

Implementatie van kaderbesluiten

Dit boek is tot stand gekomen binnen het kader van het onderzoeksprogramma Nederlandse strafrechtspleging in Europa van het Centrum voor Procesrecht, Universiteit van Tilburg.

Deze uitgave is vooral mogelijk gemaakt door de financiële ondersteuning door het ministerie van Justitie, Directoraat-Generaal Wetgeving, Rechtspleging en Rechtsbijstand, Directie Wetgeving.

Implementatie van kaderbesluiten

M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.)

ISBN-10: 90-5850-250-3

ISBN-13: 978-90-5850-250-6

Uitgever: Willem-Jan van der Wolf
Productie: Michiel Faddegon
Omslagontwerp: Willem-Jan van der Wolf

Dit boek is een uitgave van: Wolf Legal Publishers (WLP)
Postbus 31051
6503 CB Nijmegen
Tel: 024-3551904
Fax: 024-3554827
E-Mail: wlp@hetnet.nl
[Http://www.wlp.biz](http://www.wlp.biz)
[Http://www.wolflegalpublishers.com](http://www.wolflegalpublishers.com)

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 1974, 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 1985, 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB, Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Hoewel aan deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur noch WLP aansprakelijkheid voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolkomenheden.

© 2006, ontwerp en productie WLP

© 2006, teksten M.J. Borgers, F.G.H. Kristen, J.B.H.M. Simmelink en alle andere contribuanten

Verkorte inhoudsopgave

Inhoudsopgave	vii
Lijst van afkortingen	xiii
Ten geleide <i>C.J.C.F. Fijnaut</i>	1
Europese normen voor de implementatie van kaderbesluiten <i>M.J. Borgers</i>	5
Retour Den Haag-Brussel <i>J.F.L. Roording</i>	39
Europees toezicht op implementatie van kaderbesluiten <i>F.G.H. Kristen</i>	51
Communautaire doorwerking en straf(proces)recht <i>P.H.P.H.M.C. van Kempen</i>	73
Implementatie van kaderbesluiten in een dynamisch rechtsgebied <i>J.B.H.M. Simmelink</i>	105
Problemen bij de implementatie van het Kaderbesluit EAB in de Nederlandse Overleveringswet <i>K. Rozemond</i>	127
Wederzijdse erkenning en het Nederlandse strafrecht <i>E.M. ter Braak</i>	143
Het ontwerp-kaderbesluit inzake procedurele rechten in strafprocedures <i>A.E.M. Röttgering</i>	159
De implementatie van het kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure: een veeleisend Europa of een behoudend Nederland? <i>R.A.M. van Schijndel</i>	173
Een beoordelingsschema ter waarborging van Nederlandse materieel strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie <i>E.A.M. Verheijen</i>	187

102 praktijkvragen over de implementatie van Europees recht <i>R.A.J. van Gestel</i>	205
De kaderbesluiten van de Europese Unie op het gebied van het strafrecht. Stand van zaken en een blik op de toekomst <i>M.S. Groenhuijsen</i>	225

Communautaire doorwerking en straf(proces)recht

Over toepassing van directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid in strafzaken en het belang bij ruimere implementatiemarges

*P.H.P.H.M.C. van Kempen**

1 Inleiding – communautarisering van het Europese strafrecht

De communautaire grip op het Europese strafrecht neemt danig in dominantie toe. Wellicht zal die uiteindelijk zelfs vrijwel compleet zijn. Deze ontwikkeling manifesteert zich momenteel niet alleen via de communautaire rechtsorde zelf (de Eerste Pijler). De invloed van het communautaire recht blijkt zich ook uit te strekken over het strafrecht in de intergouvernementele ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid (de Derde Pijler). Zoals bekend zijn voor deze ontwikkeling vooral twee beslissingen van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie EG) van oorzakelijk belang.

Voor de greep op het strafrecht via de Eerste Pijler is dat die in de milieuzaak-Commissie/Raad.¹ Die beslissing impliceert immers dat de Europese Gemeenschap (EG) exclusief bevoegd is op het terrein van het strafrecht maatregelen te nemen wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is voor de verwezenlijking van communautaire doelstellingen. In dat geval kan de communautaire orde het strafrecht met uitsluiting van de Derde Pijler aan zich trekken. Het instrument van de richtlijn is daarvoor van primair belang. Voor een zekere communautarisering van de Derde Pijler, vooral terzake de verplichtingen voor de lidstaten omtrent de daarin tot stand gebrachte regelgeving, is de beslissing in de zaak-Pupino relevant.² Hierin verklaart het Hof van Justitie EG de communautaire conforme-interpretatieplicht van toepassing op intergouvernementele kaderbesluiten (andersom betekent dit overigens dat dit Derde Pijler-arrest ook relevant is voor de richtlijnconforme-interpretatieplicht).³ Opvallend is dat het Hof van Justitie EG de gelding van deze specifieke communautaire interpretatieplicht in de Derde Pijler op soortgelijke argumentatie grondvest als waarmee deze plicht destijds voor het gemeenschapsrecht werd geïntroduceerd. Waar een cruciale grondslag daarvoor toen het beginsel van gemeenschapstrouw was, wijst het Hof van Justitie EG nu uitgebreid op het beginsel van loyale uniesamenwerking. Ter staving van de plicht

* Universitair hoofddocent straf(proces)recht, Radboud Universiteit Nijmegen.

1 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03 (Commissie/Raad).

2 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Jur.* 2005, p. I-5285, r.o. 31 en 43 (Pupino).

3 Zie over dat communautaire karakter paragraaf 4.

wordt bovendien benadrukt dat de richtlijn en het kaderbesluit in identieke bewoordingen zijn gedefinieerd en dat met deze instrumenten analoge gevolgen zijn beoogd.⁴ Men hoeft dan ook niet verwonderd te zijn wanneer uiteindelijk ook de communautaire directe werking en de communautaire staatsaansprakelijkheid in de Derde Pijler worden binnengehaald.⁵ Weliswaar wordt directe werking van kaderbesluiten in artikel 34 EU-Verdrag uitgesloten, maar markant genoeg heeft het Hof van Justitie EG ook bij richtlijnen de termen 'directe werking' en 'rechtstreekse werking' juist angstvallig gemedend, omdat er ook bij richtlijnen goede argumenten waren tegen het aannemen van een dergelijke werking. Bovendien is voor de conforme interpretatie reeds erkend dat particulieren zich direct op kaderbesluiten kunnen beroepen.⁶

Van belang is nu dat de communautaire rechtsorde is gesticht, ingericht en uitgewerkt met het oog op een sociaal-economische normenstructuur en in elk geval volstrekt niet met de bedoeling een straf(proces)rechtelijk systeem tot stand te brengen. Dit gegeven en de bovengeschetste dubbele ontwikkeling dringen aan op het stellen van de volgende vraag: is het communautaire stelsel zoals het thans bestaat geschikt om vorm te geven aan Europese initiatieven op strafrechtelijk terrein en kan daarbij voldoende recht worden gedaan aan vooral de nationale systemen en eigenheden van het materiële strafrecht, het strafprocesrecht en de strafrechtspleging? Omdat de betekenis van het Europees recht grotendeels afhankelijk is van de wijze waarop het doorwerkt in de nationale rechtsordes, verdient juist het communautaire doorwerkingsstelsel dan nadere aandacht. Daartoe zal in de paragrafen 2 tot en met 5 de werking van dit stelsel als zodanig en op het terrein van het strafrecht worden geschetst. Degenen die dit communautaire recht reeds beheersen kunnen deze bijdrage bekorten door rechtstreeks over te stappen naar paragraaf 6. Daar zal ik behandelen in hoeverre het doorwerkingsstelsel harmonieert of juist conflicteert met het strafrecht. Uiteindelijk resulteert dit in paragraaf 7 in de bespreking van enkele oplossingen om tussen het communautaire doorwerkingsstelsel en het strafrecht een soepele verhouding te bewerkstelligen dan thans aan de horizon lijkt op te komen. Hoewel het doorwerkingsstelsel ook voor verdragsbepalingen en verordeningen relevant is, zal ik mij gelet op de bovengeschetste ontwikkelingen steeds concentreren op de richtlijn (art. 249 EG-Verdrag). Indirect is de bespreking aldus nu reeds ten dele en wellicht uiteindelijk in zijn geheel ook relevant voor het kaderbesluit (art. 34 lid 2 sub b EU-Verdrag).

4 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, r.o. 34 en 36 (Pupino).

5 Zie S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie*, Groningen: European Law Publishing 2006, p. 23, en R. Barents, noot bij Pupino, *SEW* 2006, p. 76-77. Zij stellen dat particulieren, gelet op het arrest-Pupino, nu al voor de nationale rechter vergoeding kunnen vorderen voor schade geleden door niet of inadequaat omzetten van kaderbesluiten in nationaal recht. Voor nu nog terughoudender is M. Fletcher, 'Extending "indirect effect" to the third pillar: the significance of *Pupino*?', *European Law Review* 2005, p. 876-877.

6 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, r.o. 38 (Pupino).

2 Het communautaire doorwerkingsstelsel en de grondslag ervan

Directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid zijn de drie onderdelen waaruit het communautaire doorwerkingsstelsel bestaat. Gezamenlijk waarborgen deze mechanismen een juiste en volledige implementatie en toepassing van Europees recht. Het stelsel bepaalt daartoe niet zozeer hoe implementatie moet plaatsvinden.⁷ Veeleer zorgt het ervoor dat niet, onvolledig of onjuist geïmplementeerde regels toch doorwerken, dat juist omgezette regels ook vanuit doel en strekking nader in de breedte van het recht en de praktijk worden toegepast en dat rechtsherstel ten aanzien van onvoldoende nagekomen implementatieverplichtingen plaatsvindt. Implementatie van Europees recht is niet slechts een aangelegenheid voor de wetgever en van regelgeving, maar zeker ook voor het bestuur en de rechter en dus van de toepassingspraktijk.⁸

De vormgeving van elk van de drie onderdelen van het doorwerkingsstelsel is sterk communautair gefundeerd.⁹ Alle drie de doorwerkingsmechanismen en daarmee het stelsel vinden hun grondslag vooral in de typisch communautaire waarden van de autonomie (Van Gend & Loos¹⁰) en voorrang (Costa/Enel¹¹) van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gemeenschapstrouw (art. 10 EG-Verdrag¹²).¹³ Belangrijke onderliggende argumentatie daarbij is dat het behoud en de verdere verwezenlijking (van de doelstellingen) van de communautaire orde zouden worden gehinderd indien de werking van het communautaire recht in de verschillende lidstaten uiteenloopt (het beginsel van *effet utile*).¹⁴ Bescherming van de beoogde effectiviteit van het Europees recht stuurt daarmee het te vereisen doorwerkingsniveau in hoge mate.

7 Zie over de regels voor implementatie de bijdrage van M.J. Borgers in deze bundel.

8 HvJ EG 26 september 1996, zaak C-168/95, *Jur.* 1996, p. I-4705, r.o. 41 (Arcaro); HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00, *Jur.* 2002, p. I-6325, r.o. 24 (Marks & Spencer).

9 Zie nader over deze doorwerkingsmechanismen o.a. S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 108-304; J.M. Prinssen, *Doonwerking van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 9-74; F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 60-97; T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 189-242; P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 419-442.

10 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 1 (Van Gend & Loos).

11 HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1207 (Costa/ENEL).

12 Vgl. art. 26 en 31 Weens verdragenverdrag.

13 Zie onder andere E.F. Hinton, 'Strengthening the Effectiveness of Community Law: Direct effect, Article 5 EC, and the European Court of Justice', *International Law and Politics* 1999 (vol. 31), p. 307-348; Prinssen 2004, p. 9-11, 39-41 en 57-58; Kristen 2004, p. 62-63 en 80; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 442-448; A-G Léger, conclusie (punt 45-47) voor HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-453/00, *Jur.* 2004, p. I-837 (Kühne & Heitz).

14 Zie R. Barents, *De communautaire rechtsorde. Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2000, passim; en voorts o.a. Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 449.

3 Directe werking

Binnen het communautaire recht is van directe werking van een bepaling sprake wanneer het burgers is toegestaan zich voor de nationale rechter, bij een nationale bestuursautoriteit of elke andere overheidsinstantie rechtstreeks op die bepaling te beroepen en de desbetreffende instantie al dan niet ambtshalve gehouden is de bepaling toe te passen.¹⁵ Het communautaire karakter van die directe werking blijkt ondertussen niet alleen uit de typisch communautaire argumentatie waarop die is gefundeerd. Daarvan geeft ook blijk dat op volkenrechtelijk niveau alleen het communautaire recht de directe werking van bepalingen zelf algemeen vestigt. Voor het overige laat het internationaal publiekrecht de directe werking in beginsel volledig aan het nationale recht.¹⁶ Ten slotte komt de uniciteit van de communautaire directe werking naar voren in de behoorlijke mate van detaillering waarmee het Hof van Justitie EG dit concept autonoom – dus onafhankelijk van nationale directe-werkingsstelsels – heeft uitgewerkt.

