

Harmonisatie van het economisch straf(proces)recht in de EEG

1. Inleiding

Op 19 juni 1990 werd de overeenkomst ter uitvoering van het op 14 juni 1985 te Schengen gesloten accoord betreffende de geleidelijke afschaffing van controles aan de binnengrenzen (aanvullend Accoord van Schengen) ondertekend. Deze overeenkomst, waarmee Frankrijk, Duitsland en de Benelux opereren als proeflaboratorium voor het verdwijnen van de binnengrenzen eind 1992, bevat een aantal bepalingen inzake strafrechtelijke samenwerking. Naast bepalingen over de politieke samenwerking en wederzijdse rechtshulp in strafzaken komen in het aanvullend Accoord artikelen voor die moeten leiden tot een harmonisatieproces van nationale strafrechtelijke bepalingen.

Dit accoord¹ is bijzonder vanuit een aantal oogpunten.

In de eerste plaats zijn vijf EEG-lidstaten het eens geworden over substantiële gevolgen van de afschaffing van de controles aan de binnengrenzen. Ondanks het feit dat het accoord in directe relatie staat tot de realisatie van de interne markt is het accoord een internationaal statenaccoord buiten communautair verband. Met andere woorden het staat buiten het communautaire recht, hetgeen inhoudt dat het Europese Parlement en het Europese Hof van Justitie buiten spel zijn gezet.

Ten tweede is het opvallend dat strafrechtelijke aspecten een centrale plaats innemen in het accoord. Des te meer opvallend is dat bij het uitwerken van de strafrechtelijke harmonisatie geen aandacht is besteed aan de harmonisatie van de (strafrechtelijke) rechtshandhaving van de economische regelgeving met betrekking tot de interne markt. De rechtshandhaving van het Europees economisch publiekrecht - en hierbij denk ik in de eerste plaats aan het landbouw- en visserijbeleid - wordt in het accoord niet aan de orde gesteld. De aandacht voor strafrechtelijke harmonisatie is beperkt gebleven tot politiek belangrijke onderwerpen - wapens en explosieven en verdovende middelen - die evenwel perifeer zijn aan de klassieke economische activiteiten van de EEG.

* Dr J. Vervaele is universitair hoofddocent bij het Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht (NISER) aan de Juridische Faculteit van de RU-Utrecht.

1 Voor commentaar zie G.P.M.F. Mols, Dissonanten bij het akkoord van Schengen, Deventer, 1990 en D.J.M.W. Paridaens, A.H.J. Swart, en G.J.M. Van Wijk, Het Europa van de burger en het strafrecht, Nederlands Juristenblad, 1989, p. 791-796.

Harmonisatie en strafrecht blijken veel meer een onderdeel te zijn van de Europese Politieke Samenwerking (EPS) en niet ingebed in de evolutie van de economische integratie en de realisatie van de interne markt. Gevolg is tevens dat de harmonisatie vooral betrekking heeft op het individueel handelen van de burger en niet op dat van de economische operatoren, de bedrijven. De EEG krijgt daardoor steeds meer kritiek te verduren vanuit het oogpunt van rechtsbescherming en democratisch gehalte. De Trevi² en Schengen-onderhandelingen betreffen fundamentele rechten van de Europese burger; niettemin verloopt alles achter gesloten deuren en zonder voldoende democratische controle. En dit terwijl de harmonisatie van opsporing, vervolging en berechting van inbreuken op het Europees economisch publiekrecht niet eens fundamenteel aan de orde is gesteld.

Toch voorziet het EEG-Verdrag in harmonisatiemogelijkheden van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt³ of noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de interne markt⁴.

Dat de noodzaak tot harmonisatie met betrekking tot rechtshandhaving niet binnen dat kader aan de orde is gesteld staat in schril contrast tot de oproep van tal van juristen om werk te maken van een effectieve rechtshandhaving van het Europees economisch publiekrecht. Meer en meer groeit het inzicht dat een effectieve rechtshandhaving een substantiële voorwaarde vormt voor het slagen van de interne markt en de Europese integratie.

Tegen die achtergrond wordt gepleit voor een gedeelde handhavingsbevoegdheid tussen lidstaten en Europese Commissie in een pre-federaal model en zelfs voor supra-nationaal Europees strafrecht in het kader van de werkzaamheden van de EEG. Sommigen denken daarbij in de eerste plaats aan de handhavingspraktijk en het tot stand brengen van een internationaal opsporingsorgaan bij de Europese Commissie⁵, anderen richten hun aandacht vooral op de regelgeving en de strafrechtelijke sanctionering⁶.

2 In 1975 werd in het kader van de EPS besloten tot de oprichting van de TREVI met tot doel de politieke samenwerking op het vlak van bestrijding van terrorisme en ernstige vormen van internationale criminaliteit te verbeteren.

3 Artikel 100 EEG-Verdrag.

4 Artikel 100A, toegevoegd aan het EEG-Verdrag door de Europese Akte, omschrijft de harmonisatieprocedure voor de realisatie van de doelstellingen opgenomen in het tevens nieuwe artikel 8A, dat luidt als volgt: 'De Gemeenschap stelt de maatregelen vast die ertoe bestemd zijn de interne markt geleidelijk tot stand te brengen in de loop van een periode die eindigt op 31 december 1992 (...) De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag'. Voor commentaar zie P.J.G. Kapteyn, en P. Verloren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer, 1989, p. 467 e.v.

