
Vergaderjaar 2005–2006 B

30 587

**Subsidiariteitstoets op richtlijnvoorstel
betreffende strafrechtelijke maatregelen ter
verzekering van de handhaving van intellectuele
eigendomsrechten (COM (2006) 168 fin.)**

Nr. 2

BRIEF VAN DE TIJDELIJKE COMMISSIE SUBSIDIARITEITSTOETS

Aan:

De voorzitter van de bijzondere commissie voor de JBZ-Raad
De voorzitter van de vaste commissie voor Europese Samenwerkings-
organisaties
De voorzitter van de vaste commissie voor Justitie
De voorzitter van de vaste commissie voor Europese Zaken

Den Haag, 16 mei 2006

Geachte collega's,

Zoals u bekend is onlangs de tijdelijke commissie subsidiariteitstoets ingesteld. Deze commissie zal, samen met de betrokken vakcommissies, elf al vastgestelde (nog in te dienen) voorstellen van de Europese Commissie toetsen aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Centraal daarbij staan de vragen of het betreffende voorstel op Europees niveau mag worden genomen en als dat het geval is, of het voorstel dan ook niet verder gaat dan nodig is.

Onlangs heeft de Europese Commissie een richtlijnvoorstel ingediend inzake strafrechtelijke maatregelen ter verzekering van de handhaving van intellectuele eigendomsrechten. Het voorstel introduceert het opnemen van een strafbepaling in een richtlijn. Dit heeft als consequentie dat de besluitvorming hierover wordt overgeheveld van de derde pijler naar de eerste pijler van het EU-verdrag en daarmee wordt onderworpen aan meerderheidsbesluitvorming in de Raad. Hoewel Nederland in de Raad nog altijd tegen het voorstel zou kunnen stemmen, is het haar vetorecht kwijt. Het wordt dus moeilijker voor afzonderlijke lidstaten om een dergelijke strafbepaling tegen te houden. De invloed van de EU op het strafrecht wordt daardoor dan ook groter.

Vanwege de mogelijke gevolgen van het richtlijnvoorstel heeft de tijdelijke commissie subsidiariteitstoets besloten dat het aan de subsidiariteitstoets onderworpen zou moeten worden, hoewel het voorstel niet in de lijst van elf aan de toets te onderwerpen voorstellen voorkomt. De te volgen procedure is weergegeven in kamerstuk 30 389, nr. 1 (p.7–9). Ik hoop dat uw commissie daaraan medewerking zal verlenen. In lijn met

deze procedure is een preadvies van de staf van de tijdelijke commissie subsidiariteitstoets bijgesloten. Ook het betreffende richtlijnvoorstel is bijgevoegd (een Nederlandse versie is helaas nog niet beschikbaar). Ik verzoek uw commissie uiterlijk 1 juni a.s. gemotiveerd advies uit te brengen aan de tijdelijke commissie over de vraag of het voorstel al dan niet voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel.

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

TOETSING VAN HET RICHTLIJNVOORSTEL BETREFFENDE STRAFRECHTELIJKE MAATREGELEN TER HANDHAVING VAN INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN (COM (2006) 168 DEF.) AAN DE BEGINSLEN VAN SUBSIDIARITEIT EN PROPORCIONALITEIT

Voorstel

Voordat een verder subsidiariteitstoordeel gegeven kan worden over het commissievoorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende strafrechtelijke maatregelen ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten¹, moet eerst worden vastgesteld of de Gemeenschap bevoegd is deze strafrechtelijke maatregelen te treffen.

Toelichting

De Europese Commissie heeft op 26 april jl. een nieuw voorstel gepresenteerd voor een richtlijn ter bestrijding van piraterij en het vervalsen van producten. Het nieuwe voorstel vervangt een eerder voorstel uit juli 2005². Dat bestond uit een richtlijn met een bijbehorend kaderbesluit over dit onderwerp. De belangrijkste wijziging in het nieuwe voorstel is dat het een bepaling bevat betreffende de minimale hoogte van de maximumstraf die EU-lidstaten criminele organisaties zullen moeten opleggen die zich hieraan schuldig maken.

