

ANNOTATIE

Prejudiciële vraag omtrent artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 14-12-2021, ECLI:NL:HR:2021:1841 (SR-2021-0375)

Commentaar bij HR 14 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1841.

Het openbaar ministerie klaagt over het oordeel van het hof dat de verdachte zich niet schuldig heeft gemaakt aan overtreding van de meldplicht van artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004. De steller van de klacht voert aan dat in deze zaak de verdachte is aan te merken als 'marktdelnemer' zoals bedoeld in artikel 2 onder d Verordening (EG) 273/2004 en dat – gelet op het doel van de Verordening – moet worden aangenomen dat het begrip 'voorval' zoals bedoeld in artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004 ruim moet worden uitgelegd.

Het hof heeft ten aanzien van de vrijspraak overwogen dat de aan verdachte ten laste gelegde schending van de meldplicht van verdachte gebaseerd is op de Verordening (EG) 273/2004. Drugsprecursoren zijn grondstoffen die niet alleen kunnen worden gebruikt voor de vervaardiging van legale chemische producten, maar kunnen ook worden misbruikt voor de illegale productie van drugs. Het met deze verordeningen ingestelde controlesysteem is bedoeld om te voorkomen dat deze stoffen worden gebruikt voor de illegale productie van verdovende middelen en psychotrope stoffen. Omdat het merendeel van deze stoffen ook voor talloze legale doeleinden kan worden gebruikt en de handel in deze stoffen in beginsel legaal is, kan de handel in deze stoffen niet algemeen worden verboden. In Europese verordeningen – waaronder de genoemde Verordening (EG) 273/2004 – zijn daarom maatregelen genomen om het juiste evenwicht te vinden tussen enerzijds de wens te voorkomen dat drugsprecursoren in handen komen van illegale drugsproducenten en anderzijds het streven om de chemische bedrijfstak in staat te stellen nuttige en legale toepassingen aan deze stoffen te blijven geven.

De aan de verdachte ten laste gelegde schending van de meldplicht is toegesneden op artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004. Het hof haalt de bepaling aan en overweegt dat het begrip ‘marktdelnemer’ in artikel 2 onder d Verordening (EG) 273/2004 ruim wordt omschreven als: ‘elke natuurlijke of rechtspersoon die betrokken is bij het in de handel brengen van geregistreerde stoffen’. Het hof acht de verdachte weliswaar aan te merken als een marktdelnemer in de genoemde zin. Echter, gelet op zowel de strekking van de genoemde verordening – waarbij onder andere met vergunnings-, registratie- en meldingsplichten wordt getracht een juist evenwicht tussen illegale en legale praktijken te bewerkstelligen – als die van de delictsomschrijving van artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004, acht het hof de aard van de ten laste gelegde en feitelijk verrichte gedragingen van de verdachte en de omstandigheden waaronder deze plaatsvonden – zijnde het vervoeren en/of ontvangen en/of opslaan en/of voorhanden hebben van geregistreerde stoffen – niet zodanig dat in casu sprake is van een meldingsplichtig ‘voorval’, zoals bedoeld in artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004.

De Hoge Raad haalt de overwegingen 1, 2, 3, 6, 10, 11, 12 en 13 van de preambule van Verordening (EG) 273/2004 en artikel 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10 en 12 voor zover relevant van de Verordening (EG) 273/2004, zoals gewijzigd door Verordening (EU) 1258/2013, artikel 1 en 2 van het Kaderbesluit 2004/757, artikel 2 van de Wet voorkoming misbruik van chemicaliën verbiedt handelen in strijd met (onder meer) artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004, artikel 2, 10 en 10a Opiumwet, zoals die gold ten tijde van het ten laste gelegde aan en overweegt dat de rechtbank Oost-Brabant in een eerder verzoek om een prejudiciële beslissing vragen heeft gesteld aan het HvJ EU over de uitleg van de begrippen ‘geregistreerde stof’ en ‘marktdelnemer’ zoals bedoeld in artikel 2 onder a en onder d Verordening (EG) 273/2004. Aan de beantwoording van de vraag over de uitleg van het begrip ‘marktdelnemer’ is het HvJ EU in die procedure niet toegekomen (ECLI:EU:C:2015:85). Ook naar aanleiding van enkele andere verzoeken om een prejudiciële beslissing heeft het HvJ EU zich uitgesproken over het begrip ‘geregistreerde stof’ zoals bedoeld in artikel 2 onder a Verordening (EG) 273/2004 (ECLI:EU:C:2015:59 en ECLI:EU:C:2017:171).

