

Supranationale normen voor administratieve en strafrechtelijke samenwerking

A.H. Klip en J.A.E. Vervaele

2.1 Normering en institutionele context

De strafrechtelijke en administratiefrechtelijke samenwerking beweegt zich op het snijvlak van verschillende rechtsinstrumenten. Zowel het volkenrecht en gemeenschapsrecht als nationaal straf(proces)recht en administratief recht oefenen er invloed op uit. Dit komt de overzichtelijkheid in de praktijk niet ten goede. Daaraan zijn niet alleen de veelheid aan rechtsinstrumenten maar ook de verschillende doorwerking van volkenrecht en gemeenschapsrecht debet. Voorts is de verhouding tussen volkenrecht en gemeenschapsrecht diffuus. Enkele begrippen die in dit krachtenveld relevant zijn, verdienen daarom nadere toelichting.

2.1.1 *Volkenrecht*

Inlichtingen buitenlandse recht

Dit verdrag van 7 juni 1968 (*Trb.* 1968, 142) voorziet in de mogelijkheid van de bevoegde buitenlandse autoriteit inlichtingen te verkrijgen over het recht in het betreffende land. Sinds het protocol van 15 maart 1978 (*Trb.* 1979, 165) kan het verdrag ook worden gehanteerd om inlichtingen te verkrijgen over buitenlands strafrecht.

Protocol

Een protocol vult een verdrag aan met nieuwe bepalingen. Het komt op dezelfde wijze tot stand en heeft dezelfde binding als een verdrag.

Verdrag

Een verdrag is een volkenrechtelijke overeenkomst tussen twee of meer staten. Het bindt de staten die het verdrag hebben goedgekeurd (geratificeerd). Voor 'verdrag' worden ook wel de termen 'overeenkomst', 'conventie' en 'agreement' gehanteerd,

met dezelfde juridische binding. Artikel 93 en 94 van de Grondwet bepalen de positie van het verdrag in de Nederlandse rechtsorde. Verdragsbepalingen die naar inhoud iedereen kunnen verbinden, zijn rechtstreeks toepasselijk. Wettelijke bepalingen dienen buiten toepassing te worden gelaten als zij in strijd zijn met een verdrag. Dwangmiddelen kunnen op burgers alleen worden toegepast als de verplichtingen uit een verdrag zijn omgezet in een wet in formele zin (HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 724). De mate waarin het verdrag rechtstreeks (zonder omzetting in het nationale recht) rechten en/of verplichtingen voor de burger in het leven roept, verschilt van staat tot staat (al naar gelang de inrichting van het constitutionele recht).

Verdragsconflicten

Het Weense Verdrag inzake het Verdragenrecht (23 mei 1969, *Trb.* 1977, 169) geeft onder andere regels over het oplossen van conflicten tussen bepaalde verdragen.

Verklaring

In een verklaring bij een verdrag geeft een staat aan hoe deze een (term uit een) bepaald artikel interpreteert.

Voorbehoud

In een voorbehoud bij een verdrag geeft een staat aan dat deze een bepaald artikel of een gedeelte uit het verdrag niet wenst toe te passen.

2.1.2 *Unierecht*

Derde pijler

Deze pijler heeft een intergouvernementele structuur. Dit betekent dat besluiten en rechtsinstrumenten alleen totstandkomen bij unanieme besluitvorming door de regeringen van de lidstaten. Sinds het Verdrag van Amsterdam (1997) kent de derde pijler vier rechtsinstrumenten: gemeenschappelijke standpunten, kaderbesluiten, besluiten en overeenkomsten (artikel 34). Voorts bestaan er nog instrumenten uit de tijd van het Verdrag van Maastricht: gemeenschappelijke optredens (artikel K.3). Het Verdrag van Amsterdam bevat geen bepalingen over de onderlinge verhouding van derdepijlerinstrumenten of de verhouding tussen eerstepijlerrecht en derdepijlerrecht. De handhavingsverplichting van het gemeenschapsrecht strekt zich niet uit over het derdepijler- of Unie-strafrecht.

Eerste pijler

Dit is de aanduiding van de klassieke Europese Gemeenschap. Het recht van de eerste pijler is samengesteld uit het EG-Verdrag, verordeningen en richtlijnen. De Commissie heeft hier haar bevoegdheden van toezicht en controle op de hand-

having van het gemeenschapsrecht door de lidstaten. Sinds het arrest-Van Gend en Loos (1962) van het Hof van Justitie van de EG staat vast dat het gemeenschapsrecht een geheel eigen rechtsorde creëert en rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde.

Europese Politieke Samenwerking

Deze samenwerking kan worden gekenschetst als een voorloper van de Europese Unie. Zij heeft geleid tot zes verdragen over internationale strafrechtelijke samenwerking die geen van alle in werking zijn getreden. Wel worden enkele van deze verdragen door Nederland in de relatie met sommige andere lidstaten voorlopig toegepast.

Europese Unie

De Unie is opgericht bij het Verdrag van Maastricht (1992). Zij omvat drie pijlers. De eerste betreft de klassieke Europese Gemeenschap. De tweede regelt het gemeenschappelijk buitenlands en defensiebeleid. In de derde pijler heeft de justitiële en politieke samenwerking in strafzaken een plaats gekregen.

Richtlijn

Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, maar aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen (artikel 249 – 189 oud – van het EG-Verdrag). Aan de lidstaten wordt een bepaalde termijn gegund om zo nodig uitvoeringswetgeving in te voeren. De burger kan rechtstreeks voordelen aan de richtlijn ontleen. Op de burger kunnen echter geen verplichtingen rusten die niet eerst in de nationale wetgeving zijn omgezet.

Schengen

Er zijn twee verdragen van Schengen. Het Akkoord (1985) en de Uitvoeringsovereenkomst (1990). Voor de praktijk is de Uitvoeringsovereenkomst het meest van belang. In deze overeenkomst is de afschaffing van de grenscontroles overeengekomen (artikel 2). De overige bepalingen bevatten compenserende maatregelen over asiel- en vluchtelingenbeleid. Het verdrag bevat tevens belangrijke bepalingen over de politieke en justitiële samenwerking. Via een protocol bij het Verdrag van Amsterdam is het gedeelte van de Uitvoeringsovereenkomst over asielrecht tot eerste pijlerrecht verheven. Verdere ontwikkeling van de bepalingen over politieke en justitiële samenwerking vindt plaats volgens de besluitvormingsstructuur van de derde pijler. Hierin is een bijzondere positie toegekend aan het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken en aan de niet-EU-leden IJsland en Noorwegen.

Verordening

Een verordening heeft algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat (artikel 249 – 189 oud – van het EG-Verdrag). Afhankelijk van de stand van het nationale recht is uitvoeringswetgeving vereist.

2.2 Wederzijdse administratieve bijstand binnen de Europese Unie

2.2.1 Inleiding: historische ontwikkeling

In tegenstelling tot bij het civielrechtelijke en strafrechtelijke terrein is er op het terrein van de administratiefrechtelijke samenwerking geen sprake van enige traditie in Europa. In de jaren zeventig zijn in het kader van de Raad van Europa weliswaar twee conventies uitgewerkt voor de administratieve samenwerking, maar in de praktijk hebben ze weinig waarde door de te vage inhoud en de beperkte ratificatie.¹ Voorzover er sprake is van verdragsrecht voor de administratieve samenwerking hebben we in hoofdzaak te maken met twee financieel-materiële terreinen, fiscaliteit en douane, niet toevallig de hoofdonderwerpen van ons onderzoek. Met name na de Tweede Wereldoorlog zijn er zeer veel dubbele belastingverdragen totstandgekomen en in 1967 is in de overeenkomst van Napels een regeling uitgewerkt voor de douanesamenwerking.

Op nationaal vlak is de juridische uitwerking van de administratiefrechtelijke samenwerking problematisch. In veel lidstaten is er geen formele regelgeving op dit terrein. Een algemene samenwerkingsplicht is slechts in uitzonderingsgevallen geregeld en er is evenmin sprake van een algemene wet op de bijstandsverlening. Op fiscaal en douanegebied zijn er sporadisch verwijzingen in de nationale wetgeving naar de wederzijdse administratieve bijstand. Ook in het communautair recht is de thematiek van de administratiefrechtelijke samenwerking slechts laat tot ontwikkeling gekomen. Decennialang is aandacht besteed aan het uitwerken en institutionaliseren van de economische integratie; pas in de jaren negentig is er aandacht ontstaan voor de noodzaak tot samenwerking tussen de nationale administraties in het kader van het verdiepingsproces van de Europese integratie. Het Sutherland-report over de interne markt na 1992 (SEC 1992) en de follow-ups, zoals het rapport *On the development of administrative cooperation in the implementation and enforcement of community legislation in the internal market* (COM 1994, 29 final; zie ook COM 1993), zijn hierbij toonaangevend geweest. Maar zelfs in die rapporten ligt de nadruk vooral op administratieve uitvoeringstaken en komt de

¹ European Convention on the Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters, Straatsburg, 24.XI.1977 en European Convention on the Obtaining Abroad of Information and Evidence in Administrative Matters, Straatsburg, 15.III. 1978.

administratieve handhaving slechts mondjesmaat aan bod. De stap van *economic integration* naar *justice integration* is eigenlijk pas echt gezet met het Verdrag van Maastricht, waarbij ervoor is gekozen om de justitiële samenwerking in civiele en strafrechtelijke zaken in te bedden in de derde pijlerstructuur.

Het begrip 'wederzijdse administratieve bijstand' of 'administratiefrechtelijke samenwerking' heeft in het Verdrag van Maastricht evenmin een plaats gekregen. De justitiële en politieke samenwerking is geregeld in de derde pijler. Daarnaast wordt de douanesamenwerking eveneens genoemd als een van de aangelegenheden van gemeenschappelijk belang in het kader van de derde pijler (artikel K.1.). De vermelding van de douanesamenwerking an sich wekt verbazing, omdat de douane-unie en de douanesamenwerking een inherent onderdeel zijn van het EG-recht, de eerste pijler. Alles pleit er dus voor om in de derde pijler-douanesamenwerking te lezen: de justitiële aspecten van deze samenwerking² en de samenwerking met betrekking tot materies die geen deel uitmaken van de eerste pijler (wapens, drugs enzovoort). In het Verdrag van Maastricht is er dus geen expliciete verdragsbasis voor administratieve samenwerking. Uiteraard dwingt de toenemende integratie tot samenwerking tussen administraties van lidstaten en wordt de regeling van samenwerkingsvormen gebaseerd op de materiële grondslagen voor het beleidsterrein in de eerste pijler. Zo zijn er ad-hocsamenwerkingsvormen uitgewerkt op het terrein van levensmiddelen, veterinaire controles, geneesmiddelen (EMEA), transport van gevaarlijke afvalstoffen (EVOA), visserij, en in de financiële sector (beurs-, bank- en verzekeringswezen). Deze samenwerkingsvormen zijn ad hoc ingevuld per beleidsterrein en van enige homogene aanpak is geen sprake. Zowel douane als fiscaliteit vormt hierop een uitzondering.

Biedt het Verdrag van Amsterdam nieuwe perspectieven voor wederzijdse administratieve bijstand? Vooreerst valt te vermelden dat er eindelijk een expliciete grondslag wordt gecreëerd in de eerste pijler voor de administratiefrechtelijke samenwerking en voor de douanesamenwerking. De horizontale en verticale aspecten van zowel de administratieve samenwerking als douanesamenwerking worden geregeld in respectievelijk artikel 66 en artikel 135 van het EG-verdrag. Dit betekent dat dus nieuwe regulering kan worden uitgewerkt op basis van de co-decisieprocedure. Dat staat in schril contrast met de situatie onder het Verdrag van Maastricht, waarbij douanesamenwerkingsinstrumenten werden gebaseerd op artikel 235,³ wat unanimiteit veronderstelt en alleen raadpleging van het Europees Parlement. Bovendien is artikel 135 niet ingebed in de titel over de douane-unie maar in een aparte titel X, zodanig dat de douanesamenwerking ook kan worden

2 In een aantal lidstaten hebben de douanediensten justitiële bevoegdheden.

3 Het Europees Parlement heeft dit aangevochten in zaak C-209/97, waarin wordt gesteld dat artikel 43, 100a en 113 hadden moeten worden gebruikt.

ingezet voor andere EG-terreinen, zoals precursoren en afvaltransporten. Ook dient te worden gewezen op het antifraudeartikel 280. Anders dan bij artikel 209a uit het Verdrag van Maastricht kan er nu een communautair beleid worden gevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de EU en kan de Commissie hiertoe ook initiatieven nemen op basis van deze grondslag. Waarbij zij aangetekend dat uitdrukkelijk wordt gestipuleerd dat toepassing van het nationale strafrecht en de nationale rechtsbedeling uitgesloten is van artikel 135 en artikel 280. De hoofdvraag is wat 'rechtsbedeling' betekent: begint die bij de procesgang of in de voorfase? Ook hier is de scheidslijn tussen wederzijdse administratieve bijstand en rechtshulp in strafzaken dus van belang. Evenmin is duidelijk wat de strekking is van de term 'nationale' in 'nationale strafrecht'.

Het Verdrag van Amsterdam bepaalt ook dat geleidelijk een ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid dient te worden gecreëerd (artikel 2 Unie-verdrag; artikel 61 EG-Verdrag; Vervaele 1999a). Deze ruimte omvat zowel wetgeving in het kader van de eerste pijler als wetgeving in het kader van de derde pijler. De administratiefrechtelijke samenwerking en de justitiële samenwerking in civiele zaken behoren tot de eerste pijler, de politieke en strafrechtelijke samenwerking tot de derde pijler. De douanesamenwerking komt zowel voor in de eerste als in de derde pijler, afhankelijk van de materiële bevoegdheid. Bovendien krijgt de Europese Commissie meer bevoegdheden in het kader van de derde pijler, zowel normerend als operationeel.

2.2.2 *Wederzijdse administratieve bijstand als concept*

Wederzijdse bijstand definiëren is niet zo eenvoudig als het lijkt. In ieder geval dienen bij die definitie een aantal parameters te worden gebruikt. De voornaamste lijken ons de autoriteiten, het instrumentarium, de doelen van de bijstand en de vraag onder wiens gezag de bijstand wordt uitgevoerd. De autoriteiten zijn in beginsel administratieve autoriteiten. Dit lijkt op het eerste zicht een eenduidig begrip. Maar schijn bedriegt, want de definitie van 'bestuursorganen' loopt van lidstaat tot lidstaat sterk uiteen. De meldpunten in het kader van de antiwitwaswetgeving hebben de meest uiteenlopende juridische statuten in de lidstaten, maar hebben onderling een vorm van bijzondere wederzijdse administratieve bijstand die onder andere is gestoeld op een EG-richtlijn.⁴ Ook hebben de door het EG-recht verplichte toezichthouders op het effectenverkeer uiteenlopende juridische vormen in de lidstaten. De vraag is bovendien of de politieke autoriteiten, reguliere en buitengewone, kunnen worden gerekend tot de administratieve autoriteiten. In een aantal landen hebben die politieke autoriteiten immers niet alleen taken op het

4 Richtlijn 91/308, die gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld moet voorkomen (PbEG 1991, L 166).

gebied van openbare ordehandhaving (*police administrative*) of toezichtstaken maar ook opsporingsbevoegdheden (*police judiciaire*). In de praktijk wordt vaak gewerkt met autoriteiten die voor de desbetreffende regeling expliciet worden aangewezen als 'erkende autoriteit'. In de praktijk kunnen dit dus erkende autoriteiten zijn met zeer uiteenlopende regimes in de lidstaten. Voor het fiscale en douaneterrein liggen de belastingadministratie en douaneadministraties voor de hand, maar er is een tweepettenprobleem bij de buitengewone inspecties of opsporingsorganen. Los van het feit dat de definitie van 'autoriteiten' dus per lidstaat sterk uiteenloopt, is die definitie niet altijd beperkt tot organen, lichamen en instellingen van lidstaten. Ook de Europese Commissie is onder een aantal instrumenten van wederzijdse administratieve bijstand erkend als autoriteit. De samenwerking tussen nationale diensten en de samenwerking tussen Commissie en nationale diensten worden respectievelijk gedefinieerd als 'horizontale samenwerking' en 'verticale samenwerking'. Het instrumentarium kan bij wederzijdse administratieve bijstand de volgende vormen aannemen:

- informatie-uitwisseling (automatisch, spontaan of op verzoek) tussen controle-diensten onderling of tussen deze diensten en de Commissie;
- uitoefenen van bijzonder toezicht op personen, goederen, opslagplaatsen, goederenbewegingen, vervoermiddelen enzovoort;
- uitvoeren van administratief onderzoek;
- uitvoeren van administratief onderzoek door multinationale onderzoekteams;
- oprichting van een netwerk van *liaison-officers* in de lidstaten;
- oprichting van geïnformatiseerde netwerken.

