

*Handelingen 1980
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, tweede stuk*

W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle

ISBN 90 271 1669 5

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

PREADVIES PROF. MR. M.R. MOK EN MR. R.A.A. DUK

Toepassing van Nederlands strafrecht op buiten Nederland begane delicten

Lijst van herhaaldelijk geciteerde literatuur, 7

1. Opmerkingen van algemene aard, 9

- 1.1. Inleiding, 9
- 1.2. Strafrecht en grondgebied, 11
- 1.3. Het probleem van de strafrechtelijke jurisdictiekeuze, 16
- 1.4. Extraterritoriale jurisdictie, 18

2. De plaats van het delict, 19

- 2.1. Inleiding, 19
- 2.2. Het Nederlandse recht, 20
 - 2.2.1. De ontwikkeling in de rechtspraak, 21
 - 2.2.2. De plaats van het constitutieve gevolg, 22
 - 2.2.3. Omissiedelicten, 23
 - 2.2.4. Verdere problemen bij het plegen, 24
 - 2.2.5. Deelneming en poging, 26
- 2.3. Het Duitse recht, 28
 - 2.3.1. Plaats van handeling en plaats van (mogelijk) gevolg, 29
 - 2.3.2. Deelneming, 30
- 2.4. Het Franse recht, 30

- 2.4.1. Plaats van handeling en plaats van gevolg, 31
 - 2.4.2. Deelneming, 32
 - 2.5. Samenvatting van het voorafgaande, 33
 - 2.6. Ander vreemd recht, 34
 - 2.6.1. Engels en Amerikaans recht, 35
 - 2.7. Internationaal privaatrecht, 36
 - 2.7.1. Plaats van handeling en plaats van gevolg, 37
 - 2.8. Het Europees Executieverdrag, 38
 - 2.9. Conclusies, 39
 - 2.10. 'Nederland' en hetgeen daarmee voor de toepassing van het territorialiteitsbeginsel geheel of gedeeltelijk wordt gelijkgesteld, 42
3. *Het effect van gedragingen als aanknopingspunt voor rechtsmacht*, 45
- 3.1. Inleiding, 45
 - 3.2. Plan van behandeling, 47
 - 3.3. De extraterritoriale toepassing van het Amerikaanse antitrustrecht, 47
 - 3.3.1. De ontwikkeling in de rechtspraak, 48
 - 3.3.2. Het effect van vreemde wetgeving, 51
 - 3.3.3. Afweging van belangen?, 51
 - 3.3.4. Vragen van procedurele aard, 53
 - 3.4. Het Europees kartelrecht, 55
 - 3.5. Het Duitse kartelrecht, 57
 - 3.6. Het Nederlandse kartelrecht, 59
 - 3.7. Kartelrecht en internationaal privaatrecht, 61
 - 3.8. Extraterritoriale werking van kartelrecht en internationaal publiekrecht, 63
 - 3.8.1. Volkenrechtelijke grenzen aan rechtsmacht, 64
 - 3.8.2. De standpunten in de literatuur, 68
 - 3.8.3. Eigen opvattingen, 77
4. *Toepassing van Nederlands strafrecht op buiten Nederland door Nederlanders begane strafbare feiten*, 87
- 4.1. Het actief personaliteitsbeginsel, 87
 - 4.2. Volkenrechtelijke legitimatie van het actief nationaliteitsbeginsel, 88
 - 4.3. Grenzen aan de toepassing van het actief personaliteitsbeginsel, 89

- 4.4. Beperkingen, 90
 - 4.5. Het actief personaliteitsbeginsel naar Nederlands recht, 92
 - 4.5.1. Hoofregel: beperkt actief nationaliteitsbeginsel, 92
 - 4.5.2. Andere bepalingen in het Wetboek van Strafrecht over het actief personaliteitsbeginsel, 94
 - 4.5.3. Het actief personaliteitsbeginsel in andere Nederlandse wetten dan het Wetboek van Strafrecht, 97
 - 4.6. De rechtspersoon als dader, 101
 - 4.7. Wie is Nederlander?, 103
 - 4.7.1. Natuurlijke personen, 103
 - 4.7.2. Rechtspersonen, 106
 - 4.8. Poging en deelneming, 108
 - 4.9. Ontwerp-Beneluxovereenkomst, 109
 - 4.10. Rechtvaardiging van het actief personaliteitsbeginsel, 111
 - 4.10.1. Verband met uitlevering, 111
 - 4.10.2. Andere argumenten, 112
 - 4.11. Twee bijzondere voorbeelden, 116
 - 4.11.1. De sanctiewet 1977, 116
 - 4.11.2. Het ontwerp-V.N.-verdrag over onwettige betalingen, 124
 - 4.12. Enkele conclusies, 128
5. *Toepassing van Nederlands strafrecht op buiten Nederland begane strafbare feiten, ongeacht de nationaliteit van de dader*, 132
- 5.1. Volledige rechtsmacht, 132
 - 5.2. De aan volledige rechtsmacht ten grondslag liggende beginselen, 133
 - 5.3. Volkenrechtelijke legitimatie, 135
 - 5.3.1. Beschermingsbeginsel, 135
 - 5.3.1.1. Bescherming van staatsbelangen, 135
 - 5.3.1.2. Bescherming van onderdanen, 137
 - 5.3.2. Universaliteitsbeginsel, 138
 - 5.4. Grenzen aan de toepassing van beschermings- en universaliteitsbeginsel, 139
 - 5.5. Beperkingen, 139
 - 5.6. Volledige jurisdictie naar Nederlands recht, 140

- 5.6.1. Volledige jurisdictie volgens het Wetboek van Strafrecht, *140*
- 5.6.2. Volledige jurisdictie volgens andere Nederlandse wetten dan het Wetboek van Strafrecht, *142*
- 5.7. Rechtspersonen, *144*
- 5.8. Poging en deelneming, *144*
- 5.9. Ontwerp-Beneluxovereenkomst, *145*
- 5.10. Rechtvaardiging van volledige rechtsmacht, *145*
 - 5.10.1. Beschermingsbeginsel, *145*
 - 5.10.2. Universaliteitsbeginsel, *146*
- 5.11. Enkele conclusies, *148*

De in deze lijst voorkomende werken zijn in de voetnoten aangeduid als Lit., gevolgd door het nummer.

1. Ch. Bassiouni, A Treatise on International Criminal Law, 1973.
2. v. Bemmelen-bundel, Le droit pénal international, hommage à J.M. van Bemmelen, 1965.
3. I. Brownlie, Principles of International Public Law, 3rd edition, 1979.
4. H. Donnedieu de Vabres, Les principes modernes du droit pénal international, 1928.
5. J.J.A. Ellis-A. Mulder, De extraterritoriale werking van het Nederlandse strafrecht, preadviezen Vereniging voor Internationaal Recht, Med. nr. 51, 1964.
6. W.L. Fugate, Foreign Commerce and the Antitrust Laws, 1958.
7. D. Hazewinkel-Suringa, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, bewerkt door J. Rummelink, 7e druk, 1975.
8. F. Hermanns, Völkerrechtliche Grenzen für die Anwendung kartellrechtlicher Verbotsnormen, 1964.
9. H.-H. Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1978.
10. C. Lombois, Droit pénal international, 1971.
11. F.A. Mann, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, Académie de droit international de La Haye, Recueil des Cours 1964-I (tome 11).
12. K.M. Meessen, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 1975.
13. J.G.v.d. Meijis-A.M.M. Orie, Internationaal Strafrecht, 1980.
14. T.E. Noyon-G.E. Langemeijer, Het Wetboek van Strafrecht, 7e druk, bewerkt door J. Rummelink, losbl.
15. D.P. O'Connell, International Law, 1965.
16. D. Oehler, Internationales Strafrecht, 1973.
17. L. Oppenheim, International Law, A Treatise, 8th Edition by

- H. Lauterpacht, Vol. I, 1955.
18. H.F. van Panhuys, The Role of Nationality in International Law, Leiden 1959.
 19. W.P.J. Pompe, Handboek van het Nederlandse Strafrecht, 5e druk, 1959.
 20. E. Rehinder, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, 1965.
 21. R. van Rooy, De positie van publiekrechtelijke regels op het terrein van het internationaal privaatrecht, 1976.
 22. P. van Schilfgaarde, Rechtspersonen, Algemeen deel, 2e druk, 1979.
 23. I. Seidl-Hohenfeldern, Völkerrecht, 3. Auflage, 1975.
 24. L. Strikwerda, Semi-publiekrecht en het conflictenrecht.

*Toepassing van Nederlands strafrecht op buiten Nederland
begane delicten*

1. OPMERKINGEN VAN ALGEMENE AARD

1.1. Inleiding

Reeds het titelblad van dit preadvies zal sommige lezers een teleurstelling hebben bezorgd. Het is immers traditie dat op vergaderingen van de N.J.V. gedebatteerd wordt over (of misschien juist: naar aanleiding van) tenminste twee preadviezen, die elkaar liefst zoveel mogelijk tegenspreken.

Wij hebben ons aan dit mos onttrokken, gesterkt door het feit dat G.E. Mulder en H. Schootstra dat, in 1974, ook al hebben gedaan. Zij gaven als motief op dat de bespreking van het onderwerp tot grote eenstemmigheid leidde. Dat geldt voor ons ook, maar er zijn nog enkele bijkomende argumenten. Wij komen er eerlijk voor uit dat één daarvan is dat wij hoopten dat het opstellen van een gezamenlijk stuk ons minder tijd zou kosten dan twee afzonderlijke, al zijn wij er achteraf niet zeker van of dit wel zo was.

Het leek ons verder nuttig het terrein met een redelijke mate van volledigheid in kaart te brengen. Goede vervulling van die taak was eerder met arbeidsverdeling dan met tegenspraak gediend. Het ligt verder voor de hand dat de omvang van een gezamenlijk produkt geringer is dan de gezamenlijke omvang van twee preadviezen zou zijn geweest. Althans daarmee is ook het belang van de lezer gediend.

Bij het in kaart brengen van de rechtsregels inzake de plaats van het strafbaar feit hebben wij ons niet beperkt tot het Wetboek van Strafrecht, maar in tegendeel daarbij zoveel mogelijk elders in de wetgeving voorkomende bepalingen betrokken. Zouden wij ons

overigens tot een systematische beschrijving hebben beperkt, dan zou er — zelfs voor een zaterdagochtend — wel erg weinig stof tot discussie zijn overgebleven.

Waar daartoe aanleiding bestond hebben wij ons afgevraagd waarom extraterritoriale jurisdictie (1) is gecreëerd en of dat juist is; ook komt de vraag aan de orde of de Nederlandse wetgever op dit stuk wel altijd ver genoeg is gegaan.

De Nederlandse wetgever: wij hebben ons gericht op de juridische situatie in Nederland. Dat betekent niet dat de benadering alleen maar, of zelfs hoofdzakelijk nationaal is. Het onderwerp maakt zo'n benadering onmogelijk. Wanneer men binnen de nationale rechtssfeer gevolgen verbindt aan gedragingen die buiten het eigen grondgebied hebben plaats gevonden, dan zal men moeten kijken of het volkenrecht daaraan geen begrenzingen stelt. Voorts ligt voor de hand dat men ook kijkt hoe andere landen het probleem behandelen.

Toch staat Nederland centraal. Het Nederlandse strafrecht heeft nogal wat eigen karakters trekken, die ook op het hier besproken terrein van belang zijn. Wij noemen er één: de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen (2). Dit is in continentaal West-Europa een unicum. Het is duidelijk dat deze rechtsfiguur in verband met extraterritoriale jurisdictie eigen vragen oproept, vooral als men het heeft over de toepassing van Nederlands strafrecht op door Nederlanders buiten het eigen grondgebied begane feiten.

De extraterritoriale toepassing van het strafrecht rekent men door-

(1) Jurisdictie of rechtsmacht is in dit verband waarschijnlijk geen heel zuivere, maar wel een praktische en bovendien internationaal gebruikelijke uitdrukking. Het wil zeggen dat de rechters van een bepaalde staat bevoegd zijn. Op strafrechtelijk gebied betekent dat doorgaans tevens de toepasselijkheid van de strafwet van die staat. Territoriale jurisdictie van staat A wil zeggen dat de rechters van staat A bevoegd zijn de wet van A toe te passen op gedragingen verricht op het grondgebied van A. Personele jurisdictie betekent hetzelfde, maar dan ten aanzien van gedragingen verricht door met A verbonden personen, m.n. onderdanen, waar ook begaan.

(2) In algemene vorm — art. 51 W.v.S. — betrekkelijk recent, nl. ingevoegd bij de Wet van 23 juni 1976, Stb. 377, maar in allerlei afzonderlijke wetten, zoals de Wet op de economische delicten, kwam de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen al langer voor.

gaans tot het 'internationaal strafrecht' (3). Daartoe behoren ook andere onderwerpen, zoals internationale strafrechtelijke samenwerking. Dat laatste is een verzamelbegrip voor rechtshulp (in engere zin) in strafzaken, uitlevering, overdracht van strafvervolgning en erkenning van buitenlandse strafvonnissen. Over dergelijke samenwerking gaat dit preadvies niet, al komen onderwerpen als uitlevering uiteraard wel eens aan de orde. Het gaat zoals gezegd om een aspect van het Nederlands strafrecht. Wij zullen daarbij echter af en toe blikken over de grenzen werpen, niet alleen de landsgrenzen, maar ook die van het juridische deelgebied. Soms zijn nl. interessante parallellen te trekken met het internationaal privaatrecht en het kartelrecht (anti-trustrecht). Ook in zoverre zullen wij grenzen negeren dat wij, waar daartoe aanleiding bestaat, door quasi-strafrechtelijke sancties gehandhaafde voorschriften niet zullen overslaan.

1.2. Strafrecht en grondgebied

'In all systems of law the territorial character of criminal law is fundamental', aldus het Permanent Hof van Internationale Justitie in zijn befaamde Lotus-arrest (4). Het arrest heeft veel kritiek ondervonden (5) en kan althans ten dele ook als achterhaald worden beschouwd (6), maar de geciteerde passage is in zijn algemeenheid juist.

De regel van de territorialiteit is in het Nederlandse recht belichaamd in art. 2 W.v.S.: 'De Nederlandse strafwet is toepasselijk op ieder die zich in Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt' (7). Vergelijkbare voorschriften vindt men in het recht van alle landen (8).

'Il est conforme à l'intérêt d'une bonne administration de la jus-

(3) Deze term vindt men o.m. in de titels van navolgende werken: Bassiouni (Lit. 1), v. Bemmelen-bundel (Lit. 2), Donnedieu de Vabres (Lit. 4), Lombois (Lit. 10), v.d. Meijs-Orie (Lit. 13) en Oehler (Lit. 16).

(4) (1927) P.C.I.J. Ser. A. no. 10, p. 20.

(5) Oppenheim-Lauterpacht, (Lit. 17), p. 334, spreken over 'Wide spread criticism'.

(6) Brownlie, (Lit. 3), p. 302.

(7) Dit artikel is een nadere uitwerking van art. 8 Wet Algemene Bepalingen.

(8) Oehler, (Lit. 16), p. 151.

tice qu'un délit soit jugé le plus près possible des lieux où il a été commis', schreef Donnedieu de Vabres (9). Dat is een nogal taatologische rechtvaardiging en het is ook niet altijd waar (10).

Veelal ziet men de toepassing van het territorialiteitsbeginsel als een uiting van de staatssoevereiniteit, 'a single application of the essential territoriality of the sovereignty, the sum of legal competences, which a state has', aldus Brownlie (11). Deze auteur voegt daaraan toe dat het beginsel juist voor het strafrecht ook praktische voordelen heeft, o.m. omdat men aan mag nemen dat de belangen van de staat waar het delict begaan is, daardoor zijn geschaad.

Lombois (12) acht de soevereiniteitsgedachte geen bevredigende grond. Hij acht het doelmatig dat de autoriteiten van elke staat op hun eigen grondgebied bevoegd zijn om op te treden ter handhaving van de strafwet. Dat vermijdt conflicten. Hij voegt daaraan toe dat soevereiniteit zowel betrekking heeft op grondgebied als bevolking, maar het is nu eenmaal gemakkelijker de orde op het grondgebied te handhaven dan ervoor te zorgen dat de onderdanen (waar zij zich ook bevinden) wetsgetrouw handelen. Een voordeel acht hij het voorts dat het territorialiteitsbeginsel de gelijkheid bevorderen zou. Dit omdat men de delicten om zich heen opmerkt en niet die welke door landgenoten ver weg worden begaan. Beslissend acht Lombois echter dat een strafbaar feit in het algemeen daar, waar het begaan wordt, schade toebrengt aan belangen die het strafrecht juist wil beschermen.

Oehler (13) wijst op het belang van een staat bij de handhaving van orde en veiligheid op zijn grondgebied, in wezen hetzelfde argument dat voor Lombois hoofdzaak en voor Brownlie een praktische bijkomstigheid is. Daarnaast noemt hij andere voordelen, zoals de aanwezigheid van bewijsmiddelen, terwijl de kansen op een fair proces daar het grootst zouden zijn waar de rechters de omstandigheden van de plaats waar het delict begaan is, kennen.

(9) A.w., p. 11.

(10) Wie een misdrijf begaat in Sas van Gent zal terechtstaan voor de rechtbank in Middelburg en in hoger beroep voor het gerechtshof in Den Haag, hoewel de gerechten in Gent heel wat dichterbij zijn.

(11) A.w., p. 300. In dezelfde geest Oppenheim-Lauterpacht (Lit. 17), p. 325, Seidl Hohenfeldern (Lit. 23), p. 237, Hazewinkel-Suringa/Remmeling (Lit. 7), p. 453/4, Jeschek (Lit. 9), p. 133.

(12) Lombois (Lit. 10), p. 249/250.

(13) Lit. 4, p. 156.

Omgekeerd kent de verdachte de opvattingen, zowel in sociaal als juridisch opzicht, over de gedragingen die hij heeft gepleegd. De verdachte heeft de plaats van het delict zelf gekozen en zich dus bewust onderworpen aan het daar geldende recht. Wij komen hierop terug, maar tekenen aanstonds aan dat het in de laatste zin gestelde ter motivering van het territorialiteitsbeginsel een cirkelredenering is.

Langemeijer (14) noemt een vijftal gronden die het territorialiteitsbeginsel kunnen rechtvaardigen. De meeste daarvan kwamen we al tegen: doelmatigheid (o.m. bij vaststelling van de feiten), schending van concrete belangen die het recht van het land waar het feit begaan is wil beschermen, vermijding van competentiegeschillen en internationale taakverdeling. Eén van de door Langemeijer genoemde rechtvaardigingsgronden troffen wij niet bij andere schrijvers aan: wanneer op het grondgebied van een bepaalde staat een strafbaar feit wordt begaan, brengt dit tenminste morele schade toe aan de rechtsorde van die staat.

Bij het beoordelen van al deze argumenten dient men te bedenken dat ze alleen van belang zijn voor strafbare feiten die begaan worden in een ander land dan dat waar de dader thuishoort. Niemand zal ook maar de behoefte hebben te rechtvaardigen dat Nederland jurisdictie heeft voor door Nederlanders in Nederland begane gedragingen in strijd met de Nederlandse strafwet.

Wanneer wij de argumenten nog eens kort de revue laten passeren, dan blijkt er wel iets op af te dingen.

Dat de bewijsmiddelen het eenvoudigst in de buurt van de plaats van het delict bijeengebracht kunnen worden zal in veel gevallen juist zijn. Zelfs dan kan men voorbeelden bedenken waarin dit (nationale) territoriale jurisdictie niet rechtvaardigt. Men kan denken aan een Belg die een inbraak pleegt in Sas van Gent. De aanwezigheid van het feitenmateriaal in Sas van Gent is op zichzelf geen grond hem voor de rechter in Middelburg te brengen (15). In andere gevallen is het trouwens ook niet per se juist. Men kan denken aan omkoping en in het algemeen aan delicten die men aan de hand van een boekhouding moet bewijzen. Daar komt dan nog bij dat een goed systeem van rechtshulp in strafzaken het minder belangrijk maakt waar het bewijsmateriaal zich bevindt.

(14) G.E. Langemeijer, *Le principe de territorialité* in Lit. 2, p. 23.

(15) Zie noot 10 op p. 12.

Ook voor de grond inhoudend dat op de plaats van het delict de orde geschonden wordt en de daar dichtbij liggende dat het delict belangen schendt die het recht ter plaatse wil beschermen, geldt dat dit vaak opgaat, maar niet altijd. Het klopt voor een inbraak, bankoverval of verkeersdelict. Als echter op een Amsterdamse hotelkamer een Amerikaan steekpenningen uitrekt aan een Japans ambtenaar, dan is geen Nederlands rechtsgoed geschonden (16). Twee Engelsen zijn op een zakenreis in Nederland. Ze krijgen ruzie, de een beledigt de ander en de laatste dient een klacht in. Is de Nederlandse rechtsorde geschonden, is er enig Nederlands belang in het geding? Dat lijkt nauwelijks het geval. Waarschijnlijk zal de officier seponeren, maar dat is meer het zich aan de gevolgen van het probleem onttrekken dan een oplossing ervan. Men kan zich trouwens afvragen welke aan het algemeen belang ontleende grond er zou zijn om niet te vervolgen, vooral als men weet dat de daad dan ongestraft blijft; Engeland kent voor belediging het personaliteitsbeginsel niet. Eenvoudige belediging is in de ogen van velen misschien een wat marginaal misdrijf, maar liggen de zaken bij mishandeling anders?

Nu zegt Langemeijer dat, wanneer op het Nederlandse grondgebied een strafbaar feit wordt begaan, dit althans morele schade toebrengt aan de Nederlandse rechtsorde. Wij veronderstellen dat hij dit ook zal willen betrekken op gevallen waarin buitenlandse elkaar in Nederland omkopen, (niet in het openbaar) beledigen of mishandelen. Hij heeft ook gelijk, maar alleen omdat wij het territorialiteitsbeginsel kennen als primaire maatstaf van strafrechtelijke jurisdictieverdeling. Zou het personaliteitsbeginsel de primaire grond zijn, dan zou zijn stelling niet meer gelden.

Iets dergelijks geldt voor de door Lombois genoemde rechtvaardigingsgrond bestaande in bevordering van gelijke behandeling. Bij

(16) Hoogstwaarschijnlijk is er zelfs geen delict naar Nederlands recht begaan. Ambtelijke omkoping heeft, naar wordt aangenomen (vgl. noot 84 op p. 126), slechts betrekking op omkoping van Nederlandse ambtenaren en de bestanddelen van niet-ambtelijke omkoping zullen in zo'n geval niet licht aanwezig zijn. In het kader van de Verenigde Naties is echter een verdrag inzake onwettige betalingen ('Illicit Payments') in voorbereiding dat er in voorziet dat de verdragsstaten ook omkoping van ambtenaren van andere staten strafbaar stellen. Vermeldenswaard is dat tijdens de onderhandelingen over dit verdrag sommige delegaties zich verzet hebben tegen opnemng van verplichte territoriale jurisdictie, juist op grond van casusposities als in de tekst geschetst. (zie hierna, p. 125)

toepassing van het territorialiteitsbeginsel op bankroof wordt ieder die zich daaraan in Nederland schuldig maakt, of hij nu Nederlander, Italiaan of Argentijn is, gelijk behandeld (17). Maar als men het personaliteitsbeginsel, gecombineerd met uitlevering en rechtshulp zou toepassen (18), dan zou iedere Italiaan die een bankroof pleegt, ongeacht of hij dat in Italië, Nederland of Argentinië doet, gelijk behandeld worden.

Een zeer sprekend voorbeeld van het verdedigen van het territorialiteitsbeginsel aan de hand van het beginsel zelf levert Oehler wanneer hij zegt dat men zich, door in een bepaald land een strafbaar feit te begaan, bewust aan de wetten van dat land onderwerpt. Zoals reeds opgemerkt is dat argument circulair. Een andere stelling van dezelfde schrijver, betrekking hebbend op desociale en juridische waardering van feiten in het land waar zij zijn gepleegd, lijkt ook niet voor alle delicten op te gaan. Bigamie is een sprekend voorbeeld, maar men kan andere vinden op gebieden als het gebruik van verdovende middelen, abortus, euthanasie, kunstmatige inseminatie. De staatssouvereiniteit legitimeert het territorialiteitsbeginsel maar motiveert niet het uitsluitend, algemeen of primair hanteren van dit beginsel. Men kan Lombois toegeven dat de autoriteiten van een staat doorgaans meer vat zullen hebben op wat er op het eigen grondgebied gebeurt dan op wat onderdanen in het buitenland doen. De autoriteiten van de *locus delicti* zouden zich echter kunnen beperken tot opsporing en aanhouding. Door middel van strafrechtelijke samenwerking (rechtshulp in engere zin, uitlevering, overdracht van strafvervolging) kan de berechting (19) dan toch geschieden in het land waar de verdachte thuishoort. In het algemeen gesproken lijkt dat in zijn belang (20), terwijl er geen reden is om aan te nemen dat de doeleinden van de bestraffing

(17) Zelfs dat niet, alleen al omdat wij geen landelijke strafmaatcoördinatie kennen.

(18) Een goed ontwikkeld systeem van overdracht van strafvervolging zou tot hetzelfde resultaat kunnen leiden.

(19) Hetzelfde geldt voor de tenuitvoerlegging. Deze kan overigens (d.m.v. erkenning van buitenlandse strafvonnissen) ook bij berechting in het land waar het delict is begaan, plaats vinden in het land waar de dader thuishoort.

(20) Dit geldt althans voor landen waar de rechten van de mens zijn gewaarborgd. Dat Oehler tot een andere slotsom komt houdt mogelijkerwijze verband met het feit dat zijn eigen land (Duitsland) in 1940 het actief personaliteitsbeginsel als hoofdregel voor jurisdictie koos. De rechten van de mens stonden toen in Duitsland niet zo hoog in aanzien.

zodoende minder goed zouden worden gediend.

1.3. *Het probleem van de strafrechtelijke jurisdictiekeuze*

Uit de vorige paragraaf kan blijken dat wanneer een vreemdeling ergens een strafbaar feit begaat, het niet per se vanzelfsprekend is dat de staat waar het feit begaan is de verdachte vervolgt en be-recht wegens overtreding van de wetten van die staat (kort ge-zegd: jurisdictie uitoefent).

F.A. Mann (21) schetst het probleem aldus:

‘Civil jurisdiction is “curial”, that is to say, concerned with the question whether a State’s rules for bringing a person before its *courts* are conform to public international law. When one comes to criminal jurisdiction, a problem of a different nature falls to be considered: is the State of the forum, if it has “curial” jurisdiction entitled to make a person criminally *liable* for acts committed by him?’

Na er op gewezen te hebben dat er alleen een probleem is bij aanwezigheid van een internationaal element (m.n. het begaan van een strafbaar feit door een vreemdeling) vervolgt deze auteur:

‘in order to be entitled to assume legislative jurisdiction there must exist a close connection in an international sense between the person, fact or event and the State imposing criminal liability in regard to them. And the real problem of international law is to define circumstances in which, according to the practice of States, the connection is sufficiently close. Most observers would probably (. . .) be inclined to answer (. . .): a State may impose criminal liability if the act in question is committed within its territory or if the accused (or perhaps the victim) is its national. Yet while locality of the act or nationality are important points of contact, they are neither the only nor the invariably sufficient points of contact. It would go too far in the opposite direction if it were suggested that any connection with the legislation state would be sufficient. To see the limits of a State’s criminal jurisdiction in the doctrine of the abuse of rights comes nearer the truth, but is, perhaps,

(21) Lit. 11, p. 82.

a less attractive formulation.'

Een belangrijke factor is voor deze auteur de mogelijkheid van meervoudige locus delicti. Hij noemt als voorbeeld afpersing per brief, een variant van de te onzent bekende belediging per brief. Men kan nog wel fraaiere voorbeelden verzinnen zoals het volgen-de. Een Amerikaanse onderneming besluit een Italiaanse ambte-naar om te kopen. De concernleiding geeft daartoe vanuit de V.S. opdracht aan de leiding van een filiaal in Parijs. Deze laat door de Zwitserse bankrelatie een cheque zenden aan een tussenpersoon in Frankfurt, welke door een tweede tussenpersoon in Amster-dam aan de Italiaan wordt overhandigd. Terug in Rome zorgt de-ze ervoor dat Italië een order plaatst bij de Amerikaanse firma en niet bij de Japanse concurrent. Vraagt men zich in dit geval af welke belangen in dit concrete geval met strafrechtelijk optreden gediend zijn, dan is het antwoord: in de eerste plaats Japanse. Daaruit kan men dan afleiden dat belang alleen niet altijd voldoende is voor vestiging van strafrechtelijke jurisdictie (22).

Een kritische benadering van territorialiteit als grondslag voor de keuze van strafrechtelijke jurisdictie lijkt ons nuttig. Daarmee wil-len wij geenszins zeggen dat territorialiteit een onbruikbaar crite-rium zou zijn. Tenminste voor die gevallen waarin het grondge-bied waar het feit (althans mede) begaan is samenvalt met dat van de staat wiens belangen aangetast of wiens rechtsorde verstoord is, is territorialiteit de beste basis voor jurisdictie. Dat zijn stellig de meeste gevallen. Als men alleen al rekent dat van de door de Nederlandse rechter uitgesproken schuldigverklaringen wegens *misdrif*f, meer dan 40% verkeersmisdrifven betreffen (23), die be-houdens een enkele uitzondering (24) in Nederland begaan zul-len zijn en dan steeds tevens de Nederlandse rechtsorde verstoord hebben, is dat duidelijk. Voor vele andere misdrifven geldt immers

(22) Men zou zich kunnen voorstellen dat het land, waar een door omko-ping benadeelde concurrent gevestigd is, jurisdictie kiest op grond van het (nog te behandelen) beschermingsbeginsel. Wij kennen echter geen rechtssys-teem waar dit gebeurd is. In de V.N.-commissie 'onwettige betalingen' (vgl. noot 16 op p. 14) bestaat er overeenstemming over dat een dergelijk belang in het tot stand te brengen verdrag geen grond voor (verplichte) jurisdictie behoort te zijn.

(23) CBS-cijfers over 1976.

(24) Er kan een enkel door een Nederlander in het buitenland begaan mis-drijf, bijv. doorrijden na een ongeval, tussen zitten.

hetzelfde. Naast territoriale jurisdictie kan echter ook behoefte bestaan aan extraterritoriale. Van Nederlands standpunt uit gezien betekent dit dat Nederlandse rechters de Nederlandse strafwet toepassen wegens feiten die niet geheel of in het geheel niet op Nederlands territorium hebben plaatsgevonden. Nogmaals het Lotus-arrest citerend, dezelfde passage als aan het begin van par. 1.2., maar dan vollediger (25):

‘Though it is true that in all systems of law the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all or nearly all these systems extend their jurisdiction to offences committed outside the territory of the State which adopts them and that they do so in ways which vary from State to State. The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty.’

Hierbij sluit een passage aan die even eerder (26) in hetzelfde arrest voorkomt, luidend:

‘Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.’

1.4. Extraterritoriale jurisdictie

Gezien het bovenstaande is het niet verwonderlijk dat de meeste, misschien zelfs alle, rechtssystemen naast territoriale jurisdictie in strafzaken ook extraterritoriale hebben geschapen. Dit is overigens in verschillende omvang en op verschillende manieren gebeurd. Vier vormen laten zich onderscheiden:

- a.* uitbreidingen van het begrip grondgebied;
- b.* toepassing van ‘territoriale’ rechtsmacht op gedragingen waarvan slechts enkele elementen op het eigen grondgebied hebben plaatsgevonden, of die (alleen) bepaalde effecten op het eigen

(25) Zie noot 4 op p. 11.

(26) P. 18-19.

grondgebied sorteren;

c. toepassing van extraterritoriale rechtsmacht op gedragingen die door eigen onderdanen buiten het eigen grondgebied zijn begaan;

d. toepassing van extraterritoriale rechtsmacht op gedragingen die buiten het eigen grondgebied zijn begaan, ongeacht de nationaliteit van de dader.

Deze vier grondvormen zullen wij in de volgende hoofdstukken aan een nader onderzoek onderwerpen.

2. DE PLAATS VAN HET DELICT

2.1. Inleiding

In zijn conclusie voor H.R. 6 april 1915, *N.J.* 1915, p. 427, het arrest dat onder de roepnaam 'het Azewijnse paard' bekend is geworden merkt advocaat-generaal Tak, over de vraag of het delict in kwestie al dan niet in Nederland was gepleegd — door hem aangeduid als 'de oude strijdvraag van den locus delicti' — op:

'Nieuw licht kan men daarover van mij niet verwachten.'

Wie de kaartenbak op de Nederlandse Jurisprudentie raadpleegt, bemerkt dat er sedertdien nog geen 15 rechterlijke uitspraken over de plaats van het delict in verband met art. 2 van het Wetboek van Strafrecht zijn gedaan; zoals uit het navolgende moge blijken hebben ook die uitspraken weinig nieuw, en zeker geen verrassend licht doen schijnen.

Desalniettemin verdient de oude strijdvraag wel enige nieuwe, zij het dan ook niet al te uitgebreide aandacht. Die aandacht wordt als volgt gegeven. Eerst wordt de stand van zaken in het Nederlands recht weergegeven, waarbij zal worden onderscheiden tussen de plaats van het 'eigenlijke' strafbare feit en die van delictsvormen als medeplichtigheid, uitlokking en poging. Vervolgens wordt een beeld gegeven van de wijze waarop dezelfde vragen in het buitenlandse recht, met name dat van Duitsland en Frankrijk, worden beantwoord. Nadat dan nog enige opmerkingen zijn gemaakt over de bepaling van de locus delicti in het internationaal privaatrecht, volgen afsluitend enige evaluerende beschouwingen.

2.2. *Het Nederlands recht*

Een even vanzelfsprekend als weinig verhelderend uitgangspunt bij de beschrijving van het Nederlandse strafrecht op dit punt is het al genoemde art. 2, waarin het (thans) heet dat de Nederlandse strafwet, kort gezegd, van toepassing is op 'in Nederland' (tot in 1973, zonder materieel verschil, 'binnen het Rijk in Europa') gepleegde feiten. De bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht gevoerde parlementaire discussie laat enig licht in de aldus geschapen duisternis schijnen. Zo deed de regering naar aanleiding van opmerkingen uit de Tweede Kamer zeggen:

'*Locus delicti* is de plaats *niet* waar 't gevolg der handeling zich openbaart, maar waar gehandeld wordt, waar de handeling die tot 't wezen van 't misdrijf behoort, geschiedt . . .' (1).

welke uitlating direct daarop als volgt werd gekwalificeerd:

'Volgt hieruit, dat *locus delicti* steeds is . . .: de plaats waar de dader zich bevindt? Neen, want men kan zeer goed, door tusschenkomst van een instrument, handelen op een andere plaats. Wie te Keulen een lasterlijk artikel op de post doet en het in eene Amsterdamsche Courant doet publiceren, pleegt zijn misdrijf te Amsterdam; in laatstgemelde plaats geschiedt die handeling die zijn misdrijf afsluit, die het persdelict kenmerkt — de publicatie . . .' (2).

en:

'In hoever iemand, zich in het buitenland bevindende, hier te lande een misdrijf kan plegen, is eene vraag waarop door de gekozen redactie niet wordt gepraejudiceerd en wier beantwoording men aan de wetenschap moet overlaten. Wil men haar in de wet oplossen, dan zou men veel verder moeten gaan en, ook speciaal voor 't geval onderscheidene daders en medeplichtigen in verschillende landen gevestigd zijn, een groote reeks nieuwe artikelen moeten inlasschen.' (3)

(1) H.J. Smidt, 'Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht', Eerste Deel, p. 112.

(2) Id.

(3) Id.

2.2.1. De ontwikkeling in de rechtspraak

Een strenge uitdrukking aan de hierboven aangehaalde gedachten is door de Hoge Raad gegeven in zijn arrest van 16 oktober 1899 (W. 7347). Het ging daarbij om '... oplichting, gepleegd tegen buitenlanders die door ... bedrieglijke handelingen bewogen zijn van uit het buitenland goederen af te zenden.' Die gestrengheid is dan niet het gevolg van het feit dat de dader, die vanuit Nederland brieven naar Frankrijk had gezonden, geacht werd hier te lande te hebben gehandeld, maar van de omstandigheid dat de Hoge Raad Nederland alleen, en niet ook Frankrijk, als *locus delicti* beschouwde door te overwegen

'... dat de plaats des misdrijs ook niet bepaald wordt door de plaats, alwaar het gevolg van des daders handelingen zich openbaart, maar door de plaats alwaar datgene, hetwelk zijnerzijds tot het plegen van een misdrijf vereischt wordt, door hem persoonlijk is volvoerd;'

Men kan zich afvragen hoe de Hoge Raad zou hebben geoordeeld in het spiegelbeeld van de aangeduide situatie, waarin vanuit het buitenland Nederlandse ingezetenen zouden zijn opgelicht. Uit de ter zake verder gegeven rechterlijke beslissingen wordt dat niet zonder meer duidelijk, nu deze, voorzoveel hier van belang, steeds vanuit Nederland in het buitenland bewerkstelligde constitutieve gevolgen betroffen (4). Toch is er bepaald ruimte voor twijfel of de leer van 1899 nog nog wel geldt, nu in H.R. 6 april 1954, *N.J.* 1954, 368 (waarin het ging om oplichting gepleegd met vanuit Singapore naar Amsterdam gezonden, valse stukken) is beslist dat

'... toch bij het bewezenverklaarde misdrijf de plaats waar de door de mededaders gebezigde berichten en documenten, waardoor het slachtoffer ... werd bewogen, hun bestemming bereikten, t.w. Amsterdam, mede als plaats van het misdrijf is aan te merken;'

In de geciteerde zinsnede is het woord 'mede' van belang, omdat daardoor wordt aangegeven dat een zelfde 'feit' op meer dan één plaats kan worden gepleegd. De mogelijkheid van zodanige meervoudigheid is eveneens opengelaten in H.R. 4 februari 1958, *N.J.* 1958, 294, waarin, terzake van een uit Nederland naar Engeland

(4) Vgl. H.R. 23-3-'31, *N.J.* 1932, p. 1546, H.R. 5-2-'34, *N.J.* 1934, p. 749, H.R. 24-6-'35, *N.J.* 1936, 91 en H.R. 19-6-'56, *N.J.* 1956, 516 en 517.

gestuurde, beledigende brief, werd overwogen

‘dat het misdrijf . . . wordt gepleegd ter plaatse waar de dader het geschrift verzond, daargelaten of mede de plaats waar de beledigde het geschrift in handen kreeg kan gelden als plaats des misdrijfs;’

2.2.2. De plaats van het constitutionele gevolg

De zojuist weergegeven ontwikkeling in de rechtspraak sluit aan bij die in de literatuur (5), waarin, onder meer door Van Hattum en Hazewinkel-Suringa, is betoogd dat voor de bepaling van de plaats van een strafbaar feit niet alleen de plaats van handeling bepalend is, maar ook die waar het voor het delict in kwestie — dat dan in de betrokken strafbepaling materieel omschreven zal moeten zijn (6) — constitutionele gevolg intreedt. Met name omdat het onder omstandigheden van toevallige factoren kan afhangen waar dat gevolg uiteindelijk intreedt (de van A naar B nagezonden beledigende of bedrieglijke brief, het in A gewonde slachtoffer dat, na transport, in B overlijdt) is daarbij deze restrictie bepleit dat het aldus uitbreiding geven aan de plaats van het delict slechts

‘. . . aanvaardbaar (is) indien de dader kon of behoorde te voorzien dat de uitwerking in strijd zou zijn met de wetten van het land waar zij zich voordeed . . . er is dan gevolg, indien de dader wist of behoorde te weten dat zijn gedraging onderdeel zou worden van het (sub-)sociale verkeer . . .’ (7)

Tegen deze benadering is het volgende ingebracht:

‘Het is echter de vraag of men dan niet te veel de kant van de schuld uitgaat en aan schuld is men in dit stadium nog niet toe.’ (8)

Door wie dit als bezwaar voelen is aansluiting gezocht bij de leer van het al genoemde arrest inzake het Azewijnse paard

‘. . . dat men zeer goed door tusschenkomst van een instru-

(5) Vgl. hetgeen in de conclusie van de p.-g. van Asch van Wijck voor het arrest van 1954 te dien aanzien wordt weergegeven; zie ook Noyon-Langemeijer-Remmelink (Lit. 14), Inleiding, pp. 69/72.

(6) Zie Hazewinkel-Suringa/Remmelink (Lit. 7), 7de druk, pp. 70/71.

(7) A. Mulder, ‘De extra-territoriale werking van het strafrecht’ (Lit. 5), p. 26.

(8) Noyon-Langemeijer-Remmelink (Lit. 14), p. 70.

ment kan handelen op eene andere plaats, dan waar men zich bevindt . . .’

en is opgemerkt

‘ . . . dat er nauwelijks behoefte bestaat aan de aanvaarding van de plaats waar het gevolg intreedt, als de leer van het instrument voldoende ruim wordt opgevat.’ (9)

Tegen deze benadering laat zich aanvoeren

‘ . . . dat men op deze wijze in te subtiële onderscheidingen moet vervallen, waarbij nu eens . . . alleen de plaats van de handeling, dan weer ook de plaats van het gevolg als plaats van het misdrijf kan gelden. Daarom mag m.i. in beginsel de plaats waar het constitutief gevolg intreedt niet als plaats van het misdrijf worden uitgeschakeld.’ (10)

2.2.3. *Omissiedelicten*

Nu in de literatuur niet is uitgewerkt hoe ‘ruim’ men de leer van het instrument kan en mag opvatten en derhalve een bestrijding van de opvatting dat daardoor materieel een vrijwel gelijk resultaat wordt bereikt als met de leer dat (ook) het constitutieve gevolg ter zake doet, min of meer in de lucht zou komen te hangen (11), wordt hier volstaan met er op te wijzen dat er in elk geval bij de eigenlijke omissiedelicten van het gebruik door de dader van een instrument moeilijk kan worden gesproken (12). De omissiedelicten zijn ook in ander opzicht interessant voor wie zich met de plaats van het strafbare feit bezig houdt, in het bijzonder indien de plaats waar de betrokkene zich bevindt en die waar hij heeft te handelen, uiteen lopen. Indien zich een plaats laat aanwijzen waar de handeling in kwestie verricht had moeten worden, ligt het voor de hand die plaats als die van het strafbare feit aan te merken. In die lijn argumenteerde de Hoge Raad, toen hij in zijn arrest van 8 juni 1936, *N.J.* 1936, 954 overwoog dat

(9) B.V.A. Röling, *N.J.* 1954, p. 726, r.k.