Hofuitspraak in Zaak C-176/03

Het voorstel geeft uitvoering aan de mededeling van de Commissie³ over de implicaties van de uitspraak van het Hof van 13 september 2005 over strafrechtelijke handhaving van het Europees milieubeleid⁴. In dit arrest oordeelde het Hof dat de Commissie de lidstaten mag verplichten om strafrechtelijke sancties in te voeren bij de handhaving van het Europees milieubeleid. De belangrijkste overwegingen van het Hof in het arrest luiden (zie overwegingen 47 en 48): «Het strafrecht en het strafprocesrecht behoren in beginsel (..) niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap. Deze laatste vaststelling kan de gemeenschapswetgever evenwel niet beletten om, wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu, maatregelen te nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten en die hij noodzakelijk acht om de volledige doeltreffendheid van de door hem inzake milieubescherming vastgestelde normen te verzekeren.» Dit was een baanbrekend arrest, want het is voor het eerst dat het Hof de Europese Gemeenschap bevoegd verklaart in strafrechtelijke aangelegenheden. Het strafrecht en het strafprocesrecht behoren immers in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten, opgenomen in de intergouvernementele derde pijler van het Unieverdrag.

Standpunt regering

De regering heeft bij brief van 4 april 2006 haar mening over deze Hofuitspraak geformuleerd⁵. De regering bevestigt het eerder ingenomen Nederlandse standpunt dat het strafrecht in beginsel niet tot de bevoegdheid van de gemeenschap behoort en dat het gebruik ervan door de gemeenschap weliswaar niet geheel uitgesloten is, maar wel met grote terughoudendheid moet worden benaderd. Zij constateert dat over de precieze gevolgen, de reikwijdte en de juiste interpretatie van de uitspraak vele uiteenlopende meningen bestaan. Het arrest is immers het eerste over deze problematiek. De regering kiest voor een terughoudende

¹ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende strafrechtelijke maatregelen ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten, COM (2006) 168 def. (nog niet in het Nederlands beschikbaar).

² Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende strafrechtelijke maatregelen om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen en een voorstel voor een kaderbesluit van de Raad tot versterking van het strafrechtelijk kader om schendingen van de intellectuele eigendom te bestrijden COM (2005) 276 def.

³ Mededeling van de Commissie d.d.

23 november 2005, COM (2005) 583 def.

⁴ Zaak C-176/03.

⁵ Zie 30 037, nr. 9 (met o.m. een ICER-advies).

interpretatie van de uitspraak en is dan ook van mening dat slechts van geval tot geval kan worden vastgesteld of bestaande kaderbesluiten in het licht van de Hofuitspraak moeten worden aangepast. Hoewel het arrest zich beperkt tot strafrechtelijke handhaving van het milieubeleid, sluit het niet uit dat de EG bevoegd is tot het voorschrijven van strafbaarstelling in de eerste pijler op andere terreinen dan het milieu. Daarbij is wel extra alertheid van Nederland bij de behandeling van voorstellen voor EG-besluiten met een strafrechtelijke component geboden. De regering zal daarom nauwlettend in de gaten houden dat geen ongewenste gevolgen voor het Nederlandse strafrecht ontstaan.

Beoordeling

Het Commissievoorstel leidde in Nederland tot commotie en verwarring, omdat uit het bij het voorstel behorende persbericht van de Commissie kon worden afgeleid dat in het voorstel de hoogte van de minimumstraf werd vastgelegd en dat de Gemeenschap in dat geval de strafmaat zou bepalen en niet de lidstaten. In het voorstel zelf wordt echter de gebruikelijke JBZ-formulering «minimum-maximumstraf» gehanteerd.

Echter, het opnemen van de bepaling betreffende de minimum-maximumstraf in de richtlijn heeft als consequentie dat de besluitvorming hierover wordt overgeheveld van de derde pijler naar de eerste pijler en daarmee wordt onderworpen aan meerderheidsbesluitvorming in de Raad. Hoewel Nederland in de Raad nog altijd tegen het voorstel zou kunnen stemmen, is het zijn vetorecht kwijt. Een officiële reactie van de regering op het voorstel is er nog niet, wel zijn er al Kamervragen gesteld. Ook haalt de Volkskrant van 28 april jl. de minister van Justitie als volgt aan: «Nederland heeft er volgens hem geen principiële bezwaren tegen dat soms per meerderheid over strafrechtelijke sancties wordt besloten, maar dan moet het volgens hem wel over zaken gaan die echt Europees geregeld moeten worden. Zijn grootste bezwaar is dat de Commissie met dit soort richtlijnen in feite gaat bepalen welke prioriteiten hij in zijn beleid moet stellen.»

