

Rechtsmacht over de grens of rechtsmacht begrensd?

Mr R.E. Tak en Mr R. Klein*

Inhoud

1	Inleiding	2
2	Definities	3
3	Algemene beginselen van rechtsmacht	4
3.1	Soevereiniteitsbeginsel	4
3.2	Rechtsmacht benaderd vanuit het internationaal publiekrecht	5
3.2.1	Drie benaderingen	5
3.3	Rechtsmacht benaderd vanuit het internationaal privaatrecht	7
3.3.1	Enkele beschouwingen ten aanzien van het Amerikaanse privaatrecht	8
3.3.2	Het Nederlandse stelsel	11
3.4	Captive jurisdiction	13
3.4.1	Verordenende jurisdictie	13
3.4.2	Handhavingsjurisdictie	19
3.5	Ontwikkelingen strafrecht	27
4	Conclusies	29

**Ralph Tak en Raoul Klein zijn werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Dit preadvies hebben zij op persoonlijke titel geschreven. Zij bedanken prof. mr. dr. O.J.D.M.L. Jansen voor zijn opmerkingen bij de eerdere versies van dit preadvies.*

1 Inleiding

Nederland. Een land met een klein oppervlakte en relatief veel inwoners. Een land met een wereldhaven en een van de grootste vliegvelden van West-Europa. Een land met een open economie waarvan de exporten het grootste deel van het bruto binnenlandse product uitmaken. Het behoeft geen betoog dat de zojuist genoemde kenmerken van ons mooie land vragen oproepen over de toepasselijkheid en reikwijdte van onze wetten. Deze vragen zijn als gevolg van de globalisering en de komst van gedigitaliseerde markten, steeds actueler geworden. Een Chinese onderneming die haar producten via een Belgische website aanbiedt aan Nederlandse consumenten. Een Ghanese en Zuid-Afrikaanse onderneming die gaan fuseren en een groot deel van de Europese markt in handen hebben. Een Amerikaans softwarebedrijf dat via apps persoonsgegevens verwerkt van een Nederlandse gebruiker. Een succesvolle Japanse ondernemer die binnen Europa shopt naar het gunstigste belastingklimaat. Dit zijn al lang geen hypothetische voorbeelden meer.

Deze voorbeelden roepen vragen op over de toepasselijkheid en de reikwijdte van de regels waarvan nationale bestuursorganen met het toezicht op de naleving zijn belast. Anders gezegd: Moet de Chinese onderneming zich bij het aanbieden van deze producten houden aan de nationale spelregels die consumenten beogen te beschermen? Is het in Nederland geldende concentratierecht van toepassing op een fusie tussen bedrijven die buiten Europa zijn gevestigd? Wie mag, moet of kan eigenlijk optreden tegen een Amerikaans softwarebedrijf dat bij het aanbieden van apps persoonsgegevens van Nederlanders in strijd met de in Nederland geldende privacywetgeving verwerkt? Zo maar een aantal vragen dat gesteld kan worden bij deze voorbeelden. Deze vragen maken duidelijk dat wij ons ook in het bestuursrecht steeds vaker geconfronteerd zien met vragen over de reikwijdte van regels en de bevoegdheid van (handhavende) instanties. Kortom vragen over (extraterritoriale) rechtsmacht, die de vier verschillende auteurs van dit preadvies aan de orde stellen en proberen te beantwoorden.

Dit preadvies bestaat grofweg uit twee delen: een algemeen deel over rechtsmacht, gevolgd door een uitwerking voor een aantal specifieke rechtsgebieden in een meer bijzonder deel. In het algemene deel van ons preadvies verkennen wij welke factoren een rol spelen bij het vestigen en uitoefenen van (extraterritoriale) rechtsmacht en welke grenzen er worden gesteld aan de rechtsmacht van staten. Daarbij wordt eerst stilgestaan bij het soevereiniteitsbeginsel en het territorialiteitsbeginsel, die van oudsher de basis vormen voor de rechtsmacht van een staat. Vervolgens wordt ingezoomd op de wijze waarop in het internationaal publiekrecht en internationaal privaatrecht wordt omgegaan met vragen over rechtsmacht. Daarna bezien wij hoe de (Europese) wetgever vanuit verschillende beleidsdoelstellingen regels opstelt die zich kunnen uitstrekken tot (gedragingen) buiten het grondgebied van Nederland of de Europese Unie. Dan nemen wij het algemene bestuursrecht onder de loep om te zien of het algemene bestuursrecht instrumenten kent om met grensoverschrijdende kwesties om te gaan. Daarbij gaat het om de mogelijkheid om handhavend op te treden, controle- en handhavingsbevoegdheden uit hoofdstuk 5 van de Awb in te

zetten, maar ook om de mogelijkheden die er zijn om regels te effectueren. Ten slotte wordt met een schuin oog gekeken naar de ontwikkelingen die het strafrecht heeft doorgemaakt op het gebied van rechtsmacht om te zien of het bestuursrecht daar nog wat van te leren heeft.