(10) Van Bemmelen/Van Hattum ‘Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht’, Deel I, p. 212.

(11) Vgl. Lit. 7, p. 80. De formele omschrijving van eigenlijke omissiedelicten leidt er toe dat daarbij het constitutieve gevolg als element van het strafbare feit zal ontbreken.

(12) Het in Lit. 14, Inleiding, p. 72 (n. 3), aan Van Hattum ontleende voorbeeld van de doodslag ‘gepleegd’ door een afgesloten toevoer niet te openen, bevestigt slechts met hoeveel rek men het begrip instrument kan hanteren.

‘. . . dit verzuim gezegd kan worden gepleegd te zijn ter plaatse waar de kennisgeving had behooren te geschieden . . .’
Voor het geval geen plaats is aangewezen waar gehandeld moet worden, beschouwt Rummelink (zonder verwijzing naar — dan ook ontbrekende — jurisprudentie)

‘. . . als locus delicti . . . de plaats waar de verdachte zich bevond ten tijde dat hij — ook in aanmerking genomen de plaats waar hij zich bevond — voor het laatste zijn verplichting had kunnen nakomen.’ (13)

2.2.4. *Verdere problemen bij het plegen*

In het voorafgaande is vooral aandacht besteed aan die delicten waarbij het gevolg van de handeling (of het nalaten) zich elders voordoet dan de plaats waar gehandeld (of nagelaten) wordt. Daarmee is echter nog niet aan alle gevallen waarin de bepaling van de plaats van het delict internationale aspecten heeft, aandacht besteed.

Rummelink maakt onderscheid tussen krenkingsdelicten en gevaarzettingsdelicten, waarbij die laatste groep dan weer onderverdeeld is in concrete en abstracte gevaarzettingsdelicten. (14) Voor krenkingsdelicten is het optreden van de schade karakteristiek; daarom zal voor deze delicten gelden dat, zo nodig, met de plaats waar het constitutieve gevolg is opgetreden, c.q. waar het instrument heeft gewerkt, rekening kan worden gehouden. Bij de abstracte gevaarzettingsdelicten, waarbij enig in concreto opgewekt gevaar noch gesteld noch bewezen behoeft te worden, zal — derhalve — de plaats waar eventueel toch een gevolg optreedt, niet mede locus delicti kunnen zijn: dat gevolg is immers niet element van het strafbare feit. Bij concrete gevaarzettingsdelicten echter lijkt het, indien men de plaats van het delict mede bepaald acht door die van het constitutieve gevolg, voor de hand te liggen (ook) de plaats waar in concreto gevaar ontstaat, als locus delicti te beschouwen. In dergelijke gevallen zal men, zeker indien het gevaar zich niet verwezenlijkt, met de leer van het instrument slechts uit de voeten kunnen, indien men zich ruim opstelt.

Het Wetboek van Strafrecht rept in art. 56 over

‘. . . meerdere feiten (die), ofschoon elk op zich zelf een

(13) Lit. 14, ibidem.

(14) Lit. 7, pp. 58/60.

misdrijf of overtreding opleverende, in zoodanig verband (staan) dat zij moeten worden beschouwd als ééne voortgezette handeling . . .'

en verbindt daaraan consequenties voor de (maximaal) op te leggen straf. Het verband tussen de bij zo een voortgezet delict betrokken strafbare feiten is niet zodanig dat de Nederlandse strafrechter daardoor bevoegd wordt ten aanzien van verbonden, maar in het buitenland begane feiten (15).

Voor een aantal feiten (-complexen) geldt dat deze naar Nederlands recht slechts strafbaar zijn, indien de dader de gewoonte heeft die feiten te begaan; in dat geval is er van strafbaarheid geen sprake, indien het gewraakte handelen slechts éénmaal heeft plaatsgevonden. Men kan zich afvragen of er naar Nederlands recht van een strafbaar feit sprake is, indien er in Nederland slechts een daad gesteld is, en de gewoonte slechts bewezen kan worden met hetgeen buitenslands is verricht. Naar het oordeel van R Emmelink mist de Nederlandse rechter in een dergelijk geval rechtsmacht:

' . . . uit wat ginds gebeurd is moge die ingewortelde neiging tot herhaling blijken, die subjectief nodig is voor het gewoontedelict, met het éne hier te berechten feit plus de van elders gebleken gewoonte kan voor een veroordeling niet worden volstaan. Daartoe zijn objectief een reeks feiten hier te lande nodig.' (15a)

Men kan over dit vraagstuk ook anders denken. Het is immers niet uitgesloten om het in Nederland gepleegde feit te zien als onderdeel van een groter geheel, dat echter althans voor een deel mede in Nederland is gepleegd.

In sommige gevallen is het feit dat een handeling uit gewoonte geschiedt, niet noodzakelijk voor de strafbaarheid, maar werkt die omstandigheid wel strafverzwarend. Men kan zich de vraag stellen in hoeverre in zo een geval het feit dat (of de omstandigheid die) de verzwarende (of de verzachtende) werking heeft, met Nederland verbonden is, meebrengt dat de Nederlandse rechter bevoegd wordt ten aanzien van feiten die anders buiten zijn rechtsmacht zouden vallen. Men zal hier moeten onderscheiden. In de eerste plaats lijkt het niet in de rede te liggen aan feiten en omstandigheden die meebrengen dat een delict geprivilegieerd is, het

(15) Ibidem, p. 81.

(15a) Ibidem, p. 84.

effect van uitbreiding van jurisdictie toe te kennen. Wat de kwalificerende feiten en omstandigheden betreft lijkt uitbreiding van de rechtsmacht voor de hand te liggen, indien de verzwarende omstandigheid bestaat in een bepaald handelen, en (voorzover men de locus delicti mede bepaald acht door het optredende gevolg) indien het gevolg, waardoor het delict gekwalificeerd wordt, in Nederland optreedt. Hier past echter wel relativering, met name indien het causale verband niet of moeilijk aantoonbaar is.

In die gevallen waarin er sprake is van een te localiseren bijkomende voorwaarde van strafbaarheid, lijkt de band met het strafbare feit te ver verwijderd om de plaats waar aan die voorwaarde is voldaan, als die van het feit te zien.

Van heling is slechts sprake indien er van 'eenig door misdrijf verkregen voorwerp' sprake is. Van een misdrijf is — per definitie — slechts sprake, indien de Nederlandse strafwet is overtreden. Indien het voorwerp buiten Nederland in handen is geraakt van degene waarmee de heler zaken doet, zal daarvan naar de letter geen sprake zijn. Het lijkt voor de hand te liggen in een dergelijk geval toch heling aan te nemen, mits hetgeen waardoor het voorwerp werd verkregen (a) naar Nederlands recht een misdrijf en (b) naar de *lex locus delicti* een strafbaar feit is.

2.2.5. Deelneming en poging

In art. 3 van de Wet op de economische delicten is bepaald dat deelneming aan een binnen Nederland gepleegd delict strafbaar is, ook indien de deelnemer zich daarbuiten aan het feit schuldig heeft gemaakt. De bedoeling van de wetgever is geweest om met die bepaling een strenger regime te creëren dan anders, op grond van de algemene bepalingen van de artt. 2 tot en met 8 van het Wetboek van Strafrecht, zou gelden. (16) Voor medeplegen lijkt daarvan geen sprake, nu in het onder 2.2.1 geciteerde arrest van 6 april 1954 sprake was van medeplegen, en in elk geval de in dat arrest strafbaar bevonden mede-pleger zich tot handelen in Singapore zelf had beperkt. Voor doen plegen en uitlokking lijkt een zelfde benadering op zijn plaats: doet men vanuit het buitenland in Nederland plegen, of lokt men in het buitenland een in Nederland

(16) Vgl. F. Hollander. 'Wet op de economische delicten', pp. 31/32 en A. Mulder, 'Schets van het economisch strafrecht' (3de druk), p. 53.

te begaan strafbaar feit uit, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat het constitutieve gevolg van de handeling in kwestie in Nederland plaatsvindt, resp. dat de betrokkene vanuit het buitenland door een instrument-in-ruime-zin, namelijk de feitelijke dader in Nederland handelt. De vraag wat rechtens is indien niet voorzienbaar was dat de feitelijke dader (juist) in Nederland zou handelen, wordt hier (onder verwijzing naar het hierboven onder 2.2.2 opgemerkte) slechts aangestipt. Geschiedt het doen plegen of het uitlokken in Nederland en vindt het feit zelf daarbuiten plaats, dan brengt de zelfstandigheid van de deelneming mee dat het handelen (ook) naar Nederlands recht kan en moet worden beoordeeld. De Hoge Raad besliste in zijn arrest van 29 januari 1894 (W. 6467) in die zin, daartoe onder meer overwegende dat in art. 2 van het Wetboek van Strafrecht

‘ . . . niet wordt onderscheiden tusschen hen die als daders of mededaders en hen die als medeplichtigen deelnemen aan eenig misdrijf. . . ’

en dat

‘ . . . “het accessoir karakter van medeplichtigheid” . . . niet belet dat de verdachte van hier te lande begane feiten van medeplichtigheid aan eenig misdrijf wordt vervolgd voor den . . . Nederlandschen rechter en dat . . . de Nederlandsche strafwet op hem toepasselijk is, ook indien de dader . . . in Nederland niet vervolgbaar of volgens de Nederlandsche wet niet strafbaar is . . . ’

In het zojuist gegeven citaat is mede sprake van medeplichtigheid. In de eerder gegeven voorbeelden van deelnemingshandelingen buiten Nederland is dat niet het geval. De medeplichtigheid is daar niet genoemd, omdat wat voor doen plegen en uitlokken voor de hand lijkt te liggen, voor de eenvoudiger medeplichtigheid, waarbij de band met het eigenlijke delict minder nauw is, minder vanzelfsprekend is. In elk geval de lege ferenda lijkt het wenselijk om, zo men in het buitenland opgetreden medeplichtigheid aan een in Nederland begaan misdrijf al strafbaar wil stellen of houden, in elk geval te verlangen dat de medeplichtige ook naar het recht van het land waar hijzelf heeft gehandeld, strafbaar is. Die eis van dubbele strafbaarheid geldt al in de spiegelsituatie van de deelneming in Nederland aan een in het buitenland begaan strafbaar feit; im-

(17) Vgl. Lit. 14, I, p. 24.

mers, bij gebreke daarvan 'betreft' de uitlokking, het doen plegen en de medeplichtigheid 'niet een strafbaar feit' (17).

De beschouwingen over de plaats van het feit in het Nederlandse strafrecht kunnen worden afgesloten met een enkele opmerking over de poging. Geschiedt de poging zelf binnen Nederland, dan is de Nederlandse rechter ongetwijfeld bevoegd. Problematischer ligt de situatie bij de buiten Nederland (door een niet-Nederlander) begane poging, gericht op een binnen Nederland te plaatsen strafbaar feit. Er zijn geen gevallen bekend waarin voor een dergelijke poging in Nederland een strafvervolgning is ingesteld.

2.3. Het Duitse recht

Anders dan in het Nederlandse strafrecht, is in dat van de Bondsrepubliek Duitsland wel gedefinieerd wat als de plaats van een (strafbaar) feit is te beschouwen. Die definitie is te vinden in § 9 van het algemene deel van het Duitse Strafgesetzbuch, dat als volgt luidt:

'(1) Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.

(2) Die Teilnahme ist sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat begangen werden sollte. Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist.'

In de literatuur wordt over de betekenis van deze bepalingen, kort samengevat, het navolgende geleerd (18).

(18) Hetgeen volgt is in de eerste plaats gebaseerd op de uiteenzettingen in Schöncke c.s., 'Strafgesetzbuch. Kommentar.' (München, 1976) en verder op L. Bergman, 'Der Begehungsort im internationalen Strafrecht Deutschlands, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika'.

2.3.1. Plaats van handeling en plaats van (mogelijk) gevolg

Dat het Duitse recht van een zo uitgebreide opvatting over de plaats van het strafbare feit uitgaat — op vrijwel alle punten waarop blijkens de voorafgaande beschouwingen over het Nederlandse recht een keuze tussen een ruime en een enge opvatting mogelijk is, heeft de Duitse wetgever, blijkens § 9, voor de ruime leer gekozen —, kan deels wellicht worden verklaard uit het feit dat in West-Duitsland van 1940 tot 1975 niet het territorialiteitsbeginsel, maar het actief personaliteitsbeginsel eerste uitgangspunt bij het bepalen van de rechtsmacht van de Duitse rechter was. Dat neemt niet weg dat in Duitsland op het punt van de plaats van het delict steeds een ruime uitleg is geprefereerd; het in het tweede lid van § 9 bepaalde omtrent de plaats waar een deelnemer geacht wordt te handelen, is dan ook te zien als de codificatie van de zich op dat punt ontwikkeld hebbende jurisprudentie.

Het Duitse recht kiest ondubbelzinnig voor het zgn. ubiquiteitsbeginsel, waarin een delict geacht wordt overal te zijn begaan waar een van de elementen van dat delict gelocaliseerd kan worden. Als rechtvaardiging voor dat beginsel laat zich aanvoeren dat het onjuist zou zijn het accent uitsluitend te leggen óf op de plaats van handeling óf op die van het gevolg; het strafrecht immers richt zich zowel tegen de geïncrimineerde handelingen als zodanig als tegen de gevolgen van die handelingen (19). Naar Duits recht wordt een feit overal begaan waar de dader een op de verwerkelijking van de delictsinhoud gerichte handeling heeft ontplooid. Daaronder vallen voorbereidende handelingen slechts in zoverre dat zij (óf op zichzelf al strafbaar zijn gesteld óf) naar de regels met betrekking tot deelneming deel van het feit uitmaken; zo is beslist dat een door de ene dader in Duitsland voorbereid delict dat door een medeplichtige in het buitenland is uitgevoerd, ook binnen de Bondsrepubliek is begaan; bij voortgezette delicten geldt elke plaats waarop een strafbaar feit is begaan, als plaats van het voortgezette delict (20).

Evenals in Nederland is in West-Duitsland bij omissiedelicten de plaats waar de dader zich ten tijde van het feit bevindt, niet zonder meer de *locus delicti*, maar gaat het om de plaats waar resp.

(19) Vgl. D. Oehler, (Lit. 16), p. 208 e.v.

(20) Zie Schöncke c.s., a.w. noot 18 op p. 28, pp. 74/75.

van waaruit de dader had kunnen en moeten handelen om zich niet aan het omissiedelict schuldig te maken.

Niet elk gevolg, maar slechts het 'zum Tatbestand gehörenden' gevolg bepaalt naar Duits recht de plaats van het strafbare feit. In de jurisprudentie is op grond hiervan onder meer irrelevant geoordeeld waar het gevolg zich bij een abstract gevaarzettingsdelict uiteindelijk geopenbaard heeft (21). Het betrokken element mag desalniettemin niet eng worden uitgelegd. De betrokken clause is er slechts op gericht die gevolgen uit te sluiten die voor het strafbare feit in kwestie irrelevant zijn. Zij sluit echter niet uit dat mede als plaats van het delict wordt gezien die waar een bepaald, een verzwarende omstandigheid opleverend gevolg zich voordoet, of waar een objectieve voorwaarde voor strafbaarheid zich laat localiseren. Daarbij knoopt de Duitse wet bovendien niet alleen vast aan de plaats waar het delict uiteindelijk gevolgen heeft gehad, maar ook aan die waar het, naar de voorstelling van de dader, gevolgen gehad zou moeten hebben. Hierdoor is naar Duits recht onder omstandigheden ook een in het buitenland begane poging strafbaar als ware die poging op het territoire van de Bondsrepubliek begaan.

2.3.2. Deelneming

Op het punt van de deelneming gaat het recht van de Bondsrepubliek van een veel ruimere opvatting uit dan in Nederland, waar de wetgever (op art. 3 van de Wet op de economische delicten na) zwijgt, in rechtspraak en literatuur wordt voorgestaan. Het Duitse recht immers is van toepassing zowel indien deelgenomen is buiten de Bondsrepubliek aan een daarbinnen begaan strafbaar feit als in de situatie die daarvan het spiegelbeeld vormt; daarbij is in beide situaties irrelevant of de deelneming c.q. het feit naar het recht van de betrokkene vreemde staat strafbaar is (22).

2.4. Het Franse recht

Tussen Nederland, waar de wetgever zich afzijdig heeft gehouden,

(21) OLG Saarbrücken, NJW 1975, 507.

(22) Vgl. Schröder, 'Die Teilnahme im internationalen Strafrecht' Z.St.W. 61, p. 57 (1942).

en de Bondsrepubliek, waar § 9 van het Strafgesetzbuch in detail treedt, neemt Frankrijk een tussenpositie in. De meest relevante bepaling is daar, sinds 1958, art. 693 van de Code de procédure pénale, dat de in de jurisprudentie ontwikkelde regels als volgt vastlegt:

‘Est réputée comme commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France.’

2.4.1. Plaats van handeling en plaats van gevolg

Evenals in Nederland en in de Bondsrepubliek wordt in Frankrijk derhalve gekozen voor een stelsel waarin alleszins mogelijk is dat een strafbaar feit geacht wordt op meer dan één plaats te zijn begaan. Immers, het is voldoende dat ‘un acte’ in Frankrijk is begaan. Daarbij omvat ‘acte’ zowel ‘action’ als ‘résultat’, zodat buiten kijf staat dat de plaats van een delict door het daarbij behorende gevolg kan worden bepaald.

Dat een ‘acte’ naar Frans recht betrekkelijk snel ‘caractérisant’ voor een strafbaar feit wordt geacht, blijkt hieruit dat het delict bestaande in het uitgeven van een ongedekte cheque, mede geacht wordt in Frankrijk te zijn begaan, indien de betrokken bank in Frankrijk gevestigd is, ook al ontbreken verdere banden met Frankrijk. Aan het vereiste is voldaan bij

‘des actes . . . ayant une relation nécessaire et directe avec le délit consommé hors de France et tendant immédiatement à sa perpétration.’ (23)

Van een ‘élément constitutif’ is geen sprake bij zuivere voorbereidingshandelingen noch bij feiten en omstandigheden die weliswaar gegeven moeten zijn, wil een bepaald delict mogelijk zijn, maar die

‘. . . ne contribue(nt), en aucune manière, à . . . accomplir (le délit) et pas même à commencer son accomplissement.’ (24)

Evenals in Nederland is in Frankrijk de bepaling van de plaats van omissiedelicten aan de rechtspraak overgelaten. Tot een verschil in uitkomsten heeft dat niet geleid:

(23) Vgl. C. Lombois, (Lit. 10), p. 255.

(24) Lit. 10, p. 257.

‘La jurisprudence décide, avec constance et fermeté, que l’omission se produit au lieu ou l’obligation aurait dû être exécutée.’ (25)

Ook hier gaat het derhalve niet om de plaats waar de betrokkene zich bevond, maar om die waar hij zich had dienen te bevinden. Het criterium wordt zowel bij eigenlijke als bij oneigenlijke omisdelen toepast.

In de Franse literatuur is gestreden over wat rechtens is, indien een delict binnen Frankrijk is begaan, maar hetzij verzwarende omstandigheden hetzij strafuitsluitings- of rechtvaardigingsgronden daarbuiten te localiseren zijn. De conclusie lijkt daarbij te zijn dat de in art. 693 veronderstelde eenheid van het strafbare feit over de grenzen heen, er toe noopt met een en ander wel rekening te houden (26).

2.4.2. *Deelneming*

De Franse jurisprudentie heeft zich, evenals de Duitse, regelmatig bezig gehouden met de bepaling van de plaats van deelnemingshandelingen. Ten aanzien van de in het buitenland te localiseren medeplichtigheid aan een in Frankrijk begaan strafbaar feit is daarbij de rechtsmacht van de Franse rechter erkend (27). Sinds 1958 kan ter ondersteuning van die jurisprudentie gesteld worden dat elke ‘acte caractérisant un élément constitutif’ van het eigenlijke delict ook karakteristiek is voor hetgeen de medeplichtige heeft gedaan. In de spiegelbeeldsituatie (medeplichtigheid in Frankrijk aan een daarbuiten begaan feit) nam de jurisprudentie aan dat de Franse rechter rechtsmacht ontbeerde. ‘Nam’: in 1958 is art. 690 van de Code de procédure pénale aldus gewijzigd dat, onder de daar aangegeven criteria, de Franse rechter subsidiaire jurisdictie heeft. Niet alleen moet er in zo een geval ook naar Frans recht van medeplichtigheid aan een strafbaar feit sprake zijn, maar bovendien moet er met betrekking tot het feit waaraan de betrokkene in Frankrijk medeplichtig is geweest, een buitenlands gewijsde zijn waaruit blijkt van de strafbaarheid van dat feit, en moet ook anderszins aan bepaalde criteria zijn voldaan die de sub-

(25) Id., p. 261.

(26) Id., pp. 270/272.

(27) Id., p. 265.

sidiariteit van de rechtsmacht van de Franse rechter bevestigen (28).

2.5. Samenvatting van het voorgaande

Zoals uit het voorgaande blijkt, gaan de Nederlandse, de Duitse en de Franse strafwetgeving omtrent de plaats van het strafbare feit, en daarmee omtrent de rechtsmacht van de nationale rechter op grond van het territorialiteitsbeginsel, van dezelfde grondgedachten uit, zij het dat er tussen de wijzen waarop die gedachten worden uitgewerkt, nogal wat verschillen zijn. Daarbij doet zich het fenomeen voor dat er evenredigheid bestaat tussen de mate waarin de wetgever zelf in detail is getreden en die waarin aan de rechter rechtsmacht wordt gegeven. De Bondsrepubliek heeft een gedetailleerde regeling en vat de plaats van het delict bijzonder ruim op; in Frankrijk is volstaan met een klare volzin, en is er wat minder snel sprake van dat het delict geacht wordt op het eigen territoir te zijn begaan; de Nederlandse wetgever heeft de zaak in twee woorden ('in Nederland') afgedaan, terwijl de Nederlandse rechterlijke macht aan die woorden slechts een beperkte betekenis heeft toegekend. De overeenkomsten en verschillen tussen de drie stelsels laten zich globaal als volgt samenvatten:

— Indien de in de delictsomschrijving bedoelde handeling zich geheel of gedeeltelijk op het eigen territoir heeft voorgedaan, heeft in alle drie de landen de nationale rechter rechtsmacht.

— Indien het handelen zelf buiten het territoir heeft plaatsgevonden, is Nederland toch plaats van het delict, indien zich daar het onmiddellijke resultaat van dat handelen voordoet. In Frankrijk gaat men wat verder, en is de plaats van het delict ook daar, waar het (uiteindelijke) gevolg optreedt. De Duitse opvatting is nog ruimer, en beschouwt mede als de plaats van het delict de plaats waar het gevolg naar het idee van de dader zou moeten zijn opgetreden; daardoor kan het Duitse recht zelfs van toepassing zijn op pogingen buiten de Bondsrepubliek.

— Bij de verschillende deelnemingsvormen is het Nederlandse recht niet duidelijk, al kan wel gezegd worden dat aan de wetgeving in het algemeen een ook op dit punt terughoudende opvatting

(28) Id., p. 265.

ten grondslag ligt. In Frankrijk is de deelneming buiten het eigen territoire aan daarop begane delicten strafbaar; in de spiegelsituatie is die strafbaarheid slechts onder bijzondere omstandigheden gegeven. In Duitsland tenslotte is steeds zowel de deelneming buiten de Bondsrepubliek aan een daarbinnen begaan strafbaar feit als deelneming daarbinnen aan een daarbuiten begaan strafbaar feit, binnen de Bondsrepubliek te 'plaatsen' en daarmee strafbaar.

2.6. *Ander vreemd recht*

Er is een aantal rechtsstelsels die in beginsel even ver gaan als het Duitse: Oehler noemt onder meer de Skandinavische landen, Tsjechoslowakije, Libanon en Syrië en, met wat aarzeling, Argentinië en Brazilië (29). Hij duidt daarbij dat stelsel aan als dat waarin het 'Ubiquitätsprinzip' in 'objektiver und subjectiver Ausprägung' geldt. In het Franse recht geldt dan wel hetzelfde beginsel, maar slechts in zijn objectieve variant. Behalve in Frankrijk en, in wellicht wat afgezwakte vorm, Nederland geldt die variant van het beginsel ook in landen als België, Italië, Roemenië, Portugal — dat in art. 46 van zijn Wetboek van Strafvordering een gedetailleerde regeling kent —, Costa Rica en China (30).

Er zijn echter ook landen waarin het ubiquiteitsbeginsel geen toepassing vindt. In continentaal Europa is dat met name in Spanje het geval. Op grond van art. 335 van de Ley provisional sobre organización del Poder heeft de strafrechter ten aanzien van in Spanje begane uitvoeringshandelingen waarvan het tot de delictomschrijving behorende gevolg zich daarbuiten voordoet, slechts rechtsmacht ten aanzien van die handelingen, indien en voorzover die op zichzelf strafbaar zijn. Niet duidelijk is wat rechtens is, indien het onmiddellijk resultaat van de handelingen in Spanje optreedt, maar het uiteindelijke gevolg daarbuiten. Treedt het gevolg van een buiten Spanje gepleegde daad daarbinnen op, dan wordt het feit geacht in Spanje te zijn begaan (31). In met name een groot aantal Midden- en Zuidamerikaanse landen gelden varianten op het Spaanse stelsel (32).

(29) Lit. 16, pp. 216/219.

(30) Id., pp. 222/225.

(31) Id. pp. 226/227.

(32) Id., pp. 227/231.

2.6.1. *Engels en Amerikaans recht*

Zoals zo vaak bij rechtsvergelijking verdient ook op het punt van de bepaling van de plaats van delicten het Anglo-Amerikaanse recht afzonderlijke beschouwing. In oorsprong gold in Engeland de eis dat de plaats van handeling en die van gevolg moesten samen vallen, wilde er een bevoegde rechter kunnen zijn (33). Indien zulks niet het geval is, geldt als *locus delicti* de plaats waar het directe gevolg van de handeling zich voordoet; op deze wijze wordt, bij buiten Engeland begane feiten waardoor het slachtoffer schade aan zijn persoon of in zijn vermogen lijdt binnen Engeland, 'constructive presence' binnen Engeland aangenomen; beslissend is (bijv. ook bij poging) waar 'the last constituent element of the offence' zich voordeed. Treden de hier bedoelde directe gevolgen alleen buiten Engeland op, dan mist de Engelse rechter rechtsmacht. Bij de beoordeling van het Engelse recht is het niet zonder belang dat veel delicten die naar continentaal recht een eenmalig karakter hebben, bij de voortgezette delicten worden ondergebracht; zo is bijv. degene die buiten Engeland goederen gestolen heeft, in Engeland strafbaar, indien hij die goederen in Engeland invoert (34).

In de Verenigde Staten van Amerika is de bepaling van de plaats van het delict van constitutioneel belang, aangezien art. III, lid 2, van de Grondwet bepaalt dat '(t)he trial of all Crimes . . . shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed . . .' (waaraan dan wordt toegevoegd dat ' . . . when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed'). De Supreme Court laat de staten daarbij vrij de plaats van het delict tot op zekere hoogte door het gevolg te laten bepalen: 'Acts done outside a jurisdiction, but intended to produce and producing detrimental effects within it, justify a State in punishing the cause of the harm as if he had been present at the effect, if the State should succeed in getting him within its power' (35). Daarnaast wordt in de recente wetgeving van de staten veelal ook aangeknoopt aan een (deel-)handeling binnen de betrokken staat, ook al valt het (on-

(33) *Id.*, pp 55/57.

(34) *Id.*, pp. 231/234.

(35) *Strassheim v. Daily*, 221 U.S. 280 (1911).

middellijke of uiteindelijke) gevolg daarbuiten (36).

Zowel voor het Engelse als voor het Amerikaanse recht geldt dat voor bijzondere delicten vaak een afwijkende, dat wil in het algemeen zeggen: een ruimere regeling ter bepaling van de plaats(en) waar het strafbare feit is begaan, getroffen is. Op de daarbij gebezigde technieken wordt hier niet ingegaan (37). Wat betreft de strafbare deelneming naar Engels en Amerikaans recht moge hier worden volstaan met de vermelding dat de problematiek in rechtspraak en wetgeving is onderkend en dat in het algemeen de strafbaarheid van de deelnemer afhankelijk is gesteld van de toepasselijkheid van het voor het feit zelf geldende rechtstelsel (37a).

2.7. Internationaal privaatrecht

Niet alleen het (internationaal) strafrecht kent het vraagstuk van de bepaling van de locus delicti; de problematiek is ook in het internationaal privaatrecht, met name bij de onrechtmatige daad met internationale aspecten, van belang. Bij strafbare feiten als belediging en oplichting, maar ook bij schade aan lijf en leden ligt een vergelijking voor de hand, nu wat strafbaar is, normaliter ook onrechtmatig zal zijn. Toch kan men aarzelen of een rechtsvergelijkende benadering aangewezen is. Door Langemeijer is gewezen op de tegenovergestelde visies welke ten aanzien van het karakter van regels aangaande de bepaling van de plaats van het delict zijn ontwikkeld door schrijvers als enerzijds Mendelssohn Bartholdy en anderzijds Donnedieu de Vabres en Maurach (38). In de visie van Mendelssohn '... ist dem internationalen Strafrecht die Aufgabe gestellt, zwischen dem Strafgesetz und der Handlung, um deren strafrechtliche Qualifikation es sich in concreto handelt, die massgebende Anknüpfung, das lieu de droit aufzudecken'. In deze visie wijken de functie van het internationaal strafrecht en die van het internationaal privaatrecht niet fundamenteel van elkaar af. In de tegenovergestelde visie ligt het accent niet op de band, in concreto, tussen strafrecht en handeling, maar veeleer op de relatie, in abstracto, tussen verschillende rechtstelsels. Daarbij waarschuwt

(36) Zie de voorbeelden bij Lit. 16, p. 236/237.

(37) Vgl. Lit. 16, pp. 240/257.

(37a) Id., pp. 272/275.

(38) G.E. Langemeijer, 'Le principe de territorialité', (Lit. 2), pp. 18/21.

met name Maurach ertegen het internationaal strafrecht als een soort conflictenrecht te zien. Langemeijer kiest voor die laatste opvatting; zijn argumentatie luidt als volgt:

‘ . . . Partir de l’action non encore juridiquement qualifiée, puis rechercher à quel ordre légal elle se rattache le plus . . . me semble une méthode qui . . . est bien plus à sa place en droit privé international que dans le droit pénal. Dans le domaine du droit privé, on a affaire dans la grande majorité des cas à des actions que les intéressés ont voulu comme ayant des suites juridiques . . . Dans le droit pénal, il en est tout autrement. L’auteur ne souhaite évidemment point de conséquences de droit de nature pénale . . . On ne peut donc pas parler de point de contact que l’action serait susceptible d’avoir déjà, par sa nature propre, avec un certain système de droit . . . ’ (38a).

Het feitelijk gelijk is in elk geval aan de zijde van Langemeijer: in het internationaal strafrecht wordt de rechtsmacht bepaald aan de hand van abstracte criteria, en speelt de vraag hoe nauw een bepaalde handeling in concreto met het ene of het andere rechtstelsel verbonden is, praktisch niet. Het gevolg daarvan is dat handelingen die naar de betrokken (twee of meer) rechtstelsels strafbaar zijn, soms in meer dan één land, soms daarentegen (met name indien het gaat om op het Engelse gelijkende stelsels) in het geheel niet of slechts voor een gedeelte kunnen worden bestraft. Bij dit alles speelt een rol dat de civiele rechter in het algemeen wel, de strafrechter daarentegen, uitzonderingen daargelaten, niet de bevoegdheid heeft om, waar dat toepasselijk is, vreemd recht ook toe te passen. Dat alles neemt niet weg dat vergelijking van internationaal strafrecht en internationaal privaatrecht op het punt van de locus delicti enige zin kan hebben, al was het maar om de bestaande overeenkomsten én verschillen te laten uitkomen.

2.7.1. Plaats van handeling en plaats van gevolg

De vraag wat de plaats is van een onrechtmatige daad, met name indien de eigenlijke handeling en het gevolg verschillend te localiseren zijn, is met name in de Verenigde Staten onderwerp van de-
(38a) Id.

bat geweest. Daarbij is in eerste instantie de vuistregel ontwikkeld dat 'the place of wrong is in the state where the last act necessary to make an actor liable for an alleged tort takes place' (39). Na kritiek in de literatuur is de vuistregel verlaten, en worden de plaats waar de schade is geleden en die waar de handeling waardoor die schade optrad, heeft plaatsgevonden, genoemd als factoren waarmee rekening moet worden gehouden bij de bepaling met welk recht 'the most significant relationship' bestaat. In deze benadering is de formele bepaling van de locus delicti niet langer van praktisch belang.

In het Nederlands internationaal privaatrecht is aan de plaats van de onrechtmatige daad betrekkelijk weinig aandacht besteed. Het meest uitgebreid zijn nog steeds de — uit 1947 daterende — beschouwingen van Dubbink (40), waarin (nog) uitgangspunt is '... dat de plaats van de handeling niet alleen het op den dader toepasselijke recht aanwijst, maar ook het recht waaronder de aansprakelijkheid van ouders, voogden, curatoren, werkgevers e.d. staat' (41). Met name omdat de plaats waar het gevolg van een handeling zich voordoet vaak door het toeval bepaald wordt, kiest Dubbink, bij het uiteenlopen van de plaats van handeling en die van het gevolg, voor toepasselijkheid van het recht van de plaats van handeling (42); Dubbink maakt op die regel een uitzondering, indien de dader in het ene land bewust het gevolg in het andere land heeft teweeggebracht (43).

2.8. *Het Europees Executieverdrag*

Niet alleen in het strafrecht en in het internationaal privaatrecht, maar ook in het civiele rechtsvorderingsrecht kan de locus delicti een rol spelen. Zo wordt in artikel 5 sub 3 van het EEG-Executieverdrag de rechterlijke bevoegdheid bepaald door de 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan'. Aan dat begrip

(39) First Restatement of Conflict of Laws, zoals geciteerd bij Dicey and Morris, 'The conflict of laws' (9th edition), p. 969.

(40) C.W. Dubbink, 'De onrechtmatige daad in het Nederlands internationaal privaatrecht', pp. 79/99.

(41) Id., p. 80.

(42) Id., p. 87.

(43) Id., pp. 89/91.

heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen uitleg gegeven in zijn arrest van 30 november 1976 (44). Het Hof heeft in dat arrest uitgesproken dat, ingeval de plaats waar zich een feit heeft voorgedaan dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan meebrengen, en de plaats waar door dit feit schade is ontstaan, niet samenvallen, bedoelde uitdrukking aldus moet worden verstaan dat zowel de plaats waar de schade is ingetreden als de plaats van de veroorzakende gebeurtenis is bedoeld. Voor het Hof was daarbij, onder meer, van belang

‘ . . . dat de plaats van de veroorzakende gebeurtenis niet minder dan de plaats van intreden der schade al naar het geval van betekenis kan zijn als aanknopingspunt voor de rechterlijke bevoegdheid’ omdat ‘ . . . immers eerst van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan worden gesproken, wanneer een oorzakelijk verband is komen vast te staan tussen de schade en het feit waaruit die schade is voortgekomen’.

Door Schultsz is, naar aanleiding van dit arrest, gewezen op de moeilijkheden welke kunnen rijzen bij de bepaling van de plaats van de schade (45). Een deel van die problemen zal in een volgende zaak door het Hof van Justitie moeten worden opgelost (46).

2.9. Conclusies

In het Ontwerp van een Benelux-verdrag omtrent de werking van de strafwet naar tijd en plaats (47) wordt, voorzoveel hier van belang, in art. 3 bepaald dat de ‘Nederlandse strafwet . . . van toepassing (is) op feiten die . . . in Nederland . . . zijn begaan.’ Afgezien van wat redactionele verbeteringen wordt derhalve art. 2 van het Wetboek van Strafrecht gehandhaafd. Ter toelichting daarop wordt nog het volgende gesteld (48):

(44) Jur. 1976, pp. 1735/1757, *N.J.* 1977, 494 m.n. J.C.S. Het Hof week af van de conclusie van zijn a.-g. Capotorti, die de plaats waar de schade is opgetreden, bij uitsluiting beslissend achtte.

(45) *N.J.* 1977, pp. 1639/1641.

(46) Vgl. H.R. 14-12-'79, *R.v.d.W.* 1980, no. 5.

(47) Gepubliceerd in *D. & D.* 1976, pp. 510/523, becommentarieerd door Th. W. van Veen in *D. & D.* 1977, pp. 367/375 en pp. 464/470.

(48) *D. & D.* 1976, p. 517.

‘De regeringen hebben zich afgevraagd of het niet aanbeveling verdiende, naast de hierboven vermelde hoofdregels nog de gevallen te omschrijven waarin een feit geacht moet worden op een bepaalde plaats te zijn begaan. Ze hebben echter tenslotte gemeend hiervan beter te kunnen afzien, omdat de verre van eenvoudige problematiek van het bepalen van de locus delicti tot een uitvoerige en wellicht achteraf nog onvolledig blijkende regeling zou leiden. De nationale wetgevers van de drie landen hebben zich hieraan trouwens ook niet gewaagd en hebben de oplossing van de vragen betreffende de plaats van het begaan van een delict aan wetenschap en rechtspraak overgelaten.’

Aan de regeringen kan worden toegegeven dat de definities schuwende aanpak in de thans geldende wetgeving niet tot onoverkomelijke — en zelfs niet tot veel — problemen aanleiding heeft gegeven; wat dat betreft kan voor toepassing van het gezegde ‘never change a winning team’ begrip worden opgebracht. Toch laat zich op het gestelde wel een en ander afdingen. Het hier gegeven overzicht van de bepaling van de locus delicti in vreemde strafrechtssystemen zal duidelijk hebben gemaakt dat er nogal wat punten zijn waarop beleidskeuzes kunnen worden gemaakt. Mede gezien de aard van de materie — de omvang van de bevoegdheid die de nationale wetgever op grond van het territorialiteitsbeginsel aan de strafrechter toedeelt — lijkt er alle aanleiding dat de wetgever zich over de te maken keuzes uitlaat, hetzij (bij voorkeur) in de wettekst zelf, hetzij in de toelichting daarop. Daarbij komt dat de wetgeving van vreemde staten die zich met het onderwerp bezighoudt, op een enkele uitzondering na (49), bepaald niet overmatig gecompliceerd is, zodat het in de tweede regel van het gegeven citaat gebezigde argument niet overtuigt. Er is geen directe noodzaak om art. 2 te wijzigen, of beter: aan te vullen, maar als dan toch, in Benelux-verband, aanpassing wordt overwogen, lijkt er voldoende grond te zijn om de plaats van het delict wel nader te omschrijven.

Voor het geval tot een nadere omschrijving als zojuist bedoeld mocht worden besloten, worden hieronder, ter afsluiting van de aan de plaats van het delict gewijde beschouwingen, enige suggesties gedaan.

(49) Wel ingewikkeld zijn bijv. § § 20.20 en 20.30 van de Code of Criminal Procedure van de staat New York, geciteerd in Lit. 16, pp. 237/238.

Gegeven de ontwikkelingen in de rechtspraak en gezien de stand van zaken in andere landen ligt het voor de hand te kiezen voor een stelsel waarin zowel de plaats van de handeling als die van het gevolg het delict localiseren. Daarbij kan dan nog worden bezien in hoeverre het, wat het gevolg betreft, dient te gaan om het directe of om het uiteindelijke resultaat. Aangezien het uiteindelijke resultaat vaak element is van het strafbare feit, ligt het in de rede dat mede relevant te achten. Voor die gevallen waarin toepassing van de gestelde regels zou leiden tot toepasselijkheid van het Nederlandse recht in situaties waarin de band met Nederland te verwaarlozen is, hetgeen met name bij toevalligerwijs in Nederland te localiseren gevolgen het geval kan zijn, zou een oplossing kunnen worden gevonden in het op grond van het opportuniteitsbeginsel achterwege laten van vervolging; eleganter zou het zijn om voor dat type gevallen een uitzonderingsbepaling op te nemen. Dat die bepaling onvermijdelijk vrij vaag zou moeten komen te luiden, lijkt minder bezwaarlijk, nu het daarbij zou gaan niet om een strafbaarheid creërend, maar juist om een rechtsmacht uitsluitend criterium. Met een omkering van een aan het internationaal privaatrecht ontleende uitdrukking zou deze uitzondering kunnen worden aangemerkt als die voor 'the improper law of the crime' (50).

In het voorafgaande is nog geen keuze bepaald tussen de subjectieve en de objectieve variant van het ubiquiteitsbeginsel. Tegen de subjectieve variant laat zich aanvoeren dat daarin de aanknopings met de rechtssfeer van het land wel erg verwijderd is geworden; Oehler gaat zelfs zo ver te stellen dat

‘ . . . (d)as Territorialitätsprinzip dient hier einer ungerechten Ausdehnung des eigenen Strafrechts’ (51).