Steeds geldt dat bepalingen slechts directe werking kunnen hebben als deze inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk zijn.¹⁷ Bij richtlijn-bepalingen geldt verder dat directe werking eerst betekenis kan krijgen nadat de voor de bepaling of de richtlijn geldende omzettingstermijn is verstreken.¹⁸ Wanneer de bepaling dan niet, onvolledig of onjuist is omgezet, kunnen burgers zich er rechtstreeks op beroepen. Als verstrekkende aanvulling hierop volgt uit het arrest-Marks & Spencer dat burgers dat eveneens is toegestaan indien aan nationale voorschriften die op zichzelf wel een juiste omzetting belichamen, geen of een onvolledige of onjuiste toepassing wordt gegeven. Daarvan is sprake indien met de toepassing niet het met de bepaling beoogde resultaat wordt bereikt.¹⁹

3.1 Algemene gevolgen

Ingeval bepalingen directe werking hebben, kan dat ingrijpende consequenties hebben. Consequenties die voor de bij de strafzaak betrokkenen mogelijk ook onverwacht zijn. Voor zover een direct werkende bepaling relevant is voor de desbetreffende zaak zal die in beginsel moeten worden toegepast. Aldus zullen in

15 Dat de directe werking in beginsel alle overheidsinstanties geldt blijkt o.a. uit HvJ EG 22 juni 1989, zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839, r.o. 28-33 (Fratelli Costanzo).

16 Zie verder A. Nollkaemper, 'The Direct Effect of Public International Law', in: J.M. Prinszen & A. Schrauwen (red.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen: Europa Law Publishing 2002, p. 155-180.

17 Zie het standaardarrest HvJ EG 19 januari 1982, zaak 8/81, *Jur.* 1982, p. 53, r.o. 20-25 en 29-30 (Becker).

18 HvJ EG 5 april 1979, zaak 148/78, *Jur.* 1979, p. 1629, r.o. 20-23 en 43-46 (Ratti); HvJ EG 5 februari 2004, zaak C-157/02, *Jur.* 2004, p. I-1477, r.o. 22 (Rieser).

19 Zie HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00, r.o. 27 (Marks & Spencer). Bestendigd in HvJ EG 8 juni 2006, zaak C-430/04, r.o. 29 (Feuerbestattungsverein Halle). Zie ook paragraaf 6.3.

die bepalingen vastgestelde rechten of verplichtingen tot gelding moeten worden gebracht. Dit kan impliceren dat daarmee strijdige nationale wettelijke voorschriften (of een bepaalde feitelijke toepassing daarvan) in de concrete zaak niet mogen worden gebruikt. In dat geval zal de uitkomst van de zaak wellicht sterk worden beïnvloed, mogelijk ten nadele van andere bij de zaak betrokken burgers. Het kan uiteindelijk ook betekenen dat die nationale voorschriften (of de bepaalde toepassing daarvan) geheel zullen moeten komen te vervallen.

3.2 *Directe werking bij materieel strafrecht en bij strafprocesrecht*

Juist vanwege deze mogelijke gevolgen is het uitgangspunt van belang – zeker ook met het oog op het strafrecht – dat bepalingen slechts direct kunnen werken tegen overheidsorganen, tegen de staat dus.²⁰ Het begrip staat dient daarbij overigens ruim te worden opgevat.²¹ Wanneer bijvoorbeeld een bepaling procedurele rechten voor verdachten waarborgt, kan een verdachte zich daarop (bij niet tijdige, volledige of juiste omzetting ervan) reeds gedurende het vooronderzoek rechtstreeks beroepen tegen de politie of het openbaar ministerie.²² Daarbij hoeft het overigens niet per se te gaan om op procedurele rechten gerichte rechtsinstrumenten.²³ Ook in samenwerkingsinstrumenten inzake wederzijdse erkenning komen rechten voor burgers voor die naar het aanziet directe werking kunnen hebben.²⁴ Een beroep op de directe werking van een bepaling

20 HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Jur.* 1986, p. 723, r.o. 49 (Marshall).

21 Zie het genoemde HvJ EG 22 juni 1989, zaak 103/88, r.o. 28-33 (Fratelli Costanzo). Zie ook A-G Alber, conclusie (punt 19-36) voor HvJ EG 5 februari 2004, zaak C-157/02 (Rieser). Zie voor criteria aangaande welke entiteiten tot de staat behoren HvJ EG 12 juli 1990, zaak C-188/89, *Jur.* 1990, p. I-3313, r.o. 17-20 (Foster).

22 Vgl. HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Jur.* 1986, p. 1651, r.o. 57 (Johnson).

23 Gelet op de aard van en de bevoegdhedenverdeling tussen de Pijlers zullen strafprocessuele rechten in beginsel tot stand komen via de Derde Pijler, in kaderbesluiten. Zie Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over bepaalde procedurele rechten in strafprocedures binnen de gehele Europese Unie, COM(2004) 328 def. (hierna: Voorstel kaderbesluit procedurele rechten strafprocedures); Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, COM(2005) 475 def.; Groenboek over de wederzijdse erkenning van niet tot vrijheidsbeneming strekkende controlemaatregelen in afwachting van het proces, COM(2004) 562 def. (hierna: Groenboek niet tot vrijheidsbeneming strekkende controlemaatregelen) (strikt genomen een wederzijdse-erkenninginstrument); Groenboek over jurisdictiegeschillen en het *ne bis in idem*-beginsel in strafprocedures, COM(2005) 696 def.; Groenboek over het vermoeden van onschuld, COM(2006) 174 def.; en voor slachtoffers het Kaderbesluit 2001/220/JBZ van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 2001, L 82/1.

24 Vgl. Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEG* 2002, L 190/1 (i.h.b. art. 11) (hierna: Kaderbesluit EAB); Kaderbesluit 2005/212/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de confiscatie van opbrengsten van misdrijven, alsmede van de daarbij gebruikte hulpmiddelen en door middel daarvan verkregen voorwerpen, *PbEU* 2005, L 68/49 (i.h.b. art. 5); Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees bewijsver-

door een burger is evenzeer op materieel strafrechtelijk terrein mogelijk. Wanneer de nationale strafbaarstelling van een feit in strijd is met een niet (juist) geïmplementeerde richtlijnbeveling, dan zullen burgers een vervolging dan wel veroordeling voor dat specifieke feit via directe werking van die beveling kunnen pareren.²⁵ Ook is bijvoorbeeld denkbaar dat een Europese strafbaarstelling een strafuitsluitingsgrond omvat die een verdachte via de directe werking in zijn voordeel kan inroepen.

Voormeld uitgangspunt impliceert ook dat de overheid andersom geen directe werking van een richtlijn kan inroepen tegen burgers.²⁶ Nu is dit verbod van omgekeerde verticale directe werking niet voor het strafprocesrecht gespecificeerd. Niettemin is goed denkbaar dat het algemene communautaire rechtszekerheidsbeginsel en de legaliteitseisen uit het EVRM (vgl. art. 5 lid 1 en art. 8 lid 2) hier een belemmering vormen voor rechtstreekse toepassing van strafprocessuele bevoegdheden ten nadele van de verdachte.²⁷ Wel is het verbod nader uitgewerkt met het oog op het materiële strafrecht, in het bijzonder met het beginsel *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Het brengt namelijk mee dat richtlijnbevelingen die strafbaarstellingen betreffen uit zichzelf en onafhankelijk van een nationale wettelijke regeling de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met de beveling handelen niet kunnen bepalen noch verzwaren.²⁸ Iemand rechtstreeks op basis van een richtlijn veroordelen is dus niet toegestaan. Verder is het al evenmin mogelijk richtlijnen direct te doen werken in horizontale verhoudingen, dus tussen burgers onderling.²⁹ Maar het direct laten werken van een richtlijn in de verticale verhouding van een burger tegen de staat mag wel horizontale gevolgen of zogenoemde incidentele effecten hebben.³⁰ In strafrechtelijke context kan dit impliceren dat een verdachte zich op een jegens hem door de staat niet nagekomen beveling tegen die staat kan be-

krijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, COM(2003) 688 def. (o.a. art. 12).

- 25 Zie HvJ EG 5 april 1979, zaak 148/78, *Jur.* 1979, p. 1629, r.o. 24 (Ratti). Zie nader Kristen 2004, p. 88-96.
- 26 Zie onder andere HvJ EG 5 april 1979, zaak 148/78, r.o. 20-23 (Ratti); HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, r.o. 48 (Marshall).
- 27 Zo zou de arrestatie van een burger dan niet louter kunnen steunen op bijvoorbeeld art. 1 Kaderbesluit EAB.
- 28 HvJ EG 11 juni 1987, zaak 14/86, *Jur.* 1987, p. 2545, r.o. 18-20 (Strafzaak t. X); HvJ EG 3 mei 2005, zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *Jur.* 2005, p. I-3565, r.o. 74-78 (Berlusconi), en de bij dit arrest behorende conclusie van A-G Kokott (punt 143).
- 29 HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, *Jur.* 1994, p. I-3325, r.o. 22-25 (Faccini Dori); HvJ EG 7 maart 1996, zaak C-192/94, *Jur.* 1996, p. I-1281, r.o. 20 (El Corte Inglés); HvJ EG 5 oktober 2004, zaken C-397/01 t/m C-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835, r.o. 108 (Pfeiffer).
- 30 HvJ EG 22 juni 1989, zaak 103/88, r.o. 28-33 jo 2 en 11-12 (Fratelli Costanzo); HvJ EG 12 november 1996, zaak C-201/94, *Jur.* 1996, p. I-5819, r.o. 35-39 (Smith & Nephew Pharmaceuticals). Zie voorts enigszins moeilijk te plaatsen arresten als HvJ EG 30 april 1996, zaak C-194/94, *Jur.* 1996, p. I-2201, r.o. 42-50 (CIA Security/Securitel e.a.), HvJ EG 12 maart 1996, zaak C-441/93, *Jur.* 1996, p. I-1347 (Pafitis). Deze blijven hier verder echter buiten beschouwing, nu ze zien op geschillen tussen particulieren.

roepen waardoor de positie van bijvoorbeeld een slachtoffer ongunstig wordt geraakt. Hetzelfde geldt indien het een bepaling betreft die juist op slachtofferrechten ziet waarvan de verdachte nadelige gevolgen ondervindt. Of slachtoffers daarmee ook de handhaving door de autoriteiten van Europese strafbepalingen kunnen afdwingen – en het opportuniteitsbeginsel aldus onder druk kunnen zetten – zal ik verderop bespreken.³¹ In elk geval geldt ook daarvoor dat directe werking er niet in mag resulteren dat de concrete strafprocedure in haar geheel bezien niet meer eerlijk is in de zin van artikel 6 EVRM jegens de verdachte respectievelijk het slachtoffer.³²

4 Conforme interpretatie

Deze communautaire plicht houdt in dat het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met de bewoordingen en de doelen van toepasselijke bepalingen dient te worden uitgelegd. De plicht geldt voor alle nationale autoriteiten, in de eerste plaats de nationale rechter en daarnaast het bestuur.³³ Meer indirect stuurt die eveneens de wetgever. Deze zal in het wetgevingsproces, zowel wanneer dat ziet op implementatie van Europese regelgeving als in andere gevallen, voor formuleringen moeten kiezen die ten minste uitlegbaar zijn conform het daarvoor relevante Europese recht.

Ook deze conforme-interpretatieplicht – die in Pupino ook voor intergouvernementele kaderbesluiten van toepassing is verklaard³⁴ – is sterk communautair van karakter. Weliswaar kan men aannemen dat de plicht tot conforme interpretatie, in tegenstelling tot de directe werking, in beginsel tot het algemene internationaal publiekrecht behoort.³⁵ Maar de inhoud, reikwijdte en dwingende kracht ervan is daar wel van andere aard dan in het communautaire recht. Een belangrijk verschil is dat waar de nationale rechter in het communautaire recht onder tamelijk strikte controle staat wat betreft het nakomen van de conforme-interpretatieplicht, diezelfde rechter wat betreft het internationale publiekrecht tamelijk ongemoeid kan bepalen hoe ver hij daarin gaat.³⁶ Die de facto grotere vrijheid vloeit daar onder meer voort uit het gebrek aan even dwingende toezichthoudende infrastructures als het communautaire recht kent

31 Zie paragraaf 6.3.

32 Overigens stelt het Hof van Justitie EG deze begrenzing niet zo expliciet in relatie tot directe werking als het dat doet bij conforme interpretatie (zie de volgende paragraaf).

33 HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, r.o. 26 (Faccini Dori).

34 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, r.o. 31 en 43 (Pupino).

35 G. Betlem & A. Nollkaemper, 'Giving effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts', *European Journal of International Law* 2003, p. 569-589. Vgl. art. 31 Weens verdragenverdrag.

36 Vgl. Y. Shany, 'How Supreme is the Supreme Law of the Land?', *Brooklyn Journal of International Law* 2006 (vol. 31:2), p. 341-404 (i.h.b. p. 360-374).

(zie art. 220-244 EG-Verdrag; vgl. art. 35 EU-Verdrag).³⁷ Voorts is van betekenis dat de nationale rechter – ook wanneer die zich strikt aan de conforme-interpretatieplicht houdt – doorgaans in hoge mate zelf kan en ook dient te bepalen welke betekenis toekomt aan internationale normen. Hierdoor kan de nationale rechter de gevolgen van uitvoering van de plicht uiteindelijk toch nog in sterke mate sturen. Die gelegenheid heeft hij in beginsel niet in de communautaire rechtsorde waar hij voor de uitlegging van het recht in laatste instantie verplicht is aangewezen op het Hof van Justitie EG (zie o.a. art. 234 EG-Verdrag; vgl. art. 35 lid 1 EU-Verdrag).³⁸ Ten slotte komt ook de uniciteit van de communautaire conforme-interpretatieplicht tot uitdrukking in de gedetailleerde en dwingende uitwerking ervan door het Hof van Justitie EG en de specifieke voorwaarden en grenzen die het er aan stelt.