5 C.J.C.F. Fijnaut, *Tussen misdaadbestrijding en strafrechtspleging: de internationale samenwerking van de politie in West-Europa*, Delikt en Delinkwent, 1990, p. 637-638.

6 J.S. Watson, *Fraudebestrijding in de EG - Een synthese*, in: *Fraude in de Europese Gemeenschappen*, Asser Instituut, 1990, p. 25; K. Tiedemann, *Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiete des Agrarmarktes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, *Festschrift für Gerd Pfeiffer*, Köln, 1988, p. 101-117 en G. Grasso, *Comunità europea e diritto penale. I rapporti tra*

2. Rechtshandhaving en EEG-fraudebestrijding: noodzaak tot een instrumentele strafrechtelijke harmonisatie?

2.1. EEG-Verdrag en harmonisatie

Juridisch is over de harmonisatie van nationale wetgeving in internationale organisaties, meer in het bijzonder in de EEG, heel wat geschreven⁷. Ook de rechtshandhaving en het strafrecht zijn daarbij niet ongesproken gebleven⁸. Vraag is en blijft in welke mate de Europese Commissie, verantwoordelijk voor de uitvoering van het EEG-beleid, zelf vanuit het oogpunt van de realisatie van de EEG-doelstellingen behoefte heeft aan een harmonisatie van strafrechtelijke bepalingen van de lidstaten die betrekking hebben op de rechtshandhaving van het Europees economisch publiekrecht in het algemeen op op de EEG-fraudebestrijding in het bijzonder⁹.

De Europese Commissie heeft in een vrij vroeg stadium een verdragslacune aan de orde gesteld met betrekking tot de EEG-fraude, getuige de in 1962 in de schoot van de Commissie gevormde werkgroep van regeringsdeskundigen van de toenmalige zes lidstaten en EG-ambtenaren. Hun taak bestond in het zoeken naar oplossingen voor een betere harmonisatie van strafrechtelijke regelingen in EG-verband, in het bijzonder met betrekking tot de EEG-fraude. Door vervolgwerk vanaf 1972 in een tweede werkgroep kwamen twee voorstellen voor wijzigingen in de EG-Verdragen tot stand¹⁰. Het eerste voorstel hield een wijziging in met het oog op de vaststelling van een gemeenschappelijke regeling betreffende de strafrechtelijke verantwoordelijkheid en bescherming van de ambtenaren en andere personeelsleden van de EG. Het tweede voorstel, bekend onder de noemer *Euro-crimes*, bevatte wijzigingen met het oog op de vaststelling van een gemeenschappelijke regeling betreffende de

l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri, Milaan, 1989.

7 Voor verdere commentaar zie R.H. Lauwaars en J.M. Maarleveld, Harmonisatie van wetgeving in Europese organisaties, Deventer, 1987 en H.-J. Glaesner et al., Rechtsprobleme der Rechtsangleichung. Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Universität des Saarlandes, nr. 137, Saarbrücken, 1988.

8 H. Johannes, Zur Angleichung des Straf- und Strafprozessrechtes in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1971, p. 531-575; H. Hung en H.-J. Schroth, Das Strafrecht als Gegenstand der Rechtsangleichung in Europa, Goltammer Archiv, 1983, p. 241-272; G. Grasso, L'armonizzazione e il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali, voordracht EEG-fraude kongres, 1989, Brussel.

9 Ik definieer hier het begrip EEG-fraude als fraude tegen de inkomsten- of uitgavenkant van de EEG-begroting (zie J.A.E. Vervaele, EEG-fraudebestrijding en Europees Strafrecht, Nederlands Juristenblad, 1989, p. 818-823). Het begrip rechtshandhaving van het economisch publiekrecht is veel ruimer en is gericht op het bestrijden van de inbreuken op het gemeenschapsrecht. Het lijkt me nuttig het harmonisatievraagstuk te bekijken vanuit de realisatie van de de EEG-doelstellingen, dus vanuit het ruime rechtshandhavingskader, waar de EEG-fraudeproblematiek een afgeleide van is.

10 Cf. PB C222/2 van 22 sept. 1976; voor het advies van het Europees Parlement zie PB C 39/30 van 12 febr. 1979.

strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de EG en de vervolging van inbreuken op die belangen. Daarbij stonden twee basisprincipes voorop:

1. de lidstaten worden verplicht de financiële belangen van de EG strafrechtelijk te beschermen op een manier die identiek is aan die van de nationale financiële belangen en dit zowel voor wat de inkomsten (fiscaal/douane) als de uitgaven (subsidies) betreft (assimilatieprincipe);
2. de lidstaat die vervolging instelt op een dergelijke inbreuk beschouwt de inbreuk als zijnde gepleegd op eigen grondgebied (communautair territorialiteitsbeginsel).

Ondanks aandringen van de Commissie, het Europees Parlement en de Europese Rekenkamer zijn beide voorstellen tot verdragswijziging al die jaren in de lade van de Raad blijven liggen. Bij de ministeriële delegaties van de lidstaten in de Raad kon geen politieke consensus worden bereikt.