Aanvaardt men dat ieder feit dat een element van het delict karakteriseert voldoende is om (een van) de plaats(en) van het delict te bepalen, dan lijkt er onvoldoende grond om een uitzondering te maken voor gewoontedelicten waarvan slechts een handeling in Nederland verwezenlijkt is (52).

Het lijkt alleszins nuttig een bepaling aan de strafbaarheid van

(50) Zie voor beschouwingen in dezelfde zin Lit. 16, p. 211.

(51) Lit. 16, p. 213, met een verwijzing naar Kelsen, die de subjectieve variant naar het volkenrecht toelaatbaar oordeelt.

(52) Anders o.m. Lit. 14, aant. 9 op art. 2.

deelnemingshandelingen te wijden. Wat de strafbaarheid van een buiten Nederland verwezenlijkte deelneming aan een in Nederland begaan strafbaar feit betreft is aansluiting bij de regel van art. 3 van de Wet op de economische delicten mogelijk; wellicht zou althans ten aanzien van de medeplichtigheid de eis van dubbele strafbaarheid kunnen worden gesteld. Voorzover het om deelneming binnen Nederland aan een daarbuiten begaan strafbaar feit handelt, lijkt het juist die eis in elk geval te stellen.

Wordt tot het opstellen van regels als hier bedoeld overgegaan, dan ligt het in de rede aan de omissiedelicten een zinsnede te wijden welke de thans geldende praktijk codificeert. Tevens zou in dat geval aandacht kunnen worden besteed aan voorwaarden voor strafbaarheid zoals bij heling, in die zin dat ook daar effectief de eis van dubbele strafbaarheid wordt gesteld.

*2.10. 'Nederland' en hetgeen daarmee voor de toepassing
van het territorialiteitsbeginsel geheel of gedeeltelijk
wordt gelijkgesteld*

In het voorgaande is — in de woorden van art. 2 van het Wetboek van Strafrecht — besproken wat 'in' betekent, maar niet wat 'Nederland' omvat. De vraag tot waartoe Nederland zich uitstrekt, behoeft geen uitvoerige bespreking: verwezen moge worden naar het te dien aanzien in de literatuur opgemerkte, met name ook voor wat betreft de rechtsmacht onder de grond en — vooral — in het luchtruim (53). Aan de op zichzelf niet oninteressante problematiek rond de precieze omvang van de territoriale zee moge hier eveneens worden voorbijgegaan (54).

Als verlengde van de rechtsmacht met betrekking tot in Nederland begane feiten kan men de jurisdictie over hetgeen op het aan Nederland toegerekende deel van het continentaal plat geschiedt, zien. De soevereiniteit van Nederland te dien aanzien is echter niet algemeen: de Mijnewet continentaal plat (55) en de Wet bodemma-

(53) Zie Lit. 14, aant. 7 op art. 2.

(54) Vgl. Lit. 16, pp. 287/297.

(55) Wet van 23 september 1965, Stb. 428, Ed. S. & J. no. 145-II (derde druk), pp. 10/29.

terialen Noordzee (56) breiden de rechtsmacht slechts uit tot de door die wetten bestreken (onder de vigueur van de Wet op de economische delicten gebrachte) feiten, terwijl de Wet installaties Noordzee (57) in art. 2 wèl in mogelijke toepasselijkheid van de gehele Nederlandse strafwetgeving voorziet, maar deze beperkt tot in het betrokken deel van de in zee aanwezige installaties in de zin van art. 1 van de wet. Een uitbreiding van de rechtsmacht tot feiten begaan in het aan de territoriale wateren grenzende deel van de vrije zee vloeit tevens voort uit de Machtigingswet instelling visserijzone jo. het daarop gebaseerde uitvoeringsbesluit en de daarop aansluitende bepalingen van de Visserijwet (58).

Niet in eigenlijke zin de plaats van het delict betreft art. 3 van het Wetboek van Strafrecht dat de Nederlandse strafwet toepasselijk doet zijn op 'ieder die zich buiten Nederland aan boord van een Nederlandsch vaartuig of luchtvaartuig aan eenig strafbaar feit schuldig maakt'. Deze bepaling heeft, mede doordat art. 86 van het Wetboek wel definieert wat een Nederlands schip is, maar niet aangeeft hoe het — ruimere — begrip vaartuig moet worden afgebakend, tot enige wetenschappelijke discussie aanleiding gegeven (59). Op zichzelf is, wat de in de artt. 86 en 86a van resp. schepen en luchtvaartuigen gegeven definities betreft, opmerkelijk dat bij schepen volstaan wordt met de formele verwijzing naar de afgifte van Nederlandse zeebrieven en vergunningen tot het voeren der Nederlandse vlag, terwijl in de (veel recentere) bepaling voor luchtvaartuigen, niet slechts een formeel — inschrijving in Nederlandse luchtvaartregisters —, maar ook een materieel criterium — de in art. 86a, lid 2, bedoelde 'dry leasing' (60) — wordt gehanteerd. Omdat vaartuig en luchtvaartuig geen drijvend resp. zwe-

(56) Wet van 14 juni 1974, Stb. 436, Ed. S. & J., no. 145-II (derde druk), pp. 219/229.

(57) Wet van 3 december 1964, Stb. 447, Ed. S. & J. no. 145-II (derde druk), pp. 229/232.

(58) Rijkswet van 8 juni 1977, Stb. 345, K.B. van 23 november 1977, Stb. 665 en Wet van 30 mei 1963, Stb. 312, te vinden in Ed. S. & J. no 45 (vierde druk), pp. 253/254, pp. 254/255 en pp. 5/59.

(59) Vgl. bijv. P.A. Schaafsma, 'Het Nederlandse vaartuig van artikel 3 Wetboek van Strafrecht', T.v.S. 1969, p. 319 e.v. en G.E. Langemeijer (Lit. 2), p. 25 en de daar geciteerde literatuur.

(60) M.R. Mok, *N.J.B.* 1973, p. 885.

vend territoire zijn (61), sluit de rechtsmacht van de Nederlandse rechter die van een vreemde rechter ook naar Nederlands recht niet uit (62).

(61) Vgl. H.R. 20 april 1948, *N.J.* 1948, 344.

(62) Vgl. Lit. 16, pp. 322/330.

3. HET EFFECT VAN GEDRAGINGEN ALS AANKNOPINGSPUNT VOOR RECHTSMACHT

3.1. Inleiding

In het hoofdstuk over de plaats van het delict is een sprong gemaakt die daar slechts en passant is toegelicht. Het gaat hier om de problemen opgeroepen doordat onder de plaats waar een feit is begaan, mede wordt begrepen de plaats waar de gevolgen van een handeling zich openbaren. Daarbij werd immers ononderzocht gelaten enerzijds hoe nauw het verband tussen handeling en gevolg moet zijn om een dergelijke aanknopng te rechtvaardigen, anderzijds of de verschillende typen gevolgen in dit verband gelijk mogen worden gesteld. Er zou aanleiding kunnen zijn om — bijvoorbeeld — bij materiële gevolgen aan leven of lichaam van een of meer bepaalde personen anders te oordelen dan indien de gevolgen zich beperken tot immateriële rechtsgoederen van in de eerste plaats algemene aard, zoals onder meer een behoorlijke werkzaamheid van de mededinging in de staat waar de gevolgen in kwestie zich voordoen. Met die laatste illustratie is dan tevens aangegeven aan de hand van welk onderwerp deze problematiek in dit preadvies zal worden beschouwd. Alleen al de bijzonder uitgebreide literatuur welke er aan het hier te bespreken rechtsgebied gewijd is (1), wekt het — juiste — vermoeden dat de materie zowel gecompliceerd als interessant is. Dat is vooral het geval om-

(1) In Nederland is het onderwerp o.m. besproken door J.J.A. Ellis in diens preadvies van 1964 voor de NVIR over 'De extraterritoriale werking van het nationale strafrecht', (Lit. 5), pp. 29 e.v., i.h.b. pp. 30/56 en in N.T.I.R. 1970, pp. 51/67. Amerikaanse monografieën zijn er van W.L. Fugate, 'Foreign Commerce and the Antitrust Laws' (1958) (Lit. 6), K. Brewster, 'Antitrust and American Business Abroad' (1958) en E.W. Kintner en M.R. Joelsson, 'An international antitrust primer' (1974). In Duitsland bespraken onder meer I.E. Schwartz, 'Deutsches internationales Kartellrecht' (1962), F. Hermanns, 'Völkerrechtliche Grenzen für die Anwendung kartellrechtlicher Verbotsnormen' (1969) (Lit. 8), E. Rehbindler, 'Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts' (1965) (Lit. 20) en K.M. Meessen, 'Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts' (1975) (Lit. 12) het onderwerp. Deze boeken geven zelf verwijzingen naar verdere literatuur; met name de Literaturverzeichnis in het boek van Meessen wijst de geïnteresseerde uitgebreid de weg. Zie ook H. Zwaresteijn, 'Some aspects of the extraterritorial reach of the American antitrust laws' (1970) en A.J.M. Weebers, 'Contrôle op internationale kartels' (z.j.).

dat er raakvlakken zijn met een veelheid van rechtsgebieden. Het mededingingsrecht wordt doorgaans tot het economische ordeningsrecht gerekend. Het wordt — voor sommigen: desalniettemin — in veel geldende rechtssystemen (mede, zij het vaak niet uitsluitend) door strafsancities gehandhaafd. In Nederland is dat tegenwoordig voor het economisch ordeningsrecht normaal, maar voor de totstandkoming van de Wet op de economische delicten was dat in veel gevallen anders (1a). In de Bondsrepubliek, waar men de zgn. Ordnungswidrigkeiten niet tot het eigenlijke strafrecht rekent, is dat niet zo, evenmin als in de Europese mededingingswetgeving; de wetgever heeft daar in art. 15, lid 4, van Vo. 17/62 (en in de corresponderende bepaling van Vo. 11) met zoveel woorden aangegeven dat de daar genoemde geldboeten 'geen strafrechtelijk karakter' hebben. Dat door de problemen weg te definiëren, deze nog niet uit de wereld zijn, vermag overigens niet te verbazen (2). In verband daarmee rijst de vraag of de voor het 'commune' internationale strafrecht ontwikkelde beginselen zonder meer toegepast kunnen worden op het gebied van het mededingingsrecht, of dat de aard van het rechtsgebied daaraan meer direct gerelateerde aanknopingscriteria wenselijk maakt.

Die problematiek kan zowel vanuit het nationale als vanuit het volkenrechtelijke perspectief worden gezien. Dat cruciaal is aan de hand van welke factoren de band met een bepaald rechtstelsel wordt gelegd, maakt dat ook problemen van internationaal privaatrechtelijke aard beschouwing verdienen (3), waarbij het onderwerp dan onderdeel uitmaakt van de rechtsleer over de positie van publiekrechtelijke — zo men wil: semipubliekrechtelijke — regels in het conflictenrecht, een onderwerp dat ook in Nederland recent veel aandacht heeft gekregen (4).

(1a) Vgl. D. Schaffmeister, 'Entwicklung und Begriff des niederländischen Wirtschaftsstrafrecht' (1978) pp. 22/95.

(2) Vgl. over de 'Rechtsnatur der Geldbusse' van art. 15 J. Thiesing in H. von der Groeben c.s., 'Kommentar zum EWG-Vertrag' (2de druk), pp. 971/980 en de daar geciteerde literatuur. Zie ook A. Mulder, 'Europees recht en internationaal strafrecht', SEW 1962, pp. 642/660.

(3) Vgl. R. Bär, 'Kartellrecht und Internationales Privatrecht' (1965).

(4) R. van Rooij, 'De positie van publiekrechtelijke regels op het terrein van het internationaal privaatrecht' (1976) (Lit. 21) en L. Strikwerda, 'Semipubliekrecht in het conflictenrecht' (1978) (Lit. 24), beide met uitgebreide vermelding van relevante literatuur.

3.2. Plan van behandeling

De vraagstukken die verband houden met het effect van gedragingen als aanknopingspunt voor rechtsmacht in met name het mededingingsrecht worden hier in de navolgende opzet besproken. Eerst wordt aandacht besteed aan de wijze waarop in de Amerikaanse antitrustrechtelijke praktijk wat wordt aangeduid als extraterritoriaal effect aan de bepalingen van in het bijzonder de Sherman Act en de Clayton Act wordt gegeven, waarbij zal worden onderscheiden tussen het materiële en het procedurele recht. Het ligt voor de hand met een bespreking van dit onderwerp te beginnen, omdat het juist de Amerikaanse praktijk is geweest waardoor het onderwerp in de jaren vijftig en zestig zo veel belangstelling heeft ondervonden. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de extraterritoriale aspecten van het kartelrecht van de Europese Gemeenschappen, van de Bondsrepubliek en van Nederland. Daarna wordt onderzocht in welke mate de aldus ontwikkelde criteria aansluiten bij die in het internationaal privaatrecht. Wat door velen wordt beschouwd als de hamvraag is daarmee tot het laatst bewaard: wat zijn de volkenrechtelijke grenzen welke de nationale overheden zijn gesteld bij de toepassing van hun eigen kartelrecht?

3.3. De extraterritoriale toepassing van het Amerikaanse antitrustrecht

In Sec. 1 van de Sherman Act (5) wordt 'illegal' verklaard '(e)very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States . . .', terwijl Sec. 2 van die Act straf bedreigt tegen '(e)very person who shall monopolize or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States or with foreign nations . . .'.

(5) Act of July 2, 1890; 15 U.S.C.A. § § 1-7, onder meer gepubliceerd in M. Handler c.s., 'Trade Regulation Cases and Materials' (1975), Statutory Appendix, pp. 1/3.

3.3.1. De ontwikkeling in de rechtspraak

Reeds in 1909 gaf het Amerikaanse Supreme Court een beslissing over de toepasselijkheid van de Sherman Act op buiten de Verenigde Staten voorgevallen feiten. In een opinion geformuleerd door Justice Holmes koos dat Hof toen voor een benadering die een beperking van de toepasselijkheid van de wet tot handelingen binnen de Verenigde Staten leek te impliceren: 'We think it entirely plain that what the defendant did in Panama or Costa Rica is not within the scope of the statute so far as the present suit is concerned' (6). Men kan zich afvragen, in hoeverre die toch vrij absolute uitspraak moet worden gerelativeerd in het licht van de bijzondere feiten van het geval en de wijze waarop de zaak was opgezet (7); zoveel is zeker dat reeds in de jaren tussen de twee wereldoorlogen in een aantal gevallen van internationale kartellering wel toepasselijkheid van de Sherman Act werd aangenomen (8), waaronder een geval dat zich niet wezenlijk onderscheidde van dat waarover in 1909 was beslist (9). In al die gevallen werd de grens van hetgeen algemeen aanvaardbaar wordt gevonden, niet overschreden. Wel aanleiding tot veel discussie heeft de beslissing van het Court of Appeals van het Second Circuit (10) in de zaak-Alcoa (11) van 1945 gegeven. Voorzoveel hier van belang (12) betrof die zaak een produktiebeperkingsovereenkomst tussen een Canadese en een aantal Europese aluminiumfabrikanten. Volgens Learned Hand, de rechter die het vonnis schreef, was het 'settled law . . . that any (nation) may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders which the (nation) reprehends; and these liabilities other (nations) will ordinarily recognize'.

Learned Hand bezag vervolgens de mogelijke gevallen waarin de

(6) American Banana Co v. United Fruit Co., 213 US 347 (1909).

(7) Vgl. te dien aanzien Fugate (Lit. 6) pp. 29/31.

(8) Zie Meessen, (Lit. 12), p. 122 en Fugate (Lit. 6), pp. 32/34.

(9) U.S. v. Sisal Sales Co. 274 US 268. Het ging in dat geval om de relatie tussen een Mexicaanse alleenexporteur en een Amerikaanse alleenimporteur.

(10) Dat Hof deed in die zaak, om technische redenen, recht als ware het het Supreme Court.

(11) U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (1945).

(12) De zaak is tevens van groot gewicht voor de uitleg van het begrip 'to monopolize'; vgl. Handler c.s., a.w. (noot 5), pp. 231/242.

Sherman Act niet van toepassing zou zijn en maakte daarbij een onderscheid tussen enerzijds handelingen die onbedoeld gevolgen hebben op de handel van de Verenigde Staten en anderzijds handelingen die zijn verricht met het oog op zulke gevolgen, maar die deze in feite niet hebben. Hij kwam, voor het te berechten geval, tot de conclusie dat tussen de mogelijke alternatieve benaderingen niet behoefde te worden gekozen:

‘That situation might be thought to fall within the doctrine that intent may be a substitute for performance in the case of a contract made within the United States; or it might be thought to fall within the doctrine that a statute should not be interpreted to cover acts abroad which have no consequence here. We shall not choose between these alternatives; but for argument we shall assume that the Act does not cover agreements, even though intended to affect imports or exports, unless its performance is shown actually to have had some effect upon them . . . ’

Van belang is nog dat in de zaak-Alcoa uit het feit dat vaststond dat partijen de bedoeling hadden om de Amerikaanse handel te beïnvloeden, geconcludeerd werd tot een omkering van de bewijslast op het punt van de gevolgen; aan de deelnemers van het kartel werd overgelaten aannemelijk te maken dat de beoogde gevolgen in feite niet waren opgetreden, iets waarin zij niet geslaagd werden geoordeeld. In de gloeilampenzaak van enige jaren later (13) werd aan de door Learned Hand aangegeven criteria aangeknoopt en werd, wat het punt van de bedoeling van partijen betreft, beslist dat kon worden volstaan met het aantonen van wat in het Nederlands strafrecht met kleurloos opzet wordt aangeduid.

In de jurisprudentie die in de jaren vijftig en zestig is geweest, is de aangegeven leer verder ontwikkeld. Omdat van die rechtspraak reeds overzichten gepubliceerd zijn (14) wordt hier met het weergeven van een aantal hoofdlijnen volstaan. Reeds in 1955 werd in een op verzoek van de Amerikaanse regering opgestelde studie de volgende samenvatting van de stand van zaken gegeven:

‘(I)t seems clear that the Sherman Act may apply, not only to conduct in this country, but also to acts abroad per-

(13) U.S. v. General Electric Co., 82 F. Supp. 753 (D.N.J. 1949).

(14) Vgl. m.n. Ellis, (Lit. 5), pp. 37/46 en Meessen, (Lit. 12), pp. 121/126.

formed by an American firm acting alone in concert with foreign firms with such substantial effect upon American foreign commerce as to amount to unreasonable restraints, attempts to monopolize or monopolization.’ (15)

In de Zwitserse horloges-zaak (16) drukte de rechter hetzelfde aldus uit:

‘In the absence of direct foreign governmental action compelling the defendant’s activities, a United States court may exercise its jurisdiction as to acts and contracts abroad, if . . . such acts and contracts have a substantial and material effect upon our foreign and domestic commerce.’ (17)

Dat het enerzijds voldoende is dat er een ‘material effect’ optreedt, zonder dat het oogmerk van de betrokkenen daarop gericht is, terwijl anderzijds dat gevolg in het geheel van het betrokken feitencomplex van relatief ondergeschikte betekenis kan zijn, onderzochten de Zwitserse chemische bedrijven Ciba en Geigy, wier fusie — op grond van Sec. 7 van de Clayton Act (18) — geëtaqueerd werd; aanknopingspunt vormde de omstandigheid dat beide concerns in de Verenigde Staten concurrerende dochtermaatschappijen bezaten. Eerst nadat dat deel van het produktenpakket van de ene dochtermaatschappij dat in concurrentie stond met de produkten van de andere, in een aparte, zelfstandige onderneming was ingebracht, ging de Amerikaanse overheid met de fusie akkoord (19).

(15) Report of the Attorney General’s National Committee to Study the Anti-trust Laws, p. 70.

(16) U.S. v. The Watchmakers of Switzerland Information Center Inc., 1963 Trade cas. § 70600 (S.D.N.Y. 1962).

(17) In *Pacific Seafarers Inc. v. Pacific Far-East Line Inc.* 404 F.2d. 804 (D.C.C. 1968), cert. den. 393 U.S. 1093 (1969) werd een ‘definite nexus with significant interests of the United States’ als basis voor rechtsmacht genoemd; in *Sabre Shipping Corp. v. American President Line Ltd.*, 285 F. Supp. 949 (S.D.N.Y. 1968) werd overwogen dat de ‘. . . Antitrust laws of this country extend to any activity . . . which affects the trade and the commerce of the United States; and this is so irrespective of . . . the place where the activity took place.’

(18) Dit artikel bevat een verbod van fusies en overnames, indien ‘. . . in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.’

(19) U.S. v. Ciba Corp. 1970 CCH Trade Cases § 73.269 (S.D.N.Y.).

3.3.2. *Het effect van vreemde wetgeving*

Uit de eerste woorden van het citaat uit de beslissing in de Zwitserse horloges-zaak blijkt dat de Amerikaanse rechter bij zijn beslissingen rekening houdt met de omstandigheid dat marktgedrag in een bepaald land dat de Amerikaanse handel kan beïnvloeden, door de lokale autoriteiten kan zijn opgedragen. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het dictum van de gloeilampen-zaak, voorzover dat zich tot de bij het kartel betrokken Nederlandse onderneming richtte:

‘Philips shall not be in contempt of the Judgement for doing anything outside of the United States which is required or for not doing anything outside of the United States which is unlawful under the laws of the government, province, country or state in which Philips . . . may be incorporated, chartered or organized or in the territory of which Philips . . . may be doing business . . .’

Het belang van dit type voorbehoud is gebleken in de nylon-zaak (20), waarin de Engelse rechter aan I.C.I. verbood een haar opgelegde verplichting tot teruglevering van een in het kader van een marktverdeling verworven octrooi na te komen, en dat nog wel ten verzoeken van de onderneming aan wie I.C.I. een exclusieve licentie had verleend, en waarin zij bovendien voor 50% participeerde. De vijandigheid van de Engelse rechter tegenover het Amerikaanse antitrustrecht blijkt uit de bitse uitspraak van een van de Britse rechters in die zaak:

‘The writ of the United States does not run in this country.’(21)

3.3.3. *Afweging van belangen?*

Het ingrijpen van de Amerikaanse overheid in buiten de Verenigde Staten verrichte handelingen vindt zijn verklaring in de — door de in de Verenigde Staten te localiseren gevolgen van die handelingen — getroffen Amerikaanse belangen. Die belangen zijn ech-

(20) U.S. v. Imperial Chemical Industries Ltd., 100 F. Supp. 504 (S.D.N.Y. 1951) en 105 F. Supp. 215 (1952); de feiten van deze zaak zijn weergegeven in Ellis, (Lit. 5) pp 42/43.

(21) British Nylon Spinners Ltd. v. Imperial Chemical Industries Ltd. (1953) 1 Ch. 19.

ter niet alleenzaligmakend; zoals in navolging van de vroegere Attorney-General Katzenbach door een Court of Appeals werd overwogen:

‘Anything which affects the external trade and commerce of the United States also affects the trade or commerce of other nations, and may have far greater consequences for others than for the United States’(22)

Deze overweging sluit aan bij § 40 van het Restatement, Second, Foreign Relations Law of the United States, van het American Law Institute, waarin gesteld wordt:

‘Where two states have jurisdiction to prescribe and enforce rules of law and the rules they may prescribe require inconsistent conduct upon the part of a person, each state is required by international law to consider, in good faith, moderating the exercise of its enforcement jurisdiction, in the light of such factors as

- (a) vital national interests of each of the states,
- (b) the extent and the nature of the hardship that inconsistent enforcement actions would impose upon the person,
- (c) the extent to which the required conduct is to take place in the territory of the other state,
- (d) the nationality of the person, and
- (e) the extent to which enforcement by action of either state can reasonably be expected to achieve compliance with the rule prescribed by that state.’

Een voorbeeld van de wijze waarop in de Amerikaanse rechtspraak aan de tegenstelling tussen eigen en vreemde belangen aandacht is besteed, biedt de kinine-zaak (23). In die zaak weigerde de First National City Bank afgifte van documenten die zich in haar filiaal in Frankfurt bevonden, waarbij zij aanvoerde niet tot schending van het op haar rustende bankgeheim te mogen worden gedwongen. Het Court of Appeals van het Second Circuit verwierp dat argument, waarbij vastgesteld werd dat de houding van de Verenigde Staten en die van de Bondsrepubliek op dit punt diametraal tegenover elkaar stonden, en dat de Amerikaanse belangen bij afgifte overwogen, met name omdat niet aannemelijk was gemaakt dat in de Bondsrepubliek strafrechtelijke of daarmee vergelijkbare

(22) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (1976).

(23) *U.S. v. First National City Bank*, 396 F. 2d 897 (1968).

actie dreigde in geval afgifte zou worden bevolen (24). Van wat andere aard was het geval waarin de Franse gedaagde zich in een door een Zwitserse eiser voor de Amerikaanse federale rechter aangespannen antitrust-zaak beriep op een Frans-Zwitsers verdrag, op grond waarvan hij in die zaak slechts voor een Frans gerecht mocht worden gedaagd (25). De Amerikaanse rechter stelde tegenover elkaar enerzijds de comitas die tegenover andere staten paste en die tot eerbiediging van het verdrag (waaraan de Verenigde Staten zelf niet gebonden waren) zou kunnen leiden en anderzijds '... a long standing public policy of the United States ...' waarvan werd gezegd dat het '... enjoys an overriding public interest and violations of which carry penal sanctions'. Gaf de rechter in deze gevallen, na afweging van de belangen, voorrang aan het Amerikaanse recht, in andere gevallen kwam hij daaraan niet toe, maar paste hij simpelweg Amerikaans recht toe, waarbij de gedachte meespeelde dat het veeleer aan het parlement dan aan de rechter is om te beoordelen of aan het beroep van een vreemde staat op de comitas tegemoet kan worden gekomen (26).

3.3.4. Vragen van procedurele aard

In het voorgaande kwam al zijdelings een aantal gevallen ter sprake waarin de inzet niet (alleen) de toepasselijkheid van het materiële antitrustrecht was, maar vooral ook die van regels van Amerikaans procesrecht. Daarbij kan zowel gedacht worden aan ge- of verboden die de rechter aan zijn eindvonnis verbindt en die (mede) handelen buiten de Verenigde Staten betreffen als aan bevelen, met name tot overlegging van stukken, die in de loop van de procedure aan een procespartij worden gegeven. De bezwaren tegen dat laatste type bevelen vallen vooral hieruit te verklaren dat daardoor de betrokken rechter, zij het indirect, 'handelt' in het gebied van een andere staat; het resultaat is, indien aan het bevel gehoor wordt gegeven, immers niet afwijkend van dat wat bereikt zou zijn indien de rechter de betrokken stukken in beslag zou hebben laten nemen. Het vorenstaande zal duidelijk hebben gemaakt

(24) Zie over de belangenafweging in deze zaak met name Meessen, (Lit. 12) p. 209.

(25) Joseph Müller Corporation, Zurich v. S.A. de Gèrance et d'Armement, 451 F. 2d 727 (1971).

(26) Zie b.v. U.S. v. Timken Roller Bearing Co., 341 US 593 (1951).

dat de Amerikaanse rechterlijke macht aan de inhoud van relevant vreemd recht niet zonder voorbijgaat en dat tevens een begin van een neiging waarneembaar is om ook met belangen van andere staten rekening te houden zonder dat dit laatste er vooralsnog toe heeft geleid dat de aan gedaagden gegeven bevelen materieel anders zijn uitgevallen (27).

Naast de vraag of de Verenigde Staten hun antitrustwetgeving toepasselijk achten op handelen buiten hun territorium en die welke mogelijkheden de Amerikaanse rechter heeft om informatie te verlangen met betrekking tot wat buiten de Verenigde Staten is voorgevallen en om bevelen te geven die daarbuiten werken — vragen die de 'subject matter jurisdiction', wat men kan noemen de objectieve rechtsmacht betreffen —, staat de vraag in welke gevallen de Amerikaanse rechter rechtsmacht heeft over de bij zulk handelen betrokken personen en ondernemingen. Uitgangspunt daarbij is Sec. 12 van de Clayton Act, waarin wordt bepaald (28):

'That any suit, action or proceeding under the antitrust laws against a corporation may be brought not only in the judicial district whereof it is an inhabitant, but also in any district wherein it may be found or transacts business . . . '

Aan de laatste 4 geciteerde woorden wordt in de rechtspraak een ruime uitleg gegeven. Dat het daarbij in gevallen als het onderhavige om een afweging van belangen gaat, is (in een andere context dan die van Sec. 12) door de Supreme Court aldus uitgedrukt:

'It is evident that the criteria by which we mark the boundary line between those activities which justify the subjection of a corporation to suit, and those which do not, cannot be simply mechanical or quantitative. The test is not merely . . . whether the activity, which the corporation has seen fit to procure through its agents in another state, is a little more or a little less . . . Whether due process is satisfied must depend rather upon the quality and nature of the activity in relation to the fair and orderly administration of the laws which it was the purpose of the due process clause to insure.' (29)

(27) Zie over het hier summier besproken onderwerp meer uitgebreid Fugate (Lit. 6), pp. 76/85 (overlegging van in het buitenland aanwezige stukken) en pp. 86/98 ('Antitrust relief in foreign trade cases — jurisdictional questions').

(28) *Handler c.s., a.w.* (noot 5), Statutory Appendix, p. 15.

(29) *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

In de rechtspraak is uitgemaakt dat de uitdrukking 'found' zo ruim mag worden uitgelegd dat de incorporatie van een dochteronderneming rechtsmacht geeft (30). Over de betekenis van die rechtspraak is opgemerkt dat daarin

'... much was made of the 'alter ego' phrase, presumably implying an identity between parent and subsidiary which went beyond ownership or agency and an importance of the American subsidiary to the foreign operation which made its American contacts more than incidental. The vagueness of such a formulation itself suggests that any foreign corporation with an American affiliate acting here in its behalf runs the risk of being found to be doing business in the United States, and this risk is not appreciably lessened by the separate incorporation of the American agency.' (31)

3.4. Het Europees kartelrecht

De vraag van de toepasselijkheid van het Europese kartelrecht op handelen buiten het gebied van de Europese Economische Gemeenschap is met name aan de orde gesteld in de kleurstoffen-zaak, waarin de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens overtreding van art. 85, lid 1, zeer aanzienlijke boetes heeft opgelegd aan — onder meer — enkele buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen (32). Aanknopingspunt vormde het handelen binnen de Gemeenschap van dochtermaatschappijen van de betrokken ondernemingen. In zijn op het punt van de extra-territorialiteit hoogst informatieve conclusie in de beroepsprocedures voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen kwam de advocaat-generaal Mayras tot het oordeel dat het handelen van de dochtermaatschappijen niet, zoals door de Commissie was bevestigd, met het handelen van de moedermaatschappijen mocht worden vereenzelvigd (33). Hij achtte de Commissie in deze geval-

(30) *US v. Scophony Corp. of America*, 333 U.S. 795; zie ook *Fugate* (Lit. 6) pp. 56/70 en *Handler c.s.*, a.w. (noot 5), p. 358.

(31) *K. Brewster*, a.w. (noot 1) p. 59.

(32) Beschikking van 24 juli 1969, Pb. 1969, no. L 195/11.

(33) *Jur. XVIII*, p. 700.

len desalniettemin bevoegd, en wel op grond van het effect-beginsel, dat naar zijn oordeel bij toepassing van het Europese kartelrecht mocht worden gehanteerd (34). Mayras baseerde zich daarbij onder meer op een analyse van de mate waarin die leer in de diverse Lid-Staten en daarbuiten impliciet of expliciet wordt gehanteerd (35). In zijn arresten van 13 juli 1972 (36) ontweek het Hof zelf de principiële vraag, en beperkte het zich er toe te overwegen

‘dat verzoekster door gebruik te maken van haar leidinggevende bevoegdheid jegens haar in de Gemeenschap gevestigde dochtermaatschappijen, haar besluit op (de gemeenschap-pelijke markt) heeft kunnen doorvoeren;

. . . dat verzoekster hiertegen inbrengt, dat dit gedrag op rekening van haar dochtermaatschappijen en niet van haar-zelf moet worden gesteld;

. . . dat de omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij mag worden toegerekend;

dat zulks met name het geval kan zijn wanneer de dochtermaatschappij, haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, doch in hoofdzaak de door haar moedermaatschappij verstrekte instructies volgt; . . .’ (37).

In de literatuur is wel betoogd dat men door deze overwegingen heen moet kijken en dat het Hof in feite toch beslist heeft op basis van het effect binnen de Gemeenschap van wat daarbuiten was verricht (38). Die stelling verdient relativering. De berechte situatie is vergelijkbaar met die waarin binnen het territoir een strafbaar feit wordt gepleegd en de strafvervolgning zich richt tegen degene die daarbuiten aan dat feit heeft deelgenomen. Het verband tussen het handelen van de pleger en dat van de deelnemer laat dan toe het handelen van die laatste (mede) te localiseren met behulp van de plaats van het plegen. Zelfs al legt men de beslissing van het Hof ruim uit, dat nog wordt daarin geen uitspraak ge-

(34) Id., pp. 701/704.

(35) Id., pp. 695/699.

(36) Jur. XVIII, pp. 619 e.v., 713 e.v., 745 e.v., 787 e.v., 845 e.v., 851 e.v., 887 e.v., 927 e.v. en 933 e.v.

(37) Id., pp. 666/667.

(38) Zie bijv. Meessen, (Lit. 12), p. 141.

daan over de situatie waarin van het complex van feiten geen handelen binnen het territoir deel uitmaakt.

De leer dat handelen van een dochteronderneming binnen de Gemeenschap onder omstandigheden kan worden toegerekend aan de daarbuiten gevestigde moedermaatschappij, is door het Hof in de zaak-Continental Can bevestigd (39). In de beschikkingenpraktijk van de Commissie heeft zich nog geen geval voorgedaan waarin art. 85, lid 1, van het EEG-Verdrag toepasselijk werd geoordeeld, alhoewel ieder handelen binnen de Gemeenschappen ontbrak (40). Wat betreft de in verband met de extraterritoriale werking van het Europese kartelrecht rijzende vragen van procedurele aard is de beschikking betreffende het verzoek om inlichtingen in de CSV-zaak van belang (41). In dat geval werd afgifte van opgevraagde documenten die zich in Zwitserland bevonden geweigerd met het argument dat verstrekking daarvan aan de Commissie door de Zwitserse autoriteiten zou kunnen worden beschouwd als een strafbaar feit in de zin van het artikel betreffende schending van zakengeheimen uit het Zwitserse Wetboek van Strafrecht. De Commissie heeft dat argument verworpen en daarbij overwogen dat de gevraagde inlichtingen noodzakelijk waren om de gevolgen van het gedrag van de betrokken onderneming binnen de Gemeenschap te kunnen beoordelen. De extraterritoriale werking van de beslissing werd daarbij gekwalificeerd door de overweging dat de gevraagde inlichtingen ook binnen de Gemeenschap beschikbaar waren. Door die kwalificatie is de precedentwaarde van de beschikking, waartegen geen beroep is ingesteld, beperkt.

3.5. Het Duitse kartelrecht

Het Duitse Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bepaalt in § 98, lid 2:

‘Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie ausserhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden.’

(39) Arrest van 21 februari 1973, Jur. 1973, p. 215.

(40) Zie voor een overzicht van bedoelde praktijk vanuit de optiek van de extraterritoriale werking Meessen, (Lit. 12), pp. 135/138.

(41) Beschikking van 25 juni 1976, Pb. 1976, no. L 192/27.

Bij de toepassing van deze ondubbelzinnig op de effectleer berustende bepaling op buitenlandse ondernemingen is in eerste instantie een zekere terughoudendheid betracht (42). Die terughoudendheid werd ook in de literatuur, met name op volkenrechtelijke gronden, bepleit (43). In een beslissing van het Bundesgerichtshof van 1973 is de Duitse wet niet van toepassing geoordeeld op een internationaal kartel waarbij een Duitse fabrikant, die in eigen land monopolist was, betrokken was (44). Het Hof vond het enkele feit dat een in de Bondsrepubliek gevestigde onderneming bij het kartel betrokken was, geen voldoende aanknopingspunt voor de toepasselijkheid van de wet opleveren, en beperkte zich ertoe vast te stellen waarom in dat geval het betrokken kartel de situatie op de Duitse markt niet kon beïnvloeden. In een zeer recente beslissing heeft het Bundesgerichtshof echter duidelijk gemaakt aan § 98, lid 2, toch een ruime werkingssfeer toe te denken (45). Het ging in dat geval om een fusie waarbij een in de Verenigde Staten gevestigde (indirecte) dochtermaatschappij van een Duitse onderneming een aanmerkelijk belang verwierf in een ander Amerikaans bedrijf; terwijl het Duitse bedrijf in de Bondsrepubliek voor de betrokken produkten direct voor de fusie een marktaandeel van 3,5% had, was het verworven Amerikaanse bedrijf de leverancier van 0,23% van de op die markt verhandelde produkten. In de literatuur is tegen de beslissing van het Bundesgerichtshof in deze zaak geprotesteerd, omdat door het enkele feit van de verhoging van het marktaandeel van 3,5% naar 3,73% nog geen voldoende aanknopingspunt zou zijn gegeven:

‘§ 98 Abs. 2 GWB verlangt nicht eine ausländische Wettbewerbsbeschränkung, die sich *irgendwie* (gerade noch spürbar) im Inland auswirkt, sondern er verlangt eine Ausländische Wettbewerbsbeschränkung, die sich *Wettbewerbsbeschränkend* im Inland auswirkt . . .’

voor welke stelling een beroep werd gedaan op de eerder door het Bundesgerichtshof berechte casus, waarin was beslist dat

‘. . . eine Inlandswirkung i.S. von § 98 Abs. 2 GWB nur in Betracht (kam), wenn durch das Röhrenexportkartell “die Betätigungsfreiheit von unbeteiligten dritten Unternehmen

(42) Vgl. Meessen, (Lit. 12), pp. 126/130.

(43) Zie bijv. E. Rehinder, (Lit. 20), i.h.b. pp. 67/79.

(44) Beschluss van 12 juni 1973 (‘Ölfeldrohre’) WuWE BGH 1276.

(45) Beschluss van 29 mei 1979, WuWe BGH 1613.

in bezug auf die Herstellung und den Vertrieb von Linepipes und Ölfedrohren im Inland beeinträchtigt sein oder werden könnte" . . . M.a.W.: Spürbare Inlandsauswirkungen kann das (Kammergericht)durchaus festgestellt haben, nur eben keine Wettbewerbsbeschränkenden . . .' (46)

3.6. *Het Nederlandse kartelrecht*

Wat het Nederlandse kartelrecht betreft is niet zozeer de eigen extraterritoriale werking als wel het verzet tegen zodanige werking van buitenlands recht interessant. Uit de in de loop van de parlementaire behandeling gegeven toelichting blijkt dat de wetgever zich slechts bevoegdheden toedenkt

' . . . voor zover het betreft de gedragingen van het bedrijfsleven binnen het Rijk in Europa. . . . Er moeten voor de mogelijkheid van toepassing van de Nederlandse wet . . . concrete gedragingen op het Nederlands territorium hebben plaatsgevonden.' (47)

Het bedoelde verzet blijkt uit art. 39 van de Wet economische mededinging, waarin (behoudens vrijstelling of ontheffing) wordt

' . . . verboden maatregelen of beslissingen van een andere Staat, welke betrekking hebben op mededingingsregelingen, economische machtsposities of de mededinging beperkende gedragingen, opzettelijk na te leven.'

Deze regel is gerechtvaardigd met het argument

' . . . dat de grondbeginselen van de Nederlandse kartelwetgeving, alsmede kartelpolitieke beslissingen van de Nederlandse overheid bij deze materie de doorslag moeten geven t.a.v. gedragingen van het bedrijfsleven op Nederlands territorium . . . Ook in gevallen dat dergelijke beslissingen van an-

(46) Zie H.-C. Kersten, 'Zur Anwendbarkeit des GWB auf ausländische Unternehmenszusammenschlüsse mit Inlandswirkungen', WuW 1979, pp. 721/732. De citaten zijn van p. 724. Zie voor de toepasselijkheid van het GWB op fusies met een buitenlands element ook K.M. Meessen, 'Zusammenschlusskontrolle in auslandsbezogenen Sachverhalten', ZHR 1979, pp. 273/287.

(47) Zie Ed. S & J., no 12 (3de druk), pp. 12/17. Het citaat is van p. 13. In de betrokken passage wordt nog een beroep gedaan op art. 2 W.v.S. Daarbij lijkt over het hoofd te worden gezien dat overtreding van hetgeen bij of krachtens de W.E.M. is bepaald, — mits opzettelijk begaan — een misdrijf oplevert, zodat ook art. 5 W.v.S. een rol kan spelen.

dere Staten, waarbij bijvoorbeeld Nederlandse ondernemingen op Nederlands territorium tot bepaalde handelingen zouden worden verplicht, op zichzelf volkenrechtelijk rechtmatig zouden zijn, kunnen zij in strijd komen met de Nederlandse wetgeving, welke dan ook de doorslag moet geven . . .' (48)

In de loop der jaren zijn vrij veel beslissingen op verzoeken om ontheffing van het in art. 39 neergelegde verbod genomen (49). Daaruit blijkt dat de overheid niet bereid geweest is ontheffing te verlenen voor overlegging van zich in Nederland bevindende bescheiden. Uit de publikaties blijkt van een formele aanpak waarin veel eerder de plaats waar de betrokken stukken zich bevinden, doorslaggevend is dan dat wordt onderzocht of verlening van de ontheffing al dan niet past in het door de Nederlandse overheid gevoerde mededingingsbeleid.

