

Verslagen van de vergadering van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland

Op 1 en 2 december 2023 vond de jaarlijkse vergadering plaats van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (VVSBRN). De Universiteit Hasselt (UHasselt) opende de deuren voor een groot gezelschap aan prominente Belgische en Nederlandse rechtsgeleerden. De VVSBRN vraagt jaarlijks aan Belgische en Nederlandse experts om een welbepaald thema vanuit het eigen recht te bespreken. Tijdens de tweedaagse vergadering buigen verschillende rechtsgeleerden zich vervolgens op grondige wijze over het thema, aan de hand van een aantal vraagpunten. De VVSBRN bestaat uit drie afdelingen: burgerlijk recht, staats- en bestuursrecht en strafrecht. In de oude gevangenis van Hasselt, waar de UHasselt gevestigd is, stonden volgende thema's centraal: 'Toerekening' (afdeling Burgerlijk recht), 'De staatsrechtelijke positie van de toezichhouders' (afdeling Staats- en bestuursrecht) en 'De opsporing in bijzondere strafwetgeving' (Afdeling Strafrecht). Het preadvies over 'Toerekening' werd geschreven door Hans De Wulf (België) en Branda Katan en Daniël Stein (Nederland). Cedric Jenart en Tim Corthaut (België) en Hansko Broeksteeg en Raymond Schlössels (Nederland) onderzochten 'De staatsrechtelijke positie van de toezichhouders'. Eric Van Dooren (België) en Dian Brouwer (Nederland) preadviseerden tot slot over 'De opsporing in bijzondere strafwetgeving'.¹ Naar goede gewoonte werden de discussies per afdeling samengevat in een verslag, dat in plenaire zitting integraal werd voorgelezen. De schriftelijke weergave van deze verslagen vindt u hieronder.

Afdeling Burgerlijk recht: Toerekening (preadviseurs: Hans De Wulf voor België, Branda Katan en Daniël Stein voor Nederland)

Het zeer brede thema van 'toerekening aan rechtspersonen in het privaatrecht' werd in de preadviezen al vernauwd naar de toerekening van onrechtmatige daden aan vennootschappen in groepen van vennootschappen (in het concern dus), en daarbij werden twee deelonderwerpen geselecteerd. Ten eerste; de aansprakelijkheid van vennootschappen voor zogenaamde Environmental, Social and Governance inbreuken (kortweg, 'ESG'), en ten tweede, de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht door middel van het vorderen van schadevergoedingen wegens kartelinbreuken.

In wezen kan de discussie worden samengevat door te stellen dat we langzaamaan zien dat er steeds meer druk komt te staan, zowel beleidsmatig als in de rechtspraak, op het zogenaamde *Trennungsprinzip*; het scheidingsprincipe dat traditioneel in vennootschapsgroepen wordt gehandhaafd en onder meer beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders impliceert. Er ontstaat een duidelijk spanningsveld tussen dat in het rechtspersonenrecht cruciale principe, en de wens om het onrechtmatigedaadsrecht efficiënt toe te passen. Aangezien deze materie in volle ontwikkeling is, en vele rechtsvragen vooralsnog niet worden beantwoord in wetgeving, de rechtsleer of rechtspraak, kwamen er boeiende – soms verhitte – debatten op gang, die alle kanten op gingen en vaak resulteerden in normatieve stellingnames van de deelnemers.

Ten eerste werd gesproken over het principe dat het toerekenen van een onrechtmatige gedraging van een functionaris (bijvoorbeeld een werknemer of bestuurder) aan een rechtspersoon ervoor zorgt dat die functionaris zelf in beginsel *niet* meer aansprakelijk is. Deze stelling bleek geïnspireerd te zijn door het Nederlandse recht, en valt naar Belgisch recht moeilijker te verteren.

¹ De verslagen werden gepubliceerd in: VVSBRN (ed.), *Preadviezen 2023*, Den Haag-Antwerpen, Boom juridisch, 2023, 337 p.

Voor het Nederlandse recht geldt immers al lang dat in zo'n geval de verkeersopvatting bepalend is: als de specifieke gedraging in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden, dan kan een onrechtmatige daad van een natuurlijke persoon (dus een functionaris) aan die rechtspersoon worden toegerekend. De functionaris zelf, lijkt dan in principe vrijuit te gaan. Anders dreigt verdubbeling van daderschap.

Het Belgisch positieve recht, daarentegen, kent geen absorptie-theorie waarbij de aansprakelijkheid van de rechtspersoon die van de handelende persoon absorbeert. Het feit dat de rechtspersoon als bijkomende persoon kan worden aangesproken, betekent niet dat de echte 'dader' vrijuit gaat, maar eerder dat de vorderingsgerechtigde een 'bijkomende' persoon heeft (mogelijks met *deeper pockets*) om zich tot te richten.

Verrijkend in het debat, vond ik dat de deelnemers een consensus bereikten over het gelijke beschermingsniveau voor werknemers in Nederland en België. België kent dan geen absorptieer, maar kent anderzijds wel een sterkere wettelijke bescherming van werknemers, die enkel aansprakelijkheid oplopen voor het begaan van grove fouten of herhaaldelijke lichte fouten. In Nederland is zo'n extern beschermingsmechanisme voor werknemers er niet, of toch in veel mindere mate, waardoor een absorptiebeweging belangrijker wordt om – uiteindelijk – tot hetzelfde resultaat te komen, namelijk het bieden van min of meer hetzelfde niveau van bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid voor werknemers.

Nadien zoomden we in op de mogelijke aansprakelijkheid van een moederverenootschap, en de verschillende technieken daarbij om een moeder aansprakelijk te stellen. In de praktijk zien we dit onderwerp terugkomen binnen de ESG-context, bijvoorbeeld in de rechtspraak rond aansprakelijkheid van de Shell topholding voor milieuvervuiling bij een Nigeriaanse dochter. Dit zijn gevallen waarin de moeder eigenlijk voor haar eigen onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gesteld. Volgens de preadviseurs moet erover gewaakt worden dat dit soort rechtspraak niet zo evolueert dat vanuit een pure onrechtmatigedaadsredenering het feit genegeerd wordt dat groepen van vennootschappen uit meerdere onderscheiden rechtssubjecten bestaan, en dat het opsplitsen van de ondernemingsactiviteit over meerdere rechtspersonen niet noodzakelijk op misbruik wijst.

Waar de preadviseurs en de deelnemers het over eens waren, is dat moeders, minstens hun bestuur, de plicht hebben te monitoren welke risico's voor de aandeelhouders en andere stakeholders van de moeder ontstaan door activiteiten van dochters. In die zin is er een zekere vorm van groepsleidingsplicht, op compliance-vlak. (En dit ondanks het feit dat in de Belgische rechtspraak niet over zulke plicht gesproken wordt, en in Nederland alleen in verband met het enquêterecht). Na stemming bleek ook dat de absolute meerderheid van de deelnemers vindt dat, als er gebrekkig toezicht is van de moeder ten aanzien van de dochter, de moeder relatief vlot aansprakelijk moet kunnen worden gesteld.