Conforme interpretatie impliceert dat het nationale recht aanknopingspunten biedt voor zodanige interpretatie. Zonder nationaal recht dat aan hetzelfde onderwerp raakt als waarop de Europese richtlijn ziet, heeft de rechter niets om in het licht van een richtlijn te interpreteren.

4.1 *Algemene gevolgen*

De plicht nationaal recht in conformiteit met richtlijnbevestigingen te interpreteren geldt voor recht van zowel eerdere als latere datum dan de Europese bepaling.³⁹ Daarbij raakt de plicht dus nationale wetgeving die tot implementatie strekt en recht dat dit niet doet maar wel binnen de reikwijdte van de Europese bepaling ligt.⁴⁰ De invloed van het communautaire recht straalt daarmee in potentie over het gehele nationale recht uit. Een implicatie van de plicht is daarbij tevens dat die de nationale rechter, bestuursautoriteiten en wetgever niet alleen beperkt in de mogelijkheid nationale bepalingen vorm te geven, uit te leggen en toe te passen in consistentie met onder andere nationale grondslagen, dogmatiek, systematiek, definities en terminologie. Ook aan internationaal, niet-communautair recht kunnen zij daarbij niet meer zo gemakkelijk plaats bieden. Juist vanwege voormelde in potentie onbeperkte uitstraling zijn deze uiteenlopende gevolgen zeker op de lange termijn niet licht te overschatten.

4.2 *Conforme interpretatie bij materieel strafrecht en bij strafprocesrecht*

Ontsnappen aan deze gevolgen is niet gemakkelijk. Het Hof van Justitie EG eist en ziet er op toe dat het nationale recht ‘zoveel mogelijk’ in overeenstemming

37 Zelfs het toezichtsmechanisme dat het EVRM complementeert, dat zeker in vergelijking tot het overige internationaal publiekrecht sterk te noemen is, blijft hier achter bij het communautaire regiem.

38 Wat dit betreft is het verschil tussen de werking van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG en die van het EHRM overigens graduëel, maar dat geldt veelal niet wanneer men het vergelijkt met het internationale toezicht op andere verdragen en internationale regelingen.

39 Zie onder andere HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89, *Jur.* 1990, p. I-4135, r.o. 8 (Marleasing); HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, r.o. 26 (Faccini Dori).

40 HvJ EG 5 oktober 2004, zaken C-397/01 t/m C-403/01, r.o. 113-119 (Pfeiffer).

met de Europese richtlijnen wordt uitgelegd.⁴¹ Ook de rechter zal zich daarbij niet zomaar mogen laten limiteren door de beperktheid van de in het nationale recht erkende interpretatiemethoden.⁴² Hier is namelijk het effectiviteitsbeginsel van toepassing; nationale procesregels mogen de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Bovendien zal ook het gelijkwaardigheidsbeginsel in acht moeten worden genomen: nationaalrechtelijke beperkingen van de mogelijkheid tot verwerkelijking van Europees recht mogen niet ongunstiger zijn dan die voor gelijksoortig nationaal recht gelden.⁴³ De interpretatieplicht gaat echter niet zover dat de rechter desnoods *contra legem* moet uitleggen.⁴⁴ Een nog dwingendere begrenzing van de plicht vormen de – communautair en algemeen erkende⁴⁵ – fundamentele rechtsbeginselen. In zijn algemeenheid behoren daartoe de rechten en vrijheden uit het EVRM.⁴⁶

Een primaire rol vervult ook hierbij het rechtszekerheidsbeginsel. Meer specifiek voor het materiële strafrecht erkent het Hof van Justitie EG het legaliteitsbeginsel.⁴⁷ Ingevolge daarvan mag conforme interpretatie er volgens het Hof van Justitie EG niet toe leiden dat op grond van een Europeesrechtelijke strafbepaling strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt vastgesteld of verzwaaard.⁴⁸ Dit zou dan zo moeten worden verstaan dat de strafrechter een nationale strafbaarstelling vanwege een richtlijn niet zo mag uitleggen dat daaronder ook feiten komen te vallen die ‘niet duidelijk bij wet strafbaar’ zijn gesteld.⁴⁹ Ook lijkt het Hof van Justitie EG het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ te erkennen voor het strafrecht.⁵⁰ Aldus zou een strafbepaling – in elk geval wanneer die enig gewicht toekomt, dus meer dan een ‘Ordnungswidrigkeit’ is – niet via een beperkende conforme interpretatie tot zuiver risico-

41 Vaste rechtspraak vanaf HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89, r.o. 8 (Marleasing).

42 Prechal 2005, p. 193-199.

43 Zie o.a. HvJ EG 5 oktober 2004, zaken C-397/01 t/m C-403/01, r.o. 116 (Pfeiffer).

44 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, r.o. 47 (Pupino).

45 Vgl. HvJ EG 12 november 1969, zaak 29/69, *Jur.* 1969, p. 419, r.o. 57 (Stauder); HvJ EG 12 december 1996, zaken C-74/95 en C-129/95, *Jur.* 1996, p. I-6609, r.o. 25 (Strafzaken t. X).

46 Zie art. 6 EU-Verdrag; vgl. het Handvest van grondrechten van de Europese Unie.

47 Zie E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 68-71.

48 HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Jur.* 1987, p. 3969, r.o. 13-14 (Kolpinghuis Nijmegen); HvJ EG 26 september 1996, zaak C-168/95, *Jur.* 1996, p. I-4705, r.o. 42 (Arcaro).

49 Zie HvJ EG 12 december 1996, zaken C-74/95 en C-129/95, r.o. 25-26 (Strafzaken t. X); HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, r.o. 67 (Berlusconi).

50 Zie HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00, *Jur.* 2002, p. I-6453, r.o. 35-52 (Käserei Champignon Hofmeister), waarin staat dat een sanctie ‘het beginsel “Nulla poena sine culpa” slechts kan schenden indien zij van strafrechtelijke aard is’. Het Hof van Justitie EG toetst dit uitgebreid en concludeert dat de sanctie in casu niet strafrechtelijk was maar administratief. Was de sanctie wel strafrechtelijk geweest, dan had het beginsel blijkbaar toepassing gevonden, want anders was de gehele toetsing zinledig. Zie anders Verheijen 2006, p. 73-78 en 80. Voor het civiele recht geldt het beginsel of iets soortgelijks niet: HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941, r.o. 24-26 (Dekker).

aansprakelijkheid mogen worden gereduceerd terwijl daarbij schulditsluitingsgronden totaal worden buitengesloten.⁵¹ Voorts lijkt de interpretatieplicht niet tot oplegging van een sanctie te mogen leiden die onevenredig is aan de ernst van de overtreding.⁵²

De conforme-interpretatieplicht is evenmin oneindig als het om strafprocesrecht gaat. Weliswaar formuleert het Hof van Justitie EG nergens een strafprocesueel legaliteitsbeginsel, maar het algemene communautaire rechtszekerheidsbeginsel en de legaliteitseisen die het EVRM aan (strafvorderlijke) inbreuken stelt, bieden wellicht ook bescherming tegen al te ruime inlezing van strafvorderlijke overheidsbevoegdheden. Wel uitdrukkelijk blijkt uit de jurisprudentie dat conforme interpretaties er niet in mogen resulteren dat een concrete strafprocedure in het geheel bezien niet meer eerlijk is in de zin van artikel 6 EVRM.⁵³ Het op basis van een richtlijn in het nationale recht inlezen van rechten of verplichtingen van verdachten of slachtoffers is dus niet toegestaan wanneer dit ten koste gaat van het recht op een eerlijk proces van een van hen. Dat zal eveneens moeten gelden wanneer die rechten of verplichtingen zijn opgenomen in instrumenten van strafrechtelijke samenwerking c.q. wederzijdse erkenning.⁵⁴

5 Staatsaansprakelijkheid

Staten zijn onder omstandigheden verplicht redres te bieden voor schade die burgers hebben geleden doordat een staatsorgaan zich niet aan Europeesrechtelijke verplichtingen heeft gehouden.⁵⁵ Dit geldt voor alle gevallen van schending van het gemeenschapsrecht, ongeacht of de wetgevende, de rechterlijke of de uitvoerende macht van de lidstaat daarvoor verantwoordelijk is.⁵⁶

Ook het door het Hof van Justitie EG ontwikkelde staatsaansprakelijkheidsrecht is weer sterk communautair van inborst. Dat is ten eerste zo

51 Aan deze conclusie staat mijns inziens niet in de weg HvJ EG 10 juli 1990, zaak C-326/88, *Jur.* 1990, p. I-2911, r.o. 20 (Hansen), waarin het strafbaar zijn van iemand die geen opzet of nalatigheid kan worden verweten wordt gebillijkt. Dit impliceert op zichzelf immers nog niet dat strafbaarheid bij afwezigheid van alle schuld altijd is toegestaan. Vgl. EHRM 19 oktober 2004, zaak 66273/01 (Falk/Nederland).

52 HvJ EG 10 juli 1990, zaak C-326/88, r.o. 19 (Hansen).

53 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, r.o. 58-60 (Pupino).

54 Vgl. Kaderbesluit 2003/577/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevestiging van voorwerpen of bewijsstukken, *PbEU* 2003, L 196/45 (art. 1); Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie, COM(2005) 91 def. (art. 1 lid 2).

55 HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357, r.o. 35 (Francovich). Het betreft courante rechtspraak, voor het eerst bevestigd in HvJ EG 5 maart 1996, zaken C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029, r.o. 31 (Brasserie du Pêcheur).

56 HvJ EG 5 maart 1996, zaken C-46/93 en C-48/93, r.o. 32-34 (Brasserie du Pêcheur).

vanwege de eerder vermelde communautaire grondslag waarop die berust. Verder telt dat dit recht inhoudelijk op essentiële punten verschilt van de staatsaansprakelijkheid uit het algemene volkenrecht. Zo geldt de redresplicht bij schendingen van internationale verplichtingen volgens het internationaal publiekrechtelijke staatsaansprakelijkheidsrecht van de ene staat jegens andere staten en dus niet in de verhouding staat-individu.⁵⁷ Met de mogelijkheid voor het EHRM billijke genoegdoening toe te kennen vormt het EVRM hierop met artikel 41 reeds een zekere uitzondering. Maar daarmee is van een autonoom, op nationaal niveau rechtstreeks afdwingbaar redresrecht zoals het communautaire recht dit burgers verschaft ook daar geen sprake.⁵⁸ Bovendien valt de communautaire redresplicht op door de op internationaal niveau ongewoon precieze en daarmee in hoge mate verplichtende uitwerking ervan waaraan bovendien moeilijk valt te ontkomen.

Voor aansprakelijkheid van staten voor schendingen van gemeenschapsrecht dient aan drie voorwaarden te zijn voldaan.⁵⁹ Allereerst zal de geschonden verplichting er toe moeten strekken particulieren rechten (of ten minste bescherming) toe te kennen, waarbij die rechten bovendien voldoende bepaalbaar moeten zijn.⁶⁰ Ten tweede geldt dat een schending als zodanig niet voldoende is, maar dat deze ‘voldoende gekwalificeerd’ moet zijn. Dat is het geval als de lidstaat ‘het toepasselijke recht *kennelijk* heeft geschonden.’⁶¹ Daartoe zal de staat de grenzen van zijn bevoegdheden ten minste op evidente en ernstige wijze (volgens de Engelse tekst: ‘manifestly and gravely’) moeten hebben overtreden.⁶² De derde voorwaarde houdt in dat rechtstreeks causaal verband moet bestaan tussen de schending en de door de betrokkene geleden schade.

5.1 Algemene gevolgen

De consequentie van aansprakelijkheid is dat de staat in redres dient te voorzien. Anders dan het algemeen internationaal publiekrecht kent het communautaire staatsaansprakelijkheidsstelsel niet het beginsel van *restitutio in integrum* oftewel volledig rechtsherstel als uitgangspunt. Conform vaste rechtspraak geldt namelijk dat de vergoeding van de schade aan burgers ‘adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van hun rechten is

57 Zie met verdere verwijzingen M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997, p. 60-62.

58 Zie onder andere HvJ EG 5 maart 1996, zaken C-46/93 en C-48/93, r.o. 74 en 93-95 (Brasserie du Pêcheur).

59 HvJ EG 5 maart 1996, zaken C-46/93 en C-48/93, r.o. 32-34 (Brasserie du Pêcheur); HvJ EG 8 oktober 1996, zaken C-178/94 e.a., *Jur.* 1996, p. I-4845, r.o. 21 (Dillenkofer); HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01, *Jur.* 2003, p. I-10239, r.o. 51 (Köbler).

60 Zie daarover nader in paragraaf 6.3.

61 HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01, r.o. 53 (Köbler) (mijn curs., PHvK).

62 Zie ook HvJ EG 28 juni 2001, C-118/00, *Jur.* 2001, p. I-5063, r.o. 38 (Larsy).

verzekerd'.⁶³ Wat adequaat is, hangt af van de omstandigheden. In sommige gevallen kan dit toch volledig rechtsherstel vereisen.⁶⁴

Bij schadevergoeding denkt het Hof van Justitie EG in de eerste plaats aan financiële vergoeding. In veel gevallen zullen andere vormen van redres echter adequater zijn. Adequater in die zin dat ze passender zijn en dichter tegen daadwerkelijk herstel aanzitten. Daarnaast geldt dat andere redresvormen vaak beter de volledige werking van de richtlijn kunnen verwezenlijken. Het met terugwerkende kracht invoeren van vereiste regelgeving of het herzien van met het Europees recht strijdige bestuursbesluiten of rechterlijke uitspraken kunnen zo de voorkeur verdienen boven financiële vergoeding, althans vanuit het oogpunt van adequaat rechtsherstel.