Nochtans is het Euro-crimes voorstel tot verdragswijziging slechts een eerste en beperkte stap naar een Europese harmonisatie van de strafbepalingen met betrekking tot EEG-fraude. Op het ruimere veld van rechtshandhaving van het Europees economisch publiekrecht heeft het niet eens betrekking. In feite zou door de goedkeuring ervan alleen worden gegarandeerd dat EEG-fraude analoog strafbaar is en analoog wordt vervolgd als nationale fraude en de verschillen in territoriale werking van het nationale strafrecht niet leiden tot straffeloosheid. Met deze verdragswijziging zou geenszins bereikt worden dat de bestrijding van de EEG-fraude door de lidstaten op een Europees geharmoniseerde wijze geschied. Verschillen tussen nationale wetgevingen worden er niet door weggewerkt. Sommige landen stellen subsidiefraude ook met betrekking tot nationale subsidies niet strafbaar. De elementen van strafbaarstellingen kunnen verschillen, evenals de wettelijk voorziene sanctionering. En dan hebben we het nog niet over de harmonisatie van de handhavingspraktijk: opsporingsprioriteiten, seponerings- en vervolgingsbeleid, straftoemingsbeleid, etc.

2.2. *EEG en rechtshandhaving: naar een pre-federaal model?*

2.2.1. Toezicht en opsporing door de Europese Commissie

Dat de Commissie pas de laatste tien jaar meer aandacht heeft besteed aan de rechtshandhaving van haar beleid is mede te verklaren door beleidsintrinsieke factoren. De Commissie heeft in de jaren zestig en zeventig de handen vol gehad met het verkrijgen en aflijnen van bevoegdheden en met het invullen en consolideren daarvan. Pas in een tweede fase is de nadruk verschoven van het

normatieve naar de implementatie- en handhavingsproblematiek¹¹. Daarbij heeft de Commissie duidelijk ingezien dat ze geen anti-fraudebeleid en rechtshandhavingsbeleid kan voeren tegen de lidstaten in. Vooreerst krijgt ze daarvoor niet de wettelijke middelen bij de Raad, ten tweede is ze voor de uitvoering en handhaving te sterk afhankelijk van de praktijk in de lidstaten. Vanaf de jaren tachtig heeft de Commissie daarom geopteerd voor een geleidelijk tweesporenbeleid, bestaande uit aanscherping van de handhavingsverplichtingen van de lidstaten en uit toenemende controlebevoegdheden van de Commissie¹². Bij een terugblik op de laatste tien jaar kan dat beleid in een aantal stappen worden ingedeeld.

In eerste instantie werden in de secundaire wetgeving (verordeningen en richtlijnen), met betrekking tot de economische marktsectoren, de lidstaten en bedrijven de verplichting opgelegd tot het opmaken en verstrekken aan de Commissie van allerhande economisch-sociale en statistische gegevens over de evolutie van die sector. Die rapportageverplichting van de lidstaten had tevens betrekking op gegevens over de nationale rechtshandhaving (toezicht, opsporing en sanctionering).

Een tweede stap was het inbouwen van de verplichting tot het uitvoeren van administratieve onderzoeken in marktsectoren. Bij vaststelling van onregelmatigheden of fraudes werd de lidstaat verplicht een procedure in te stellen.

In een derde fase bouwde de Europese Commissie in de secundaire wetgeving de mogelijkheid in om via Euro-inspecteurs toe te zien op het wettelijk verloop van de economische activiteit in de lidstaten en op de nationale rechtshandhaving.

Vanuit die ervaring en kennis stond de Commissie voldoende sterk om de nationale handhavingsinspanning meer te coördineren en te sturen en aan stringenter europeesrechtelijke criteria te onderwerpen (vierde stap).

Een vijfde stap bestond uit het uitbouwen van een gedeelde handhavingsbevoegdheid tussen lidstaten en Europese Commissie. In een aantal marktsectoren participeert de Europese Commissie in de nationale opsporingsactiviteiten¹³. Dit kan bestaan uit financiële en/of logistieke ondersteuning of uit het opleggen van de verplichting tot het oprichten van een opsporingsdienst voor een bepaalde marktsector.

Voorgaande stappen zijn allemaal te situeren in de toezichts- en opsporingsfase. De rapportageverplichting, het administratief onderzoek, de Euro-inspectie, de handhavingscoördinatie en -sturing en de mede-participatie in de handha-

11 J.S. Watson, De handhaving van de EG visserijquotering in Nederland, SEW, 1989, p. 533-554.

12 J.A.E. Vervaele, D. Ruimschotel en R.J.G.M. Widdershoven, Rechtshandhaving bij visquotering, Utrecht, 1990.

13 Zie J.A.E. Vervaele, Bijzondere opsporingsdiensten: rechtshandhaving van het Europees economisch recht en EEG-fraude, in ECD-bundel Economisch strafrecht en justitieel politie-optreden, Lochem, 1990, p. 97-112.

ving zijn de afgelopen tien jaar - op niet altijd even systematische wijze - in de secundaire wetgeving ingebouwd en in beleid vertaald.