Na dit algemene deel gaan de verschillende preadviseurs ieder nader in op een ander rechtsgebied waar specifieke vraagstukken van (extraterritoriale) rechtsmacht spelen. Het gaat om rechtsgebieden waarbij van oudsher veel grensoverschrijdende kwesties spelen: het belastingrecht en mededingingsrecht. Maar ook om rechtsgebieden die, mede door de eerder genoemde digitalisering en toename van de internationale handel, recenter zijn opgekomen en opgebloeid: consumentenrecht en privacy (de bescherming van persoonsgegevens).

2 Definities

Voordat wij starten met dit algemene deel, is het goed om een aantal begrippen te duiden die wij hierna zullen gebruiken. Hoewel dit preadvies (vanzelfsprekend) uitgaat van rechtsmacht van *bestuursorganen* ontkomen wij er niet aan om voor de invulling van voor dit preadvies relevante begrippen, aansluiting te zoeken bij het internationaal publiekrecht. Dat is ook niet zo gek gezien het feit dat het optreden door nationale bestuursorganen tegen gedragingen die de landgrenzen te buiten gaan, centraal staat.

Het belangrijkste begrip is natuurlijk 'rechtsmacht'. Met rechtsmacht bedoelen wij 'jurisdictie'. Jurisdictie is op haar beurt weer een afgeleide van '*juris dicere*' wat letterlijk 'recht spreken' betekent, waarbij het begrip 'recht' als synoniem voor 'bevoegdheid' moet worden gelezen. In dit preadvies verstaan wij onder rechtsmacht: de bevoegdheid om gezag uit te oefenen jegens personen¹ door middel van het opstellen van regels en het nemen van besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) ter handhaving van deze regels. De bevoegdheid om regels op te stellen jegens personen – ook wel *prescriptive jurisdiction* – noemen wij in dit preadvies: verordenende jurisdictie. De bevoegdheid om handhavend op te treden tegen gedrag in strijd met de opgestelde regels – *enforcement jurisdiction* – noemen wij handhavingsjurisdictie². Rechtsmacht in de zin van de bevoegdheid van de rechter om recht te spreken wordt in dit preadvies verder buiten beschouwing gelaten.

De tijd dat een staat zich slechts hoefde te bekommeren om gedragingen die op zijn territorium plaatsvonden, ligt – zoals gezegd – geruime tijd achter ons. Globalisering, de opkomst van digitale markten en beleidsvraagstukken met een internationale dimensie zorgen er voor dat een staat of een internationale organisatie (zoals de Europese Unie), zich bij de aanpak van problemen niet meer kan beperken tot gedragingen die uitsluitend op of vanaf zijn grondgebied ten uitvoer worden gelegd. Europese of nationale regelgeving is steeds vaker (ook) van toepassing op gedragingen buiten Europa of buiten het territorium van een staat. Maar ook de handhaving van regels stopt niet bij de

¹ Met personen wordt hier bedoeld, zowel rechtspersonen als natuurlijke personen.

² Zie voor een uitgebreide omschrijving van deze begrippen: Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press 2015, p. 5-10.