Nederland is niet het enige land dat bepalingen van de hier besproken strekking heeft uitgevaardigd. Over de vraag of een dergelijke reactie op de extraterritoriale pretenties van de Verenigde Staten adequaat mag heten, kan men van mening verschillen. In de literatuur is op dit punt opgemerkt:

‘Eine Vorschrift wie . . . § 39 des niederländischen Kartellgesetzes, geht doch recht weit. Sie kann dazu führen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die die inländische Wirtschaftsordnung in stärkstem Masse berühren, der Reichweite des inländischen Gesetzgebers nur wegen des ausländischen Durchführungsorts entzogen werden . . . Anhand der bisherigen Rechtsprechung lässt sich nicht vorhersagen, ob die Entscheidung in derartigen Fällen jeweils zugunsten der Beachtung ausländisches Rechts ausfallen wird . . .' (50).

Een van de schrijvers van dit preadvies heeft zich op dit punt al krachtiger uitgedrukt (51).

(48) A. Mulder en M.R. Mok, ‘Kartelrecht’ (1962), pp. 179/180.

(49) De beslissingen zijn samengevat in Ed. S. & J., no. 12 (3de druk), pp. 150/155.

(50) Meessen, (Lit. 12), p. 196. Op de pp. 193/198 van dat werk wordt een overzicht van de betrokken wetgeving gegeven en worden de daardoor opgeroepen problemen geanalyseerd.

(51) M.R. Mok, ‘20 jaar WEM’, SEW 1978, pp. 737/760, op p. 758:

‘Naarmate de structuur van ondernemingen multinationaler wordt, zal de noodzaak voor kartelautoriteiten om informatie te krijgen die zich in het bui-

3.7. *Kartelrecht en internationaal privaatrecht (52)*

Strijd met de regels van het kartelrecht kan civielrechtelijke consequenties van onderscheiden aard hebben. Het ligt voor de hand om — zoals bijv. art. 85, lid 2, van het EEG-Verdrag en art. 10 van de WEM doen — afspraken in strijd met die regels nietig (resp. onverbindend) te achten; daarnaast kunnen zulke afspraken tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad tegenover derden aanleiding geven (53). Naar regels van internationaal privaatrecht zal in gevallen met internationale elementen moeten worden bepaald van welk land het contractenrecht (c.q. het recht inzake de onrechtmatige daad) toepasselijk is. Problemen kunnen rijzen indien aldus — in beginsel — tot toepasselijkheid van het recht van een bepaald land wordt besloten, terwijl het kartelrecht van een ander land toepassing op het feitencomplex in kwestie pretendeert, en daarbij geconcludeerd moet worden dat er naar het recht van het ene land van een rechtsgeldig contract (resp. een rechtmatig handelen) sprake is, terwijl het bedoelde kartelrecht dat contract nietig (of dat handelen ongeoorloofd) oordeelt. De ontwikkelingen in het internationaal privaatrecht maken duidelijk dat zich op dit punt zeer verschillende benaderingswijzen laten onderscheiden, en dat er allesbehalve overeenstemming over bestaat welke wijze van benaderen de voorkeur verdient. Zelfs valt te vermoeden dat voor degenen die internationale wetsconflicten benaderen op basis van een 'interest analysis' of een daarmee verband houdende me-

→

tenland bevindt, of die betrekking heeft op activiteiten in het buitenland toenemen. Ook in de EEG is de behoefte aan dergelijke informatie gebleken. Nu wij, althans in EEG-verband, meer ervaring krijgen met kartelbeleid en de problemen daarvan, ligt het voor de hand dat de afkeer van de Amerikaanse antitrustpolitiek en de 'extraterritoriale' aspecten daarvan, afneemt. In elk geval kunnen wij de Amerikaanse autoriteiten moeilijk stappen verwijten, die ook genomen worden door het bestuursorgaan van de EEG, waarvan Nederland één van de lid-staten is.

Het voorschrift van art. 39, dat zich de facto richt tegen een staat waarmee Nederland, o.m. in de OESO, nauw verbonden is, is bovendien in strijd met de gedachte van internationale solidariteit. Naar mijn mening zou het artikel uit de wet dienen te verdwijnen, hoe eerder hoe liever.'

(52) Zie over dit onderwerp in het algemeen, R. Bär 'Kartellrecht und Internationales Privatrecht' en G. Kegel, 'Internationales Privatrecht' (3. Auflage, 1971), pp. 458/470.

(53) Vgl. bijv. Hof Den Bosch 18 januari 1977, SEW 1977, p. 474.

thode, de hier aangegeven vraagstelling al blijkt geeft van een onjuist inzicht in de materie (54).

Dit preadvies is niet de plaats om positie te kiezen in de conflicten welke de beoefenaren van het internationaal privaatrecht verdeeld houden; het overzicht dat hier gegeven wordt, is vooral bedoeld als achtergrond voor de slotbeschouwingen van dit hoofdstuk.

De aangegeven problematiek doet zich vooral gevoelen indien het betrokken kartelrecht niet behoort tot de *lex fori*; de aarzeling bij de rechterlijke macht om, in strijd met het 'klassieke' Savigniaanse model, vreemd publiekrecht toe te passen, moge dan tot het verleden behoren (54), toch bestaat ten aanzien van het vreemde publiekrecht een wat grotere mate van terughoudendheid dan ten aanzien van het eigen (55).

Wat het verbintenissenrecht betreft lijkt in het internationaal privaatrecht de leer te overheersen waarin, bij gebreke van een in beginsel te honoreren, uitdrukkelijke of impliciete rechtskeuze, gezocht wordt naar 'the proper law of the contract' via afweging van alle in aanmerking komende factoren, om vast te stellen met welk land de overeenkomst de nauwste aanknopingspunten bezit (56). De in die benaderingswijze te beantwoorden vraag is of in dat geval aan publiekrecht van een ander (vreemd) land dan dat van de *lex causae* effect kan worden gegeven. Die vraag wordt bevestigend beantwoord in de zgn. *Sonderanknüpfungsleer* (57), waarbij met name rekening kan worden gehouden met 'der selbstgewollte Wirkungskreis der Verbotsnorm' (58). Juist aan de hand van het voorbeeld van het Amerikaanse antitrustrecht is tegen die bena-

(54) Vgl. J. Kusters en C.W. Dubbink, 'Algemeen Deel van het Nederlands internationaal privaatrecht', pp. 375/390. In het Duitse internationaal privaatrecht wordt in verband met de niet-toepassing van vreemd (publiek-)recht nog vaak een beroep gedaan op de '*ordre public*'; vgl. G. Kegel, a.w. (n. 52), pp. 206/215.

(55) Door R. van Rooy, (Lit. 21) wordt het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht als uitgangspunt genomen, ook al komt hij tot de slotsom dat er geen grond is voor een wezenlijk verschillende behandeling.

(56) Zie bijv. J.G. Sauveplanne, 'Elementair internationaal privaatrecht' (5de druk), pp. 44/47 en J.H.C. Morris, 'Dicey and Morris on the conflict of laws', (9de druk), pp. 728/748.

(57) Zie R. van Rooy, (Lit. 21), pp. 240/245 en L. Strikwerda, (Lit. 24), pp. 58/111.

(58) K. Zweigert, geciteerd bij L. Strikwerda, (Lit. 24), p. 88.

deringswijze bezwaar gemaakt en is gewezen op

‘. . . the dangers which arise if exaggerated significance is attributed to the public law of foreign States, at any rate in so far as it renders performance illegal . . .’

en is een voorkeur uitgesproken voor

‘. . . the proper law of contract and the abandonment of any theory involving special points of contact for foreign public law.’ (59)

In de eerstgenoemde leer is de oplossing niet zonder meer gegeven, indien de ‘selbstgewollte Wirkungskreis’ van twee of meer rechtstelsels overlapt en de daarin neergelegde normen elkaar over en weer uitsluiten; in de tweede leer is de oplossing wel gegeven maar zal zij niet geaccepteerd worden door het land waarvan de publiekrechtelijke wet wordt genegeerd. Dat laatste geldt ook voor de benaderingswijze waarin de speurtocht naar één *lex causae* is gestaakt, maar waarin de rechter geroepen is tot een ‘relatieve waardering van de geldingspretenties der samenlopende rechtsnormen’ (60). De conclusie die Strikwerda, die deze leer aanhangt, op dit punt trekt is realistisch maar weinig optimistisch:

‘Wij moeten ons er maar bij neerleggen dat werkelijke wetsconflicten onoplosbaar zijn, zich niet lenen voor normatieve oplossing, om vanuit deze positie op zoek te gaan naar de meest gerede noodoplossing’. (61)

3.8. Extraterritoriale werking van kartelrecht en internationaal publiekrecht

Woorden zijn rekbaar. Dat geldt wel zeer in het bijzonder voor het woord ‘gevolg’. De terughoudendheid om, bij de toepassing van het territorialiteitsbeginsel, de plaats van het gevolg mede als *locus delicti* te beschouwen, welke terughoudendheid onder meer uit de Nederlandse (straf-)rechtsleer blijkt, valt voor een groot deel uit beduchtheid voor die rekbaarheid te verklaren. Het is daarbij wat ironisch dat, terwijl in de Anglo-Amerikaanse rechtssystemen in het algemeen een relatief beperkte rechtsmacht van de

(59) Citaten uit F.A. Mann, ‘Conflict of laws and public law’, *Académie de droit international de La Haye, Recueil des Cours* 1971 I, p. 165.

(60) L. Strikwerda, (Lit. 24), pp. 172 e.v.

(61) Id. p. 193.

(straf-)rechter opgeld doet, juist de toepassing van de Amerikaanse antitrustwetgeving de voornaamste aanleiding is geweest voor uitvoerige volkenrechtelijke discussies over de vraag in hoeverre het staten vrijstaat op te treden tegen hetgeen buiten hun territorium geschied is, maar daarbinnen zijn gevolgen doet gevoelen (62).

3.8.1. Volkenrechtelijke grenzen aan rechtsmacht

In het inleidend hoofdstuk van dit preadvies is aangegeven op basis van welke 'beginselen' in het (Nederlands) internationaal strafrecht rechtsmacht wordt toegekend. Het onderscheid dat daarbij tussen die beginselen wordt gemaakt, is in de eerste plaats van ordenende aard. Analyseert men die beginselen, dan blijkt daaraan een beperkt aantal uitgangspunten ten grondslag te liggen. Zo komt Langemeijer er toe op te merken:

'... Il me semble que, seuls, le principe de protection et le principe d'universalité sont des 'principes' au sens propre du mot, en ce sens qu'ils n'indiquent pas seulement un critère à l'aide duquel application de la réglementation légale est délimitée, mais qu'ils expriment également les raisons qui doivent avoir justifié aux yeux du législateur, le choix précis de ce critère... le principe de territorialité et le principe de personnalité ne sont pas des principes, mais des critères...' (63)

Door Mann is zeer uitgebreid aandacht gegeven aan de hier te bespreken problemen. Hij heeft daarbij beschreven op welke gronden met name in de negentiende eeuw, onder invloed van schrijvers (en rechters) als Story, het territorialiteitsbeginsel als uitgangspunt is gekozen:

'The laws of no nation can justly extend beyond its own

(62) Naast de al in voetnoten bij dit hoofdstuk genoemde literatuur verdienen bijzondere vermelding F.A. Mann, 'The doctrine of jurisdiction in international law', in *Recueil des Cours* 1964 I, pp. 9/162 (Lit. 11), P. VerLoren van Themaat, 'Les cartels internationaux devant les législations nationales d'un point de vue juridique', *SEW* 1955, pp. 1/25, dez., 'Het internationale bedrijfsleven en de wetgeving van de nationale welvaartsstaat', in 'Volkenrechtelijke opstellen', pp. 204/234, J.H.W. Verzijl, 'The controversy regarding the so-called extraterritorial effect of the American antitrust laws', *NTIR* 1961, pp. 3/30 en R.Y. Jennings, 'Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws', *B.Y.I.L.* 1957, p. 146 e.v.

(63) Langemeijer, (Lit. 2), pp. 21/22.

territories, except so far as regards its own citizens. They can have no force to control the sovereignty or rights of any other nation within its own jurisdiction'. (64)

Dit strakke uitgangspunt is, na toenemende bestrijding in de literatuur (65), definitief verlaten in het (in het eerste hoofdstuk van dit preadvies uitgebreid geciteerde) Lotusarrest van het Permanent Hof van Internationale Justitie, waaraan niet afdoet dat de kritiek op dat arrest — om een aantal, deels wat uiteenlopende redenen — zeer heftig is geweest (66). De benadering van het Hof, waarin het internationaal publiekrecht

'... leaves them (= de staten) ... a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable ...'

lost het probleem niet op. Dat de toepassing van de (straf-)wet niet door een strikt (67) territorialiteitsbeginsel beperkt wordt, is slechts een negatief antwoord, maar geeft niet aan welke criteria moeten worden aangelegd om vast te stellen of er in een bepaald geval al dan niet sprake is van wat men als een volkenrechtelijke bevoegdheidsoverschrijding zou kunnen aanduiden.

In het voorgaande is enige aandacht besteed aan de opvattingen die bij de beoefenaren van het internationaal privaatrecht bestaan over de plaats van het publiekrecht. Door Mann is aangetoond dat er niet alleen een historisch, maar ook een theoretisch verband bestaat tussen het internationaal privaatrecht en de volkenrechtelijke rechtsmachtproblematiek. Hij merkt te dien aanzien op:

'... in laying down the conflict rules for application by their courts all countries have formulated them so as to

(64) Uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court, gepubliceerd in 9 Wheat 362 (1824), geciteerd in F.A. Mann, (Lit. 11), p. 28.

(65) Zie daarvoor F.A. Mann, (Lit. 11), pp. 28/33.

(66) Zie voor een samenvatting van die kritiek en verwijzingen naar vindplaatsen F.A. Mann, (Lit. 11), pp. 35/36. Bij de beoordeling van het arrest is van belang te weten dat de stemverhouding onder de rechters 6-6 was (waarvoor de stem van de voorzitter de doorslag gaf).

(67) De zaak zou immers ook op basis van het territorialiteitsbeginsel, mits ruim uitgelegd, ten voordele van Turkije kunnen zijn beslist, nu het (directe) gevolg van de handeling aan boord van het Franse schip zich deed gevoelen aan boord van een — met Turks grondgebied in die benadering dan wel gelijk te stellen — Turks schip.

follow the principle of 'non-interference'. Private international law could have taken the view that it merely tells the judges of the forum what they should do in a given case and that, therefore, it does not have to have regard to the interest of any foreign country at all. No State has reasoned this way. All states have introduced rules of private international law and, indeed, a strong body of opinion asserts that every country is under a duty to have rules of private international law, that it would be a breach of an international duty if the *lex fori* applied in all circumstances. (68)'

De relatie met de in de dissertatie van Strikwerda verdedigde benadering waarin wordt geanalyseerd welke statelijke belangen betrokken zijn bij een internationaal feitencomplex, is duidelijk; immers, past men het recht toe dat het meest bij de feiten betrokken is of ten aanzien daarvan het sterkst gelding pretendeert (de uitkomst van die twee criteria valt niet noodzakelijk samen), dan kan dat verklaard worden uit de wens in dat geval niet te 'interfereren'. Het belang van die relatie moet overigens niet overdreven worden. Het zou onjuist zijn te stellen dat er reeds van een inbreuk op het volkenrecht sprake zou zijn, louter en alleen omdat een staat zijn (publiek-)recht zou toepassen in een situatie waarin de claims van een andere staat tot toepassing van het eigen recht sterker zouden zijn. Wel kan men stellen dat het volkenrecht in elk geval vereist dat een staat zijn eigen recht niet toepast in gevallen waarbij die staat niet of onvoldoende is betrokken (68a).

Volgt men deze benadering, dan is cruciaal hoe nauw de band is die men tussen feit en staat verlangt. Door Mann is verdedigd

'... that a State has (legislative) jurisdiction, if its contact with a given set of facts is so close, so substantial, so direct, so weighty, that legislation in respect of them is in harmony with international law and its various aspects (including the practice of States, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of inter-dependence). A merely political, economic, commercial or social interest does not in itself constitute a sufficient connection ...' (69)

Moderne civilisten zullen bij deze formulering likkebaarden; zij is

(68) F.A. Mann, (Lit. 11), pp. 55/56.

(68a) Zo ook Meessen, (Lit. 12), p. 106.

(69) F.A. Mann, (Lit. 11), p. 49.

immers, zoals Mann zelf volmondig toegeeft (70), van een zelfde abstractieniveau als aan toverformules als 'redelijkheid en billijkheid' eigen is. Gegeven de aard van de materie is dat echter geen grond voor verwijt. Hoe algemeen de formule ook is, toch kan men daarbij (en dan met name bij de laatstgeciteerde zin, die het voorgaande beperkt) vraagtekens plaatsen. Dat blijkt bij voorbeeld, indien men zich realiseert dat Mann zich (onder meer) afzet (71) tegen § 18 van het uit 1962 daterende 'Restatement of the Law' van het American Law Institute, dat luidt:

'A state has jurisdiction to prescribe a rule of law attaching legal consequences to conduct that occurs outside its territory and causes an effect within its territory, if either
(a) the conduct and its effect are generally recognized as constituent elements of a crime or tort under the law of states that have reasonably developed legal systems, or
(b) (i) the conduct and its effect are constituent elements of activity to which the rule applies;
(ii) the effect within the territory is substantial;
(iii) it occurs as a direct and foreseeable result of the conduct outside the territory; and
(iv) the rule is not inconsistent with the principles of justice generally recognized by states that have reasonably developed legal systems'.(72)

Bij deze formulering past een aantal kanttekeningen. Van belang is dat — in feite — een onderscheid wordt gemaakt tussen de onder (a) bedoelde 'rechtsdelicten' en de onder (b) bedoelde 'wetsdelicten'. Hoe verouderd zo een onderscheid ook moge zijn in de context van het nationale recht, voor het internationale recht kan het zinvol zijn, omdat in de eerste groep gevallen nu eenmaal het gewicht van de inbreuk op de rechtsmacht van de andere staat aanzienlijk minder sterk is; deze kan er geen redelijk bezwaar tegen maken dat in zo een geval een straf wordt opgelegd, doch — ten hoogste — dat zulks niet door de eigen rechterlijke macht geschiedt.

(70) Id., p. 50.

(71) Id., pp. 42/43. De kritiek van Mann betreft een concept; de uiteindelijk gekozen tekst wijkt echter niet substantieel af van die waarop Mann kritiek heeft.

(72) § 18 en de andere in dit verband van belang zijnde bepalingen van de Restatement zijn besproken in Hermanns, (Lit. 8), pp. 58/71. Zie ook Meessen, (Lit. 12), pp. 56/57.

Het valt verder op, hoe zeer de onder (b) geformuleerde regel aansluit bij de door Learned Hand in de zaak-Alcoa ontwikkelde gedachten. De rechtspraktijk is, blijkens het daarvan hierboven gegeven overzicht, overigens inmiddels wat verder gegaan en relateert de eis dat het gevolg zowel 'substantial' als 'direct and foreseeable' moet zijn, vrij sterk.

De Restatement is van Amerikaanse makelij en kan daarom de kritiek oproepen dat deze slechts dient als fraaie vlag op de moderschuif van de eigen, blijkens het volgende sterk bekritiseerde rechtspraktijk. Dat kritiek van die aard in dit geval niet werkelijk opgaat, kan worden afgeleid uit het verloop van de discussies in de boezem van de International Law Association waarbij, na vaak heftige tegenstellingen naar aanleiding van een minder ver strekkende en een verder strekkende versie (73), een ongeveer gelijk eindpunt werd bereikt: voor de toepassing van het kartelrecht werd op het hier van belang zijnde punt met kleine meerderheid gekozen voor de volgende formulering:

'A State has jurisdiction to prescribe rules of law governing conduct that occurs outside its territory and causes an effect within its territory if:

- (a) the conduct and its effect are constituent elements of activity to which the rule applies,
- (b) the effect within the territory is substantial, and
- (c) it occurs as a direct and primarily intended result of the conduct outside the territory.'

3.8.2. De standpunten in de literatuur

De hierboven weergegeven standpunten zijn afkomstig van privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden. Op het hier bedoelde terrein ontbreken geschreven (verdrags-)regels, terwijl het aantal relevante rechterlijke uitspraken minimaal is. Dat brengt mee dat de grenzen tussen wat recht is en wat, volgens degene die het recht beschrijft, recht behoort te zijn, vaag en vloeiend zijn. Zulks neemt niet weg dat, juist door de eigen aard van het volkenrecht, de literatuur over het onderwerp van relatief groot gewicht is (74).

(73) Een overzicht van die discussie, met verwijzingen naar de vindplaatsen, is te vinden in Meessen, (Lit. 12), pp. 57/64.

(74) Art. 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof wijst de leer-

Het lijkt daarom nuttig aan de eigen positiebepaling een overzicht te doen voorafgaan van de opinies die over de extraterritoriale toepassing van met name het kartelrecht in de afgelopen 25 jaar in het bijzonder in de Europese literatuur naar voren zijn gebracht. Daarbij kan, in het bestek van dit preadvies, niet naar volledigheid worden gestreefd. De behandeling van die literatuur geschiedt in hoofdzaak chronologisch.

In een in januari 1955 verschenen artikel heeft VerLoren van Themaat verslag gedaan van een rechtsvergelijkend congres dat zich onder meer bezig hield met internationale kartels en heeft hij zijn eigen opvattingen terzake weergegeven. Deze zijn bepaald terughoudend:

‘Les possibilités juridiques de réagir contre l’atteinte portée aux intérêts nationaux par des cartels internationaux sont considérablement réduites par le principe relevant du droit des gens, d’après lequel des agissements d’étrangers à l’étranger ne peuvent être punis par un état. Un autre point de vue selon lequel on estimerait suffisant que les activités d’un cartel aient certaines conséquences pour l’économie intérieure, aurait en outre pour effect, en raison de l’interdépendance des phénomènes économiques, qu’un grand nombre sinon toutes les législations nationales seraient applicables à tous les cartels internationaux importants.

Une telle conception aurait pour conséquence que le sort des cartels internationaux serait, pour une large part, déterminé par la législation nationale la plus rigoureuse’.(75)

In een in 1957 verschenen opstel heeft VerLoren van Themaat dit standpunt uitgewerkt. Hij bepleit daar allereerst voor het onderhavige probleem

‘. . . een strikte toepassing van het territorialiteitsbeginsel ook ten aanzien van de *gelding* (en dus niet slechts ten aanzien van de executie) van de sociaal-economische . . . wetgeving . . .’

waarvoor, naar zijn oordeel,

‘. . . pleit . . ., dat een andere opvatting de grondslagen van het internationale economische verkeer zou aantasten. Wan-

→ stellingen van de meest bevoegde schrijvers aan als ‘hulpmiddel ter bepaling van rechtsregels’.

(75) SEW 1955, p. 21.

neer alle staten onbeperkt ter verdediging van hun welvaart regelen ten aanzien van de activiteit van het internationale bedrijfsleven zouden kunnen vaststellen, zou een volstreekte chaos op het gebied van wat rechte is, daarvan zonder twijfel in toenemende mate het gevolg zijn.’ (76)

In die opvatting alleszins consequent zet VerLoren van Themaat zich ook af tegen de in het Lotus-arrest en in de zaak-Alcoa gegeven ruime uitleg aan het (‘objectieve’) territorialiteitsbeginsel, verlangt hij

‘... een zeer direct verband tussen oorzaaken gevolg...’ (77) en ziet hij in het ontbreken van andere precedenter dan de genoemde

‘... een krachtig argument om ook op het gebied van de economische wetgeving de leer van de gevolgen zeer eng te interpreteren’. (78)

In de discussie over de extraterritoriale toepassing van kartelrecht speelt een artikel van Jennings uit 1957 een grote rol. Uitgangspunt van dat artikel is dat

‘(a) State has a right to extraterritorial jurisdiction where its legitimate interests are concerned, but the right may be abused, and it is abused when it becomes essentially an interference with the exercise of the local territorial jurisdiction.’ (79)

Evenals VerLoren van Themaat bepleit Jennings terughoudendheid bij toepassing van het territorialiteitsbeginsel in verband met de gevolgen van bepaald handelen:

‘If indeed it were permissible to found objective territorial jurisdiction upon the territoriality of more or less remote repercussions of an act wholly performed in another territory, then there was virtually no limit to a State’s territorial jurisdiction.

It is clear from the authorities, however, that so radical an extension of the doctrine is not warranted and that the ingredient of ‘effects’ cannot be understood without qualification...’ (80)

(76) Volkenrechtelijke opstellen, pp. 213/214.

(77) Id., p. 215.

(78) Id., p. 216.

(79) R.Y. Jennings, a.w. (noot 62); citaat van p. 153.

(80) Id., p. 159.

Jennings gaat in zijn reserves echter niet zo ver dat hij gevolgen in een bepaald land slechts relevant acht, indien de dader de opzet had die gevolgen daar te veroorzaken:

‘ . . . The limitation of the test to cases of intention cannot be supported as a proposition of international law except by sparse and inconclusive authority . . . In a complex case, of the antitrust type, . . . it may be extremely difficult to decide in fact how far the actual consequences of a complicated set of arrangements were intended or fortuitous.’ (81)

Na een bespreking van de Amerikaanse jurisprudentie vanaf de zaak-Alcoa komt Jennings tot de volgende conclusie:

‘ . . . to extend (the objective test of territorial jurisdiction) to cover effects in the sense of mere repercussions — sometimes repercussions ancillary to the purpose of the scheme . . . — is not only to extend it beyond the limits covered by authority but also to reduce it to an absurdity . . . even allowing a most liberal view of the limits of extraterritorial jurisdiction, these cases still offend against the ultimate limit because they are an attempt to export into other countries and to make operate there what are after all peculiarly American political notions.’ (82)

In zijn preadvies voor de N.V.I.R. uit 1964 geeft Ellis, na een — uitvoerige — bespreking van de Amerikaanse jurisprudentie, en na weergave van de pennestrijd daarover, waarin

‘ . . . de meeste Amerikaanse auteurs van oordeel zijn dat de Amerikaanse rechtspraktijk niet strijdig is met het volkenrecht, terwijl de meeste Europese auteurs deze strijdigheid wel aanwezig achten . . . ’ (83)

als zijn opvatting

‘ . . . dat een staat niet aan onderdanen mag voorschrijven hoe zich te gedragen in het rechtsgebied van een andere staat . . . ’ (84)

(81) Id., p. 161.

(82) Id., p. 175.

(83) J.J.A. Ellis, (Lit. 5), p. 51.

(84) Id., p. 65 Ellis ‘ . . . is er niet toe overgegaan te trachten . . . de te dezer zake in acht te nemen volkenrechtelijke beginselen te formuleren . . . ’ omdat — op dat moment — de ILA zich daarmee ‘ . . . gedurende de eerstkomende twee jaren (zal) bezighouden.’

Op te merken is overigens dat de conclusie van Ellis niet zozeer betrekking
→

Dikker hout werd er van Nederlandse zijde enige jaren eerder door Verzijl gezaagd. Ook Verzijl legt in zijn interpretatie van het Lotus-arrest het territorialiteitsbeginsel allesbehalve ruim uit:

'These words (= een citaat uit bedoeld arrest) clearly point to the fact that the "place of the effect" doctrine is only recognized for offences whose constituent elements — which include the effect — are located in different countries. There must be a direct connection or unity between the material act and the criminal effect. This requirement absolutely precludes the taking into consideration of more remote effects which may possibly emanate from the material act in another country but which do not directly form an indissoluble criminal unity with that act itself.' (85)

De conclusie van Verzijl op dit punt is krachtig:

'Attempts by a State to enforce, by means of criminal proceedings, certain principles of its own legal order within that of a foreign country which upholds different principles and has, moreover, exclusive jurisdiction to establish those principles, are in fact, by their very nature, nothing but an abuse in international law of criminal jurisdiction.' (86)

In zijn opstel refereert Verzijl aan het begrip 'international delict', naar zijn oordeel toepasselijk op de Amerikaanse antitrustrecht-spraak, en constateert hij over de aan dat recht verbonden privaaten administratiefrechtelijke sancties:

'Some are simply "beating the air": dissolution of a European cartel for the sharing of American markets, an order to a British company requiring it to assign patents to an American company . . . etc.' (87)

Over de beslissing in de zaak-Alcoa oordeelt Verzijl als volgt:

'The judicial order to Aluminium Ltd. itself was . . ., in my opinion, simply an "international nullity" '. (88)

en, na de constatering dat directe executie van het vonnis niet mogelijk was:

→

heeft op de effectleer als wel op de toepassing van personele rechtsmacht. Zie daarom het volgend hoofdstuk van dit preadvies.

(85) J.H.W. Verzijl, a.w. (noot 62); het citaat is van p. 8.

(86) Id., p. 11.

(87) Id., p. 15.

(88) Id., p. 17.

'Indirect attempts to enforce it . . . are so unlikely and in such flagrant violation of the delimitation of criminal jurisdiction under international law, that such a measure scarcely enters into the discussion . . . ' (89)

Wel aanvaardt Verzijl jurisdictie over eigen ingezetenen, ook voor door hen buiten het eigen land begane daden (90). Na te hebben uiteengezet waarom het indertijd actuele concept voor de eerder genoemde Restatement van het American Law Institute hem te ruim voorkwam (91), komt Verzijl zelf met de volgende suggestie:

'A State also has jurisdiction to prescribe penalties for, or to take compulsive measures against, or with respect to, conduct occurring outside its territory if that conduct is specifically intended to produce, and in fact directly produces, in that territory effects which form a constituent element of an offence, provided the conduct is also unlawful in the territory where it occurs.' (92)

Het behoeft geen betoog dat in deze benadering de ruimte voor extraterritoriale toepassing van antitrustrecht minimaal is; met name de eis van dubbele strafbaarheid vormt een wezenlijke belemmering. Hierboven is een korte schets gegeven van de gedachten van Mann over de 'doctrine of jurisdiction in international law'. Mann geeft in zijn studie ook aandacht aan de toepassing van het door hem aan-gegeven beginsel op het gebied van het strafrecht en van 'trade practices'. Wat het territorialiteitsbeginsel in het strafrecht betreft, is Mann van oordeel dat

' . . . jurisdiction in the international sense is . . . lacking, if what occurs within the state is not an essential or constituent element of the crime . . . It is necessary, therefore, in each case to analyse the factual requirements of the crime as laid down in the rule with a view to ascertaining whether at least one of them has occurred within the . . . territory.' (93)

waarbij, voor hem, wat betreft de in aanmerking te nemen gevolgen, geldt:

'What the law considers relevant is, as a rule, the necessary

(89) Id.

(90) Id., pp. 20/21.

(91) Id., pp. 26/28.

(92) Id., p. 29.

(93) Mann, (Lit. 11), p. 85.

legal effect, not the ulterior effect economically or socially
... (94)

Na geconstateerd te hebben

‘... that in fact no country has applied the test of nationality to the law of restrictive practices’ (95)

komt Mann aan de

‘... much more difficult and elusive question whether the traditional test of the territoriality of jurisdiction is appropriate and sufficient for purposes of the law of restrictive trade practices.’ (96)

welke vraag vooral speelt in het geval waarin

‘(t)o a varying extent and in varying circumstances the (foreign) restraint of trade affects the price level of competitive goods in the United States, among other nations.’ (97)

Na een overzicht over de ontwikkelingen van het recht op dit punt in andere landen dan de Verenigde Staten concludeert Mann:

‘In the light of these contradictory trends it is submitted that ‘effect’ whether intended or merely foreseeable or unexpected, does not constitute a sufficiently close connection with the importing country so as to permit the assumption of legislative jurisdiction by the latter; from the point of view of public international law the Alcoa decision can not, therefore, be justified ...’ (98)

Voor Mann speelt bij zijn oppositie tegen extraterritoriale werking een vrees mee die vergelijkbaar is met die welke VerLoren van Themaat aangaf:

‘... the theory of the intended effect is incompatible with the mutuality which ... is so important an element in determining the extent of international jurisdiction. If State A were entitled to prescribe the terms in which the subjects of State B have to export their goods, State B would be entitled to prescribe the terms in which the subjects of State A have to import the same goods.’ (99)

(94) Id., p. 87.

(95) Id., pp. 97/98.

(96) Id. p. 98.

(97) Id., p. 100.

(98) Id., p. 104.

(99) Id., p. 106.

Op dezelfde gronden kan Mann zich niet verenigen met het ingrijpen in de Zwitserse horloges-zaak en met dat tegen de zgn. scheepvaart-‘conferences’ (100).

Wat de bevelen van Amerikaanse rechters, gericht op handelingen buiten de Verenigde Staten, betreft, is het naar aanleiding van in het bijzonder de nylon-zaak geformuleerde standpunt van Mann duidelijk: de Verenigde Staten

‘. . . could, of course, enforce its laws against the branch in respect of the defendant’s conduct in America. But to order the British defendant to implement American public laws outside America involved an excess of jurisdiction, because by their very nature those laws were incapable of extra-territorial enforcement.’ (101)

Ook tegen het Amerikaanse gebruik om overlegging van zich buiten de Verenigde Staten bevindende bewijsstukken te bevelen, heeft Mann klare volkenrechtelijke bezwaren (102).

Met name op grond van het Lotus-arrest kiest Rehinder als uitgangspunt dat

‘. . . der Erlass eines extraterritorialen Gesetzes allgemein dann und nur dann als völkerrechtswidrig angesehen werden (kann) wenn der Erlassstaat durch den Erlass des Gesetzes konkrete, ihm gegenüber anderen Völkerrechtssubjecten obliegende völkerrechtliche Verpflichtungen verletzt, die ihm den Erlass ausdrücklich oder sinngemäss untersagen.’ (103)

Voor Rehinder is de begrenzing van de aldus in beginsel gegeven rechtsmacht te vinden

‘. . . in allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich im Verbot des Missbrauches der Staatsgewalt . . .’ (104)

waarop hij, mede in verband met de beperkte betekenis van het zgn. beschermingsbeginsel, baseert dat

‘. . . man auf die Unmittelbarkeit und Wesentlichkeit der Wirkung der von aussen erfolgenden Beeinträchtigung der

(100) Id., pp. 106/108.

(101) Id., p. 151.

(102) Id., pp. 156/158. De hier bedoelde beschouwingen van Mann bouwen voort op zijn opvatting over de beperkte extraterritoriale rechtsmacht in anti-trustzaken.

(103) E. Rehinder, (Lit. 20), p. 54.

(104) Id., p. 82.

vom materiellen Recht geschützten Rechtsgüter abstellt. Dabei wird das Kriterium der Wesentlichkeit der Wirkung im Lichte des Gedankens auszulegen sein, der seine Einführung allein rechtfertigt, nämlich dass die Abwehr nicht ernstlicher Störungen durch eine extraterritoriale Gesetzgebung . . . völkerrechtlich illegitim ist.' (105)

Hermanns acht slechts territoriale toepassing van kartelrecht toegestaan, zij het dat hij de objectieve territorialiteitsgedachte aanvaardt. Hij verlangt daarbij wel dat een wezenlijk deel van het delict in de staat die zijn wetgeving wil toepassen, heeft plaatsgevonden, waarbij hij aantekent:

'. . . Als tatbestandmässiges Element gelten auch die inländischen Auswirkungen einer im Ausland begangenen Handlung, sofern diese Auswirkungen nicht hinweggedacht werden können, ohne dass die Strafbarkeit der Handlung entfiele . . .' (106)

Hoe weinig ruimte dit criterium laat, illustreert Hermanns met het volgende voorbeeld:

'. . . der inländische Staat . . . kann nicht das ausländische Kartell als solches angreifen — etwa seine Auflösung im Ausland fordern —, weil ihm dazu jede Grundlage fehlt . . . Ein Staat hat auch keine Handhabe gegen ausländische Unternehmen, wenn diese im Ausland beschliessen, den inländischen Staat künftig nicht mehr zu beliefern. Weder das objektive Territorialitätsprinzip noch das Personalprinzip geben eine Grundlage, die es dem betroffenen Staat gestattet, strafrechtlich gegen die Mitglieder eines solchen Kartells vorzugehen . . .' (107)

Enkele jaren geleden is een alleszins doorwrochte studie van de hier besproken problematiek gemaakt door Meessen. Dat karakter brengt mee dat een korte samenvatting als waarvoor hier plaats is, de schrijver — nog meer dan de eerder besproken auteurs — onvoldoende recht kan doen. Onder dat voorbehoud zij opgemerkt dat Meessen onderscheidt tussen de 'Zuständigkeit der Staaten zum Erlass kartellrechtlicher Hoheitsakte', waarbij het vraagstuk van de bevoegdheid sec voorop staat, en de uitoefening van die

(105) Id. p. 91.

(106) F. Hermanns, (Lit. 8), p. 76.

(107) Id., p. 78.

bevoegdheid waarbij het gaat om de 'völkerrechtliche Pflicht zur Achtung der Souveränität ausländischer Staaten'; in die context komen problemen als die van de overlegging van documenten en die van de in rechterlijke einduitspraken vervatte bevelen omtrent toekomstig gedrag aan de orde. Op het eerste punt komt Meessen tot de volgende conclusie:

'Die Anknüpfung an die Inlandswirkungen ist nicht etwa nur als Grenzsituation des Territorialitätsprinzips gerade noch zulässig, sondern bildet die Grundlage des internationalen Kartellrechts. Nach dem völkerrechtlichen Grundsatz der sinnvollen Anknüpfung ist das Inland zum Erlass kartellrechtlicher Hoheitsakte nur dann, aber auch immer dann zuständig, wenn beträchtliche, unmittelbare und vorhersehbare Inlandswirkungen vorliegen. Insgesamt zeigt sich also, dass das Völkerrecht an die Zuständigkeit der Staaten zum Erlass kartellrechtlicher Hoheitsakte nur geringe Mindestanforderungen stellt . . . (108)

Op het tweede punt zijn de beschouwingen van Meessen op het beginsel van de niet-inmenging gebaseerd. Van inmenging is sprake wanneer

' . . . kartellrechtliche Hoheitsakte . . . die Ausübung der Funktionen eines ausländischen Staates erheblich stören . . . Die Einmischung ist verboten, wenn die Interessen des ausländischen Staates an dem Ausbleiben der Störung die Interessen des Inlands an dem Erlass des kartellrechtlichen Hoheitsaktes überwiegen . . . ' (109)

3.8.3. *Eigen opvattingen*

Het is voor de jurist die vreemdeling is in het Jeruzalem van het volkenrecht, opmerkelijk dat een groot aantal van de in het voorafgaande weergegeven opvattingen met zo grote stelligheid wordt verkondigd, terwijl er in feite niet of nauwelijks materiaal is waarop de getrokken conclusies kunnen steunen. (110) Bij gebreke van relevante verdragen en van gewoonterecht – in de woorden van art. 38 van het Statuut van het Internationale Gerechtshof: inter-

(108) Meessen, (Lit 12), p. 171.

(109) Id., p. 232.

(110) Vgl. L. Oppenheim (Lit. 17), pp. 7/8.

nationaal gebruik, als blijk van een als recht aanvaarde algemene gewoonte — resteert er als toetssteen weinig anders dan het geheel van de algemene rechtsbeginselen. Omdat de rechterlijke praktijk met de toepassing daarvan beperkt is en — met name — niet de extraterritoriale toepassing van het kartelrecht betreft (111), dient het navolgende met (tenminste) even veel korrels zout te worden genomen als hetgeen hierboven werd weergegeven.

Wie de volkenrechtelijke grenzen aan extraterritoriale toepassing van kartelrecht tracht aan te duiden, geeft daarmee nog niet te kennen voorstander te zijn van de ruimst mogelijke hantering daarvan. De nationale wetgever kan tal van valide argumenten hebben om zichzelf beperkingen op te leggen: met name voor kleinere landen als Nederland kunnen de moeilijkheden bij effectuerende abstinentie rechtvaardigen. Het betreft hier echter vragen van beleid van de wetgever (c.q. de rechter die de nationale wet interpreteert). Daarom overtuigen de argumenten niet van degenen die beperkingen van de extraterritoriale rechtsmacht verdedigen met een beroep op de problemen die eigen zijn aan simultane toepasselijkheid van (onderling — sterk — afwijkend) kartelrecht. Dat die problemen (kunnen) ontstaan is inherent aan extraterritoriale rechtstoepassing en kan daarom, als zodanig, moeilijk een sterk argument daartegen worden genoemd; dat neemt niet weg dat — zoals uit het navolgende moge blijken — in het uit te voeren afwegingsproces factoren als hier bedoeld een zekere rol kunnen spelen.

Bij de benadering van de problematiek dient men een uitgangspunt te kiezen. Aansluitend aan de 19-de eeuwse opvattingen kon dat uitgangspunt zijn dat de souvereiniteit van de diverse staten in hun onderlinge verhouding meebrengt dat wetgeving in beginsel slechts territoriale werking heeft, althans dat extraterritoriale werking zich dient te beperken tot daden door eigen onderdanen in het buitenland begaan. In de 19-de eeuwse verhoudingen, waarin de verwevenheid van de staten veel geringer was dan thans het geval was, viel een dergelijke benadering te begrijpen; in de tegenwoordige situatie waarin door handelen in de ene staat belangen van een andere staat veel gemakkelijker geraakt kunnen worden, is dat uitgangspunt achterhaald. In het (in het eerste hoofdstuk

(111) J.P.A. François, 'Grondlijnen van het Volkenrecht', pp. 347/352; zie ook Meessen (Lit. 12), pp. 53/64.

van dit preadvies uitgebreid geciteerde) Lotus-arrest heeft het Permanente Hof van Internationale Justitie dan ook voor een andere benadering gekozen, een benadering waaraan de gedachte ten grondslag lijkt te liggen dat extraterritoriale wetstoepassing vanuit de optiek van het volkenrecht slechts ongeoorloofd is, indien zich een verbodsregel laat aanwijzen die zich tegen de betrokken toepassing keert. Juist bij gebreke van voldoende kenbare regels van die aard leidt deze opvatting er in de praktijk toe dat extraterritoriale wetstoepassing in beginsel steeds mogelijk is, en dat, meer in het bijzonder, het aantal gevallen waarin de nationale wetgever gezegd kan worden de hem door het volkenrecht gestelde grenzen te hebben overtreden, verdwijnend klein zal zijn.