Het mag duidelijk zijn dat die 'zorgplicht' voor moederverenootschappen nu meer en meer vorm begint te krijgen, zowel door de wetgeving – met bijvoorbeeld de *corporate sustainability due diligence directive* die op Europees niveau in de pijpleiding zit – als door de rechtspraak – via bijvoorbeeld de Nederlandse rechter die, in de zaak Milieudefensie v Shell een zorgplicht aan een moeder oplegt via een injunctie om zich tot een bepaald niveau van uitstoot te beperken.

Na de lunch kon een volgend heet hangijzer worden aangepakt. Er werd namelijk gevraagd door de Nederlandse preadviseurs of het aansprakelijk stellen van moederverenootschappen voor ESG-inbreuken door groepsvennootschappen die in derde landen gevestigd zijn, vandaag in opmars zou zijn om een gebrek aan rechtsbescherming in die derde landen het hoofd te bieden, en of dit een positieve, te begroeten ontwikkeling zou zijn. De traditionele redenen om een moeder aan te spreken, bijvoorbeeld omdat de dochter in het derde land zelf geen verhaal biedt, blijken in de praktijk in ESG-dossiers immers

minder te spelen. Het genereren van publiciteit, het uitoefenen van druk door dossiers zichtbaar te maken in Westerse landen en het aanhangig maken van het dossier bij een Westers gerecht om de zaak door meer “betrouwbare” rechtscolleges te laten afhandelen, zijn volgens sommigen grotere drijfveren.

Toch waren de preadviseurs en de deelnemers het erover eens dat dit heel dubbel is: een Westerse, bijvoorbeeld Nederlandse, rechter, wordt dan in veel gevallen geconfronteerd met de toepassing van het recht van een derde land. Daarbovenop komt dat het voor een Westerse rechter vaak uitermate moeilijk is om na te gaan wat er zich in het derde land in de feiten juist heeft afgespeeld, wat een grote last betekent voor ons juridische apparaat. Maar het kan ook verder gaan: als een Westerse rechter niet alleen zichzelf bevoegd acht, maar ook het Westerse recht (bijvoorbeeld Nederlands recht van toepassing op de Nederlandse topholding) van toepassing verklaart, dan stelden sommige deelnemers zich aarzelend op. Niet alleen omdat dit vaak het resultaat zal zijn van een onjuiste toepassing van het IPR, want in de regel zal volgens Rome II het recht van de plaats waar de schade zich voordoet toepasselijk zijn. Problematisch is volgens sommigen ook dat als we als Westerse landen Westerse normen gaan opleggen aan vennootschappen in derde landen, waarvan we van oordeel zijn dat het rechtssysteem er ondermaats is, men de vraag kan stellen of dit dan niet neer op een subtiele vorm van neokolonialisme. De meningen hierover waren verdeeld.

Een volgend discussiepunt behandelde de toepassing van het leerstuk van de kwalitatieve aansprakelijkheid binnen groepen van vennootschappen. Als een eiser moeite ondervindt om in hoofde van de moeder een eigen fout aan te wijzen, zou de eiser dan de moeder niet kunnen aanspreken via een foutloze risicoaansprakelijkheid of ‘kwalitatieve’ aansprakelijkheid? Is het, met andere woorden, denkbaar dat de ene rechtspersoon kwalitatief aansprakelijk is voor de gedragingen van een andere rechtspersoon, ervan uitgaande dat die laatste als niet-ondergeschikte wordt gekwalificeerd?

Deze open vraag rijst in de Nederlandse doctrine, vooral geïnspireerd door art. 6:171 BW, maar, noch in Nederland, noch in België, kwam ze in de rechtspraak reeds aan bod. Langs Belgische zijde werd geopperd dat het niet zo evident zou zijn om tot een kwalitatieve aansprakelijkheid van de moeder te komen. Een dochter is sowieso geen orgaan van de moeder, en alternatief kan het moeilijk zijn om aan te tonen dat een dochter kwalificeert als ‘aangestelde’ van de moeder – zo geldt naar Belgisch recht bijvoorbeeld de regel dat een moeder geen bindende instructies kan geven aan een dochter. Toch was de consensus onder de deelnemers dat het geenszins onmogelijk is om dit verhaal voor een rechter te voeren, en dat de principes inzake kwalitatieve aansprakelijkheid dus, mogelijks, analoge toepassing zouden kunnen vinden in groepsvennootschappen. Maar tot nog toe is die idee in België nooit geopperd, laat staan in de rechtspraak toegepast.

Ten slotte werd het derde, en laatste luik van het debat inzake ‘toerekening’ aangesneden. We weken daarvoor uit naar het Europese mededingingsrecht, meer bepaald de kartel-regulering, waar de normadressaat van regulering niet de *vennootschap* is, maar de bredere ‘economische eenheid’, in juridische termen de *onderneming*. Een onderneming is hier elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht hoe die entiteit wordt georganiseerd en ongeacht hoe die entiteit wordt gefinancierd.

Van belang hier, is vooral het arrest Sumal van 2021, dat het zwaartepunt vormde van het debat. Met dit arrest werd de toepassing van het ondernemingsbegrip immers uitgebreid naar schade-aansprakelijkheid.

In het arrest Sumal stelt het Hof van Justitie duidelijk dat, (1), voor private handhaving in het mededingingsrecht (schade-aansprakelijkheid) dezelfde ondernemingsdefinitie geldt als voor publieke handhaving (kartel-boetes), en (2) dat dochtervennootschappen die – ten tijde van een kartelinbreuk

door de moeder – tot dezelfde “onderneming” behoren, maar als dochter dus zelf de kartelinbreuk niet hebben gepleegd, toch hoofdelijk zijn gehouden tot vergoeding van de door de inbreuk geleden schade. Dit betekent dat het slachtoffer van een mededingingsinbreuk dus kan kiezen welke rechtspersoon die deel is van de “onderneming”, het aansprakelijk stelt voor de schade die hij geleden heeft naar aanleiding van die inbreuk. In wezen komt dit dus neer op een nieuwe vorm van risicoaansprakelijkheid.

Zowel naar Belgisch, als Nederlands recht, wordt dit soort ‘collectieve aansprakelijkheid’ niet op applaus onthaald. De Europese Kartelrichtlijn bepaalt immers dat schadevergoedingen moeten worden toegekend volgens het toepasselijke nationale aansprakelijkheidsrecht van de lidstaten, wat hier met Sumal net *niet* is gebeurd. Het arrest Sumal botst hierdoor met de uitgangspunten van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in België en Nederland, dat geen dergelijke collectieve aansprakelijkheid kent.

De stemming maakte bovendien duidelijk dat de absolute meerderheid van de deelnemers vindt dat het arrest Sumal onvoldoende acht slaat op de ondernemingsrechtelijke context waarbinnen vennootschappen opereren (met name ook de vaststelling dat dochters hun moeder niet beheersen).