Dergelijke vormen van redres zijn zeker toegelaten. Om te beginnen ontslaat het betalen van een financiële vergoeding de staat immers niet van zijn verplichtingen tot naleving van het gemeenschapsrecht.⁶⁵ Niettegenstaande het voorgaande is de staat volgens het Hof van Justitie EG bovendien gehouden 'de gevolgen ongedaan te maken van de schade veroorzaakt door een aan hem toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht'.⁶⁶ Staten zijn evenwel niet verplicht bestuursbesluiten met formele rechtskracht of (straf)rechterlijke beslissingen met kracht van gewijsde te herzien wanneer hun nationale recht daartoe niet de mogelijkheid verschaft. Evenmin behoeven ze daarvoor speciale voorzieningen in te voeren.⁶⁷ Zo ver gaat het effectiviteitsbeginsel – ook nu vanwege de rechtszekerheid – dus niet.

5.2 Staatsaansprakelijkheid bij materieel strafrecht en bij strafprocesrecht

Jurisprudentie van het Hof van Justitie EG inzake staatsaansprakelijkheid vanwege schending van Europees materieel strafrecht of strafprocesrecht is niet voorhanden. Over de eventuele gelding van specifiek op het strafrecht gerichte beperkingen op de staatsaansprakelijkheid geeft de Luxemburgse jurisprudentie dus nog geen uitsluitsel. Evenmin is duidelijk wat het Hof van Justitie EG voor het strafrecht als adequaat redres aanmerkt. Gelet op de rechtspraak op andere terreinen ligt het voor de hand dat bij met het Europees recht strijdige veroordelingen, opgelegde boetes en geconfiscieerd vermogen in beginsel moeten worden geretourneerd.⁶⁸ Maar bij ander nadeel in de strafrechtelijke sfeer is het

63 HvJ EG 5 maart 1996, zaken C-46/93 en C-48/93, r.o. 82 (Brasserie du Pêcheur).

64 Vgl. HvJ EG 2 augustus 1993, zaak C-271/91, *Jur.* 1993, p. I-4367, r.o. 26 (Marshall II).

65 HvJ EG 19 december 1997, zaak C-265/95, *Jur.* 1997, p. I-6959, r.o. 59 (Commissie/Frankrijk ofwel Spaanse aardbeien).

66 HvJ EG 5 maart 1996, zaken C-46/93 en C-48/93, r.o. 74 (Brasserie du Pêcheur).

67 Zie voor bestuursbesluiten HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-453/00, r.o. 24 (Kühne & Heitz); en voor rechterlijke uitspraken HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01, r.o. 39 en 58 (Köbler); HvJ EG 16 maart 2006, zaak C-234/04, r.o. 20-21 (Kapferer). Zie voorts P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Redres bij schending Eurostrafrecht', *NTER* 2005, p. 166-168.

68 Zo zijn lidstaten in fiscalibus verplicht in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffingen terug te betalen: zie onder andere HvJ EG 8 maart 2001, zaken C-397/98 en C-410/98,

moeilijker analogieën te maken. In elk geval zullen de in het nationale strafrecht bestaande mogelijkheden tot redres ingevolge het gelijkwaardigheidsbeginsel ook bij schending van Europees recht moeten worden toegepast. Dit betekent overigens niet dat vanwege het bestaan van de mogelijkheid tot herziening vanwege beslissingen van het EHRM (art. 457 lid 1 sub 3° Sv) nu ook strafprocedures vanwege Hof van Justitie EG-uitspraken zouden moeten kunnen worden heropend.⁶⁹

6 Doorwerkingsmechanismen in harmonie met nationale strafrechtssystemen?

De drie doorwerkingsmechanismen garanderen en effectueren op krachtige wijze een tamelijk precieze implementatie van Europees recht in de nationale rechtsorde waaraan de nationale autoriteiten moeilijk kunnen ontsnappen. Het doorwerkingsstelsel impliceert bovendien dat de invloed van dat Europees recht in potentie uitwerkt over alle subterreinen van het nationale strafrecht. Die invloed wordt zowel inhoudelijk als qua doorwerkingsvermogen nog voortdurend sterker. Een krachtige katalysator daarvoor is overigens nog in ontwikkeling: omarming door de strafrechtspraktijk van het Europese strafrecht. Dat rechtvaardigt te meer de vraag of de communautair ontwikkelde doorwerkingsmechanismen geschikt zijn om toe te passen op strafrechtelijk terrein. Dit lijkt in zoverre twijfelachtig dat moeilijk voorstelbaar is dat de drie mechanismen hetzelfde zouden zijn vormgegeven indien deze oorspronkelijk primair op het tot stand brengen van een strafrechtelijke in plaats van sociaal-economische orde gericht waren geweest. Maar daar staat tegenover dat het Hof van Justitie EG, althans voor de directe werking en de conforme interpretatie, blijkens het voorgaande al uitdrukkelijk rekening houdt met bepaalde eigenheden van het materiële strafrecht en het strafprocesrecht. Is dat voldoende?

6.1 Materieel strafrecht

Met de toepassing van het legaliteitsbeginsel en naar het lijkt ook het schuld-beginsel erkent het Hof van Justitie EG twee van de belangrijkste waarden voor het materiële strafrecht. Toch zijn de nationale strafrechtelijke systemen van de lidstaten daarmee nog niet zeker gesteld. Het vermogen van de lidstaten autonoom een bepaalde criminele politiek te voeren garanderen deze beginselen niet.⁷⁰ Voorts geldt dat het materiële Eurostrafrecht in richtlijnen en kader-

Jur. 2001, p. I-1727, r.o. 85 (Metallgesellschaft); HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00, r.o. 39 (Marks & Spencer).

69 Zie nader Van Kempen 2005, p. 168; zie anders L.A.D. Keus, 'Ontwikkelingen binnen de Europese Unie op het gebied van de rechtspraak', *Trema* 2004, p. 440.

70 Dit was een van de uitgangspunten van minister van Justitie Korthals: *Kamerstukken II* 1998/99, 26 656, nr. 1, p. 6 (brief inzake Eurostrafrecht).

besluiten lang niet altijd voldoende recht doet aan deze beginselen.⁷¹ Bovendien zijn er beginselen waarvoor het Hof van Justitie EG weinig of (nog) geen expliciete aandacht heeft (vgl. daadstrafrechtbeginsel, ultimum remedium-gedachte).⁷²

Hier is het belangrijkste punt evenwel dat het specifieke karakter van de onderscheidenlijke nationale systemen niet zozeer schuilt in de erkenning van deze beginselen, elk fatsoenlijk strafrechtssysteem steunt er immers op, maar veeleer in de wijze waarop deze beginselen zijn verwerkt. Daarin verschillen die systemen van elkaar en van het Eurostrafrecht. Iets soortgelijks geldt onder meer voor causaliteit, wederrechtelijkheid, daderschap, de stelsels van deelnemingsvormen en strafuitsluitingsgronden, strafbaarheid in de voorfase van delicten en de indeling in delictscategorieën (bijvoorbeeld misdrijven en overtredingen). Weliswaar zullen de meeste nationale strafrechtssystemen wel tamelijk bijzondere rechtsfiguren kennen, zoals Nederland bijvoorbeeld de strafbaarheid van de rechtspersoon, maar ze hebben alle ook te maken met de zonet genoemde concepten. Niet die concepten als zodanig maar juist de specifieke plaatsing, invulling en toepassing ervan bezorgen die systemen hun eigenheid. Die eigen aard, de innerlijke consistentie van die systemen en mogelijk ook de effectiviteit ervan zullen moeilijker kunnen worden behouden naarmate Europese strafbaarstellingen preciezer zijn vormgegeven en/of het Hof van Justitie EG de betekenis en reikwijdte van daarin opgenomen bestanddelen en daaraan verbonden of te verbinden strafuitsluitingsgronden exacter bepaalt of afgrenst. Op tal van terreinen is de Luxemburgse rechter tamelijk precies in het definiëren van begrippen uit richtlijnen en kaderbesluiten.⁷³ Ook de mogelijkheid nationale excepties toe te passen op Europese normen laat men niet onbeperkt.⁷⁴

Mocht het Hof van Justitie EG hiertoe ook op materieelstrafrechtelijk terrein overgaan, dan zal dit beslist implementatieproblemen opleveren voor de strafrechtssystemen in de lidstaten. Stel bijvoorbeeld dat het Hof van Justitie EG nauwkeurig de inhoud zou gaan bepalen van kaderbesluit- en richtlijn termen als

71 Zie daarover P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Waarborgen tegen de ontwrichtende werking van Eurostrafrecht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 248-258.

72 Van Kempen 2003, p. 248-255. Vgl. ook G.J.M. Corstens & M.I. Veldt-Foglia, 'Communautarisering van het straf- en strafprocesrecht', *DD* 2003, p. 166-172.

73 Vgl. (als willekeurige greep uit talloze beslissingen) inzake fiscaal recht HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-114/05 (Gillan Beach); inzake consumentenrecht HvJ EG 9 februari 2006, zaak C-127/04 (Declan O'Byrne); inzake sociaal recht HvJ EG 15 december 2005, zaak C-232/04, *Jur.* 2005, p. I-11237 (Güney-Görres); inzake industrieleld HvJ EG 21 april 2005, zaak C-267/03, *Jur.* 2005, p. I-3247 (Lindberg); inzake ondernemingsrecht HvJ EG 13 januari 2005, zaak C-84/03, *Jur.* 2005, p. I-139 (Commissie/Spanje); inzake mededinging GEA 23 februari 2006, zaak T-282/02 (Cementbouw).

74 Vgl. inzake discriminatieverbod HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941 (Dekker). Vgl. ook HvJ EG 22 november 2005, zaak C-384/02, *Jur.* 2005, p. I-9939 (Grøngaard en Bang), over het restrictief uitleggen van een exceptie (die overigens geen klassieke strafuitsluitingsgrond betrof) in verband met een strafbaarstelling inzake voorwetenschap.

opzettelijk, medeplichtigheid, poging enzovoort of dat het strafuitsluitingsgronden als avas of als noodtoestand zou afwijzen. Juist de communautaire plicht tot conforme interpretatie impliceert dan dat in het bijzonder de nationale rechter er niet aan zal kunnen ontkomen deze interpretaties en beperkingen binnen zijn eigen strafrechtssysteem over te nemen. Ook indien deze volstrekt niet binnen dat systeem passen en dit inconsistent maken. Overigens is het specifiek invullen door de Brusselse regelgever of Luxemburgse rechter in dit opzicht bij subjectieve bestanddelen en begrippen uit algemene leerstukken problematischer dan wanneer zij dit bij gedrags- of gevolgsbestanddelen doen.

Vooraf voor eerstgenoemde bestanddelen en begrippen geldt dan ook dat het vanuit het oogpunt van bescherming van nationale strafrechtssystemen wenselijk is de lidstaten bij de implementatie van Europees materieel strafrecht in regelgeving en rechtspraak een voldoende ruime marge te gunnen om het Eurostrafrecht binnen het nationale strafrecht in én toe te passen. Dit noopt tot een andere invulling van de conforme-interpretatieplicht dan thans communautair regel is. Aan de mogelijkheid voor het Hof van Justitie EG om te voorzien in de noodzakelijke verbeteringen van de interne kwaliteit van het Eurostrafrecht zou dit niet behoeven af te doen. Evenmin behoeft een dergelijke marge vanuit de Europese gedachte bezwaarlijk te zijn (zie § 7).

6.2 *Strafprocesrecht*

Veel meer dan het materiële strafrecht heeft het strafprocesrecht al geruime tijd te maken met Europese verplichtingen. Lange tijd was echter niet de Unie, maar vooral het ‘andere Europa’ daarvoor verantwoordelijk: het EVRM. Ontegenzeggelijk heeft het Straatsburgse acquis wat betreft inhoud en grondwaarden tot versterking van ons strafprocesrecht geleid. Maar evengoed heeft dat recht daardoor geleden wat betreft inzichtelijkheid, systematiek en consistentie.⁷⁵

Inmiddels beweegt ook de Unie zich nadrukkelijk op het terrein van het strafprocesrecht. De Europese druk op de nationale strafvorderlijke systemen zal daardoor vermeerderen. Niet alleen omdat het Europese strafprocesrecht in omvang toeneemt, vooral ook telt dat de nationale systemen met de toenemende inmenging van de Unie nu zelfs twee vreemde regiem te verwerken hebben. Regiem die bovendien onderling verschillen. Waar het EVRM primair strekt tot het bieden van minimumgaranties en het niet als zelfstandig doel heeft eenvormigheid tussen de nationale systemen te bewerkstelligen, beoogt de Unie ook op strafprocesrechtelijk terrein juist wel een zekere harmonisatie.⁷⁶ Met die

75 Vgl. M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, ‘Algemeen deel’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 11. Zie algemeen over ontwrichtende effecten van het EVRM voor onze rechtsorde E.A. Alkema, *Over implementatie van internationaal recht – de internationale rechtsorde is de onze nog niet*, Leiden: Universiteit Leiden 2005, § 3 en § 6.

