.

5. De Commissie brengt in samenwerking met de lidstaten jaarlijks aan het Europees Parlement en de Raad verslag uit over de ter uitvoering van dit artikel genomen maatregelen."

Op basis van het vierde lid kunnen daarnaast door de Raad volgens de codecisieprocedure van artikel 251 van het EG-Verdrag de nodige maatregelen worden genomen op het gebied van de preventie en bestrijding van fraude. Deze maatregelen moeten bewerkstelligen dat een doeltreffende en gelijkwaardige bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap in de lidstaten wordt geboden door een geïntegreerde aanpak. Naast de algemene toepasselijkheid van het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 van het EG-Verdrag is de laatste volzin van dit lid van belang, dat “de toepassing van het nationale strafrecht” en “de nationale rechtsbedeling” uitzondert van de bevoegdheid tot het nemen van maatregelen.

Naar vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dienen uitzonderingen op de in het EG-Verdrag toegekende bevoegdheden restrictief te worden uitgelegd.

De uitzondering dat “maatregelen geen betrekking hebben op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling” onderstreept tot hoever de bevoegdheid van de Gemeenschap in dit geval reikt. Communautaire regels kunnen steunen op de nationale strafrechtstelsels van de lidstaten, maar deze regels mogen niet treden in de manier waarop de lidstaten hun nationale strafrechtstelsels inrichten.

De communautaire regels kunnen wel voorschriften bevatten om te voorkomen dat het nationale strafrecht tekortschiet in het bieden van een adequate bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Daarbij moet worden opgemerkt dat de term “toepassing van het nationale strafrecht” ruim is en niet samenvalt met bijvoorbeeld het in Nederland gemaakte onderscheid tussen materieel en formeel strafrecht. De aan de nationale strafrechtssystemen ten grondslag liggende beginselen, zoals voor Nederland het opportuniteitsbeginsel, het uitgangspunt dat het strafrecht als ultimum remedium wordt ingezet, een rationele criminaliteitspolitiek, het vervolgingsbeleid en de straftoemettingsvrijheid voor de rechter, blijven aldus onaangetast. Onder het noodzakelijke aanvullende communautaire recht kan echter wel de verplichting van strafbaarstelling en geharmoniseerde definities vallen. Dit heeft geen effect op het nationale strafrechtstelsel als zodanig.

Met het voorgaande als uitgangspunt zal de afdeling nu het ontwerp van de frauderichtlijn bespreken. In de richtlijn worden drie soorten gedragingen omschreven: fraude (artikel 3), corruptie (artikel 4) en witwassen van geld (artikel 6). De richtlijn verplicht de lidstaten tot assimilatie van de nationale strafbepalingen voor wat fraude en corruptie betreft, en tot minimumharmonisatie op een aantal verschillende aspecten ten aanzien van fraude, corruptie en witwassen van geld.

De verplichting tot assimilatie is geregeld in artikel 5: dit artikel bepaalt dat de lidstaten de strafbare feiten die al in het nationale recht voorkomen en die met de richtlijnbegrippen “fraude” en “corruptie” overeenkomen, moeten uitbreiden tot situaties waarin deze feiten worden gepleegd door ambtenaren van de Europese Gemeenschappen (EG) respectievelijk door of tegen leden van instellingen van de EG. Artikel 5 heeft geen betrekking op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling. De EG is daarom naar het oordeel van de afdeling bevoegd om deze bepalingen vast te stellen.

Artikel 7, eerste lid, verplicht de lidstaten tot strafbaarstelling van fraude, corruptie en witwassen van geld. Het gaat hier wel om harmonisatie. De afdeling meent dat de EG bevoegd is om deze bepaling vast te stellen, omdat de hier voorgeschreven wijzigingen in de materiële bepalingen van het nationale strafrecht niet raken aan de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling in de zin van artikel 280, vierde lid, van het EG-Verdrag.