Hier wordt dus direct het subsidiariteitsbeginsel aangehaald.

In dit verband motiveert de Commissie dat, los van het verstoren van de goede werking van de interne markt, de ongelijkheid tussen de nationale systemen van straffen het moeilijk maken om namaak en piraterij effectief te bestrijden. Met de inwerkingtreding van het TRIPS Verdrag¹ is een start gemaakt met harmonisatie. Het verdrag regelt minimumvoorzieningen voor de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, waaronder de implementatie van strafrechtelijke procedures en straffen, maar de Commissie constateert dat er nog steeds grote ongelijkheden bestaan in de juridische situatie in de Gemeenschap, waardoor houders van intellectuele eigendomsrechten een gelijk beschermingsniveau in de gehele Gemeenschap hebben. M.b.t. strafrechtelijk sancties zijn er aanmerkelijke verschillen, met name inzake de hoogte van de straffen in de nationale wetgevingen.

De Commissie motiveert haar keuze voorts met een verwijzing naar het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en stelt dat het directe doel van het voorstel is om artikel 17, lid 2, dat stelt dat intellectuele eigendom beschermd is, te implementeren. Implementatie geschiedt door het harmoniseren van nationale wetgevingen, terwijl tegelijkertijd de verschillende nationale tradities en systemen van de lidstaten en andere door het Handvest erkende fundamentele rechten en beginselen worden gerespecteerd.

Onderzocht moet worden of deze motivatie, mede in het licht van eerdergenoemde Hofuitspraak, dusdanig is, dat zij opname van de strafbepalingen in het voorstel rechtvaardigt en daarmee de subsidiari-

¹ TRIPS: trade-related aspects of intellectual property rights.

teitstoets kan doorstaan.

In het verlengde daarvan ligt de vraag naar de proportionaliteit. Ten aanzien van de proportionaliteit van de minimum-maximumstraf verwijst de Europese Commissie naar soortgelijke strafmaten in Gemeenschap-pelijk optreden 98/733/JBZ en in het voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende de strijd tegen georganiseerde criminaliteit¹ en in het VN-Verdrag tegen transnationale georganiseerde criminaliteit. Zij betoogt dat aldus ook wordt voldaan aan hetgeen is bepaald over de relatie tussen de strafmaat en ernst van verschillende vormen van onrechtmatig gedrag in het Handvest van de Grondrechten.

Tijdelijke commissie subsidiariteitstoets (TCS)

De TCS heeft het voorstel inmiddels op 16 mei jl. besproken en besloten dat het aan de betrokken vakcommissies zal worden voorgelegd ter onderwerping aan de subsidiariteitstoets.

Deze toets wordt uitgevoerd aan de hand van de hieronder opgenomen lijst van vragen

Toetsing van het voorstel aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit

I. Voorvragen

1. **Attributie van bevoegdheden:** bestaat er voor de na te streven doelstelling van het voorgenomen optreden een *bevoegdheids-toekenning* in het EG-Verdrag?
 - het voorstel is gebaseerd op artikel 95 EG-Verdrag, maar de overheveling van strafrechtelijke maatregelen naar het EG-Verdrag heeft geen verdragsbasis. Deze mogelijkheid volgt uit genoemde uitspraak van het Hof, die zich echter beperkt tot strafrechtelijke handhaving van het Europees milieubeleid. In het thans voorliggende voorstel wordt voor het eerst een strafrechtelijke handhavingsbepaling inzake de minimale hoogte van de maximumstraf, die EU-lidstaten criminele organisaties zullen moeten opleggen die zich hieraan schuldig maken, geïntroduceerd. Zoals het Hof heeft aangegeven behoort het strafrecht in beginsel niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap en is het gebruik ervan door de Gemeenschap weliswaar niet geheel uitgesloten, maar dan moet wel zijn voldaan aan een aantal strikte criteria: het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties moet een onontbeerlijke maatregel zijn in de strijd tegen ernstige aantastingen van het te beschermen beleidsterrein, maatregelen te nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten en die hij noodzakelijk acht om de volledige doeltreffendheid van de door hem inzake milieubescherming vastgestelde normen te verzekeren. Hierboven is de motivering van de Commissie weergegeven die volgens haar opname van strafbepalingen in het voorstel rechtvaardigt.
 - Vooralsnog kan deze vraag strikt genomen negatief worden beantwoord, maar op grond van de Hofuitspraak kan bevoegdheid van de Gemeenschap op voorhand niet zonder meer worden uitgesloten.
2. **Toepasselijkheid subsidiariteit in strikte zin:**
Behoort het voorgenomen optreden tot de *exclusieve bevoegdheid* van de Gemeenschap?
 - Nee, de bevoegdheid tot het doen van voorstellen met betrekking