grens van het territoir. Handhavende instanties achten zich steeds vaker bevoegd om op te treden tegen gedrag dat (gedeeltelijk) buiten het territoir van die handhavende instanties wordt verricht. De jurisdictie om regelgevend of handhavend te interveniëren bij gedrag dat zich (gedeeltelijk) buiten het territoir van de regelgevende of handhavende instantie ten uitvoer wordt gelegd, noemen wij (bij gebrek aan een betere Nederlandse vertaling) *captive jurisdiction*. Deze term is een verzamelbegrip voor alle jurisdictie van een staat of organisatie over gedragingen die gedeeltelijk buiten het territoir (extraterritoir³) van die staat of organisatie plaatsvindt. De term *captive jurisdiction* brengt tot uitdrukking dat het gaat om gedrag dat wordt 'gevangen' door de jurisdictie van de betreffende staat of organisatie. Dat gebeurt niet zomaar, er zullen steeds omstandigheden zijn die maken dat een staat tegen dergelijk gedrag kan optreden. Veelal zal dat een link met het grondgebied van de betreffende staat zijn (zoals gedrag dat van invloed is op de stabiliteit van financiële markt binnen de betreffende staat) maar dat hoeft niet. Zoals wij hierna uiteen zullen zetten vinden wetgevers bij het opstellen van internationale regels steeds vaker andere, nieuwe aanknopingspunten om gedragingen die buiten het eigen grondgebied plaatsvinden, te normeren. Deze zogeheten 'triggers' – zoals de vraag waar het effect van bepaald gedrag zich voordoet – worden (zoals wij zullen zien) tegenwoordig gebruikt om op een meer mondiaal niveau te kijken naar oplossingen voor gedragingen die een bedreiging vormen voor de economie of het milieu.

3 Algemene beginselen van rechtsmacht

3.1 Soevereiniteitsbeginsel

Onlosmakelijk verbonden met het begrip rechtsmacht is de soevereiniteit van een staat. Soevereiniteit houdt letterlijk het hoogste gezag ('*suprema potestas*') van een staat in. Van oorsprong duidde het begrip 'soevereiniteit' op de afwezigheid van een boven het niveau van staten uitstijgend wereldlijk of geestelijk gezag.⁴ In de 16^e eeuw werd – simpel gezegd – het idee losgelaten dat de staat ondergeschikt was aan de rooms-katholieke kerk. Met het ontstaan van de moderne staat in die periode werd het begrip geassocieerd met 'een hoogste, niet herleidbare, ondeelbare, ongebonden en niet te beperken macht of bevoegdheid'.⁵

In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen twee vormen van soevereiniteit, namelijk, de interne soevereiniteit en externe soevereiniteit.⁶ De interne dimensie – ook wel: soevereiniteit in staatsrechtelijke context – gaat om een specifieke vorm van het organiseren van macht. Soevereiniteit geeft in dat verband een duidelijk antwoord op de vraag wie en onder welke voorwaarden binnen een bepaalde rechtsorde voor mensen bindende, algemene regels mag stellen of wie in concrete gevallen bindende beslissingen mag nemen.

³ De term 'extraterritoir' is eigenlijk misleidend omdat het ten onrechte suggereert dat het gedrag geen (enkele) band heeft met het eigen territoir.

⁴ J.E.D. Voetelink, *Status of forces: Strafrechtsmacht over militairen vanuit internationaalrechtelijk & militair-operationeelrechtelijk perspectief*, Amsterdam: Center for International Law 2012, p. 105 e.v.

⁵ C. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 7^{de} druk, Deventer: 2012, p. 61.

⁶ K. Manusama, P. Rauwerda, P. van Schie, J. Toet & D. Turk, *Soevereiniteit*, TeldersStichting, 2016, p. 9 e.v.

De externe dimensie – of: soevereiniteit in volkenrechtelijke zin – duidt op de onafhankelijkheid van een staat ten opzichte van andere staten op zo'n manier dat de staat op zijn rechtsgebied de overheidsmacht zonder inmenging van andere staten uitoefent. Deze vorm van soevereiniteit wordt het beste tot uitdrukking gebracht in de bewoordingen van het Permanent Hof van Arbitrage in de *Islands of Palmas-zaak*⁷:

‘Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State.’

De soevereine staat oefent het exclusieve gezag uit over het eigen territorium en zijn bevolking. Dit wordt ook wel het territorialiteitsbeginsel genoemd, dat hieronder in paragraaf 2.4.1 kort zal worden behandeld. Het territorialiteitsbeginsel is een fundamenteel basisprincipe van rechtsmacht en regelt dat staten ongelimiteerd hun regels kunnen handhaven ten aanzien van een ieder die zich op hun grondgebied bevindt. Een onbegrensde uitoefening van de eigen rechtsmacht raakt echter de soevereine rechten van andere staten. Hiermee rijzen interessante vragen: Wat gebeurt er wanneer een staat bij het uitoefenen van rechtsmacht in aanraking komt met de soevereine rechten van een ander land? En: in welke mate hebben staten de bevoegdheid hun wetten en regels buiten hun landgrenzen toe te passen en te handhaven?