Artikel 7, tweede lid, heeft betrekking op het opzettelijk opstellen of verstrekken van valse, onjuiste of onvolledige verklaringen of documenten die de in de richtlijn bedoelde fraude tot gevolg hebben. Aan de lidstaten wordt de keuze gelaten om deze handelingen strafbaar te stellen, hetzij als zelfstandig strafbaar feit, hetzij als een vorm van medeplichtigheid aan,

uitlokking van of poging tot fraude. Deze verplichting is naar het oordeel van de afdeling noodzakelijk voor een effectief fraudebestrijdingsbeleid, en raakt niet aan de toepassing van het nationale strafrecht. Ook op dit punt is de EG naar de mening van de afdeling bevoegd. Artikel 8 verplicht de lidstaten om strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen voor het leiding geven aan frauduleuze handelingen die aan een onderneming kunnen worden toegerekend. De leidinggevendenden worden omschreven als: "ondernemingshoofden of personen die beslissings- of controlebevoegdheden binnen een onderneming hebben". De afdeling merkt op dat het aan de lidstaten wordt overgelaten hoe zij de strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden vormgeven. Lidstaten kunnen daarbij desgewenst kiezen voor zelfstandige strafbaarstelling. Dat betekent dat ook artikel 8 geen betrekking heeft op de toepassing van het nationale strafrecht in de zin van artikel 280, vierde lid, van het EG-Verdrag.

Artikel 9, eerste lid, verplicht lidstaten om te voorzien in aansprakelijkheid van een rechtspersoon voor fraude, corruptie en witwassen als deze feiten zijn gepleegd door een leidinggevende van de rechtspersoon. Gelet op het doel van de richtlijn zoals omschreven in artikel 1 gaat het hier om strafrechtelijke aansprakelijkheid. De leidende positie van de leidinggevende moet zijn gebaseerd op diens bevoegdheid om de rechtspersoon te vertegenwoordigen of namens de rechtspersoon beslissingen te nemen, of op diens bevoegdheid tot controle bij de rechtspersoon. Evenals bij artikel 8 geldt ook hier dat vormgeving van de verplichting aan de lidstaten wordt overgelaten. De afdeling is dan ook van oordeel dat ook in dit geval de EG bevoegd is. Dit geldt ook voor de slotalinea van de bepaling, waarin de aansprakelijkheid van rechtspersonen wordt uitgebreid tot medeplichtigheid aan, uitlokking van en poging tot fraude.

Artikel 9, tweede lid, verplicht de lidstaten om te voorzien in aansprakelijkheid van een rechtspersoon wanneer door gebrekkig toezicht of gebrekkige controle door een leidinggevende fraude, corruptie of witwassen kon worden gepleegd ten voordele van de rechtspersoon door een persoon die onder het gezag van de leidinggevende staat. Voor deze bepaling geldt naar het oordeel van de afdeling hetzelfde als voor het eerste lid.

Artikel 10 verplicht de lidstaten om te voorzien in doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties tegen de in de richtlijn omschreven handelingen, met inbegrip van vrijheidsstraffen bij ernstige fraude. Deze bepaling laat de nationale wetgever de nodige ruimte, behalve bij het opnemen van vrijheidsstraffen. Artikel 10 heeft echter geen betrekking op het straftoemingsbeleid van de vervolgende instantie, noch op de bevoegdheid van de rechter om te kiezen voor een bepaalde strafsoort. De afdeling meent dan ook dat de EG op dit punt bevoegd is.

Artikel 11 verplicht de lidstaten om te voorzien in sancties tegen rechtspersonen die aansprakelijk zijn voor frauduleuze handelingen. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, maar hoeven niet strafrechtelijk van aard te zijn. De bepaling noemt enkele mogelijkheden, zoals strafrechtelijke geldboetes, de uitsluiting van subsidie, en plaatsing onder toezicht van de rechter. Het artikel verplicht niet tot het treffen van maatregelen op strafrechtelijk gebied. De EG is dus bevoegd om deze bepaling vast te stellen. Dit zou anders kunnen liggen indien de bepaling bepaalde sancties dwingend zou voorschrijven.