Wat de doelstellingen betreft: de wederzijdse administratieve bijstand is er in hoofdzaak op gericht een administratieve beschikking of administratief besluit tot stand te brengen, die/dat mede kan inhouden dat er punitieve administratieve sancties worden opgelegd. De wederzijdse administratieve bijstand is in beginsel niet bedoeld voor de strafrechtelijke afdoening. Daarvoor is immers de rechtshulp in strafzaken voorzien. Toch is de administratieve handhaving vaak het voortraject van strafrechtelijke afdoening. Daarom moet worden bezien in welke mate de gegevens die zijn verkregen in het kader van wederzijdse administratieve bijstand kunnen en mogen worden gebruikt in strafprocedures. De communautaire wetgeving inzake wederzijdse administratieve bijstand bevat normering over zowel de autoriteiten, de instrumenten als de doelen. Sporadisch zijn in communautaire wetgeving naast de normen over bewijsgaring ook normen aanwijsbaar over het bewijsgebruik, de bewijsmiddelen en de bewijskracht.

2.2.3 Horizontale wederzijdse administratieve bijstand in douane- en landbouwzaken

Historische ontwikkeling en stand van zaken

In Benelux-kader werd begin jaren vijftig al gewerkt aan samenwerking binnen de Benelux-douane-unie (Verdrag nopens de samenwerking op het stuk van douane en accijnzen⁵). In 1967 sloten België, West-Duitsland, Frankrijk, Italië en Nederland een overeenkomst inzake wederzijdse bijstand tussen hun respectievelijke douane-administraties: de douaneovereenkomst van Napels⁶. Deze volkenrechtelijke overeenkomst – gericht op voorkoming, opsporing en bestrijding van strafbare feiten die betrekking hebben op de douane – maakt geen deel uit van het EG-recht. Het feit dat in de preambule van deze overeenkomst wordt aangevoerd dat ‘strafbare feiten op het stuk van de douanewetten (...) de doeleinden van de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen in gevaar brengen’, doet daar niets aan af. Dat de Napels-douaneovereenkomst geen deel uitmaakt van het EG-recht, betekent uiteraard niet dat deze overeenkomst niet kan worden gehanteerd ter handhaving van het EG-recht.

De Napels-douaneovereenkomst regelt samenwerking met het oog op:

- de juiste heffing van douanerechten en alle andere wegens in- of uitvoer geheven belastingen;
- voorkoming, opsporing en bestrijding van strafbare feiten op het gebied van douanewetten.

Bij dat laatste gaat het zowel om strafbare feiten bij de douaneheffingen als andere strafbare feiten bij de in-, uit- of doorvoer van goederen (verboden, beperkingen, controle enzovoort). Dit leidt uiteraard tot een zeer ruime omschrijving, want zowel heffingen als douanewetten worden hier in ruime zin geïnterpreteerd. Ook douaneheffingen bij landbouwproducten vallen onder deze definitie. De aan te wijzen douaneautoriteiten onder de Napels-douaneovereenkomst hoeven niet beperkt te worden tot de douanediens ten. In veel lidstaten zijn ook andere handhavingsorganen op economisch en landbouwterrein als erkende douaneautoriteit aangewezen.

5 Het verdrag van 5 september 1952 (*Trb.* 1953, 136), herzien via het Aanvullend protocol houdende bijzondere bepalingen op het stuk van de belastingen. Overeenkomst inzake de administratieve en strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de regelingen die verband houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie, met Aanvullende Protocollen, Den Haag, 29 april 1969 (*Trb.*, 1969, 124).

6 Overeenkomst tussen het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, de Italiaanse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden inzake de wederzijdse bijstand tussen de onderscheiden douane-administraties met Aanvullend Protocol, Rome, 7 september 1967 (*Trb.* 1968, 172). Deze overeenkomst is vergelijkbaar met de mondiale *Convention internationale d'assistance mutuelle administrative en vue de prévenir, de rechercher et de réprimer les infractions douanières* (Conventie van Nairobi).

De overeenkomst bevat zowel bepalingen over wederzijdse administratieve bijstand als over rechtshulp in strafzaken. In de wederzijdse administratieve bijstand wordt aandacht besteed aan gegevensverkeer, bijzonder toezicht en onderzoek in het buitenland. Artikel 12 regelt expliciet de rechtstreekse rechtshulp in strafzaken: 'De douane-administraties van de Overeenkomstsluitende Staten stellen haar opsporingsdiensten in de gelegenheid rechtstreekse betrekkingen te onderhouden om door uitwisseling van gegevens de voorkoming, opsporing en bestrijding van strafbare feiten op het stuk van de douanewetten van hun onderscheiden landen te vergemakkelijken.'

Dat de scheiding tussen wederzijdse administratieve bijstand en rechtshulp zelfs in de Overeenkomst niet altijd duidelijk is, moge blijken uit de redactie van artikel 13 en artikel 14:

— *artikel 13:* '1/ Op verzoek van de douane-administratie van een Overeenkomstsluitende Staat gaat de douane-administratie van de aangezochte Staat over tot ambtelijke onderzoeken en doet zij in het bijzonder personen, gezocht in verband met het plegen van strafbare feiten op het stuk van de douanewetten, alsmede getuigen en deskundigen horen. Zij doet aan de verzoekende administratie mededeling van de resultaten van deze onderzoeken. 2/ Deze onderzoeken worden verricht in overeenstemming met de wetten en voorschriften welke in de aangezochte Staat van toepassing zijn.'

— *artikel 14:* 'De ambtenaren van de douane-administratie van een Overeenkomstsluitende Staat, bevoegd tot opsporing van strafbare feiten op het stuk van de douanewetten, kunnen op het grondgebied van een andere Overeenkomstsluitende Staat, met goedvinden van de bevoegde ambtenaren van de douane-administraties van die Staat, aanwezig zijn bij de ambtshandelingen welke die ambtenaren met het oog op het opsporen en het constateren van dergelijke feiten verrichten, wanneer deze feiten voor de eerstbedoelde administratie van belang zijn.'

Artikel 15 en 20 regelen het bewijsgebruik. Artikel 20 bepaalt dat de gegevens mogen worden gebruikt voor de doeleinden van de overeenkomst, hetgeen een strafrechtelijk traject inhoudt. Bovendien bepaalt artikel 15 dat de verkregen gegevens in rechte als bewijs kunnen dienen, ook in justitiële procedures. De bewijskracht is een zaak van nationaal recht. Bij de douaneovereenkomst van Napels is een protocol toegevoegd dat twee weigeringsgronden bevat:

- geen verplichting om gegevens te verstrekken die zijn verkregen van financiële instellingen;
- geen verplichting om gegevens te verstrekken die schending van een nijverheids-, handels- of beroepsgeheim zouden impliceren.

In EG-kader is in 1976 richtlijn 76/308 uitgevaardigd, over wederzijdse bijstand bij de invordering van schuldvorderingen.⁷ Onder de invorderingen vallen zowel ten onrechte gedane uitgaven (restituties) als ten onrechte niet ontvangen inkomsten (landbouwheffingen en douanerechten). In Nederland werd daarvoor de Wet wederzijdse bijstand bij de invordering van enkele EEG-heffingen⁸ ingevoerd. Deze wet regelt niet alleen het transnationale gegevensverkeer maar ook de transnationale invordering van schuldvorderingen en de eventuele conservatoire maatregelen. Ter implementatie van richtlijn 79/107⁹ is voorts het toepassingsgebied van de Wet wederzijdse bijstand bij de invordering van schuldvorderingen ook uitgebreid tot de omzetbelasting.¹⁰

Begin jaren tachtig heeft de EG, zich inspirerend op de douaneovereenkomst van Napels, in verordening 1468/81¹¹ een communautaire regeling uitgewerkt voor de 'Wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de Lidstaten en samenwerking tussen deze autoriteiten, met het oog op de juiste toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften'. Het gaat hier niet over de invordering maar over de samenwerking bij het handhavingsonderzoek. De verordening is uiteraard beperkt tot de communautaire materie (douaneheffingen, landbouwheffingen, uitvoerrestitutie). Voor de niet-communautaire douanemateries blijft de Napels-douaneovereenkomst van belang. De verordening is een zeer belangrijk instrument, omdat alle douane- en landbouwregelingen eronder vallen. Bovendien kunnen andere verordeningen van dit samenwerkingsinstrument gebruikmaken.¹² De verordening bevat instrumentatie op het vlak van gegevensuitwisseling en administratief onderzoek. Artikelen over rechtshulp in strafzaken komen in de verordening niet voor. De verordening beperkt zich dus tot horizontale en verticale wederzijdse administratieve bijstand. De taak voor de Commissie (verticale samenwerking) is beperkt tot informatiegaring en coördinatie. In 1987 is de verordening geamendeerd,¹³ waarbij de Commissie de bevoegdheid krijgt om een informatiesysteem voor fraudegevallen op te zetten. Dit heeft geleid tot het System of Customs Enforcement Network (SCENT). SCENT is eigenlijk de geïnformatiseerde versie van verordening 1468/81. Bovendien krijgt de Commissie door het amendement de bevoegdheid om gegevens uit te wisselen met derde landen en om op eigen gezag

7 *PbEG* 1976, L 73, aangevuld door richtlijn 77/794, *PbEG* 1977, L 333, richtlijn 85/479, *PbEG* 1985, L 285 en richtlijn 86/489, *PbEG* 1986, L 283.

8 Wet van 24 oktober 1979, *Stb.* 1979, 572.

9 Richtlijn 79/107, *PbEG* 1979, L 331.

10 Wet van 4 juni 1981, *Stb.* 1981, 334.

11 *PbEG* 1981, L 144/1.

12 Te denken valt hierbij aan bijvoorbeeld de problematiek van vervoer van afvalstoffen (EVOA).

13 Verordening 945/87, *PbEG* 1987, L 90/3.

en op eigen initiatief communautaire onderzoeksmissies uit te sturen naar derde landen.¹⁴

Begin jaren negentig heeft MAG 92 – een subgroep van de intergouvernementele werkgroep Groupe d'Assistance Mutuelle/ Mutual Assistance Group (GAM/MAG) – mede aangestuurd door de directeuren-generaal van de Europese douaneadministraties gewerkt aan het opzetten en operationaliseren van het Customs Information System/Douane-informatiesysteem (CIS/DIS). CIS/DIS kan alle douanegegevens bevatten (inclusief gegevens over EG-fraude, drugs, wapens, exotische fauna en flora enzovoort), en dus niet alleen gegevens over EG-materies.

De totstandkoming en inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht heeft een en ander versneld. De intergouvernementele werkgroepen voor politieke en justitiële samenwerking zijn in de derde pijlerstructuur geïntegreerd en er is een juridisch kader geschapen waarbinnen instrumentatie kan worden uitgewerkt. Dit heeft geleid tot forse veranderingen op douaneterrein. Verordening 1468/81 is vervangen door verordening 515/97,¹⁵ die ook het communautaire luik van het CIS/DIS regelt. Napels I (de douaneovereenkomst van 1967) wordt na ratificatie vervangen door de Napels II-derdepijlerconventie,¹⁶ die voorziet in wederzijdse administratieve bijstand voor niet-communautaire materies en rechtshulp in strafzaken, inclusief vergaande onderzoeksmethodes (zie infra 2.3.5). Het niet-communautaire luik van het CIS/DIS-systeem is uitgewerkt in de derdepijler-CIS/DIS-conventie.¹⁷ Hiermee is ook duidelijk dat de douanesamenwerking institutioneel is opgedeeld tussen de eerste en derde pijler.

De communautaire normering voor wederzijdse administratieve bijstand in douane- en landbouwzaken

De wederzijdse administratieve bijstand inzake douane- en landbouwzaken wordt beheerst door:

- internationale verdragen;
- bilaterale verdragen (tussen staten en tussen de Unie en derde landen);
- de Benelux-overeenkomst van 1969 (zie noot 5);

14 Daartoe heeft de EG diverse verdragen gesloten die voorzien in bepalingen over de wederzijdse administratieve bijstand.

15 Verordening betreffende de wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften, *PbEG* 1997, L 82. Deze verordening, waarover jaren is onderhandeld, is in werking getreden per 13 maart 1998.

16 Overeenkomst inzake de wederzijdse bijstand en de samenwerking tussen de douaneadministraties, *PbEG* 1998, C 24.

17 Overeenkomst inzake het gebruik van informatica op douanegebied, *PbEG* 1995, C 316.

- communautaire normering;
- *memorandums of understanding*.¹⁸

In dit kader ontleden we de communautaire normering. De Benelux-overeenkomst wordt hier niet behandeld, want de studie strekt zich niet uit tot de Benelux-landen. Voor het eventueel belang van de internationale en bilaterale overeenkomsten wordt verwezen naar de landenstudies. De normering in het kader van de derde pijler (Napels II-douaneovereenkomst) wordt behandeld in het deel onder 2.3.5.

De huidige verordening 515/97 bevat ten opzichte van verordening 1468/81 (zie noot 11) opvallende vernieuwingen. De vernieuwingen hebben zowel betrekking op transnationale aspecten als op transprocedurele aspecten van sfeerovergang tussen bestuursrecht en strafrecht. De verordening bevat vergaande mogelijkheden voor transnationale handhaving. Handhavingsorganen van de ene lidstaat kunnen deelnemen aan administratief onderzoek in een andere lidstaat (artikel 9) en zo nodig kunnen, bij onderling akkoord, ook liaison-officers worden gestationeerd (artikel 10). Hier wordt dus de grondslag gelegd voor een netwerk aan liaison-officers en voor het operationeel maken van gemengde inspectieteams die transnationaal kunnen opereren. Kortom: de bouwstenen voor een Europese horizontale handhaving worden duidelijk. Bovendien wordt de positie van de Europese Commissie en dus van de verticale samenwerking aanzienlijk versterkt. Op basis van artikel 18 lid 3 heeft de Europese Commissie dezelfde positie als de nationale handhavingsorganen. Dit betekent dat de Europese Commissie wordt beschouwd als een verzoekende autoriteit. Zij kan daarmee ook zelf verzoeken indienen tot bijstand ofwel gegevensuitwisseling (artikel 4-6), bijzonder toezicht op personen en plaatsen, goederen(bewegingen) en vervoermiddelen en tot het uitvoeren van administratief onderzoek (artikel 18 lid 4). De Commissie kan bovendien zelf deelnemen aan het administratief onderzoek.

De Commissie handelt hier dus als een handhavingsorgaan in individuele dossiers. Dit betekent dat er voor de Europese Commissie en voor de antifraude-eenheid van de Europese Commissie (OLAF) in het bijzonder handhavingsinstrumentatie wordt geboden die zich uitstrekt tot transnationale bewaking, doorlevering onder toezicht enzovoort. Uiteraard blijft de bevoegdheid van de Europese Commissie beperkt tot wederzijdse administratieve bijstand. De Commissie kan geen verzoek indienen tot rechtshulp in strafzaken, aangezien ze geen partij is bij de rechtshulpverdragen en daartoe ook niet de bevoegdheid heeft. In veel lidstaten kunnen de toezichthoudende bevoegdheden die inzetbaar zijn in het kader van het administratief onderzoek echter ook worden aangewend wanneer er sprake is van 'verdenking van een strafbaar feit'. De Nederlandse Hoge Raad stelt enkel als voorwaarde dat de rechten van de verdediging die toekomen aan de verdachte worden gerespecteerd. Kortom: de

18 Omdat de betrokken ministeries niet bereid waren deze bronnen ter beschikking te stellen, wordt hieraan in het onderzoek geen aandacht besteed.

Commissie kan er belang bij hebben om de grenzen van de wederzijdse administratieve bijstand af te tasten, gezien haar beperkte bevoegdheden op justitieel terrein. Beperkt is hier niet gelijk aan nul, want de coördinatietask van OLAF strekt zich ook uit tot justitiële handhaving. Dit blijkt uit het feit dat er bij OLAF een strafrechtelijke cel werkzaam is die is bemand met gedetacheerde experts uit justitiële kringen, onder wie leden van het Openbaar Ministerie en onderzoekrechters. OLAF stelt evenwel geen justitiële onderzoekshandelingen (opsporingshandelingen).

