

Het Europese strafrecht als ultimum remedium?

Joep Lindeman en Michiel Luchtman

Ultimum remedium in het werk van Constantijn Kelk

Een thema dat in het werk van Constantijn Kelk met regelmaat terugkeert, is het ultimum remedium-karakter van het strafrecht. Zijn zorgen over het uitdijen van het strafrecht door toename en uitbreiding van strafbepalingen, versobering van het detentieregime, steeds ruimere interpretatie van begrippen als ‘opzet’ en ‘medeplegen’ en over de wildgroei van allerlei sanctiemodaliteiten heeft hij in veel publicaties geuit.¹ De sterke nadruk op het strafrecht als instrument, en de daarmee gepaard gaande afkalving van zijn rechtsbeschermende dimensie, wordt door Constantijn zeer kritisch gevolgd. Zeker ook op het vlak van het sociaal-economische recht zijn de afgelopen decennia tientallen nieuwe regelingen geïntroduceerd die, met een zeker automatisme, (ook) strafrechtelijk worden gehandhaafd. Daarbij valt te denken aan wetgeving op het gebied van milieu, arbeidsomstandigheden of financiële markten. Deze ontwikkeling heeft niet alleen geleid tot een forse toename van het aantal strafbaarstellingen; niet zelden wordt ook gemorreld aan de rechtsbescherming van de verdachte, zowel op formeel als op materieel vlak. Het opzetvereiste dat de misdrijven in het klassieke strafrecht onderscheidt van de overtredingen, wordt in het bijzondere strafrecht bijvoorbeeld nogal eens losgelaten of afgezwakt.²

Een deel van al deze nieuwe normen is afkomstig uit ‘Europa’; ze zijn een omzetting van Europese richtlijnen en verordeningen.³ De keuze voor de al dan niet strafrechtelijke handhaving ervan is tot nog toe altijd door de nationale wetgever gemaakt. Dat laatste zal gaan veranderen. Nu het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in twee arresten duidelijk heeft gemaakt dat de lidstaten ook via de huidige eerste pijler kunnen worden gedwongen tot de inzet

1 Exemplarisch: Het hart van Modderman bloedt nog zachtjes door, *NJB* 2005a, p. 1737-1740. Voorts: *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005b (bijvoorbeeld p. 12); Verbreding van het punitieve spectrum, in: M. Moerings (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Deventer: Gouda Quint 1994, p. 13-29.

2 Kelk, 2005b, p. 36 e.v.

3 Op 12 juni 2008, dus ruim na indiening van deze bijdrage bij de redactie, stemde de meerderheid van de Ierse bevolking tegen het Verdrag van Lissabon. Wij hebben desalniettemin besloten deze bijdrage, die preludeert op de inwerkingtreding van dat verdrag, niet meer te veranderen. Daarvoor zijn twee redenen. De eerste is dat het momenteel onduidelijk is wat de exacte status is van het verdrag: het is niet aangenomen, maar ook niet definitief van de baan. Bovendien wordt in de bijdrage ook het thans geldende recht besproken.

van het strafrecht ter ondersteuning van EG-beleid,⁴ zijn de lidstaten hun vetorecht in strafrechtelijke aangelegenheden kwijt geraakt. Die ontwikkeling wordt door velen, en wij vermoeden ook door Constantijn, met argusogen gevolgd. De zorg voor het ultimum remedium-beginsel speelt daarbij zeker een rol.⁵ De storm van kritiek die naar aanleiding van beide arresten in Europa is losgebarsten heeft echter niet geleid tot terughoudendheid op Europees institutioneel vlak. Integendeel, met het Verdrag van Lissabon is deze ontwikkeling krachtig doorgezet. Met dat verdrag is het EG-Verdrag omgedoopt tot het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (EUWV). Daarin is onder meer de bevoegdheid van de Europese Unie aanvaard tot strafrechtelijke (minimum)harmonisatie ter ondersteuning van EU-beleid (artikel 83 lid 2 EUWV). Het onderscheid tussen de eerste en derde pijler zal door dit verdrag worden afgeschaft. Hiermee is het vetorecht van de lidstaten definitief van de baan, terwijl de rol van de Europese instellingen op strafrechtelijk vlak wordt versterkt.