Een nieuw inzicht, waar de deelnemers tijdens de discussie toe kwamen en dat nog niet zo expliciet deel uitmaakte van de preadviezen, is dat we na het arrest Sumal kunnen verwachten dat er op Europees niveau vooral veel nieuwe rechtspraak zal ontstaan over wat nu juist een “economische eenheid” en dus een “onderneming” is. Immers, eens een vennootschap tot een onderneming behoort, is dit nadien voldoende om hoofdelijk gehouden te zijn voor die schadevergoedingsclaims ingevolge kartelinbreuk-schade binnen die onderneming. Het begrip “onderneming” wordt dus, zo kan men stellen, een soort van *toegangspoort* of *gateway*. Eens men de toegangspoort is doorgedaan, wordt de discussie over welke rechtspersoon wat heeft uitgespookt in termen van de kartelinbreuk of waar de schade juist valt, van tweederangsbelang en zelfs compleet irrelevant.

Dit illustreert, dames en heren, wat wellicht één van de belangrijkste rode draden doorheen de congresdag was: ondernemingen zijn al lang, naast rechtspersonen, normadressaat. De vraag is nu of het wenselijk en zonder wetwijzigingen mogelijk is dat ondernemingen, die uit meerdere rechtspersonen bestaan, als dusdanig als rechtssubject worden erkend, waarop aansprakelijkheid rust of tegen wie dwanguitvoering mogelijk is.

Louise Van Marcke²

Afdeling Staats- en bestuursrecht: De staatsrechtelijke positie van de toezichthouders (preadviseurs: Cedric Jenart en Tim Corthaut voor België, Hansko Broeksteeg en Raymond Schlössels voor Nederland)

De afdeling Publiekrecht boog zich dit jaar over de staatsrechtelijke positie van toezichthouders in België en Nederland, onder leiding van moderator Jan van der Grinten. De vergadering deed dat op basis van twee uitstekende preadviezen: het Belgische preadvies werd opgesteld door Cedric Jenart (tenure track docent Staatsrecht aan de Universiteit van Antwerpen) en Tim Corthaut (deeltijds docent Publiek Recht aan de Vrije Universiteit Brussel en Staatsraad bij de Raad van State); het Nederlandse door Hansko Broeksteeg (hoogleraar Staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen) en Raymond Schlössels (hoogleraar Bestuursrecht aan Maastricht University).

² Doctoranda Instituut Financieel Recht, Universiteit Gent.

Hoewel op het eerste gezicht het onderwerp van de preadviezen een technische aard lijkt te hebben, bleek uit de preadviezen en de vergadering dat niets minder waar is. De staatsrechtelijke positie van toezichthouders leidt immers langs de basisbeginselen van grondwettelijk recht (democratie, scheiding der machten en rechtsstaat) en één van de meest complexe hedendaagse constitutionele uitdagingen, namelijk de relatie tussen het nationale grondwettelijk recht en het recht van de Europese Unie ('EU' of 'Unie').

Met het oog op de liberalisering van bepaalde sectoren werd de noodzaak gevoeld om toezichthouders op te richten: onafhankelijke actoren die, met verschillende bevoegdheden, ervoor moesten zorgen dat markten daadwerkelijk geliberaliseerd konden worden. Doorheen de jaren groeide dit zowel in België als in Nederland uit tot een groot aantal toezichthouders in verschillende sectoren, gaande van de energiesector tot gegevensbescherming. Sommige kennen hun oorsprong in het recht van de Unie, andere zijn louter nationaal opgericht. De toezichthouders kunnen verschillende functies hebben, zoals het uitvaardigen van regels en het beslechten van geschillen.

De Unie legt verschillende strenge onafhankelijkheidseisen op aan de toezichthouders die op Unierechtelijke domeinen optreden. Dat leidt tot een verzwakte politieke en dus democratische controle op die toezichthouders. Voor die eisen zijn verschillende redenen, waaronder een nood aan expertise in bepaalde sectoren en een toepassing van het Unierecht zonder invloed van het nationaal-politieke proces en andere overheidsorganen. Het Hof van Justitie en de Europese Commissie werkten dan ook strikte onafhankelijkheidsvereisten uit. Slechts in beperkte mate kan een toezichthouder die is opgericht in de context van de EU politiek gecontroleerd worden, bijvoorbeeld door een plicht tot jaarrekeningen. Dat botst op nationale principes en mechanismes. In België staat dat bijvoorbeeld op gespannen voet met de klassieke delegatietheorie, die vereist dat op louter 'nationale' toezichthouders politieke controle mogelijk is. Het Grondwettelijk Hof en de Raad van State, afdeling Wetgeving schikken zich echter wel naar het Unierecht. In Nederland drukte de Raad van State zijn bezorgdheid dan weer uit: het Unierecht zou toezichthouders onttrekken aan nationale verantwoordingsstructuren.

Er wordt betwist of de Unie zomaar dergelijke onafhankelijkheidsvereisten kan opleggen, die een verregaande aanpassing van het nationale recht betekenen. Sommigen beantwoorden die vraag positief, verwijzende naar de harmonisatiebepaling (artikel 114 van het Verdrag betreffende de werking van de EU): als verschillen in nationale regelgevingen betreffende toezichthouders zouden betekenen dat een gelijk speelveld niet kan bereikt worden, dan kan en mag de Unie ingrijpen. Anderen stellen echter dat de Unie daarbij ook andere beginselen van Unierecht in acht moet nemen, zoals die van de democratie, de procedurele autonomie, de nationale identiteit en de loyale samenwerking. Sommige leden vinden het dan ook bemerkingswaardig dat het Hof van Justitie liberalisering zou laten voorgaan op de beginselen van democratie en rechtsstaat, die het Unierecht ook beschermt. Er wordt ook geopperd dat van de onafhankelijkheidsvereisten een wantrouwen tegen de nationale overheden uitgaat dat in strijd is met de loyale samenwerking (artikel 4, lid 3 Verdrag betreffende de EU). In eenzelfde zin miskennen de strenge regels de procedurele autonomie die de lidstaten hebben. Die autonomie volgt bovendien uit de aard van de Unie: die is niet federaal, maar is gebaseerd op een gedeeld bestuur. Er wordt zelfs gesteld dat als de Unie deze vorm van regelgeving inzake toezichthouders wil volhouden, ze een federaal mechanisme moet maken met 'EU agencies' en nationale toezichthouders. Zolang dat niet gebeurd is, moet de Unie, volgens een deel van de vergadering, de lidstaten enige ruimte laten om de toezichthouders vorm te geven, rekening houdende met de eigen constitutionele principes.

Deze argumenten weerspiegelen het spanningsveld dat in deze materie, en niet enkel hier, bestaat tussen de Unie en de lidstaten over de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel.