De Hoge Raad overweegt dat het uitgangspunt bij het verzoek om een prejudiciële beslissing is dat ten laste van de verdachte in deze zaak in hoger beroep is bewezen verklaard dat hij – kort gezegd – Opiumwetdelicten heeft voorbereid dan wel bevordert, door geregistreerde stoffen op te halen bij een chemisch bedrijf in Luik en vervolgens te vervoeren naar en op te slaan op verschillende locaties in Nederland. De vraag die in cassatie wordt opgeworpen is of het hof heeft miskend dat de verdachte zich daarmee tevens schuldig heeft gemaakt aan overtreding van de in artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004 neergelegde verplichting voor marktdelnemers om voorvallen met betrekking tot geregistreerde stoffen bij de bevoegde

autoriteiten te melden. Overtreding van dit voorschrift moet op grond van artikel 12 Verordening (EG) 273/2004 worden bedreigd met doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties. Naar Nederlands recht levert die overtreding een economisch delict op.

De in de Nederlandse Opiumwet strafbaar gestelde gedragingen vormen onder meer een implementatie van Kaderbesluit 2004/757/JBZ. Dit kaderbesluit bevat voorschriften voor de EU-lidstaten over het bestraffen van verschillende gedragingen met betrekking tot illegale handel in drugs en in precursoren. Artikel 2 lid 1 aanhef en onder d Kaderbesluit 2004/757/JBZ schrijft voor dat iedere lidstaat ervoor zorgt dat het vervaardigen, vervoeren of distribueren van precursoren in de wetenschap dat deze zullen worden gebruikt voor het illegaal produceren of vervaardigen van drugs, zal worden bestraft. Kaderbesluit 2004/757/JBZ is in Nederland geïmplementeerd met de Wet van 1 juni 2006, *Stb.* 2006, 292. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot deze wet, blijkt dat artikel 10a lid 1 aanhef en onder 3^o Opiumwet uitvoering geeft aan de in artikel 2 lid 1 aanhef en onder d Kaderbesluit 2004/757/JBZ opgenomen verplichting (*Kamerstukken II* 2005/06, 30339, nr. 3, p. 10).

De Hoge Raad overweegt dat het hof het handelen van de verdachte in de onderhavige zaak heeft gekwalificeerd als strafbaar onder artikel 10a Opiumwet. Als het handelen van de verdachte ook een strafbare overtreding oplevert van artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004, omdat de verdachte als marktdeelnemer heeft verzuimd een voorval te melden met betrekking tot geregistreerde stoffen, maakt de verdachte zich met de overtreding van artikel 10a Opiumwet tegelijkertijd ook schuldig aan overtreding van artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004. Het is de vraag of de Uniewetgever heeft beoogd dat een (rechts)persoon zich als gevolg van een en dezelfde gedraging schuldig maakt aan beide strafbare feiten. Met Verordening (EG) 273/2004 wordt getracht het in het Kaderbesluit 2004/757/JBZ genoemde gedrag, namelijk de illegale drugshandel, te voorkomen, door een verplichting op te leggen aan marktdeelnemers om voorvallen met betrekking tot geregistreerde stoffen te melden. De Uniewetgeving zou daarom ook zo kunnen worden begrepen dat een duidelijke afbakening is beoogd tussen de gedragingen die volgens deze Uniewetgeving strafbaar moeten worden gesteld: ofwel de verdachte maakt zich – als marktdeelnemer – schuldig aan het overtreden van de meldingsplicht van artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004, ofwel de verdachte maakt zich schuldig aan het overtreden van een van de op grond van het Kaderbesluit strafbaar te stellen gedragingen (de Opiumwetdelicten zelf).

Bij een andere uitleg, die inhoudt dat ook de verdachte die zich schuldig maakt aan volgens Kaderbesluit 2004/757/JBZ strafbaar te stellen gedragingen met betrekking tot geregistreerde stoffen, moet zijn voldoen aan de in artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004 bedoelde meldplicht, is bovendien de vraag wat de consequenties daarvan (kunnen) zijn gelet op het