Zijn er in verordening 515/97 aanknopingspunten voor een breed begrip van toezicht en wederzijdse administratieve bijstand? In ieder geval, want artikel 2 definieert 'administratief onderzoek'¹⁹ als volgt: *'Alle controles, verificaties en handelingen die door ambtenaren van de in artikel 1, lid 1, bedoelde administratieve autoriteiten bij de uitvoering van hun functie worden verricht met het oog op de juiste toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften en, in voorkomend geval, de vaststelling van het onregelmatig karakter van verrichtingen die in strijd lijken te zijn met deze voorschriften, met uitzondering van handelingen die op verzoek of onder rechtstreeks gezag van een rechterlijke instantie worden verricht.* De term "administratief onderzoek" omvat ook de in artikel 20 bedoelde communautaire missies' (cursivering auteur). Hier is dus geen sprake van een materieelrechtelijk onderscheid tussen wederzijdse administratieve bijstand en rechtshulp in strafzaken op basis van het verdenkingsbegrip maar van een functioneel-hiërarchisch onderscheid, waarbij de vraag is wat wordt verstaan onder 'rechtstreeks gezag' en onder 'rechterlijke instantie'. Zolang er geen dwangmiddelen nodig zijn die rechterlijke machtiging vergen, blijkt de ruimte groot te zijn. Bovendien bepaalt artikel 3 van de verordening dat het gegevensverkeer in het kader van deze wederzijdse administratieve bijstand niet beperkt kan worden tot dit administratief onderzoek: 'Wanneer de nationale autoriteiten naar aanleiding van een verzoek om administratieve bijstand of een uit hoofde van deze verordening gedane mededeling, besluiten tot een handeling die bepaalde elementen omvat welke slechts met de toestemming of na een vordering van de rechterlijke instantie ten uitvoer kunnen worden gelegd, moet in het kader van de administratieve samenwerking waarin deze verordening voorziet mededeling worden gedaan van:

- de aldus verkregen inlichtingen betreffende de toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften, of althans
- de essentiële gegevens van het dossier, aan de hand waarvan een einde kan worden gemaakt aan frauduleuze praktijken.'

19 Deze term is ontleend aan landbouwcontroleverordening 595/91.

Anders dan in landbouwcontroleverordening 595/91 (met name artikel 6),²⁰ wordt hier echter bepaald dat 'Die mededeling evenwel vooraf moet zijn goedgekeurd door de rechterlijke instantie, indien de noodzaak van zo'n goedkeuring voortvloeit uit het nationale recht.' Slechts bij een specifieke nationale verplichting is dus een 'nihil-obstat-verklaring' van de rechterlijke autoriteit vereist. In veel douane-overeenkomsten met derde landen is deze toelatingsclausule vervangen door een meldingsclausule. De nationale rechterlijke autoriteiten moeten dan geen toelating geven maar enkel worden ingelicht.²¹

Behalve bepalingen over de bewijsgaring bevat de verordening bepalingen over het bewijsgebruik. Alle vaststellingen, bevindingen, informatie, documenten, inlichtingen enzovoort die op vrijwillige basis, op verzoek of door onderzoeksmisies zijn verkregen, kunnen door de bevoegde instanties van de lidstaat van de verzoekende autoriteit als bewijsmateriaal worden aangevoerd (artikel 12, 16 en 21 lid 2). Dit blijkt ook uit artikel 54 lid 3, dat bepaalt dat de vertrouwelijkheid van de gegevens geen beletsel vormt voor gebruik van de krachtens de verordening verkregen gegevens bij gerechtelijke procedures of rechtsvervolgingen die later worden ingesteld wegens niet-naleving van de douane- of landbouwvoorschriften. Voorwaarde is dat de bevoegde autoriteit die deze inlichtingen heeft verstrekt van dat gebruik in kennis wordt gesteld. De regels over bewijsgebruik blijven aan de vage kant en zijn geformuleerd als 'kunnen', niet als 'moeten'. Regels over bewijskracht zijn afwezig: deze regulering wordt overgelaten aan het nationale procesrecht. Toch zien we hierbij duidelijk dat de verordening elementen bevat van sfeerovergang, dankzij de transprocedurele crossreferenties:

- De wederzijdse administratieve bijstand kan onder voorwaarden ook worden ingezet als er sprake is van strafrechtelijke verdenking van een strafbaar feit.
- Gegevens die zijn verkregen uit wederzijdse administratieve bijstand kunnen worden gebruikt in het kader van strafrechtelijke, justitiële afdoening.

Als er dus geen echte dwangmiddelen nodig zijn waarvoor rechterlijke machtiging vereist is, kan het kanaal van de rechtshulp in strafzaken behoorlijk worden omzeild. Ook al wordt in de inleidende overwegingen uitdrukkelijk gesteld dat deze communautaire voorschriften geen beletsel mogen vormen – noch voor de Napels-douane-overeenkomst, noch voor de rechtshulp in strafzaken – en wordt in artikel 51 bepaald dat de toepassing van de regels inzake strafrechtelijke vervolging en

20 Artikel 6 bepaalt de juridische positie van euroambtenaren bij het uitvoeren van administratief onderzoek in samenwerking met de nationale autoriteiten. De Commissie moet zich onthouden van deelname aan 'gerechtelijke handelingen' als verhoren van verdachten en huiszoekingen, maar krijgt wel onvoorwaardelijk (dus ook zonder rechterlijke toelating) toegang tot de aldus verkregen informatie.

21 Zie bijvoorbeeld artikel 12 lid 4 van de Overeenkomst tussen de EU en Korea inzake samenwerking en wederzijdse bijstand in douanezaken, *PbEG* 1997 L 121: een mooi voorbeeld van de nieuwe generatie douane-akkoorden tussen de EU en derde landen.

wederzijdse rechtshulp in strafzaken (met inbegrip van de regels betreffende het geheim van het onderzoek) onverlet worden gelaten. De facto en de jure kunnen de justitiële autoriteiten de douaneadministraties en de wederzijdse administratieve bijstand gebruiken als rechtshulpinstrument in strafzaken. Wanneer de douane én over administratieve én over justitiële bevoegdheden beschikt, wordt het uiteraard nog eenvoudiger. De kernvraag is in welke mate daarmee ook de waarborgen van de strafrechtelijke rechtshulp worden omzeild (zie infra 2.3.5).

De verordening bevat ook de grondslag van het CIS/DIS-systeem (artikel 23-41), waarbij uitdrukkelijk wordt bepaald dat het CIS/DIS, in overeenstemming met de verordening, moet bijdragen tot het *voorkomen, opsporen en bestrijden* van handelingen die in strijd zijn met de douane- of landbouwvoorschriften. Bovendien stelt artikel 23 lid 3 dat de douaneautoriteiten van de lidstaten de materiële infrastructuur van het CIS/DIS ook mogen gebruiken voor de derdepijler-douanesamenwerking (drugs, wapens enzovoort). Dit is verder uitgewerkt in de CIS/DIS-conventie van 1995,²² waarbij de doelstelling in artikel 2 lid 2 wordt omschreven als 'bij te dragen tot het voorkomen, het onderzoeken en het vervolgen van ernstige overtredingen van nationale wetten.' Hierbij zij opgemerkt dat de lidstaten in artikel 8 lid 3 de toelating krijgen om die gegevens ook mee te delen aan niet-CIS/DIS-autoriteiten, ofwel autoriteiten die niet betrokken zijn bij de handhaving van het douane- en landbouwrecht, mits dit gebeurt met toestemming van de informatieverstrekende lidstaat. Op voorwaarde van toestemming en respect voor de opgelegde voorwaarden mogen die gegevens ook worden gebruikt voor andere doeleinden dan de handhaving van douane- en landbouwrecht. Tot slot dient te worden vermeld dat de derdepijler-Napels II-overeenkomst²³ (over douanesamenwerking) behalve voor douanerechtshulp ook kan worden ingezet voor wederzijdse administratieve bijstand voor niet-communautaire douanetaken. Voor de bespreking hiervan wordt verwezen naar punt 2.3.5.

2.2.4 Horizontale wederzijdse administratieve bijstand in fiscalibus

Historische ontwikkeling en stand van zaken

In fiscalibus bestaat er een noodzaak tot samenwerking, om dubbele belasting, belastingontwijking en belastingfraude te voorkomen. De samenwerking heeft dus zowel betrekking op de belastingheffing als op de administratiefrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering. De eerste normen voor wederzijdse administratieve

22 PbEG 1995, C 316.

23 Overeenkomst op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake wederzijdse administratieve bijstand en samenwerking tussen de douaneadministraties van 18 december 1997, PbEG 1998, C 24/1; Toelichtend Verslag over de Overeenkomst vastgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake wederzijdse bijstand en samenwerking tussen de douane-administraties, PbEG 1998, C 189.

bijstand in fiscalibus zijn totstandgekomen buiten EG-kader. Hierbij kan worden verwezen naar de OESO-modelverdragen van 1963, 1977 en 1992-1997 (in het bijzonder naar artikel 26) en naar het Raad van Europa/OESO-Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (WABB-Verdrag) van 1988.²⁴ Artikel 26 lid 1 van het OESO-modelverdrag (zie Van Raad 1998, p. 880) bevat de volgende relevante bepaling, die toonaangevend is geweest voor de samenwerkingsbepalingen in de dubbelebelastingverdragen: 'The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is necessary for carrying out the provisions of this Convention or of the domestic laws of the Contracting States concerning taxes covered by the Convention insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Article 1. Any information received by a Contracting State shall be treated as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) involved in the assessment or collection of the, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, the taxes covered by the Convention. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public courts proceedings or in judicial decisions.'

Belangrijk is dat de informatie mag doorstromen naar administratieve en rechterlijke instanties. Niet alleen voor de vaststelling en invordering van de belastingsschuld maar ook voor administratiefrechtelijke en/of strafrechtelijke sanctionering van fiscale inbreuken. Hiermee is de basis gelegd voor het gebruik van gegevens uit de wederzijdse administratieve bijstand, niet alleen voor administratiefrechtelijke maar ook voor strafrechtelijke doeleinden.

Het WABB-Verdrag van de Raad van Europa en de OESO (zie Van Raad 1998, p. 1345) is op 25 januari 1988 gesloten in Straatsburg en op 1 april 1995 in werking getreden. In artikel 4 lid 1 wordt duidelijk aangegeven dat dit verdrag specifiek bedoeld is voor:

- de administratieve samenwerking bij de heffing en inning van belasting, de invordering en dwanginvordering van verschuldigde belasting;
- de administratiefrechtelijke vervolging of het initiëren van strafrechtelijke vervolging.

Gebruik van het aldus verkregen bewijs voor de strafrechter is onderworpen aan voorafgaande toestemming, tenzij twee of meer partijen hiervan afzien. Bovendien kunnen partijen ook vastleggen dat ze een inwoner of onderdaan voorafgaand in kennis kunnen stellen van de uitwisseling van inlichtingen. Nederland heeft van deze regeling gebruikgemaakt (zie Van Raad 1998, p. 1357). Het verdrag bevat alle

24 Totstandgekomen op 25 januari 1988 en ondertekend door Nederland op 25 september 1990, Rijkswet houdende goedkeuring van het Verdrag, 25 juni 1996, *Stb.* 382, in werking getreden op 1 februari 1997.

klassieke vormen van administratieve bijstand, inclusief boekenonderzoek en conservatoire maatregelen bij invorderingsbijstand. Weliswaar heeft Nederland hierbij een voorbehoud gemaakt: invordering is uitgezonderd en er wordt evenmin bijstand verleend voor het uitwisselen van documenten. De geheimhouding van artikel 22 staat strafrechtelijk gebruik niet in de weg, mits daar toestemming voor wordt gegeven. Bovendien kunnen de inlichtingen ook worden gebruikt voor niet-fiscale doeleinden en aan derde partijen worden verstrekt, weer onder de voorwaarde dat daar toestemming voor wordt gegeven. Tot slot wordt uitdrukkelijk bepaald dat de EG-bepalingen voorrang hebben op dit verdrag. Voor onze studie zijn de communautaire normen van doorslaggevend belang, omdat we ons beperken tot vier EU-lidstaten. Het betreft de bijstandsrichtlijnen op het gebied van de directe belastingen en de bijstandsverordening op het gebied van de intracommunautaire transacties (BTW).

*Communautaire normering inzake wederzijdse administratieve bijstand
in fiscalibus*

De *bijstandsrichtlijnen* regelen de wederzijdse bijstand van bevoegde autoriteiten van lidstaten op het gebied van directe belastingen (richtlijn 77/799) en BTW (richtlijn 79/1070).²⁵ In feite breidt de tweede richtlijn het toepassingsgebied van de eerste richtlijn uit tot de BTW. In richtlijn 77/799 wordt de inlichtingenclausule in artikel 1 zeer ruim omschreven: alle inlichtingen die van nut kunnen zijn voor een juiste vaststelling van de belastingschuld (inkomens- en vermogensbelasting). Qua instrumentatie wordt voorzien in de klassieke vormen: op verzoek, automatisch en spontaan. Het verzoek kan ook het instellen van een belastingonderzoek omvatten. Bijzonder is artikel 6, dat voorziet in gemengde onderzoekscommissies. Ambtenaren van de verzoekende lidstaat mogen aanwezig zijn op het grondgebied van de aangezochte lidstaat en deelnemen aan handelingen die nodig zijn om relevante feiten vast te stellen, zoals inzage in bedrijfsadministraties. De procedurele uitwerking wordt overgelaten aan de belastingverdragen en het nationale recht. Het betreft hier geen plicht maar een mogelijkheid ('kunnen-bepaling'), die in overleg tussen de lidstaten wordt vastgelegd.

In artikel 7 wordt de geheimhouding geregeld. De nationale fiscale geheimhoudingsbepalingen zijn ook van toepassing op gegevens die zijn verkregen op basis van de richtlijn. Bovendien bevat artikel 7 de fiscale specialiteitsregel, die stelt dat de gegevens alleen bekend mogen worden aan autoriteiten die rechtstreeks betrokken zijn bij vaststelling van de belastingschuld of bij de procedure voor het opleggen van administratieve boeten of gerechtelijke fiscale procedures in de lidstaat. De gegevens mogen wel worden vermeld tijdens openbare rechtszittingen of in rechter-

25 Richtlijn 77/799, *PbEG* 1977, L 336, zoals gewijzigd door richtlijn 70/1070 en richtlijn 92/12.

lijke uitspraken, mits de verstreckende lidstaat daartegen geen bezwaar heeft. Gebruik van die gegevens voor niet-fiscale doeleinden (van strafrechtelijke of administratiefrechtelijke aard) is dus uitgesloten, tenzij de verstreckende lidstaat dat toestaat en ook het nationale recht van de verstreckende lidstaat dergelijk gebruik toelaat. De toestemming is ook nodig voor het doorgeven van die inlichtingen aan een derde lidstaat. Verder kan een lidstaat die in zijn nationale wetgeving verdergaande beperkingen heeft inzake fiscale geheimhouding de bijstand op die basis weigeren als de verzoekende lidstaat er niet in toestemt die verdergaande beperkingen ook in acht te nemen.

In artikel 8 worden de verhinderingsgronden voor de uitwisseling van inlichtingen geregeld. Bijstand is niet verplicht als de inlichting of het onderzoek waarom wordt verzocht door de nationale autoriteit van de aangezochte staat niet zou kunnen worden uitgevoerd voor eigen doeleinden. Voorts kan het bedrijfs- of beroepsgeheim worden ingeroepen. Bovendien geldt een wederkerigheidseis tussen de lidstaten. De verzoekende lidstaat kan niet verzoeken om inlichtingen die hij zelf niet kan verstrekken. Belangrijk is bovendien dat de richtlijn verdergaande verplichtingen tot wederzijdse administratieve bijstand niet belemmert. Het gaat dus om een minimumharmonisatie. Tot slot zij nog vermeld dat een wijzigingsvoorstel van 1989²⁶ nooit is goedgekeurd. Dit voorstel was erop gericht te vermijden dat lidstaten hun administratieve praktijk (fiscaal bankgeheim) aanvoeren als verhinderingsgrond voor inlichtingenverstrekking.

*De bijstandsverordening*²⁷ is in 1992 vastgesteld, en heeft betrekking op de administratieve samenwerking tussen de lidstaten door informatie-uitwisseling inzake intracommunautaire transacties. Dit naar aanleiding van de invoering in 1991²⁸ van het nieuwe belastbare feit van de intracommunautaire verwervingen (BTW; zie over de handhaving Vervaele 1995). De verordening voorziet in een samenwerking voor de CE-ICT-problematiek (Centrale Eenheid Intracommunautaire Acties), op basis van een netwerk tussen de 'central liaison-officers'. Voor alle omzetbelastingen die niet onder de intracommunautaire transacties vallen, blijft dus de richtlijn van belang. De verordening voorziet in drie fases van administratieve samenwerking:

- de uitwisseling van listing tussen de CE ICT-punten in de lidstaten, om mismatching vast te stellen (artikel 4 lid 2);
- verzoeken om aanvullende informatie over BTW-identificatienummers en leveringen bij het vaststellen van problemen (artikel 4 lid 3);

26 *PbEG* 1988, L 178.