Die onafhankelijkheid en het gebrek aan politieke controle wordt door de vergadering in verband gebracht met een democratisch deficit dat aan toezichthouders zou kleven. Het Belgische preadvies en een deel van de vergadering nuanceert echter dat deficit, in navolging van het Hof van Justitie in het ESMA-arrest³: er bestaat een democratisch proces op EU-niveau, met een besluitvorming en tenuitvoerlegging van regelgeving waarin de lidstaten betrokken zijn en hun bezwaren kunnen uiten. Bovendien laat men beperkte controle toe, bijvoorbeeld via jaarrekeningen. De EU voorziet dus enigszins democratische aspecten. Echter werd die zinspeling op democratie op EU-niveau in de rechtspraak van het Hof van Justitie reeds bekritiseerd als 'krampachtig' in het Nederlandse preadvies, en die visie oogst bijval in de vergadering. Door hen wordt het Hof van Justitie gevraagd meer aandacht te hebben voor de constitutionele principes van zowel de lidstaten als van de EU zelf.

Een ander probleempunt in verband met de onafhankelijkheidsvereisten is dat deze versnipperd zijn: haast elke toezichthouder heeft eigen regels opgelegd gekregen. Dat maakt het zeer onoverzichtelijk en leidt tot rechtsonzekerheid. Ook nationale rechtscolleges hebben hier problemen mee. Er is overeenstemming dat dit uniformer kan gemaakt worden. Dat kan op EU-niveau, maar dan rijst de vraag of dit het wenselijke effect zal hebben. De *gold standard* is het *working document* van de Commissie over de onafhankelijkheid van energieregulators. Dat is echter een document met vele, strenge regels inzake onafhankelijkheid. Het is niet ondenkbaar dat lidstaten nog meer in het verweer gaan tegen dergelijke strikte, uniforme regels. Bovendien zou het ingaan tegen het pleidooi voor meer subsidiariteit. Een andere mogelijkheid is dat staten zelf een uniforme regeling invoeren. Maar uit een poging van de Vlaamse decreetgever hiertoe blijkt dat dit moeilijk is, net omdat toezichthouders met een hybride karakter – actief op nationale en Unierechtelijke domeinen – aan verschillende vereisten moeten voldoen.

Er bestaat dus weinig twijfel dat er een democratisch probleem is. Het nut van toezichthouders wordt echter ook erkend. Men zou bijvoorbeeld wel inmenging van de overheid kunnen toelaten en *ex post*-controle door de rechterlijke macht voorzien. Een voorstel laat zich inspireren door het Belgische bestuurlijk toezicht: een minister kan de beslissing van de toezichthouder enkel controleren op haar wettigheid (zonder het algemene belang te toetsen, zoals de normale tweede stap is in het bestuurlijke toezicht). Dat *ex ante*-toezicht kan dan gecombineerd worden met een rechterlijk toezicht *ex post* indien nodig. Echter kan dergelijke controle niet alles desgevallend herstellen, is het *ex ante* nog moeilijker om de taken die toezichthouders normaal hebben (tariefbepaling, creëren gelijk speelveld...) succesvol uit te voeren en zijn er nog andere bezwaren die hierna worden toegelicht. Hier is dus een externe speler nodig. Een overgrote meerderheid van de vergadering is wel overtuigd dat de onafhankelijkheidsvereisten in overeenstemming moeten worden gebracht met nationale constitutionele (en democratische) beginselen zoals parlementaire controle.

Er bestaat zodoende discussie over hoeveel 'democratische lucht' nodig is om enerzijds het democratiebeginsel te respecteren, maar anderzijds het doel dat toezichthouders dienen niet in het gedrang te brengen. De vergadering lijkt het eens dat jaarrekeningen, een hoorrecht door het parlement en een budgetcontrole aanvaardbaar zijn, maar de volledige instemmingsverplichting door de minister niet.

³ HvJ (GK) 22 januari 2014, C-270/12, *Verenigd Koninkrijk/Europees Parlement en Raad*, over de Europese Autoriteit voor effecten en markten ('ESMA').

Kan het democratische deficit gecompenseerd worden door in te zetten op rechtsbescherming, transparantie en representativiteit? Het antwoord is unaniem: neen, nooit volledig. Rechtstatelijke eisen zijn evengoed te respecteren, maar dat geldt ook voor democratische eisen en die kunnen elkaar niet volledig compenseren. Over rechtsbescherming, wat het Hof van Justitie naar voren schuift als een compensatiemechanisme, is de vergadering het eens dat dit in zekere mate het deficit kan compenseren. Er wordt wel opgemerkt dat een rechter, net zoals democratische controle dat doet, de burger weliswaar beschermt tegen machtsmisbruik door de toezichthouder, maar niet op eenzelfde wijze. “Rechters kunnen veel, maar ze kunnen niet alles”, stelt een lid van de vergadering. De vraag rijst natuurlijk in welke mate rechters moeten tussenkomen. Het uitgangspunt is dat rechters slechts wettigheidscontroles uitvoeren op de handelingen van de toezichthouder en voorkomen dat ze een opportunistische controle maken – ze zijn geen superregulatoren. Bovendien zijn de domeinen waar toezichthouders op actief zijn vaak technisch van aard, waar rechters in het algemeen terughoudender zijn – waarom zou dat bij toezichthouders anders zijn? Toch is er in beide rechtssystemen een aanvaarding dat rechterlijke toetsing intensiever kan, bijvoorbeeld door te focussen op naleving van de beginselen van behoorlijk bestuur door toezichthouders. Dat zal op zijn beurt weer de werking van toezichthouders verbeteren. Ook een hogere graad van transparantie wordt bepleit. Sommige toezichthouders hebben eigen regels rond transparantie, maar die zijn zeker niet uniform. Het Unierecht verzet zich allerminst tegen meer transparantie. Maar ook hier geldt: het compenseert een gebrek aan democratische controle niet volledig. Er zijn ook overeenstemmingen op kleinere punten te vinden. Eenieder lijkt er overtuigd van te zijn dat de onafhankelijkheidsvereisten en bijhorende kritiek niet even relevant zijn voor elke toezichthouder en dat dit afhangt van diens specifieke taken en het domein waarop die optreedt. Is dat domein nauw verbonden met politiek beleid, is de nood aan enige politieke controle nodig. In het Nederlandse preadvies en tijdens de vergadering wordt echter het voorbeeld gegeven van de Autoriteit Persoonsgegevens: die houdt vooral toezicht op de overheid, in een domein waar de overheid vooral relevant is, namelijk als potentiële schender van privacyrechten. Hier worden minder snel staatsrechtelijke bedenkingen opgeroepen. Ook is het aanvaardbaar dat onafhankelijkheidsvereisten slechts blijven gelden zolang de situatie op dat domein dat vereist. Komt er bijvoorbeeld een volledige liberalisering die duurzaam gerespecteerd wordt door de lidstaten, dan kunnen op termijn de onafhankelijkheidsvereisten verdwijnen.