3.2 Rechtsmacht benaderd vanuit het internationaal publiekrecht

3.2.1 Drie benaderingen

Over de rechtsmacht van staten zijn van oudsher drie benaderingen te onderscheiden.⁸ De meest nationalistische van de drie gaat ervan uit dat een staat volkomen vrij is zijn regels van toepassing te verklaren op alle soort gedragingen, gepleegd in binnen- en buitenland. Deze benadering wordt nagenoeg niet (meer) aangehangen in het internationale publiekrecht.⁹

In de tweede benadering is een staat vrij zijn rechtsmacht buiten haar eigen territorium naar eigen goeddunken uit te oefenen, tenzij een volkenrechtelijke verbodsnorm zich hiertegen verzet (de extensieve benadering). Deze benadering is toegepast in de (klassieke) *Lotus-zaak*.¹⁰ In het kort maakte het Permanente Hof van Internationale Justitie in die zaak het belangrijke onderscheid tussen verordenende jurisdictie en handhavingsjurisdictie. Hoewel het Hof het van toepassing verklaren van regels buiten het eigen territorium van een staat voor mogelijk houdt onder het internationale recht, meent het dat de soevereiniteit van staten zich verzet tegen het nemen van maatregelen ter handhaving van deze regels. Die soevereiniteit impliceert immers een gelijkheid

⁷ Perm Ct Arb, *Island of Palmas (VS vs Nederland)*, 2 RIAAA 829 (1928).

⁸ A.M.M. Orie, *Internationaal strafrechtelijke aspecten van de Dost-affaire*, NJB 1976, p. 1049.

⁹ In *Handboek Internationaal Strafrecht*, Wolters Kluwer, 2e druk, 2015 noemt Van Elst enkele gevallen waar deze benadering is toegepast. Zie hoofdstuk 2.1.

¹⁰ PCIJ, *SS Lotus (Frankrijk vs. Turkije)*, PCIJ Reports, Series A, No 10 (1927).

tussen staten die meebrengt dat de ene staat geen sancties kan opleggen of andere juridische maatregelen ten uitvoer kan leggen buiten zijn grondgebied. Binnen deze benadering is extraterritoriale rechtsmacht weinig effectief, met name als degene die de regels overtreedt zich niet op het grondgebied van de betreffende staat bevindt of als deze daar geen bezittingen heeft waarop eventuele maatregelen ten uitvoer kunnen worden gelegd.¹¹

In de derde benadering is het staten juist niet toegestaan rechtsmacht buiten hun grondgebied uit te oefenen, tenzij dit gelegitimeerd is op grond van een volkenrechtelijk beginsel (de restrictieve benadering, *de facto* het omgekeerde van de extensieve benadering). Daarvan zijn de belangrijkste uitwerkingen: het territorialiteitsbeginsel, het nationaliteitsbeginsel, het beschermingsbeginsel en het universaliteitsbeginsel. Wij laten deze beginselen hierna kort de revue passeren.

Op grond van het territorialiteitsbeginsel hebben staten, zoals het woord ook suggereert, rechtsmacht op hun eigen territorium of grondgebied. Het grondgebied van een staat bestaat uit het landgebied, de binnenwateren en de territoriale zee en de luchtkolom¹² daarboven¹³. De landgrenzen van Nederland zijn verdragsrechtelijk vastgelegd.

Op grond van het Zeerechtverdrag¹⁴ is de breedte van de territoriale zee vastgesteld op 12 mijl. De aangrenzende zone is de zone aansluitend op de territoriale zee en kan tot maximaal 24 zeemijlen uit de kust reiken, hetgeen betekent dat bij een territoriale zee van 12 mijlen deze zone maximaal 12 mijlen bestrijkt.¹⁵ Anders dan een territoriale zee heeft een staat niet van rechtswege een aansluitende zone, maar moet hij deze afkondigen om van de daaraan verbonden rechten gebruik te kunnen maken. Nederland heeft dit enkele jaren geleden gedaan. Het continentale plat van een kuststaat omvat de zeebodem en de ondergrond van de onder water gelegen gebieden die zich buiten zijn territoriale zee uitstrekken door de natuurlijke voortzetting van zijn landterritorium. Het plat strekt zich uit tot 200 mijl, gemeten van de basislijnen vanwaar de breedte van de territoriale zee wordt gemeten.¹⁶ Heel simpel gezegd is het continentale plat dat stuk grond dat vanaf de kust van een land onder water doorloopt gemeten vanaf de 12-mijl zone. De Nederlandse staat kan rechtsmacht uitoefenen over dit zeegebied.¹⁷

De exclusieve economische zone (EEZ) is een zone voorbij de territoriale zee van een staat tot maximaal tweehonderd zeemijlen, gemeten van de basislijnen.¹⁸ Kuststaten hebben rechtsmacht over deze zone. De grenzen van de Nederlandse EEZ vallen samen met de grens van de territoriale zee en de grenzen van het aan Nederland toekomende gedeelte van het continentaal plat.