In artikel 11, eerste lid, onder b, wordt als sanctie genoemd het verbod op het uitoefenen van commerciële activiteiten. De afdeling heeft er hiervoor, bij de bespreking van de milieurichtlijn, al op gewezen dat deze rechtsfiguur in het Nederlandse recht niet bekend is, zodat invoering van zo'n verbod alleen mogelijk is door wijziging van de WED. De afdeling adviseert om deze consequentie nu reeds, bij de besluitvorming over de richtlijn, onder ogen te zien.

Artikel 12 verplicht de lidstaten tot het mogelijk maken van confiscatie van:

- instrumenten die gebruikt zijn bij frauduleuze handelingen;

- opbrengsten van die handelingen;
- bezittingen waarvan de waarde overeenkomt met die opbrengsten.

Deze bepaling heeft evenmin als artikel 10 betrekking op het straftoemingsbeleid van de vervolgende instantie of op de bevoegdheid van de rechter om te kiezen voor een bepaalde strafsoort. De EG is dan ook naar de mening van de afdeling bevoegd om artikel 12 vast te stellen.

### Vraag 3

Behouden de lidstaten, indien EG-regelgeving de verplichting tot het (strafrechtelijk) strafbaar stellen van gedragingen bevat, de bevoegdheid om in hun nationale wetgeving daarnaast bestuursrechtelijke sancties voor dezelfde gedragingen te handhaven of te creëren?

#### a. Richtlijnvoorstel milieustrafrecht

Het richtlijnvoorstel bepaalt in artikel 1 dat het doel van de richtlijn is het vaststellen van minimumnormen inzake strafbare feiten. Ingevolge artikel 3 dienen bepaalde activiteiten als strafbare feiten te worden aangemerkt. Ingevolge artikel 4 dienen daarop doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen te worden gesteld.

De richtlijn bevat geen uitdrukkelijke bepaling die de handhaving van een parallel nationaal wettelijk stelsel inzake bestuurlijke punitieve sancties, zoals bestuurlijke boeten, uitsluit. De considerans (in het bijzonder de overwegingen 4, 6, 7 en 8) en de toelichting (inleiding, vijfde alinea) geven aanleiding om aan te nemen dat het karakter van de richtlijn aanvullend is, in die zin dat uitsluitend aspecten van het strafrecht worden geharmoniseerd, maar dat dit voor het overige bestaande stelsels en structuren onverlet laat. Het richtlijnstelsel komt dus bovenop de bestaande handhavingssystemen; de vraag wordt met “ja” beantwoord.

#### b. Richtlijnvoorstel fraudebestrijding

Het richtlijnvoorstel fraudebestrijding ziet uitdrukkelijk slechts op de harmonisatie van een gedeelte van het strafrecht. De richtlijn zegt niets over de toepassing van nationale stelsels inzake bestuurlijke punitieve sancties zoals bestuurlijke boeten, en sluit deze ook niet uit. Dat dit richtlijnvoorstel niet beoogt verandering te brengen in de huidige verhouding tussen bestaande stelsels van bestuurssanctionering en strafrecht en uitsluitend ertoe strekt een gedeeltelijke harmonisatie van het strafrecht te bewerkstelligen, kan ook worden afgeleid uit de considerans (in het bijzonder de overwegingen 1 en 2). De conclusie kan dus ook ten aanzien van dit richtlijnvoorstel zijn dat dit ten opzichte van bestaande handhavingssystemen een aanvullend karakter heeft en slechts enkele aspecten van het strafrecht harmoniseert.

### Vraag 4

Behouden de lidstaten, indien EG-regelgeving de verplichting tot het (strafrechtelijk) strafbaar stellen van gedragingen bevat zonder verdere voorschriften betreffende de handhaving, de bevoegdheid om naast het strafrecht ook andere handhavingssystemen te hanteren?