27 Verordening 218/92 betreffende samenwerking op het gebied van de indirecte belastingen, *PbEG* 1992, L 24.

28 Richtlijn 91/680, *PbEG* 1991, 376.

- als de informatie ontoereikend is: verzoeken om nadere inlichtingen over de identiteit van personen, de plaats van leveringen, factuurdata enzovoort (artikel 5).

Op deze laatste situatie zijn de nationale bepalingen inzake kennisgeving van uitwisseling van toepassing (denk aan de WIB). Daar kan echter op verzoek van de verzoekende autoriteit van worden afgezien als de kennisgeving het onderzoek naar belastingfraude in gevaar zou brengen (artikel 8). Bovendien is ook de bijstandsrichtlijn van toepassing verklaard in artikel-5-situaties, waardoor er dus ook gemengde onderzoeksteams operationeel kunnen worden (artikel 6 van de richtlijn). Anders dan bij de bijstandsrichtlijnen zijn in de bijstandsverordening geen weigeringsgronden als 'bedrijfsgeheim' en 'openbare orde' opgenomen. De enige eis is het wederkerigheidsbeginsel. Bijzondere aandacht verdienen artikel 3 en 9, omdat daarbij sprake is van een duidelijke sfeerovergang tussen administratieve en justitiële autoriteiten. Artikel 3 bepaalt dat de bijstandsplicht zich niet uitstrekt tot het verstrekken van inlichtingen of documenten die de administratieve autoriteiten hebben verkregen als zij handelen op verzoek van de gerechtelijke autoriteit. Als de gerechtelijke autoriteiten daarvoor toestemming verlenen, geldt de bijstandsplicht wel. In artikel 3 lid 3 wordt weliswaar bepaald dat de voorschriften over wederzijdse rechtshulp in strafzaken onverlet worden gelaten, maar dat staat de sfeerovergangsbepalingen in artikel 9 niet in de weg. Daarin wordt immers gesteld dat de inlichtingen, die vertrouwelijk zijn en onder het beroepsgeheim vallen, mogen worden gebruikt in gerechtelijke of administratieve procedures die zijn ingesteld in verband met inbreuken op de belastingwetgeving en die met eventuele toepassing van sancties gepaard gaan. Voor gebruik in fiscalibus, inclusief oplegging van boetes en strafrechtelijke sancties, is dus geen toestemming of kennisgeving van de verstrekende lidstaat vereist. Die toestemming is enkel nodig voor gebruik voor andere doeleinden, dus niet in fiscalibus, zoals vervolging voor andere delicten. Daarenboven is daarbij vereist dat de wetgeving van de verstrekende lidstaat het gebruik van de inlichtingen voor soortgelijke doeleinden toestaat.

2.2.5 *Verticale samenwerking in fiscale en douanezaken: de positie van de Europese Commissie*

Om een duidelijk beeld te schetsen van de handhavingssamenwerking tussen lidstaten en de Europese Commissie (verticale samenwerking), moeten twee gerelateerde bevoegdheden van de Europese Commissie in kaart worden gebracht:

- de bevoegdheid om in de lidstaten (en ook in derde landen) toezicht uit te oefenen en administratief onderzoek in te stellen;
- de bevoegdheid om zelf als verzoekende autoriteit op te treden in het kader van de wederzijdse administratieve bijstand en eventueel aan de uitvoering ervan deel te nemen.

In de praktijk kunnen beide bevoegdheden door elkaar heen lopen. Het primair communautair recht voorziet voor een aantal specifieke materies in bestuurlijke toezichtsbevoegdheden en bestuurlijke (punitieve) sanctiebevoegdheden voor de Europese Commissie. Het betreft met name kernenergie (Euratom-Verdrag), kolen en staal (EGKS-Verdrag) en de Europese mededinging (EG-Verdrag).²⁹ In de andere EG-materies is de positie van de Europese Commissie als actor in de handhaving nog steeds onvoldoende omlijnd. Als hoeder van het gemeenschapsrecht beschikt de Europese Commissie op basis van artikel 155 juncto 145 over algemene toezichtsbevoegdheden (zie Vervaele 1993, p. 167-212 en Vervaele 1999a, p. 59-98). In de jaren zeventig en tachtig werden die bevoegdheden gebruikt om toe te zien op de uitvoering en handhaving door de lidstaten. Het betrof dus tweedelijns toezicht. Bij dat toezicht waren bezoeken aan bedrijven niet uitgesloten. Deze bezoeken hadden ten doel inzicht te krijgen in de handhavingsinspanning en -kwaliteit van de lidstaten.

In de jaren tachtig heeft de Europese Commissie in diverse verordeningen bevoegdheden gekregen als eerstelijns toezichthouder, zij het dat dit toezicht in loco (bij de bedrijven) wordt uitgeoefend, in samenwerking met en onder leiding van de nationale handhavingsorganen. Daarmee is in het communautair recht de positie van de Europese Commissie als Europese toezichthouder erkend. In veel secundaire verordeningen in het kader van landbouw- en visserijbeleid, fytosanitair beleid, structuurfondsenbeleid enzovoort is een begin gemaakt met een juridische regeling voor de eerstelijns toezichtsbevoegdheden van de Europese Commissie. In de sectorale kaderverordening 595/91³⁰ zijn de toezichtsbevoegdheden voor de gehele landbouwsector neergelegd.

Een nieuwe en voorlopig laatste doorbraak is te vinden in verordening 2185/96, een horizontale verordening voor de EG-inkomsten en uitgaven.³¹ In drie specifieke situaties is de Europese Commissie, in concreto OLAF, bevoegd om in de lidstaten autonoom bestuurlijk toezicht uit te oefenen en administratief onderzoek in te stellen bij burgers en bedrijven:

- als er sprake is van ernstige of transnationale onregelmatigheden of van onregelmatigheden waarbij marktdeelnemers betrokken kunnen zijn die in verschillende lidstaten actief zijn;
- als de situatie het in een lidstaat in een bijzonder geval noodzakelijk maakt de controles en verificaties ter plaatse te versterken om de doeltreffendheid van de

29 Bij Euratom zijn de sancties evenwel beperkt tot het intrekken van bijzondere voordelen, de onderbeheerstelling en het terugnemen van kernmateriaal.

30 *PbEG* 1997, L 82.

31 Verordening 2185/96 van de Raad van 11 november 1996 betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraudes en andere onregelmatigheden, *PbEG* 1996, L 292.

bescherming van de financiële belangen te verbeteren en aldus binnen de Gemeenschap een gelijkwaardig beschermingsniveau te waarborgen;

— als de betrokken lidstaat om een controle of verificatie verzoekt.

Het mandaat van de Commissie betreft niet alleen transnationale fraudegevallen maar ook zware fraude en de Commissie kan in bijzondere situaties inspecties uitvoeren ter correctie van het handhavingsfalen van een lidstaat (proactief assimilatiebeginsel). OLAF kan binnen dit mandaat zelfstandig – dus onder eigen gezag en onder verantwoordelijkheid van de Commissie – externe inspecties uitvoeren, waarbij teams kunnen worden samengesteld met inspecteurs van de betrokken lidstaat en/of andere lidstaten. Voor de eerste keer worden we dus op terreinen van indirect bestuur geconfronteerd met zelfstandige handhavingsbevoegdheden voor euro-inspecteurs, die vergelijkbaar zijn met de bevoegdheden op het vlak van de mededinging in verordening 17/62.³² Verordening 2185/96 gaat veel verder in de definitie van 'mandaat', 'bevoegdheden' en 'rechtsgevolgen' dan de sectorale verordeningen. Zo regelt artikel 7 de bevoegdheden van de eurocontroleurs en daarmee ook de middelen voor bewijsgaring. Niettemin worden veel aspecten niet gereguleerd en overgelaten aan de 'procedureregels van de wetgeving van de lidstaten' (artikel 6 lid 1). Probleem hierbij is dat de nationale procedureregels in het bestuurs- en strafrecht vaak nog niet bedacht zijn op communautaire situaties, laat staan op operationele onderzoeksbevoegdheden van euro-inspecteurs.³³ Gesteld kan worden dat de lidstaten nog grote moeite hebben met het idee van autonome, operationele inspecties van een supranationaal handhavingsorgaan. Economisch-politieke belangen en/of het verhullen van het eigen handhavingsfalen spelen hierbij uiteraard een rol. Een voorbeeld is de bepaling van artikel 5, namelijk dat de inspecties mogen worden uitgevoerd als 'vermoed mag worden dat er onregelmatigheden zijn begaan'. De interpretatie van sommige lidstaten is hier dat er sprake moet zijn van een strafrechtelijke verdenking, terwijl OLAF alleen over toezichtsbevoegdheden beschikt. OLAF kan dus op basis van deze verordening autonoom onderzoek verrichten met betrekking tot douane- en landbouwrechten en EG-uitgaven. Het is belangrijk te onderstrepen dat het BTW-terrein is uitgezonderd van deze bevoegdheid, aangezien de lidstaten steeds hebben verdedigd dat het hier een afdracht van nationale middelen betreft en geen inning van EG-inkomsten.

Betekent de erkenning van de Europese Commissie als Europese toezichthouder ook dat de Europese Commissie een erkende autoriteit is bij wederzijdse administratieve

32 Een groot verschil is evenwel dat de bevoegdheden in de mededinging sanctieoplegging door de Commissie ten doel hebben. Dat is hier niet het geval: het bewijs van een inbreuk dient te leiden tot een nationale sanctieoplegging.

33 Niettemin zijn er in het Nederlandse recht aanknopingspunten en inspiratiebronnen te vinden in de Awb, het Wetboek van Strafrecht (Sr.) en bijzondere wetten, zoals de Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen, *Stcrt.*, 1997, 129.

bijstand? In de jaren tachtig heeft de administratieve samenwerking een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt. In dat kader bleef de taakstelling van de Europese Commissie beperkt. De lidstaten en de specifieke autoriteiten werden verplicht om de Europese Commissie te voorzien van informatie (meldingsplichten, kennisgevingen), ook met betrekking tot wederzijdse administratieve bijstand. In een aantal gevallen kreeg de Europese Commissie ook de bevoegdheid om die informatie op te slaan in een centraal gegevensbestand en dat te beheren, bijvoorbeeld in SCENT en het fiscale gegevensbestand Value Added Tax Information Exchange System (VIES). Soms kreeg de Europese Commissie bovendien een algemene coördinatiebevoegdheid, bijvoorbeeld bij intracommunautaire BTW-transacties in het kader van verordening 218/92.

In de jaren negentig komt hierin een kentering. De bevoegdheden van de Europese Commissie worden uitgebreid en het belang van de verticale samenwerking wordt versterkt, zij het dat deze ontwikkeling beperkt blijft tot het douane- en landbouwterrein. Het is dus opvallend dat voor BTW en directe belastingen opnieuw een andere weg wordt bewandeld. Zo heeft de Europese Commissie op basis van artikel 18 lid 3 van verordening 515/97 dezelfde positie als de nationale handhavingsorganen. Deze verordening vervangt verordening 1468/81 en bevat een algemene regeling voor de wederzijdse administratieve bijstand op het terrein van douane en landbouw. De bevoegdheidsomschrijving is ruim, want de invoer, uitvoer en doorvoer van goederen kunnen ook betrekking hebben op gevaarlijke afvalstoffen. Kortom: deze verordening is niet noodzakelijkerwijs beperkt tot de fiscale douanetaken. De Europese Commissie krijgt in deze verordening dezelfde status als die van de administratieve autoriteiten in de lidstaten. De Commissie kan daarmee als verzoekende autoriteit ook zelf verzoeken om bijstand indienen die gericht zijn op gegevensuitwisseling, administratief onderzoek of bijzonder toezicht op personen, plaatsten, goederen(bewegingen) of vervoermiddelen. Bovendien kan de Europese Commissie deelnemen aan het transnationale onderzoek. Dit betekent dus dat er voor de Europese Commissie en voor OLAF in het bijzonder handhavingsinstrumentatie beschikbaar is die zich uitstrekt tot de transnationale bewaking, doorlevering onder toezicht enzovoort. Daarnaast kan de Commissie, mits de vereiste juridische regeling is getroffen, op basis van de artikelen 19 tot en met 22 communautaire missies voor administratieve samenwerking en onderzoek in derde landen verrichten. Die missies kunnen worden uitgevoerd door de Commissie – zelfstandig of in samenwerking met ambtenaren van lidstaten – of door nationale ambtenaren. De missies staan onder leiding en onder verantwoordelijkheid van de Europese Commissie zelf. Deze verordening heeft dus wel betrekking op douanerechten en uitvoersubsidies voor de landbouw maar niet op de zuiver fiscale kant (BTW, directe belastingen).

Interessant in de verordening is dat in artikel 3 expliciet rekening wordt gehouden met het feit dat er tussenkomst van een gerechtelijke instantie (in de Engelse versie *judicial authority*) nodig is voor de uitvoering van een verzoek tot wederzijdse administratieve bijstand. Dit kan inhouden dat er voor een bepaald administratief onderzoek een rechterlijke toelating nodig is. Maar ook dat ervoor wordt gekozen om opsporingshandelingen te verrichten, waardoor er dus sfeerovergang optreedt: 'Wanneer de nationale autoriteiten naar aanleiding van een verzoek om administratieve bijstand of een uit hoofde van deze verordening gedane mededeling, besluiten tot een handeling die bepaalde elementen omvat welke slechts met de toestemming of na een vordering van de rechterlijke instantie ten uitvoer kunnen worden gelegd, moet in het kader van de administratieve samenwerking waarin deze verordening voorziet mededeling worden gedaan van:

- de aldus verkregen inlichtingen betreffende de toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften, of althans
- de essentiële gegevens van het dossier, aan de hand waarvan een einde kan worden gemaakt aan frauduleuze praktijken.

De mededeling moet evenwel vooraf zijn goedgekeurd door de rechterlijke instantie, indien de noodzaak van zo'n goedkeuring voortvloeit uit het nationale recht.'

Kortom: zelfs bij sfeerovergang moet essentiële informatie toch via het kanaal van de wederzijdse administratieve bijstand worden verstrekt.

Interessant is ook dat de verordening uitdrukkelijk passages bevat over de bewijskracht van de gegevens die zijn verkregen uit de wederzijdse administratieve bijstand. Artikel 12 bepaalt dat de verzoekende autoriteit ze als bewijs kan aanwenden. Artikel 45 lid 3 doorbreekt het beroepsgeheim voor die gegevens door uitdrukkelijk het volgende te stellen: 'Het bepaalde in de vorige leden vormt er geen beletsel voor dat de krachtens deze verordening verkregen gegevens worden gebruikt bij gerechtelijke procedures of rechtsvervolgingen die later worden ingesteld wegens niet-naleving van de douane- of landbouwvoorschriften. De bevoegde autoriteit die deze inlichtingen heeft verstrekt, wordt onverwijld van een dergelijk gebruik in kennis gesteld.' Kortom: de aangezochte autoriteiten hoeven voor dit gebruik geen toelating te verlenen. Kennisgeving is voldoende.

Uiteraard blijft de bevoegdheid van de Europese Commissie beperkt tot wederzijdse administratieve bijstand. De Commissie kan dus niet verzoeken om rechtshulp in strafzaken, aangezien ze daartoe niet bevoegd is en geen partij is bij de rechtshulpverdragen. Hierbij moeten echter twee relativerende kanttekeningen worden gemaakt. In de eerste plaats kan de Europese Commissie verzoeken om een administratief onderzoek, en aan dat onderzoek kan de Commissie zelf deelnemen. De definitie van 'administratief onderzoek' valt niet noodzakelijk samen met het onderscheid toezicht-opsporing in de lidstaten, voorzover dat onderscheid überhaupt al bestaat. Het gevolg daarvan kan zijn dat de Europese Commissie op de een of

andere wijze participeert in opsporingsonderzoek, samen met en onder leiding van de nationale handhavingsorganen. Dit mag blijken uit het feit dat in artikel 6 van verordening 595/91 wordt bepaald dat de Commissie zich afzijdig moet houden bij een aantal specifieke opsporingshandelingen, zoals huiszoeking en strafrechtelijke ondervraging, maar wel toegang krijgt tot de daarbij verkregen informatie. Een vergelijkbare bepaling komt voor in artikel 10 van verordening 515/97. De tweede kanttekening is dat de Europese Commissie een algemene coördinatietaak heeft. Op die basis coördineert OLAF handhavingsinspanningen in de lidstaten, los van het onderscheid toezicht-opsporing. Om die reden zijn er bij OLAF ook gedetacheerde experts werkzaam, afkomstig uit de politie en justitie autoriteiten in de lidstaten. Enkele gedetacheerden komen van het Openbaar Ministerie of waren rechter-commissaris in hun lidstaat. De *criminal law expertise and liaison cell* bij OLAF is nog geen volledig uitgewerkt model van *liaison-magistrates* (verbindingsmagistraten), maar de plannen gaan duidelijk in die richting. Ook al hebben de experts geen operationele bevoegdheden en kunnen ze dus geen opsporingshandelingen³⁴ verrichten – noch in de lidstaten, noch bij de Europese Commissie – het moge duidelijk zijn dat hun coördinatiewerk van beslissende betekenis kan zijn voor de bewijsgaring, jurisdictiekeuze enzovoort.