nemo tenetur-beginsel, zoals dit voortvloeit uit onder meer artikel 47 en 48 Handvest en artikel 6 EVRM. Uit jurisprudentie van het EHRM en uit het Handvest volgt dat dit beginsel in de weg kan staan aan een vervolging en bestraffing van de verdachte wegens strafbare feiten op basis van door de verdachte onder dwang – daaronder begrepen: onder dreiging van strafrechtelijke sancties – verschaft informatie, voor zover die informatie een door hem afgelegde, al dan niet in een document vervatte, verklaring betreft. Niet ondenkbaar is dat de verdachte – als hij zijn eigen strafbare handelen op grond van de meldplicht van de Verordening zou melden – als gevolg daarvan vervolging en bestraffing wegens overtreding van de Opiumwet zou kunnen ontlopen, althans dat complicaties optreden bij die vervolging en bestraffing. In ECLI:NL:PHR:2021:848 wordt gewezen op een vergelijkbare meldplicht, opgenomen in artikel 33 Richtlijn (EU) 2015/849. In artikel 37 van deze richtlijn is bepaald dat melding te goeder trouw door een meldingsplichtige entiteit tot geen enkele vorm van aansprakelijkheid leidt. Verordening (EG) 273/2004 bevat geen vergelijkbare clauseule en biedt dus – anders dan voornoemde richtlijn – geen bescherming tegen mogelijke inbreuken op het nemo tenetur-beginsel.

Tegen deze achtergrond rijst de vraag op welke wijze uitleg moet worden gegeven aan de begrippen ‘marktdeelnemer’ en ‘voorval’ als bedoeld in Verordening (EG) 273/2004. Als beide begrippen ruim worden geïnterpreteerd, waardoor op de verdachte in deze zaak een meldplicht rust, doen de genoemde consequenties zich sterker voelen. Dat ligt anders als aan beide of aan één van beide begrippen een beperktere uitleg wordt gegeven. Daarbij kan worden gewezen op het volgende.

Het hof heeft met betrekking tot het begrip ‘marktdeelnemer’ in deze zaak kennelijk een ruime uitleg gehanteerd, in de zin dat het begrip ‘marktdeelnemer’ ook ziet op een verdachte wiens gedragingen tevens een op basis van het Kaderbesluit strafbaar te stellen feit oplevert. Het heeft de verdachte immers als marktdeelnemer aangemerkt op basis van de vaststellingen dat de verdachte chemicaliën heeft opgehaald bij een chemisch bedrijf en deze heeft vervoerd naar en opgeslagen op verschillende plaatsen in Nederland, terwijl hij voor diezelfde gedragingen is veroordeeld voor overtreding van artikel 10a Opiumwet. Deze ruime uitleg brengt mee dat eenieder die zich bezighoudt met het vervoeren en opslaan van geregistreerde stoffen kan worden aangemerkt als marktdeelnemer, op wie – in geval van een voorval – een meldplicht rust. Een argument voor deze benadering is dat het begrip ‘marktdeelnemer’ in de Verordening ruim wordt omschreven, namelijk als ‘elke natuurlijke of rechtspersoon die betrokken is bij het in de handel brengen van geregistreerde stoffen’. Met een ruime uitleg wordt ook bereikt dat de in de Verordening genoemde verplichtingen, waarmee – kort gezegd – wordt beoogd misbruik van drugsprecursoren te voorkomen, voor een zo groot mogelijk aantal personen gelden. Het gaat daarbij niet alleen om de al genoemde meldplicht van artikel

8 lid 1, maar ook om de andere in Verordening (EG) 273/2004 opgenomen en tot de marktdeelnemer gerichte voorschriften over het in de handel brengen van geregistreerde stoffen, het zorgdragen voor afnemersverklaringen, het documenteren van transacties en het etiketteren van geregistreerde stoffen van categorie 1 of 2 van bijlage I.

De Hoge Raad overweegt dat een beperktere uitleg van het begrip, die inhoudt dat alleen natuurlijke personen en rechtspersonen die zich niet bezighouden met de op basis van het Kaderbesluit strafbaar te stellen handel in geregistreerde stoffen als marktdeelnemer worden aangemerkt, echter nauw aansluit bij de wijze waarop het begrip marktdeelnemer is omljnd bij het voorstel tot wijziging van Verordening (EG) 273/2004 (COM(2012)548). In de toelichting op de achtergrond van dat voorstel worden marktdeelnemers onder het kopje 'Algemene context' aangeduid als 'fabrikanten, distributeurs, makelaars, importeurs, exporteurs en groothandelaren van chemische stoffen die zich bezighouden met de legitieme handel in drugsprecursoren'. Hierin kan een bevestiging worden gevonden van het standpunt dat aan de Verordening niet de bedoeling ten grondslag ligt om eenieder die zich bezighoudt met enige vorm van handel in geregistreerde stoffen, ook als het gaat om illegale gedragingen, te beschouwen als 'marktdeelnemer'. Deze interpretatie leidt tot een sluitende systematiek in het Unierecht waarbij Verordening (EG) 273/2004 en Kaderbesluit 2004/757/JBZ van elkaar afgebakende strafbaar gestelde of strafbaar te stellen gedragingen bevatten en waarbij wordt voorkomen dat een verdachte zich tegelijkertijd schuldig kan maken aan het overtreden van de meldplicht zoals bedoeld in artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004 als hij zich schuldig maakt aan Opiumwetdelicten. Bij deze benadering hoeft de verdachte eigen strafbare feiten met betrekking tot geregistreerde stoffen niet te melden, hetgeen uit het nemo tenetur-beginsel voortkomende complicaties uitsluit.