De Europese Commissie heeft haar inspanningen om het nationaal handhavingsbeleid meer te sturen en aan stringentere europeesrechtelijke criteria te onderwerpen ook juridisch kunnen verzilveren in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, meer bepaald in een recente uitspraak in de Griekse maïszaak¹⁴. De handhavings- en sanctieverplichting van de lidstaten wordt in deze zaak strikt doelgebonden gedefinieerd:

"(...) l'art. 5 impose aux Etats membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. A cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif"¹⁵.

De lidstaten hebben voortaan niet alleen de verplichting te voorzien in doeltreffende, effectieve en proportionele sancties. Zij moeten daarenboven overtredingen van bepalingen van gemeenschapsrecht bestraffen op een manier die analoog is aan de bestraffing van nationale regelgeving van een zelfde aard en belang¹⁶. Dit betekent tevens dat de lidstaten de verplichting hebben om fraude ten nadele van de EEG-begroting te vervolgen en te bestraffen op een even doeltreffende en strenge wijze als zij dat voor hun eigen begroting doen. Heel wat lidstaten zullen zich in de nabije toekomst genoodzaakt zien hun nationale wetgeving aan te passen en te voorzien in een analoge juridische bescherming van de financiële EEG en nationale belangen. Daarmee is in feite een onderdeel van het nooit door de Raad goedgekeurd ontwerp-Verdrag 'Euro-crimes' via de rechtspraak van het Hof geldend recht geworden.

2.2.2 Sanctiebevoegdheden van de Europese Commissie

Een volledig ander beeld tekent zich af met betrekking tot de sanctiekant van de handhaving. Met uitzondering van de in artikel 87 EEG-Verdrag (oneerlijke concurrentie en kartelvorming) voorziene dwangsommen en geldboetes is er in het EEG-Verdrag nergens expliciet sprake van sanctiebevoegdheden op com-

14 Het is in het gemeenschapsrecht geen uitzondering dat het Europese Hof van Justitie een belangrijke rol speelt in de rechtsvorming en dus in de realisatie van de EEG-doelstellingen. Op basis van art. 5 van het EEG-Verdrag heeft het Hof in de loop der jaren nadere invulling gegeven aan de verplichtingen van de lidstaten, meer in het bijzonder op het terrein van de rechtshandhaving van het Europees economisch publiekrecht. Zie J.A.E. Vervaele, EEG-fraudebestrijding; een test voor de gemeenschapstrouw van de lidstaten?, Nederlands Juristenblad, 1990, p. 1198-1204.

15 Arrest van 21 sept. 1989, zaak 68/88, Europese Commissie tegen Griekenland, onvertaald, niet gepubliceerd.

16 Zie ook W. Van Gerven, Conclusions dans l'affaire C-326/88, Anklagemyndigheden contre Hansen I/S, Hof van Justitie, 5-12-89, niet gepubliceerd.

munautair niveau. In het verleden zijn vooral in de landbouw- en visserijregeling sporadisch administratieve sancties ingebouwd (restituties, niet terugbetaling van waarborgsommen, quotumkortingen, etc.). De Europese Commissie is van oordeel dat haar bevoegdheden ter uitvoering van de besluiten van de Raad¹⁷ tevens de bevoegdheid omvat tot het vaststellen van bepalingen inzake controle en sancties die voor een doeltreffende uniforme tenuitvoerlegging van de betrokken voorschriften nodig zijn. Met andere woorden, het feit dat ze er in het verleden geen werk van gemaakt heeft om die sanctiebevoegdheden in te vullen in de secundaire wetgeving, betekent niet dat ze van die bevoegdheden afstand gedaan zou hebben¹⁸. Dit laatste zou immers alleen kunnen via een Verdragwijziging. De Commissie staat dus op het standpunt dat ze juridisch in de positie verkeert om aan haar sanctiebevoegdheden alsnog vorm en inhoud te geven.

Om de daad bij het woord te voegen heeft ze onlangs een voorstel voor een verordening¹⁹ uitgewerkt met tot doel haar bevoegdheden op het gebied van controle en sanctionering bij de tenuitvoerlegging van het gemeenschappelijk landbouw- en visserijbeleid duidelijk te omschrijven.

In de eerste plaats is deze verordening opvallend omdat ze - en ik citeer de toelichting - van declaratoire aard is. Dit betekent dat de Europese Commissie de in de verordening omschreven bevoegdheden als reeds verworven beschouwd en ze dus de goedkeuring van de verordening niet hoeft af te wachten om die bevoegdheden ook daadwerkelijk uit te oefenen. Dit standpunt wordt niet door alle lidstaten gedeeld. In de Toelichting staat letterlijk:

"De Commissie is altijd van mening geweest dat de bevoegdheid die de Raad haar in al zijn regelingen heeft toegekend om de betrokken uitvoeringsbepalingen vast te stellen, niet alleen de bevoegdheid behelst om aanvullende of specifieke voorwaarden voor de toekenning van steun of de heffing van een bedrag vast te stellen, maar ook de bevoegdheid om de voorschriften te bepalen inzake de controles en de sancties die nodig zijn voor een doeltreffende en uniforme tenuitvoerlegging van de betrokken maatregelen. De grote meerderheid van de Lid-Staten heeft deze opvatting gedurende lange jaren gedeeld. Zeer onlangs evenwel hebben bepaalde Lid-Staten de bevoegdheid van de Commissie om bepalingen inzake controles en sancties vast te stellen, in twijfel getrokken. De Commissie deelt deze twijfel niet."