76 Vgl. Voorstel-kaderbesluit procedurele rechten strafprocedures, en de toelichting daarop, onder andere punten 1, 7, 9, 11, 19 en 22. Zie ook de bijdrage van A.E.M. Röttgering in deze bundel.

gerichtheid op verandering is het Eurostrafprocesrecht in potentie indringender voor de nationale strafvordering dan het EVRM. De nadelen daarvan worden nog versterkt doordat het strafprocesrecht vanuit de Unie vooralsnog niet als een innerlijk consistent geheel maar juist nogal verbrokkeld, tamelijk willekeurig en geïsoleerd tot stand komt.⁷⁷ Nu zijn de voor het strafprocesrecht relevante bepalingen uit het EVRM evenmin vanuit een specifieke strafvorderlijke systeemvisie opgesteld, maar een evenwichtig en tamelijk compleet stelsel van minimumnormen vormen zij toch wel.

Daarbij komt dat staten bij de toepassing van deze normen de nodige ruimte hebben. Die ruimte is er niet alleen vanwege de afwezigheid van een doorwerkingsstelsel zoals het communautaire recht daar inhoud aangeeft. Ook voorziet het EHRM daar in door onder andere een ‘margin of appreciation’ te hanteren (vgl. art. 8 EVRM) en door voor de verdragsconformiteit van procedures te toetsen of die bezien ‘as a whole’ (in plaats van per se op elk onderdeel ervan) voldoende eerlijk zijn (art. 6 EVRM). Dit laat de nationale autoriteiten aanzienlijke vrijheid een zelf te kiezen stelsel van ‘checks and balances’ in te richten, conflicterende grondrechten en ook andere belangen in afwegingen te betrekken en het strafprocesrecht in aansluiting op de eigen strafrechtscultuur toe te passen. Van dergelijke vrijheid lijkt wat betreft de Unie veel minder sprake. Ik doel er dan niet zo zeer op dat Nederland diens culturele verworvenheid van rechterlijke straftoemingsvrijheid niet volledig lijkt te kunnen behouden bij richtlijn- en kaderbesluitdelicten.⁷⁸ Hier gaat het mij veel meer om de implementatievrijheid rondom strafprocessuele rechten van verdachten en slachtoffers en andere strafvorderlijke regels. De regelingen voor vrijheidsbeneming zijn in dit opzicht illustratief, trouwens ook als het gaat om het genoemde harmonisatiestreven en de geïsoleerde benadering. Het EVRM geeft met artikel 5 over de volle breedte van dit middel de grenzen aan. Daar tegenover staat voor de Unie een Groenboek over een zeer beperkt aspect van vrijheidsbeneming dat een voorschot neemt op verplichtingen tot invoer van specifieke instrumenten. Men heeft namelijk het oog op een regeling krachtens welke men een verdachte niet in voorarrest houdt in de staat waar hij het delict beging en waar hij zal worden berecht, maar ingevolge waarvan men hem tijdelijk kan overdragen aan zijn eigen lidstaat teneinde aldaar te worden onderworpen aan niet-vrijheidsbenemende controlemaatregelen.⁷⁹ Die beperkte regeling lijkt de lidstaten intussen krachtiger tot toepassing van alternatieven voor voorarrest te gaan dwingen dan gebeurt door artikel 5 EVRM waarin die plicht eveneens ligt be-

77 Vgl. de in voetnoot 23 genoemde regelingen.

78 Vgl. recent nog art. 5 van Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake strafrechtelijke maatregelen om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen, COM(2006) 168 def. (hierna: Gewijzigd voorstel richtlijn strafrechtelijke handhaving intellectuele-eigendomsrechten).

79 Groenboek niet tot vrijheidsbeneming strekkende controlemaatregelen. Strikt genomen is dit een wederzijdse-erkenninginstrument, maar feitelijk strekt het tot verbetering van de rechtspositie van verdachten.

sloten. Dat is op zichzelf zeker winst. Maar daarbij lijkt het Groenboek een regeling voor te staan waardoor de controle van de delictstaat over de verdachte nogal wordt beperkt.⁸⁰ Dit levert risico's op voor de effectiviteit en kwaliteit van de strafrechtspleging. Beide zijn er immers bij gebaat dat de strafrechtelijke autoriteiten de beschikbaarheid van de verdachte zoveel mogelijk in eigen hand hebben. Ook bij bijvoorbeeld het voorstel-kaderbesluit procedurele rechten in strafprocedures speelt iets dergelijks. Daarbij bestaat het gevaar dat bepaalde toepassing van niet door het kaderbesluit bestreken grond- en mensenrechten in de knel komt.⁸¹ Naarmate het Eurostrafprocesrecht stringenter is en de lidstaten bovendien minder vrijheid hebben bij de implementatie ervan in nationale regelgeving en praktijk, zullen voormelde moeilijkheden voor hun strafvorderlijke systemen en hun strafrechtsplegingen dus indringender zijn.

6.3 *Strafrechtelijke handhaving en opportunitiebeginsel*

Voorgaande behandeling van de directe werking laat nog ongewis of een slachtoffer bijvoorbeeld ook rechtstreekse toepassing kan inroepen van een bepaling die tot de strafbaarstelling van een feit verplicht. Dat is een priemende kwestie. Bij positieve beantwoording zou immers sprake zijn van een beperking op het opportunitiebeginsel. Dat zou zowel een belangrijke Nederlandse strafvorderlijke waarde als het strafrechtelijk systeem wezenlijk raken.⁸²

Een dergelijk recht voor slachtoffers is overigens tot op heden niet expliciet in straf(proces)rechtelijke kaderbesluiten opgenomen. Deze kennen ook (nog) geen uitdrukkelijke algemene plichten tot vervolging of expliciete algemene beperkingen op het opportunitiebeginsel. Wel strekken deze instrumenten er onbetwistbaar toe overtredingen van Europese strafbaarstellingen te vervolgen en bestraffen.⁸³ Dat geldt voor strafrechtelijke richtlijnen niet minder. Doorslaggevender voor de status van het opportunitiebeginsel is echter de algemene communautaire handhavingplicht.

Nu een richtlijnbeepaling niet rechtstreeks strafrechtelijke aansprakelijkheid kan bepalen, zal een slachtoffer in elk geval geen handhaving kunnen afdwingen voor zover de bepaling niet (volledig of juist) is geïmplementeerd. Gecomplieerder ligt het wanneer de bepaling al wel goed is omgezet in nationaal recht,

80 Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen & F.G.H. Kristen, 'Alternatieven voor voorarrest vanuit Europees perspectief', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 325-327.

81 In die zin C.J.C.F. Fijnaut & M.S. Groenhuijsen, 'De toekomst van de Europese Unie en de lidstatelijke samenwerking in strafzaken', *DD* 2003, p. 489.

82 Zie M.S. Groenhuijsen, 'De dreigende verdachtmaking van het opportunitiebeginsel in het Nederlandse strafrecht', *DD* 2002, p. 437-445; P.J.P. Tak, 'Opportunitiebeginsel en minimumstraf', *DD* 2002, p. 356-362 en 366.

83 Zie H. de Doelder, 'De teloorgang van het opportunitiebeginsel', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 112-118 en 121-122.

maar de autoriteiten dat niet voldoende handhaven. Vooral nog kan niet voettoots worden aangenomen dat slachtoffers lidstaten op onvoldoende handhaving kunnen aanspreken via de directe werking van de richtlijnstrafbaarstelling. Maar evenmin kan de mogelijkheid daartoe categorisch worden uitgesloten. De reden daarvoor is dat het eerder genoemde arrest-Marks & Spencer – dat de directe werking uitbreidde tot al die gevallen waarin de nationale maatregelen die de betrokken richtlijn naar behoren implementeren, niet zodanig worden toegepast dat het met de richtlijn beoogde resultaat wordt bereikt – jurisprudentie betreft waarvan de reikwijdte niet helemaal transparant is.⁸⁴ Zo is enigszins onhelder of het op het beginsel *nullum crimen, nulla poena sine lege* rustende verbod van omgekeerde verticale directe werking hier een belemmering vormt om via directe werking gebrekkige handhaving aan de orde te stellen. Erg voor de hand zou dat niet liggen. Er is in deze gevallen immers een duidelijke wettelijke strafbaarstelling in het nationale recht beschikbaar. Waar het aan ontbreekt is adequate handhaving ervan.

Verder is het de vraag of een richtlijnplicht tot strafbaarstelling rechten aan particulieren (hier: slachtoffers) toekent waarop zij zich voor de nationale rechter kunnen beroepen.⁸⁵ Anders zal een slachtoffer zich in beginsel niet (via de Marks & Spencer-doctrine) op Europese handhavingplichten kunnen beroepen laat staan een vervolging via de directe werking van de Europese strafbaarstelling kunnen afdwingen. Nu biedt de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG niet bijzonder veel criteria op grond waarvan men kan vaststellen of van toekenning van particuliere rechten sprake is.⁸⁶ In elk geval valt noch voor de Eerste noch voor de Derde Pijler vol te houden dat de uit Brussel komende strafbaarstellingen louter tot bescherming van de interne markt of het vergemakkelijken van de justitiële samenwerking in strafzaken strekken.⁸⁷ Het verwezenlijken van bescherming en een veilige plaats voor burgers om te leven is er eveneens een zelfstandig doel van.⁸⁸ Daarbij komt dat het Hof van Justitie EG voor het aannemen van dergelijke rechten niet vereist dat zij uitdrukkelijk in de bepaling zijn toegekend. Evenzeer kunnen ze namelijk ontstaan als weerslag van de duidelijke verplichtingen die het communautaire recht aan onder meer de lidstaten

84 HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00 (Marks & Spencer).

85 Dit vereiste blijkt uit: HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00, r.o. 29 (Marks & Spencer); zie explicieter HvJ EG 19 januari 1982, zaak 8/81, r.o. 25 (Becker); vgl. HvJ EG 2 mei 2001, zaak C-307/99, *Jur.* 2001, p. I-3159, r.o. 22-31 (Fruchthandels-gesellschaft).

86 Prechal 2005, p. 106-108.

87 Vgl. onder andere de toelichting op Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake milieubescherming door het strafrecht, COM(2001) 139 def. (overigens is er een gewijzigd voorstel, COM(2002) 544 def.), en de considerans van het Kaderbesluit 2002/629/JBZ van 19 juli 2002 inzake bestrijding van mensenhandel, *PbEG* 2002, L 203/1.

88 Zie onder andere Mededeling van de Commissie aan de Europese Raad, 'Een agenda voor de burger: concrete resultaten voor Europa', COM(2006) 211 def., p. 2-3 en 5-6.

oplegt.⁸⁹ Het lijkt er zelfs op dat het Hof van Justitie EG het bestaan van zulke rechten reeds tamelijk snel aanneemt wanneer een bepaling er mede toe strekt de belangen van burgers te beschermen. Ook wanneer de belangen tamelijk abstract zijn.⁹⁰ Gelet op de – wat dit betreft enigszins schimmige – jurisprudentie van het Hof van Justitie EG is het dan ook allesbehalve uitgesloten dat een strafbaarstelling rechten voor particulieren in het leven roept.⁹¹ Dit zou betekenen dat een slachtoffer zich op een omgezette maar niet gehandhaafde strafbepaling van Europese origine kan beroepen teneinde gebrekkige handhaving ervan aan de kaak te stellen. Wel zal de burger dan door het niet handhaven van de strafbepaling moeten zijn geschonden in een belang dat de bepaling beoogt te beschermen.⁹² Verder is aannemelijk dat deze mogelijkheid voor slachtoffers eerder aanwezig zal zijn naar mate een strafbepaling meer rechtstreeks strekt tot de bescherming van burgers in concrete rechtsbelangen. In dit opzicht staat een slachtoffer op grond van bepalingen tot strafbaarstelling van kinderpornografie⁹³ of inbreuken op intellectuele eigendomsrechten⁹⁴ wellicht sterker dan op grond van bepalingen tot strafbaarstelling van witwassen van crimineel vermogen.⁹⁵ Dat slachtoffers waarschijnlijk de mogelijkheid hebben gebrekkige handhaving via directe werking aan de orde te stellen, betekent nog niet per se dat zij tevens een middel in handen hebben om een vervolging af te dwingen. Daarvoor is het volgende van belang.

89 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, r.o. II-B (Van Gend & Loos); HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, r.o. 31 (Francovich); HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297, r.o. 19 (Courage).

90 Vgl. HvJ EG 30 mei 1991, zaak 361/88, *Jur.* 1991, p. I-2567, r.o. 16 (Commissie/Duitsland), waarin het gegeven dat richtlijn 80/799 ‘ter bescherming van met name de gezondheid van de mens’ was ingevoerd volgens het Hof van Justitie EG betekent dat de in de richtlijn vastgestelde grenswaarden voor luchtkwaliteit rechten opleveren waarop particulieren zich moeten kunnen beroepen.

91 Vgl. HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-131/88, *Jur.* 1991, p. I-825, r.o. 7 (Commissie/Duitsland): ‘De betrokken richtlijn is erop gericht, het grondwater in de Gemeenschap doeltreffend te beschermen door de Lid-Staten bij wege van precieze en gedetailleerde voorschriften te verplichten een coherente regeling, bestaande uit verboden, vergunningen en controleprocedures, uit te vaardigen om het lozen van bepaalde stoffen te verhinderen of te beperken. De bepalingen van de richtlijn beogen dus rechten en plichten voor particulieren in het leven te roepen.’ Interessant hier is dat de richtlijn waarop deze beslissing ziet op soortgelijke wijze bescherming aan burgers beoogt te bieden als strafbaarstellingen doen.