Van de hierboven geciteerde auteurs kiest Rehinder het Lotus-arrest als uitgangspunt, en hij ziet, in verband daarmee, als enige wezenlijke beperking van extraterritoriale rechtsmacht het verbod van misbruik van recht. De voor wie de Nederlandse privaatrechtelijke hantering van dat begrip (112) kent wel zeer wijdsen uitleg die Rehinder (en enkele anderen) daaraan geven (113) maakt op zichzelf al duidelijk dat met de aldus gekozen benadering niet dan met een kunstgreep het kennelijk als gewenst ervaren resultaat (namelijk: duidelijke beperkingen aan extraterritoriale toepassing van het kartelrecht) kan worden bereikt.

De souvereiniteit van staten, die zich uit in hun rechtsmacht over wat er op hun grondgebied gebeurt, maakt een benadering waarin extraterritoriale toepassing van strafrecht en kartelrecht is toegestaan, tenzij uitdrukkelijk van het tegendeel blijkt, minder aantrekkelijk. Daarom verdient de benaderingswijze van Mann de voorkeur waarin uitgangspunt is dat er van een zinvolle aanknoping van de staat die het eigen recht toegepast wil zien aan het betrokken feitencomplex sprake moet zijn. Daarbij is 'zinvolle aanknoping' dan een vaag begrip dat van geval tot geval geconcretiseerd moet worden, maar dat als duidelijk voordeel heeft dat het de mogelijkheid geeft rekening te houden met als legitiem ervaren belangen van wat de eigenlijke plaats van handeling betreft 'vreemde' staten. Bovendien geldt voor deze benadering dat het resultaat daarin gebaseerd is op een serieus afwegingsproces;

(112) Vgl. Asser-Rutten III (De verbintenis uit de wet) (5de druk, 1979), pp. 66/67 en de daar geciteerde literatuur en rechtspraak.

(113) Rehinder (Lit. 20), p. 82.

in de twee meer extreme benaderingen is, juist omdat deelregels die de daarin gestipuleerde (tegenovergestelde) hoofdregels beperken, niet in voldoende mate aantoonbaar zijn, het resultaat in het concrete geval in het algemeen al door het gekozen uitgangspunt geïndiceerd.

In het internationaal strafrecht van de onderscheiden staten wordt, in meerdere of mindere mate, aanknopng gezocht op grond van de in het eerste hoofdstuk van dit preadvies genoemde beginselen. Opmerkelijk is daarbij in dit verband dat van een aantal beginselen, met name het beschermingsbeginsel, met inbegrip van het passief personaliteitsbeginsel, gezegd kan worden dat een min of meer algemene toepassing daarvan in het algemeen niet zonder meer toelaatbaar kan worden geoordeeld (114). Men kan zulks ook aldus formuleren, dat die beginselen niet in alle gevallen een zinvolle aanknopng opleveren. Met name in Hoofdstuk 5 van dit preadvies wordt aan de daarmee verband houdende problematiek verdere aandacht besteed.

Aanvaardt men de opvatting dat de rechtsmacht van staten in zaken met internationale elementen moet worden beoordeeld aan de hand van de vraag of er daarin van een zinvolle aanknopng sprake is, dan is er voor een principieel onderscheid tussen (de rechtsmacht in) zaken van strafrechtelijke, van administratiefrechtelijke en van (dwingend) privaatrechtelijke aard geen goede grond. De vraag langs welke weg bepaalde regelen gesanctioneerd dienen te worden, moet immers onderscheiden worden van die of er in het gegeven geval een zinvolle aanknopng voor rechtsmacht is. Wel blijft er een gradueel verschil: zo is de kern van de tot het strafrecht behorende regels van andere aard en vanuit een ander perspectief gegeven dan die van het privaatrecht, en kan daardoor ook de aard van de aanknopng verschillen.

Het kartelrecht is van alle markten thuis in die zin dat strafrechtelijke, administratiefrechtelijke en privaatrechtelijke sanctionering daarvan vaak samen gaan (115). Bezieet men de literatuur over het onderwerp, dan valt op dat de vraag van de geoorloofdheid van extraterritoriale toepassing van het kartelrecht in belangrijke mate vanuit de strafrechtelijke optiek is beantwoord. Vat men de bezwaren tegen die toepassing kort samen, dan komen deze er op

(114) Zie hierna § 5.3.1., p. 134-137.

(115) Vgl. Ellis (Lit. 5), pp. 30/37.

neer (a) dat het territorialiteitsbeginsel slechts toestaat aan gevolgen aan te knopen, indien deze het directe gevolg van de gewraakte daad zijn, terwijl (met name) het (Amerikaanse) kartelrecht (in die benadering: ten onrechte) is toegepast op basis van verder verwijderde gevolgen en (b) dat het beschermingsbeginsel slechts rechtsmacht geeft in gevallen waarin bijzondere belangen van een staat op het spel staan, terwijl de door overtreding van regels van kartelrecht getroffen belangen als regel niet van een dergelijk gewichtig kaliber zijn.

In de discussie over de extraterritoriale toepassing van kartelrecht is de kernvraag óf, beter nog: in welke gevallen, een staat zijn eigen wetgeving mag toepassen op grond van de gevolgen op het eigen territorium van daarbuiten verrichte handelingen, met name handelingen van degenen die geen ingezetene zijn van de staat waarin zich de gevolgen openbaren. Het is op zichzelf begrijpelijk dat in die discussie aansluiting is gezocht bij de in het internationale strafrecht ontwikkelde zgn. objectieve variant van het territorialiteitsbeginsel, waarin de plaats van het gevolg mede als *locus delicti* wordt aangemerkt. De op dit punt geuite kritiek komt er in hoofdzaak op neer dat bij de extraterritoriale toepassing van kartelrecht de aan die objectieve variant inherente beperkingen uit het oog zouden zijn verloren. Die beperkingen zouden dan met name hierin bestaan dat slechts die gevolgen in aanmerking zouden mogen worden genomen die als bestanddeel — ‘constituent element’, ‘tatbestandmässiges Element’ — zijn te kwalificeren. Op deze benadering is kritiek van onderscheiden aard mogelijk. In de eerste plaats hangt het in belangrijke mate van de door de nationale wetgever gekozen bewoordingen af of bepaalde gevolgen daarin al dan niet als bestanddeel zijn aangemerkt. Het lijkt niet goed te rechtvaardigen dat de vraag of het volkenrecht rechtsmacht toekent, slechts zou kunnen worden beantwoord met inachtneming van de (toevallige) bewoordingen van de regel van nationaal recht.

In de tweede plaats lijkt een zinvolle aanknoping evenzeer aanwezig indien een zelfde gevolg langs directe en langs indirecte weg kan worden bewerkstelligd. Daarbij valt te denken aan de situatie waarin in land A gevestigde producenten óf de door hen in land B voor hun produkten in rekening te brengen prijzen afstemmen (een handelen dat zeker — mede — in land B gepleegd wordt) óf een beperkt quotum voor hun export naar land B vaststellen (in

welk geval de afname van de importen in land B en daarmee een verhoging van de prijzen aldaar directe en substantiële gevolgen van de afspraak zijn) óf, in het algemeen, hun produktie aanzienlijk beperken. De aanleiding van de kartellering kan in al die drie gevallen alleszins vergelijkbaar zijn en de keuze van de kartelvorm zal veelal door de bijzonderheden van de markt worden gedicteerd. Het valt niet goed in te zien waarom in het eerste geval de aanknoping wel zinvol zou zijn, maar in de laatste twee per definitie niet.

Hiermee samenhangend is, in de derde plaats, te verdedigen dat de vraag of in een bepaald geval de aanknoping voldoende zinvol is, mede moet worden beoordeeld aan de hand van de strekking van de regel die extraterritoriale toepassing verlangt. Daarbij ligt een onderscheid voor de hand tussen het commune strafrecht, dat zich nu juist pleegt te richten tegen concreet omschreven gedragingen en nauwkeurig gekwalificeerde gevolgen (een en ander als uitvloeisel van het nullum delictum-beginsel), en het kartelrecht waarin het in het bijzonder gaat om de bestrijding van een situatie waarin de markt ten gevolge van concurrentiebeperkingen niet naar wens functioneert. Een adviseur die zich met kartelrecht bezighoudt, doet er goed aan op suggesties van ondernemers die bezwaren van kartelrechtelijke aard willen ondervangen door wijzigingen in de eerdere opzet, te antwoorden dat, zolang de gevolgen dezelfde blijven, die wijzigingen voor de overheid (in de Nederlandse praktijk vooral de Commissie van de Europese Gemeenschappen) geen verschil zullen maken.

Voorzoveel hier van belang is de gewichtigste karakteristiek van het kartelrecht het bestrijden van bepaalde invloeden op de eigen economie. Juist die omstandigheid brengt mee dat met het letten op zich voordoende gevolgen de in het licht van de karakteristieken van het rechtsgebied meest voor de hand liggende en meest zinvolle aanknoping wordt gekozen.

Men kan zich afvragen of het gerechtvaardigd is verschil te maken tussen met name het kartelrecht, waarbij gevolgen wèl en het commune strafrecht, waarbij gevolgen, tenzij zij bestanddeel zijn, niet voldoende grondslag voor extraterritoriale wetstoepassing zijn. De invloed van een uitvoerbeperkend kartel van olieprodukten kan immers vergelijkbaar zijn met die van crimineel handelen, zoals het opblazen van een raffinaderij, waardoor de betrokken produktiefaciliteiten worden uitgeschakeld. Het antwoord daarop

kan zijn dat in het recht wel vaker de context bepalend is om te weten in hoeverre met gevolgen van (in het bijzonder onrechtmatig) handelen rekening moet worden gehouden: zo oordeelt de Hoge Raad dat de aansprakelijkheid voor andere dan de directe gevolgen bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen verder gaat dan bij andere soorten onrechtmatig handelen (en met name ook gevolgen omvat die buiten de lijn der normale verwachtingen liggen) (116). Juist aan het type gedragingen dat het object van het kartelrecht vormt, is eigen dat deze een internationaal karakter en effecten over de grenzen kunnen hebben; de activiteit van grote ondernemingen is nu eenmaal in belangrijke mate wat men multinationalaal noemt van karakter. In het licht daarvan is, bij gebreke van supranationale regels (zoals de Europese Gemeenschappen die kennen) een reactie in de vorm van extraterritoriale toepassing op zijn minst begrijpelijk.

In dit verband is niet zonder betekenis dat, ondanks de oppositie van in het bijzonder vooraanstaande Europese auteurs, zowel in Duitsland als in de Europese Gemeenschappen door administratie en rechter is gekozen voor extraterritoriale toepassing van het eigen kartelrecht, waarbij niet de neiging aanwezig lijkt om die werking tot een minimum te beperken. Die ontwikkelingen maken enerzijds duidelijk dat — kennelijk — niet het rechtsgevoel bestaat dat een dergelijke werking verfoeilijk is, terwijl zij anderzijds de basis van Europees protest tegen Amerikaans optreden op dit gebied verzwakken. Daarbij komt nog dat in veel, zo niet alle gevallen waarin concurrentiebeperkend gedrag van ondernemingen uit Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen gevolgen in Amerika heeft, die gedragingen ook onder art. 85, lid 1, van het EEG-Verdrag verboden zullen zijn. Zeker in die gevallen waarin (daardoor) in feite dubbele strafbaarheid bestaat, lijken protesten en afweermaatregelen in de trant van art. 39 van de Wet economische mededinging tegen het Amerikaanse handelen (en evt. dat van andere staten, zoals de BRD) volkenrechtelijk verre van sterk gefundeerd. Met de conclusie dat er onvoldoende gronden zijn om extraterritoriale toepassing van kartelrecht op grond van de gevolgen die het gewraakte handelen binnen het eigen territoir heeft, vanuit de

(116) Zie H.R. 2-11-'79, *R.v.d.W.* 1979, no. 128 ('Mia Versluis'); zie ook J. van Schellen, 'Adequaat causaal verband en toerekening naar redelijkheid', in 'Non sine causa' (1979), pp. 333/358.

volkenrechtelijke optiek ontoelaatbaar te oordelen, is niet gezegd dat het enkele feit dat zich enig gevolg voordoet, steeds een zinvolle aanknoping zal opleveren. In het navolgende wordt bezien bij welke gevolgen dat wel, en bij welke dat niet meer het geval is. Nog sterker dan bij de voorafgaande beschouwingen past hier een relativering: de grens zal ergens getrokken moeten worden, maar waar dat is, kan tot op zekere hoogte willekeurig worden genoemd. Het lijkt niet juist de eis te stellen dat het gevolg gewild — 'primarily intended' — is. In het kartelrecht speelt het opzet van de betrokken ondernemingen in het algemeen geen of slechts een ondergeschikte rol. De mate waarin de belangen van het land dat zijn kartelrecht extraterritoriaal wil toepassen, geraakt zijn door de binnen zijn grondgebied voortgebrachte gevolgen, is onafhankelijk van het antwoord op de vraag of die gevolgen al dan niet beoogd waren. Dit punt lijkt overigens slechts van theoretisch belang, omdat van de bij een kartel of machtspositie betrokken ondernemingen mag worden verwacht dat zij zich de aard en omvang van de gevolgen van hun handelingen realiseren.

Een andere vraag is hoe rechtstreeks en onmiddellijk de gevolgen moeten zijn, wil er van een zinvolle aanknoping sprake zijn. Die vraag is reeds daarom niet eenvoudig te beantwoorden omdat wat voor de een nog directe gevolgen kunnen zijn, door een ander kunnen worden ervaren als min of meer verwijderde effecten. In de eerder gegeven trits voorbeelden lijkt ook het gevolg van de productiebeperking binnen de vreemde staat nog voldoende direct om aan vast te knopen. Aan de andere kant van de grens valt het min of meertoevallige gevolg waar in redelijkheid geen rekening mee behoefde te worden gehouden, te situeren. Waar de grens zelf ligt, valt niet in abstracto aan te geven; daarbij komt dat die benadering te prefereren lijkt waarin aan alle omstandigheden van het geval, en niet slechts aan de mate van directheid van het gevolg wordt afgemeten of aanknoping in het betrokken geval gerechtvaardigd is.

Bij de beoordeling van het geheel van de omstandigheden van het geval lijkt het meest wezenlijk de mate waarin zich de gevolgen in kwestie voordoen: zijn die gevolgen substantieel, dan ligt het voor de hand aanknoping toelaatbaar te achten terwijl indien dat niet het geval is, de legitimatie voor extraterritoriale wetstoepassing veel zwakker is, en het verweer dat zodanige toepassing neerkomt op inmenging in de interne aangelegenheden van een andere staat, dienovereenkomstig sterker.

In dit verband kan nog een onderscheid worden gesuggereerd tussen die gevallen waarin de gevolgen in het vreemde land duidelijk overwegen en die waarin die gevolgen wel substantieel zijn, maar die in het eigen land nog zwaarder tellen. Dat onderscheid lijkt veeleer vanuit internationaal privaatrechtelijk dan vanuit volkenrechtelijk oogpunt van belang: voor het vreemde land is in beide gevallen, nu de gevolgen voor dat land gelijk zijn, de aanknoping even zinvol.

In het internationaal privaatrecht tellen andere factoren dan de hier genoemde bij de bepaling van 'the proper law of the contract'. Daarbij kan voor kartels gedacht worden aan de plaats waar de overeenkomst gesloten is, die waar deze wordt uitgevoerd en aan de nationaliteit of het domicilie van de daarbij betrokken partijen. Een beroep op (een van) deze factoren kan onder omstandigheden de extraterritoriale toepassing van kartelrecht mede rechtvaardigen; op zichzelf valt echter niet te eisen dat slechts op basis van een of meer van deze omstandigheden zou kunnen worden aangeknoopt.

Het voorafgaande geeft geen 'harde' formules aan de hand waarvan in een voorkomend geval bepaald kan worden of de extraterritoriale toepassing van kartelrecht al dan niet gerechtvaardigd is. Wel zal duidelijk zijn dat in de hier voorgestane benadering geen ruimte is voor kritiek ten principale op de in de Verenigde Staten (en in de Europese Gemeenschappen en de Bondsrepubliek) in de praktijk gehanteerde benadering.

In het in dit hoofdstuk onder 3.3. tot en met 3.6. gegeven overzicht is enige aandacht — zij het minder dan het onderwerp verdient — gegeven aan bij extraterritoriale toepassing van kartelrecht rijzende problemen van procedurele aard. Neemt men eenmaal aan dat bedoelde toepassing in beginsel geoorloofd is, dan ligt het in de rede de staten en rechtsgemeenschappen (zoals de E.E.G.) ook de mogelijkheid te laten hun recht te handhaven. Aan de mate waarin en de manier waarop dat kan geschieden zijn echter grenzen gesteld, nu feitelijke daden van rechtshandhaving op het territoir van een andere staat niet geoorloofd zijn; in dat opzicht is de rechtsmacht — behoudens hetgeen voortvloeit uit verdragen of ad hoc gemaakte afspraken — nog steeds strikt territoriaal (117). Problematisch is de situatie vooral indien de rechter in het

(117) Zie Meessen (Lit. 12), pp. 173/232 en Mann (Lit. 11), pp. 145/148.

ene land een aldaar in een proces betrokken partij bevelen geeft met betrekking tot handelingen in een ander land. In de hier verdedigde benadering ligt het in de rede dit type bevelen daarvan een sequeel te achten en daarom tot op zekere hoogte te aanvaarden. Bij de vraag of dergelijke bevelen op hun plaats zijn, zal een belangrijke factor zijn of het bevolen handelen naar het recht van het land waar zulks moet geschieden, toegestaan is; de betrokken partij zal niet het slachtoffer mogen worden van een reëel competentieconflict en bij de vraag of bevelen mogelijk zijn, lijkt een pri-maat voor de regels van de plaats waar gehandeld zou moeten worden, op zijn plaats. De hier aangegeven gedachten gelden voor niet-kartelrechtelijke onderwerpen als bijv. het respecteren van het bankgeheim. Iets anders ligt de situatie waarin het gaat om afweermaatregelen zoals hier te lande in art. 39 van de Wet economische mededinging neergelegd. Men kan moeilijk van een andere staat verwachten dat deze steeds van extraterritoriale toepassing van zijn kartelrecht, alhoewel in beginsel geoorloofd, zal afzien in die gevallen waarin dergelijke obstakels worden opgeworpen: wordt de rechtsmacht terecht ingeroepen, dan valt op de aanvaardbaarheid van de obstakels het een en ander af te dingen. Voor andere gebieden dan het kartelrecht (zoals bijv. de in 4.11.2 besproken anti-corruptiewetgeving) hebben de in dit hoofdstuk gegeven overzichten en ontwikkelde gedachten vooral deze betekenis dat zij aangeven dat het antwoord op de vraag of in bepaalde (types van) gevallen extraterritoriale rechtstoepassing volkenrechtelijk aanvaardbaar is, niet dient te worden gegeven op basis van een min of meer mechanische toepassing van de — voorzoveel hier van belang met name in het internationaal strafrecht — gebruikelijke beginselen, maar aan de hand van een analyse van de aard, inhoud en strekking van de betrokken (straf-)rechtsregels, met behulp waarvan kan worden gezien of de aanknoping in het betrokken geval in voldoende mate zinvol en juist genoemd kan worden.

4.1. Het actief personaliteitsbeginsel

Onder dit beginsel is te verstaan dat de strafwet van een staat toegepast kan worden op gedragingen van personen die een band met die staat onderhouden (1).

Een nadere omlijning is noodzakelijk. In verreweg de meeste rechtssystemen, ook in het Nederlandse, is het gebruikelijk territoriale jurisdictie als primair te zien. Personele jurisdictie is dan complementair, dat wil zeggen slechts van belang voor buiten het grondgebied van de betrokken staat verrichte gedragingen. De band tussen een persoon en een staat kan in beginsel van tweeërlei aard zijn: nationaliteit of domicilie. Van de keuze van het domicilie als criterium bestaan zowel oudere als moderne voorbeelden (2), o.m. in het recht van de Nederlandse Antillen (3). Nationaliteit is het meest voorkomende criterium voor personele jurisdictie; ook het Nederlandse recht hanteert dit als regel (al komt daarnaast — zoals nog blijken zal — ook het domiciliecriterium voor). Men spreekt

(1) Het woord 'actief' drukt uit dat de persoon van de verdachte bepalend is. Er bestaat ook een passief personaliteitsbeginsel, waarbij de persoon van het slachtoffer beslissend is.

(2) Donnedieu de Vabres (lit. 4), p. 26/27, Oehler (Lit. 16), p. 142. Noorwegen en Denemarken behoren tot de landen die domicilie als criterium voor personele jurisdictie hebben.

(3) Art. 5 van het Wetboek van Strafrecht van de Nederlandse Antillen luidt: 'De strafwet van de Nederlandse Antillen is toepasselijk op de ingezetene van de Nederlandse Antillen die zich buiten de Nederlandse Antillen schuldig maakt:

1° aan een der misdrijven omschreven in (. . .)

2° aan een feit hetwelk door de strafwet van de Nederlandse Antillen als misdrijf wordt beschouwd en waarop door de wet van het land, waar het begaan is, straf is gesteld. De vervolging kan ook plaats hebben, indien de verdachte eerst na het begaan van het feit ingezetene van de Nederlandse Antillen wordt.'

De tekst is dus bijna gelijk aan die van art. 5 van het Nederlandse W.v.S., met vervanging van het nationaliteits- door het domiciliebeginsel. Aangezien de bevolking van de Nederlandse Antillen de Nederlandse nationaliteit heeft kunnen Antillianen theoretisch voor misdrijven die zij buiten Nederland (zelfs in de Antillen!) hebben begaan in Nederland worden vervolgd.

daarom ook wel van het actief nationaliteitsbeginsel (4). Men treft ook mengvormen aan. Het recht van de Duitse Bondsrepubliek stelt bijv. de eisen nationaliteit en ingezetenschap voor enkele delicten cumulatief (5).

4.2. Volkenrechtelijke legitimatie van het actief personaliteitsbeginsel

'The Law of Nations does not prevent a State from exercising jurisdiction, within its own territory, over its subjects travelling or residing abroad, since they remain under its personal supremacy',

aldus Oppenheim-Lauterpacht (6) onder aanhaling van enige (meest Amerikaanse) rechtspraak. Ter verklaring van de woorden 'within its own territory' citeren wij een andere volkenrechtsleerde, nl. O'Connell (7):

'When speaking of jurisdiction, then, one must be careful to distinguish the jurisdiction to enforce from the jurisdiction to prescribe. The former is inherently territorial, the latter inherently personal'.

Brownlie (8) gaat iets verder:

'Nationality, as a mark of allegiance and an aspect of sovereignty, is also generally recognized as a basis for jurisdiction over extra-territorial acts. The application of the principle may be extended by reliance on residents and other connections as evidence of allegiance owed by aliens and also by ignoring changes of nationality.'

Seidl-Hohenfeldern meent dat een staat het gedrag van zijn onderdanen in het buitenland wel mag regelen, maar niet mag afdwin-

(4) J.M. van Bemmelen in Bassiouni (Lit. 1), dl. I p. 84, idem, *Ons Strafrecht*, 4e druk, 1970, p. 88, H.F. van Panhuys, (Lit. 18) p. 127, F.A. Mann (lit. 11) p. 88.

(5) *Strafgesetzbuch*, Par. 5, leden 3 sub a, 5 sub b, 8, 9. Het ingezetenschap wordt omschreven als 'seine Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes hat', waarmee in feite het grondgebied van de Bondsrepubliek wordt aangeduid; vgl. Jeschek (Lit. 9), p. 138 en 151.

(6) Lit. 17, p. 330.

(7) D.P. O'Connell (Lit. 15), Vol. 2, p. 659.

(8) Lit. 3, p. 303.

gen ('erzwingen') (9). Wat hij daarmee bedoelt is niet duidelijk. Strafrecht is naar zijn aard repressief; het dwingt de burger niet tot bepaald gedrag, maar straft hem wanneer hij zich anders gedraagt dan voorgeschreven is. Territoriale en personele jurisdictie verschillen in dit opzicht niet (10).

Van Panhuys (11) maakt een o.i. in beginsel juist onderscheid tussen volkenrechtelijke en strafrechtelijke benadering. De eerste heeft betrekking op de vraag of het in overeenstemming is met de rechtsregels die het interstatelijk verkeer beheersen wanneer een staat zijn onderdanen (of daarmee te vergelijken personen) straft voor gedragingen die in strijd zijn met het recht van die staat, maar die verricht zijn buiten diens grondgebied. Het antwoord op die vraag luidt bevestigend, met dien verstande dat zo'n staat moet blijven binnen zekere grenzen, die in de volgende paragraaf aan de orde komen. De strafrechtelijke invulling houdt de vraag naar de rechtvaardiging van de personele jurisdictie in. Waarom zou een staat zijn onderdanen straffen voor wat zij in het buitenland doen? Die vraag behandelen wij in par. 4.10.

4.3. Grenzen aan de toepassing van het actief personaliteitsbeginsel

De volkenrechtelijke toelaatbaarheid van personele jurisdictie geldt niet onbegrensd. Wederom in de woorden van Oppenheim-Lauterpacht:

'a State is prevented from requiring such acts from its citizens abroad as are forbidden to them by the Municipal Law of the land in which they reside, and from ordering them not to commit such acts as they are bound to commit according to the Municipal Law of the land in which they reside' (12).

(9) Lit. 23, p. 237.

(10) Een staat kan echter geen 'acts of sovereignty', zoals strafprocessuele handelingen (bijv. aanhouding) uitoefenen op het grondgebied van een andere staat. Wellicht doelt Seidl-Hohenfeldern daarop.

(11) Lit. 18, p. 128.

(12) Lit. 17, p. 296. In dezelfde zin Seidl-Hohenfeldern, a.w., p. 237.

Mann (13) werkt dit in enkele voorbeelden uit (14). Het eerste is nog betrekkelijk speels:

‘If Utopia were to enjoin all Utopians to drive on the left wherever they may be, a Utopian motorist driving in Holland would be breaking either Utopian or Dutch law.’

In de praktijk doet zo’n probleem zich niet zo snel voor, bijv. doordat het materieel-rechterlijke voorschrift slechts territoriale gelding heeft (zie par. 4.4.). Mann’s tweede voorbeeld luidt:

‘If Ruritania should prohibit all its nationals from doing business with certain countries and if such a discriminatory practice were a criminal offence in Holland, the Dutch branch of a Ruritanian corporation could not help committing an offence under either law.’

Dit voorbeeld heeft een aanzienlijke realiteitswaarde, waarbij men in de eerste plaats kan denken aan een regeling als de Sanctiewet. Men mag echter niet over het hoofd zien dat het geciteerde betoog betrekking heeft op autonoom optreden van staten. Bij optreden uit hoofde van volkenrechtelijke besluiten of afspraken hebben wij met een andere casuspositie te maken.

4.4. Beperkingen

Het actief personaliteitsbeginsel komt soms in onbeperkte, vaker in beperkte vorm voor. Al dan niet in combinatie met de onbeperkte verschijningsvorm heeft de personele jurisdictie soms ook een primair karakter. Dat was bijv. het geval in Duitsland tussen 1940 en 1975. Zoals reeds eerder naar voren kwam: de meeste delicten worden begaan in het land waar de dader thuishoort. Of men hem dan op grond van territoriale of van personele jurisdictie vervolgt doet er niet veel toe. Er is daarnaast geen staat die toestaat dat vreemdelingen op zijn grondgebied zijn wetten overtreden, zodat overal óók het territorialiteitsbeginsel wordt toegepast. Het omgekeerde geldt niet zonder meer. Men kan niet zeggen dat er geen staat is die toestaat dat zijn onderdanen buiten zijn grondgebied zijn wetten overtreden. Sommige staten staan

(13) Lit. 11, p. 90.

(14) In zijn voorbeelden hanteert Mann imaginaire landen als Utopia en Ruritania, alsmede Nederland. Waarschijnlijk denkt hij dat Nederland ook niet bestaat dan wel een soort Utopië is.

dat inderdaad niet toe, andere slechts in bepaalde gevallen. Met andere woorden: veel landen kennen het actief personaliteitsbeginsel slechts in beperkte vorm. Dit geldt ook voor Nederland. Er bestaat een hele serie beperkingen, waarvan sommige betrekking hebben op strafbaarheid, andere op vervolgbaarheid. De beperkingen worden in verschillende omvang en in verschillende combinaties toegepast, met het gevolg dat de juridische situatie van land tot land anders is.

Hieronder vindt men een overzicht van beperkingen die men, soms naast elkaar, naar het recht van de verschillende Europese staten tegenkomt (15). Bij elke beperking geven wij een of enkele voorbeelden van landen waar die beperking voorkomt.

a. Alleen misdrijven (16), bijv. Frankrijk, Nederland.

b. Alleen delicten waarvoor het nationale strafrecht een straf boven een bepaalde grens bedreigt (bijv. Zweden).

c. Alleen delicten waarvoor uitlevering toelaatbaar is (bijv. België, Zwitserland).

d. Dubbele strafbaarheid, d.w.z. het feit moet zowel strafbaar zijn volgens het recht van het land van de dader als volgens het recht van het land waar het begaan is. Deze beperking komt in ettelijke landen voor, bijv. Nederland, België, Duitsland, Denemarken. Het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt soms (zoals in Duitsland) weer niet als het delict begaan is op een plaats waar geen staatsgezag bestaat (17).

e. Alleen bij met name in de wet genoemde delicten, bijv. Groot Brittannië, alsmede aanvullend in ettelijke andere landen, waaronder Nederland, zonder dat anders geldende beperkingen van kracht zijn.

f. Vervolg alleen na klacht van het slachtoffer of op verzoek

(15) Vgl. Ch.J. Enschede, *La compétence personnelle dans les législations de l'Europe Occidentale* in de Van Bemmelen-bundel (Lit. 2), p. 38, i.h.b. p. 42 e.v., Oehler (Lit. 16), p. 438 e.v. J. Bigay, *Les dispositions nouvelles de compétence des juridictions françaises à l'égard des infractions commises à l'étranger*. (16) Daarbij moet men bedenken dat het begrip misdrijf van land tot land een verschillende inhoud heeft. In Nederland m.n., waar slechts twee categorieën strafbare feiten bestaan, is het veel ruimer dan bijv. in Frankrijk, dat naast 'crimes' ook 'délits' heeft.

(17) '... wenn der Tatort keinen Strafgewalt unterliegt'. Als voorbeeld nemen Oehler, a.w. p. 301 en Dreher-Tröndle, *Kurzkomentar Strafgesetzbuch*, 1980, p. 46, *Antarctica en de volle zee*, Jeschek (Lit. 9), p. 41 ook nog de ruimte (das Weltraum). Zie voorts het in par. 4.9. behandelde ontwerp-Beneluxverdrag.

van de autoriteiten van het land waar het feit is begaan, bijv. België (18), Finland.

g. Vervolging alleen wanneer de verdachte in eigen land wordt aangetroffen, bijv. België, Zwitserland.

Daarenboven brengt de aard van het personaliteitsbeginsel, althans van extraterritoriale personele jurisdictie, mee dat nog een andere beperking geldt. Het strafbaar feit mag niet zodanig omschreven zijn dat het naar zijn aard slechts op het eigen grondgebied kan worden begaan. Aan het Nederlandse recht ontleende voorbeelden waar dit wel zo is zijn het misdrijf van art. 6 van de Vuurwapenwet 1919 (19), dat van art. 32 van de Wegenverkeerswet (20) en gedragingen in strijd met (o.m.) art. 20 jo. art 91, lid 2, van de Wet inzake de luchtverontreiniging (21).

4.5. Het actief personaliteitsbeginsel naar Nederlands recht

4.5.1. Hoofdregeel: beperkt actief nationaliteitsbeginsel

De hoofdregeel van het actief personaliteitsbeginsel naar Nederlands recht vindt men in art. 5, lid 1, aanhef en onder 2°, W.v.S. In art. 5 is het personaliteitsbeginsel gebonden aan nationaliteit: de Nederlandse Strafwet is in de genoemde omstandigheden toepasselijk op een Nederlander. De bepaling stelt een tweetal voorwaarden:

a. het feit moet naar Nederlands recht als misdrijf zijn gekwalificeerd;

b. op het feit moet straf zijn gesteld door de wet van het land waar het is begaan (dubbele strafbaarheid).

Dat de personele jurisdictie in haar algemeenheid slechts voor misdrijven geldt, spreekt niet vanzelf; in Duitsland (Strafgesetzbuch Par. 7) is het bijv. anders (22).

Of de uitsluiting van overtredingen zinvol is, wagen wij te betwijfelen. Wellicht zal de behoefte om een Nederlander wegens een in

(18) Deze bepaling geldt in België niet als ook het slachtoffer Belg is.

(19) 'Aflevering binnen het Rijk in Europa' is bestanddeel van het strafbaar feit.

(20) 'Op een weg' is bestanddeel van het strafbaar feit en een weg is alleen een Nederlandse weg.

(21) De territoriale beperking is hier impliciet.

(22) Zie ook het in par. 4.9. behandelde ontwerp-Benelux-verdrag.

het buitenland begane overtreding te straffen niet dikwijls bestaan. Waarom de wet de mogelijkheid uitsluit, is echter niet zo goed in te zien. Een enkel voorbeeld: art. 429ter W.v.S. verbiedt deelneming of steunverlening aan activiteiten, gericht op rassendiscriminatie. Waarom zou de Nederlander, die dit in het buitenland doet (aangenomen dat de bedoelde gedraging ter plaatse strafbaar is, maar dat geen vervolging heeft plaatsgevonden, bijv. doordat het delict eerst werd ontdekt na terugkeer van de dader in Nederland) niet in Nederland vervolgd kunnen worden? Zie ook par. 4.12 onder e. De ratio van de tweede voorwaarde, dubbele strafbaarheid, is dat men in het algemeen iemand niet straffen moet voor een gedraging die rechtmatig was ter plaatse waar zij is begaan. In feite is dit een kwalificatie van het personaliteitsbeginsel.

Evenmin als beperking tot misdrijven is dubbele strafbaarheid een vanzelfsprekende of uit het volkenrecht voortvloeiende begrenzing van de personele jurisdictie. In sommige landen (bijv. Frankrijk) geldt die voorwaarde niet en in Nederland geldt zij ook niet voor een aantal delicten — zoals wij nog zullen zien.

Voldoende is dat in het land van de *locus delicti* straf is bedreigd. Het behoeft niet op gelijke wijze als in Nederland te zijn gebeurd (23). De Nederlandse rechter mag, als hij dat nodig acht, ook een zwaardere straf opleggen dan in het andere land is bedreigd (24). Daar is wel iets tegen in te brengen; zie par. 4.12 onder d. Wij zouden menen dat onder 'straf' in art. 5, lid 1 onder 2°, elke bedreiging met een repressieve sanctie, die men met een straf kan vergelijken, is te verstaan. Dat wil zeggen dat de Nederlander die zich in de Bondsrepubliek Duitsland schuldig maakt aan een feit dat daar een 'Ordnungswidrigkeit' is en in Nederland een misdrijf, in Nederland kan worden vervolgd.

Anders dan bijv. in Duitsland kent Nederland, althans op grond van de hoofdregel, geen personele jurisdictie voor feiten begaan op een plaats buiten staatsgezag (bijv. Antarctica of een ijsschots in volle zee) (25). Dit punt, hoewel theoretisch interessant, heeft nauwelijks praktisch belang.

(23) H.R. 2 feb. 1902, *W.* 7880.

(24) Noyon-Langemeijer-Remmelink, (Lit. 14) p. 32 (aant. 6 op art. 5).

(25) Dit is te wijten aan een misvatting in het parlement bij de behandeling van het ontwerp van het Wetboek; vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink (Lit. 14), p. 36 (aant. 9 op art. 5).

4.5.2. Andere bepalingen in het Wetb. v. Strafrecht over het actief personaliteitsbeginsel

Naast de hoofdregel van art. 5, lid 1, aanhef en onder 2°, W.v.S. zijn er andere bepalingen waaruit personele jurisdictie voortvloeit. Er zijn daarbij de volgende verschillen met de hoofdregel:

- a. dubbele strafbaarheid wordt niet verlangd;
- b. in sommige gevallen volstaat wanneer het delict naar Nederlands recht een overtreding is;
- c. soms wordt naast of in plaats van het nationaliteitscriterium het domiciliecriterium gebruikt.

Art. 5, lid 1, aanhef en onder 1°, W.v.S. noemt een aantal misdrijven waarvoor personele jurisdictie geldt, ook zonder dat zij strafbaar zijn in het land waar zij zijn begaan.

Daartoe behoren in de eerste plaats de misdrijven van de titels 1 en 2 van Boek II van het Wetboek, d.w.z. misdrijven tegen de veiligheid van de staat en tegen de koninklijke waardigheid. In feite geldt, anders dan men bij lezing van art. 5 zou kunnen denken, personele jurisdictie slechts t.a.v. een aantal van de in die titels genoemde misdrijven. De meeste delicten uit deze titels komen nl. al voor in art. 4, wat betekent dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op ieder die zich daaraan buiten Nederland schuldig maakt. Of de dader Nederlander is, heeft dus geen belang. Rekening houdend met het voorgaande, geldt krachtens art. 5 personele jurisdictie zonder dubbele strafbaarheid voor de volgende misdrijven:

art. 97 — staatsvijandelijke verbinding met buitenlandse mogendheid

art. 97b — stoffelijke steun aan omwenteling

art. 99 — ten nadele van de staat voeren van onderhandeling met buitenlandse mogendheid

art. 100 — oorlogsmisdrijf

art. 101 — Nederlander die in vreemde krijgsdienst treedt, terwijl Nederland met betrokken land in oorlog raakt

art. 102 — hulpverlening aan de vijand

art. 104 — opnemen van spionnen, bevordering van desertie

art. 111 — opzettelijke belediging van de Koning

art. 112 — opzettelijke belediging van de troonopvolger

art. 113 — verspreiding van beledigend geschrift over een lid van

het koninklijk huis

art. 206 — zichzelf of een ander ongeschikt maken voor militaire dienst

art. 237 — bigamie

artt. 272/3 — schending van geheimen

artt. 388/9 — kaapvaart.

Het belang van ettelijke van deze misdrijven is beperkt of zelfs geheel afwezig. Bij verschillende van de genoemde artikelen bestaan geen jurisprudentiekaarten: bepalingen als die over kaapvaart zijn in feite obsoleet. Over sommige andere, zoals 101, 102 en 104 bestaat alleen jurisprudentie, betrekking hebbend op de Tweede Wereldoorlog. Over art. 272 is weliswaar nogal wat rechtspraak, maar personele jurisdictie speelt daarbij geen rol; het artikel bestaat in de huidige redactie overigens pas sinds 1967.

Het personaliteitsbeginsel speelt wel een rol in de rechtspraak over art. 237. Er is o.m. een niet onbelangrijk arrest van de Hoge Raad over het nog te behandelen tweede lid van art. 5. Opvallend is overigens dat het laatste gepubliceerde vonnis over art. 237 al bijna 30 jaar oud is. Met de opkomst van de alternatieve samenlevingsvormen vermindert wellicht het belang van bigamie. Voor alle hierboven genoemde misdrijven, behalve bigamie en kaapvaart geldt dat het begaan daarvan door Nederlanders een uiting is van gemis aan solidariteit met de Nederlandse samenleving. Heel manifest is dat voor hulpverlening aan de vijand, maar het kan ook voor schending van geheimen gelden, althans wanneer het bewaren daarvan een Nederlands belang dient (26). De solidariteitsgedachte brengt mee dat het niet relevant is of het feit strafbaar is in het land waar het is begaan: als Nederlander heeft men bepaalde gedragingen waar dan ook achterwege te laten. Overigens zou dubbele strafbaarheid juist bij een aantal van de hier genoemde delicten ook wel eens praktische problemen kunnen opleveren.

(26) Dit hoeft niet zo te zijn. Het is mogelijk dat een Nederlander die in het buitenland in dienst van een buitenlandse onderneming is een geheim daarvan bekend maakt. De ratio van de wet brengt in zo'n geval mee dat tot vervolging in Nederland ten hoogste wordt overgegaan als toch aan het vereiste van dubbele strafbaarheid voldaan is. Vermeldenswaard is dat in de m.v.t. van het wetsontwerp waarbij de vermelding van de artt. 272 en 273 in art. 5, lid 1 sub 1^o is ingevoerd (kamerst. 1965-1966, 8538) hieraan geen woord is gewijd. Dit geldt ook voor de verdere kamerstukken over de behandeling van dit wetsontwerp.

Voor de bigamie ligt het anders. De wetgever heeft gewild dat Nederlanders geen dubbel huwelijk aangaan. Wanneer men er voor kiest een daartoe strekkend voorschrift met een strafsanctie te bezegelen (27) is duidelijk dat men het personaliteitsbeginsel, en dan zonder dubbele strafbaarheid, nodig heeft. Anders zou het eenvoudig zijn een tweede huwelijk te laten voltrekken in een land dat bigamie niet strafbaar stelt (28).

Aangezien, zoals bleek, de hoofdregel van art. 5, lid 1 onder 2°, niet geldt voor misdrijven die zijn begaan op een plaats waar geen staatsgezag geldt, was het nodig de kaapvaart afzonderlijk onder 1° te vermelden.

Toepassing van het actief personaliteitsbeginsel kan men ook zien in art. 6 W.v.S. In dit geval bestaat de band met Nederland niet in het bezit van de Nederlandse nationaliteit. Art. 6 verklaart de Nederlandse strafwet toepasselijk op door een Nederlandse ambtenaar buiten Nederland begane ambtsmisdrijven. Verreweg de meeste Nederlandse ambtenaren zijn Nederlander; voor hen betekent art. 6 dat voor in het buitenland begane ambtsmisdrijven de eis van dubbele strafbaarheid (die juist hier netelige problemen zou kunnen opleveren) niet geldt.