Omgekeerd kunnen ook bij de Europese Commissie zelf verzoeken om bijstand worden ingediend. Die verzoeken kunnen uitgaan van administratieve of gerechtelijke autoriteiten in de lidstaten. Het verzoek kan betrekking hebben op inzage in Commissie-documenten (in casu rapporten van visserij-inspecteurs) of tot strekking hebben Commissie-ambtenaren te horen als getuige in het kader van de strafprocedure. In het Zwartveld-arrest³⁵ heeft het Hof van Justitie van de EG duidelijk bepaald dat de Europese Instellingen op basis van de gemeenschapstrouw (artikel 10 EG-Verdrag) verplicht zijn tot loyale medewerking, ook al gaat het verzoek uit van een gerechtelijke autoriteit. Artikel 10 EG-Verdrag heeft voorrang op het aan het EG-Verdrag toegevoegde protocol over de voorrechten en immuniteiten van de EG. Als de gerechtelijke autoriteit als taak heeft te waken over de toepassing en eerbiediging van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde, kan het verzoek uitsluitend worden geweigerd als daarvoor legitieme gronden bestaan. Legitieme gronden zijn bijvoorbeeld de bescherming van rechten van derden of situaties waarin de Gemeenschappen in hun werking en onafhankelijkheid dreigen te worden belemmerd. Deze gronden kunnen door het Hof van Justitie van de EG worden

34 Ze zijn trouwens ook afgezonderd van de administratieve inspectie-eenheden van OLAF en zijn een onderdeel van de algemene beleidsunit. Dit heeft tot gevolg dat ze dus ook niet deelnemen aan het administratief toezicht in de lidstaten.

35 Zaak C-2/88 Imm., J.J. Zwartveld, Beschikkingen van het Hof van Justitie van 13 juli 1990 en 6 december 1990.

getoetst. De betrokken instelling dient aan het Hof alle gegevens te verstrekken die het nodig heeft om de gegrondheid van die weigering te kunnen beoordelen.

Als het verzoek van de nationale gerechtelijke autoriteit onderzoeksdaden in loco bij de Europese instellingen ten doel heeft – zoals het verrichten van doorzoeking of strafrechtelijke ondervraging van verdachten – moet rekening worden gehouden met specifieke bepalingen uit het protocol over de voorrechten en immuniteiten (dat integraal deel uitmaakt van het EG-Verdrag) en uit het Personeelsstatuut (dat als verordening is gepubliceerd en dus rechtstreekse werking heeft). Artikel 1 van het protocol bepaalt: 'De gebouwen en terreinen van de Gemeenschappen zijn onschendbaar. Zij zijn vrijgesteld van huiszoeking, vordering, verbeurdverklaring of onteigening. De eigendommen en bezittingen van de Gemeenschappen kunnen zonder toestemming van het Hof van Justitie van de EG niet worden getroffen door enige dwangmaatregel van bestuursrechtelijke of gerechtelijke aard.' Bovendien beschikken de ambtenaren op basis van artikel 12 over immuniteit. Artikel 18 regelt de opheffing van die immuniteit: 'De voorrechten, immuniteiten en faciliteiten worden aan de ambtenaren en overige personeelsleden van de Gemeenschappen uitsluitend in het belang van de Gemeenschappen verleend. Elke instelling van de Gemeenschappen is gehouden de aan een ambtenaar of ander personeelslid verleende immuniteit op te heffen in alle gevallen, waarin zulks naar haar mening niet strijdig is met de belangen van de Gemeenschappen.' Tot slot zijn de artikelen 11 tot en met 19 van het Personeelsstatuut van belang. Met name artikel 19 regelt de samenwerking met Justitie in de lidstaten:

'De ambtenaar mag onder geen beding in rechte gewag maken van hetgeen hij in verband met zijn ambtsbezigheden heeft bevonden zonder machtiging van het tot aanstelling bevoegde gezag. Deze machtiging kan slechts worden geweigerd, indien de belangen van de Gemeenschappen zulks vorderen en indien weigering niet kan leiden tot strafrechtelijke gevolgen voor de betrokken ambtenaar. Ook na beëindiging van de dienst blijft de ambtenaar hiertoe verplicht.

De voorgaande alinea is niet van toepassing op de ambtenaar of gewezen ambtenaar die als getuige optreedt voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen of voor de tuchtraad van een instelling voor een aangelegenheid die een personeelslid of een gewezen personeelslid der drie Europese Gemeenschappen betreft'.

2.3 Strafrechtelijke samenwerking binnen de Europese Unie

2.3.1 *Internationale rechtshulp in strafzaken, een historisch overzicht*

Tot voor kort maakte de strafrechtelijke samenwerking geen deel uit van specifieke besluitvorming in de landen van de Europese Gemeenschap. Dat is sinds de oprichting van de Europese Unie bij het Verdrag van Maastricht in 1992 grondig veranderd.

De ontwikkeling van de internationale samenwerking in strafzaken is traag op gang gekomen. De eerste verdragen inzake uitlevering dateren van begin negentiende eeuw. Rond 1850 verschenen in de uitleveringsverdragen bepalingen over kleine rechtshulp, het horen van getuigen, inbeslagneming en het betekenen van stukken. Deze vorm van uitleveringsverdragen bleef nog tot 1950 ongewijzigd in stand. Daarnaast ontstonden in de perioden 1900-1914 en 1920-1935 verdragen die beoogden een bepaalde vorm van strafbaar gedrag te bestrijden; vrouwenhandel, valsemunterij en pornografie zijn daarvan voorbeelden. Na de Tweede Wereldoorlog kwam de Raad van Europa als eerste met een afzonderlijk verdrag inzake kleine rechtshulp. Andere vormen van samenwerking volgden later.

Nederland behoort tot de landen met het compleetste netwerk van verdragen inzake internationale samenwerking in strafzaken. Deze zijn vooral totstandgekomen in het kader van de Raad van Europa en de Benelux. Grof gezegd voorziet het netwerk nu in samenwerking terzake van alle aspecten waarbij buitenlandse assistentie nodig is. Zowel de verdachte, het bewijs, inlichtingen, de strafzaak en het vonnis als het wederrechtelijk verkregen voordeel kunnen zich bevinden in een ander land dan waar de justitie ze nodig heeft. Door middel van respectievelijk uitlevering, kleine rechtshulp, politieke rechtshulp, overdracht van strafvervolging, overdracht van strafexecutie en confiscatie kan terzake worden samengewerkt. De ene staat verleent zo de assistentie waaraan de andere juist behoefte heeft.

Met name in de jaren zestig en zeventig heeft de Raad van Europa belangrijke verdragen op het gebied van de samenwerking opgesteld. Deze hebben steeds een bereik gehad voor het gehele strafrecht. Niet voor specifieke strafbare feiten zijn documenten opgesteld maar voor alle strafbare feiten van een zekere zwaarte. Bij het ontwerpen van deze samenwerkingsverdragen heeft men evenzeer rekening gehouden met de belangen van de betrokken staten als met die van de verdachte of veroordeelde en andere belanghebbenden. De verdragen zijn ontworpen vanuit de gedachte dat er een zo compleet mogelijk pakket moet worden aangeboden. Al naar gelang de specifieke omstandigheden zou de voorkeur moeten worden gegeven aan ofwel zelf vervolgen en assistentie vragen ofwel het overdragen van de vervolging aan een ander land en dat land daarbij vervolgens helpen. Het feit dat er strafrechtelijk op de meest adequate wijze wordt gereageerd, is in die opvatting belangrijker dan de vraag welke specifieke staat precies reageert. De verdragen werden voorbereid op een deskundigenniveau, waarbij geruime tijd werd uitgetrokken om de voorstellen door te spreken. Destijds vond dit plaats buiten de hitte van de politieke invloed van de dag om. De Raad van Europa had in die tijd (1965) 16 leden, tegenover 41 op dit moment (2000). Een belangrijke rol werd ingenomen door het Europees comité voor strafrechtelijke vraagstukken (*European Committee on Crime Problems*).

Veel voorbereidend werk vond plaats in de Benelux. De drie landen in dit kleine verband waren veelal eerder tot overeenstemming gekomen en hadden (ontwerp-) verdragen vaak al klaar op het moment dat de Raad van Europa ermee begon. Desondanks is de invloed van de Benelux geleidelijk afgenomen. Het Benelux-verdrag inzake uitlevering en kleine rechtshulp van 1962 heeft weliswaar een belangrijke rol gespeeld bij de totstandkoming van het Europees uitleveringsverdrag van 1957 en het Europees verdrag inzake wederzijds rechtshulp in strafzaken van 1959, maar sinds de jaren zeventig zijn er in de Benelux geen initiatieven meer ontplooid. Het Benelux-verdrag inzake overdracht van strafexecutie van 1968 en het Benelux-verdrag inzake overdracht van strafvervolgning van 1974 zijn weliswaar geratificeerd door Nederland maar niet door beide andere landen, zodat ze nooit in werking zijn getreden. Het moet uitgesloten worden geacht dat dit ooit nog zal gebeuren. Temeer omdat het Europees verdrag inzake overdracht van strafvervolgning van 1972, het Europees verdrag inzake internationale geldigheid van strafvonnissen van 1970 en het Verdrag inzake overbrenging van gevonniste personen van 1983 wel (voor Nederland) in werking zijn getreden. De conclusie is dat de rol van de Benelux bij de opbouw van het netwerk belangrijk is geweest maar momenteel is uitgespeeld. Op praktisch niveau – bij de uitwerking van gemaakte afspraken – wordt zeker nog samengewerkt, maar deze samenwerking heeft niet het karakter van een normstelling. De regering heeft dan ook meermaals te kennen gegeven dat zij er niet naar streeft om de Benelux op dit gebied opnieuw op te peppen. Behalve naar samenwerkingsregelingen werd in de Benelux gestreefd naar eenmaking (in de huidige terminologie 'harmonisatie') van het recht. De activiteiten van de Benelux-commissie tot eenmaking van het recht hebben nauwelijks geleid tot de aanvaarding van voorstellen. Een van de weinige resultaten is artikel 207a Sr., waarin de meined voor een internationale rechter strafbaar is gesteld. België en Luxemburg kennen een vergelijkbare strafbepaling. De bepaling was oorspronkelijk bedoeld om de meined voor het Benelux-gerechtshof strafbaar te stellen maar was mede ingegeven door de positie van het Hof van Justitie van de EG. Zelfs binnen de beperkte groep van landen van de Benelux was het erg moeilijk om tot overeenstemming te komen over bepalingen van materieel recht.

De verdragen die zijn gesloten in het kader van de Raad van Europa genieten een zeer verschillende populariteit. Zo zijn verdragen inzake de klassieke vormen van samenwerking, uitlevering en kleine rechtshulp algemeen geratificeerd. Dat is niet het geval bij de verdragen over de recentere vormen van samenwerking: de overdracht van strafvervolgning, de overdracht van strafexecutie en de overdracht van de confiscatie. Met name grote landen als Duitsland, Frankrijk en Groot-Brittannië blijven zich nog steeds tegen deze nieuwe vormen van samenwerking verzetten. Het gevolg hiervan is dat voor die landen de mogelijkheden van samenwerking beperkter of geringer zijn dan voor een land als Nederland. Deze landen gaan er impliciet van

uit dat hun eigen bevoegdheid om over een strafbaar feit te oordelen de bevoegdheid van anderen uitsluit. Dit leidt tot een nogal narcistische houding: de enige mogelijkheid om met een strafzaak om te gaan, is immers zelf vervolgen. Het buitenland is alleen nodig om de verdachte of het bewijs over te leveren. De uitsluiting van alternatieven voor zelf vervolgen bepaalt de wijze waarop deze landen rechtshulp vragen en verlenen. Enigszins generaliserend kan worden gesteld dat zij de strafrechtspleging van andere landen als 'suspect' zien: het eigen strafrecht is immers het beste. Vanuit het gemeenschapsrecht wordt een andere invalshoek gekozen. Artikel 10 (5 oud) verplicht alle lidstaten tot handhaving van het gemeenschapsrecht. Het gaat om een gezamenlijke taak, niet om een zuiver individuele verantwoordelijkheid. Dit is logisch, omdat de schending van de normen alle lidstaten aangaat. Dat kan impliceren dat moet worden samengewerkt bij de handhaving en dat aan de samenwerking eisen worden gesteld.

Enkele afzonderlijke opmerkingen over Groot-Brittannië zijn op zijn plaats. Dit land heeft zich vanwege zijn door *common law* gekleurde strafproces lang afzijdig gehouden van multilaterale verdragen over strafrechtelijke samenwerking. Het heeft, hoewel lid van de Raad van Europa, zelfs niet meegewerkt aan de totstandkoming van het Europees uitleveringsverdrag en het Europees verdrag inzake wederzijdse rechtshulp. Wat de uitlevering betreft was de achtergrond daarvan dat Groot-Brittannië niet wenste te accepteren dat landen hun eigen onderdanen niet zouden uitleveren. Voorts was het belang voor Groot-Brittannië geringer omdat het land rechtsmacht traditioneel uitsluitend vestigde op grond van het territorialiteitsbeginsel en niet over grensoverschrijdende rechtsmacht beschikte. Aldus, en in samenhang met de eilandstructuur, was de kans geringer dat verdachten zich nog buiten het Verenigd Koninkrijk zouden bevinden. Bij de kleine rechtshulp kwamen de Britse bezwaren vooral voort uit het common-law-stelsel. Hierin is voor schriftelijk bewijs nauwelijks plaats. De continentale traditie waarbij getuigenverklaringen die op schrift in het dossier zijn gevoegd tot het bewijs meewerken, kon in beginsel niet tot bewijs leiden dat bruikbaar was in een procedure in Groot-Brittannië. Voor in beslag genomen stukken en stukken van overtuiging eist het common-law-recht een *chain of custody* waarbij van minuut tot minuut wordt aangegeven welke autoriteit het stuk wanneer en waar onder zich heeft gehouden. Een dergelijke administratie was voor landen met een continentale traditie onwerkbaar. Sinds de jaren negentig participeert het Verenigd Koninkrijk actief in de ontwikkelingen van de internationale samenwerking in strafzaken.

In de jaren zeventig zijn er verschillende pogingen ondernomen om de Europese Gemeenschappen ook op strafrechtelijk terrein bevoegdheden te geven. De lidstaten waren het hierover grondig oneens. Nederland heeft ooit zelfs een voorstel van de Franse president Giscard d'Estaing tot schepping van een *espace judiciaire* met een veto geblokkeerd. Het is steeds de uitdrukkelijke wens van de lidstaten geweest om het strafrecht binnen de bevoegdheid van de lidstaten zelf te laten. Overigens leek

het erop dat de bezwaren zich meer richtten tegen de bevoegdheid van de Commissie op het gebied van het materieel strafrecht dan tegen de samenwerking als zodanig.

In de jaren tachtig en negentig groeide de intensiteit van de samenwerking sterk. De mogelijkheden om de verdragen van de Raad van Europa uit te bouwen, waren beperkter geworden. In de eerste plaats waren de vormen van samenwerking 'afgedekt'. In de tweede plaats werd het met het sterk toegenomen aantal leden van de Raad steeds moeilijker om tot overeenstemming te komen. Dit werd met de toetreding van de landen van het voormalig Oostblok versterkt, doordat hun rechtstelsels een geheel andere ontwikkeling van het recht hadden doorgemaakt en nog niet waren aangepast aan het acquis van de Raad van Europa. Op initiatief van Duitsland en Frankrijk kwamen in 1985 en 1990 het Akkoord en de Uitvoeringsovereenkomst Schengen met de Benelux-landen tot stand. Later zijn bijna alle andere lidstaten van de Europese Unie toegetreden. Bij het Verdrag van Amsterdam is beslist dat het Schengen-acquis wordt ingebracht in de structuur van de Gemeenschap en de Unie. De Uitvoeringsovereenkomst behelst een nadere uitwerking van de verdragen van de Raad van Europa over samenwerking. Het doet verschillende belemmeringen vervallen en reduceert weigeringsgronden. Voorts introduceert het de politieke rechtshulp als samenwerkingsvorm. Het Schengen-verdrag is het eerste verdrag waarin deze vorm uitvoerig is geregeld. Ook moet worden gewezen op de ontwikkelingen in het kader van de Europese Politieke Samenwerking en op de derde pijler in de verdragen van Maastricht en Amsterdam (zie paragraaf 2.3.5). In de Europese Politieke Samenwerking werd het strafrecht voor het eerst onderwerp van een regeling tussen de landen van Europese Gemeenschap. Geconstateerd moet worden dat geen van de zes verdragen die onder deze vlag zijn gesloten tot nu toe in werking is getreden (zie voor overzicht van verdragen met rechtshulpbepalingen Swart en Klip 1997). Wel worden enkele verdragen voorlopig toegepast met een beperkt aantal landen.