Deze ontwikkelingen zijn voor ons reden om in te gaan op de vraag welke rol de ultimum remedium-gedachte onder het nieuwe verdrag zal gaan vervullen.⁶ We zullen de stelling verdedigen dat het risico inderdaad reëel is dat de zorgen van Constantijn bewaarheid worden, maar dat de invloed van de EU daarop geringer zal zijn dan doorgaans wordt aangenomen. Om die stelling te onderbouwen gaan we in op het Europese wetgevingsproces, zoals dat er onder het Verdrag van Lissabon uit zal zien, maar ook op de omzetting van al die Europese verplichtingen in het nationale recht en het toezicht daarop. Deze oefening heeft ontegenzeggelijk een hoog voorspellend karakter. Om die reden zullen we deze bijdrage afsluiten met enige bescheiden, meer concrete suggesties ter bescherming van het ultimum remedium-beginsel. We beginnen deze bijdrage met een korte beschouwing over het beginsel zelf.

Strafrecht als ultimum remedium?

Strafrecht moet terughoudend worden toegepast. Modderman bestempelde eind negentiende eeuw het strafrecht al als ultimum remedium maar ook vandaag de dag meent het leeuwendeel van de Nederlandse juristen dat strafrecht alleen daar ingezet moet worden waar andere handhavingsmechanismen falen of ongeschikt zijn. Er zijn delicten waarbij het strafrecht bijna als vanzelfsprekend de enige reactie is, maar vaak – zeker in het sociaal-economisch recht, waaronder veel Europees recht kan worden geschaard – geldt dat strafrecht complementair is aan andere handhavingsmechanismen. De vraag is dan uiteraard hoe de ultimum

4 HvJEG 13 september 2005, *NJ* 2006, 210 (Milieustrafrecht-arrest) en HvJEG 23 oktober 2007, *NJ* 2008, 48 (Zeelozing-arrest).

5 P.H.P.H.M.C. van Kempen, Waarborgen tegen de ontwrichtende werking van Euro-strafrecht, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen: liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 247-266; A.H. Klip, Europese integratie en harmonisatie van het strafrecht, in: *Europese Integratie* (Handelingen NJV 2006-1), Deventer: Kluwer 2006; E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

6 Wij beperken ons daarbij tot de strafrechtelijke handhaving van EU-beleid (de huidige eerste pijler).

remedium-gedachte in concreto moet worden gerealiseerd. Die vraag heeft al menig jurist in Nederland beziggehouden. In de praktijk blijkt het buitengewoon lastig criteria te formuleren voor de afbakening van bijvoorbeeld het strafrecht en het bestuursrecht. Dat er een kwalitatief, aan de onderliggende norm gekoppeld onrechtscriterium zou bestaan, wordt tegenwoordig nauwelijks nog onderschreven. De keuze voor strafrechtelijk handhaven is vaak in hoge mate op overwegingen van doelmatigheid gebaseerd. Wat vandaag strafrechtelijk wordt gehandhaafd, zou morgen in theorie bestuursrechtelijk kunnen worden gehandhaafd.

Bij het nemen van beslissingen ter zake ziet men zich met lastige vragen geconfronteerd. Zo is het allereerst lastig empirisch te onderbouwen of en waarom andere rechtsgebieden de gewenste beleidsdoeleinden niet kunnen realiseren. In de tweede plaats wordt de keuze voor strafrechtelijke handhaving niet alleen bepaald door empirische gegevens, maar ook door juridische overwegingen over rechtshandhaving en rechtsbescherming. Als men kiest voor strafrecht, bijvoorbeeld vanwege de 'maatschappelijke afkeuring'⁷ die ten aanzien van een bepaalde gedraging leeft, dan brengt de *ultimum remedium*-gedachte mee dat een persoon een duidelijk en individualiseerbaar verwijt kan worden gemaakt. In die zin stelt de keuze voor strafrechtelijke handhaving ook eisen aan de processuele én materiële rechtsbescherming, waaronder de formulering van de *mens rea*, de *actus reus*, de strafuitsluitingsgronden, et cetera. Dat is de onlosmakelijke keerzijde van het argument *pro* strafrechtelijke handhaving dat (vooral) het strafrecht afschrikwekkende werking zou hebben.