¹¹ Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2015, p. 31-32.

¹² Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart, Chicago, 7 december 1944 (*Trb.* 1959, 45).

¹³ J.E.D. Voetelink, *Status of forces: Strafrechtsmacht over militairen vanuit internationaalrechtelijk & militair-operationeelrechtelijk perspectief*, Amsterdam Center for International Law, 2012, p. 108.

¹⁴ Artikel 3 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee, Montego Bay, 10 december 1982 (*Trb.* 1983, 83).

¹⁵ Artikel 33 Zeerechtverdrag.

¹⁶ Artikel 76, eerste lid, Zeerechtverdrag.

¹⁷ Zie ook A.L. Melai/A.H. Klip e.a. *Wetboek van Strafvordering*, IJSS, Kluwer, 2013, III.9.5.2.

¹⁸ Artikel 57 Zeerechtverdrag.

Naast het territorialiteitsbeginsel bestaat het nationaliteitsbeginsel. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het actieve en passieve nationaliteitsbeginsel. Op grond van het actieve nationaliteitsbeginsel mag een staat rechtsmacht uitoefenen over zijn onderdanen, zelfs indien deze zich buiten de landgrenzen van die staat bevinden. Dit beginsel brengt zelfs mee dat een staat rechtsmacht mag uitoefenen jegens personen die (na het overtreden van de regels) een andere nationaliteit hebben aangenomen. Het actieve nationaliteitsbeginsel vindt vaak toepassing binnen het belastingrecht, waar inkomen behaald in het buitenland als grondslag geldt voor de belastingaanslag. Het passieve nationaliteitsbeginsel sluit aan bij de nationaliteit van het slachtoffer.¹⁹

Nationaliteit is overigens ook van belang voor rechtsmacht ten aanzien van schepen en vliegtuigen. Uitgangspunt bij deze vervoersmiddelen is dat deze geregistreerd staan in een staat en dat deze zogenaamde vlaggenstaten rechtsmacht kunnen uitoefenen over de personen aan boord van onder hun vlag opererende schepen en luchtvaartuigen. Deze vervoersmiddelen maken – voor de helderheid – geen deel uit van het territorium van een staat. Zo valt een schip dat zich in buitenlandse territoriale wateren bevindt onder de (territoriale) rechtsmacht van de betreffende staat.²⁰

Op grond van het beschermingsbeginsel hebben staten een basis om rechtsmacht uit te oefenen over handelingen buiten het grondgebied gepleegd, maar gericht tegen de veiligheid of andere vitale belangen van die staat. Bij dit laatste kan worden gedacht aan belangen zoals financiële stabiliteit en de bescherming van staatsgeheimen.

Tot slot kan rechtsmacht worden gevestigd op grond van het universaliteitsbeginsel. In tegenstelling tot de andere beginselen wordt op grond van het universaliteitsbeginsel rechtsmacht uitgeoefend zonder dat hier (per definitie) sprake is van een verband tussen de overtreding van de regels en de belangen van de handhavende staat. De gedragingen zijn dusdanig kwalijk dat de gehele internationale rechtsorde wordt geraakt, met als gevolg dat iedere willekeurige staat rechtsmacht kan uitoefenen.

3.3 Rechtsmacht benaderd vanuit het internationaal privaatrecht

Op het eerste gezicht lijkt het internationaal privaatrecht wellicht weinig relevant voor een preadvies dat gaat over rechtsmacht in het bestuursrecht, maar schijn kan bedriegen. Het internationaal privaatrecht geeft onder andere antwoord op de vraag welke regels van toepassing zijn op een privaatrechtelijk geschil met een internationaal karakter. Het internationaal privaatrecht zegt dus iets over de reikwijdte van de nationale regels van een staat. En dat kan ook relevant zijn voor vragen over de reikwijdte van publiekrechtelijke regels. Dat geldt te meer nu ook verbodsnormen steeds vaker privaatrechtelijk worden gehandhaafd. Voor ons Europeanen is het wellicht niet vanzelfsprekend, maar in het Amerikaanse rechtssysteem vindt de handhaving van verbodsnormen

¹⁹ Zie ook verderop paragraaf 3.5.