Voorts spelen ook de Verenigde Naties nog een rol van betekenis als verdragswetgever. Binnen dit gremium is het niet mogelijk gebleken algemene verdragen over samenwerking in strafzaken op te stellen. Het orgaan is te groot om overeenstemming te bereiken op zeer ruim bestreken rechtsgebieden. Wel bestaan er modelverdragen, die de lidstaten als voorbeeld kunnen nemen voor bilaterale of regionale verdragen. De betekenis van de Verenigde Naties op het terrein van de strafrechtelijke samenwerking ligt vooral bij de bestrijding van de drugshandel. Het VN-drugsverdrag van 1988 is zeer ruim geratificeerd.³⁶ Door enkele bepalingen in artikel 7 is dit een vrijwel volledig rechtshulpverdrag terzake van drugsdelicten.

36 Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, Wenen 20 december 1988, *Trb.* 1989, 97.

Het is van belang enig inzicht te verkrijgen in de gremia die verdragen over strafrechtelijke samenwerking produceren. Er is soms sprake van een zekere concurrentie: thematiek die in de Raad van Europa leidt tot het sluiten van een verdrag, leidt soms ook in de Europese Unie of de Verenigde Naties tot een verdrag. Dit heeft niet alleen gevolgen voor de praktische samenwerking binnen het kleinere verband maar ook voor de formulering van de wetgeving. Verder is de verhouding tussen de verschillende verdragen van belang nu de EU-landen dikwijls ook de verdragen binnen de Raad van Europa of de Verenigde Naties hebben geratificeerd. Dan rijst de vraag welk verdrag voorgaat als verdragen met elkaar in strijd zijn.

Al deze vormen van samenwerking konden en kunnen worden gehanteerd voor de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht. Het is belangrijk te onderkennen dat lidstaten op grond van artikel 10 (5 oud) van het EG-Verdrag verplicht zijn om het gemeenschapsrecht te handhaven. Als dat samenwerking tussen de lidstaten vergt, dan moet er worden samengewerkt. Het gemeenschapsrecht stelt geen directe eisen aan de wijze waarop deze strafrechtelijke samenwerking vorm wordt gegeven en bepaalt evenmin dat de lidstaten op een bepaalde manier moeten samenwerken.

Tot slot enkele opmerkingen over het verschil in houding van staten al naar gelang zij rechtshulpbiedende of rechtshulpvragende partij zijn (zie Klip 1994, hoofdstuk 4 en 8, en Klip 1997, p. 453-459). Continentale landen gaan in de regel zowel bij het vragen als geven van rechtshulp uit van toepassing van het eigen recht. Als staten met dat uitgangspunt met elkaar moeten samenwerken, zijn problemen en fricties voorgeprogrammeerd. Om die reden moet de positie van elk van de vier landen in dit onderzoek als verzoekende en als aangezochte staat afzonderlijk worden beoordeeld en onderzocht.

2.3.2 *Rechtshulp in strafzaken als concept*

Justitiële en politieke rechtshulp

In tegenstelling tot bijvoorbeeld de uitlevering in Nederland zijn de justitiële en politieke rechtshulp niet in de wet gedefinieerd. Dat artikel 1 Uitleveringswet wel een definitie bevat, hangt ermee samen dat het gaat om een betrekkelijk overzichtelijke handeling waarbij minder terzake doet welke autoriteit de rechtshulp geeft of vraagt. Eerder is al opgemerkt dat de wederzijdse rechtshulp in strafzaken juist wel organiek is gestructureerd. Daarbij is de indeling juist wel gemaakt aan de hand van degene die rechtshulp vraagt of verleent en spelen de gevraagde handelingen voor de indeling een minder grote rol.

'Wederzijdse rechtshulp' zou kunnen worden gedefinieerd als 'de assistentie die staten elkaar geven bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten'. Daarbij wordt verschil gemaakt tussen 'justitiële rechtshulp' en 'politieke rechtshulp', termen die geen juridisch bindende begrippen zijn en waartussen in verdragen niet altijd

een heldere grens wordt getrokken. Er treedt ook verwarring op doordat staten vaak zelf bepalen wie zij als justitiële en als politieke autoriteiten beschouwen, iets wat dus uiteen kan lopen.

Tot de Uitvoeringsovereenkomst Schengen was het Benelux-verdrag van 1962 de enige overeenkomst waarin rechtshulp tussen politieorganisaties was opgenomen. In artikel 39 van de Uitvoeringsovereenkomst wordt zelfs een definitie gegeven van 'politieke samenwerking': 'wederzijdse bijstandsverlening ten behoeve van de voorkoming en opsporing van strafbare feiten, voor zover het doen of behandelen van een verzoek naar nationaal recht niet aan de justitiële autoriteiten is voorbehouden.' Administratieve autoriteiten kunnen hier dus slechts onder vallen voorzover zij als 'politie' kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 39. Met het EU-verdrag inzake wederzijdse rechtshulp is men teruggekomen van de scherpe scheidlijn die 'justitieel' van 'politieel' scheidt. Het belang van de definitie is daarom gering. Voor de meeste landen geldt, net als voor Nederland: daar waar dwangmiddelen moeten worden toegepast of inbreuk wordt gemaakt op rechten van personen, is er meestal voor gekozen om een justitiële autoriteit te belasten met de uitvoering of met het doen van een verzoek.

In 'straf'zaken

Alle verdragen bevatten ofwel in de titel ofwel in een van de artikelen die het toepassingsgebied van het verdrag bepalen bewoordingen in de trant van 'dit verdrag is van toepassing op rechtshulp ten behoeve van een strafzaak in de verzoekende staat'. Geen van de verdragen bevat een definitie van wat een strafzaak is. De praktijk vindt hier zijn weg zonder dat dit tot gerechtelijke procedures leidt. Drie criteria zouden hier relevant kunnen zijn. Ten eerste bepaalt de verzoekende staat of het naar zijn rechtsopvatting gaat om een strafzaak. Ten tweede: de aangezochte staat doet hetzelfde. Ten derde kan het begrip *criminal charge* uit artikel 6 lid 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) te hulp worden geroepen als autonome interpretatie van wat wel en niet onder het strafrecht valt.

Rechtshulp op verzoek

Traditioneel kon er alleen rechtshulp worden verleend als de ene staat de andere daarom had verzocht. Dit heeft te maken met de soevereiniteitsgedachte, waaruit drie belangrijke regels voortvloeien:

- Een staat mag niet in een andere staat rechtshulp halen zonder daarom te vragen.
- Een staat waarbij een rechtshulpverzoek wordt ingediend, heeft de vrijheid om het af te wijzen.
- Een staat die een verzoek honoreert, voert het zelf uit.

Deze regels gelden nog steeds in het merendeel van de rechtshulpcontacten, maar hebben geen absolute gelding meer. Zo bevat het EU-verdrag inzake wederzijdse

rechtshulp de mogelijkheid van informatie-uitwisseling op eigen initiatief (artikel 7; zie ook paragraaf 2.3.6). Hiervoor is geen verzoek nodig. Ook de rechtstreekse opvraagbaarheid van computersystemen, zoals het Schengen Informatie Systeem, kan worden gekarakteriseerd als rechtshulp zonder verzoek: elke nationale politiedienst heeft toegang zonder eerst om toestemming te hoeven vragen.

Het zelfstandig verrichten van handelingen in een vreemde staat werd tot voor kort absoluut onaanvaardbaar geacht. Ook hierin is langzamerhand verandering gekomen, met name op het politieke vlak: steeds vaker wordt geaccepteerd dat politiemensen in het buitenland actief zijn. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de-jure- en de-facto-toestemming om in het buitenland iets te ondernemen. In dit verband zijn de Uitvoeringsovereenkomst Schengen (artikel 40 en 41) en het EU-verdrag inzake wederzijdse rechtshulp van belang. Daarnaast laat het volkenrecht toe dat ad hoc toestemming wordt gegeven. In de praktijk gebeurt dit op politieniveau vaak. Niet altijd is daarbij duidelijk of de politieautoriteit die een collega toestemming geeft zelf wel bevoegd is om dat te doen. Ook daar kunnen fricties bestaan tussen de stand van het recht en de praktijk. In latere fases kunnen ook de officier van justitie en de rechter-commissaris naar het buitenland reizen. Dat doen zij vaak om personen te horen. Naar Nederlands recht mogen geen terechtzittingen in het buitenland worden gehouden (artikel 539a Wetboek van Strafvordering/Sv). Daarmee onderscheidt Nederland zich van andere landen waar dit wel is toegestaan, zoals Duitsland. Volledige berechting in een ander land komt slechts bij uitzondering voor. Het Lockerbie-proces voor een Schots hof in Nederland vormt zo'n uitzondering.

Met de toename van het aantal verdragen wordt de mogelijkheid om een verzoek nog af te wijzen steeds geringer. De verdragen verplichten staten in de regel om de gevraagde rechtshulp te geven, tenzij de aangezochte staat een beroep doet op een in het verdrag opgenomen weigeringsgrond. In nieuwere verdragen tussen de landen van de Europese Unie worden steeds minder weigeringsgronden opgenomen, en de druk neemt toe om ze bij bestaande verdragen in te trekken.

Horizontale, verticale en diagonale samenwerking

Onder *horizontale samenwerking* wordt de samenwerking tussen staten onderling verstaan. Volkenrechtelijk gezien zijn alle staten gelijkwaardig en bewegen zij zich op één niveau. Er ligt tevens het aspect in besloten dat een aangezochte staat dus ook kan weigeren aan een verzoek gevolg te geven. Er is nog een andere definitie van horizontale samenwerking, waarin uitgangspunt is dat autoriteiten van hetzelfde niveau samenwerken, bijvoorbeeld politiediensten of rechters.

Kenmerkend voor de *verticale samenwerking* is de hiërarchische verhouding. Een hoger orgaan – bijvoorbeeld de Europese Commissie, het Joegoslavië Tribunaal of het Internationaal Strafhof – kan de verplichting opleggen om bepaalde assistentie te leveren. De mogelijkheden om het gevraagde te weigeren, zijn zeer beperkt. Er

is bovendien in de praktijk veelal sprake van eenrichtingsverkeer: de staat levert wel aan het hogere orgaan maar krijgt niets terug. In de context van de Europese Gemeenschap is hieraan sinds de arresten-Zwartveld van het Hof van Justitie van de EG in 1990 een einde gekomen.³⁷ Sindsdien is duidelijk dat de Commissie de lidstaten ook van stukken en informatie moet voorzien als de lidstaten het gemeenschapsrecht handhaven.

Kenmerk voor *diagonale samenwerking* is samenwerking tussen autoriteiten die niet over dezelfde bevoegdheden beschikken. Grensoverschrijdende samenwerking tussen een toezichthouder en een opsporingsorgaan is dus per definitie diagonaal. In sommige gevallen ligt het gecompliceerder, omdat bepaalde autoriteiten in lidstaten zowel over toezichthoudende bevoegdheden als over opsporingsbevoegdheden beschikken. Het diagonaal karakter hangt dus af van de bevoegdheid die ze inzetten. Complicaties kunnen ook optreden omdat een van de autoriteiten een sui-generis-status inneemt. Zo is de definitie van de samenwerking tussen een Nederlandse officier van justitie en een buitenlands meldpunt voor ongebruikelijke transacties sterk afhankelijk van de bevoegdheden van het meldpunt. Onderkenning van het diagonale karakter van de samenwerking is vooral van belang omdat daarbij vrijwel steeds een gemeenschappelijke regeling ontbreekt om elkaar bijstand te verlenen. Waar de een in een strafrechtelijke structuur vast zit, kan de ander alleen gebruikmaken van een administratieve weg.

2.3.3 *Het Europees rechtshulpverdrag 1959 en het protocol*

De hiervoor geschetste stand van zaken laat zien dat het in het kader van de Raad van Europa totstandgekomen Europees rechtshulpverdrag van 1959 en het protocol van 1978 nog altijd van doorslaggevend belang zijn voor de EU-lidstaten. De vier te onderzoeken staten zijn partij bij het Europees rechtshulpverdrag van 1959 en het protocol van 1978. Het laatste protocol heft de weigeringsgrond van het fiscale delict op. Dit is belangrijk omdat weigeringsgronden traditioneel juist bestaan bij strafbare feiten met een politiek, fiscaal, militair of douanerechtelijk aspect. Duitsland heeft het volgende voorbehoud gemaakt bij het protocol bij het Europese rechtshulpverdrag: 'In accordance with Chapter IV, Article 8 (2), the Federal Republic of Germany avails itself of the following reservations: Regarding Article 2 of the Additional Protocol, the Federal Republic of Germany, in accordance with Article 8 (2) (a), reserves the right to make the execution of letters rogatory of any kind in proceedings concerning contraventions of regulations governing international transfer of capital and payments, and the execution of letters rogatory for search and seizure of property in respect of other fiscal offences, dependant on the con-

37 Zaak C-2/88 Imm., J.J. Zwartveld, Beschikkingen van het Hof van Justitie van 13 juli 1990 en 6 december 1990.

dition that the offence motivating the letters rogatory is punishable under German law as well, or would be so punishable after analogous conversion of the facts' (*Trb.* 1994, 43). Groot-Brittannië heeft zich het recht voorbehouden de hoofdstukken II en III van het protocol niet te aanvaarden.³⁸ Frankrijk en Nederland hebben geen voorbehouden of verklaringen afgelegd bij dit protocol.

2.3.4 Schengen en Uitvoeringsovereenkomst Schengen

Artikel 50 Uitvoeringsovereenkomst Schengen geeft een grondslag voor strafrechtelijke rechtshulp bij overtreding van voorschriften betreffende accijnzen, BTW en douane. De verhouding tussen het protocol bij het Europees rechtshulpverdrag en Schengen is niet helder. Groot-Brittannië is geen partij bij Schengen en wordt dit ook niet door het Schengen-protocol bij het Verdrag van Amsterdam.

2.3.5 Derdepijlersamenwerking

Met het Verdrag van Maastricht bestaat sinds 1992 de bevoegdheid om samen te werken op het terrein van justitie en binnenlandse zaken. Artikel K.3 lid 2 Verdrag van Maastricht bepaalt dat de Unie dit doet door middel van drie juridische instrumenten: het gemeenschappelijk standpunt, het gemeenschappelijk optreden en de overeenkomst. Het Verdrag van Amsterdam kent er vier: het gemeenschappelijk standpunt, het besluit, het kaderbesluit en de overeenkomst. De samenwerking als zodanig heeft hierdoor geen wijziging ondervonden.

Inmiddels heeft de productie binnen de Unie onder andere geleid tot het opstellen van de volgende verdragen:

- Overeenkomst aangaande verkorte procedure tot uitlevering tussen de Lidstaten van Europese Unie, Brussel 10 maart 1995, *Trb.* 1995, 110;
- Overeenkomst tot oprichting van een Europese Politiedienst, Brussel 26 juli 1995, *Trb.* 1995, 282;
- Overeenkomst inzake het gebruik van informatica op douanegebied, Brussel 26 juli 1995, *Trb.* 1995, 287;
- Akkoord betreffende de voorlopige toepassing tussen een aantal Lidstaten van de Europese Unie van de Overeenkomst inzake het gebruik van informatica op douanegebied, Brussel, 26 juli 1995, *Trb.* 1995, 288;
- Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Brussel 26 juli 1995, *Trb.* 1995, 289;

38 De hoofdstukken II en III hebben betrekking op de uitwisseling van gegevens omtrent strafvonnissen.

- Protocol betreffende de prejudiciële uitlegging, door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, van de Overeenkomst tot oprichting van een Europese Politiedienst, Brussel 24 juli 1996, *Trb.* 1996, 265;
- Overeenkomst inzake uitlevering tussen de Lidstaten van de Europese Unie, Dublin 27 september 1996, *Trb.* 1996, 304;
- Protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Dublin 27 september 1996, *Trb.* 1996, 330;
- Protocol betreffende de prejudiciële uitlegging, door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, van de Overeenkomst inzake het gebruik van informatica op douanegebied, Brussel 29 november 1996, *Trb.* 1997, 39;
- Protocol betreffende de prejudiciële uitlegging, door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Brussel 29 november 1996, *Trb.* 1997, 40;
- Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de Lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn, Brussel 26 mei 1997, *Trb.* 1997, 249;
- Tweede Protocol betreffende de prejudiciële uitlegging, door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Brussel 19 juni 1997, *Trb.* 1997, 251.