Naar huidig inzicht staan de criteria voor de keuze voor strafrechtelijke handhaving dus niet vast; ze worden per dossier, op ad hoc basis ingevuld.⁸ De keuze voor strafrechtelijke handhaving mag worden ingegeven door de eigen(aardig)heden van het betreffende rechtsgebied, maar deze zijn niet allesbepalend. Aan de wetgever is immers de instructie gegeven om alleen wanneer het niet anders kan, strafrechtelijk te handhaven. De *ultimum remedium*-gedachte is niet alleen een onderdeel van criminele politiek, maar evenzeer een grondregel daarvan. De keuze vergt inzicht in zowel het achterliggende beleidsterrein, als het strafrecht in den brede. In de formulering van een concrete delictomschrijving komt tot uitdrukking welke handeling men in strijd acht met sociaal-economisch beleid én hoe de algemene strafrechtelijke leerstukken daarin zijn uitgewerkt. Het komt ons voor dat dit inzicht pas verkregen kan worden na een inventarisatie van alle belangen door de wetgever. Pas dan kan ter zake een zuivere afweging worden gemaakt. De vraag die we willen behandelen is of dit ook daadwerkelijk het geval is. Hoe en waar zal deze afweging op Europees niveau plaatshebben?

7 Voorstel voor de richtlijn inzake de bescherming van het milieu, COM (2007) 51, p. 2.

8 J. Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 34-35; J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 18-19.

Ultimum remedium als leidraad bij de totstandkoming van richtlijnen?

Het Hof van Justitie stelt in het Milieustrafrecht-arrest en het Zeelozing-arrest het ultimum remedium-beginsel voorop. Het overweegt dat alleen wanneer dat onontbeerlijk is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu, de EG maatregelen mag nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten, en zulks op voorwaarde dat ze deze noodzakelijk acht om de volledige doeltreffendheid van de door haar vastgestelde normen te verzekeren.⁹ Toch zijn beide arresten op kritiek gestuit. Het Hof van Justitie is verweten dat het zich op de stoel van de wetgever heeft geplaatst. Wat daarvan ook moge zijn, dit argument gaat onder het nieuwe verdrag niet meer op. Onder het nieuwe verdrag is de democratische legitimatie via de inbreng van het Europese parlement vergroot. Maar daarmee lijkt het ultimum remedium-beginsel nog niet gewaarborgd. Dat heeft niet alleen te maken met de omstandigheid dat het nieuwe verdrag aan de keuze voor strafrechtelijke handhaving in artikel 83 lid 2 EUWV minder stringente voorwaarden stelt dan de zojuist verwoorde voorwaarden van het Hof van Justitie, maar ook met de organisatie van het wetgevingsproces zelf. Twee aspecten daarvan moeten nader worden uitgelicht.

Een eerste aspect is dat het Europese parlement zelf geen initiatiefrecht heeft, maar moet wachten op een initiatief-richtlijn van de Europese Commissie of de lidstaten (artikel 76 EUWV). Daarbij mag, gelet op de bestaande praktijk bij de handhaving van EG-recht (niet: EU-recht), worden verwacht dat het merendeel van de voorstellen uit de koker van de commissie zal komen. In de allereerste fase van het wetgevingsproces kan de Europese institutionele structuur van agentschappen, comités en netwerken het besluitvormingsproces aanzienlijk beïnvloeden. Op een toenemend aantal EG/EU-beleidsterreinen organiseren nationale autoriteiten zich in dergelijke fora,¹⁰ waarin de problemen worden besproken, waarmee die autoriteiten zich bij hun dagelijkse werkzaamheden zien geconfronteerd. Deze problemen hangen onder meer samen met de verschillen in rechtssystemen tussen de lidstaten en het ontbreken van een *level playing field*. Op een toenemend aantal terreinen is in die netwerken, comités en agentschappen *supervisory convergence*,¹¹ inclusief de onderlinge afstemming van handhavingsactiviteiten, aan de orde.¹²

De genoemde fora hebben een belangrijke rol bij het in gang zetten van het Europese wetgevingsproces; ze voeden de Europese Commissie vanuit de praktijk met informatie en vormen een eerste forum van onderhandelingen. Naar verwachting zal de insteek van die onderhandelingen in hoofdzaak functioneel zijn, gericht op ondersteuning van specifiek EU-beleid. De zorg voor het

9 Milieustrafrecht-arrest, § 48.

10 Bijvoorbeeld het *European Competition Network* (mededingingsrecht) en het *Committee of European Securities Regulators* (financieel toezicht).