Het debat raakte ook aan het complexe samenspel der rechtsordes. De kritiek die vooral het Nederlandse preadvies had op de houding van de Unie weerklinkt ook bij een deel van de vergadering. Zo wordt het Hof van Justitie bekritiseerd omdat het de onafhankelijkheidsvereisten en ruimer de Unie-doelstellingen zoals liberalisering laat voorgaan op constitutionele principes zoals democratie. De Unie zou ook bepaalde beginselen miskennen. Hiervoor werd al gewezen op de loyale samenwerking, maar ook de nationale identiteit van lidstaten wordt regelmatig aangehaald. Die is niet absoluut, maar geeft wel aan dat er constitutionele variaties en eigenheden bestaan die de Unie moet respecteren. In België is het inderdaad zo dat het Grondwettelijk Hof de grens van de nationale identiteit heeft geïntroduceerd als reactie op één van zijn arresten over toezichthouders, waar het de Unierechtelijke vereisten inzake toezichthouders op absolute wijze liet voorgaan op de Grondwet via artikel 34 ervan.

De vergadering is het echter, na enige discussie, eens dat ook van de lidstaten meer verwacht mag worden. Ten eerste door de Europese Verdragen te wijzigen en daar de positie van de toezichthouders anders en desgevallend duidelijker te regelen. Ten tweede moeten lidstaten bezwaren tijdig formuleren. Er is reeds gewezen op de politieke besluitvorming op Unieniveau, waar lidstaten kennelijk geen constitutionele bezwaren opwerpen tegen toezichthouders. Dat bewijze het lopende wetgevingsproces om een toezichthouder rond duurzaamheid op te richten, waar geen enkele lidstaat zich verzet tegen de

invoering van een onafhankelijke toezichthouder. Ook de prejudiciële vraag-procedure is een te bewandelen, derde, pad: er zijn zeer weinig prejudiciële vragen over toezichthouders, terwijl die procedure, vergeleken met de inbreukprocedure, meer nuance en dialoog toelaat. Zowel in België als Nederland bestaan voorbeelden van zaken waarin dergelijke prejudiciële vraag nuttig was, maar niet gesteld werd. Inzetten op meer dialoog met de Unie wordt dan ook gepast geacht. Dat alles kan ook dienen om de eisen te veranderen op EU-niveau. Het arrest-ESMA toont aan dat het Hof van Justitie bereid is het geweer van schouder te veranderen, als de omstandigheden ook wijzigen.

De vergadering was het verder unaniem eens dat een grondwettelijke verankering van toezichthouders de voorkeur geniet. Er wordt wel opgemerkt dat dit niet noodzakelijk is voor het bestaan van of debat over de toezichthouders – zo blijkt eveneens uit beide preadviezen. Er bestaan ook wettelijke bepalingen over toezichthouders, zoals Unierechtelijke secundaire wetgeving, artikel 9 van de Bijzondere wet tot hervorming der instellingen in België⁴ en de Nederlandse Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.⁵ Toch is grondwettelijke verankering beter. Hier zijn verschillende redenen voor. Zo moeten machten en overheidsorganisatie in de Grondwet geregeld worden. Verder zou het ook kunnen leiden tot een betere dialoog met de Unie, bijvoorbeeld om een beroep op de nationale identiteit te ondersteunen. Er moet dan wel goed nagedacht worden over wat in die bepaling komt te staan: verantwoordingsplicht, onafhankelijkheid, bevoegdheden, waarborgen...

Tot slot boog de vergadering zich kort over de relevantie van de vorm van het nationale stelsel voor toezichthouders en de inrichting en werking ervan. In systemen met een sterke vertrouwensrelatie tussen parlement en uitvoerende macht worden toezichthouders en andere vormen van onafhankelijk bestuur eerder wantrouwig bekeken. Bij systemen met een zwak vertrouwen tussen beide, zoals in (semi-)presidentiële systemen, worden toezichthouders sneller aanvaard, omdat ze verder van de uitvoerende macht staan. België en Nederland zijn beide parlementaire systemen en de kritiek die in beide landen geldt tegen toezichthouders sluit aan bij deze theorie. In Nederland geldt een sterk primaat van de wetgever, wat de hevigere kritiek op toezichthouders zou kunnen verklaren. Een volledige vergelijking zou natuurlijk een (semi-)presidentieel systeem vereisen. Er wordt bovendien opgemerkt dat de ervaring in het presidentiële Verenigde Staten van Amerika met toezichthouders doet blijken dat er ook daar problemen rijzen en dat het Hooggerechtshof mogelijk in de nabije toekomst wijzigingen zal aanbrengen aan de werking ervan.

Uiteindelijk blijft de ultieme stok achter de deur dat de lidstaten de keuze hebben al dan niet deel uit te maken van de Unie, ook wanneer het aankomt op de onafhankelijkheidsvereisten die dat niveau oplegt aan toezichthouders.

De preadviezen en vergadering toonden aan dat België en Nederland vaak gelijkaardige bezwaren hebben rond toezichthouders en de Unierechtelijke regelgeving ter zake. De oplossingen daarentegen durven weleens te verschillen. Echter, dat de vergadering zich moest buigen over verschillende fundamentele constitutionele beginselen en hedendaagse vraagstukken om de staatsrechtelijke positie van de toezichthouder te bespreken, toont vooral één zaak aan: het staatsrecht bezit een enorme rijkdom aan interessante vraagstukken.

Floris Fonteyn⁶

⁴ Art. 9 Bijz.W. 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *BS* 15 augustus 1980, 9434.

⁵ Kaderwet 2 november 2006 zelfstandige bestuursorganen, *Stb.* 30 november 2006.

⁶ Mandaatassistent Staatsrecht, verbonden aan de onderzoeksgroep 'Overheid en Recht', Universiteit Antwerpen.

Afdeling Strafrecht: De opsporing in bijzondere strafwetgeving (preadviseurs: Eric Van Dooren voor België en Dian Brouwer voor Nederland)

1. SITUERING – De opsporing in de bijzondere strafwetten stond dit jaar centraal binnen de afdeling strafrecht.

Nederland en België transformeerden beide vanaf het einde van 19e eeuw van een nachtwakersstaat stilaan tot een moderne verzorgingsstaat zoals wij die vandaag kennen. Deze evolutie ging – vooral na de Tweede Wereldoorlog – gepaard met een explosieve groei aan regelgeving. Op talloze levensdomeinen greep de overheid in, door te voorzien in regulering waaraan steevast een handhavingssupplement werd toegevoegd dat zich situeerde buiten het gemeen strafrecht om. Er werden dan ook talloze bijzondere strafwetten ingevoerd, die incriminaties bevatten buiten het Strafwetboek.

Die bijzondere strafwetten, die zich onderscheiden in een verzameling misdrijfschrijvingen die specifiek zijn toegesneden op de deelmaterie die in de betreffende wetgeving wordt geregeld (ook wel ordeningsrecht genoemd), kenmerken zich veelal in van het gemeen strafprocesrecht afwijkende procedureregels en de betrokkenheid van speciaal voor dit deeldomein opgerichte overheidsentiteiten die met de handhaving ervan zijn belast. Dat laatste heeft ongetwijfeld verregaande consequenties voor de opsporing, hetgeen de relevantie van het thema in de preadviezen onmiddellijk aantoonde.