17 Art. 145, derde lid EEG-verdrag bepaalt: "verleent de Raad, in de besluiten die hij neemt, de Commissie de bevoegdheden ter uitvoering van de regels die hij stelt (...)"

18 Bij het ontbreken van communautaire sanctiemaatregelen hebben de lidstaten het recht en de plicht de nodige maatregelen te nemen om in een effectieve handhaving te voorzien. De Europese Commissie heeft op basis van artikel 155 EEG-Verdrag een algemene toezichtsbevoegdheid. Zie ook de zaak 804/79, Commissie tegen het Verenigd Koninkrijk II en de zaak 269/80, Thyssen van het Europees Hof van Justitie.

19 Voorstel voor een verordening van de Raad inzake controles en sancties in het kader van het gemeenschappelijk landbouw- en visserijbeleid, COM(90) 126 def., PB, 6 juni 1990, C 137/10.

Dat de Commissie en sommige lidstaten er inderdaad tegenovergestelde meningen op na houden bleek onlangs ook in de zaak *Anklagemyndigheden versus Hansen & son I/S*²⁰ voor het Europees Hof van Justitie te Luxemburg. Uit het 'Rapport d'audience' blijkt duidelijk dat Denemarken van mening is dat het bepalen van sancties exclusieve bevoegdheid is van de lidstaten:

"La fixation des sanctions est et doit rester une question nationale parce que la politique pénale n'a fait l'objet d'une coopération internationale que de façon sporadique et chaque pays retient alors sa propre tradition quant au niveau des sanctions et à la marge d'appréciation accordée au juge. Le gouvernement danois estime que la politique pénale d'un pays est liée à sa culture nationale, qu'il est dès lors d'une importance décisive pour le développement de la société dans son ensemble que la possibilité qu'ont les Etats membres de mener une politique indépendant en la matière ne soit pas réduite à néant"²¹.

De Europese Commissie verklaart zich in het 'Rapport d'audience' niet accoord met de Deense stelling.

Het feit dat de Commissie in een bepaalde materie niet is overgegaan dat het zelf opleggen van sancties en de lidstaat via secundaire wetgeving heeft verplicht te voorzien in sancties in de nationale wetgeving betekent evenwel niet dat de Europese Commissie niet over de bevoegdheid zou beschikken om alsnog zelf sancties op te leggen.

Dit voorstel tot verordening bestaat in feite uit een kaderregulering met betrekking tot de controle- en sanctiebevoegdheden uitgeoefend door de Europese Commissie. De opgenomen bevoegdheden worden opgevat als standaardmaatregelen. Dit betekent dat andere maatregelen (controles, sancties) kunnen worden vastgesteld als dat voor de betrokken regeling vereist is. De controlestandaardmaatregelen kunnen met name omvatten: controle van de boekhouding, het ter plaatse vragen van nadere uitleg, onderzoek van de produktie, het nemen en verifiëren van monsters. De marktdeelnemers, zowel natuurlijke als rechtspersonen, aan wie door de communautaire voorschriften verplichtingen worden opgelegd, kunnen de controle niet weigeren en moeten alles in het werk stellen om de toegang tot te bezoeken ruimten en terreinen te vergemakkelijken. Opvallend is dat deze controlebevoegdheden identiek zijn aan degene die uitgewerkt zijn in artikel 17 van de bekende uitvoeringsverordening 17/62²² met betrekking tot oneerlijke concurrentie en kartelvorming (Artikelen 85 e.v. EEG-Verdrag). Deze expliciete controlebevoegdheden, die via de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie verder zijn uitgewerkt en rechtsbeschermend ingevuld²³ hebben blijkbaar tot voorbeeld gediend.

20 Zaak C-236/88, *Anklagemyndigheden versus Hansen & Son I/S*, Arrest van het Hof van 10 juli 1990, niet gepubliceerd.

21 *Idem*, p. 7.

22 Verordening nr. 17 van 6 februari 1962, PB 1962, 204, sindsdien herhaaldelijk gewijzigd.

23 Zie punt 3.

Naast de controlebevoegdheden bevat het voorstel tevens een reeks bepalingen met betrekking tot de sanctiebevoegdheden van de Europese Commissie. Artikel 4 bevat een niet-limitatieve lijst van financieel-economische sancties: de verplichting om een hoger dan het ten onrechte ontvangen bedrag, eventueel verhoogd met interesten, te betalen (geldboete); de volledige uitsluiting van een bij een communautaire regeling toegekend voordeel zelfs als de marktdeelnemer slechts een gedeelte van dat voordeel ten onrechte heeft ontvangen (uitsluiting); de weigering of de intrekking van het voordeel voor een langere periode dan die waarop de inbreuk betrekking heeft als uit de feiten blijkt dat de begunstige niet betrouwbaar is (schorsing of schrapping).

Ook deze vormen van financieel-administratieve boetes doen denken aan de bevoegdheid tot het opleggen van geldboetes bij inbreuken op artikelen 85 e.v. EEG-Verdrag.