11 In het financiële toezicht omschreven als: 'more consistent and common-decision making and enforcement practices among supervisors': Report on financial supervision van het Financial Services Committee van de Raad van 20 juli 2005, nr. FSC 4155/05, p. 16.

12 Zie voor voorbeelden: P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

strafrecht als geheel lijkt uit de aard der zaak niet een eerste punt van aandacht. Toch zal, gelet op artikel 83 lid 2 EUWV, in die fora ook de strafrechtelijke ondersteuning van EU-beleid aan de orde gaan komen. Desalniettemin zijn in geen van de fora vertegenwoordigers van bijvoorbeeld het openbaar ministerie of het ministerie van Justitie aanwezig. Voor zover al zou worden onderkend dat de voorstellen strafrechtelijke implicaties hebben, is het aan de deelnemende autoriteiten om zelf om hun collega's van justitie te raadplegen.

De vraag kan dus worden gesteld of de belangen van de nationale strafrechtspleging als geheel wel tijdig voor het voetlicht worden gebracht. Pas nadat de commissie daadwerkelijk voorstellen heeft gedaan is de inbreng van 'justitie' ook geïnstitutionaliseerd. In Nederland komen via de permanente vertegenwoordiging bij de EU in Brussel de commissievoorstellen binnen bij het ministerie van Buitenlandse Zaken en worden deze voorgelegd aan de interdepartementale werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC), die daarover een advies ('fiche') uitbrengt. De, al dan niet strafrechtelijke, handhaafbaarheid van die voorstellen is daarbij een punt van aandacht. Dit advies vormt de basis voor de bespreking in de ministerraad en dient, indien aangenomen, als leidraad voor de verdere onderhandelingen in Brussel. Deze Nederlandse procedure neemt echter niet weg dat de onderhandelingen dan al zijn gecentreerd rond het onderliggende commissievoorstel.

Er is nog een tweede reden waarom kan worden betwijfeld of alle belangen in de totstandkomingsfase tijdig, en op een coherente manier, aan het licht worden gebracht. De *codecisie*-procedure, waarin de Raad van Ministers en het Europees parlement samen tot een richtlijn komen (artikel 83 lid 2 j^o 294 EUWV), betekent dat voor een nieuwe richtlijn de instemming van zowel de raad als het parlement nodig is.¹³ Via de Raad van Ministers behouden de regeringen van de lidstaten, ook al hebben ze geen vetorecht meer, de nodige invloed. Dit intergouvernementele element in de Europese besluitvorming heeft tot gevolg dat de discussie over de vraag of EU-beleid strafrechtelijk moet worden gehandhaafd, gelijktijdig op twee plekken (parlement en raad) moet worden gevoerd. Waar het parlement (in navolging van de commissie) de aandacht zal richten op de handhaving van EU-beleid, zal er in de raad vooral oog zal zijn voor de belangen van de nationale strafrechtspleging in haar geheel.

Gelet op de politieke gevoeligheid van de materie zal de raad dergelijke voorstellen voorlopig wel niet beschouwen als hamerstukken. Daarom rijst ook de vraag *hoe* die discussie in de raad wordt gevoerd. Na het Milieustrafrecht-arrest zijn daarvoor interne raadsprocedures uitgewerkt die ervoor moeten zorgen dat alle aspecten van het dossier worden belicht. Als een commissievoorstel wordt ingediend, zorgt de voorzitter van de raad ervoor dat via COREPER II¹⁴ de relevante werkgroepen van de raad, bijvoorbeeld de werkgroep *substantive criminal law*, tijdig worden geconsulteerd.¹⁵ Zo wordt gewaarborgd dat ook

13 Over de (groeïende) invloed van de raad op het Europese wetgevingsproces: D.M. Curtin, *Europese Juridische Integratie - Paradise Lost?*, in: *Europese integratie* (Handelingen NJV 2006-1), p. 7 e.v.

14 *Comité des représentants permanents*; het vaste adviesorgaan van de Raad van Ministers.