Gelet op de grote diversiteit binnen de bijzondere strafwetten en met het oog op een nuttige rechtsvergelijking tussen Nederland en België, werd er door de preadviseurs voor geadviseerd de bespreking tot die twee deeldisciplines te beperken die voor de rechtspraktijk een grote relevantie vertonen: het sociaal strafrecht en het fiscaal strafrecht.

Reeds bij aanvang van de vergadering werd duidelijk dat de Nederlandse en Belgische regeling van de opsporing in de bijzondere strafwetgeving voor deze twee materies – op zijn minst gezegd – grote verschillen vertonen.

Anders dan in België, heeft Nederland wat de handhaving van de bijzondere strafwetgeving betreft reeds in jaren '50 van de vorige eeuw een verregaande harmonisatie doorgevoerd. Er is zelfs sprake van een werkelijke deelcodificatie van het bijzondere strafrecht, althans wat de handhaving ervan betreft, die verloopt via de Wet op de economische delicten (WED).⁷ Bijgevolg verloopt de strafrechtelijke handhaving in Nederland voor vrijwel alle bijzondere strafwetten volgens de uniforme regels die in de WED worden bepaald. Dat staat in schril contrast met de situatie in België, waar ~~van~~ de handhaving ligt verspreid over de verschillende wetgevende akten die elk van de deeldisciplines regelen, met elk hun eigenheden en bijzonderheden. Van harmonisatie ~~noeh~~ of codificatie is bijgevolg allerminst sprake. Daarnaast kenmerken deze deeldisciplines zich door hun duale handhavingssystemen waarbij zowel het Openbaar Ministerie (hierna: OM) als de betrokken administratie een gevolg kunnen geven aan het misdrijf uit de bijzondere strafwet.

Bovenstaande geldt evenzeer voor de in de preadviezen besproken deeldisciplines sociaal strafrecht en fiscaal strafrecht, waarbij in deze laatste discipline het douanestrafrecht nog een bijzondere positie inneemt ten aanzien van andere fiscale misdrijven. Wat de douanemisdrijven betreft, kan de administratie de strafvordering zelf volkomen eigenhandig uitoefenen zonder enige tussenkomst vanwege het OM, althans voor zover er geen gevangenisstraf wordt gevorderd.

⁷ Wet van 22 juni 1950, Stb. 1950, K 258, die in werking is getreden op 1 mei 1951.

2. OVER SAMENWERKINGSVERBANDEN, GEGEVENSUITWISSELING, OVERLEGSTRUCTUREN EN HUN CONSEQUENTIES IN HET LICHT VAN BEPAALDE GRONDRECHTEN

(Het diffuus karakter van de vervolgings- en opsporingsprerogatieven in België, wat de deeldisciplines onderling alsook binnen de disciplines zelf betreft, in tegenstelling tot de Nederlandse situatie, kwam reeds aan bod bij het eerst vraagpunt waarover de vergadering zich boog.)

In België wordt het fiscaal strafrecht getypeerd door het bestaan van een samenwerkingsverbod tussen de belastingambtenaren en het OM.

In het sociaal strafrecht geldt dergelijke beperking niet en kan het OM de sociaal inspecteurs op grond van zijn vorderingsrecht, verplichten hun medewerking te verlenen bij een strafrechtelijk onderzoek.

De wetgever heeft zich gevoelig getoond voor bekommernissen vanuit de advocatuur betreffende de wapengelijkheid en heeft met de invoering van het ‘Charter van de belastingplichtige’ bij wet van 4 augustus 1986 een werkelijke demarcatie tot stand gebracht tussen de belastingadministratie en de gerechtelijke overheden betreffende hun respectieve-onderzoeksprerogatieven.

De laatste jaren is het samenwerkingsverbod wel gemilderd, doordat er thans werd voorzien in de detachering van fiscale ambtenaren naar de gerechtelijke overheden en politiediensten. Verder voorziet de wet sedert 2022 ook in de oprichting van multidisciplinaire onderzoeksteams.⁸ Dergelijke teams zijn in tegenstelling tot de voormelde detachering steeds dossiergebonden en dus tijdelijk. In beide gevallen hebben die fiscale ambtenaren de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie, waardoor ze in beginsel gerechtigd zijn zelfstandig onderzoekshandelingen te verrichten die zij ontleen aan het Wetboek van Strafvordering. Toch is in beide gevallen van een werkelijke samenloop van bevoegdheden met die van de fiscale ambtenaar geen sprake en verliest laatstgenoemde dergelijke bevoegdheden van zodra hij als officier van gerechtelijke politie wordt aangewezen.

Een derde uitzondering op het principiële samenwerkingsverbod kwam tot stand door de creatie van het *una via*-overlegmodel. Door de wet van 5 mei 2019⁹ werd de belastingadministratie ertoe verplicht melding te doen aan het OM wanneer zij stuit op ‘ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd’. Dit ruime begrip, waarvan de inhoudelijke invulling werd geïnspireerd door de witwaswetgeving, werd vervolgens gespecificeerd en nader omschreven in een navolgend uitvoeringsbesluit. In voorkomend geval zal er op initiatief van het OM wel een samenwerking plaatsvinden in de vorm van een overleg met de belastingadministratie (eventueel aangevuld met de politiediensten). Het overleg heeft tot doel te bepalen op welke manier aan de ernstige fraude gevolg zal worden gegeven, meer bepaald de keuze om strafrechtelijk op te sporen, dan wel de verdere afhandeling te laten gebeuren door de administratie die zonodig de verschuldigde belastingen zal innen, eventueel vermeerderd met een bestuurlijke geldboete of belastingverhoging.

Vanuit Nederlands perspectief vindt men het opmerkelijk dat zoiets bestaat als een samenwerkingsverbod. Nederland is er juist op gericht om in een optimale samenwerking tussen toezichtambtenaren en opsporingsambtenaren te voorzien, waardoor er feitelijk geen beperking is op de

⁸ COL 2/2023 (Oprichting van de “MOTEM’s” (multidisciplinaire onderzoeksteams) binnen het kader van de artikelen 338quater van het Wetboek van de inkomstenbelastingen en 63ter van het Wetboek van de BTW).

⁹ Wet van 5 mei 2019 houdende diverse bepalingen in strafzaken en inzake eredienszaken, en tot wijziging van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie en van het Sociaal Strafwetboek, BS 24 mei 2019.

inzet van belastingambtenaren in de latere opsporingsfase. Efficiëntie-overwegingen spelen hierbij een doorslaggevende rol. Zo is er in Nederland een werkelijk expertisecentrum ontstaan, waarin informatie wordt uitgewisseld over mogelijk onderzoek over grote fraudezaken met onder meer internationale aspecten.