92 Vgl. HvJ EG 16 juni 1998, zaak C-226/98, *Jur.* 1998, p. I-3711, r.o. 30-37 (Lemmens).

93 Vgl. Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad van 22 december 2003 ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, *PbEU* 2004, L 13/44.

94 Vgl. Gewijzigd voorstel richtlijn strafrechtelijke handhaving intellectuele-eigendomsrechten.

95 Vgl. 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, *PbEU* 2005, L 309/15.

Volgens constante rechtspraak zijn staten verplicht ‘daadwerkelijk de volledige toepassing’ van richtlijnen te verzekeren.⁹⁶ Dat geldt voor alle autoriteiten van de lidstaten.⁹⁷ Met voormelde in 2002 ingezette Marks & Spencer-doctrine is deze verplichting nog eens kracht bijgezet, doordat de naleving ervan nu ook via de directe werking kan worden geforceerd. Betekent dit nu dat slachtoffers de implementatie c.q. handhaving door politie, openbaar ministerie en rechter van strafbepalingen van Europese origine makkelijker kunnen afdwingen dan wanneer het van oorsprong nationale bepalingen betreft? Meer algemeen betreft dit de vraag in hoeverre het openbaar ministerie het opportuniteitsbeginsel kan toepassen bij Europese gefundeerde strafbepalingen.

Nu wordt voor de strafrechtelijke handhaving van Europese regelgeving dikwijls gewezen op de arresten Griekse maïs en Spaanse aardbeien.⁹⁸ Ingevolge het eerstgenoemde arrest zijn de lidstaten gehouden er op toe te zien ‘dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht.’ Hier geldt dus het gelijkwaardigheidsbeginsel, maar niet onbeperkt: ‘Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.’ Daarnaast werkt dit beginsel hierbij ook nog in het volgende opzicht: ‘de nationale autoriteiten [dienen] even energiek op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling’⁹⁹ Ook dit laatste lijkt er op te duiden dat toepassing van het opportuniteitsbeginsel op Europese strafbaarstellingen in beginsel niet in strijd komt met het Europees recht wanneer die toepassing maar op gelijke wijze plaatsvindt als bij strikt nationale strafbaarstellingen. Die conclusie gaat echter aan een essentieel punt voorbij. Namelijk dat het arrest ziet op niet-strafrechtelijke Europese regels waarbij het strafrecht een van meerdere mogelijkheden vormt om overtredingen ervan te voorkomen of aan te pakken.¹⁰⁰ Datzelfde geldt voor het tegen Frankrijk gewezen arrest Spaanse aardbeien. Daarin wordt gesteld dat ‘de lidstaten, die bij uitsluiting bevoegd blijven ter zake van de handhaving van de openbare orde en de vrijwaring van de binnenlandse veiligheid, stellig over een beoordelingsmarge [beschikken] om uit te maken, welke maatregelen in een gegeven situatie het meest geschikt zijn’ om inbreu-

96 Zie onder andere HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00, r.o. 26-27 (Marks & Spencer) en voorts o.a. HvJ EG 8 oktober 1992, zaak C-143/91, *Jur.* 1992, p. I-5045, r.o. 18 (Van der Tas); HvJ EG 6 april 2006, zaak C-428/04, r.o. 99 (Commissie/Oostenrijk); HvJ EG 8 juni 2006, zaak C-430/04, r.o. 29 (Feuerbestattungsverein Halle).

97 HvJ EG 12 juni 1990, zaak C-8/88, *Jur.* 1990, p. I-2321, r.o. 13 (Duitsland/Commissie).

98 Onder meer in Corstens & Veldt-Foglia 2003, p. 122-126; Verheijen 2006, p. 42-43 en 247.

99 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965, r.o. 24-25 (Commissie/Griekenland). Zie recenter onder andere HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, r.o. 74 en 78 (Berlusconi); HvJ EG 8 september 2005, zaak C-40/04, *Jur.* 2005, p. I-7755, r.o. 59 (Yonemoto).

100 Zie HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, r.o. 23 (Commissie/Griekenland).

ken op te heffen.¹⁰¹ Dit laat onverlet dat het Hof van Justitie EG wel degelijk nagaat of de betrokken lidstaat geschikte maatregelen heeft getroffen. Dat bleek in casu niet het geval te zijn.¹⁰² Frankrijk was dus verplicht aan strafrechtelijke handhaving te doen, hoewel de inbreuken niet-strafrechtelijke bepalingen (i.c. het vrij verkeer van goederen) betroffen.

Moeilijk denkbaar is dat de plicht tot handhaving via het strafrecht bij niet-strafrechtelijke bepalingen dwingender is dan bij strafbaarstellingen. Wanneer het wel om Europese strafbaarstellingen gaat, geldt dan ook zonder twijfel ten minste eenzelfde handhavingsplicht en daarmee beperking van het opportuniteitsbeginsel als hierboven beschreven. Interessant is nu of de plicht tot strafrechtelijke handhaving bij Europese strafbaarstellingen echter niet veel absolueter is. Het Hof van Justitie EG liet zich daarover nog niet specifiek uit. Niettemin wekt de plicht ‘daadwerkelijk de volledige toepassing’ van richtlijnen te verzekeren zeker de indruk van wel. Niet alleen omdat het Hof van Justitie EG de plicht autonoom formuleert. Daardoor lijkt niet zomaar met handhaving in overeenstemming met het gelijkwaardigheidsbeginsel te kunnen worden volstaan. Althans niet voor zover het niveau van de handhaving van nationale regelingen geen daadwerkelijke volledige toepassing meebrengt. Ook komt de plicht absoluut naar voren doordat een zodanige toepassing bij strafbaarstellingen in beginsel slechts met de strafrechtspleging realiseerbaar is. Inherent aan strafbepalingen is dat de handhaving ervan strafrechtelijk is: een keuzemogelijkheid tussen civielrechtelijke, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving zoals die bij veel niet-strafrechtelijke regelgeving bestaat is daarbij uit de aard der zaak uitgesloten. Ondertussen lijkt het beginsel van procesautonomie zoals het Hof van Justitie EG dat hanteert – de jurisprudentie is niet volkomen eenduidig – het opportuniteitsbeginsel niet veilig te stellen. Die procesautonomie vindt zijn begrenzing immers in het effectiviteitsbeginsel.¹⁰³ Daarnaast ziet het beginsel van procesautonomie op de wijze waarop Europese rechten binnen het nationale systeem kunnen worden uitgeoefend en hoe de volle werking van het Europees recht daarbij wordt gewaarborgd.¹⁰⁴ Die autonomie biedt dus geen armslag wat betreft de mogelijkheid die rechten uit te oefenen en de plicht ze toe te passen als zodanig.¹⁰⁵

Het voorgaande komt erop neer dat Europese strafbaarstellingen die strekken tot bescherming van burgers vooralsnog waarschijnlijk tevens een particulier recht

101 HvJ EG 19 december 1997, zaak C-265/95, *Jur.* 1997, p. I-6959, r.o. 33-35 (Commissie/Frankrijk).

102 Zie HvJ EG 19 december 1997, zaak C-265/95, r.o. 39, 52 en 65-66 (Commissie/Frankrijk).

103 Vgl. Hartley 2003, p. 229, die over een ‘overriding principle’ spreekt. Zie de betekenis van dit beginsel in paragraaf 4.2.

104 En zelfs lijken beperkingen aan te kleven: HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433, r.o. 20-21 (Factortame).

105 Zie onder andere HvJ EG 8 november 2005, zaak C-443/03, r.o. 49-52 (Leffler); A-G Léger, conclusie (punt 68-73) voor HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-453/00 (Kühne & Heitz).

op die bescherming en dus op handhaving omvatten. Wanneer die strafbaarstelling dan is geïmplementeerd in nationale wetgeving en de handhaving daarvan achterwege blijft, kunnen burgers c.q. slachtoffers die handhaving in beginsel afdwingen via de directe werking die met de *Marks & Spencer*-doctrine hierop van toepassing is verklaard. De staten hebben processuele autonomie om te regelen hoe de burger dit recht kan uitoefenen. In dit opzicht lijkt onder meer de artikel 12 Sv-procedure adequaat te zijn. Maar ze hebben geen autonomie om dit recht te beperken. Aldus lijkt de ruimte voor opportuniteitsoverwegingen bij Europees gefundeerde strafbaarstellingen beperkter dan bij zuiver nationale delicten en geldt als keerzijde daarvan dus een stringentere handhavingplicht daarbij. Totaal afwezig is die ruimte niet. Want steeds zullen de autoriteiten rekening mogen en moeten houden met andere fundamentele rechtsbeginselen, zoals het recht op een eerlijk proces en de rechtszekerheid.¹⁰⁶ Deze beperken het effectiviteitsbeginsel nog wel.¹⁰⁷ Wellicht kunnen zo bepaalde jegens de verdachte gewekte verwachtingen dat een vervolging achterwege zou blijven conform het vertrouwensbeginsel in de weg staan aan de mogelijkheid handhaving af te dwingen. Maar het lijkt erop dat los daarvan veel minder een rol kan spelen of de vervolging wenselijk is vanuit op het algemeen belang gestoelde beleidsoverwegingen en gelet op de belangen van de verdachte. Die conclusie vindt ondersteuning in ontwikkelingen in de Luxemburgse jurisprudentie. Ondanks dat die jurisprudentie nog niet volstrekt eenduidig is, komt implementatie door daadwerkelijke en volledige handhaving daarin toch steeds nadrukkelijker en scherper naar voren.¹⁰⁸ De vraag is hoe het Hof van Justitie EG hier voor het strafrecht mee om zal gaan.

6.4 *Strafrechtelijk redres en staatsaansprakelijkheidsrecht*

Zoals gezegd, focust het Hof van Justitie EG bij adequate vergoeding van schade in de eerste plaats op financiële vergoeding. Financiële vergoeding sluit doorgaans echter niet goed aan bij het strafrecht en in het verlengde daarvan staat het daarin meestal erg ver af van feitelijk herstel. Veeleer fungeert het daarin als compensatie. Dit is echter geen probleem. Ook andere vormen van redres dan

106 Zie onder andere HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 18 (Comet), en Prechal 2005, p. 141-142.

107 Vgl. HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 respectievelijk C-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705, r.o. 17-22 (Van Schijndel) in relatie tot HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93, *Jur.* 1995, p. I-4599, r.o. 12-21 (Peterbroeck).

108 Behalve uit de *Marks & Spencer*-jurisprudentie blijkt de bekrachtiging van de plicht tot daadwerkelijke volledige toepassing onder andere ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EG inzake staatsaansprakelijkheid (zie daarover paragraaf 5); zie B.R. Hofstötter, *The Problem of Non-Compliant National Courts in European Community Law*, St. Gallen (Zwitserland): Universität St. Gallen 2005, p. 21-34; Prechal 2005, p. 52-54, maar zie ter nuancering p. 172-176. Ook andere gemeenschapsinstellingen bevestigen het belang bij de naleving van deze plicht, vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw almaar nadrukkelijker; zie Prechal 2005, p. 7-8 en 54.

financiële vergoeding acht het Hof van Justitie EG immers aanvaardbaar. Bovendien heeft het nog geen bijzondere verplichtingen of beperkingen aan redres in strafzaken gesteld. Vooralsnog hebben de lidstaten dan ook aanzienlijke vrijheid om te bepalen hoe zij het vereiste adequate redres invullen.

7 Mogelijke oplossingen

Het voorgaande laat zien dat het voor het strafrecht op klassiek communautaire wijze toepassen van directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid aanzienlijk in de autonomie en rechtscultuur van de staten op strafrechtelijk terrein ingrijpt. Ook toont het dat het communautaire doorwerkingsstelsel de nationale systemen voor wezenlijke problemen van uiteenlopende aard stelt of bij ongewijzigde toepassing van dat systeem zal gaan stellen. Deels vloeien deze problemen voort uit inhoudelijke, systematische en beleidsmatige gebreken die aan het Eurostraf(proces)recht zelf kleven. Meer in het algemeen gaat het er om dat de doorwerkingsmechanismen de nationale autoriteiten in belangrijke mate de mogelijkheid ontnemen het Europees recht op een dusdanig soepele manier in het eigen nationale strafrechtssysteem in en toe te passen dat het er niet door wordt verstoord of zelfs ontwricht. Hoe de consequenties voor de strafrechtspiegeling in de lidstaten er exact uit zullen zien, is afhankelijk van een aantal nog onzekere factoren. Onduidelijk is bijvoorbeeld nog met welke mate van precisie het Hof van Justitie EG allerlei begrippen zal gaan definiëren en hoe de handhavingplicht zich verder zal ontwikkelen. Maar vast staat dat zonder nadere afstemming van het communautaire stelsel op het strafrecht de nationale strafrechtssystemen uiteindelijk zullen worden verzwakt. Dit vraagt om oplossingen. Ik merk evenwel alvast op dat de oplossing mijn inziens zeker niet kan en evenmin behoort te zijn dat Europa zich verder van initiatieven op strafrechtelijk terrein onthoudt. Wat dan wel?