De Commissie benadrukt in de verordening dat het opleggen van sanctie voor een inbreuk een subjectief schuldement veronderstelt (nalatigheid of opzet), zelfs al is de sanctie van administratieve aard. Tegelijkertijd sluit de Commissie de mogelijkheid niet uit om, ook als er geen subjectief element aanwezig is, toch sancties te nemen als dit op grond van de aard van de inbreuk gerechtvaardigd is. Dit betekent dat een objectieve aansprakelijkheid tot de mogelijkheden hoort. Een tweede punt dat aandacht verdient is dat de bevoegde instanties van de lidstaten de sancties toepassen. Met andere woorden de sanctie wordt opgelegd door de Europese Commissie; uitvoering ervan komt toe aan de nationale instanties. Ten derde doet deze verplichting niets af aan de nationale handhavingsverplichting er voor zorg te dragen dat inbreuken op het gemeenschapsrecht worden bestraft op grond van passende nationale voorschriften die, qua inhoud en procedure, analoog zijn aan die welke gelden ten aanzien van soortelijke en qua omvang vergelijkbare inbreuken op nationale rechtsvoorschriften. De toelichting weet te melden dat de lidstaten er dienen voor te zorgen dat de desbetreffende sancties niet worden toegepast op een wijze die niet verenigbaar is met het principe "ne bis in idem". Of dit überhaupt zo is en zo ja in welke gevallen wordt wijselijk niet ingevuld.

3. Rechtsbescherming als substantieel onderdeel van rechtshandhaving en EEG-fraudebestrijding

Hierboven hebben we geschetst op welke manier de afgelopen jaren de handhavingsverplichtingen van de lidstaten aangescherpt zijn en de controle- en sanctiebevoegdheden van de Europese Commissie zijn uitgebreid op of het punt staan uitgebreid te worden.

Bij een duidelijk uit instrumentele behoeften ingevulde rechtshandhaving is van het allergrootste belang dat de inhoudelijke en formele rechtsbeschermingsaspecten mee worden uitgewerkt. De rechtsbeschermingskonstructie in deze is

ingewikkeld. De rechtshandhaving speelt namelijk in een dubbele juridische orde tussen Europese Commissie, lidstaat en rechtspersoon en/of natuurlijk persoon. Ook hier behoort het uitgangspunt te zijn dat rechtshandhaving in een rechtsstaat niet alleen staat of valt met het naleven van grondrechten en algemene rechtsbeginselen, maar tevens duidelijk omschreven bevoegdheden vereist in de wetgeving, op het vlak van toezicht, opsporing en sanctionering, en de mogelijkheid om tegen het niet-naleven ervan beroep aan te tekenen bij de rechter vereist.

De handhavingsverplichtingen van de lidstaten zijn de laatste jaren vrij vaak aan de orde geweest in de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie. Heel wat pogingen door burgers en/of bedrijven om de nationale bevoegdheden terzake in vraag te stellen hebben weinig of geen resultaat opgeleverd. De nationale overheden hebben niet alleen het recht, maar tevens de plicht het Europees economisch publiekrecht te handhaven.

Die handhavingsplicht moet wel worden ingevuld op een manier die in overeenstemming is met de algemene rechtsbeginselen en de grondrechten. Rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en proportionaliteit spelen in het communautaire recht een belangrijke rol²⁴.

Met betrekking tot de controle- en sanctiebevoegdheden van de Europese Commissie is het opvallend hoe weinig er in het verleden is over geprocedeerd. De onduidelijk omschreven bevoegdheden van de Euro-inspecteurs bijvoorbeeld hebben tot op heden niet geleid tot principezaken voor het Europees Hof van Justitie. Om die reden lijkt het me belangrijk inspiratie te zoeken bij de controle- en sanctiebevoegdheden met betrekking tot tot oneerlijke concurrentie en kartelvorming, zeker nu die model staat voor de andere EEG-beleidssectoren.

De opsporings- en sanctiebevoegdheden van de Europese Commissie met betrekking tot oneerlijke concurrentie en kartelvorming zijn herhaalde malen door economische marktdeelnemers aangevochten als zijnde in strijd met een behoorlijke rechtsbescherming. De stelling dat het tegelijkertijd optreden van de Europese Commissie als onderzoeker, aanklager en rechter in strijd zou zijn met de algemene rechtsbeginselen van een behoorlijke procedure werd door het Europees Hof verworpen in de zaak Pioneer²⁵. Het Hof oordeelde dat de Commissie niet als rechterlijke instantie in de zin van artikel 6, lid 1 EVRM kan worden aangemerkt, maar als uitvoerend orgaan van de Gemeenschap.

Beroep bij het Europees Hof van Justitie kan niet alleen worden ingesteld tegen combinatie van bevoegdheden maar ook tegen het gebruik door de Europese

24 J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, I-II, Baden-Baden, 1988.

25 Zaak 100-103/80 SA *Musique Diffusion Française et al. v. Commissie* (Pioneer zaak), Jur. (1983), 1825.

Commissie van verificatie-, opsporings- of sanctiebevoegdheden op zich. Zowel onbevoegdheid, misbruik van bevoegdheid als schending van verdragsbepalingen of schending van beginselen van behoorlijk procedure kunnen worden ingeroepen.

Dus de rechtsbescherming strekt zich ook uit tot het vooronderzoek²⁶. Het Europees Hof beschikt over volledige rechtsmacht. Het Hof kan zelfs de opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen.