²⁰ E.D. Voetelink, Status of forces: Strafrechtsmacht over militairen vanuit internationaalrechtelijk & militair-operationeelrechtelijk perspectief, Amsterdam Center for International Law, 2012, p. 109.

al lange tijd (ook) privaatrechtelijk plaats.²¹ Privaatrechtelijke geschillen over de toepassing van verbodsnormen op gedrag dat zich buiten de regelgevende staat voor doet, kunnen ons veel leren over de vraag hoe ver de verordenende bevoegdheid van een staat strekt.

Het internationaal privaatrecht bestaat niet alleen uit regels die bepalen wat het toepasselijke recht is (het zogenaamde conflictenrecht), maar ook uit het internationale jurisdictierecht en het internationale erkennings- en executierecht.²² Het eerste onderdeel bevat regels over welke rechter bevoegd is om internationale privaatrechtelijke geschillen te beslechten. Het tweede onderdeel betreft regels over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen.

Het is belangrijk om hier op te merken dat elke staat zijn eigen regels van internationaal privaatrecht kent en dat elke staat de vrijheid heeft om zijn internationaal privaatrecht in te richten zoals hem dat belieft. Het volkenrecht geeft geen regels op het gebied van het internationaal privaatrecht.²³

Gezien het nationale karakter van het internationaal privaatrecht en het feit dat Amerikaanse rechters zich sinds het begin van de vorige eeuw hebben uitgelaten over geschillen waarin de extraterritoriale toepassing van Amerikaanse verbodsnormen centraal stonden, wordt hieronder eerst kort stilgestaan bij de Amerikaanse rechtsontwikkeling. Daarna wordt ingegaan op het Nederlandse internationaal privaatrecht, dat evenwel grotendeels wordt beheerst door Europese regelgeving. Hoewel een korte verkenning van dit rechtsgebied relevant is voor dit preadvies, is het uitdrukkelijk niet onze bedoeling hier een volledige uiteenzetting te geven van het internationaal privaatrecht.

3.3.1 Enkele beschouwingen ten aanzien van het Amerikaanse privaatrecht

Sinds het begin van de 19^e eeuw bestaat in het Amerikaanse recht het zogenaamde vermoeden tegen extraterritorialiteit ('*the presumption against extraterritoriality*'). Het Hooggerechtshof in de Verenigde Staten (*Supreme Court*) heeft in verschillende zaken een strikte presumptie tegen extraterritorialiteit gebruikt om de reikwijdte van federale wetten te beperken. In *The Apollon*-zaak, verwoordde het Hooggerechtshof dit als volgt:²⁴

'The laws of no nation can justly extend beyond its own 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. And however general and comprehensive the phrases used in our municipal laws may be, they must always be restricted in construction to places and persons, upon whom the legislature has authority and jurisdiction.'

²¹ Wellicht dat de Richtlijn civiele handhaving mededingingsrecht, wanneer deze is geïmplementeerd, verandering brengt in de mate waarin verbodsnormen binnen Europa civielrechtelijk worden gehandhaafd. Zie Richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie. Deze Richtlijn moet uiterlijk op 27 december 2016 geïmplementeerd zijn.

²² L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Kluwer 2015, p. 17.

²³ *Ibid* p.32.

²⁴ Zie o.a. de zaken *The Apollon*, 22 U.S., 362, 370 (1824). William S. Dodge noemt in zijn artikel *Understanding the presumption Against Extraterritoriality* nog een aantal voorbeelden.

Met andere woorden: hoe algemeen een norm ook is geformuleerd, een norm is altijd beperkt tot het territoir of de personen waarover de regelgevende instantie jurisdictie heeft.

Aan het begin van de vorige eeuw werd deze presumptie ook toegepast bij de privaatrechtelijke handhaving van de Amerikaanse Mededingingswet (*the Sherman Act*)²⁵:

'But the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done. For another jurisdiction, if it should happen to lay hold of the actor, to treat him according to its own notions, rather than those of the place where he did the acts, not only would be unjust, but would be an interference with the authority of another sovereign, contrary to the comity of nations, which the other state concerned justly might resent.

The foregoing considerations would lead, in case of doubt, to a construction of any statute as intended to be confined in its operation and effect to the territorial limits over which the lawmaker has general and legitimate power. "All legislation is *prima facie* territorial."