15 Raadsdocumenten 6053/06 en 10105/1/07 over de procedurele consequenties van het Milieustrafrecht-arrest, van 6 februari 2006, respectievelijk 5 juni 2007.

algemeen strafrechtelijke aspecten in de onderhandelingen kunnen worden betrokken. Welke argumenten daarbij een rol spelen wordt, tegen de achtergrond van het institutionele conflict tussen raad en commissie, echter niet altijd openbaar gemaakt, zeker niet als het gaat om vragen die een individueel wetgevingsdossier overstijgen.¹⁶ De onderliggende visie op de strafrechtelijke handhaving van EU-recht blijft hierdoor voor derden verborgen, met gevolgen voor zowel de legitimiteit van het proces als de inhoudelijke discussie.

Overzien we het voorgaande, dan constateren we dat niet altijd alle partijen aan tafel zitten, en dat bovendien niet altijd alle partijen aan dezelfde tafel zitten. Zowel de raad als de commissie wordt ondersteund door tal van comités en werkgroepen, ieder met zijn eigen achtergrond, samenstelling en belang. Als er uiteindelijk een voorstel door de procedure komt, moet het de instemming van alle fora (comitologie, commissie, raad, parlement) hebben gehad. Tegelijkertijd kan de vraag worden gesteld wat er dan nog van dat voorstel over is gebleven. Juist omdat *ultimum remedium* nogal wat eisen stelt aan de belangenafweging die moet worden gemaakt (zeker als het gaat om de vraag of andere handhavingsmethoden al dan niet toereikend zijn), is de kans niet ondenkbeeldig dat dit beginsel als eerste in het onderhandelingsproces zal sneuvelen. Alleen wanneer men het beginsel zou scharen onder de fundamentele van het Nederlandse strafrecht kan de noodremprocedure van artikel 83 lid 3 EUWV worden ingeroepen.¹⁷ De vraag is echter of zo'n noodgreep, gelet op Nederlands *past performance* op het terrein van vooral het bijzondere strafrecht, op zijn plaats is. Daarop gaan we nu in.

Ultimum remedium in de omzettingfase

De te verwachten uitholling van *ultimum remedium* kan niet alleen op het conto van 'Europa' worden geschreven. Niet alleen zijn Nederlandse autoriteiten van meet af aan in de verschillende Europese fora betrokken, bovendien zijn de Europese mogelijkheden tot harmonisatie van het strafrecht begrensd; ze zijn gekoppeld aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (artikel 4 onder j EUWV) en omvatten niet het strafrecht in zijn geheel. Maar ook anderszins is de EU-bevoegdheid beperkt. In het Zeelozing-arrest aanvaardde het Hof van Justitie, in navolging van zijn advocaat-generaal, immers dat 'de vaststelling van de aard en de hoogte van de op te leggen strafrechtelijke sancties' niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoort. Met deze overweging haalde het impliciet ook een streep door de aanhangige commissievoorstellen waarin de strafrechtelijke harmonisatie nu juist (mede) was ingegeven door de wens te komen tot een harmonisatie van de strafrechtelijke sanctiestelsels.¹⁸ De (voorals-

16 Daarom is van belang dat de instemmingsprocedure die is ingevoerd door de Goedkeuringswet bij het Verdrag van Maastricht mogelijk zal vervallen. Daarvoor is een subsidiariteitstoets (artikel 69 EUWV) in de plaats gekomen; *Kamerstukken II 2007/08*, 31 384 (R 1850), nr. 3, p. 53.

17 Artikel 83 lid 3 EUWV voorziet in een speciale noodremprocedure in het geval een lid van de Raad van Ministers vreest dat harmonisatie afbreuk zou doen aan fundamentele aspecten van zijn strafrechtstelsel.

18 Vgl. COM (2006) 168, p. 3-4; COM (2007) 51, p. 9.

nog onbeantwoorde) vraag is uiteraard wat de waarde van deze beperking is onder het nieuwe verdrag.

Deze beperkingen hebben ook gevolgen voor het *ultimum remedium*-beginsel. Ze betekenen niet alleen dat de discussie over de strafrechtelijke handhaving van EU-recht noodgedwongen op twee niveaus moet worden gevoerd (eerst over strafrechtelijke handhaving als zodanig, dan over de exacte sancties), maar ook dat de Nederlandse wetgever nog steeds een aanzienlijke stem heeft in het wetgevingsproces. De discussie over het *ultimum remedium*-beginsel zal, na de totstandkoming van een richtlijn, op nationaal niveau moeten worden doorgezet. De inpassing van Europese minimumeisen in het Nederlandse strafrecht én de verhouding tot algemene leerstukken van strafrecht zijn en blijven daarom ook een zorg voor de Nederlandse wetgever zelf.