Zoals hiervoor bij vraag 3 aan de orde is geweest geldt voor beide richtlijnvoorstellen dat deze ten opzichte van bestaande stelsels van bestuurlijke punitieve sancties een aanvullend karakter hebben en slechts enkele aspecten van het strafrecht harmoniseren.

De richtlijnvoorstellen geven geen regels voor de wijze waarop de strafrechtelijke handhaving in de uitvoeringspraktijk moet worden vormgegeven. Evenmin geven zij uitsluitel over de wijze waarop – indien sprake is van een parallel nationaal stelsel van bestuurlijke boeten – een keuze tussen de toepassing van de verschillende handhavingssystemen zou moeten worden gemaakt. De afdeling concludeert dat de richtlijnvoorstellen niet leiden tot belemmeringen voor

de toepassing van het strafrechtelijk opportunititeitsbeginsel, en evenmin voor die van het una via-beginsel, het beginsel dat beperkingen stelt aan de cumulatie van strafsancties en punitieve bestuursrechtelijke sancties. Zoals reeds is opgemerkt bij vraag 2 geldt bovendien in het bijzonder met betrekking tot de richtlijn fraudebestrijding dat artikel 280, vierde lid, tweede volzin, van het EG-Verdrag verbiedt om in te grijpen in de toepassing van het strafrechtelijke handhavingstelsel, en daarmee ook het in een richtlijn voorschrijven van een dwingende keuze tussen bestuurlijke dan wel strafrechtelijke handhaving.

Een en ander neemt uiteraard niet weg dat het in het algemeen niet voldoende is om een richtlijn in nationale wetgeving om te zetten, maar dat het ook noodzakelijk zal zijn om aan de desbetreffende bepalingen daadwerkelijk toepassing te geven in de daarvoor in de rede liggende situaties. Daarbij is in het bijzonder ook de (standaard)jurisprudentie van het HvJ EG van belang die erop neerkomt dat de lidstaten op grond van artikel 10 van het EG-Verdrag verplicht zijn om die maatregelen te treffen om de effectiviteit van uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende normen te verzekeren en te voorzien in sancties en handhaving die doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig zijn. De keuze voor de inzet van bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke sancties kan door dit principe worden beperkt, omdat aan deze voorwaarden moet zijn voldaan. Enerzijds kan dat betekenen dat naast het strafrecht een bestuursrechtelijk sanctiestelsel is geboden omwille van de slagvaardigheid. Anderzijds kan dat onder omstandigheden dwingen tot strafrechtelijk optreden omwille van de effectiviteit.

#### Overige opmerkingen

De afdeling maakt tot slot van dit advies nog twee opmerkingen, waarmee door de Nederlandse onderhandelingsdelegatie rekening kan worden gehouden.

- 1°. In de aanhef van artikel 4 van het ontwerp van de milieurichtlijn wordt tweemaal de term "misdrijven" gebruikt, waar artikel 3 spreekt van strafbare feiten. In de Duitse, Engelse en Franse versie worden in de artikelen 3 en 4 steeds dezelfde termen gebruikt (respectievelijk Straftaten, offences en infractions). Het zou daarom in de lijn liggen ook in de Nederlandse vertaling de neutrale term "strafbare feiten" te gebruiken.
- 2°. De afdeling vestigt nog de aandacht op een onduidelijkheid in de tekst van artikel 8 van de frauderichtlijn. De lidstaten, zo bepaalt het artikel, treffen de nodige maatregelen om, overeenkomstig de beginselen van hun nationale recht, te voorzien in strafbaarstelling van leidinggevend. Het is niet direct duidelijk welke verplichting zal gelden voor een lidstaat die geen strafbaarheid van leidinggevend kent. De woorden "overeenkomstig de beginselen van hun nationale recht" zouden erop kunnen wijzen dat zo'n lidstaat dan van zijn verplichting is bevrijd. Het verdient aanbeveling te streven naar verduidelijking van de tekst.