Zeer onlangs sprak het Hof zich in een aantal belangrijke principezaken²⁷ uit over de opsporingsbevoegdheden van de Europese Commissie. In 1988 verdacht de Europese Commissie een aantal bedrijven van oneerlijke concurrentiepraktijken door het afsluiten van prijs- en quota-accorden. Eén van die bedrijven was het Duitse Hoechst AG. De Europese Commissie wou bij het bedrijf ter plaatse een verificatie uitvoeren in aanwezigheid van het Duitse Bundeskartellamt (BKA), de nationale handhavingsdienst in deze materie. Tot drie maal toe werd hen de toegang tot het terrein en de bedrijfsruimtes geweigerd. Het bedrijf beriep zich op onwettige huiszoeking, daar er geen huiszoekingsbevel was afgeleverd. De Commissie legde Hoechst AG een dwangsom op van 1.000 Ecu per dag vertraging. Een paar maanden later verkreeg het BKA van het Amtsgericht te Frankfurt een huiszoekingsbevel voor de Europese Commissie. Hoechst AG liet de Euro-inspecteurs toe, zonder evenwel haar reserves met betrekking tot de bevoegdheden van de Commissie op te geven. Aan Hoechst AG werd een definitieve boete opgelegd van 55.000 Ecus voor de vertraging.

Uitgangspunt in het arrest van het Hof is dat de rechten van de verdediging ook gewaarborgd moeten zijn bij administratieve procedures die kunnen leiden tot sancties. Niet naleving van de rechten van de verdediging kan immers illegaal verkregen bewijs tot gevolg hebben met betrekking tot gedragingen en verantwoordelijkheden van bedrijven. Of de onschendbaarheid van de woning en het daarmee verbonden huiszoekingsbevel ook van toepassing is op bedrijven is evenwel zeer de vraag. In het nationale recht loopt de rechtsbescherming met betrekking tot bedrijven heel sterk uiteen. De meeste grondwetsbepalingen beperken zich tot de onschendbaarheid van de woningen van natuurlijke personen. Ook artikel 8 EVRM en de huidige EVRM-rechtspraak bevat geen aan-

26 Zie de zaak 136/79, National-Panasonic. In deze zaak besloot het Hof dat het niet vooraf in kennis stellen van een bedrijf van een verificatie-beschikking niet in strijd is met artikel 8 EVRM.

27 Zaak 46/87 en 227/88, Hoechst AG, SEW 1990, p. 381-397; zaak 374/87, Orkem, niet gepubliceerd; zaak 85/87, Dow Benelux NV, SEW 1990, p. 381-397, NJ 1990, 571; zaak 97, 98 en 99/87, Dow Chemical Ibérica SA, niet gepubliceerd en zaak 27/88, Solvay & Cie, niet gepubliceerd.

wijzingen voor een rechtsbescherming die zich uitstrekt tot bedrijven²⁸. Dit neemt niet weg dat de controle-activiteit van publieke overheden op een wettelijke basis moet berusten, gerechtvaardigd moet zijn op basis van in de wet vermelde redenen en niet disproportioneel of arbitrair mag zijn. Een controle-activiteit van de Europese Commissie die niet aan deze vereisten beantwoordt zou strijdig zijn met het gemeenschapsrecht. Verordening 17 voorziet in artikel 14 uitgebreide controlebevoegdheden: controle van de boekhouding; het nemen van fotocopiën of uittreksels; het verzoeken tot mondelinge toelichting ter plaatse en de toegang tot alle lokalen, terrein en transportmiddelen van het bedrijf. Volgens Hoechst AG heeft de Commissie wel de bevoegdheid zich toegang te verschaffen tot de gebouwen, maar niet tot huiszoeking. Het Hof deelt evenwel de visie van de Commissie dat een dergelijke interpretatie neerkomt op een volledige uitholling van de effectiviteit van de controle en het bedrijf zou toelaten om door passieve resistentie de enquête af te houden. De Europese Commissie is wel verplicht om het voorwerp en het doel van de controle aan te geven, ten einde toe te laten de wettelijkheid, proportionaliteit en het niet-arbitraire karakter van de uitoefening van de bevoegdheid vast te stellen.

Dit arrest geeft duidelijk aan wat de verhoudingen zijn tussen instrumentaliteit/effectiviteit en rechtsbescherming bij de handhaving van de eerlijke concurrentie. Open vraag blijft vooralsnog of we dit morgen ook toegepast zullen zien in de andere EEG-beleidsterreinen.

4. Rechtshandhaving en rechtsbescherming: een wederkerige loyauteit

Het EEG-Verdrag, met name artikel 5²⁹, legt sterk de nadruk op de gemeenschapstrouw van de lidstaten. Al die jaren is de rechtshandhaving van het EEG-recht top down ingevuld: vanuit Brussel naar de lidstaten. Het lijkt er wel op alsof de handhavingsplicht, begrepen als het effectief doen naleven van de EEG-regelgeving op een manier die in overeenstemming is met een behoorlijke rechtsbescherming, alleen op de lidstaten rust. Dat de gemeenschapstrouw ook kan gelden voor de Europese instellingen leek tot voor kort zo evident en onproblematisch dat het niet eens aan de orde werd gesteld. Pas wanneer van-

28 Het Hof gaat niet accoord met de visie van J.A. Frowein, uitgebracht in een expertise-rapport voor Hoechst AG. Frowein, lid van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, stelt dat de onschendbaarheid van de woning zich ook uitstrekt tot bedrijven.