In Nederland lijkt het Belgische samenwerkingsverbod m.a.w. niet denkbaar. Toch zijn de uitgebreide samenwerkingsverbanden die daar bestaan evenmin vrij van kritiek. Evenwel lijkt het argument van de wapengelijkheid in Nederland nooit te zijn aangewend om de nadelige effecten van de samenwerking tussen verschillende toezichts- en opsporingsdiensten te bekritisieren.

Wat het fiscaal strafrecht betreft kent ook Nederland een geïnstitutionaliseerde samenwerking in de vorm van een tripartite-overleg (hierna: TPO). Dit komt erop neer dat een door de bevoegde ambtenaar opgesteld proces-verbaal moet worden doorgestuurd naar het betrokken bestuur dat het vervolgens doorstuurt naar het OM. Die inzend- en doorzendregeling heeft zich in Nederland vervolgens ontwikkeld tot een overlegstructuur (TPO), dat ietwat gelijkenis vertoont met het Belgische *una via*-overleg. In Nederland blijkt dit overlegmodel evenwel eerder te fungeren als een filter in het licht van de beschikbare capaciteit en niet zozeer te zijn toegespitst op de afweging tussen strafrechtelijke -of administratieve afhandeling. Verder bestaat er in Nederland wel een soortgelijke scheiding tussen enerzijds de controlerende en toezichthoudende fiscale ambtenaren en anderzijds diegene die met de werkelijke opsporing van de fiscale misdrijven worden belast (gewone en buitengewone opsporingsambtenaren), maar verhindert dat geenszins een onderlinge samenwerking.

De Nederlandse leden wijzen er wel op dat bij gebrek aan een vergelijkbaar samenwerkingsverbod, toezicht en opsporing dermate kunnen convergeren dat dit problematisch kan voorkomen. Dit bewijst dat de juridische grondslag van een dergelijk verbod ook in Nederland relevant kan zijn. Zo kunnen toezichthoudende overheden (inzonderheid TRAFI (Team Research Analyse Fiscale/Financiële Informatie)) op grond van fraudesignalen hun toezichtsbevoegdheden aanvatten, terwijl dit in werkelijkheid reeds een opsporing betreft zonder dat hierbij de betrokken wettelijke bepalingen in acht dienen te worden genomen. Dergelijke werkwijze lijkt aan rechterlijke controle te ontsnappen, aangezien de toezichthoudende overheden zich vaak voor de aanvang van de TPO zullen hebben teruggetrokken en de notulen van de TPO doorgaans geen onderdeel uitmaken van het strafdossier. Hierbij dient er rekening mee te worden gehouden dat in tegenstelling tot België het vooronderzoek in Nederland in beginsel zonder actieve rechterlijke tussenkomst verloopt en het bijgevolg enkel de vonnisrechter zal zijn die zich eventueel over de onregelmatigheden zal kunnen uitspreken en dan nog slechts indien deze 'aannemelijk' worden gemaakt, wat de verdediging opzadelt met een vrijwel onmogelijke taak.

In Nederland wordt bovendien voorzien in zgn. convenanten die worden gesloten zoals zuiver privaatrechtelijke overeenkomsten en die tot doel hebben in de uitwisseling van gegevens te voorzien tussen verschillende entiteiten. Daarbij wordt verondersteld dat wat door de ene dienst rechtmatig is verkregen, voor een veelheid van doeleinden mag gedeeld worden met andere overheidsdiensten en zelfs particuliere instanties. Dit vormt a.h.w. de overtreffende trap ten aanzien van de Belgische regeling. Deze vorm van gegevensuitwisseling – en aldus samenwerking – wordt niet meer als een strafrechtelijk vraagstuk behandeld, maar eerder als een vraagstuk over privacy. Op die manier kan in werkelijkheid nooit meer de oorsprong van de uitgewisselde informatie worden achterhaald. In wezen komt het erop neer dat men dan wel de eenmaking van de rechtshandhaving beoogt, maar dit niet doortrekt in de rechtsbescherming.

Volgens de Nederlandse preadviseur betreft dit gebrek aan transparantie en rechterlijke controle, een werkelijk 'handhavingstekort' in de huidige regeling betreffende de samenwerkingsverbanden en gegevensuitwisseling tussen de verschillende entiteiten die met taken van toezicht, controle, opsporing of vervolging zijn belast. Hij pleit daarom voor minstens een objectieveerbare toets van de toegepaste grond van gegevensuitwisseling, in combinatie met strakker omschreven 'gegevensverstrekkingdoelen'. Een bijkomend criterium zou daarbij moeten zijn dat het nadeel dat de betrokkenen door de samenwerking en daaruit voortkomende gegevensuitwisseling (die onomkeerbaar is) lijdt, wordt afgewogen tegen het doel van de gegevensverstrekking, wat neerkomt op een proportionaliteitstoets. Dit zou volgens de Nederlandse preadviseur moeten worden beoordeeld per afzonderlijk dossier, zodat de rechter toch minstens in staat wordt gesteld controle uit te oefenen en zo de oorsprong van de aanvankelijke gegevensverstrekking kan achterhalen.

Een en ander doet besluiten dat een samenwerkingsverbod wel degelijk zinvol kan zijn binnen het fiscaal strafrecht, en een demarcatie tussen de toezichthoudende entiteiten en diegene die met de werkelijk opsporing van de misdrijven zijn belast wel degelijk nuttig kan zijn in het licht van enkele grondrechten, inzonderheid het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel dat daaruit werd afgeleid.

Wat het sociaal strafrecht betreft ligt dat mogelijk anders, daar het een andere finaliteit heeft. De opdracht van de belastingadministratie om een fiscale schuld te innen, ontbreekt er en lijkt bovenstaande bezwaren dan ook te temperen.

De vergadering besluit dat, in het licht van de gevaren die gepaard gaan met een ongebreidelde mogelijkheid van gegevensdoorstroming tussen verschillende overheidsentiteiten die al naar gelang het geval met het toezicht, de controle, de opsporing of de vervolging van misdrijven zijn belast, restricties aangaande samenwerkingsverbanden wel degelijk relevant zijn.

3. OVER VERSCHILLEN IN OPSPORINGSBEVOEGDHEDEN EN DE AANWENDING ERVAN BINNEN DE OPSPORING EN HET TOEZICHT

Verder kwamen de verschillen tussen de Nederlandse en de Belgische regeling ook uitdrukkelijk op de voorgrond bij de vraagpunten die betrekking hadden op de bevoegdheden die aan de ambtenaren van de respectieve administraties worden verleend, alsook op de mate waarin zij deze kunnen aanwenden en hierbij over een vrije beoordelingsbevoegdheid beschikken.

De Belgische regeling gaat allicht het verst, in die zin dat het bepaalde administraties toelaat indirect tussen te komen in de strafrechtelijke vervolging en wat de douane betreft zelfs autonoom de strafvordering uit te oefenen zonder tussenkomst van het Openbaar Ministerie.