Hier brengt het Hooggerechtshof al iets meer nuance aan, door te stellen dat elke regel in geval van twijfel moet worden geacht beperkt te zijn in zijn reikwijdte of effect tot het territoir waarover de regelgevende instantie rechtsmacht heeft. Regelgeving is dus in beginsel territoriaal beperkt.

Ruim tachtig jaar later hanteert het Hooggerechtshof in de zaak *Aramco*²⁶ opnieuw de presumptie tegen extraterritorialiteit, maar nu in een verder afgezwakte vorm:

'It is a longstanding principle of American law "that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States."

Hier neemt het Hooggerechtshof dus als uitgangspunt dat bij afwezigheid van een andere bedoeling van de wetgever, alle wetgeving moet worden geacht alleen binnen het territoir van de Verenigde Staten te gelden. Dit uitgangspunt wordt door het Hooggerechtshof herhaald en aangevuld in de zaak *Morrison v. National Australia Bank*.²⁷

'It is a "longstanding principle of American law "that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States."

This principle represents a canon of construction, or a presumption about a statute's meaning, rather than a limit upon Congress's power to legislate(...). It rests on the perception that Congress ordinarily legislates with respect to domestic, not foreign matters(...). Thus, "unless there is the affirmative intention of the Congress clearly

²⁵ American Banana Co. v. United Fruit Co. 213 U.S. 347 (1909).

²⁶ EEOC v. Arabian American Oil Co. 499 U.S. 244 (1991).

²⁷ Morrison v. National Australia Bank 08-1191 (2010).

expressed” to give a statute extraterritorial effect, “we must presume it is primarily concerned with domestic conditions.”(...). The canon or presumption applies regardless of whether there is a risk of conflict between the American statute and a foreign law(...). When a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none.’

In de zaak *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*²⁸ oordeelt het Hoogerechtshof dat het *Alien Tort Statute* (ATS) geen extraterritoriale werking heeft. Om het vermoeden tegen extraterritorialiteit te weerleggen moet de ATS een duidelijke aanwijzing voor de extraterritoriale toepassing bevatten. Die aanwijzing is er volgens het Hoogerechtshof niet:

‘But to rebut the presumption, the ATS would need to evince a “clear indication of extraterritoriality.” It does not.’

Interessant detail in de *Kiobel*-zaak is de omstandigheid dat de Europese Commissie middels een *Amicus Curiae Brief* een zienswijze heeft uitgebracht richting het Hoogerechtshof. De Commissie betoogde in die zienswijze dat de VS slechts dan extraterritoriale werking kon toekennen aan de ATS wanneer dit past binnen het raamwerk voor rechtsmacht zoals ontwikkeld in het internationale recht. Concreet meende de Commissie dat de extraterritoriale toepassing van de ATS in overeenstemming met het internationale recht zou zijn, wanneer (1) de beklaagde een ingezetene is van de VS; (2) het gedrag de veiligheidsbelangen van de VS raakt; of (3) op grond van het universaliteitsbeginsel²⁹, dit laatste op de voorwaarde dat de eiser alle rechtsmiddelen in het eigen (nationale) systeem zonder succes heeft aangewend (en al die rechtsmiddelen zijn uitgeput).³⁰

Kort na de *Aramco*-zaak, lijkt het Hoogerechtshof de (afgezwakte) presumptie tegen extraterritorialiteit verder te nuanceren. Zo past het Hof deze rechtsregel niet (meer) toe in een zaak waarbij de vraag speelde of de Amerikaanse *Sherman-Act* van toepassing is op het gedrag van Britse verzekeraars dat effect heeft op de mededinging in de Verenigde Staten.³¹

‘One of the London reinsurers, Sturge Reinsurance Syndicate Management Limited, argues that the Sherman Act does not apply to its conduct in attending a single meeting at which it allegedly agreed to exclude all pollution coverage from its reinsurance contracts. Brief for Petitioner proposition was perhaps not always free from doubt, see *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U. S. 347 (1909), it is well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States.’

Uit deze rechtspraak maken wij op dat een Amerikaanse rechtsregel in beginsel alleen van toepassing is binnen het Amerikaanse territorium of op Amerikaanse burgers (beperkte presumptie

²⁸ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* 10-1491 (2013).

²⁹ Zie hierboven paragraaf 3.2.1.

³⁰ Brief of the European Commission on behalf of the European Union as *Amicus Curiae* in support of neither party, In the Supreme Court of the United States, *Esther Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*, 13 juni, 2012.