29 Art. 5 EEG-Verdrag: "De Lid-Staten treffen alle algemene of bijzonder maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen".

uit de lidstaten de eerste stappen werden gezet, bottum up, tot het verkrijgen van loyataire samenwerking van de Europese Commissie bij de nationale handhaving met betrekking tot overtredingen van gemeenschapsrecht, bleken er opeens grote obstakels te zijn. Dit werd schitterend geïllustreerd in de zaak C 2/88 Imm.³⁰ voor het Europees Hof van Justitie. Een rechter-commissaris te Groningen, belast met het gerechtelijk vooronderzoek wegens valsheid in geschrifte, gepleegd door de directeur en de bestuursleden van de visafslag te Lauwersoog, had tot de Europese Commissie het verzoek gericht tot rechtshulp. De rechtshulp, noodzakelijk voor het bepalen van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid, bestond uit het ter beschikking stellen van de rapporten van de Euro-inspecteurs en uit de mogelijkheid om hen als getuigen te horen. De Commissie weigerde de rechtshulp op basis van het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de EG. De inhoudelijke motivering van de weigering spreekt boekdelen:

"Gevraagd of en waarom de overlegging van documenten, waarom is verzocht in verband met mogelijke overtredingen van een gemeenschapsregeling, naar haar mening een belemmering kan vormen voor het regelmatig functioneren of de onafhankelijkheid van de Gemeenschappen, gaf de Commissie te kenne, dat de door haar inspecteurs opgestelde rapporten documenten waren die zich naar hun aard niet leenden voor een ander doel dan voor interne verslaglegging. Het zou hier gaan om documenten van zuiver interne aard, die de Commissie op geen enkele wijze kunnen binden of een standpunt van de Commissie kunnen weergeven. Overlegging ervan zou voorts de betrekkingen tussen de Commissie en de Lid-Staten op het delicate terrein van de controle kunnen schaden".

Het Hof stelt dat in de EEG-rechtsgemeenschap de betrekkingen tussen de Lid-Staten en de gemeenschapsinstellingen ingevolge artikel 5 EEG-Verdrag beheerst worden door het beginsel van de loyataire samenwerking. Dit beginsel verlangt ook dat de gemeenschapsinstellingen en de Lid-Staten over en weer loyaal samenwerken. Van bijzonder belang is de verplichting van de gemeenschapsinstellingen tot loyale samenwerking met de nationale rechterlijke autoriteiten, verantwoordelijk voor de toepassing en de naleving van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde. Die verplichting omvat het ter beschikking stellen van informatie en het medewerken als getuige. De Europese Commissie kan zich slechts aan die verplichting onttrekken uit noodzaak te verhinderen dat de Gemeenschappen in hun werking en onafhankelijkheid worden belemmerd (dringende reden). Belangrijk is dat het Hof van Justitie zich bevoegd heeft verklaard om toe te zien op de eerbieding van de wederzijdse loyale samenwerking en zich bij inroeping van dringende reden door de Commissie kan uitspreken over de gegrondheid ervan.

30 Beschikking van het Hof van 13 juli 1990, niet gepubliceerd.

Uit deze beschikking van het Hof blijkt dat belangentegenstellingen tussen nationale en communautaire organen, ook bij de rechtshandhaving van het gemeenschapsrecht, de verhouding tussen instrumentaliteit en effectiviteit enerzijds en rechtsbescherming anderzijds bepalen. Het wordt hoog tijd dat de rechtshandhaving van het Europees economisch publiekrecht in het algemeen, en van de EEG-financiën in het bijzonder, wordt benaderd vanuit een wederzijdse loyaleit met het oog op de realisatie van de Europese integratie. Harmonisatie van het economisch straf(proces)recht in de EEG mag daarom niet louter met effectiviteitsdoeleinden worden gestuurd³¹. Het totstandkomen van een behoorlijke rechtsbescherming binnen de dubbele juridische orde met betrekking tot toezicht, opsporing en sancties is een sine qua non voor het welslagen van het harmonisatieproces. Daarvoor is er nood aan duidelijkheid over de beginselen van Europees bestuur (behoorlijkheid - openbaarheid) in zijn materiële en procesrechtelijke aspecten. Tevens dient de verhouding tussen administratieve en strafsancities in een dubbele rechtsorde te worden omschreven. Maar op die harmonisatieweg liggen nog altijd veel voetangels en klemmen.

31 Op 1 augustus 1990 stond in het Publicatieblad (C 192/8) de bekendmaking van een niet-openbare procedure voor een studie inzake de harmonisatie van sancties op overtredingen van het communautaire douanerecht die dit illustreert: "De studie dient een vergelijking tot stand te brengen van de situatie op het gebied van de douanewetgeving en dient zich te richten op de harmonisatie dan wel het snel tot elkaar brengen van de hoogte van de sancties ten einde voor iedere Lid-Staat de ter zake doende bepalingen te kunnen vaststellen waarvan de aanpassing noodzakelijk is met het oog op de eengemaakte markt".