Er zijn echter ook Nederlandse ambtenaren, die geen Nederlander zijn. Een in dit opzicht belangrijke categorie zijn Nederlandse consuls in het buitenland, die in veel gevallen geen Nederlander zijn (29). Zij zouden best ambtsdelicten als boekenvervalsing (art. 360), aanneming van giften of beloften (art. 362) of knevelarij (art. 366) kunnen begaan. Daarvoor kunnen zij dan in Nederland worden vervolgd. Omdat de band met Nederland (hier bestaande in ambtenaarschap en niet in nationaliteit) bepalend is, achten wij dit een toepassing van het actief personaliteitsbeginsel.

Art. 7 verklaart de Nederlandse strafwet toepasselijk op door schipper en opvarenden van Nederlandse vaartuigen buiten Nederland

(27) Het zou wel denkbaar zijn op bigamie andere dan strafsancties te stellen.

(28) De Belgische wet eist voor de uitoefening van personele jurisdictie wegens bigamie wel dubbele strafbaarheid. Het is ons niet bekend of dit tot in Belgenmoppen vertaalbare resultaten heeft geleid.

(29) Zie de Staatsalmanak die met een sterretje aangeeft wanneer een Nederlandse consul in het buitenland wel Nederlander is.

en buiten boord begane scheepvaartdelicten. Op het eerste gezicht zou men dit ook voor een toepassing van het actief personaliteitsbeginsel kunnen houden, waarbij de band met Nederland dan bestaat uit het zijn van schipper of opvarende van een Nederlands vaartuig. Nadere bestudering van de betrokken delicten leert dat deze opvatting moeilijk houdbaar is. Het gaat steeds om de goede gang van zaken aan boord, het behoorlijk functioneren van het personeel, m.n. de schipper, en een enkele maal (m.n. in art. 478) om het naleven van de regels bij vervoer van of naar Nederlandse havens. Er is bij art. 7 dan ook eerder sprake van toepassing van het beschermingsbeginsel, in die zin dat daardoor de goede gang van zaken rond de Nederlandse scheepvaart beschermd wordt.

4.5.3. Het actief personaliteitsbeginsel in andere Nederlandse wetten dan het Wetboek van Strafrecht

In de eerste plaats moet genoemd worden art. 3 onder 4^o van de *Wet oorlogsstrafrecht*, die de Nederlander strafbaar verklaart die zich buiten Nederland (30) schuldig maakt aan een misdrijf als in art. 1 van die wet bedoeld. Daarin wordt verwezen naar een aantal in het Wetboek van Strafrecht omschreven misdrijven, naar alle misdrijven uit het Wetboek van Militair Strafrecht en naar enige in de Wet oorlogsstrafrecht zelf omschreven misdrijven.

Deze bepaling vormt ten dele een herhaling, ten dele een logische consequentie van art. 5, lid 1 onder 1^o, W.v.S., vooral waar dit naar de eerste twee titels van Boek II verwijst.

In de tweede plaats noemen wij art. 4 van het *Wetboek van Militair Strafrecht*. De Nederlandse militair die zich buiten Nederland bevindt valt onder het Nederlandse strafrecht. In dienstbetrekking geldt dit voor alle strafbare feiten, buiten dienstbetrekking voor militaire misdrijven, ambtsmisdrijven en ambtsovertredingen. Wij vestigen er de aandacht op dat hier het actief personaliteitsbeginsel ook t.a.v. overtredingen geldt.

In de derde plaats verdient de Wet van 2 juli 1964 (Stb. 243), de zgn. *Uitvoeringswet Genocideverdrag*, aandacht. Deze wet is in

(30) De wet zegt, in aansluiting aan de vroegere terminologie van de inleidende titel van het Wetboek van Strafrecht: buiten het Rijk in Europa. Dit is hetzelfde als 'buiten Nederland', zoals genoemde titel tegenwoordig zegt.

feite een aanvulling van het Wetboek van Strafrecht; zij omschrijft een aantal tegen een bepaalde groep gerichte misdrijven, begaan om die groep te vernietigen. Daartoe behoren o.m. het doden van leden van de groep, het voorkomen van geboorten binnen de groep en het gewelddadig overbrengen van kinderen. Voor de in de Uitvoeringswet Genocideverdrag genoemde misdrijven geldt het onbeperkt actief personaliteitsbeginsel (d.w.z.: geen eis van dubbele strafbaarheid). Daarenboven is dat uitgebreid tot het misdrijf van art. 131 W.v.S. (opruiming o.m. tot het begaan van strafbare feiten), voorzover het gaat om misdrijven, omschreven in de hier bedoelde wet.

In de vierde plaats is er een aantal bijzondere wetten waarin bepalingen over personele jurisdictie voorkomen. Daarin vindt men afwijkingen van verschillende aard van de hoofdregel, t.w.:

a. toepassing van het actief personaliteitsbeginsel ook op overtredingen

b. geen dubbele strafbaarheid

c. domicilie als criterium voor de band met Nederland naast of in plaats van nationaliteit.

Een combinatie van deze afwijkingen vindt men in enkele noodwetten. Zo luidt art. 44 van de *Noodwet Geneeskundigen* (Stb. 1971, 396): 'De voorgaande strafbepalingen zijn mede van toepassing op de Nederlander of de inwoner van Nederland, die een strafbaar feit begaat buiten Nederland.' De in die wet strafbaar gestelde feiten zijn ten dele misdrijven, ten dele ook overtredingen.

Art. 58 van de *Noodwet Arbeidsvoorziening* (Stb. 1971, 448) is hieraan gelijkkluidend.

De *Vervoersnoodwet* (Stb. 1962, 571) bevat alleen het domiciliebeginsel. De strafbepalingen van die wet zijn ook van toepassing op de Rijksingezetene in de zin van de Wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap die zich buiten Nederland schuldig maakt aan enig strafbaar feit volgens die wet (art. 23). Een complicatie is dat de Wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap het begrip 'Rijksingezetene' niet kent. Wij veronderstellen dat hiermee ingezetenen van Nederland (art. 13 van laatstgenoemde wet) bedoeld zijn. Op de Nederlander die geen ingezetene van Nederland is en die buiten Nederland een strafbaar feit in de zin van de Vervoersnoodwet begaat is de Nederlandse strafwet der-

halve alleen van toepassing onder de beperkende voorwaarden van art. 5, lid 1, aanhef en sub 2^o, W.v.S. T.a.v. de ingezetene van Nederland, Nederlander of vreemdeling, die zo'n delict buiten Nederland begaat, is de Nederlandse strafwet van toepassing, al is het feit een overtreding en al ontbreekt de dubbele strafbaarheid. De hiervoor opgegeven reden is dat de werking van de Vervoersnoodwet zich wat sommige bepalingen betreft ook buiten Nederland uitstrekt (31).

De wetgever heeft kennelijk gewild (32) dat deze voor buitengewone omstandigheden in het leven geroepen wetten door alle in Nederland gevestigde personen, en wat de Noodwetten arbeidsvoorziening en geneeskundigen betreft: ook door alle Nederlanders, zouden worden nageleefd, onverschillig of zij zich in binnen- of buitenland bevinden (33). De gegeven voorschriften zijn zo specifiek dat aan de eis van dubbele strafbaarheid nooit zou kunnen worden voldaan.

Verschillende wetten op het gebied van het vervoer, t.w. de *Rijttijdenwet 1936* (art. 1a), de *Wet Autovervoer Personen* (art. 2, lid 3) en de *Wet Autovervoer Goederen* (eveneens art. 2, lid 3) zeggen dat zij ook gelden voor buiten Nederland door in Nederland gevestigde ondernemingen verricht vervoer. Men heeft daarin wel een uitbreiding van de normaal geldende jurisdictie gelezen (34). Dat achten wij een betwistbare stelling. De genoemde artikelen breiden wel de materiële werkingssfeer van de wetten uit, maar zij bevatten geen van het commune recht afwijkende jurisdictievoorschriften. Strafrechtelijke handhaving kan o.i. slechts geschieden voorzover het Wetboek van Strafrecht (en evt. de Wet op de

(31) De m.v.t. (kamerst. 1958/'59 - 5425, nr. 3, p. 10 rk) zegt hierover: 'Daar de werking van de Vervoersnoodwet voor wat sommige bepalingen betreft zich ook buiten het grondgebied van Nederland uitstrekt, bepaalt art. 23, dat de strafbepalingen ook van toepassing zijn op buitenslands door ingezetenen gepleegde feiten.

(32) In de kamerstukken bij de Noodwet Geneeskundigen en de Noodwet Arbeidsvoorziening is de uitbreiding van de personele jurisdictie niet toegelicht. Zie ook: J.C. Fasseur-Van Santen, Noodwetgeving, Alphen a/d Rijn (losbl.).

(33) Natuurlijke en rechtspersonen. Deze wetten kenden vóór de totstandkoming van het huidige art. 51 W.v.S. een eigen regeling inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen.

(34) Hazewinkel-Suringa/Rommeling (Lit. 7) p. 468, m.v.a. Eerste Kamer over ontwerp Sanctiewet 1977 (kamerst. 14006, nr. 34, p.11).

Economische Delicten) dat toelaat. Personele jurisdictie blijft gebonden aan art. 5, lid 1 sub 2°, W.v.S., waaraan in feite nog de voorwaarde wordt toegevoegd dat gehandeld moet zijn door een in Nederland gevestigde onderneming. Het hier betoogde betekent overigens niet dat de uitbreiding van de werkingssfeer van deze wetten strafrechtelijk geen enkel effect sorteert. Dit kan blijken uit een voorbeeld, dat betrekking heeft op de Rijttijdenwet. Het is verboden (art. 11 Rijttijdenbesluit) dat de diensttijd van een bemanningslid meer dan 10 uur bedraagt. Gesteld nu dat de diensttijd 12 uur is geweest, waarvan 4 uur in Nederland en 8 uur in Duitsland, dan is de Nederlandse strafwet toepasselijk, maar dat — mede dankzij de uitbreiding van de werkingssfeer — op grond van territorialiteit: het delict is immers gedeeltelijk in Nederland begaan. Volledigheidshalve merken wij nog op dat een verdergaande bedoeling ook uit de parlementaire stukken (zitting 1959-1960, 5830) niet af te leiden is.

In een van de drie genoemde wetten, de Wet Autovervoer Goederen (art. 3, lid 3) heeft de wetgever overigens de mogelijkheid geopend van tuchtrechtelijke handhaving. Deze is m.n. bedoeld voor overtreding van de wet, begaan in het grensoverschrijdend vervoer en in het buitenland. De tuchtrechter is niet aan de jurisdictie-bepalingen van het Wetboek van Strafrecht gebonden. In zoverre is door de W.A.G. de personele jurisdictie uitgebreid tot in het buitenland begane gedragingen, ook overtredingen en zonder dubbele strafbaarheid. Criterium voor de toepassing van het actief personaliteitsbeginsel is vestiging (van een onderneming) in Nederland.

Een andere oplossing is gekozen in een bijzondere vervoerswet, t.w. de *Wet grensoverschrijdend vervoer van aan bederf onderhevige levensmiddelen* (Stb. 1978, 430). Daarin is niet in het algemeen de werkingssfeer van de wet tot vervoer buiten Nederland uitgebreid, maar is een aantal verbodsbepalingen mede van toepassing verklaard op vervoer dat door een in Nederland gevestigde ondernemer geheel of ten dele in het buitenland wordt verricht (art. 13). Wij zouden menen dat op deze wijze de wetgever met de voor uitbreiding van de werking van de strafwet vereiste duidelijkheid heeft aangegeven dat hij een in zoverre van het Wetboek van Strafrecht afwijkende jurisdictieregeling wil. Hier geldt dus het actief personaliteitsbeginsel voor buiten Nederland begane delicten, i.c. steeds overtredingen, en zonder de eis van dubbe-

le strafbaarheid (hoewel daaraan in feite, omdat het gaat om uitvoering van een verdrag, wel zal zijn voldaan). Net als bij de W.A.G. is het criterium: vestiging van de onderneming (natuurlijke of rechtspersoon) in Nederland (35).

Een laatste voorbeeld dat wij willen noemen is de Sanctiewet 1977 (Stb. 1980, 93). Art. 13 daarvan derogeert duidelijk aan de hoofdregel van art. 5, lid 1, onder 2°, W.v.S. door te bepalen dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een bij of krachtens deze wet strafbaar gesteld feit. Delicten in de zin van de Sanctiewet 1977 zijn economische misdrijven, maar niet opzettelijk begane economische delicten zijn altijd overtredingen (art. 2, lid 1, W.E.D.). De personele jurisdictie geldt hier mede voor dergelijke overtredingen. Tevens heeft de wetgever de eis van dubbele strafbaarheid laten vallen.

Over deze bepaling is bij de parlementaire behandeling nogal wat te doen geweest. Wij zullen er in een afzonderlijke paragraaf (4.11.1) op ingaan.

4.6. De rechtspersoon als dader

Zoals reeds even aan de orde kwam kent het Nederlandse recht de algemene strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen (36). Buiten de Angelsaksische rechtssfeer is dat een uitzondering (37). Uit de parlementaire stukken over de totstandkoming van de Wet van 23 juni 1976, Stb. 377, waarbij het huidige art. 51 W.v.S. tot stand is gekomen, kan men niet afleiden of de wetgever zich rekenschap heeft gegeven van de consequenties die de regeling voor de personele jurisdictie zou kunnen hebben. Uit het

(35) Men zou kunnen stellen dat de wetgever in de laatst bedoelde wet duidelijk onder woorden heeft gebracht wat in de andere drie vermoedelijk ook zijn bedoeling is geweest. Uitbreiding van de werking van de strafwet mag men o.i. echter niet op analogische interpretatie doen steunen. Daar komt bij dat de in de W.A.G. opgenomen regeling van tuchtrechtspraak een aanwijzing geeft dat de wetgever wel gezien heeft dat de uitbreiding van de werkingssfeer van de wet niet noodzakelijk uitbreiding van de strafrechtelijke jurisdictie meebrengt.

(36) Zie noot 2 op p. 10.

(37) Zie preadvies L.H.C. Hulsman, N.J.V. 1966, p. 102 e.v.

feit dat niet tegelijkertijd art. 83 (waarin, voor natuurlijke personen, wordt aangegeven wie Nederlander is) is aangevuld, kan men afleiden dat men aan deze consequenties niet gedacht heeft (38). In par. 4.7.2. zullen wij ingaan op de vraag wanneer een rechtspersoon als Nederlands is te beschouwen.

Bij de beoordeling van de vraag of er *dubbele strafbaarheid* is behoort naar onze mening geen rol te spelen of het recht van het land waar het feit is begaan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen kent. Wanneer bijv. een Nederlandse rechtspersoon zich in Frankrijk schuldig maakt aan afpersing, dan is voldoende dat ook het Franse recht (Code Pénal, art. 400) dit delict kent, ook al kan het daar niet door een rechtspersoon worden begaan (39).

Volgens art. 51 kan, indien een strafbaar feit is begaan door een rechtspersoon, de vervolging zowel worden ingesteld tegen die rechtspersoon, als tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Als nu een Nederlandse rechtspersoon in Frankrijk een misdrijf begaat (ook naar Frans recht een strafbaar feit), terwijl de natuurlijke persoon die daarbij de leiding heeft gehad geen Nederlander is (maar Fransman of onderdaan van een derde land), dan kan die natuurlijke persoon in Nederland worden vervolgd. Of dat zinvol is, ook als hij in Nederland terechtkomt, is een andere vraag (uitlevering aan Frankrijk ligt meer voor de hand). Nederland heeft echter jurisdictie, omdat naar Nederlands recht de rechtspersoon dader is, zodat het op de nationaliteit daarvan aankomt.

Men mag dit voorbeeld overigens niet omdraaien. Geeft een Nederlander in Engeland (dat ook strafbaarheid van rechtspersonen kent) leiding aan het begaan van een misdrijf door een Engelse rechtspersoon, dan zou hij toch wel in Nederland kunnen worden vervolgd, mits althans blijkt dat hij ook zelf als dader verdacht is. Door de combinatie van betrekkelijk ruime personele jurisdictie en strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen is in Nederland een speciale situatie ontstaan. Landen met een An-

(38) Ook in de preadviezen die Kist en Hulsman in 1966 voor de N.J.V. hebben uitgebracht en in de daarover gevoerde discussie kreeg dit punt geen aandacht.

(39) Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink (Lit. 14), p. 34/5 (aant. 8 bij art. 5).

gelsaksisch rechtssysteem kennen veelal ook de strafbaarheid van rechtspersonen, maar zij zijn zeer zuinig met de toepassing van het actief personaliteitsbeginsel. In Engeland geldt dit bijv. slechts voor enkele misdrijven als moord en landverraad. Het zal niet gauw voorkomen dat die door een rechtspersoon worden begaan. Men kan zich afvragen of de Nederlandse wetgever, bij de invoering van het huidige art. 51 W.v.S. er niet beter aan had gedaan art. 5 te beperken tot natuurlijke personen. Die vraag dringt zich in het bijzonder op wanneer men de personele jurisdictie ziet als het complement van het verbod tot uitlevering van eigen onderdanen; t.a.v. rechtspersonen speelt uitlevering immers niet. Zoals nog blijken zal is echter de niet-uitlevering van eigen onderdanen naar onze mening bepaald niet de enige rechtvaardiging van het actief personaliteitsbeginsel. Bij de onderhandelingen over het V.N.-verdrag 'onwettige betalingen' is voorts gebleken dat aan personele jurisdictie t.a.v. 'nationale' rechtspersonen grote behoefte kan ontstaan. De aan het begin van deze alinea gestelde vraag zouden wij voorshands dan ook niet bevestigend willen beantwoorden.

Bij door rechtspersonen begane delicten kan het een probleem zijn te bepalen welke rechtspersoon dader is. Dat probleem doet zich in het bijzonder voor bij complexen van verschillende rechtspersonen, zoals concerns, vooral zgn. multinationale concerns. Niet alleen toepassing van personele, maar even goed van territoriale jurisdictie kan hier moeilijkheden opleveren. Bij ondoorzichtige moeder-dochter-verhoudingen kan het lastig zijn vast te stellen welke rechtspersoon aansprakelijk is, maar ook waar het delict begaan is. Zie ook par. 4.11.1. in fine.

4.7. Wie is Nederlander?

4.7.1. Natuurlijke personen

Wij zagen dat, behoudens enkele uitzonderingen, naar Nederlands recht nationaliteit het aanknopingspunt is voor de toepassing van personele jurisdictie.

Voor natuurlijke personen verwijst art. 83, lid 1, W.v.S. naar de Wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap (40). Het

(40) Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmeling (Lit. 14), p. 627 (aant. 1 bij art. 83).

tweede lid van hetzelfde artikel voegt daar nog aan toe dat met Nederlander gelijk staat ieder ander wiens uitlevering bij de wet is verboden. Dit laatste moet men o.i. zo opvatten dat de uitlevering is verboden omdat de betrokkene aanspraak maakt op gelijke behandeling als een Nederlander; het gaat dus niet om met het concrete geval samenhangende uitleveringsbeletselen (41). R Emmelink (42) wijst op een door Nederland gemaakt voorbehoud bij de ratificatie van het Europees uitleveringsverdrag. In dit voorbehoud worden met 'onderdanen' gelijkgesteld: 'étrangers qui se sont intégrés dans la communauté néerlandaise, pour autant qu'ils puissent être poursuivis aux Pays-Bas pour le fait pour lequel l'extradition est demandée'. Geheel duidelijk is dat niet. Redelijkerwijs kan niet bedoeld zijn dat t.a.v. dergelijke personen in Nederland personele jurisdictie bestaat, want dat zou ons in een vicieuze cirkel doen belanden (met Nederlanders gelijkgesteld, dus personele jurisdictie, wanneer uitlevering niet mogelijk is en uitlevering is niet mogelijk wanneer personele jurisdictie bestaat). Het voorbehoud zal dus wel slaan op het geval waarin vervolging in Nederland mogelijk is omdat territoriale of volledige juridictie bestaat.

Onder met Nederlanders gelijkgestelde personen in de zin van art. 83, lid 2, vallen o.i. in elk geval Molukkers op wie de Wet betreffende de positie van Molukkers (Stb. 1976, 468) van toepassing is. Zij worden immers 'behandeld als Nederlander' (43). Of het formele begrip Nederlander van de Wet op het Nederlandschap voor de toepassing van personele rechtsmacht (en ook op ander gebied) (44) tot erg bevredigende resultaten leidt is hoogst twijfelachtig. Leden van emigrantenfamilies die, bijv. om sentimentele redenen, hun Nederlandschap ook na decennia verblijf in den vreemde niet hebben opgegeven kan men stellen tegenover al lange tijd in Nederland gevestigde vreemdelingen en de kinderen daarvan.

Het hanteren van een 'feitelijk Nederlandschap' heeft daarom

(41) Anders: Noyon-Langemeijer-Remmelink (Lit. 14), p. 59 (aant. 4 bij art. 101).

(42) Bijlage 'uitlevering' bij Noyon-Langemeijer-Remmelink, p. 42.

(43) In dezelfde zin: A.C. van Dorst, Nederlandschap en strafrecht, *N.J.B.* 1977, p. 862. Zie voorts de conclusie van a.-g. Remmelink bij H.R. 25 mei 1978, *N.J.* '78, 358 op p. 1245.

(44) Vgl. H.U. Jessurun d'Oliveira, Nederlanders, wie zijn dat?, *N.J.B.* 1977, p. 589 e.v.

aantrekkelijke kanten (45), maar de wet biedt er weinig ruimte voor. De Hoge Raad heeft wel eens 'daargelaten of iemand die formeel de Nederlandse nationaliteit niet bezit, op grond van bepaalde omstandigheden (voor de toepassing van het Benelux-Uitleveringsverdrag) met een Nederlander dient te worden gelijkgesteld' (46).

De vraag naar het feitelijk Nederlandschap kwam op naar aanleiding van een geruchtmakende zaak i.v.m. de vervolging van iemand die van oorlogsmisdaden werd verdacht (47).

Het tweede lid van art. 5 W.v.S. zegt dat vervolging, gebaseerd op personele jurisdictie, ook kan plaats hebben indien de verdachte eerst na het begaan van het feit Nederlander wordt. De plaatsing in de tekst suggereert dat deze uitbreiding op beide onderdelen van lid 1 betrekking heeft. De Hoge Raad heeft echter uitgemaakt dat dit een vergissing is en dat het tweede lid alleen op het tweede onderdeel van lid 1 slaat (48). Zou het anders zijn dan zou iemand, door het verwerven van het Nederlandschap, strafbaar zijn wegens een gedraging, waarvoor hij — gezien het ter plaatse geldende recht — niet strafbaar was ten tijde van het verrichten daarvan. Naar onze mening geldt dit ook voor de in par. 4.5.3. genoemde gevallen van personele jurisdictie zonder dubbele strafbaarheid krachtens wetsbepalingen buiten het Wetboek van Strafrecht.

Verlies van Nederlandschap na het begaan van een strafbaar feit doet aan de Nederlandse personele jurisdictie niets af (49).

In de aanhef van het eerste lid van art. 5 W.v.S. bestaat een zekere discrepantie tussen de begrippen 'Nederlander' en 'Nederland'. Met het laatste is Nederland zelf ('Het rijk in Europa') bedoeld. Nederlanders zijn ook de leden van de bevolking van de Nederlandse Antillen. In de praktijk lijkt het wenselijk en voordehand-

(45) Van Dorst, t.a.p. p. 860 e.v. Zie ook de conclusie van a.-g. R Emmelink (zie noot 43 op p. 104) op p. 1251.

(46) H.R. 18 jan. 1977, *N.J.* 1977, 228 m.n. Th.W. van Veen, idem H.R. 27 nov. 1979, nr. 70.942 U.

(47) Rb. Roermond 14 dec. 1976, *N.J.* 1977, 299 m.n. Th.W. van Veen. Zie hierover ook de in noot 43 op p. 104 genoemde beschouwing van Van Dorst.

(48) H.R. 21 juni 1950, *N.J.* 1950, 646.

(49) Zie over het in vreemde dienst treden: Noyon-Langemeijer-Remmelink (Lit. 14) p. 59 (aant. 4 bij art. 101).

liggend voor door Antillianen begane misdrijven voorrang te geven aan de rechtsmacht van de Nederlandse Antillen. Dat geldt zowel voor binnen het grondgebied van de Nederlandse Antillen begane delicten, als voor delicten die daarbuiten door ingezetenen van de Antillen zijn begaan (zoals wij zagen geldt in de Nederlandse Antillen ingezetenschap als criterium voor personele jurisdictie). Anders ligt het met een misdrijf dat een 'Antilliaan', die zich buiten de Antillen (bijv. in de Verenigde Staten) heeft gevestigd aldaar (of in een derde land) begaat. Hij is Nederlander en geen ingezetene van de Antillen. Voorzover behoefte bestaat aan toepassing van het actief personaliteitsbeginsel kan dat slechts in Nederland gebeuren. Wij gaven hiervoor reeds te kennen dat het hanteren van een 'feitelijk Nederlanderschap' wel aantrekkelijke kanten heeft, maar dat de wet er weinig ruimte voor biedt. Daarmee blijft dan de vraag open of het aanbevelenswaardig zou zijn door wetwijziging te komen tot een feitelijk begrip Nederlander voor natuurlijke personen. Wij geven er de voorkeur aan op die vraag terug te komen na bespreking van de gronden die ter rechtvaardiging van het actief personaliteitsbeginsel kunnen worden aangevoerd.

4.7.2. *Rechtspersonen*

Wij zagen reeds dat het Wetboek van Strafrecht niet definieert wat onder een Nederlandse rechtspersoon is te verstaan. Men zou zich kunnen afvragen of een rechtspersoon een nationaliteit heeft. Zo niet, dan kan een rechtspersoon nooit 'Nederlander' zijn en dan zou dus art. 5 W.v.S. ook niet op door rechtspersonen begane delicten toepasbaar kunnen zijn.

Algemeen wordt echter aangenomen dat rechtspersonen wel een nationaliteit (kunnen) hebben. Brownlie (50):

'The attribution of legal persons (personnes morales) to a particular state for the purpose of applying a rule of domestic or international law is commonly based upon the concept of nationality. The borrowing of a concept developed in relation to individuals is awkward in some respects but is now well established.'

(50) Lit. 3, p. 421/2.

Van der Grinten (51) noemt de rechtspersoon een rechtsbetrekking tot een bepaalde rechtsorde; is dat de Nederlandse rechtsorde, dan heeft de rechtspersoon de Nederlandse nationaliteit. In het algemeen is overigens de civielrechtelijke rechtspositie van vreemde rechtspersonen dezelfde als die van Nederlandse. Dat ligt in het strafrecht echter anders.

Er bestaan, in grote lijnen, twee stelsels om de nationaliteit van een rechtspersoon te bepalen: het systeem dat de werkelijke zetel van de rechtspersoon als criterium voor de nationaliteit kiest (siège réel-stelsel) en het systeem dat bepalend acht naar het recht van welke staat de rechtspersoon is opgericht (incorporatie-stelsel). Beide stelsels zijn internationaal erkend; dat geldt stellig na het Barcelona Traction-arrest van het Internationaal Gerechtshof (52). In Nederland geldt, privaatrechtelijk, het incorporatiestelsel. Van Schilfgaarde (53):

'Een naar Nederlands recht opgerichte rechtspersoon heeft de Nederlandse nationaliteit. (. . .) Voor de erkenning dat een rechtspersoon de Nederlandse nationaliteit heeft is ook niet vereist dat de hoofdadministratie of het centrum van werkzaamheden zich in Nederland bevindt. Mogelijk is zelfs dat in Nederland in het geheel geen werkzaamheden worden uitgeoefend, mits de rechtspersoon onbetwist naar Nederlands recht opgericht (is)'.

Dat in Nederland als algemene regel het incorporatiestelsel geldt blijkt uit de wet van 25 juli 1959, Stb. 256 (54). Het incorporatiestelsel heeft een formeel karakter. De vraag of voor het strafrecht niet eerder behoefte bestaat aan een feitelijk begrip Nederlander doet zich ook bij rechtspersonen voor. Wij komen hierop terug.

(51) Asser-Van der Grinten, *De rechtspersoon* 5e dr., 1980, p. 46.

(52) I.C.J. Reports (1970) p. 42: 'The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office. These two criteria have been confirmed by long practice and by numerous international instruments.'

(53) P. van Schilfgaarde (Lit. 22), p. 17/8.

(54) Deze wet tot uitvoering van het Verdrag van Den Haag van 1 juni 1956 over de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen bepaalt: 'Nederland is niet een land, welks wet de werkelijke zetel in aanmerking neemt (. . .)' (art. 1). Het is niet onmogelijk dat nog een andere factor dan het genoemde verdrag een rol heeft

4.8. Poging en deelneming

In alle gevallen waarin door Nederlanders buiten Nederland begane voltooid misdrijven onder de Nederlandse strafwet vallen, doen pogingen tot misdrijf dat ook. Het is daarbij onverschillig of het misdrijf binnen of buiten Nederland voltooid had moeten worden. Een poging tot misdrijf is naar ons recht immers ook een misdrijf, zoals art. 78 W.v.S. onder woorden brengt. De eis van dubbele strafbaarheid heeft ook betrekking op de poging. Maakt een Nederlander zich in een ander land schuldig aan bijv. poging tot brandstichting, terwijl de wet van dat land wel brandstichting, maar niet de poging daartoe strafbaar stelt, dan kan hij in Nederland niet worden gestraft.

Voor deelneming ligt het in beginsel net zo. De Nederlander die in het buitenland deelneemt aan een misdrijf, valt onder de werking van art. 5, lid 1 sub 2°, W.v.S. Daarbij is onverschillig of het misdrijf in Nederland of daarbuiten gepleegd wordt en ook, in het laatste geval, of dit door een Nederlander of door iemand anders geschiedt. Deelneming aan een misdrijf is zelf een misdrijf (art. 47 en — voor medeplichtigheid — wederom 78 W.v.S.).

Wil aan de eis van dubbele strafbaarheid zijn voldaan, dan moet de betrokken deelnemingsvorm in verbinding met het betrokken feit in het land van de locus delicti strafbaar zijn. Het lijkt niet nodig dat dit onder dezelfde denominator als in Nederland valt. Levert een gedraging naar Nederlands recht doen plegen op en beschouwt men deze naar het recht van de locus delicti als plegen of uitlokken van een, aldaar strafbaar, feit, dan is er dubbele strafbaarheid. Is er naar Nederlands recht sprake van uitlokking van een misdrijf door het geven van inlichtingen en beschouwt het recht ter plaatse het geven van inlichtingen niet als instrument van uitlokking, dan is er géén dubbele strafbaarheid.

Op het eerste gezicht lijkt het wellicht wat ver te gaan wanneer de

→
gespeeld bij de totstandkoming van deze wetsbepaling, nl. de in die periode verslechterende verhouding tussen Nederland en Indonesië.

Art. 311 W.v.K. bevat een afzonderlijke regel voor de bepaling van de (Nederlandse) nationaliteit van rechtspersonen aan wie schepen toebehoren, om vast te stellen of een schip Nederlands is. Aan dat voorschrift kan geen algemenere strekking worden toegekend, zeker na de totstandkoming van Boek 2 B.W., waarin het geen plaats gekregen heeft.

Nederlander die in een ander land medeplichtig is aan een daar door een niet-Nederlander gepleegd misdrijf onder de werking van de Nederlandse strafwet valt. De hierna nog te noemen gronden ter rechtvaardiging van het actief personaliteitsbeginsel gelden echter in een dergelijk geval evenzeer als bij plegen. Wij wijzen er hier slechts op dat zo'n Nederlandse medeplichtige, als hij een toevlucht in Nederland heeft gevonden, niet kan worden uitgeleverd.

Bij delicten waarvoor Nederland zonder beperkingen het actief personaliteitsbeginsel toepast, geldt dit beginsel ook zonder beperkingen voor poging en deelneming. De Nederlander die zich in een ander land schuldig maakt aan poging tot bigamie, terwijl in dat land wel bigamie, maar niet de poging daartoe strafbaar is, valt onder de werking van de Nederlandse strafwet. Wie zich graag overgeeft aan perfectionistische casuïstiek zal dan vragen hoe het zit met een Nederlander die, in een land waar bigamie is toegestaan, een onderdaan van dat land behulpzaam is bij het aangaan van een huwelijk met een tweede partner. Op deze veronderstelde vraag (met laag realiteitsgehalte) zouden wij willen antwoorden dat zo'n Nederlander niet geacht kan worden medeplichtig aan een misdrijf te zijn. De Nederlandse wet wil bigamie in Nederland en door Nederlanders teengaan, maar niet onze normen exporteren naar landen waar polygamie of polyandrie tot het aanvaarde cultuurpatroon behoort. Volledigheidshalve merken wij tenslotte nog op dat in de zeldzame gevallen waarin het Nederlandse recht personele jurisdictie voor overtredingen kent, dit ook geldt voor strafbare deelnemingsvormen daaraan.

4.9. Ontwerp-Beneluxovereenkomst

Sedert jaren werkt een groepje deskundigen in opdracht van de ministers van Justitie van de drie Benelux-landen aan een ontwerp-Benelux-overeenkomst omtrent de werking van de strafwet naar plaats en tijd (55). Het is de bedoeling daarover uniforme regels in de wetgeving van de drie landen op te nemen. Het is thans niet te zeggen of deze plannen ooit werkelijkheid zullen worden.

(55) De tekst (althans een voorlopige tekst) is afgedrukt in *D.D.* 1976, p. 510 e.v. Een commentaar (op het aspect werking van de strafwet naar plaats) van Th.W. van Veen vindt men in *D.D.* 1977, p. 367 e.v.

Toch vormt het ontwerp van de uniforme regels belangwekkend illustratiemateriaal. Het ontworpen artikel over het actief personaliteitsbeginsel luidt:

‘Artikel 7

1. De Belgisch/Luxemburgse/Nederlandse strafwet is van toepassing op feiten begaan op andere plaatsen dan de in artikel 3 bedoelde plaatsen (het grondgebied van elk van de drie Benelux-landen) door een Belg/Luxemburger/Nederlander of door een vreemdeling die gewoonlijk in België/Luxemburg/Nederland verblijft, indien die of overeenkomstige feiten strafbaar zijn volgens de wet die van kracht is op de plaats waar zij zijn begaan of indien die plaats aan de rechtsmacht van geen enkele Staat is onderworpen.

2. De Belgische/Luxemburgse/Nederlandse strafwet is van toepassing op alle deelnemers aan de in het voorgaande lid bedoelde feiten, indien de daden van deelneming strafbaar zijn gesteld door de wet van het land waar zij zijn gepleegd of indien die daden worden gepleegd op een plaats die aan de rechtsmacht van geen enkele Staat is onderworpen.’

Er volgen dan nog bepalingen over personen in openbare dienst van elk van de drie landen en over latere verkrijging van de nationaliteit van een van de drie landen (niet over de latere verkrijging van domicilie!).

Deze tekst heeft de volgende verschilpunten met de thans in Nederland bestaande hoofdregel:

- a. geen beperking tot misdrijven;
- b. iets ruimere omschrijving van de dubbele strafbaarheid door toevoeging van de term ‘of overeenkomstige feiten’ (56);
- c. geen dubbele strafbaarheid verlangd voor feiten begaan op plaatsen waar geen staatsgezag geldt;
- d. toevoeging van het domiciliecriterium aan het nationaliteitscriterium (57);
- e. uitdrukkelijke vermelding van deelneming, zonder dat dit ma-

(56) Dat betekent dat een delictsbestanddeel als ‘op een weg’ niet meer aan toepassing van het actief personaliteitsbeginsel in de weg zou behoeven te staan. Zie ook v.d. Meijs-Orie (Lit. 13) p. 65.

(57) De formulering van de bepaling is in zoverre ongelukkig, dat onder ‘un étranger résidant aux Pays-Bas’ moeilijk een naar buitenlands recht opgerichte, maar in Nederland gevestigde, rechtspersoon kan worden verstaan.

terieel verschil uitmaakt met de huidige situatie in Nederland, wanneer die deelnemers zelf Nederlanders zijn. Voorzover de deelnemers echter vreemdelingen zijn ontstaat volledige rechtsmacht (toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet op buiten Nederland door vreemdelingen begane delicten), een onderwerp dat in het volgende hoofdstuk aan de orde is.

De uitbreiding tot overtredingen wordt gemotiveerd door te wijzen op de eisen van de praktijk, alsmede op het feit dat ook het Europees Verdrag inzake overdracht van strafvervolgning (58) overtredingen niet uitsluit.

4.10. Rechtvaardiging van het actief personaliteitsbeginsel

4.10.1. Verband met uitlevering

Nederland behoort tot de staten die hun eigen onderdanen niet uitleveren (59). Die omstandigheid wordt wel genoemd (60) als rechtvaardiging van het actief personaliteitsbeginsel (i.c. nationaliteitsbeginsel). Begaat een Nederlander in het buitenland een misdrijf en komt hij in Nederland terecht zonder dat hij voor het misdrijf in het andere land is veroordeeld (of zonder dat hij een evt. opgelegde straf heeft ondergaan), dan kan hij niet aan dat andere land worden uitgeleverd. Zou Nederland zelf de rechtsmacht missen om in zo'n geval op te treden, dan zou zo'n verdachte (of veroordeelde) verder vrijuit gaan. Wil men dat voorkomen, dan betekent die omstandigheid, dat een land dat zijn eigen onderdanen niet uitlevert inderdaad niet zonder personele jurisdictie kan.

Het niet kunnen uitleveren van eigen onderdanen kan echter niet de enige rechtvaardiging voor het actief personaliteitsbeginsel zijn, en wel om de volgende redenen:

a) er zijn verschillende gevallen waarin ook vreemdelingen niet kunnen worden uitgeleverd, bijv. wanneer met het betrokken land

(58) Verdrag van Straatsburg van 15 mei 1972 (Trb. 1973, 84). De goedkeuring voor het Koninkrijk is voorgesteld bij een op 14 december 1979 ingediend wetsontwerp (kamerst. 15971 - R 1132).

(59) Uitleveringswet, art. 4.

(60) Bijv. Hazewinkel-Suringa/Rommeling (Lit. 7) p. 461, Donnedieu de Vabres (Lit. 4) p. 56 e.v.

geen uitleveringsverdrag bestaat (61) of wanneer het delict geen 'uitleveringsdelict' volgens het toepasselijke recht is. Een vreemdeling die onder dergelijke omstandigheden een toevlucht in Nederland zoekt ontkomt aan bestraffing, een Nederlander niet;

b) niet-uitlevering van onderdanen is pas aan de orde wanneer die onderdanen in Nederland verblijven; naar Nederlands recht is dat echter geen voorwaarde voor uitoefening van personele jurisdictie;

c) wanneer de autoriteiten van het land waar een Nederlander een misdrijf heeft begaan vervolging niet nodig achten, maar in tegen-deel seponeren (62) kan die persoon, na terugkeer in Nederland, toch worden vervolgd;

d) verschillende andere staten kennen wèl de mogelijkheid van uitlevering van eigen onderdanen. Dat blijkt aan toepassing van het actief personaliteitsbeginsel niet in de weg te hoeven staan. Voorbeelden zijn Engeland (dat voor enkele delicten, waaronder moord en landverraad, het personaliteitsbeginsel heeft) en Italië waar het personaliteitsbeginsel in betrekkelijk ruime omvang bestaat. Voor het in Nederland geldende recht is hier nog een wetshistorisch argument aan toe te voegen. Het in het oorspronkelijke ontwerp van het Wetboek van Strafrecht voorkomende verband tussen de regel van art. 5, lid 1, aanhef en sub 2^o, en (niet-)uitlevering, is later verbroken (63).

4.10.2. Andere argumenten

In de literatuur (64) vindt men, afgezien van het verband met uitlevering, de volgende argumenten ter rechtvaardiging van het actief personaliteitsbeginsel.

a) De souvereiniteit van de staat ten opzichte van zijn onderdanen en, daarmee samenhangend, het belang van de staat bij goed gedrag (ook buitenslands) van die onderdanen. In dat verband wordt veelvuldig het door Bartolus (65) geformuleerde adagium

(61) Uitlevering geschiedt niet dan krachtens een verdrag (Uitleveringswet, art. 2).

(62) Bijv. in Frankrijk wegens een 'crime passionnel' die aldaar volgens de overlevering niet tot veroordeling leidt.

(63) Vgl. Pompe (Lit. 19), p. 514/5.

(64) Enschede (Lit. 2).; Hazewinkel-Suringa/Remmeling (Lit. 7), p. 459, Pompe, (Lit. 19), p. 477/8; Van Panhuys (Lit. 18), p. 128, Lombois (Lit. 10), p. 309/10, Oehler (Lit. 16), p. 449 e.v., Brownlie (lit. 3), p. 303.

(65) Bartolo de Sassoferrato, een der 'postglossatoren', 1314-1354.

'Rei publicae interest habere bonos subditos' aangehaald.

b) De trouw die burgers jegens de staat waartoe zij behoren verschuldigd zijn (a.h.w. het spiegelbeeld van a).

c) De solidariteit tussen staten onderling.

d) Resocialisering heeft de beste kansen in het land waar de veroordeelde thuishoort.

e) De sterk toegenomen geografische mobiliteit.

Hoewel wij dat in de geraadpleegde literatuur niet tegenkwamen kan men hier — in aansluiting bij d) — nog aan toevoegen:

f. betere verdedigingsmogelijkheden van een verdachte in het land waarvan hij taal en gewoontes kent.