Dat laatste is in Nederland ondenkbaar in het licht van het strikt vervolgingsmonopolie waarover het OM beschikt. Het is dan ook in beginsel uitgesloten dat de administraties zelf strafvervolging instellen. Onmiddellijk dienen hierbij enkele kanttekeningen te worden geplaatst. De administraties kunnen immers wel degelijk invloed uitoefenen op het OM. Zo blijkt tijdens het tripartite overleg (TPO) de beslissing aangaande het instellen van de strafvordering de facto niet enkel bij het OM te liggen. Wanneer er wordt gekozen voor strafrechtelijke vervolging, wordt een proces-verbaal opgesteld en worden vervolgens de politiediensten aan het werk gezet. De onafhankelijkheid van het OM lijkt hier niet door te wegen doordat de administratie zelf beslist wat zij doorzendt met oog op strafrechtelijke vervolging. Het OM kan het proces-verbaal ook steeds terugsturen naar de administratie. Verder wordt in Nederland ter handhaving van bepaalde rechtsdomeinen vaak geopteerd voor de oprichting van allerlei bestuurlijke entiteiten met quasi-vervolgende bevoegdheden, die zelf boetes kunnen opleggen

en in hun handhaving eigenlijk autonoom zijn. Slechts indien dergelijke entiteit oordeelt dat er gevangenisstraf is aangewezen of generale preventieoverwegingen doorwegen, zullen de feiten aan het OM worden gemeld. In dat opzicht is er dus wel een vergelijking mogelijk met België wat de douanevervolging betreft.

Overigens dient hierbij te worden opgemerkt dat in België de fiscale administratie als derde kan tussenkomen in de strafprocedure, waar door de berechting van de fiscale misdrijven zal plaatsvinden samen met het bepalen van de belastingschuld die wordt beoordeeld volgens de regels van het fiscaal recht. In Nederland is de afwikkeling van de fiscale vordering binnen het strafproces niet gekend.

Vanuit Nederlands perspectief werd als een van de vraagpunten naar voren geschoven of een theoretische afbakening tussen het toezicht en de opsporing bevredigend werkt voor de praktijk, gezien niet uit te sluiten valt dat dergelijk toezicht er in wezen toe strekt voorafgaand aan de opsporingsfase reeds zgn. 'opwerk-onderzoek' te verrichten en de regels die voor de opsporing gelden alzo te omzeilen. Met andere woorden: dergelijk theoretisch onderscheid lijkt niet uit te sluiten dat men in feite een toezichthouder stuurt voor het verrichten van opsporingshandelingen.

Dergelijke vraag lijkt wat het fiscaal strafrecht in België betreft overbodig, gelet op de demarcatie die ter zake ingevolge het 'Charter van de belastingplichtige' werd vooropgesteld. De fiscale ambtenaren kunnen immers bijkomend worden bekleed met de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie. Dienaangaande is er ook geen probleem, gezien er bij de tijdens het toezicht vastgestelde onregelmatigheden allicht altijd sprake zal zijn van opzet, hetgeen een fiscaal misdrijf veronderstelt. Het kantelmoment tussen toezicht en opsporing zal dus doorgaans zeer snel aan de orde zijn.

Wat de bevoegdheden inzake toezicht en opsporing van de sociaal inspecteurs in het kader van het sociaal strafrecht betreft, kan hierbij worden verwezen naar hun autonome beoordelingsbevoegdheid en het gebrek aan de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie, die hoewel de wet erin voorziet tot op heden niet werd geïmplementeerd. Bij hun optreden dienen zij ook in alle gevallen rekening te houden met de beginselen van finaliteit en proportionaliteit, en is het Openbaar Ministerie nooit gebonden door wat voorheen door de sociaal inspecteurs werd beslist en ondernomen. Omgekeerd zijn de sociaal inspecteurs wel steeds gebonden door de vorderingen die het OM aan hen richt.

4. OVER DE WENSELIJKHEID VAN BEIDE SYSTEMEN EN DE NOODZAAK TOT EVENTUELE HERVORMING

Ter afsluiting werd de vraag gesteld naar de wenselijkheid van een harmonisering inzake de opsporing van misdrijven uit de bijzondere strafwetgeving en of de verregaande vorm aan harmonisering zoals deze in Nederland bestaat als leidraad kan worden beschouwd.

De Belgische preadviseur benadrukte de relevantie van deze vraag voor België, gezien in de loop van de dag duidelijk was geworden dat er in België volstrekt geen harmonisering of coördinatie bestaat tussen de verschillende behandelde disciplines. Er gelden historisch gegroeide separate regelingen. Is er in België nood aan een uniforme regeling die de handhaving van deze bijzondere strafwetten stroomlijnt, naar Nederlands model?

De preadviseur aan Nederlandse zijde wees er hierbij echter op dat harmonisering ook nadelen kent. Eén wettelijk kader hanteren ter regulering van de handhaving van alle bijzondere strafwetten kan immers ertoe leiden dat aan de eigenheden die bepaalde strafrechtelijke deeldisciplines kenmerken, wordt verzaakt en deze zich niet eenvoudig lenen tot handhaving binnen de systematiek die de WED

kent. Uniformiseren lijkt vanuit dat opzicht haaks te staan op de aard van de bijzondere strafwetten en de verschillen in de te handhaven materies.

Hoewel in het Belgische strafrecht een dergelijke harmonisering volstrekt ontbreekt, mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat ook bepaalde deeldisciplines reeds intern werden geharmoniseerd in de vorm van deelcodificaties. Te denken valt aan het sociaal strafrecht en het economisch strafrecht. De vraag is dan of er een denkoefening dient te gebeuren om bepaalde bijzondere wetten binnen deze reeds bestaande handhavingsmechanismen te integreren, of dat het de voorkeur geniet deze alle te integreren binnen één handhavingsmechanisme zoals in Nederland het geval is. Dat laatste lijkt volgens de vergadering voor België niet de voorkeur te genieten. Een systeem zoals in Nederland waarbij de WED wordt toegepast op sectoren die geen enkele link hebben met de economische handhaving wordt alvast niet ideaal geacht. Bovendien laten de specifieke kenmerken van het sociaal strafrecht en fiscaal strafrecht dergelijke harmonisering niet toe. Wel kan het uitzonderlijke karakter van het douanestrafrecht als problematisch worden ervaren. De invoering van het Europees Openbaar Ministerie zal evenwel onvermijdelijk leiden tot een verdere integratie van het douanestrafrecht in het fiscaal strafrecht.

Kiezen we voor de Belgische fragmentarisering van de bijzondere wetgeving en handhavingsmechanismen, of voor uniformiteit en duidelijkheid die de Nederlandse wetgeving ter zake biedt? Wellicht zijn de verschillen ter handhaving van de bijzondere strafwetten zo inherent aan onze onderscheiden rechtssystemen en zo diep geworteld, dat de vraag dermate hypothetisch is dat zij geen antwoord behoeft.

Onno Vancoillie¹⁰

¹⁰ Onderzoeksassistent Strafrecht Universiteit Gent, advocaat.