7.1 Nationaal beoordelingsschema

Ter waarborging van nationale strafrechtelijke waarden werkt Verheijen in haar begin dit jaar verdedigde proefschrift een beoordelingsschema uit dat onderscheidt tussen materiële oriëntatiepunten en uitvoeringscriteria.¹⁰⁹ Het schema ziet op zowel de fase van totstandkoming van Europese regelgeving (voorfase) als de fase van omzetting daarvan in het nationale recht (eindfase). De vanuit Nederlandse strafrechtelijke waarden opgestelde oriëntatiepunten strekken ertoe richtinggevend te zijn bij het denken over de vraag of Europees optreden in een concreet geval is aangewezen en over de vormgeving en inhoud van Europese regelgeving en van de nationale wetgeving die daaruit volgt. Het bevat daartoe de volgende oriëntatiepunten: subsidiariteitsbeginsel, proportionaliteitsbeginsel,

¹⁰⁹ Verheijen 2006, p. 297-356. Zie ook de bijdrage van E.A.M. Verheijen in deze bundel.

legaliteitsbeginsel, schuldbeginsel, wetssystematiek en *ultimum remedium*-gedachte. De uitvoeringscriteria zijn primair procedureel van aard en beogen de operationalisering van de beoordeling aan de hand van de oriëntatiepunten te bevorderen en daarvoor het juiste klimaat te scheppen.

Dit beoordelingsschema is zonder meer nuttig omdat het in de context van de discussie over de Europeanisering van het Nederlandse strafrecht goed inzicht verschaft in wat wij zelf belangrijk vinden. Zonder dergelijk inzicht loopt men het gevaar het eigen strafrechtssysteem ongemerkt en onnodig te verstoren. Bij de implementatie (in regelgeving en praktijk) van Europees recht verdient het schema dan ook aandacht. Daarnaast is het bij gebrek aan zulk inzicht niet goed voor Nederland mogelijk een wezenlijke visie te ontwikkelen op de wenselijke toekomst van het Europese strafrecht en daarmee een zinvolle bijdrage aan Europa te leveren. Zowel voor Nederland als Europa is het schema dus verdienstelijk. Toepassing van het schema door de Nederlandse overheid zal het Nederlandse strafrechtelijke systeem volgens mij echter niet wezenlijk voor verstoring door dwingende Europese regelgeving kunnen behoeden. Niet omdat het schema alleen ziet op het materiële strafrecht. Eventueel zou men immers nog kunnen voorzien in een schema voor het strafprocesrecht. Wel vooral omdat de Brusselse politieke realiteit daaraan in de weg staat. De werkelijkheid is immers dat inmiddels al 25 landen aan de onderhandelingstafel zitten en dat Nederland in Brussel niet steeds prioriteit kan dan wel wil geven aan de verdediging van nationale strafrechtelijke belangen. Hierdoor kan Nederland nu al slechts beperkte invloed uitoefenen op richtlijnen en kaderbesluiten en dat zal nog duchtig minder worden wanneer de commissie slaagt in het streven het vetorecht in de Derde Pijler voor het strafrecht af te schaffen.¹¹⁰ In zoverre zal Nederland dus blijven worden geconfronteerd met Europees recht dat onder het huidige implementatie- en doorwerkingsregiem almaar meer problemen zal opleveren voor het strafrechtssysteem. Overigens moet men de Nederlandse strafrechtelijke agenda mijns inziens ook niet zoveel als mogelijk willen doorvoeren in Europa. Het zou immers een misvatting zijn te denken dat de Nederlandse aanpak steeds superieur is aan die van andere lidstaten. Daarbij komt dat het toch al de vraag is of voor het Europese strafrecht niet een andere aanpak wenselijk is dan in de nationale context.

7.2 Europees 'algemeen deel'

Elders heb ik al eens uiteengezet dat het vanwege de dringende noodzaak tot verbetering van de inhoudelijke kwaliteit, waardevastheid, consistentie en helderheid van het materiële Eurostrafrecht wenselijk is daarvoor een soort (bindend) Algemeen Deel tot stand te brengen. Hier volsta ik er daarom mee op te merken dat zo'n regeling dan het volgende zou kunnen bevatten: de (belang-

110 Zie onder andere COM(2006) 211 def., p. 6, en Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, 'Uitvoering van het Haags programma: koersbepaling', COM(2006) 331 def.

rijkste) grondbeginselen van het materiële Europese strafrecht, regels over de daarvoor te hanteren systematiek en terminologie, criteria voor de bevoegdheden van de Unie op strafrechtelijk terrein en bepalingen over de verhouding van de nationale strafrechtelijke systemen en het Eurostrafrecht, bijvoorbeeld als het gaat om de gelding van de nationale strafuitsluitingsgronden.^{111/112} Wellicht zou men ook voor het strafprocesrecht iets dergelijks moeten uitwerken.

Verbetering van de kwaliteit, consistentie en helderheid van het straf(proces)recht in onder meer richtlijnen en kaderbesluiten zou de implementatie daarvan in de nationale wetgeving en praktijk zeker vergemakkelijken. Al is het alleen maar omdat het nationale systeem dan in elk geval consequent in een bepaalde richting verandering behoeft. Maar een oplossing om onwenselijke verstoring van de nationale strafrechtssystemen te voorkomen kunnen Europese ‘algemene delen’ daarmee niet bieden. Van dwingende doorwerking van aan die systemen wezensvreemde concepten, begrippen enzovoort blijft immers ook dan sprake. Althans indien het communautaire doorwerkingsregiem ongewijzigd op het strafrecht wordt toegepast.

7.3 *Vrijwillige harmonisatie*

Een idee dat de versturende effecten van Europees straf(proces)recht wel volledig onder controle van de lidstaten zou brengen, is afkomstig van Klip. Hij stelt voor de verplichting tot implementatie uit het huidige Europees recht te halen.¹¹³ Aanpassing van het nationale recht en dus harmonisatie vinden dan louter op basis van vrijwilligheid plaats. Onmiskienbaar zou dit belangrijke voordelen hebben. Zo zou de inhoudelijke en systematische kwaliteit van de Europese straf(proces)rechtelijke regelgeving er inderdaad behoorlijk door kunnen worden verbeterd. Staten zullen zich dan veel minder gedwongen hoeven te voelen bij onderhandelingen over de totstandbrenging van nieuwe regelgeving vanuit de bescherming van hun nationale belangen te opereren. Halfslachtige compromissen kunnen daarmee worden vermeden. In plaats daarvan kan de inhoud veel meer vanuit een algemene visie op het Europese straf(proces)recht en op basis van juridische argumenten worden bepaald. Dat spreekt zonder meer aan.

Klip is van mening dat zijn voorstel bovendien tot een betere doorwerking van Europees recht zal leiden dan momenteel het geval is. Hij wijst er in dit kader althans op dat de Verenigde Staten met de niet dwingende *Model Penal Code* en zogenoemde *Restatements of the Law* een veel grotere mate van harmonisatie weten te verwezenlijken dan waarvan sprake is in de lidstaten van de Europese Unie (EU). Het is de vraag of deze verwachting is gerechtvaardigd. Zeker, de *Model Penal Code* is ongekend succesvol geweest. In een substantieel

111 Zie voor een verdere uitwerking Van Kempen 2003, p. 259-263. Zie ook A.H. Klip, ‘Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht’, in: *Europese integratie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2006-1), Deventer: Kluwer 2006, p. 150-152 (zijn derde voorstel).

112 Hierbij gaat het dus niet om een soort *Model Penal Code* of algemeen *Corpus Juris*.

113 Klip 2006, p. 152-153 (zijn vierde voorstel).

deel van de staten in de VS heeft die grote invloed gehad op de wetboeken van strafrecht.¹¹⁴ Maar dat betekent nog niet dat het daarmee behaalde harmonisatieniveau voor Europa tot tevredenheid zou stemmen. Toch nog een derde van de Amerikaanse staten hield zich er namelijk van afzijdig. Bovendien hebben de wetboeken die oorspronkelijk wel op de *Code* steunden inmiddels zoveel veranderingen ondergaan dat zij niet meer in lijn daarmee zijn.¹¹⁵ Staten bleken niet trouw aan het model te zijn. Daarbij komt dat het behaalde succes niet per se ook voor Europa is weggelegd. De tijd waarin de *Code* tot stand kwam en deze het meest invloedrijk was (de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw) kende uitzonderlijk gunstige omstandigheden voor dit project, waarvan thans ook in de VS zelf veel minder sprake lijkt.¹¹⁶ Daarnaast zijn de VS ook niet Europa, zodat een succesvolle aanpak voor de één dat zeker niet voor de ander behoeft te zijn (en overigens vice versa). Vooralsnog zie ik weinig argumenten op basis waarvan valt aan te nemen dat de EU in het huidige tijdsbestek met niet-bindende instrumenten eenzelfde harmonisatieniveau zou weten te realiseren als de VS destijds, laat staan een niveau dat aan het door de EU beoogde resultaat voldoet.

Om al deze redenen lijkt het mij onwenselijk harmonisatie van straf(proces)recht in Europa primair op vrijwillige basis te laten plaatsvinden. Wel kan het nuttig zijn naast of in aanvulling op onder meer richtlijnen en kaderbesluiten gebruik te maken van niet-bindende instrumenten (*soft law*). Bijvoorbeeld om ter harmonisatie nadere uitleg aan bindende bepalingen te verschaffen, de wijze van implementatie in regelgeving en toepassingspraktijk ervan te sturen of om de weg te effenen voor bindende regelgeving.¹¹⁷ Wat betreft vooral dat laatste zou het vormgeven van een soort Europees modelwetboek voor met name het materiële strafrecht juist weer wel zonder meer zinvol zijn, niet dus in plaats van bindende harmonisatie maar ernaast, als pilot-project. Europa staat voor de historische kans een op de gezamenlijke belangen gericht strafrechtelijk systeem tot stand te brengen. Dat lijkt alleen mogelijk vanuit een visie op het totaal van zo'n systeem en daarbij kan een modelwetboek van dienst zijn. Voor het ontwikkelen van die visie is het inmiddels de hoogste tijd.

114 G.E. Lynch, 'Revising the Model Penal Code: Keeping It Real', *Ohio State Journal of Criminal Law* 2003 (vol. 1:219), p. 220.

115 Lynch 2003, p. 223-225.

116 Zie Lynch 2003, p. 225-227, voor een beschrijving van die omstandigheden.

117 Zie L. Senden & S. Prechal, 'Differentiation in and through Community Soft Law', in: B. De Witte, D. Hanf & E. Vos (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen: Intersentia 2001, p. 181-199. Wel moet er ook daarbij voor worden gewaakt dat vooral de Commissie niet te eigenstandig (en dus ondemocratisch) de inhoud van het Europees recht gaat bepalen; zie daarover S. Lefevre, 'Interpretative communications and the implementation of Community law at national level', *European Law Review* 2004, p. 808-822.

7.4 *Buiten toepassing laten doorwerkingsstelsel*

In het voorgaande bleek dat de communautaire doorwerkingsmechanismen de verplichting tot naleving van het Europees recht veel indringender en preciezer waarborgen dan gebeurt in het internationaal publiekrecht voor de op grond daarvan geldende verplichtingen.¹¹⁸ Doorwerkings- en toezichtmechanismen zijn dus behoorlijk bepalend voor de feitelijke werking van verplichtingen. Toch stel ik niet voor het communautaire doorwerkingsstelsel voor het strafrecht buiten toepassing te laten en daarvoor genoeg te nemen met het klassieke volkenrechtelijke regiem waarin staten de facto veel speelruimte hebben. Om te beginnen zou zo'n voorstel gelet op het politieke en juridische stadium waarin Europa verkeert, onrealistisch zijn (welk bezwaar overigens ook nog tegen vrijwillige harmonisatie geldt). Hier belangrijker zijn echter enkele inhoudelijke bezwaren daartegen. Zo gaat het voorstel volkomen in tegen de communautaire orde, gelet op onder meer het doel, de grondslagen en het karakter daarvan. Iets minder pertinent, maar nog voldoende overtuigend geldt hetzelfde voor de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Voorts zou deze oplossing niet erg zuiver zijn: indien men de staten meer ruimte wil geven op strafrechtelijk terrein, dan dient men die ruimte formeel-juridisch te verschaffen en niet slechts de facto door toezicht achterwege te laten. Ten slotte zou het buiten toepassing laten van het uitgebalanceerde, tamelijk goed werkende doorwerkingsstelsel ook van een de problemen overschattende reactie getuigen.

7.5 *Ruimere marges voor implementatie in wetgeving en praktijk*

Veel aantrekkelijker lijkt het mij dan ook de drie communautaire doorwerkingsmechanismen overeind te houden, maar de toepassing ervan af te stemmen op de specifieke aard van respectievelijk het materiële strafrecht, het strafprocesrecht en de strafrechtspleging. Daartoe zouden ruimere marges bij de implementatie van richtlijnen en kaderbesluiten moeten worden verschaft dan de huidige communautaire toepassing van de drie doorwerkingsmechanismen thans tolereert. Die marges zouden dienen te gelden voor de wetgever, de rechter en autoriteiten als het openbaar ministerie en dus bij de implementatie in zowel nationale wetgeving als de nationale toepassingspraktijk.

Dergelijke implementatiemarges zouden uiteenlopende voordelen hebben. Allereerst zouden deze het de lidstaten gemakkelijker maken richtlijnen en kaderbesluiten in overeenstemming met de systematiek, het begrippenkader, de aard en cultuur in het nationale systeem te verwerken. Een minder versturende invloed van het Europees recht op de nationale strafrechtssystemen is daarvan het gevolg. Uiteindelijk komt dat ten goede aan de kwaliteit en effectiviteit van die systemen. Daarbij is ook het Europees recht gebaat omdat de verwerking daarvan afhankelijk is van (het goed functioneren van) die systemen.