Van oudsher stelt Nederland bij onderhandelingen over strafrechtelijke handhaving in Europa het *ultimum remedium*-beginsel voorop.¹⁹ Maar het is de vraag hoe hard Nederland, ditmaal in de omzettingfase, voor het beginsel zal willen vechten. In de lopende wetgevingsdossiers op het vlak van de strafrechtelijke handhaving van EU-recht is de Nederlandse benadering vooral gericht op een handhaving van de status quo: er 'mag (niet) worden getornd aan de nationale keuzevrijheid met betrekking tot de inzet van handhavingsmodaliteiten ter verzekering van de naleving'.²⁰ Maar juist die keuzemogelijkheid belooft voor het *ultimum remedium*-beginsel niet veel goeds. Onze nationale *track record* is op dat vlak niet indrukwekkend. Wat bijvoorbeeld te denken van de ontstane praktijk om regelgeving zowel via het strafrecht als het bestuursrecht te handhaven? De facto laat de wetgever aldus het (beleids)oordeel over welke feiten het meest ernstig zijn aan het openbaar ministerie en het bestuur. Daarbij worden de verplichtingen uit Europese richtlijnen doorgaans ingepast in het bijzondere (en niet het *commune*) strafrecht, bijvoorbeeld in de WED.²¹ De uitgangspunten van het *commune* strafrecht, onder meer op het vlak van de materiële rechtsbescherming, worden daar niet onverkort gehandhaafd.²² Toch gaat men met een zeker automatisme op deze weg door; de beslissing tot strafrechtelijke handhaving wordt in het parlement nogal eens genomen, zonder dat daaraan enige vorm van debat vooraf ging, zoals het geval was bij de Wet Ruimtevaartactiviteiten.²³ De normen uit deze wet worden zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk gehandhaafd. De keuze daarvoor is in de memorie van toelichting uiterst summier toegelicht.²⁴ In de betrokken kamercommissie is over de handhaving niet gesproken. Vervolgens is het voorstel zonder stemming of parlementair debat aangenomen.²⁵

19 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 656, nr. 1, p. 2.

20 *Kamerstukken II* 2006/07, 22 112, nr. 549, p. 8, en nr. 500, p. 3.

21 Vgl. J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht – Beschouwingen over publieke rechtshandhaving* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1994., p. 7.

22 Vgl. M. Wladimiroff, *Niets bijzonders* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

23 Wet van 24 januari 2007, *Stb.* 2007, 80. De wet dient ter uitvoering van verdragsrechtelijke verplichtingen.

24 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 609, nr. 3, p. 13.

25 *Handelingen II* 2006/07, 27, p. 1796. Het opzettelijk zonder vergunning lanceren van een ruimtevoorwerp in de kosmische ruimte wordt nu dus bedreigd met een gevangenisstraf van zes jaar.

Er worden soms zelfs, zonder Europese dwang, keuzes gemaakt die het beginsel nog verder uithollen, doordat niet binnen de grenzen van het strafrecht afwijkingen van het commune worden aanvaard, maar doordat specifieke strafrechtelijke dwangmiddelen naar het bestuursrecht worden overgeheveld. Onlangs is in het mededingingsrecht bijvoorbeeld de bevoegdheid voor de NMa aanvaard tot doorzoeking. De vraag kan worden gesteld of het strafrecht dan überhaupt nog wel *ultimum remedium* is.

Kortom, aan de *ultimum remedium*-gedachte lijkt in Nederland niet zwaar te worden getild. Waar er op Europees niveau tot minimumharmonisatie is besloten, moet er vervolgens nog een discussie op nationaal niveau worden gevoerd. Vooralsnog vinden wij in de toelichting bij de Goedkeuringswet van het Verdrag van Lissabon weinig terug over de strafrechtelijke handhaving van EU-beleid en de verhouding ervan tot het nationale strafrecht in zijn geheel. Wij schatten in dat Nederland op dat vlak zal doorgaan met de praktijk van handhaving langs bestuurs- én strafrecht.

Europees toezicht op de omzetting van richtlijnen?