Niet al deze argumenten zijn even sterk. Zo is e) niet meer dan een verklaring van het feit dat men op andere gronden veelvuldig een beroep zal doen. Terwille van de overwegingen d) en f) heeft men het actief personaliteitsbeginsel niet strikt nodig. Men kan de nagestreefde doeleinden ook bereiken door overdracht van strafvervolgning (waarvoor personele jurisdictie, als er een verdrag is, niet nodig is: de originaire territoriale competentie wordt overgenomen). Het sub d) gestelde geldt uiteraard alleen wanneer een vrijheidsstraf wordt opgelegd, terwijl het voorts in wezen geen betrekking heeft op vervolging en berechting, doch op tenuitvoerlegging. Overdracht van executie is dus voldoende.

Argument b) klinkt wellicht wat ouderwets, maar het heeft toch nog wel betekenis. Aan zijn nationaliteit ontleent een burger bepaalde rechten: hij heeft te allen tijde toegang tot het grondgebied van zijn land, hij heeft recht op diplomatieke bescherming in het buitenland en hij kan in het algemeen aanspraak maken op de verstrekking van reisdocumenten (66). Voor de rechtspersoon ligt dat iets anders, maar ook die heeft bepaalde aanspraken, bijv. op diplomatieke bescherming (67). Het lijkt niet onredelijk van de burger te verwachten dat hij daar iets tegenoverstelt. Dat kan dan m.n. zijn het respecteren van bepaalde essentiële door zijn eigen staat vastgestelde regels. Op deze wijze kan men de personele jurisdictie t.a.v. een aantal delicten uit de titels 1 en 2 Boek II W.v.S. verklaren. Voor de ernstigste delicten uit die titels bestaat volledige jurisdictie. Het gaat hier om bescherming van belangen van de staat die zo zwaar wegen dat schending daarvan, zelfs door

(66) Van Panhuys (Lit. 18), p. 219 e.v.

(67) Zie noot 52 op p. 107.

buitenlanders in het buitenland, onder de werking van de Nederlandse strafwet gebracht is. Voor de overige delicten uit die groep achtte de wetgever de belangen kennelijk niet zo zwaar te wegen dat hij terugviel op het beschermingsbeginsel, maar hij verplichtte wel aan de eigen onderdanen zich, waar ter wereld ook, aan die regels te houden.

Men zou langs deze weg ook de uitgebreide personele jurisdictie in de Noodwetten Arbeidsvoorziening en -Geneeskundigen kunnen verklaren. Die wetten zijn bedoeld voor momenten die voor de volksgemeenschap kritiek kunnen zijn. De staat kan op zulke momenten van zijn burgers verlangen dat zij zich aan de regels houden, ook als zij zich buitenslands bevinden, en burgers die dit niet doen ter verantwoording roepen. Het gaat er dan ook niet om dat de vergrijpen ernstig zijn. Zij kunnen op zichzelf licht zijn (overtredingen), maar het belang van de staat eist dat de regeling volledig wordt nageleefd. Dit behoeft geenszins alleen voor onderdanen te gelden. Ook zij die een min of meer permanent domicilie in Nederland hebben, genieten bepaalde vormen van bescherming en men kan van hen verlangen dat zij daar iets tegenover stellen.

Het is duidelijk dat bij personele jurisdictie, gebaseerd op argument *b*) dubbele strafbaarheid niet geëist hoeft te worden. Het gaat om de band tussen de staat en zijn burgers (hetzij onderdanen, hetzij ingezetenen).

Dat laatste geldt niet zonder meer voor argument *c*). Men zou kunnen zeggen dat de solidariteit tussen staten onderling meebrengt dat men gezamenlijk probeert criminaliteit te bestrijden. In zoverre dekt argument *c*) ook de personele jurisdictie op grond van het feit dat onderdanen niet worden uitgeleverd. Zo bezien is dubbele strafbaarheid een logische eis: de solidariteit tussen Nederland en staat X kan moeilijk meebrengen dat Nederland zijn onderdanen vervolgt wegens gedragingen die in Nederland wel, maar in X niet strafbaar zijn. Men moet echter bedenken dat er meer solidariteit tussen staten verwacht mag worden, naarmate de kring kleiner is. De solidariteit tussen de westelijke landen heeft meer te betekenen dan die tussen alle landen, de solidariteit tussen de leden van de Europese Gemeenschap is nog weer intensiever (68). De solidariteit binnen de leden van de groep kan dan

(68) Wij zijn ons er van bewust dat deze stelling een enigszins normatief karakter heeft en dat de realiteit daaraan niet steeds voldoet.

meebrengen dat men gezamenlijk zijn burgers van bepaalde gedragingen weerhoudt, óók als die op het grondgebied van een derde land, waar ze wellicht niet strafbaar zijn, worden begaan. Dit aspect speelt in beide bijzondere voorbeelden, die in par. 4.11. behandeld zullen worden, een rol.

Argument *a*) tenslotte vormt een rechtvaardiging voor het actief personaliteitsbeginsel als zodanig. Het kan de gronden *b*) en *c*) overlappen, maar dat hoeft niet steeds het geval te zijn. Nederland heeft er belang bij dat zijn onderdanen zich in het buitenland behoorlijk gedragen. Wanneer een Nederlander zich in het buitenland aan zakkenrollerij overgeeft is dat niet goed voor de reputatie van Nederland. Men kan echter niet volhouden dat de trouw die de Nederlander zijn staat verschuldigd is meebrengt dat hij, waar ook, niet zakkenrolt.

De betekenis van Bartolus' adagium is niet tot misdrijven beperkt. Het is evenzeer slecht voor de reputatie van Nederland als Nederlanders in het buitenland de verkeersregels overtreden. Voor zakkenrollerij kan men zonder meer te hard rijden in de plaats stellen. Als men over verkeersovertredingen (vooral begaan door automobilisten) spreekt, ziet men ook het belang dat een domicilie-kriterium kan hebben: een Nederlandse automobilist is in de ogen van een toeschouwer de bestuurder van een auto met Nederlands kenteken (zie echter par. 4.12. sub *f*).

Concluderend zouden wij menen dat de genoemde argumenten tezamen een ruimschoots voldoende rechtvaardiging voor persoonlijke jurisdictie opleveren. Daarbij spelen ook *d*) en *f*) een rol omdat de noodzakelijke verdragen tot overdracht van strafvervolgning en erkenning van buitenlandse strafvonnissen veelal ontbreken. De enige mogelijkheid om dan te bereiken dat een verdachte daar wordt berecht waar hij thuishoort, is te zorgen dat daar jurisdictie bestaat.

Het actief personaliteitsbeginsel is in een minder goede reuk komen te staan door het belang dat autoritaire regimes, zoals dat in Nazi-Duitsland, eraan hebben gehecht (69). De bezwaren die daartegen kunnen worden aangevoerd (70) berusten echter niet op het personaliteitsbeginsel alléén. Andere elementen, samenhan-

(69) Mann (Lit. 11) p. 89.

(70) Oehler (Lit. 16) p. 436/7.

gend met het materiële strafrecht, de inrichting van de rechtspleging en het politieke systeem als zodanig, spelen een belangrijke rol. Het actief personaliteitsbeginsel is echter niet verkeerd omdat de Nazi's het goed vonden.

Overigens willen wij geenszins pleiten voor het actief personaliteitsbeginsel als primaire bron van jurisdictie. Er is geen reden van het territorialiteitsbeginsel af te stappen. Dit zou in tegendeel ondoelmatig en irreëel zijn. Als aanvulling op het territorialiteitsbeginsel heeft het actief personaliteitsbeginsel stellig nut, zoals uit de in deze paragraaf behandelde argumenten kan blijken.

4.11. Twee bijzondere voorbeelden

4.11.1. De Sanctiewet 1977

Wij merkten al op dat de in 1980 tot stand gekomen Sanctiewet 1977 in art. 13 een uitbreiding van de hoofdregel van personele jurisdictie bevat. Nederlanders zijn in Nederland strafbaar wegens overtredingen van krachtens die wet vastgestelde voorschriften (71) die zij buiten Nederland hebben begaan, ook als het overtredingen zijn en ook zonder dat het feit ter plaatse strafbaar is.

Volledigheidshalve vermelden wij dat de Sanctiewet 'ter voldoening aan besluiten of aanbevelingen van organen van volkenrechtelijke organisaties, dan wel aan internationale afspraken, met betrekking tot de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid of de bevordering van de internationale rechtsorde' toestaat bij a.m.v.b. bepaalde voorschriften te geven. Deze formulering is geïnspireerd door de In- en uitvoerwet (art. 2), maar zij is ruimer; de toepassingsmogelijkheid op grond van aanbevelingen en afspraken heeft bij de parlementaire behandeling wel verzet opgeroepen. De a.m.v.b.'s kunnen regels inhouden over het goederen-, diensten- en betalingsverkeer, alsmede over de verkeersverbindingen met aan te wijzen 'staten of gebieden'. Voorts kunnen voorschriften worden gegeven over de toelating en het verblijf in Nederland van burgers van dergelijke staten of gebieden.

De bedoeling is politieke sancties tegen bepaalde landen mogelijk

(71) Het is altijd 'krachtens', want de wet is een raamwet.

te maken, evenals de bedoeling was van de vorige, uit 1935 daterende en bij invoering van de Sanctiewet 1977 buiten werking gestelde Sanctiewet; de invoering van de oude Sanctiewet hing samen met het Italiaanse optreden in Abessynië. Dat de Sanctiewet 1977 spreekt over 'staten of gebieden', is omdat men ook wil kunnen optreden wanneer het gaat om een niet-erkende staat, zoals het geval was met de sancties tegen Rhodesië.

Artikel 13 is tijdens de behandeling in de Tweede Kamer bij nota van wijzigingen ingelast (72). Het is als volgt toegelicht:

'Bij nadere overweging is gebleken dat in de praktijk behoefte kan bestaan aan een zekere uitbreiding van de omvang van de werking van de strafwet naar plaats, voor wat betreft gedragingen in strijd met de voorgestelde wet. Het kan namelijk voorkomen bij feiten van de soort die hier aan de orde zijn, dat niet gemakkelijk is na te gaan waar zij zijn gepleegd. Het is trouwens ook niet onwaarschijnlijk dat handelingen buiten Nederland worden verricht, juist om aan de werking van de Nederlandse wet te ontkomen.

Het nieuw in te voegen artikel (thans: 13) wil daarom een zekere uitbreiding geven aan het zogenaamde personaliteitsbeginsel. Men vindt dit beginsel geregeld in artikel 5 van het Wetboek van Strafrecht. Aan deze algemene regeling zijn echter, voor zover hier van belang, enkele beperkingen verbonden die bij de toepassing van de Sanctiewet zeer hinderlijk zouden kunnen blijken te zijn. In de eerste plaats eist artikel 5, eerste lid onder 2^o, van het Wetboek van Strafrecht dat de betrokken delicten misdrijven zijn. Gedragingen in strijd met de Sanctiewet zullen weliswaar economische delicten (bedoeld is: economische misdrijven) zijn, maar zoals steeds bij deze delicten, is alleen sprake van een misdrijf in het geval van opzet, en levert het feit bij gebreke daarvan een overtreding op. De voorgestelde wijziging maakt het onnodig om, ten einde het personaliteitsbeginsel te kunnen toepassen, de aanwezigheid van opzet aan te tonen.

Voorts bevat artikel 5 van het Wetboek van Strafrecht het vereiste van dubbele strafbaarheid, dat wil zeggen dat het betrokken feit niet alleen een misdrijf moet zijn naar Ne-

(72) Tweede nota van wijzigingen (29 aug. 1977), kamerst. 14006, nr. 9.

derlands recht, maar ook strafbaar volgens de wet van het land waar het is begaan. In het algemeen is dat een zinvol vereiste, omdat het niet juist zou zijn Nederlanders te vervolgen wegens handelingen die zij in het buitenland hebben verricht en die ter plaatse waar zij zijn verricht toegelaten zijn. In het geval van sanctiemaatregelen ligt dat anders. Vaak immers zal het gaan om handelingen verricht in het land waartegen de sancties zich richten en die in dat land niet strafbaar zijn. Daarom lijkt het bij nadere overweging gewenst het vereiste van dubbele strafbaarheid in dit geval niet te doen gelden.'

Met name bij de behandeling van het wetsontwerp in de Eerste Kamer — die jaren heeft geduurd — is tegen de uitbreiding van de personele jurisdictie nogal wat verzet gerezen. Van VVD-zijde werd gevraagd of art. 13 niet in strijd is met de algemene beginselen van ons strafrecht (73). De CDA-fractie ging verder en uitte 'zeer ernstige bedenkingen tegen deze in ons strafrechtelijk stelsel niet passende regeling'. Die bedenkingen richtten zich vooral op de uitbreiding tot overtredingen. De Regering zou hiervoor slechts praktische argumenten hebben gehanteerd, vrijwel zonder in te gaan op 'het principieel juridische vraagstuk of hier "zo maar even" dit uiterste beginsel mag worden ingevoerd'. De CDA-fractie vreesde ook de precedent-werking van 'dit soort gelegenheidswetgeving'. De VVD-fractie wekte de indruk eigenlijk helemaal niet van het personaliteitsbeginsel te willen weten. Zij meende 'dat ons strafrecht in hoofdzaak nationaal is ingesteld, nl. op de eigen rechtsorde (zie artikel 2 Wetboek van Strafrecht). Andere staten zijn niet gesteld op het ingrijpen van de Nederlandse staat en huldigen evenzeer het principe van het territorialiteitsbeginsel.'

De regering legde in de memorie van antwoord (74) uit dat het Wetboek van Strafrecht zelf een aantal andere jurisdictiebeginselen dan het territorialiteitsbeginsel bevat (waarbij in art. 4 veel verder wordt gegaan dan het ontwerp-Sanctiewet voorstelde) en dat overigens de latere wetgever van het Wetboek mag afwijken.

'Men zal zich moeten laten leiden door de aard van de voorgestelde regeling, en in overeenstemming daarmee de lijn moeten uitzetten waarbinnen de strafbepalingen zullen gel-

(73) Voorlopig verslag, zitting 1977-1978, 14006, nr. 10a, p. 7.

(74) Zitting 1978-1979, 14006, nr. 34, p. 10-12.

den. Valt die lijn samen met die, welke in het algemeen deel van het wetboek is getrokken, dan behoeft de bijzondere wet geen voorzieningen te geven; wijkt deze af, dan verbiedt het wetboek geen bijzondere regeling. (. . .)

Geeft men zich rekenschap van het karakter van het wetsontwerp, dan kan men toch moeilijk stellen dat artikel 13 een te vergaande regeling inhoudt. Het gaat hier om een voorstel dat de strekking heeft uitvoering mogelijk te maken van besluiten die in internationaal verband zijn genomen en die dienen tot handhaving of herstel van de internationale rechtsorde. In dit licht bezien zou er aanleiding zijn om de schendingen van het bij of krachtens deze wet gestelde strafbaar te stellen onverschillig waar ter wereld en door wie zij zijn begaan. De handhaving van de internationale rechtsorde behoeft immers in beginsel niet op te houden bij overschrijding van onze landsgrenzen.

(. . .) Van een zo uitgebreide werking van de strafwet is terecht afgezien; zij zou indien het alleen ging om de uitvoering van mandataire resoluties van de Veiligheidsraad weliswaar niet onaanvaardbaar zijn, maar gelet op de ruimere mogelijkheden die het wetsontwerp opent voor het creëren van sanctiebesluiten is een zover gaande omvang van de strafwet bepaald ongewenst. (. . .)

De consequenties van de voorgestelde regeling zijn niet onaanvaardbaar. Zij heeft ten doel om te voorkomen dat Nederlanders de voorschriften die bij of krachtens de wet zijn gesteld zullen ontduiken door de verboden handelingen in het buitenland te verrichten. Indien zulk gedrag straffeloos zou blijven, zou de consistentie en de geloofwaardigheid van het met dit wetsontwerp beoogde beleid ernstig worden verzwakt.'

In een nader voorlopig verslag (74a) toonde de VVD-fractie zich niet overtuigd. Zij stelde dat extraterritoriale werking van het Nederlandse strafrecht zonder dubbele strafbaarheid elders alleen in de wet is voorzien in gevallen waarin de betrokken gedragingen vrijwel overal ter wereld als afkeurenswaardig worden beschouwd of wanneer directe Nederlandse belangen in het spel zijn. Hier was volgens deze kamerleden eerder sprake van het tegendeel: juist een

(74a) Idem, nr. 34d, p. 8.

klein van de internationale handel afhankelijk land als Nederland moet voorzichtig zijn.

Tenslotte legde de VVD-fractie een tweetal casusposities aan de regering voor (75). De eerste betrof een Nederlander die als mededirecteur in het bedrijfsleven werkzaam is in een land dat aan de sanctiemaatregelen niet meedoet. Is hij in Nederland strafbaar? De regering antwoordde (terecht o.i.) dat de vraag in abstracto moeilijk te beantwoorden is (76). Van groot belang zal zijn of niet de betrokken onderneming primair als dader wordt beschouwd en vervolgens hangt het er dan van af of deze als Nederlandse rechtspersoon is te beschouwen. Of de mede-directeur ook afzonderlijk aansprakelijk kan worden gesteld is afhankelijk van de interne verhoudingen in de onderneming en ook van de vraag of de betrokkene de gedraging actief heeft bevorderd.

Voor de tweede casuspositie — een bij de Wereldbank werkzame Nederlander — gold in feite hetzelfde, nog afgezien van de onwaarschijnlijkheid dat de Wereldbank (bijv.) een kredietregeling zou sluiten met een land waartegen internationale sancties zijn gericht.

Wanneer wij proberen tot een oordeel over de uitbreiding van het personaliteitsbeginsel voor de handhaving van de Sanctiewet 1977 te komen, dan is het nuttig de beide aspecten (ook overtredingen — geen dubbele strafbaarheid) eerst afzonderlijk in ogenschouw te nemen.

De beperking van art. 5, lid 1 onder 2°, W.v.S. tot misdrijven moet men zien tegen de achtergrond van de wens van de Tweede Kamer tot het bereiken van eenvoud (77). Op zichzelf is dat geen reden in afzonderlijke wetten geen personele jurisdictie t.a.v. overtredingen neer te leggen en, zoals wij zagen, is dat ook enige malen gebeurd. Daar komt bij dat het Wetboek bijna honderd jaar oud is en men inmiddels tot andere gedachten zou kunnen zijn gekomen. De werkgroep die het Benelux-ontwerp inzake de werking van de strafwet naar plaats en tijd heeft opgesteld, dat wij in par.

(75) Onder toevoeging van een hatelijkheid door te spreken van 'op de praktijk des levens gebaseerde en *dus* (curs. van ons) bij het ontwerpen der voorgestelde regeling wellicht niet voldoende overdachte vragen.

(76) Nadere memorie van antwoord, zitting 1979-1980, 14006, nr. 18, p. 11-13.

(77) Noyon-Langemeijer-Remmelink (Lit. 14), p. 31, aant. 2 op art. 5.

4.9. behandelden, is dat kennelijk.

Ook in verschillende andere landen, m.n. de Duitse Bondsrepubliek (78) en de Skandinavische landen (79) hanteert men het actief personaliteitsbeginsel voor alle soorten strafbare feiten, zij het wel met de eis van dubbele strafbaarheid. In par. 4.12. zullen wij bepleiten dit voorbeeld te volgen.

Daar komt in het geval van de Sanctiewet 1977 nog bij dat verboden gedragingen economische delicten opleveren. Meer dan elders is daar het onderscheid tussen misdrijf en overtreding van graduele en utilitaire aard. Een economisch delict van een soort dat in beginsel als misdrijf is gekwalificeerd, waarbij geen opzet is bewezen, wordt automatisch een economische overtreding wat een lager, maar nog altijd hoog strafmaximum betekent (WED, art. 2, lid 1). Wat het hier bedoelde aspect betreft betekent art. 13 van de Sanctiewet niet anders dan dat een Nederlander die in het buitenland een krachtens de Sanctiewet verboden gedraging heeft verricht, in Nederland kan worden veroordeeld, zonder dat opzet is aangetoond. Uiteraard kunnen in dat geval slechts de wegens overtreding bedreigde straffen worden opgelegd.

Dubbele strafbaarheid als eis voor extraterritoriale jurisdictie is internationaal gebruikelijk. Frankrijk vormt een uitzondering (80), maar alleen voor misdrijven (81).

Ook rechtssystemen die in het algemeen dubbele strafbaarheid verlangen, kennen daarop doorgaans uitzonderingen, zoals Nederland zelf. Dat het daarbij per se moet gaan om bescherming van nationale belangen of van vrijwel overal strafbaar geacht gedrag, lijkt niet geheel juist. In het laatste geval heeft men trouwens geen uitzondering t.a.v. dubbele strafbaarheid nodig. Het verbod van bigamie m.n. valt noch onder het ene, noch onder het ander criterium. De wetgever mag bigamie verwerpelijk geacht hebben, zo zeer dat een Nederlander zich daaraan nooit schuldig mag maken, men kan niet volhouden dat enig Nederlands belang geschonden wordt als een Nederlander zich twee echtgenoten aanschafft. Evenmin gaat het om een universeel erkende regel, zeker niet in de tijd waarin het Wetboek tot stand kwam.

(78) Strafgesetzbuch, Par. 7 ('Taten').

(79) Oehler (Lit. 16) p. 441-443.

(80) Luxemburg heeft ongeveer dezelfde wettelijke bepalingen als Frankrijk, maar de rechtspraak eist dubbele strafbaarheid (Oehler, a.w., p. 442).

(81) Code de procédure pénale, art. 689.

De Sanctiewet heeft tot doel maatregelen te treffen tegen een bepaald ander land. Ten dele kunnen die maatregelen gedrag in dat andere land betreffen (bijv. het aankopen van goederen of het aandoen van havens). Men mag aannemen dat dit gedrag in dat land zelf niet verboden is, zodat de eis van dubbele strafbaarheid onoverkomelijke moeilijkheden zou kunnen opwerpen.

Nu kunnen zich complicaties voordoen. Laten wij aannemen dat Nederland meedoet met sancties tegen een imaginair land dat wij voor het gemak Komeinië noemen. Alle handelsbetrekkingen, het betalingsverkeer en het onderhouden van verkeersverbindingen met Komeinië worden verboden. Het in de vorige alinea bedoelde geval slaat op een Nederlander die in Komeinië zelf het Nederlandse voorschrift overtreedt. Nu veronderstellen wij dat in Liechtenstein een Nederlander handel met Komeinië drijft. Liechtenstein doet niet met de sancties mee, zodat de gedraging naar de *lex loci delicti* niet verboden was. Is het nu onredelijk dat deze Nederlander naar Nederlands recht gestraft kan worden? Wij zouden menen van niet, alleen al op grond van de waarschijnlijkheid dat Nederlanders landen die niet met sancties meedoen (in ons voorbeeld Liechtenstein) zouden opzoeken om van daaruit relaties met Komeinië te onderhouden.

Dit is stellig een pragmatische overweging, maar dat is ook niet verwerpelijk. Het lijkt in tegendeel normaal dat de wetgever, bij het vaststellen van een nieuwe wettelijke regeling, mazen waarvan hij voorziet dat daardoor de wet kan worden ontgaan, bij voorbaat tracht te sluiten.

Zoekt men een meer principieel argument, dan kan, net als in het geval van de bigamie, gewezen worden op de solidariteit die van Nederlanders, waar zij zich ook bevinden, verwacht mag worden met de Nederlandse gemeenschap. Die kan daarin tot uitdrukking komen dat door die gemeenschap zeer hoog geachte waarden — ook op het politieke vlak — door Nederlanders steeds geëerbiedigd worden.

Niet ieder zal overigens de opvatting dat sanctiemaatregelen daartoe behoren, kunnen delen; het zal er ook van af hangen tegen welk land deze zijn gericht. Dat is echter een kwestie waarin wij ons hier niet behoeven te verdiepen; wij beperken ons tot het uitgangspunt van de wetgever.

Hierboven gingen wij uit van de veronderstelling dat een in Nederland krachtens de Sanctiewet verboden gedraging toegelaten is in

het land waar zij wordt verricht. Anders wordt het wanneer zulk gedrag in het andere land is *voorgeschreven*. Wij zagen in par. 4.3. dat het volkenrecht grenzen stelt aan de toepassing van het actief personaliteitsbeginsel. Een staat mag zijn onderdanen niet verplichten in een ander land datgene te doen wat volgens het ter plaatse geldende recht verboden is of datgene na te laten waartoe het plaatselijke recht verplicht.

Een dergelijk conflict kan zich bij de sanctiemaatregelen wel voordoen. Daarmee behoefde de wetgever echter geen rekening te houden. De rechter zal dat in voorkomende gevallen wel moeten doen, in het licht van de concrete omstandigheden. Er zou geen probleem zijn indien de strafuitsluitingsgrond van art. 42 W.v.S. (wettelijk voorschrift) ook betrekking zou hebben op toepasselijke buitenlandse wettelijke voorschriften. Of men dat mag aannemen is echter twijfelachtig (82). De noodzaak om aan een buitenlands voorschrift te gehoorzamen kan in Nederland echter wel overmacht (noodtoestand) opleveren.

Dat laatste hoeft niet zo te zijn. De Nederlandse onderneming die, in de periode waarin vrijwel alle economische relaties met Rhodesië verboden waren, daar een vestiging opende, zal zich waarschijnlijk bezwaarlijk op noodtoestand kunnen beroepen. Bestond een vestiging van een Nederlandse onderneming in een ander land vóór dat land door sancties werd getroffen, hebben die sancties bovendien een partieel karakter (bijv. handel in strategische goederen) en raken deze slechts één van de activiteiten van die onderneming in dat land, dan kan men niet zonder meer van haar eisen dat zij de vestiging aldaar sluit. Er kan zich dan een conflictsituatie voordoen waarin een beroep op noodtoestand opgaat. Uiteraard zijn allerlei andere casusposities te construeren.

Tenslotte nog iets over complicaties die kunnen voortvloeien uit concernverhoudingen. Nederland heeft sanctiemaatregelen afgekondigd tegen (voor de afwisseling) Usurpatie. Het is verboden goederen van Usurpatische herkomst te kopen. Een in Nederland gevestigde multinationale onderneming, de N.V. Koninklijke Unilipzo (niet, of nog niet, werkelijk bestaand) heeft een vestiging in Usurpatie die daar toch goederen koopt. Is die vestiging een puur

(82) B.R.v.C. 12 jan. 1949, *N.J.* 1949, 87 (arrest-Rauter). Zie i.h.b. de noot van Röling onder het arrest in de *N.J.*, p. 165 r.k.

bijkantoor, afhankelijk van de Nederlandse moeder, dan kan men de N.V. zonder meer strafrechtelijk aansprakelijk stellen. Heeft de vestiging de vorm van een lokale rechtspersoon (zoals gebruikelijk) dan zal men moeten nagaan of de moeder toch als (mede)da-der of medeplichtige kan worden beschouwd.

Men kan de constructie nog ingewikkelder maken door zich voor te stellen dat het concern een dochter heeft, Swiss Unilipzo, waarvan de Usurpatische Unilipzo op haar beurt weer een dochter is. Heeft de Usurpatische onderneming op eigen gezag gehandeld, of mede op gezag van de Zwitserse moeder en is de Nederlandse concerntop (de 'grootmoeder') daarvoor aansprakelijk? Het zal van de concrete feiten afhangen. Misschien kan men ook zeggen: van de vindingsrijkheid van het denkbeeldige concern om de sancties te ontgaan en van het Nederlandse openbaar ministerie om daar doorheen te prikken.

Wat men in elk geval kan vaststellen is dat niet het personaliteitsbeginsel voor de problemen zorgt. Het mag moeilijk zijn vast te stellen of een Usurpatische, een Zwitserse of een Nederlandse rechtspersoon de verboden handelingen heeft verricht, het is even moeilijk te bepalen of dit in Usurpatië, Zwitserland of Nederland is gebeurd. Sterker: het laatste kan nog moeilijker zijn, bijv. doordat de hele affaire (telegrafisch) tijdens een cruise op een Grieks schip in volle zee is geregeld.

4.11.2. Het ontwerp-V.N.-verdrag over onwettige betalingen

Reeds enige malen kwam het hier bedoelde ontwerp aan de orde. De Engelse titel luidt 'Draft International Agreement on Illicit Payments'. Hier zal uit die Engelse tekst (versie 17 mei 1979) worden geciteerd, met de aantekening dat het ontwerp, hoewel niet vertrouwelijk, nog niet is gepubliceerd.

Aan de voorbereiding van dit verdrag is enkele jaren geleden krachtens besluit van de Economische en Sociale Raad van de Verenigde Naties begonnen. Dit gebeurde op Amerikaans initiatief. Als gevolg van de geruchtmakende Lockheed-affaire hebben de Verenigde Staten een nogal strenge anti-corruptie-wetgeving in het leven geroepen. Het is duidelijk dat wanneer een staat dat eenzijdig doet, dit concurrentie-nadeel kan opleveren. Om die reden, en misschien ook wel omdat de regering-Carter in het algemeen veel aandacht heeft besteed aan kwesties van 'morele' aard wilde

de Amerikaanse regering tevens internationale bepalingen tegen corruptie.

Wat de toekomst van het ontwerp zal zijn, is op dit moment niet te zeggen, mede omdat het om politieke redenen aan andere omderwerpen is gekoppeld (83).

Het ontwerp omschrijft m.n. twee delicten, t.w. actieve en passieve omkoping. Onder actieve omkoping (art. 1 sub (a)) verstaat 't: het aanbieden, toezeggen of doen van enige betaling, gift of ander voordeel aan een ambtenaar, teneinde hem te bewegen in strijd met zijn plicht te handelen (vgl. art. 177 W.v.S.). Passieve omkoping wordt in art. 1 sub (b) ongeveer omschreven als het vragen, aannemen of ontvangen door een ambtenaar van enige betaling, gift of ander voordeel, als aansporing of beloning om in strijd met zijn plicht te handelen (vgl. art. 363 W.v.S.). Het ontwerp ontwikkelt een gemeenschappelijk begrip ambtenaar. Het bevat geen bepalingen over het aannemen van smeergelden (art. 362 W.v.S.) of omkoping van anderen dan ambtenaren (art. 328 ter W.v.S.).

De voorlopige bepaling over jurisdictie luidt als volgt, waarbij vierkante haken aangeven dat in de met de uitwerking van het ontwerp belaste commissie nog geen overeenstemming bestaat:

'Article 4.

1. Each Contracting State shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction:

(a) over the offences referred to in article 1 when they are committed in the territory of that State;

(b) Over the offence referred to in article 1, paragraph 1 (b), when it is committed by a public official of that State;

(c) Over the offence referred to in article 1, paragraph 1 (a) relating to any payment, gift or other advantage in connexion with [the negotiation, conclusion, retention, revision or termination of] an international commercial transaction when the offence is committed by a national of that State, provided that any element of that offence, or any act aiding or abetting that offence, is connected with the territory of that State;

[(d) over the offences referred to in article 1 when these have effects within the territory of that State;]

(83) Zie m.v.t. begroting Departement van Justitie 1980, kamerst. 15800, VI nr. 2, p. 22-23 (nr. 6).

2. This Agreement does not exclude any criminal jurisdiction exercised in concordance with the national law of a Contracting State.
(...)'

Er spelen rond omkoping, internationaal beschouwd, drie hoofdproblemen:

a) de meeste staten — ook Nederland (84) — zijn slechts geïnteresseerd wanneer het gaat om omkoping van hun eigen ambtenaren;

b) wanneer een onderneming de indruk heeft dat overheidsfunctionarissen die beslissen over aankoop van produkten van het soort dat zij levert, door een concurrent worden omgekocht, kan zij zich gedwongen voelen ook steekpenningen aan te bieden;

c) omkoper en omgekochte kunnen in onderling overleg de 'locus delicti' vrij uitkiezen; als het om grote bedragen gaat spelen reiskosten geen rol.

In verband met de onder c) genoemde omstandigheid was het voor de VN-commissie een punt van beraad of zij het territorialiteitsbeginsel als verplichte jurisdictiegrond in het verdrag zou opnemen. Zij is daar toch toe overgegaan, omdat territorialiteit alom primaire jurisdictiebasis is en het vreemd zou zijn, daarenboven voor sommige gevallen toch een lacune zou kunnen scheppen, indien deze buiten het verdrag zou blijven.

Weinig problemen waren er rond de aanvaarding van het personaliteitsbeginsel voor ('passieve') omkoping door eigen ambtenaren; deze vindt men in onderdeel (b) van het geciteerde art. 4, lid 1. In samenhang hiermee is ook gediscussieerd over jurisdictie met betrekking tot de andere ('actieve') kant van het delict. In een voorbeeld: als een Amerikaan buiten Nederland een Nederlands ambtenaar omkoopt, moet deze Amerikaan dan onder de werking van de Nederlandse strafwet vallen? De commissie heeft daarop ontkennend geantwoord.

Grotere problemen leverde de opneming van het 'gewone' actief personaliteitsbeginsel op, zoals ook uit de tekst van het daaraan gewijde onderdeel (c) blijkt. De Angelsaksische landen meenden dat een territoriaal aanknopingspunt niet gemist kon worden. In

(84) Heersende mening, vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink (Lit. 14), p. 1138 (aant. 3 bij art. 328ter). Remmelink trekt de juistheid van deze heersende mening overigens in twijfel.

beginsel voelen zij niet voor personele jurisdictie; wij zagen reeds dat Engeland bijv. zulke jurisdictie slechts bij enkele, zeer ernstige, delicten kent. Anderzijds werd algemeen erkend dat men op dit gebied niet zonder personele rechtsmacht kan. Wil men iets bereiken bij internationale corruptiebestrijding, dan heeft men 'home state responsibility' nodig: de staat waar de omkoper thuis hoort moet tegen hem optreden.

Het resultaat van de debatten was het compromis dat men in de tekst aantreft: personaliteit, maar met een 'territorial link'. Die laatste vindt men in de zinsnede beginnend met 'provided'. Vooral de Amerikaanse delegatie heeft zich beijverd om te onderstrepen dat die link van heel lichte aard kon zijn: naar Amerikaanse begrippen zou gebruik van post-, telecommunicatie- en bankfaciliteiten in de Verenigde Staten al voldoende zijn.

Een nog niet opgelost probleem is wat onder 'a national of that State' zou moeten worden verstaan: alleen een natuurlijk, of ook een rechtspersoon. Vooral de Westeuropese delegaties, met uitzondering van de Britse en de Nederlandse, waren tegen elke strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen gekant (85). Toch is voor de verwezenlijking van 'home state responsibility' bij corruptiebestrijding vervolgbaarheid van rechtspersonen een uiterst nuttig hulpmiddel. Ook de tegenstanders gaven in de commissie toe dat vervolging van degenen die leiding geven niet altijd uitkomst kan bieden. Als bijv. de Amerikaanse directeur van een Franse rechtspersoon buiten Frankrijk steekpenningen geeft, kan Frankrijk niet vervolgen. De Verenigde Staten kunnen dat wel (mits er een territorial link is), maar dan verwijderd men zich van het home state-concept.

Onderdeel (d), dat samenhangt met de in hoofdstuk 3 van de in dit preadvies behandelde problematiek, is daar op wens van een aantal Latijns-Amerikaanse delegaties geplaatst. De meeste andere leden van de commissie voelden er niets voor. Het tweede lid bevat een in internationale strafrechtverdragen gebruikelijke bepaling; men vindt deze o.m. ook in de luchtpiraterij-verdragen. Zij betekent dat het verdrag slechts minimum-eisen aan de jurisdictie van

(85) In Frankrijk en België is strafbaarheid van rechtspersonen wel in studie. De Duitse Bondsrepubliek kent de aansprakelijkheid van rechtspersonen voor 'Ordnungswidrigkeiten', maar men doet het voorkomen of dit heel iets anders is dan strafrechtelijke aansprakelijkheid.

elke verdragsstaat stelt, maar dat een staat die dat wil, althans wat dit verdrag betreft, verder mag gaan.

Wij zijn op dit ontwerp-verdrag ingegaan omdat het interessant illustratie-materiaal bevat over de hier behandelde materie. Gezien het stadium waarin het ontwerp zich nog bevindt, zullen wij ons echter van verdere bespiegelingen onthouden.

4.12. *Enkele conclusies*

a) Het actief personaliteitsbeginsel is een niet alleen nuttige, maar zelfs onmisbare bron van (aanvullende) strafrechtelijke jurisdictie. Het is in de eerste plaats een vorm van internationale solidariteit bij de handhaving van de rechtsorde. Daarbij past dubbele strafbaarheid. Daarnaast is het soms een uiting van solidariteit tussen personen en de staat waarvan zij onderdaan of inwoner zijn, i.c. tussen Nederlanders (of Nederlandse ingezetenen) en Nederland. Voor zulke gevallen kan dubbele strafbaarheid worden gemist.

b) Van dubbele strafbaarheid kan voorts beter worden afgezien in die gevallen waarin het van veel belang is dat regels door Nederlanders worden nageleefd, terwijl men weet dat dergelijke regels in (sommige) andere landen niet bestaan. De hier bedoelde gevallen zullen uitzonderingen moeten blijven.

c) De voor de dubbele strafbaarheid in het Benelux-ontwerp gekozen formulering (indien die *of overeenkomstige* feiten strafbaar zijn volgens de wet van het land waar het feit is begaan) biedt iets meer bewegingsvrijheid dan die van art. 5 W.v.S. De ruimere Benelux-formulering heeft onze voorkeur; vgl. ook art. 5, lid 2, van de Uitleveringswet.

d) Het is in beginsel in strijd met de ratio van dubbele strafbaarheid, wanneer in Nederland een hogere straf opgelegd kan worden dan in het land van de locus delicti is bedreigd. Het probleem is, op dit moment, voor Nederland waarschijnlijk niet urgent, omdat de Nederlandse rechter relatief toch licht straft.

Men moet voorts bedenken dat straffen vaak moeilijk vergelijkbaar zijn. Wat, indien het buitenlandse recht drie weken gevangenis bedreigt, maar geen boete, terwijl naar Nederlands recht een

hoge boete mag worden opgelegd? En kan men vrijheidsstraffen enkel naar tijdsduur vergelijken, zonder rekening te houden met het penitentiair regiem?

Dat alles neemt niet weg dat het onbevredigend is dat, terwijl in de regel, de Nederlander niet gestraft kan worden voor een feit dat niet strafbaar is ter plaatse van het begaan, die Nederlander echter wel in Nederland een boete van f 25.000 kan oplopen voor een in het buitenland begaan feit (bijv. een economisch delict), dat weliswaar ook strafbaar is in het land waar het is begaan, maar waarop aldaar slechts f 50,- staat.

De oplossing lijkt ons een wetsbepaling die de rechter voorschrijft in zulke gevallen rekening te houden met het volgens de *lex loci delicti* bedreigde strafmaximum.

e) De beperking tot misdrijven kan beter verdwijnen, zoals het Benelux-ontwerp ook voorziet (ook het Duitse strafrecht kent het actief personaliteitsbeginsel voor alle strafbare feiten). Er zijn verschillende belangen mee gediend wanneer een Nederlander die in het buitenland een overtreding, m.n. een verkeersovertreding, begaat, na terugkeer in Nederland vervolgd kan worden, ook zonder verdrag tot overdracht van strafvervolgning voor zulke overtredingen. Het is in het belang van de handhaving van de rechtsorde, waar de verkeersveiligheid een onderdeel van is, óók van de Nederlandse rechtsorde, gezien de te verlangen reciprociteit. Het is voorts in het belang van de reputatie van Nederland in het buitenland. Tenslotte kan het (afhankelijk van de alternatieven) in het belang van de overtreder zelf zijn.

Er kunnen zich bewijsmoeilijkheden voordoen, maar dat behoeft niet zo te zijn. Zo is er geen reden minder waarde te hechten aan de bewijskracht van de foto van een 'rood-licht-camera' uit een ander land.

f) Op welke natuurlijke personen moet de personele jurisdictie betrekking hebben? Wij zagen dat dit naar Nederlands recht thans Nederlanders in de zin van de Wet op het Nederlanderschap zijn (plus daarmee op een lijn te stellen personen). Wij zagen verder dat het Benelux-ontwerp daar de vreemdeling die gewoonlijk in Nederland verblijft aan wil toevoegen. Sommige andere rechtsstelsels nemen domicilie eveneens als aanvullend of zelfs enig criterium. In de literatuur is de

wens naar een 'feitelijk Nederlanderschap' naar voren gekomen (86). Om met het laatste te beginnen: feitelijk Nederlanderschap heeft twee kanten, een beperkende en een uitbreidende. Een beperkend begrip feitelijk Nederlander wijzen wij af. Iedere Nederlander, hoe lang hij al in het buitenland verblijft en al is hij daar zelfs geboren, ontleent aan zijn nationaliteit rechten. Daartoe behoort dat hij, als hij op het grondgebied van Nederland verblijft, niet kan worden uitgeleverd. De gronden ter rechtvaardiging van personele jurisdictie gelden daarmee in aanzienlijke mate ook voor een dergelijke 'buitenland-Nederlander'.

Voor uitbreiding is meer te zeggen. Ingezetenen hebben een zekere mate van verbondenheid met de Nederlandse samenleving. Zij hebben ook bepaalde rechten, waar tegenover de verplichting tot inachtneming van de Nederlandse wet, ook als zij tijdelijk buiten Nederland zijn, kan worden verdedigd. Voor wat de wegverkeerswetgeving betreft stelden wij al vast dat wanneer de bestuurder van een Nederlandse auto in het buitenland een delict begaat, Nederland of 'de Nederlanders' daarop worden aangezien. Een solide aanknopingspunt verschaft dit niet. Men kan moeilijk personele jurisdictie doen gelden t.a.v. alle bestuurders van motorrijtuigen met Nederlands kenteken (men denke alleen al aan huurauto's).