Een andere wijze om een goede afbakening te bevorderen tussen de in de Verordening (EG) 273/2004 en het Kaderbesluit 2004/757/JBZ omschreven gedragingen, kan worden gevonden in het geven van een beperkte uitleg aan het begrip 'voorval'. Die beperkte uitleg houdt in dat het begrip 'voorval' geen betrekking heeft op gedragingen die in rechtstreeks verband staan met door de marktdeelnemer zelf gepleegde – en op basis van het Kaderbesluit strafbaar te stellen – strafbare feiten. Tegen een dergelijk beperkte uitleg van het begrip 'voorval' pleit de formulering van artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004. De bepaling spreekt immers over 'elk voorval, zoals ongewone orders voor of transacties met geregistreerde stoffen, dat erop kan wijzen dat deze in de handel te brengen stoffen wellicht worden misbruikt om verdovende middelen of psychotrope stoffen op illegale wijze te vervaardigen'. De in deze zaak aan de orde zijnde gedragingen – het vervoeren en opslaan van geregistreerde stoffen – lijken daaronder te kunnen worden geschaard.

In het geval dat aan het begrip 'voorval' niet de hiervoor genoemde beperkte uitleg zou moeten

worden gegeven, is nog voor de beoordeling van de onderhavige strafzaak van belang de in ECLI:NL:PHR:2021:848 onder 40-44 en 49 opgeworpen vraag of bij de interpretatie van dat begrip ook de aard van de gedragingen betrokken moet worden in die zin dat die gedragingen gericht moeten zijn op het (rechtstreeks) in handen stellen van geregistreerde stoffen aan een derde. In die benadering zou geen sprake zijn van een voorval als het vervoeren en opslaan van geregistreerde stoffen gebeurt met als doel daar zelf – alleen of samen met anderen – Opiumwetdelicten mee te plegen.

Het voorgaande maakt duidelijk dat de begrippen ‘marktdeelnemer’ en ‘voorval’ als bedoeld in Verordening (EG) 273/2004 verschillend kunnen worden uitgelegd. Het antwoord op de vraag welke uitleg moet worden gegeven aan deze begrippen is van belang voor de uitkomst van de voorliggende zaak. De reikwijdte van de meldingsplicht zoals neergelegd in artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004 kan ten slotte ook consequenties hebben voor de verhouding met op grond van artikel 2 lid 1 aanhef en onder d Kaderbesluit 2004/757/JBZ strafbaar te stellen gedragingen en het nemo tenetur-beginsel, zoals dit voortvloeit uit onder meer artikel 47 en 48 Handvest.

De Hoge Raad verzoekt alvorens verder te beslissen het HvJ EU uitspraak te doen over Verordening (EG) 273/2004 zoals gewijzigd door Verordening (EU) 1258/2013 met betrekking tot de volgende vragen.

1. Moeten natuurlijke personen en rechtspersonen die op zodanige wijze betrokken zijn bij het in de handel brengen van geregistreerde stoffen dat die betrokkenheid een op grond van artikel 2 lid 1 aanhef en onder d Kaderbesluit 2004/757/JBZ strafbaar te stellen feit oplevert, worden aangemerkt als ‘marktdeelnemer’ als bedoeld in artikel 2 onder d Verordening (EG) 273/2004?

Indien het antwoord op deze eerste vraag bevestigend luidt:

2a. Leveren die gedragingen van de onder 1 bedoelde marktdeelnemer een ‘voorval’ als bedoeld in artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004 op?

2b. Zijn gedragingen als het ontvangen, vervoeren en opslaan van geregistreerde stoffen een ‘voorval’ als bedoeld in artikel 8 lid 1 Verordening (EG) 273/2004, als deze gedragingen niet plaatsvinden met de bedoeling deze stoffen te leveren aan een derde?