Er zijn nog enkele andere overeenkomsten in wording. Met uitzondering van het Europol-verdrag (1 oktober 1998) zijn de meeste van de genoemde verdragen slechts zeer recent in werking getreden. Het is daarom nog wat vroeg om conclusies te trekken over het nut van deze overeenkomsten.

Daarnaast zijn er nog enkele Europese samenwerkingsverdragen of partnerschap- en samenwerkingsverdragen met derde landen die ook bepalingen bevatten over samenwerking bij fraudebestrijding, net als bilaterale en multilaterale verdragen inzake douanesamenwerking. Een voorbeeld hiervan is de overeenkomst tussen de EG en Oezbekistan van 21 juni 1996 (*Trb.* 1996, 290). Artikel 65 regelt samenwerking op het gebied van de douane, artikel 69 op het gebied van illegale activiteiten in de economische sfeer en artikel 70 op het gebied van het witwassen van geld. Deze bepalingen zijn van groot belang. Voor de samenwerking met derde landen bij fraudebestrijding moet immers worden teruggevallen op de reguliere samenwerkingsverdragen, omdat de EU-verdragen niet openstaan voor niet-EU-landen.

De overeenkomsten die zijn gesloten in het kader van de derde pijler onderscheiden zich van die van de Raad van Europa. Anders dan bij de verdragen van de Raad van Europa ligt de nadruk niet op het realiseren van een compleet netwerk van rechtshulpvormen maar meer op het vergemakkelijken van de uitlevering en kleine

rechtshulp. Nieuw is de oprichting van Europol, een belangrijke stap in de politieke samenwerking. Deze vorm van rechtshulp is ook om andere redenen van belang. In de klassieke vormen van rechtshulp (uitlevering, kleine rechtshulp) werd steeds duidelijk onderscheid gemaakt tussen de verzoekende staat en de aangezochte staat. Bij nieuwe, structurele vormen van samenwerking valt dit onderscheid steeds moeilijk te maken. Europol en samenwerkende politieteams van multinationale samenstelling zijn daar voorbeelden van. Verder worden er thematische verdragen ontworpen die zich richten op bestrijding van een bepaalde vorm van criminaliteit – EG-fraude, corruptie – en tevens bepalingen bevatten over samenwerking. Een ander element is dat de derdepijlovereenkomsten veel ruimte laten om vast te houden aan nationale verworvenheden, zoals het verbod van uitlevering van eigen onderdanen en de onmogelijkheid om rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Het beeld dat zo ontstaat, is dat het derdepijleracquis een sterker ad-hoc-karakter en sterker politiek karakter heeft dan het acquis van de Raad van Europa (zie Vermeulen 1999). Aldus zijn deze verdragen ook instrumenteler en staat het belang van de staten bij de criminaliteitsbestrijding voorop. Het ontbreken van enige aandacht voor de rol van samenwerking in het belang van de verdachte of veroordeelde vormt een kenmerkende breuk met de verdragen van de Raad van Europa.

Er is nog een andere ontwikkeling gaande: daar waar in woorden de harmonisatie en aanpassing van het materiële strafrecht worden beleden (artikel 29 Verdrag van Amsterdam), gaat het om vormvoorschriften. Opvallend is ook dat men uitgaat van een onbewezen stelling: aanpassing van materiële bepalingen is nodig om de samenwerking te verbeteren. Voorts worden strafrechtelijke samenwerkingsverdragen gepresenteerd als administratieve overeenkomsten. Een voorbeeld daarvan is de Overeenkomst inzake Douanesamenwerking.

Daarnaast is opvallend dat derdepijlersamenwerking kennelijk in de ogen van de lidstaten niet exclusief is. Er zijn naast een overeenkomst ook verordeningen, die gaan over samenwerking ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. De verhouding tussen administratiefrechtelijke en strafrechtelijke samenwerking is geen thema in de strafrechtelijke overeenkomsten. Met name bij douaneovereenkomsten is geen verschil meer waar te nemen tussen administratieve en strafrechtelijke samenwerking. Het DIS wordt op dezelfde voet gebruikt voor de gemeenschapsrechtelijke aspecten van het goederenverkeer ingevolge de artikelen 30 (36 oud) en 296 (223 oud) van het EG-Verdrag als voor de bestrijding van illegale handel in verdovende middelen. Artikel 6 van de Overeenkomst inzake uitlevering van 27 september 1996 heeft de weigeringsgrond van het fiscale delict en terzake van douanedelicten grotendeels opgeheven. Voorts zijn weigeringsgronden wegens douanedelicten opgeheven in artikel 6 tweede protocol terzake van fraude, actieve en passieve corruptie en het witwassen van geld als bedoeld in de bovengenoemde fraudeovereenkomsten. De fraudebestrijding is hier met een overeenkomst en twee

protocollen redelijk prominent aanwezig. De douanesamenwerking is in een aparte overeenkomst geregeld, terwijl de Napels II-douaneovereenkomst ook de fiscaliteit regelt. De andere derdepijlerovereenkomsten wijden geen woorden aan de fraudebestrijding.³⁹

2.3.6 *Verdragsrechtelijke samenwerking op de scheidslijn tussen strafrecht en andere rechtsgebieden*

Na de voorgaande bespreking van de historische evolutie en de belangrijkste rechtshulpinstrumenten is het belangrijk om specifiek in te gaan op de 'bandbreedte' van de rechtshulp in strafzaken. Staat die samenwerkingsweg enkel open voor het strafrecht *sensu stricto*, ofwel voor het *commune* strafrecht en het bijzondere strafrecht (voorzover er geen specifieke weigeringsgronden zijn op fiscaal gebied bijvoorbeeld)? Of kan die samenwerkingsweg ook worden ingezet voor andere vormen van punitieve handhaving? In het bijzonder kan hierbij worden gedacht aan punitieve handhaving door bestuurlijke autoriteiten, al dan niet met toepassing van de regels van het strafprocesrecht. Bovendien stelt zich de vraag of er dan ook een rol is weggelegd voor niet-justitiële autoriteiten als verzoekende of aangezochte partij in het kader van die rechtshulp. Deze problematiek wordt geanalyseerd aan de hand van het bestaande instrumentarium, maar er wordt vooral aandacht besteed aan een aantal recente instrumenten en hervormingsvoorstellen die de 'bandbreedte' voor de rechtshulp aanzienlijk verruimen.

De Overeenkomst inzake de administratieve en strafrechtelijke samenwerking

Dit verdrag uit 1969 valt formeel buiten het bereik van deze studie maar is desondanks vermeldenswaardig. Het is uniek in zijn soort, omdat het zowel administratiefrechtelijke als strafrechtelijke rechtshulp regelt. Het verdrag geldt uitsluitend tussen de landen van de Benelux, maar vormt voor andere landen een interessant voorwerp van studie. De overeenkomst regelt een verplichte bewijskracht van documenten, vergunningen, processen-verbaal en dergelijke. Processen-verbaal van autoriteiten van het ene land moeten worden geacht dezelfde waarde te hebben als die van het andere land. Het verdrag regelt de verhouding tussen de administratiefrechtelijke weg en de strafrechtelijke in artikel 2, 7 en 21 tot en met 24. Zie ook de gemeenschappelijke toelichting op dit verdrag in *Trb.* 1969, 124.

39 Fraude behoort tot de misdrijven waarvoor Europol op grond van de annex bij artikel 2 van de Overeenkomst te zijner tijd bevoegd zou kunnen worden verklaard.

Het Europees rechtshulpverdrag en het aanvullend protocol

Het Europees rechtshulpverdrag van 1959 zegt zelf niets over de afbakening van verschillende vormen van rechtshulp. Men heeft destijds niet voor veel meer dan strafbare feiten rechtshulp willen leveren. Artikel 1 stelt slechts dat het moet gaan om 'offences the punishment of which, falls within the jurisdiction of the judicial authorities'. Daarmee is de afbakening helder: voorwerp van rechtshulp zijn uitsluitend strafbare feiten waarvoor justitiële autoriteiten bevoegd zijn. In het *explanatory report* wordt nog eens verhelderd dat het gebruik van de terminologie *judicial authorities* het onderscheid met administratieve autoriteiten moet onderstrepen (Council of Europe, 1969). Voorts is toegelaten dat rechtshulp wordt verleend bij overtredingen die administratief worden afgedaan (bijvoorbeeld de Duitse *Ordnungswidrigkeiten*), voorzover er beroep mogelijk is bij de strafrechter. Nederland heeft in een verklaring bij artikel 24 van het verdrag aangegeven dat hieronder de leden van de rechterlijke macht (staand en zittend) worden verstaan. Andere landen hanteren hun eigen definities, al dan niet formeel bekendgemaakt door middel van een verklaring bij het verdrag.

Artikel 2 van het rechtshulpverdrag bevat de weigeringsgrond van het fiscale delict. Van belang is dat het gaat om een facultatieve (niet-verplichtende) grond, waarvan een staat dus geen gebruik hoeft te maken. Aangenomen mag worden dat douane-overtredingen onder het begrip 'fiscaal' in deze zin vallen. Dit valt tevens af te leiden uit de formulering van artikel 2 lid 2 van het protocol bij het Europees rechtshulpverdrag. Eigenlijk bevat het protocol maar een kleine verzachting van de weigeringsgrond van het fiscale delict: weigering louter op grond van het fiscale karakter van het delict is niet toegestaan. Iets sterker is dit in de Overeenkomst van Wittem van 1979 tussen Nederland en Duitsland, die het Europees rechtshulpverdrag bilateraal aanvult. Artikel III van die Overeenkomst luidt: 'Indien het verzoek betrekking heeft op een strafbaar feit dat door de aangezochte Staat wordt beschouwd als een vergrijp tegen wettelijke voorschriften inzake retributies, belastingen, douane en deviezen kan de rechtshulp slechts worden geweigerd indien de aangezochte Staat van mening is dat de uitvoering van het verzoek zou kunnen leiden tot een aantasting van de openbare orde of andere wezenlijke belangen van zijn land.' De verdragen bevatten geen bepaling over het gebruik van via rechtshulp verkregen gegevens voor andere doeleinden dan waarvoor ze zijn verstrekt. Ondanks de vele mogelijkheden tot bewijsverkrijging in het buitenland is het gebruik van het bewijs nauwelijks in de samenwerkingsverdragen geregeld. In kleine rechtshulpverdragen komen wel beperkingen voor die bewerkstelligen dat de aangezochte staat het verzoek op een bepaalde manier uitvoert, met het oog op het gebruik in de verzoekende staat. Alleen het Europese Verdrag inzake Overdracht van Strafvervolging bevat op dit gebied verdergaande bepalingen.

Uitvoeringsovereenkomst Schengen

De Schengen-overeenkomst maakt onderscheid tussen politieke rechtshulp (artikel 39 tot en met 47) en wederzijdse rechtshulp in strafzaken (artikel 48 tot en met 53), op basis van de vraag of het gaat om verzoeken die niet zijn voorbehouden aan justitiële autoriteiten en de vraag of voor de uitvoering geen dwangmiddelen moeten worden aangewend. Een dergelijke politieke samenwerking mag volgens het verdrag plaatsvinden bij 'voorkoming en opsporing van strafbare feiten'. Wat strafbare feiten zijn, is niet nader gedefinieerd. Anders dan in artikel 40 en 41 (over grensoverschrijdende vormen van samenwerking) is in artikel 39 bij de algemene politieke rechtshulp niet via aanduiding van korpsen aangegeven wie eronder vallen. Belangrijk is dat artikel 39 lid 2 Uitvoeringsovereenkomst Schengen een voorwaarde stelt voor het gebruik van via politieke rechtshulp verkregen schriftelijke informatie als bewijsmiddel: zulke informatie mag alleen met toestemming van de justitiële autoriteiten van de aangezochte staat als bewijsmiddel worden aangewend. Artikel 50 Uitvoeringsovereenkomst Schengen bepaalt dat het Europees rechtshulpverdrag door justitiële autoriteiten tussen de Schengen-staten ook mag worden aangewend bij overtredingen van 'wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften betreffende de accijnzen, de belasting over de toegevoegde waarde en de douane'. Het verdrag bepaalt niet wie of welke autoriteit beslist of hiervan sprake is. Wat betreft de douanevoorschriften gelden de definities van artikel 2 van Napels I en artikel 2 van verordening 1468/81. Artikel 50 lid 2 Uitvoeringsovereenkomst Schengen beperkt de toepassing van de weigeringsgrond terzake van accijnzen. Belangrijk is lid 3, dat gebruik als bewijsmiddel toestaat voor andere doeleinden dan in het verzoek is opgegeven, op voorwaarde dat aanvullende toestemming is verkregen. Dit biedt dus de mogelijkheid om gegevens die zijn verkregen via het strafrechtelijk circuit te gebruiken in andere procedures, zonder overigens te vermelden of autoriteiten gedwongen zijn voor de ene of de andere weg te kiezen. Het vijfde lid van artikel 50 is van belang voor administratieve boetes (Ordnungswidrigkeiten en Wet Mulder-achtige overtredingen). Ook daarvoor mag het Europees rechtshulpverdrag worden gebruikt. De Schengen-overeenkomst maakt dus wat het gebruik van de reguliere strafrechtelijke rechtshulpweg betreft verschil op grond van autoriteit: gaat het om een politieke of een justitiële autoriteit.

*EU-verdrag inzake wederzijdse rechtshulp*⁴⁰

Dit verdrag vult het Europees rechtshulpverdrag, het bijbehorende aanvullend protocol, de Schengen-overeenkomst en het Benelux-rechtshulpverdrag aan. Artikel 2 voorziet in het geven van rechtshulp: 'Rechtshulp wordt ook verleend ten behoeve

40 Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie van 29 mei 2000, *Trb.* 2000, 96. Zie over de onderhandelingen en voorgeschiedenis van dit verdrag Vermeulen 1999.

van procedures die door de bestuurlijke autoriteiten wordt (sic) ingesteld, wegens feiten die volgens het nationale recht van de verzoekende of van de aangezochte lidstaat, of van beide, als vergrijpen tegen voorschriften betreffende de orde strafbaar zijn gesteld, mits tegen de beslissing beroep openstaat op een met name in strafzaken bevoegde rechter.' Een nadere definitie van 'strafrechtelijk onderzoek' wordt gegeven in artikel 3, bij de bepalingen over het aftappen van telecommunicatie (artikel 15-20). Onder 'strafrechtelijk onderzoek' wordt verstaan: 'een onderzoek dat volgt op het begaan van een specifiek strafbaar feit teneinde de verantwoordelijke personen te identificeren en aan te houden, in beschuldiging te stellen, te vervolgen of te berechten'. De notie die hier voor het gebruik wordt meegegeven, is dat telecommunicatie niet proactief mag worden afgetapt, dat wil zeggen: voordat het strafbare feit wordt begaan.

Het verdrag houdt rekening met situaties waarin in het ene land politie- of douaneautoriteiten bevoegd zijn en in het andere land rechterlijke autoriteiten. Zo bepaalt artikel 6 lid 5 dat verzoeken als bedoeld in artikel 12 en 14 (over gecontroleerde aflevering en infiltratie) kunnen worden gedaan als in de ene lidstaat een rechterlijke of centrale autoriteit bevoegd is en in de aangezochte staat een politie- of douaneautoriteit. Het verdrag regelt deze diagonale rechtshulp alleen als de verzoeker de rechterlijke autoriteit is. Het geeft dus geen bevoegdheid om verzoeken te richten tot buitenlandse rechterlijke autoriteiten en buitenlandse politie- of douaneautoriteiten.

De ontwerpovereenkomst is niet erg precies in het scheiden van justitiële en politieke rechtshulp en geeft niet steeds exact aan wie bevoegd is om verzoeken te doen. In de overeenkomst komen de volgende aanduidingen van autoriteiten voor: bestuurlijke autoriteiten (artikel 2), centrale autoriteit (artikel 6), rechterlijke autoriteit (artikel 6), politie- of douaneautoriteit (artikel 6), bevoegde autoriteit (artikel 5), ontvangende autoriteit (artikel 7), verstreckende autoriteit (artikel 7) en lidstaat (artikel 10). Ingevolge artikel 21 zal elke staat een verklaring bij het verdrag moeten voegen waarin is aangegeven wat in het land in kwestie wordt verstaan onder de genoemde autoriteiten. Het gevolg daarvan is dat de bevoegdheid per rechtshulpvorm en per lidstaat kan verschillen. Het behoeft geen betoog dat dit niet ten goede komt aan de overzichtelijkheid. Het verdrag bevat geen bepalingen over het gebruik van de verkregen rechtshulp als bewijs. Er zijn evenmin voorschriften in opgenomen met bepalingen over de afbakening van 'strafrechtelijke' en 'administratiefrechtelijke' rechtshulp.

