

Vergaderjaar 2005–2006 D

30 587**Subsidiariteitstoets op richtlijnvoorstel betreffende strafrechtelijke maatregelen ter verzekering van de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (COM (2006) 168 fin.)****Nr. 4****BRIEF VAN DE TIJDELIJKE COMMISSIE SUBSIDIARITEITSTOETS**

Aan de Voorzitters van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 6 juni 2006

Geachte Voorzitters,

Onlangs heeft de Europese Commissie een richtlijnvoorstel ingediend inzake strafrechtelijke maatregelen ter verzekering van de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (COM (2006) 168 fin). Het voorstel introduceert een strafrechtelijke handhavingsbepaling inzake de minimale hoogte van de maximumstraf in een EG-richtlijn. Dit heeft als consequentie dat de besluitvorming hierover wordt overgeheveld van de derde pijler naar de eerste pijler van het EU-verdrag en daarmee wordt onderworpen aan meerderheidsbesluitvorming in de Raad. Hoewel Nederland in de Raad nog altijd tegen het voorstel zou kunnen stemmen, is het haar vetorecht kwijt.

Vanwege de mogelijke gevolgen van het richtlijnvoorstel is het aan de subsidiariteitstoets onderworpen, hoewel het voorstel niet in de lijst van elf aan de toets te onderwerpen voorstellen voorkomt. Met toepassing van de in kamerstuk 30 389, nr 1/A (p. 7–9) opgenomen procedure heeft de tijdelijke commissie bijgevoegd advies opgesteld, welk advies ter stemming aan uw Kamers wordt voorgelegd.

Om een goede achtergrond te verschaffen zijn tevens bijgesloten: het betreffende voorstel van de Europese Commissie, een door de tijdelijke commissie ten behoeve van de relevante vakcommissies in beide Kamers opgesteld preadvies en de door laatstgenoemde commissies opgestelde gemotiveerde adviezen.

Hoogachtend,

J. J. van Dijk,
voorzitter van de tijdelijke commissie subsidiariteitstoets

Motivering

Inleiding

Piraterij, vervalsingen en inbreuk op intellectuele eigendomsrechten brengen zeer grote schade toe aan de economieën van de Europese Unie en kunnen ook overigens ernstige gevolgen hebben. Ook Nederland ziet zich geconfronteerd met deze negatieve gevolgen.

De Europese Commissie wijst er terecht op dat aanvullende actie geboden is om piraterij, vervalsingen en inbreuk op intellectuele eigendomsrechten te voorkomen en te bestrijden.

Het middel dat de Europese Commissie in de strijd tegen piraterij voorstelt, namelijk een EG-richtlijn met een strafrechtelijke handhabingsbepaling inzake de minimale hoogte van de maximumstraf, stuit evenwel op ernstige bezwaren van beide Kamers der Staten-Generaal. Deze worden hieronder toegelicht.

De bevoegdheidsvraag

De Europese Commissie acht de onderhavige gewijzigde ontwerprichtlijn noodzakelijk voor de bescherming van de interne markt en baseert zich daarbij op artikel 95 EG-Verdrag, dat valt onder de zogenoemde Eerste Pijler. De bevoegdheid om tevens een strafbaarstelling op te nemen in het voorstel ontleent de Commissie aan het arrest van 13 september 2005 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in Zaak C-176/03, dat zich echter beperkt tot strafrechtelijke handhaving van het Europees milieubeleid. In het thans voorliggende voorstel voor een richtlijn (in de Eerste Pijler) wordt voor het eerst een strafrechtelijke handhabingsbepaling inzake de minimale hoogte van de maximumstraf geïntroduceerd. EU-lidstaten worden verplicht deze wettelijk vast te leggen.

Naar het oordeel van de beide Kamers moet de vraag of er voor de na te streven doelstelling van het voorgenomen optreden een bevoegdheidstoekenning in het EG-Verdrag bestaat strikt genomen negatief worden beantwoord. De beide Kamers hebben gerede twijfel bij de ruime uitleg van het arrest door de Europese Commissie, zoals onder meer verwoord in mededeling COM(2005)583. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat, onder de in het arrest gestelde voorwaarden, strafrechtelijke sancties in een eerste pijlerinstrument kunnen worden opgenomen, staat de brede toepasbaarheid van het arrest nog niet onomstotelijk vast. Wellicht komt er later dit jaar meer duidelijkheid daaromtrent, wanneer het Hof uitspraak heeft gedaan in een vergelijkbare zaak inzake de bestrijding van de verontreiniging door schepen¹. De beide Kamers wijzen er in dit verband tevens op dat het EU-Verdrag voorziet in een passerelle-bepaling (artikel 42), waardoor de Raad bij unanimitéit kan besluiten bepaalde onderdelen uit de derde pijler (waar de strafrechtelijke samenwerking is ondergebracht) over te hevelen naar de eerste pijler.

De subsidiariteitsvraag

Zoals het Hof heeft aangegeven behoort het strafrecht in beginsel niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap, hoewel het gebruik ervan door de Gemeenschap niet geheel is uit te sluiten. Er moet dan wel worden voldaan aan een aantal strikte criteria. Het gebruik van «doeltreffende, evenredige en afschrikkende» straffen door de bevoegde nationale instanties moet een «onontbeerlijke maatregel» zijn in de strijd tegen ernstige aantastingen van het te beschermen beleidsterrein, om maatregelen te kunnen nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten en die de Gemeenschap noodzakelijk acht om de volledige

¹ Zaak C-440/05.

doeltreffendheid van de door haar vastgestelde normen op dat terrein te verzekeren.