¹ COM(2005) 6 def.

tot de strafbepalingen behoort in beginsel tot de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten.

Dan zouden de vragen onder II e.v. moeten worden beantwoord; voordat daartoe overgegaan wordt moet echter eerst duidelijkheid verkregen worden over de beantwoording van voorvraag 1.

II. Subsidiariteit

3. Optreden van de Gemeenschap is alleen gerechtvaardigd als aan beide aspecten van het subsidiariteitsbeginsel is voldaan:
- de doelstelling van het overwogen optreden kan niet voldoende door de lidstaten worden verwezenlijkt in het kader van hun nationaal grondwettelijk stelsel, en
 - de doelstelling kan derhalve beter door de Unie worden verwezenlijkt.
- Om na te gaan of aan deze voorwaarde is voldaan, worden de volgende richtsnoeren gehanteerd:
- a. Behelst de betrokken kwestie *transnationale* aspecten die door een optreden van de lidstaten niet bevredigend kunnen worden geregeld?
 - b. Is het optreden van lidstaten alleen of het niet optreden van de Gemeenschap *in strijd met de voorschriften van het EG-verdrag* (zoals de noodzaak om concurrentievervalsing tegen te gaan of verkapte handelsbeperkingen te voorkomen of de economische en sociale samenhang te versterken) of zou dit op een andere manier de belangen van de lidstaten aanzienlijk schaden?
 - c. Zal een optreden op *communautair* niveau vanwege de schaal of de gevolgen ervan *duidelijke voordelen* opleveren ten opzichte van een nationaal optreden? (d.w.z. is het optreden op EG-niveau effectiever vergeleken met:
 - i. Gezamenlijk of afzonderlijk nationaal optreden,
 - ii. optreden in andere internationale fora (zoals in internationale fora overeengekomen regelgeving waaraan het grootste deel van de lidstaten al is gebonden),
 - iii. in het geheel niet optreden (zelfregulering, afspraken – codes – tussen marktpartijen of sociale partners)

Als toetsing aan de hierboven genoemde elementen een overwegend negatief resultaat oplevert, kan in beginsel worden volstaan met de conclusie «negatief».

Bij twijfel of bij een positief resultaat moet vervolgens worden getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel (vraag 4 e.v.)

III. Proportionaliteit, inclusief deregulering/handhaafbaarheid/fraudegevoeligheid

4. Nu de wenselijkheid en de mogelijkheid tot enige vorm van EG-optreden zijn vastgesteld, moet vervolgens gevraagd worden of dat een juridisch algemeen verbindende regeling *rechtvaardigt*. Daarbij moet in overweging genomen worden of het voorstel uitvoerbaar, handhaafbaar of fraudebestendig is:
- Nee, dan ligt een Aanbeveling van de Commissie of een Raads-resolutie meer voor de hand
 - Ja, ga verder naar vraag 5
5. Is de vorm van het optreden van de Gemeenschap *zo eenvoudig mogelijk* zonder een bevredigende verwezenlijking van de doelstelling en een doeltreffende tenuitvoerlegging in de weg te staan? (Voorkeur

voor richtlijn boven verordening en kaderrichtlijn boven gedetailleerde maatregel).

6. Laat de maatregel van de Unie voor wat betreft aard en omvang van het optreden zoveel mogelijk *ruimte voor nationale besluiten*, in overeenstemming met het doel van de maatregel en met inachtneming van de voorschriften van het Verdrag?