Of in de praktijk de behoefte aan uitbreiding van personele jurisdictie tot (bepaalde) ingezetenen is gebleken, is ons niet bekend. De toelichting op het Benelux-ontwerp is op dit punt minder dan summier. Zij zegt alleen dat met 'vreemdelingen die gewoonlijk in Nederland verblijven' ingezetenen van Nederland worden bedoeld. Als men had willen komen tot gelijkstelling met dit begrip uit de Wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap (art. 13), dan had de tekst dit wel tot uitdrukking mogen brengen.

Hoe dan ook, dit laatste begrip, waarvoor een verblijf van 18 maanden in Nederland (of Indonesië zegt de wet nog steeds) voldoende is achten wij veel te ruim. De band met Nederland zou een min of meer permanent karakter moeten hebben. Wellicht zou aansluiting gezocht kunnen worden bij het begrip vestigingsvergunning van de Vreemdelingenwet. Zo'n vergunning krijgt men in het algemeen pas na vijf jaar verblijf en deze kan men slechts onder zeer speciale voorwaarden verliezen, zodat een zeker recht op toelating in Nederland is verkregen. Men zou ook kunnen denken aan (niet-Nederlandse) ingezetenen van Nederland die door de Nederlandse

(86) Zie noot 43 op p. 104.

overheid verstrekte reispapieren (m.n. een vluchtelingenpaspoort) hebben. Resumerend: aanvaardbaar lijkt ons de toepassing van het actief personaliteitsbeginsel op die natuurlijke personen die ingezetenen van Nederland zijn en het recht hebben permanent in Nederland te verblijven, m.n. tot uitdrukking komend in het bezit van een vestigingsvergunning krachtens de Vreemdelingenwet.

g) Over rechtspersonen kunnen wij, na hetgeen hierover in par. 4.7.2. is gezegd, kort zijn. Een 'Nederlandse rechtspersoon' is een naar Nederlands recht opgerichte rechtspersoon. Of een werkelijke band met Nederland bestaat speelt geen rol (87). Voor de toepassing van het strafrecht is juist zo'n werkelijke band, tot uitdrukking komend in vestiging in Nederland, doorslaggevend. Met andere woorden: het strafrecht heeft behoefte aan het systeem van de 'siège réel' (88). Hoe waardevol rechtseenheid in het algemeen is, het lijkt beter voor het strafrecht een eigen omschrijving van de nationaliteit van de rechtspersoon te geven. Dat kan het best gebeuren door aanvulling van art. 83 W.v.S. Daarbij moet men dan bedenken dat art. 83 niet alleen geldt voor art. 5, maar ook voor bepalingen waarin de kwaliteit van Nederlander bestanddeel van het strafbaar feit is, zoals art. 101 W.v.S. en de artt. 44-45 Dienstplichtwet, maar bepalingen van deze aard lijken voor rechtspersonen zonder belang.

Die aanvulling van art. 83 zou bijv. kunnen luiden:

Nederlandse rechtspersonen zijn de rechtspersonen die in Nederland zijn gevestigd (vgl. art. 2, lid 1 aanhef, Wet op de vennootschapsbelasting; of:

Nederlandse rechtspersonen zijn rechtspersonen die hun hoofdzetel in Nederland hebben (vgl. art. 86a, lid 1 aanhef en sub b, W.v.S.).
Verfijningen zijn mogelijk en waarschijnlijk gewenst.

h) Tenslotte besteden wij nog enige aandacht aan de vraag of toepassing van het actief personaliteitsbeginsel aan andere beperkingen dan de thans geldende zou moeten worden onderworpen. Daarbij denken wij aan de volgende twee, die ook in sommige andere landen voorkomen:

— de verdachte moet in Nederland verblijven;

(87) Afgezien van de (formeel) eis van een statutaire zetel in Nederland. Vgl. Asser- v.d. Grinten, *De Rechtspersoon*, 5e dr. 1980, p. 46/7.

(88) Zie reeds in deze zin: rb. Rotterdam, 30 mei 1979 NJ 1979, 407.

— er moet een klacht door het slachtoffer of een verzoek tot vervolging door de autoriteiten van het land waar het feit vermoedelijk is begaan zijn ingediend.

Noch het een noch het ander zouden wij willen aanbevelen. In het algemeen hebben verstekprocedures, vooral bij ernstiger delicten, nadelen, maar dat is geen reden ze per se achterwege te laten. Niet is in te zien waarom degene die in Nederland een strafbaar feit heeft begaan, maar vervolgens naar het buitenland is gegaan, wel bij verstek terecht zou kunnen staan en de Nederlander die in het buitenland een strafbaar feit heeft begaan, maar niet naar Nederland is gekomen, niet. Is zo'n Nederlander in het land van het feit gebleven, dan zal hij vaak daar wel worden vervolgd. Hij kan echter ook naar een derde land zijn gegaan.

Voorts heeft het Wetboek zorgvuldig bepaald welk delict een klachtdelict moet zijn (89). Het zou een ruwe doorkruising van dit stelsel zijn om, voor toepassing van het personaliteitsbeginsel van elk delict een klachtdelict te maken. Dit geldt te sterker omdat het indienen van een klacht bij de Nederlandse justitie voor een buitenlands slachtoffer van een delict doorgaans heel wat moeilijker zal zijn dan voor een Nederlands slachtoffer. Het afwachten van een verzoek van de betrokken buitenlandse autoriteiten zou niet in overeenstemming zijn met de grondslagen van het personaliteitsbeginsel, berustend op de banden tussen staat en onderdaan. In de praktijk zal men overigens, voor het verkrijgen van bewijsmateriaal, vaak aangewezen zijn op de medewerking van de justitiële instanties in het land waar het feit is gepleegd.

5. TOEPASSING VAN NEDERLANDS STRAFRECHT OP BUITEN NEDERLAND BEGANE STRAFBARE FEITEN, ONGEACHT DE NATIONALITEIT VAN DE DADER

5.1. Volledige rechtsmacht

Wanneer de strafwet van een staat van toepassing is op buiten het grondgebied van die staat begane feiten, ongeacht door wie, spreekt men in de franstalige literatuur wel van 'compétence réelle' (1). In het Nederlands vertaald achten wij die term weinig beeldend.

(89) Hazewinkel-Suringa/Rommeling (Lit. 7), p. 501 e.v.

(1) Donnedieu de Vabres (Lit. 4) p. 86 e.v., Lombois (Lit. 10), p. 326 e.v.

Wij geven daarom de voorkeur aan: volledige rechtsmacht (jurisdictie) voor die gevallen waarin de Nederlandse strafwet van toepassing is, ongeacht de plaats van het feit en de nationaliteit van de dader. Aangezien ook deze vorm van rechtsmacht een aanvullend karakter heeft op de territoriale, hebben wij in het opschrift van dit hoofdstuk de omschrijving al beperkt tot buiten Nederland begane strafbare feiten.

In het algemeen ligt niet voor de hand dat een staat zijn justitieel apparaat inzet wanneer buitenlanders in het buitenland delicten begaan. Volledige rechtsmacht komt daarom alleen voor als er een speciale aanleiding bestaat, m.n. bescherming van eigen belangen of uitvoering van volkenrechtelijke verplichtingen.

Zowel bij de vestiging als bij de toepassing van volledige jurisdictie is voorzichtigheid geboden. Inmenging door een staat in de binnenlandse aangelegenheden van een andere wordt gewoonlijk niet gewaardeerd. Wanneer een burger van een bepaalde staat voor iets wat hij in eigen land heeft gedaan voor het gerecht van een andere staat wordt gedaagd zal dat al gauw als inmenging in de binnenlandse aangelegenheden van de eerste staat worden aangezien. Wij herinneren aan de zaak-Dost, een Nederlander die wegens een in Nederland begaan feit in 1974 in Duitsland werd veroordeeld. Het betrokken feit (bezit van bepaalde verdovende middelen) was ook in Nederland strafbaar, maar werd hier niet vervolgd. Formeel stond de Duitse justitie, die op een verdrag terzake kon wijzen, niet zwak. Mede gelet op het feit dat voor in het buitenland begane delicten ook het Duitse recht het opportuniteitsbeginsel kent, was het optreden van de Duitse autoriteiten minder tactvol. De waardering van tact als deugd kan echter van land tot land verschillend zijn.

5.2. De aan volledige rechtsmacht ten grondslag liggende beginselen

Volledige rechtsmacht is te herleiden tot enkele hoofdbeginselen, te weten:

- a. bescherming van eigen belangen, onder te verdelen in
 - a 1) belangen van de staat zelf (beschermingsbeginsel in engere zin);
 - a 2) bescherming van de belangen van de burgers van die staat (passief nationaliteitsbeginsel);

b. uitvoering van volkenrechtelijke regels (universaliteitsbeginsel, Duits: Weltrechtspflegeprinzip (2);

c. 'plaatsvervangend' door de staat op wiens grondgebied een verdachte verblijft voor de staat op wiens grondgebied een delict is begaan of waar de verdachte thuishoort (subsidiariteitsbeginsel, Duits: Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege).

De hoofdbeginselen a (in beide variëteiten) en b komen in het Nederlandse recht voor en worden hierna behandeld. Het subsidiariteitsbeginsel vindt men in het recht van de Duitse Bondsrepubliek (3) en van nog enkele andere landen, maar niet in Nederland. Het houdt kort gezegd in dat wanneer een vreemdeling zich op het nationale grondgebied bevindt, die verdacht wordt van een in het buitenland begaan misdrijf, terwijl uitlevering aan de staat met territoriale of personele jurisdictie niet mogelijk is, deze vervolgd wordt in het land waar hij zich bevindt. Dubbele strafbaarheid wordt daartoe gewoonlijk geëist. De onmogelijkheid van uitlevering kan berusten op het ontbreken van een uitleveringsverdrag, op het uitblijven van een verzoek om uitlevering of op een concreet uitleveringsbeletsel (politiek delict, bedreiging met doodstraf etc.).

Uitoefening van plaatsvervangende jurisdictie is te onderscheiden van overneming van strafvervolgning. Beide figuren hebben betrekking op dezelfde feitelijke situatie, maar overneming geschiedt alleen op verzoek van de staat van de locus delicti (die de strafvervolgning *overdraagt*). Nederland kan, als het daarom verzocht wordt, een strafvervolgning overnemen indien het jurisdictie bezit (m.n. wanneer de verdachte Nederlander is) of wanneer een speciaal verdrag tot overdracht/overneming van strafvervolgning daarin voorziet (4). De Duitse Bondsrepubliek is, dankzij het 'Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege' in veel meer gevallen tot overneming van strafvervolgning in staat.

Tenslotte vermelden wij nog dat volledige rechtsmacht kan ontstaan t.a.v. in het buitenland begane deelnemingshandelingen, t.g.v. de wijze waarop deze met het plegen van het feit in verband worden gebracht (ontwerp-Benelux-verdrag: eigen strafwet is

(2) Oehler (Lit. 16) p. 511 e.v. Jeschek (Lit. 9), p. 135, zegt: Weltrechtsprinzip.

(3) Strafgesetzbuch, Par. 7, lid II sub 2.

(4) Zie m.n. het in noot 58 op p. 111 genoemde verdrag.

toepasselijk op onderdaan of ingezetene die in het buitenland deelneemt aan aldaar door een vreemdeling begaan delict). Dit staat buiten de grondbeginselen waarop volledige jurisdictie overigens berust. Op deelneming komen wij in een afzonderlijke paragraaf terug.

5.3. Volkenrechtelijke legitimatie

5.3.1. Beschermingsbeginsel

5.3.1.1. Bescherming van staatsbelangen.

Oppenheim-Lauterpacht (5), zeer gezaghebbend maar vaak ook zeer beknopt, is over dit onderwerp relatief uitvoerig. Wij citeren:

'Many States claim jurisdiction with regard to certain acts committed by a foreigner in foreign countries. States which claim jurisdiction of this kind threaten punishment for certain acts either against the State itself, such as high treason, forging bank-notes, and the like, or against its citizens, such as murder and arson, libel and slander and the like. These States cannot, of course, exercise this jurisdiction as long as the foreigner concerned remains outside their territory. But if, after the commission of such an act, he enters their territory and comes thereby under their territorial supremacy, they have an opportunity of inflicting punishment. The question is, therefore, whether States have a right to exercise jurisdiction over acts of foreigners committed in foreign countries, and whether the home State of such an alien has a duty to acquiesce in the latter's punishment in case he comes into the power of these States. Some answer this question in the negative. They assert that at the time such criminal acts are committed the perpetrators are neither under the territorial nor under the personal supremacy of the State concerned; and that a State can only require respect for its laws from such aliens as are permanently or transiently within its country. This is probably the accurate view with regard to some cases. But it is not a view which, consistently with the practice of States and

(5) Lit. 17, p. 331.

with common sense, can be rigidly adopted in all cases. It cannot cover acts done abroad in preparation of and participation in common crimes committed or attempted to be committed in the country claiming jurisdiction; neither can it cover crimes injuring its subjects or serious crimes against its own safety. (. . .)'

Brownlie (6) constateert dat vrijwel alle staten het beschermingsbeginsel erkennen en op grond daarvan (volledige) jurisdictie hebben aanvaard, zowel over bepaalde politieke delicten, als over economische delicten en vergrijpen tegen de immigratiewetgeving. Deze auteur besluit zijn beschouwing hierover met de verzuchting:

'In so far as the protective principle rests on the protection of concrete interests, it is sensible enough: however, it is obvious that the interpretation of the concept of protection may vary widely'.

Ook Seidl-Hohenfeldern (7) maant, met erkenning van het beschermingsbeginsel, tot voorzichtigheid:

'Dort, wo wichtige Staatsinteressen auf dem Spiel stehen, kann ein Staat kraft des Schutzprinzips auch einen von Ausländern im Ausland gesetzten Tatbestand mit Strafe bedrohen (z.B. Hochverrat, Geldfälschung u.ä.). Im Interesse eines friedlichen zwischenstaatlichen Verkehrs ist hier aber *Zurückhaltung* geboten. Es ginge wohl nicht an, wenn ein Staat z.B. einen ausländischen *Journalisten* bestrafen wollte, der die Regierung dieses Staates in einer dort nicht verbreiteten ausländischen Zeitung beleidigt hat.'

Wij tekenen hierbij aan dat, als de krant wel ter plaatse verspreid wordt, vervolging mogelijk is op grond van het territorialiteitsbeginsel ('ubiquiteit'), maar ook dan niet verstandig lijkt (8).

De conclusie kan zijn dat toepassing van het beschermingsbeginsel als basis voor volledige jurisdictie geoorloofd is, maar binnen betrekkelijk nauwe grenzen.

(6) Lit. 3, p. 303.

(7) Lit. 23, p. 238, nr. 1023.

(8) Schrijver heeft zich waarschijnlijk laten inspireren door het geval-Cutting, waarin een Amerikaanse krant een Mexicaanse particulier beledigde en vervolgens door de Mexicaanse rechter, met toepassing van het passief nationaliteitsbeginsel werd veroordeeld (vgl. Brownlie (Lit. 3) p. 303.

5.3.1.2. *Bescherming van onderdanen.*

Het hierboven gegeven citaat van Oppenheim-Lauterpacht heeft ook betrekking op het passief nationaliteitsbeginsel. Brownlie is sceptisch en spreekt van 'the least justifiable' van de rechtsmachtsprincipes. Seidl-Hohenfeldern vermeldt dat het recht van zijn eigen land (de BRD) het passief nationaliteitsbeginsel erkent, maar spreekt zelf van 'umstrittene Völkerrechtsmässigkeit'. Mann (9) is duidelijk negatief:

'Does the nationality of the victim establish a sufficiently close connection? Although possibly far-reaching exceptions to the rule will have to be recognised (waarbij Mann, blijkens een noot, denkt in de richting van het universaliteitsbeginsel) by and large the answer can only be in the negative'.

De auteur voegt daar een beeldrijk citaat aan toe (10). Hij keert zich voorts, in zeer afkeurende termen, tegen de opnemng van het passief nationaliteitsbeginsel in het nieuwe Duitse Strafgesetzbuch (11), opmerkend dat Duitsland dit beginsel in de pre-Hitlerperiode niet kende. Wij tekenen hierbij aan dat ook Frankrijk het beginsel onlangs heeft ingevoerd (12), maar dat levert geenszins een argument voor de volkenrechtelijke geoorloofdheid op.

De conclusie is dat het passief nationaliteitsbeginsel volkenrechtelijk gezien als tenminste zeer omstreden moet worden beschouwd.

(9) Lit. 11, p. 91/2.

(10) 'An American or a Japanese may be tried in Turkey without the observance of the forms of justice guaranteed to him by his own constitution for an act which perhaps in New York or Tokio the place where it was done, was no offence at all, but which violated a Turkish law of which he had never heard, framed under conditions wholly strange to him. He may be a national of a State which has abolished certain forms of punishment, e.g. the death penalty, or transportation overseas, and yet if he imprudently ventures into another State after committing in the territory of his home State an offence — or it may be even doing an act which the law of his home State does not treat as criminal — he may be lawfully sent to the scaffold or into exile in a tropical climate.' Sir John Fischer Williams, *Chapters on Current International Law*, 1929, p. 220).

(11) Par. 7, lid I. Jeschek (Lit 9), p. 135 acht deze bepaling niet in strijd met het volkenrecht.

5.3.2. Universaliteitsbeginsel

Brownlie vermeldt dat

'A considerable number of States have adopted, usually with limitations, a principle allowing jurisdiction over acts of non-nationals where the circumstances, including the nature of the crime, justify the repression of some types of crime as a matter of international public policy.'

Hij voegt hieraan toe dat de Anglo-Amerikaanse opvatting afkerig is van de algemene toepassing van het beginsel, maar het bijv. accepteert voor piraterij. Voor 'breach of international law', i.h.b. oorlogsmisdaden, aanvaardt deze auteur het universaliteitsbeginsel. Hij noemt in dit verband speciaal de zaak-Eichmann, onder vermelding van veel literatuur.

Hetzelfde geldt voor Mann:

'(. . .) crimes which are founded in international law, which the nations of the world have agreed, usually by treaty, to suppress and which are thus recognised not merely as acts commonly treated as criminal, but as dangerous to and, indeed, as attacks upon the *international* order. Traffic in women and children, trade in narcotics, falsification of currency, piracy and trade in indecent publications are crimes covered by such treaties, and therefore by the principle of universality'.

Seidl-Hohenfeldern (13) maakt onderscheid tussen algemeen aanvaarde rechtsbeginselen (zoals de bestraffing van oorlogsmisdadigers) en de aan verdragen ontleende bevoegdheid of verplichting volledige jurisdictie te vestigen (14).

W. Duk (15) acht het universaliteitsbeginsel geoorloofd, mits dit, voor een bepaald delict, berust op het volkenrecht zelf (gewoonte of verdrag).

Deze laatste conclusie, die, zoals nog blijken zal, door de Nederlandse wetgever is aangehangen, kunnen wij onderschrijven.

(12) Code de procédure pénale, art. 689-1.

(13) Lit. 23, p. 238/9, nr. 1026.

(14) Zoals de verdragen tegen valsemunterij en luchtpiraterij.

(15) W. Duk, Le principe de la territorialité du droit pénal, in 'Netherlands reports to the VIIIth international congress of comparative law. Pescara 1970', pp. 323/340.

5.4. Grenzen aan de toepassing van beschermings- en universaliteitsbeginsel

Over het beschermingsbeginsel stelden wij al dat het met terughoudendheid gehanteerd moet worden. Het moet om relatief gewichtige belangen gaan. Men kan in dit verband ook denken aan belangrijk geachte nationale regels die men betrekkelijk gemakkelijk zou kunnen ontgaan door bepaalde activiteiten in het buitenland uit te oefenen. Overigens geldt hetgeen in par. 4.3. gezegd is over de grenzen die gesteld moeten worden aan de toepassing van het actief personaliteitsbeginsel, ook voor het beschermingsbeginsel.

Bij het universaliteitsbeginsel ligt de zaak moeilijker. Het komt wel voor dat bepaalde gedragingen, waarvoor het universaliteitsbeginsel volkenrechtelijk erkend is en die ook algemeen beschouwd worden als inbreuken op de internationale rechtsorde, in bepaalde staten toch geoorloofd en soms zelfs verplicht zijn. Wij denken vooral aan oorlogsmisdrijven. Wij zouden menen dat deze omstandigheid niet aan universele jurisdictie in de weg staat. Of er in een concreet geval een schulditsluitingsgrond voor crimineel gedrag kan zijn is geen jurisdictieprobleem.

5.5. Beperkingen

Evenals personele geldt volledige jurisdictie soms onder beperkingen. De beperkingen zijn hier echter veel minder frequent en minder algemeen dan bij het personaliteitsbeginsel.

Een enkele maal vindt men de eis van dubbele strafbaarheid, nl. in Joegoslavië voor toepassing van het beschermingsbeginsel op een bepaald delict (16). België verlangt voort de uitoefening van universele jurisdictie in sommige gevallen een 'officieel bericht, door de vreemde overheid aan de Belgische overheid gegeven' (17). Met vreemde overheid zal wel de overheid van de *locus delicti* bedoeld zijn.

Soms is de uitoefening van volledige (m.n. universele) jurisdictie afhankelijk gesteld van de aanwezigheid van de verdachte.

(16) Oehler (Lit. 16), p. 361.

(17) Wetboek van Strafvordering, art. 10, sub 3°.

Ook in het Nederlandse recht komt men die eis tegen (W.v.S. art. 4, 7^o, sub a, b en c).

Er zijn ook specifieke beperkingen, die men m.n. vindt in de luchtpiraterijverdragen (18), zoals dat het betrokken luchtvaartuig in vlucht of in bedrijf moet zijn geweest.

5.6. Volledige jurisdictie naar Nederlands recht

In deze paragraaf geven wij een zo volledig mogelijk overzicht van Nederlandse wetbepalingen, waaruit volledige jurisdictie voortvloeit. Per geval zullen wij aangeven op welk beginsel dit geacht moet worden gebaseerd te zijn.

5.6.1. Volledige jurisdictie volgens het Wetboek van Strafrecht

Volgens artikel 4 W.v.S. geldt volledige rechtsmacht voor de volgende misdrijven:

art. 92	aanslag tegen leven of vrijheid staatshoofd	beschermings- beginsel
art. 93	aanslag tegen staat	idem
art. 94	aanslag tegen grondwettige regeringsvorm of orde troonsopvolging	idem
art. 95	geweld tegen Regeringsraad	idem
art. 95a	geweld tegen Ministerraad	idem
art. 97a	verbinding met persoon in buitenland ter voorbereiding of bevordering omwenteling	idem
art. 98	schending staatsgeheim	idem
art. 98a -98c	ander ontoelaatbaar gedrag m.b.t. staatsgeheim	idem
art. 105	bedrog bij leverantie aan krijgsmacht	idem
art. 108	aanslag op lid koninklijk huis	idem
art. 109	aanranding Koning	idem
art. 110	aanranding troonopvolger	idem

(18) Verdrag van Den Haag van 16 december 1970, Trb. 1971, 50 en Verdrag van Montreal van 23 september 1971, Trb. 1971, 218, vgl. M.R. Mok in *N.J.B.* 1973, p. 837 e.v. en 879 e.v.

alsmede het opruien en aanzetten tot deze misdrijven, mislukte uitlokking en begunstiging daarvan en — in sommige gevallen — samenspanning daartoe

art. 208/209	valschemunterij	universaliteitsbeginsel (19)
art. 216/217	misdrijven t.a.v. zegels en keurmerken	beschermingsbeginsel
art. 226	valsheid m.b.t. schuldbrieven e.d. van de Nederlandse overheid binnen de door art. 4, 4 ^o aangegeven grenzen	idem
artt. 381-385	zeeroof etc.	universaliteitsbeginsel
artt. 409-410	voeren valse vlag/vals onderscheidingsteken (schip)	beschermingsbeginsel
art. 207a	meineed voor internationaal gerecht (op klacht)	universaliteitsbeginsel
art. 168	vernietiging Nederlands luchtvaartuig	beschermingsbeginsel
art. 385a	vliegtuigkaping, onder enige beperkingen, m.n. dat de verdachte zich in Nederland bevindt	universaliteitsbeginsel (20)
art. 385b	daad van geweld tegen inzittende van luchtvaartuig, mits verdachte zich in Nederland bevindt; daad van geweld tegen inzittende Nederlands luchtvaartuig;	idem beschermingsbeginsel
art. 385c	vals bomalarm m.b.t. Nederlands luchtvaartuig (21)	idem

(19) Mede: beschermingsbeginsel.

(20) Ten onrechte spreekt Oehler (Lit. 16) p. 495, hier van 'stellvertretende Strafrechtspflege' (zie ook v.d. Meijs-Orie (Lit. 13), p. 67). Hij heeft zich op een dwaalspoor laten brengen door de woorden 'if it does not extradite him', waarmee de Diplomatieke Conferentie van Den Haag van december 1970 een zekere voorkeur voor uitlevering heeft willen doen blijken. De bedoeling universele jurisdictie te vestigen staat echter vast. Een en ander blijkt uit de bijde International Civil Aviation Organisation beschikbare 'Minutes' van de conferentie.

(21) Zowel t.a.v. art. 385b als art. 385c geldt: als het delict aan boord van een Nederlands luchtvaartuig is begaan, bestaat uiteraard 'territoriale' jurisdictie (o.g.v. art. 3 W.v.S.).

Voorts noemt art. 4 nog de overtreding van art. 446a (nalatigheid bij extraterritoriale opsporing). Dit is het enige geval waarin het Wetboek t.a.v. een overtreding volledige rechtsmacht kent. In feite kan men hier beter van personele rechtsmacht spreken. De bepaling van art. 4, 5° in fine trekt hier de lijn van art. 6 door.

In alle hierboven genoemde gevallen waarin sprake is van toepassing van het universaliteitsbeginsel, berust de volledige rechtsmacht op verdragen. Alleen voor zeeroof was de grondslag oorspronkelijk volkenrechtelijk gewoonterecht, maar dat is later, in de zeerechtverdragen van Genève van 1958, gecodificeerd (22).

De universele jurisdictie voor valsemunterij berust op het verdrag van 20 april 1929, Stb. 1932, 131. Vóór de ratificatie en uitvoering van dat verdrag gold de volledige rechtsmacht slechts voor vervalsing van Nederlands geld, zodat sprake was van toepassing van het beschermingsbeginsel. Ook nu is dat natuurlijk nog in de bepaling opgesloten. Het universaliteitsbeginsel omvat vrijwel steeds mede het beschermingsbeginsel.

Art. 207a, en de volledige rechtsmacht m.b.t. het daar omschreven misdrijf, zijn een gevolg van een gemeenschappelijke Benelux-regeling (Wet van 21 juli 1966, Stb. 322). De volkenrechtelijke grondslag van de universele jurisdictie volgt uit art. 207a zelf:

‘Hij die in de gevallen waarin *door of krachtens een internationale overeenkomst*, waarbij het Koninkrijk partij is, een verklaring onder ede (. . .)’.

De volledige rechtsmacht m.b.t. (onderdelen van) de artikelen 167 en 385a-385c berust op de luchtpiraterijverdragen van Den Haag en Montreal (23). Daarin voorkomende beperkingen heeft de wetgever nauwgezet gevolgd.

5.6.2. Volledige jurisdictie volgens andere Nederlandse wetten dan het Wetboek van Strafrecht

Al de in deze paragraaf genoemde gevallen zijn te beschouwen als toepassingen van het beschermingsbeginsel.

Het *Wetboek van Militair Strafrecht* (art. 5) verklaart de Nederlandse strafwet toepasselijk op ieder die zich in tijd van oorlog

(22) Verdrag inzake de volle zee, 29 april 1958, Trb. 1959, 124, artt. 14-22, i.h.b. art. 19.

(23) zie noot 18 op p. 140.

buiten Nederland schuldig maakt aan enig strafbaar feit, waarvan onder die omstandigheden de kennisneming aan de militaire rechter behoort.

De *Wet Oorlogsstrafrecht* (art. 3, aanhef en sub 1°, 2° en 3°) bepaalt dat in tijd van oorlog voor een aantal zowel in die wet zelf als in het Wetboek van Strafrecht omschreven delicten (waaronder heling) volledige rechtsmacht geldt. Voor de meeste delicten is dat aan de voorwaarde onderhevig dat 'dit feit is gepleegd tegen of met betrekking tot een Nederlander of een Nederlands rechtspersoon of indien enig Nederlands belang daardoor is of kon worden geschaad'. Hier is dus het beschermingsbeginsel in zijn beide variaties (passief personaliteitsbeginsel en bescherming van staatsbelangen) expliciet vermeld. Het Buitengewoon Besluit Strafrecht van 1943 (Stb. D 61) kende een dergelijke regeling.

Voorts noemen wij:

de *Algemene wet douane en accijnzen* art. 193);

de *Algemene wet rijksbelastingen* (art. 73);

het *Deviezenbesluit* (art. 31);

de *Invaliditeitswet* (art. 406);

de *Rijkswet noodvoorzieningen scheepvaart* (art. 30);

de *Schepenwet* (art. 66bis); (24)

de *Vaarplichtwet* (art. 23).

Het genoemde artikel uit de *Algemene wet rijksbelastingen* luidt:

'De Nederlandse strafwet is ook van toepassing op ieder die zich buiten het Rijk schuldig maakt aan enig in de belastingwet omschreven misdrijf.'

Hofstra (25) heeft er op gewezen dat de aangifte wordt gedaan door haar bij de inspecteur 'in te leveren'. Onjuiste of onvolledige aangifte vindt daarom steeds in Nederland plaats. Men kan zeggen dat de wet zodoende tweemaal dezelfde regel bevat, eenmaal in de vorm van (fictieve) territoriale, eenmaal in de vorm van volledige rechtsmacht. Het merkwaardige is dat, doordat ook het omisdelict, niet doen van aangifte, geacht moet worden op de vestigingsplaats van de inspecteur te zijn begaan, degene (Nederlander

(24) Hazewinkel-Suringa (Lit. 7), p. 470/1, noemt nog art. 94 van de Scheepvaartverdragswet (Stb. 1919, 151), maar deze wet is in 1931 (Stb. 587) ingetrokken.

(25) H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands Belastingrecht*, 4e druk, 1977, p. 321.

of niet) die buiten Nederland verblijvend een Nederlandse aangifte had moeten verrichten, doch dat nalaat, eveneens onder de werking van de Nederlandse strafwet valt, hoewel het niet doen van aangifte een overtreding is, die niet door art. 73 wordt gedekt.

Over art. 193 van de A.W.D.A. merken wij nog op dat dit (mede) naar een overtreding verwijst; dit is één van de weinige gevallen van volledige rechtsmacht t.a.v. een overtreding. Een ander voorbeeld vindt men in de Schepenvet die t.a.v. alle daarin voorziene strafbare feiten, waaronder overtredingen, volledige rechtsmacht heeft geschapen.

5.7. Rechtspersonen

Aangezien het Nederlandse strafrecht algemeen de rechtspersoon als mogelijke dader van strafbare feiten erkent, geldt dit ook voor in het buitenland door buitenlandse rechtspersonen begane feiten, waarvoor Nederland volledige rechtsmacht heeft. De vraag kan wel rijzen of een buitenlandse corporatie een rechtspersoon is (of daarmee op grond van art. 51, lid 3, W.v.S. gelijk te stellen is). Dit probleem kan zich echter even goed voordoen bij in Nederland zelf door buitenlandse rechtspersonen begane delicten. Men kan dan het beste de privaatrechtelijke hoofdregel toepassen volgens welke een naar vreemd recht bestaande rechtspersoon naar Nederlands recht als zodanig wordt erkend (26).

Op de enige plaats waar, voorzover wij konden nagaan, het passief nationaliteitsbeginsel uitdrukkelijk in de Nederlandse wetgeving voorkomt (Wet Oorlogsstrafrecht) worden Nederlandse rechtspersonen apart vermeld.

5.8. Poging en deelneming

Wat in het vorige hoofdstuk over personele jurisdictie m.b.t. poging en deelneming is gezegd, geldt mutatis mutandis ook voor volledige jurisdictie. Wanneer Nederland volledige rechtsmacht heeft voor een bepaald delict, geldt dat niet alleen voor het plegen daarvan, maar ook voor poging en deelneming.

(26) Van Schilfgaarde (Lit. 22), p. 28/9.

Eventuele beperkingen moeten bij deelneming betrokken worden op de van deelneming verdachte. De niet-Nederlandse verdachte van medeplichtigheid valt dus alleen onder de werking van de Nederlandse strafwet als hij in Nederland wordt aangetroffen. Of ook de verdachte van het *plegen* in Nederland is, lijkt ons niet relevant.

5.9. Ontwerp-Beneluxovereenkomst

Het al genoemde Benelux-ontwerp omtrent de werking van de strafwet naar tijd en plaats (27) bevat een tweetal artikelen (4 en 5) over volledige jurisdictie. Indrukwekkend is het ontwerp in dit opzicht niet. Het splitst de bepalingen per land uit; er is dus een afzonderlijk gedeelte voor Nederland, waarin echter verschillende thans in art. 4 W.v.S. genoemde delicten niet voorkomen. Daarin moet de nationale wetgeving zelfstandig voorzien. Valsemunterij is in tweeën verdeeld: voor eigen en vreemde munt; het lijkt geen verbetering.

Een nieuwigheid is de opneming van delicten tegen internationale instellingen, waarbij de drie landen zijn aangesloten. Of dit door praktijkervaringen is ingegeven, dan wel 'zo maar bedacht', blijkt niet.

5.10. Rechtvaardiging van volledige rechtsmacht

5.10.1. Beschermingsbeginsel

De argumenten die men in de literatuur tegenkomt zijn niet overdadig. Men kan haast een zekere onbehaaglijkheid over het beginsel constateren; men ziet het als een noodzakelijk kwaad.

Donnedieu de Vabres (28) spreekt over 'les nécessités de l'existence'. Hazewinkel-Suringa/Rommelink (29) heeft het over de 'drang tot zelfverdediging, wanneer het gaat om grote waarden als de eigen veiligheid, de eigen kredietwaardigheid en andere staats-

(27) Zie noot 55 op p. 109.

(28) Lit. 4, p. 90.

(29) Lit. 7, p. 466.

belangen, die aan andere staten onverschillig zijn'. Lombois (30) concretiseert deze laatste gedachte door er op te wijzen dat de omschrijving van misdaden tegen de veiligheid van de staat doorgaans zo gedefinieerd zijn dat het slechts gaat om de eigen staat. Een in Frankrijk gepleegde aanslag tegen de veiligheid van de Nederlandse staat, behoeft in Frankrijk niet (als zodanig) strafbaar te zijn.

Oehler (31) volgt een dergelijke gedachtengang. Wanneer hij spreekt over de ontbrekende internationale solidariteit die staten noodzaakt hun toevlucht te zoeken bij het beschermingsbeginsel laat hij wel merken het beschermingsbeginsel als een 'pis aller' te zien. Volledige rechtsmacht op grond van het beschermingsbeginsel lijkt alleen dan gerechtvaardigd als het er om gaat gewichtige staatsbelangen te beschermen (31a). De Nederlandse wetgever heeft zich aan die regel in het algemeen gehouden. Een enkele maal (de Algemene Wet douane en accijnzen en de Schepenwet zijn voorbeelden) heeft hij zijn handen ook wel eens uitgestrekt naar minder gewichtige belangen. Het is natuurlijk niet zoals het hoort wanneer iemand, zelfs een buitenlander in het buitenland, met behulp van valse bescheiden probeert een Nederlandse inspecteur van invoerrechten en accijnzen een rad voor ogen te draaien. Dat de Nederlandse staat door dat delict (waarop een boete van f 5000 bedreigd is) in gevaar komt, kan men echter moeilijk volhouden (31b).

5.10.2. Universaliteitsbeginsel

De rechtvaardiging van het universaliteitsbeginsel zoekt men in het belang van de mensheid als zodanig en dergelijke, idealistisch klinkende, begrippen. De Duitse term 'Weltrechtspflegeprinzip' houdt reeds een rechtvaardiging in.

Wij zagen dat in Nederland voor toepassing van universele jurisdictie een volkenrechtelijke grondslag wordt verlangd. Dit is

(30) Lit. 10, p. 326.

(31) Lit. 16, p. 376.

(31a) Vgl. ook de conclusie van a.-g. Remmelink bij H.R. 29 mei 1978, *N.J.* '78, 358 op p. 1251.

(31b) De wetgever heeft stellig economische belangen niet willen uitsluiten (vgl. Smidt I, p. 131), maar ook hier moet het o.i. om gewichtige belangen gaan.

o.m. tot uitdrukking gebracht bij de parlementaire behandeling van de wetten van 31 maart 1971, Stb. 166 en van 10 mei 1973, Stb. 228. In de m.v.a. aan de Tweede Kamer over het ontwerp van eerstgenoemde wet (32) heeft de regering gezegd dat eenzijdige uitbreiding van de jurisdictie ook niet zinvol is zolang niet vaststaat dat deze door andere staten zal worden erkend.

De wetgever houdt zo angstvallig aan de volkenrechtelijke grondslag van universele jurisdictie vast, dat gedurende de periode 1967-1973 art. 385 W.v.S. o.m. het in de macht van zeerovers brengen van luchtvaartuigen strafbaar stelde. Een lichtelijk irreëel klinkende veronderstelling, te verklaren uit de universele jurisdictie t.a.v. art. 385, de wens iets tegen vliegtuigkaping te doen en het feit dat slechts voor gedragingen van zeerovers een volkenrechtelijke grondslag bestond. Bij de uitvoering van het Verdrag van Den Haag is deze bizarre bepaling geschrapt: toen was de volkenrechtelijke grondslag aanwezig voor universele jurisdictie t.a.v. vliegtuigkaping in het algemeen.

De Nederlandse wetgever is met toepassing van het universaliteitsbeginsel zelfs terughoudend als er wel een volkenrechtelijke grondslag aanwezig is. Van mogelijkheden tot uitbreiding van de jurisdictie bij bepaalde vormen van handel in verdovende middelen en bij vrouwenhandel is geen gebruik gemaakt.

Overigens neemt het aantal verdragen, die machtigen of nopen tot de vestiging van universele jurisdictie, toe. Wij noemden reeds de door Nederland bekrachtigde luchtpiraterijverdragen van 1970 en 1971. Daar zijn andere, (nog) niet door Nederland aanvaarde, verdragen bijgekomen:

— Convention on the prevention and punishment of crimes against internationally protected persons, including diplomatic agents (1973);

— International Convention against the Taking of Hostages (1979);

— Convention on the physical protection of nuclear material (1979).

Onbedenkkelijk is deze ontwikkeling niet. De gedachte achter de vestiging van universele jurisdictie is hier dat daders van de in die verdragen omschreven delicten nergens ter wereld een veilig toevluchtsoord moeten kunnen vinden. Het realiseren daarvan is moeilijk: het vliegtuigkapingsverdrag van Den Haag is door ver

(32) Kamerst. 10594, nr. 7, p. 3, r.k.

over de honderd staten aanvaard, maar door enkele ook niet. Kapers weten die te vinden. Daarentegen kan universaliteit tot afschuiving en verwatering van verantwoordelijkheden leiden. Weinig staten stellen het op prijs terroristen voor hun gerechten en in hun gevangenissen te brengen, niet alleen omdat ze daar kerkkooptjes kunnen helpen gijzelen. Het heeft dus aantrekkelijke kanten (hoe verwerpelijk ook) terroristen e.d. 'onder de druk der omstandigheden' te laten gaan. Het universaliteitsbeginsel levert dan het excuus op dat ze elders ook kunnen worden vervolgd.

5.11. Enkele conclusies

a. Volledige rechtsmacht is in bepaalde gevallen volkenrechtelijk geoorloofd en, zoal niet onmisbaar, dan toch nuttig, maar er dient grote terughoudendheid mee betracht te worden.

b. Het passief nationaliteitsbeginsel is een, volkenrechtelijk gezien, dubieuze grondslag voor jurisdictie. Voor Nederland is dit geen zeer actueel probleem, omdat het Nederlandse recht, anders dan het Duitse en het Franse, dit beginsel nauwelijks kent. Zelfs voor oorlogsmisdaden, waar wij het wel kennen, is het twijfelachtig. Misdrijven tegen de menselijkheid lijken een grond voor uitbreiding van de rechtsmacht die aantrekkelijker is dan misdrijven tegen eigen onderdanen. Het is waarschijnlijk (wij zijn daar niet nader op ingegaan) dat voor 'universalisering' een volkenrechtelijke grondslag aanwezig is.

c. Het plaatsvervangings- of subsidiariteitsbeginsel als grondslag voor volledige rechtsmacht, zoals Duitsland kent en ook in Nederland wel bepleit is (33), is in zijn algemeenheid af te wijzen. Daarvoor is, om met Oehler te spreken, de solidariteit tussen staten te gering. Anders ligt het wanneer de staat binnen welks grondgebied het feit is begaan, of waar de verdachte thuishoort, zelf vraagt tot vervolging over te gaan. Men komt dan in de sfeer van overneming van strafvervolging, die het best in verdragen te regelen is. Het is echter ook wel denkbaar in de nationale wet vast te leggen dat in bepaalde gevallen op verzoek van een betrokken

(33) Van Dorst (zie noot 43 op p. 104) en Van Veen (zie noot 55 op p. 109).

vreemde mogendheid en op voorwaarde van wederkerigheid de strafvervolgning kan worden overgenomen. Of dan tevens de strafrechtelijke competentie wordt 'overgenomen', dan wel subsidiaire jurisdictie wordt gevestigd, lijkt een kwestie van woorden.

d. Er is voorshands geen grond gebleken om over te gaan tot invoering van volledige rechtsmacht t.a.v. deelneming (door buitenlanders in het buitenland) aan een delict waarvan de pleger Nederlander is.