Het verdrag bevat enkele vernieuwingen ten aanzien van de bestaande mogelijkheden en creëert nieuwe vormen van rechtshulp. Zo is als uitgangspunt opgenomen dat verzoeken worden uitgevoerd volgens de in het verzoek aangegeven formaliteiten (artikel 4). Dit zal het gebruik van aldus verkregen bewijs ten goede komen. Voor het eerst komt in een verdrag over wederzijdse rechtshulp informatie-uitwisseling op eigen initiatief aan bod (artikel 7). Een dergelijke bepaling is nuttig, omdat een

lidstaat moeilijk om inlichtingen kan verzoeken als die lidstaat niet weet dat specifieke informatie überhaupt bestaat. Nieuw is de verdragsrechtelijke regeling van het verhoor per videoconferentie (artikel 10) en per telefoonconferentie (artikel 11). Erg belangrijk voor de operationele samenwerking tussen teams van justitiële en administratieve samenstelling is de oprichting van gemeenschappelijke onderzoeksteams, zoals geregeld in artikel 13. Dergelijke teams bestaan uit ambtenaren van twee of meer landen. Ook justitiële, politieke en douaneautoriteiten kunnen deel uitmaken van de teams, en artikel 1 laat bovendien toe dat 'ambtenaren van internationale organisaties of instanties' erbij betrokken zijn. Bij dit laatste moet worden gedacht aan Europol en OLAF. Gemeenschappelijke onderzoeksteams kunnen uitsluitend worden opgericht voor repressief 'strafrechtelijk onderzoek' conform de definitie in artikel 3. De teams zijn met name bedoeld voor ernstige strafbare feiten die leiden tot moeilijke en dure onderzoeken met een uitstraling over meerdere lidstaten.

In artikel 14 is voor het eerst de infiltratie als vorm van rechtshulp opgenomen. Het betreft 'strafrechtelijk onderzoek dat wordt verricht door ambtenaren die onder een valse of fictieve identiteit opereren'. Het artikel omvat zowel de uitvoering van infiltratie op verzoek als het toelaten van infiltratie na een verzoek om toestemming. Het is een van de weinige bepalingen waarbij voorbehouden zijn toegestaan. Ook de modaliteiten van de rechtshulp terzake van het aftappen van telecommunicatie zijn nieuw. Artikel 16 bevat het meer klassieke verzoek tot aftappen van telecommunicatie. In artikel 17 gaat het om het aftappen van telecommunicatienetwerken die op hun grondgebied opereren. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat die rechtstreeks toegankelijk zijn voor andere lidstaten. Artikel 18 tot slot, regelt het aftappen van telecommunicatie zonder technische bijstand van de lidstaat op het grondgebied waarvan de af te tappen personen actief zijn (zie over het aftappen van telecommunicatie en de praktische en juridische problemen die daarbij rijzen Vermeulen 1999).

Wederzijdse douanebijstand 1967 (Napels I)

Deze overeenkomst is gericht op wederzijdse bijstand 'ter verzekering van een juiste heffing van douanerechten en andere wegens in- of uitvoer geheven belastingen, en ter voorkoming, opsporing en bestrijding van strafbare feiten op het stuk van de douanewetten.' Artikel 1 lid 1 stelt dat de bijstand plaatsvindt 'door tussenkomst van douaneadministraties.' Het tweede lid houdt er rekening mee dat voor bepaalde bevoegdheden die ingevolge het verdrag uitgeoefend kunnen worden andere autoriteiten dan douaneautoriteiten bevoegd zijn. Artikel 2 definieert het begrip 'douanewetten'. Artikel 3 e.v. bevatten de verschillende vormen van samenwerking. Uit artikel 9 en 10 valt nauwelijks een belemmering voor het gebruik van de overeenkomst voor ook strafrechtelijke doeleinden op het gebied van douane af te leiden: de opsporingsdiensten moeten in de gelegenheid worden gesteld rechtstreekse betrekkingen te onderhouden.

Strafrechtelijke autoriteiten kunnen in het kader van de vervolging en de berechting leden van de douaneadministraties als getuige of deskundige in een strafzaak oproepen (artikel 12). Artikel 14 geeft douaneambtenaren die ook over opsporingsbevoegdheden beschikken het recht aanwezig te zijn bij ambtshandelingen in een ander land. Artikel 15 geeft douaneadministraties de bevoegdheid om verkregen gegevens als bewijsmiddel aan te voeren. De bevoegdheid van dit artikel strekt zich dus niet uit tot gebruik door andere personen of instanties dan de douaneadministraties. Artikel 20 is een uitwerking van het beginsel dat bijstand uitsluitend wordt verstrekt voor de doeleinden van de overeenkomst. Aan andere personen mogen de gegevens alleen worden verstrekt na toestemming door de verstrekker. Opmerkelijk is voorts dat de overeenkomst een wederkerigheidsbepaling bevat (artikel 21): bijstand mag alleen worden verzocht voor gevallen waarin de staat zelf ook bijstand zou geven.

Wederzijdse douanebijstand 1997 (Napels II)

De EU-overeenkomst inzake wederzijdse bijstand en samenwerking tussen de douaneadministraties van 18 december 1997 zal bij inwerkingtreding de overeenkomst van 1967 vervangen.⁴¹ Blijkens de omschrijving van het toepassingsgebied in artikel 1 van de overeenkomst vindt de samenwerking tussen de lidstaten plaats via de douaneadministraties. Onderwerp van de samenwerking zijn:

- voorkoming en opsporing van inbreuken op nationale douanevoorschriften;
- vervolging en bestraffing van inbreuken op communautaire en nationale douanevoorschriften.

In het tweede lid van artikel 1 wordt op een enigszins dubbelzinnige manier aandacht besteed aan de verhouding tot rechtshulp in strafzaken. Daar wordt bepaald dat de overeenkomst geen afbreuk doet aan de rechtshulp in strafzaken. Deze bepaling is vergelijkbaar met artikel 51 van verordening 515/97, die bepaalt dat de rechtshulp in strafzaken 'onverlet' wordt gelaten. Dat is mooi, maar wat betekent dat nu eigenlijk? Gaat de strafrechtelijke rechtshulp voor, of is het een 'voor elk wat wils-bepaling'? Artikel 3 bepaalt dat de overeenkomst ook op strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de genoemde inbreuken van toepassing is. Als een strafrechtelijk onderzoek wordt verricht door een justitiële autoriteit, dan bepaalt die autoriteit of de overeenkomst wordt gehanteerd of strafrechtelijke rechtshulp, aldus het tweede lid van artikel 3. Blijkens de toelichtende nota bij de overeenkomst hangt de keuze af van de specifieke omstandigheden per geval en van de beginselen van het strafprocesrecht van de verzoekende lidstaat.⁴² Douaneautoriteiten, die geen justitiële autoriteit zijn, beschikken niet over deze mogelijkheid. Voor hen staat alleen de douaneovereenkomst open. In artikel 4 zijn diverse begrippen gedefini-

41 Zie de memorie van toelichting op de Goedkeuringswet, Kamerstukken II, 1999-2000, 26869, nr.3.

42 Toelichtend verslag, paragraaf 3.2 (toelichting op artikel 3); zie *PbEG* 1998, C 189/4.

eerd, waaronder 'nationale douanevoorschriften' en 'communautaire douanevoorschriften'.

In het derde lid van artikel 10 wordt de mogelijkheid gecreëerd voor functionarissen van het ene land om inzage te krijgen in de gegevens waarover de dienst van het andere land beschikt. Zij mogen daarvan dan kopieën maken. Artikel 11 regelt het verzoek tot uitoefening van toezicht. Het bevat een soort tussenfiguur tussen verdachte en de uitoefening van controlebevoegdheden. Als het gaat om 'personen ten aanzien van wie ernstige vermoedens bestaan' van inbreuken, dan kan aan een ander land worden gevraagd toezicht uit te oefenen op plaatsen, vervoermiddelen en goederen. Artikel 14 regelt het gebruik als bewijsmiddel van informatie die ingevolge de artikelen 10, 11 en 12 is verkregen. Die mag zonder aanvullende toestemming worden gebruikt. Dit is een belangrijke bepaling, waarbij het gebruik echter nadrukkelijk beperkt is tot bewijs dat is verkregen ingevolge bepaalde artikelen. Dat roept bijvoorbeeld de vraag op of de vertrouwelijkheid die volgens artikel 27 kan worden bedongen het gebruik volgens eerdere artikelen kan doorkruisen, omdat de 'gebruiksbepalingen' vrij ongeclausuleerd zijn geformuleerd.

De artikelen 15, 16 en 17 regelen bijstand op eigen initiatief (spontane rechtshulp). Belangrijk is met name de relatie tot artikel 18, dat toestaat dat aldus verkregen materiaal wordt gebruikt als bewijs. Ook fysiek grensoverschrijdend optreden is mogelijk bij bepaalde, in lid 4 van artikel 19 opgesomde, strafbare feiten. Voorts wordt in dit artikellid voorgeschreven dat verzoeken bij justitiële autoriteiten dienen te worden ingesteld 'indien de nationale wetgeving zulks voorschrijft'. De vraag is hier welk nationaal stelsel maatgevend zal zijn: dat van de aangezochte of van de verzoekende staat.

Enigszins verstoep in lid 7 van artikel 19 is de toestemming om bewijs dat is verkregen volgens artikel 20-24 in eigen land te gebruiken. Het gebruik is echter gebonden aan de nationale wetgeving van de staat waarin het is verkregen, wat ook de verzoekende staat lijkt te binden. Artikel 20 en 21 zijn gemodelleerd naar artikel 40 en 41 van de Uitvoeringsovereenkomst Schengen. Anders dan bij Schengen bestaat hier echter een mogelijkheid van achtervolging op zee. Belangrijk is dat bij beide vormen van grensoverschrijdende samenwerking geregeld is dat de betrokken ambtenaren zich als getuige ter beschikking dienen te houden.

De in artikel 22 geregelde gecontroleerde aflevering kan leiden tot vormen van diagonale samenwerking, omdat de opsporing en vervolging niet in alle staten door eenzelfde soort dienst zal zijn geregeld. Nieuw is de regeling van infiltratie (artikel 23) en die van de gemeenschappelijke bijzondere onderzoeksteams (artikel 24). Dit zijn de IRT's van de internationale douanesamenwerking. De constructie lijkt te impliceren dat het onderzoeksteam slechts binnen één land opereert. Zo schrijft het artikel voor dat het team onder leiding staat van een functionaris van de lidstaat waar het team optreedt en aan welke wet het zich heeft te houden.

Artikel 25 bevat de verplichting om het Dataprotectieverdrag van de Raad van Europa van 1981 te eerbiedigen. Men kan zich afvragen of deze bepaling strikt genomen niet overbodig is, omdat de (gebonden) lidstaten zich toch al aan dit verdrag dienden te houden. Ook zijn in dit artikel voorschriften over rectificatie en schadevergoeding ten behoeve van burgers opgenomen.

2.4 Sfeerovergang bij transnationale samenwerking

De analyse van de supranationale normering voor administratieve en strafrechtelijke samenwerking heeft duidelijk gemaakt hoe beide systemen zich in uiteenlopende gremia los van elkaar hebben ontwikkeld. De consequentie is dat overlappingsen en dwarsverbanden tussen beide systemen niet in de normering zijn meegenomen. Daarnaast is door de uitbreiding van én de reikwijdte én de wederzijdse administratieve bijstand én de rechtshulp heden ten dage sprake van een complexe juridische normering met forse overlappingsen, die vragen oproepen op het vlak van de inzetbaarheid van instrumenten en rechtswaarborgen. Bovendien is de samenwerking niet meer beperkt tot het horizontale staat-staatsniveau, maar dient rekening te worden gehouden met verticale samenwerking met autoriteiten van de Europese Unie. Als overgang naar de landenrapporten en ter problematisering kan de volgende zaak, waarin de Nederlandse Hoge Raad recent uitspraak heeft gedaan,⁴³ als schoolcasus dienen.

Casus Thermotraffic Holland

Een aantal bedrijven voert kwaliteitsrundvles in de Gemeenschap in maar ontloopt hoge douanerechten door op de douanedocumenten slachtafval aan te geven. Een bij de operatie betrokken douane-expediteur in Rotterdam, Thermotraffic, had op de *bills of lading* richting Portugal ook slachtafval vermeld. In het kader van een lopend strafrechtelijk onderzoek in Portugal en Duitsland is het Portugese Openbaar Ministerie geïnteresseerd in de bills of lading van Thermotraffic, aangezien het Openbaar Ministerie vermoedt dat die vals zijn opgemaakt en gebruikt. Het Portugese Openbaar Ministerie doet geen beroep op het instrumentarium van de rechtshulp maar op de Europese Commissie, in het kader van de administratieve douanesamenwerking (de toenmalige verordening 1468/81). Vervolgens verzoekt de Europese Commissie Nederland via het DIC om een administratief onderzoek bij Thermotraffic uit te voeren met als doel de desbetreffende bills of lading boven water te halen. Tijdens het administratief onderzoek, uitgevoerd door de FIOD-douane met toepassing van toezichtsbevoegdheden in de Douanewet, worden de bills of lading gevonden. Aangezien ze inderdaad slachtafval vermelden, wordt

43 Hoge Raad, 28 maart 2000, NJ 2000, 483.

een vermoedelijke overtreding van 225 Sr vastgesteld en worden de bills of lading strafrechtelijk in beslag genomen. Vervolgens wordt Thermotraffic in Nederland vervolgd en in eerste instantie en in hoger beroep veroordeeld. Er volgt een cassatieberoep.

De advocaat-generaal bij de Hoge Raad stelt het volgende: 'Toegegeven moet worden dat het verzoek van de Commissie bezwaarlijk anders valt op te vatten dan als ertoe strekkende na te gaan of, en zo ja in wiens opdracht, de bills of lading valselijk zijn opgemaakt. Het kennelijke oordeel van het Hof dat het door de opsporingsambtenaren van de FIOD naar aanleiding van dat verzoek in de administratie van de verdachte verrichte onderzoek niet van strafrechtelijke aard was acht ik dan ook onbegrijpelijk. Voorzover het middel daarover klaagt is het naar mijn mening ongegrond. Dat behoeft echter niet tot cassatie te leiden, omdat het Hof het verweer terecht heeft verworpen. Weliswaar wordt in de desbetreffende brief van de Commissie vermeld dat buitenlandse opsporingsdiensten onderzoeken hebben geopend met betrekking tot frauduleuze invoer van rundvlees en afval, maar de desbetreffende brief houdt niet in dat om de gevraagde gegevens wordt verzocht teneinde te dienen in het kader van een vervolging door autoriteiten van een andere staat wegens een strafbaar feit. Ook wordt daarin niet gevraagd om inbeslagneming van stukken. Dat het verzoek had dienen te worden behandeld op de voet van de verdragen die de verplichting tot het verschaffen van internationale wederzijdse ('kleine') rechtshulp in strafzaken regelen, en dat art. 552n lid 1, aanhef en sub c, Sv had moeten worden toegepast, zoals door de verdediging gesteld, is om die reden onjuist.'

De Hoge Raad redeneert als volgt met betrekking tot dit middel: 'Tegen de achtergrond van hetgeen uit dat onderzoeksverzoek (van de Commissie) hiervoor onder 3.2.2. is weergegeven, is het hiervoor onder 4.2. weergegeven oordeel van het Hof over de niet-strafrechtelijke aard van het in Nederland te verrichten onderzoek zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Dat behoeft op grond van het volgende niet tot cassatie te leiden. Het begrip internationale wederzijdse rechtshulp in strafzaken veronderstelt dat de ene Staat ten behoeve van de andere Staat bepaalde handelingen verricht waarvan de resultaten in een strafrechtelijke procedure in die andere Staat kunnen worden gebruikt. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake. Het betreft hier het gebruik van resultaten van een op verzoek van de Europese Commissie naar aanleiding van in andere Staten verricht strafrechtelijk onderzoek in Nederland ingesteld onderzoek, in een Nederlandse strafvordering. Daaraan doet niet af dat de resultaten van een dergelijk verzoek aan de Europese Commissie dienen te worden meegedeeld.'

Uit deze casus blijkt in ieder geval dat er geen eenduidige definitie bestaat van de concepten 'wederzijdse administratieve bijstand' en 'rechtshulp' en dat evenmin duidelijk is met welk doel deze mogen worden gebruikt. Bovendien blijkt dat de

rechtsbescherming bij transnationale handhaving zeer nationaalrechtelijk wordt ingevuld. In de volgende hoofdstukken wordt bezien in welke mate en op welke manier in Nederland, Duitsland, Frankrijk en Engeland en Wales invulling wordt gegeven aan de administratieve en strafrechtelijke samenwerking tussen justitiële en bestuurlijke instanties.