De vraag is of Nederland op de keuzes die het maakt, kan worden aangesproken. Dat was onder de derde pijler nauwelijks mogelijk. Maar brengt het nieuwe verdrag hierin verandering? Zowel de Europese Commissie als het Hof van Justitie krijgt sturingsbevoegdheden op strafrechtelijk vlak. Aan de commissie is de taak opgedragen de eigen wetgevingsprogramma's en de wetgevende arbeid van de lidstaten te evalueren (artikel 70 EUWV).²⁶ Ook kunnen in de toekomst infractieprocedures worden gestart (artikel 258 EUWV). Maar zullen deze bevoegdheden ook gebruikt gaan worden om het *ultimum remedium*-beginsel vorm te geven? Zal het Hof van Justitie toekomstige wetgevende initiatieven of de nationale uitvoeringspraktijk (bijvoorbeeld: simultane handhaving in straf- en bestuursrecht) op hun verenigbaarheid met het *ultimum remedium*-beginsel toetsen?²⁷

Van de zijde van de raad en commissie is ten aanzien van de handhaving van EU-beleid vooralsnog weinig sturing te bespeuren. In het Programma van Tampere en dat van Den Haag neemt de strafrechtelijke handhaving van EG-beleid een ondergeschikte positie in.²⁸ Maar ook de commissie komt, overigens nog vóór de totstandkoming van 'Lissabon', niet veel verder dan het benoemen van een 'strafrechtbeleid van de Unie' zonder aan te geven hoe dat eruit ziet.²⁹

26 Daarover uitvoerig M.J. Borgers, F.G.H. Kristen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

27 Ontkennend: R. Barents, De denationalisering van het strafrecht, *SEW* 2006, p. 358-374; sceptisch: M.J. Borgers, Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler, rubriek rechtspraak *DD* 2006, p. 76-99.

28 J.A.E. Vervaele, The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: *Ignoti nulla cupido?*, in: Ulrich Sieber e.a. (red.), *Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Keulen: Heymanns Verlag 2008.

29 COM (2005) 583, p. 5.

Tegen die achtergrond zal van het Hof van Justitie niet mogen verwacht dat het zich opwerpt als hoeder van het beginsel. Ook al heeft het in het Milieustrafrecht-arrest een strikte proportionaliteitsmaatstaf geformuleerd, in zijn schaarse jurisprudentie inzake andere wetgevingsdossiers is het vooralsnog zeer terughoudend met het toetsen van de door de wetgever gemaakte afwegingen.³⁰ Het zou zichzelf dan tot beleidsmaker bombarderen op een terrein waar de bij uitstek daarvoor aangewezen organen zich vooralsnog op de vlakte houden. Het zou bovendien keuzes die zijn gebaseerd op complexe (technische) belangenafwegingen moeten gaan toetsen. Voor zover het Hof van Justitie ook de omzettingssarbeid van de lidstaten zou willen beoordelen, komt daar nog bij dat de bevoegdheid van de EG op strafrechtelijk vlak, zoals het Hof van Justitie zelf heeft bepaald, beperkt is.

Conclusies

In het voorgaande hebben wij bekeken welke invloed het nieuwe Verdrag van Lissabon op het *ultimum remedium*-beginsel zou kunnen uitoefenen. In dat verdrag is de bevoegdheid van de EU aanvaard om de lidstaten tot strafrechtelijke handhaving te dwingen. Deze ontwikkeling en de gevolgen ervan voor het *ultimum remedium*-beginsel worden met de nodige reserves bezien. Daarom is bestudeerd hoe de te verwachten Europese richtlijnen met als onderwerp (minimum-)harmonisatie van strafrecht tot stand zullen gaan komen, hoe ze vervolgens kunnen worden omgezet in Nederlands recht en of, en zo ja hoe, er op de omzettingssarbeid door de Europese instellingen zal worden toegezien.