118 Zie paragrafen 3-5.

Hierbij telt tevens dat vergaande eenvormigheid op het terrein van het strafrecht de goede werking ervan juist kan belemmeren. Ook voor de door Europa gewenste vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid is het immers noodzakelijk dat de nationale autoriteiten steeds voldoende ruimte hebben om recht te kunnen doen aan specifieke concrete omstandigheden. Verder zouden ruimere marges ook positief kunnen uitpakken voor de kwaliteit van het Europees straf(proces)recht zelf. Bepalingen in richtlijnen en kaderbesluiten zullen ook dan (zij het minder dan bij vrijwillige harmonisatie) eerder op basis van inhoudelijke juridische argumenten tot stand kunnen worden gebracht dan thans het geval is. Staten hoeven hun belangen dan immers niet langer tot in het uiterste detail in de onderhandelingen te verwezenlijken, nu zij bij de implementatie enige ruimte behouden daaraan tegemoet te komen. Ten slotte is juist voor het strafrecht behoefte aan ruimere implementatiemarges. Europese initiatieven op dit terrein raken wezenlijk aan het nationale publiekrecht, de nationale openbare orde en de nationale rechtscultuur, terwijl dat niet inherent is aan het communautaire sociaal-economische recht, in elk geval niet voor zover dat op het privaatrecht betrekking heeft (voor bijvoorbeeld het fiscaal recht ligt dit anders). Ruimere marges impliceren dan ook dat aan het grote belang van het strafrecht voor de soevereiniteit van de lidstaten meer recht wordt gedaan.¹¹⁹

Ruimere implementatiemarges zijn dus onder meer ter bescherming van het nationale systeem nuttig en vanwege belangen van nationale autonomie en rechtsculturele verworvenheden voor het strafrecht wenselijker dan voor de meeste andere terreinen. Daarnaast vallen zulke marges voor het strafrecht ook vanuit Europees perspectief gemakkelijker te aanvaarden dan voor andere rechtsterreinen gelet op de ratio van het doorwerkingsstelsel. Die al in paragraaf 2 vermelde ratio ligt uiteindelijk in de effectiviteit van het Europees recht: het behoud en de verdere verwezenlijking (van de doelstellingen) van de communautaire orde zouden worden verstoord of zelfs verhinderd indien de werking van het communautaire recht in de verschillende lidstaten uiteen zou lopen. Van belang is nu dat ruimere implementatiemarges – en dus minder eenvormigheid – juist in het geval van het strafrecht in het algemeen niet de effectiviteit van het Europese straf(proces)recht lijkt te benadelen.

Noch het creëren van een ruimte die over de volle reikwijdte ervan een hoog niveau van bescherming tegen criminaliteit kent noch strafrechtelijke samenwerking vereist volledige eenvormigheid van strafbaarstellingen, procedures en straffen en van de toepassing daarvan en van opsporing en vervolging. Dit vindt in zoverre bevestiging in het (in de praktijk werkende) concept van wederzijdse erkenning dat dit concept het bestaan van verschillen aanvaardt en als vertrekpunt neemt. Maar belangrijker is het volgende. Ongelijkheden in regelgeving of toepassing in bijvoorbeeld het fiscale recht, ondernemingsrecht,

119 Vgl. de argumenten van de partijen in HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, r.o. 27 (Commissie/Raad).

consumentenrecht en mededingingsrecht kunnen gemakkelijk verstoringen van de interne markt opleveren. Ondernemingen zullen immers al snel geneigd zijn de plaats(en) waar zij zich formeel zetelen, produceren, commerciële activiteiten ontplooiën of overnames vormgeven ervan te laten afhangen welke lidstaten daarvoor de meest gunstige regelgeving hebben. Geparafraseerd: de zetel in het land met de gunstigste fiscale regeling, de productie waar de bescherming van de werknemer het zwakst is, afzet op de markt met de minste productvoorwaarden en overnames daar waar deze nauwelijks aan regels zijn gebonden. Natuurlijk zijn er ook altijd andere factoren van belang, zoals de beschikbaarheid van personeel of een consumentendoelgroep. Maar dat neemt niet weg dat economische motieven hier veelal primair richtinggevend zijn en vanwege de transparantie van allerlei relevante factoren kunnen zijn voor de te maken keuzes. Op het terrein van het strafrecht ligt dit toch wat anders. Deels zijn keuzes daar niet zozeer economisch van aard (zoals waarschijnlijk in het geval van terrorisme geldt). Maar ook wanneer dat wel het geval is (zoals kennelijk bij mensenhandel, drugshandel of economische criminaliteit) lijken verschillen in strafrechtelijke regelgeving en toepassing daar veel minder gemakkelijk tot rationele keuzes en forumshopping te kunnen leiden. Weliswaar zullen de voor- en nadelen van de regelgeving als zodanig ook op strafrechtelijk terrein tamelijk goed kunnen worden beoordeeld (althans door hen die over deskundigheid daarover beschikken), maar dat is – veel nadrukkelijker dan op andere terreinen het geval lijkt – slechts één van de vele relevante factoren. Voor het strafrecht zal men immers ook rekening moeten houden met onder meer de pakkans, de vervolgingskans, de toepassing van de regels in een eventuele strafprocedure in het eigen concrete geval, de precieze afloop daarvan en de wijze van tenuitvoerlegging van een eventuele sanctie. De betekenis van deze factoren voor de eigen situatie is veel minder nauwkeurig vooraf te bepalen – en voor een deel zelfs nauwelijks of niet – dan van regelgeving als zodanig. Aldus komt het er niet zozeer op aan dat de regelgeving in Europa eenvormig is en in elk concreet geval uniform wordt toegepast, maar veel meer dat de strafrechtspleging ook wat het Eurostraf(proces)recht betreft als geheel genomen in elke lidstaat adequaat is. Naar dat geheel en veel minder naar de onderdelen en details ervan dient dus het Europese toezicht op implementatie uit te gaan.

Tot slot nog enkele opmerkingen ter concretisering van de gewenste ruimere marge voor het strafrecht. Wat betreft het materiële Eurostrafrecht lijkt het vanuit het oogpunt van kwaliteit en harmonisering wenselijk richtlijnen en kaderbesluiten als zodanig tamelijk precies vorm te geven. Implementatieruimte dient dus niet te worden gecreëerd door vage Europese regelgeving. Die ruimte zou mijns inziens vooral moeten worden geboden door de lidstaten marge te geven bij de inpassing van de Europese bepaling in het eigen systeem. Er dient dus veel nadruk te liggen op de vrijheid ‘vorm en middelen’ te kiezen (zie art. 249 EG-Verdrag en art. 34 EU-Verdrag), in beginsel ook wat betreft de termen

en de rechtsfiguren waarmee de Europese norm in het nationale recht wordt verwerkt. Ook dienen de Europese instellingen (waaronder het Hof van Justitie EG) zich zoveel mogelijk van dwingende interpretaties van strafbaarstellingen en termen daarin te onthouden. Die uitlegging zou juist aan de nationale autoriteiten moeten worden gelaten. Europese bijsturing dient in beginsel slechts plaats te hebben voor zover de nationale inpassing, uitlegging en/of toepassing van de Europese bepaling in het algemeen redelijkerwijs niet meer aan het doel van de bepaling beantwoordt. Dit veronderstelt ook een bijstellen van de conforme-interpretatieplicht: de plicht als zodanig blijft overeind, maar doet zich minder minutieus gelden.

Ook de vormgeving van het Eurostrafprocesrecht dient niet te worden verwaagd om implementatiemarge voor de nationale autoriteiten te scheppen. Wel is het wenselijk dat de Unie tot een evenwichtiger onderwerpkeuze en uitwerking hiervan komt. Voorts zou doorwerking van het strafprocesrecht uit richtlijnen en kaderbesluiten bij voorkeur op ongeveer gelijke wijze als bij het EVRM dienen plaats te hebben. Dat betekent dat harmonisatie van de strafprocesrechtelijke systemen van de lidstaten geen zelfstandig doel zou moeten zijn, maar dat de procesrechtelijke bepalingen vooral als echte minimumnormen worden gehanteerd. Het betekent bijvoorbeeld ook dat staten doorgaans een ‘margin of appreciation’ toekomt en dat procedures ‘as a whole’ worden beoordeeld. Met in achtneming van deze uitgangspunten kan het Eurostrafprocesrecht zonodig ook direct doorwerken of tot conforme interpretatie leiden. Ondertussen houden de lidstaten dan wel grote vrijheid om zelf te bepalen hoe ze het procesrecht in hun eigen systemen inpassen, zoals ze die vrijheid thans ook wat betreft het EVRM hebben. Het beginsel van procesautonomie staat hier dus voorop.

Ook de handhavingsplicht en toepassing van het opportuniteitsbeginsel zouden mijns inziens vanuit Europa vooral in abstracto moeten worden beoordeeld voor het strafrecht. Vervolgingsafwegingen in concrete zaken dient het Hof van Justitie EG hooguit in de marge bij te sturen. Ter bescherming van goed functionerende, op doordachte afwegingen gestoelde vervolgingsstelsels dient mijns inziens bij de beoordeling van de lidstatelijke handhaving van Eurostrafrecht het gelijkwaardigheidsbeginsel als cruciale parameter te worden gebruikt. Dit impliceert dat zowel op opportuniteit als op legaliteit gebaseerde vervolgingsstelsels in beginsel volledig overeind kunnen blijven, mits de handhaving van het Europese strafrecht daarin op gelijke voet plaats vindt als handhaving van strikt nationaal strafrecht. Bij deze aanpak zal men Europese rechtsbelangen overigens niet buiten beschouwing mogen laten bij afwegingen omtrent de handhaving van Europese strafbaarstellingen. Ook bij strikt nationale strafbaarstellingen zullen de daardoor beschermde rechtsbelangen immers tenminste indirect in opportuniteitsafwegingen moeten worden betrokken. Voorts is er ook in die zin weinig bezwaar tegen deze aanpak dat er de laatste jaren toch al meer nadruk op handhaving is gekomen. Onder meer omdat belangen van eventuele slachtoffers

consequenter en zwaarder in vervolgingsafwegingen (moeten) worden betrokken.

Natuurlijk verdient ook de staatsaansprakelijkheid en als keerzijde daarvan het recht op redres bij schending van Europees recht hier nog enige aandacht. Als tamelijk terughoudende maatstaf hanteert het Hof van Justitie EG zoals gezegd dat de vergoeding van de schade door burgers 'adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van hun rechten is verzekerd'. Mijns inziens moet voorop staan dat wat adequaat is in het kader van sociaal-economische zaken (waarin de schade veelal vermogensrechtelijk van aard is) dat nog niet is in geval van een strafzaak. Financiële schadevergoeding heeft in strafzaken vaak weinig met feitelijk herstel te maken, het dient daarin doorgaans vooral als palliatief. Daarom zou het Hof van Justitie EG mijns inziens geen hogere financiële vergoeding dienen voor te schrijven dan het EHRM in mensenrechtenzaken toekent. Wat betreft andere vormen van redres is terecht dat het Luxemburgse Hof van lidstaten niet vereist dat zij in de mogelijkheid tot heropening van (straf)zaken bij schendingen van Europees recht voorzien. Nederland zou zo'n mogelijkheid (in elk geval vooralsnog) ook niet dienen in te voeren.¹²⁰ In het algemeen lijkt mij het wenselijk het gelijkwaardigheidsbeginsel ook voor staatsaansprakelijkheid als in beginsel beslissende parameter te gebruiken. Het niveau van redres bij schending van nationaal straf(proces)recht dient aldus niet alleen minimaal maar tevens maximaal bij inbreuken op Euro(straf)procesrecht te worden geboden. Althans als het gaat om vorm en omvang van redres. Want wel lijkt het mij met het oog op de doorwerkingskracht van het Europese recht wenselijk dat het Hof van Justitie EG de staatsaansprakelijkheid toepast over in beginsel de hele materie die strafrechtelijke richtlijnen en kaderbesluiten bestrijken.

8 Ter afsluiting

Het Hof van Justitie EG heeft met de concepten van directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid een indrukwekkend doorwerkingsstelsel voor richtlijnen tot stand gebracht dat de implementatie ervan in nationale regelgeving en toepassingspraktijk krachtig waarborgt. Ook indien het daarbij om materieel strafrecht of strafprocesrecht gaat. Dit communautaire stelsel is al gedeeltelijk mede van toepassing op kaderbesluiten en zal dat in de toekomst mogelijk helemaal zijn. De betekenis van het stelsel voor het strafrecht zal mede daardoor nog verder toenemen. Van belang daarom is dat met name voor de directe werking en conforme interpretatie reeds rekening wordt gehouden met specifieke karaktereigenschappen van het straf(proces)recht. Niettemin zal het doorwerkingsstelsel zoals het thans wordt toegepast al gauw tot verstoring van

120 Zie daartoe uitgebreid Van Kempen 2005, p. 169-175.

afgewogen nationale strafrechtelijke systemen leiden. De nadelige beïnvloeding van kwaliteit, consistentie en effectiviteit van die systemen raakt niet alleen de nationale rechtsorde zelf. Deze gevolgen kunnen uiteindelijk juist ook het Europees recht treffen, doordat de verwerkelijking daarvan afhankelijk is van die nationale systemen. Zonder afbreuk te doen aan het doorwerkingstelsel als zodanig, lijkt aan deze bezwaren tegemoet te kunnen worden gekomen door de lidstaten op het terrein van het strafrecht ruimere implementatiemarges te bieden dan thans veelal op andere rechtsgebieden gebruikelijk is. Dergelijke marges zijn niet alleen nuttig en wenselijk vanuit nationaal oogpunt, ze zijn ook vanuit Europees perspectief goed voor het strafrecht te aanvaarden.