De rechtsoverwegingen van het Hof terzake kunnen zo worden gelezen, dat de daarin gehanteerde kwalificaties cumulatief eisen vormen waaraan moet zijn voldaan. De beide Kamers menen dat hieraan *in casu* niet is voldaan en hebben daarbij de volgende overwegingen:

- Opsporing en handhaving van intellectuele eigendomsrechten hebben in veel landen geen hoge prioriteit en ook is er weinig gespecialiseerde kennis beschikbaar voor opsporing en handhaving. Het staat tegen die achtergrond niet vast dat effectieve piraterijbestrijding noopt tot uitbreiding van het bestaande arsenaal aan procesrechtelijke middelen en sancties. Mogelijk zijn prioritering en kennisoverdracht van groter belang.
- De Commissie stelt niet, dat piraten dan wel namakers bij een groot verschil in strafmaat vanuit het land met de laagste maximumstraffen zouden kunnen opereren en dit effectieve bescherming van intellectuele eigendom ernstig belemmert. Zij stelt het niet en dus ontbreekt ook iedere feitelijke onderbouwing.
- Ook kan worden opgemerkt, dat handelen in een lidstaat met «lage» straffen al snel bevoegdheid tot strafrechtelijke vervolging in andere lidstaten schept, te weten wanneer nagemaakte goederen in het normale handelsverkeer in die andere lidstaat terechtkomen. De dader in de lidstaat met lage straffen zal spoedig in een lidstaat met hogere straffen vervolgbaar zijn als uitlokker, medeplichtige of medepleger.
- Aanvullend zij opgemerkt dat bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal de implementatie van de richtlijn 2004/48/EG¹ betreffende de maatregelen en procedures om de handhaving van intellectuele eigendomsrechten te waarborgen in behandeling is, waarin wordt voorzien in een apart intellectuele eigendomsprocesrecht in het wetboek van Burgerlijke rechtsvordering. Vooral de ruimere proceskostenveroordelingen kunnen in dat voorstel als een soort *punitive damages* werken². En dus als sancties worden gekenschetst. Ook overigens bestaat er in Nederland langs civielrechtelijke weg al een stelsel van handhavingsbepalingen op het voorliggende beleids-terrein.

Het bovenstaande overwegende, zijn de beide Kamers derhalve van oordeel dat de schendingen van de intellectuele eigendomsrechten niet als een dusdanig ernstige aantasting van het te beschermen beleidsterrein moeten worden aangemerkt dat een geharmoniseerde strafrechtelijke inzet onontbeerlijk moet worden geacht in de strijd tegen deze schendingen.

Opname minimale maximumstraffen

Dat de Europese Commissie in het gewijzigde voorstel voor een richtlijn inzake strafrechtelijke maatregelen om de handhaving van intellectuele eigendomsrechten te waarborgen (COM(2006)168 final) voorts minimale maximumstraffen opneemt moet – alleen al op grond van bovenstaande overwegingen – als niet opportuun worden beschouwd.

Artikel 5 van het EG-Verdrag bepaalt dat de «Gemeenschap, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, slechts op[treedt], indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt». Deze definitie gelezen, moeten

¹ Kamerstukken II 2005–2006, 30 392.

² D.J.G. Visser, NJB 3 maart 2006, nr. 9, p. 538.

de beide Kamers concluderen dat in elk geval een gedeelte van de onderhavige ontwerprichtlijn de subsidiariteitstoets niet kan doorstaan, namelijk daar waar het gaat om de concrete invulling van de strafbepalingen (minimale maximumstraffen) en de bijkomende bepalingen over in bepaalde gevallen te volgen procedures. In overweging nemende dat de Europese Commissie ter zake geen exclusieve bevoegdheid heeft en dat het bestaande Nederlandse procesrecht en het hoofdstuk handhaving van TRIPS-Verdrag (artikelen 41–62) aangeven dat er een nationale bevoegdheid bestaat, komen de beide Kamers tot de conclusie dat deze zaken beter door alle lidstaten afzonderlijk kunnen worden geregeld. Genoemd TRIPS-Verdrag, waarnaar de Europese Commissie in overweging (3) van de ontwerprichtlijn verwijst, voorziet immers in een verplichting om geëigende strafrechtelijke maatregelen te nemen ten aanzien van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten. De Europese Commissie zou dan ook kunnen volstaan door zich aan te sluiten bij deze bepaling en enkel een verplichting tot strafbaarstelling op te nemen. Eventueel zou zelfs kunnen worden voorgeschreven dat deze «doeltreffend, evenredig en afschrikkend» zouden moeten zijn. Het leggen van de verantwoordelijkheid tot strafbaarstelling bij de lidstaten, zonder concrete eisen hieraan te stellen, heeft bovendien als voordeel dat de structuur van de nationale strafrechtssystemen niet wordt doorbroken.

Conclusie

Beide Kamers der Staten-Generaal concluderen dat voor de na te streven doelstelling van het voorgenomen optreden geen bevoegdheid aan de Gemeenschap is toegekend. Niettemin hebben beide Kamers onderhavig voorstel – ten overvloede – onderworpen aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit en geconcludeerd dat het voorstel daaraan *niet* voldoet.