Tot welke bevindingen leidde dat? Wij onderschrijven de gevaren die deze ontwikkeling voor het *ultimum remedium*-beginsel meebrengt. In het Europese wetgevingsproces, waarin op het vlak van de handhaving van EU-beleid vooral van de commissie initiatieven mogen worden verwacht, zit een zekere 'beleidsveldafhankelijkheid' ingebakken.³¹ Het gevaar van een al te instrumentalistische inzet van het strafrecht is daarom reëel. De strafrechtspleging in den brede kan erdoor beklemd raken. Mede om die reden zal het Hof van Justitie de strafrechtelijke bevoegdheid van de gemeenschap hebben beperkt tot de keuze voor strafrechtelijke handhaving als zodanig en de precieze invulling van de sancties van deze bevoegdheid hebben uitgesloten. Om dezelfde reden spreekt artikel 83 (2) EUWV van minimumharmonisatie. Wij vragen ons echter af of de oplossing voor dit probleem moet worden gezocht in beperkingen van de EU-bevoegdheid. Waarom zouden wel de sancties, maar niet andere beginselen van materieel strafrecht (*mens rea*, *actus reus*, deelnemingsvormen, etc.) alleen door de lidstaten mogen worden ingevuld? Of omgekeerd, waarom zou de EU niet over beide bevoegd kunnen zijn? De huidige bevoegdheidsverdeling tussen het

30 Het standaardarrest over de evenredigheidstest op wetgevend niveau: Zaak C-331/88, *Fedesa* [1990] Jur. I-4023. Zie over de omvang van de motiveringsplicht op wetgevend niveau: Zaak C-284/94, *Spanje/Raad* [1998] Jur. I-7309; Zaak C-310/04, *Spanje/Raad en Commissie* [n.n.g.].

31 De term komt uit Adriaanse e.a., 2008.

Europese en het nationale niveau lijkt ons enigszins willekeurig. Ze zal leiden tot een versplintering van de discussie.

Wij menen dat er beter aandacht kan worden besteed aan het wetgevingsproces als zodanig. Voor een waarborging van *ultimum remedium* lijkt ons een eerste vereiste dat alle betrokken belangen, zowel die van de handhaving van het concrete beleidsveld, als de verhouding tot het strafrecht in den brede, tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Natuurlijk is een hervorming van dat wetgevingsproces en van de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en Europese instellingen op dit moment niet aan de orde. Het Verdrag van Lissabon is met veel moeite aangenomen. Anderzijds is ook onduidelijk wat de Europese instellingen, maar zeker ook Nederland zelf, precies verwachten van de strafrechtelijke ondersteuning van EU-beleid. En zolang de uitgangspunten van een dergelijk beleid niet zichtbaar zijn, is ook onduidelijk hoe moet worden beoordeeld of en wanneer de gestelde doelen zijn gerealiseerd. Voor het *ultimum remedium*-beginsel belooft dit alles niet veel goeds. Het zal als eerste in het gedrang komen, als de (verplichte) strafrechtelijke handhaving bovenop al bestaande systemen zal worden geplaatst.

Wij missen dus vooral een breder kader waartegen afzonderlijke voorstellen kunnen worden beoordeeld. Er is ter zake geen beleid, noch op Europees niveau, noch nationaal. Wat wil men bijvoorbeeld bereiken met strafrechtelijke harmonisatie? Hoe kijkt men aan tegen de verhouding met algemene leerstukken van strafrecht? En hoe tegen de mogelijkheid van parallelle bestuursrechtelijke handhaving? Welke terreinen komen in aanmerking voor strafrechtelijke handhaving? Daarbij komt dat, waar dat beleid er wel is, het niet wordt geopenbaard. Op het vlak van de transparantie is veel te winnen, zeker binnen de gremia van de Raad van Ministers.

Naar onze mening moet zowel op Europees als nationaal niveau strafrechtelijk beleid worden ontwikkeld. Nederland heeft hierop meer invloed dan soms gemakshalve wordt aangenomen. Het moet dan ook worden toegejuicht dat Nederland hiermee is begonnen.³² De ministeries van Justitie en vakdepartementen kunnen nu al inventariseren op welke terreinen mogelijk voorstellen tot strafrechtelijke handhaving te verwachten zijn en hoe daarmee moet worden omgegaan, mede in het licht van *ultimum remedium*. Niet onbelangrijk is bovendien dat men ook kan nadenken over de vraag waar Nederland zelf belang heeft bij Europese strafrechtelijke handhaving. De uitkomsten daarvan kunnen in de comitologieprocedures worden ingebracht. Op die wijze kunnen ook de (door ons veronderstelde) zorgen van Constantijn Kelk mogelijk deels worden weggenomen.

32 Vgl. de reactie van de minister van Justitie op het genoemde rapport Implementatie EU-handhavingvoorschriften; *Kamerstukken II* 2007/08, 21 109, nr. 180.