³¹ *Hartford Fire Ins. Co. v. California* 509 U.S. 764 (1993).

tegen extraterritorialiteit), tenzij de wetgever kennelijk een andere bedoeling had. In geval van het Amerikaanse mededingingsrecht staat, daarentegen, inmiddels buiten twijfel dat deze wet ook van toepassing is op gedrag dat buiten de Verenigde Staten plaatsvindt, maar substantieel effect heeft binnen de Verenigde Staten. Voor het Hooggerechtshof stond kennelijk vast dat het de bedoeling van de wetgever was geweest om de reikwijdte van deze wet niet te beperken tot het grondgebied van de Verenigde Staten.

Een recent voorbeeld maakt overigens duidelijk dat de Amerikaanse wetgever er, ondanks een veto van de president, weinig moeite mee heeft om wetgeving op te stellen met een ingrijpend extraterritoriaal karakter. De *Justice Against Sponsors of Terrorism Act* maakt het mogelijk voor Amerikaanse burgers om andere staten voor Amerikaanse gerechten aansprakelijk te stellen voor schade die zij hebben geleden door een terroristische daad of onrechtmatige handelen van een staat of een medewerker van die staat.³² De wet richt zich tot personen, entiteiten en staten die willens en wetens of roekeloos direct of indirect materiaal of middelen ter beschikking hebben gesteld aan personen of organisaties waarvan een significant risico bestaat dat deze een terroristische aanslag plegen.

3.3.2 Het Nederlandse stelsel

Hiervoor werd al opgemerkt dat voor dit preadvies met name het conflictenrecht van belang is. Dit conflictenrecht regelt welk materiële recht van toepassing is op internationale privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Het conflictenrecht bestaat grofweg uit drie soorten conflictregels; eenzijdige-, meerzijdige, en zelfstandige conflictregels.³³

Eenzijdige conflictregels zeggen iets over de internationale reikwijdte van de eigen (nationale) regels, maar niets over de toepasselijkheid van (strijdige) buitenlandse normen. Zij bakenen dus slechts de reikwijdte van het nationale recht af. Dat is anders bij de meerzijdige conflictregels. Deze zeggen iets over de internationale reikwijdte van de eigen (nationale) regels en tevens over de toepasselijkheid van buitenlandse normen. Zij hebben dus meer een “wegwijzersfunctie” en bepalen welk recht van toepassing is.³⁴ Ten slotte zijn er nog de zelfstandige rechtsregels die de internationale rechtsverhouding voor een bepaald onderwerp rechtstreeks regelen.

Het Nederlandse conflictenrecht bestaat met name uit meerzijdige conflictregels. Om te bezien welke conflictregel van toepassing is op een concrete situatie zal steeds moeten worden bezien om welk onderwerp (of welke rechtsverhouding) het in die situatie gaat.³⁵ Grosso modo kan een onderscheid worden gemaakt tussen contractuele rechtsverhoudingen en niet-contractuele rechtsverhoudingen (zoals vorderingen uit onrechtmatige daad). Voor de eerste categorie geldt op grond van de Rome I

³² S.2040 — 114th Congress (2015-2016)

³³ L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Kluwer 2015, p. 47 en M.H. ten Wolde, *Inleiding Nederlands en Europees Internationaal Privaatrecht*, Hephaestus 2009, p. 45.

³⁴ L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Kluwer 2015, p. 47 en M.H. ten Wolde, *Inleiding Nederlands en Europees Internationaal Privaatrecht*, Hephaestus 2009, p. 47.

³⁵ Zo zijn er verschillende conflictregels voor verschillende rechtsverhoudingen: erfrecht, huwelijk, adoptie, alimentatie, onrechtmatige daad, enz

Verordening dat de keuzevrijheid van partijen het uitgangspunt is.³⁶ Wanneer partijen contractueel niets hebben geregeld over het toepasselijke recht, dan is in beginsel het recht van toepassing van de staat waar de partij die de voor de overeenkomst karakteristieke prestatie moet verrichten, gevestigd is.³⁷ Voor een aantal veel voorkomende rechtsverhoudingen zijn specifieke conflictregels opgenomen in de Rome I Verordening. Op een overeenkomst voor de koop van een roerende zaak is bijvoorbeeld het recht van toepassing van de staat waar de verkoper zijn gewone woonplaats heeft.³⁸ Voor de tweede categorie geldt op grond van de Rome II Verordening in het algemeen dat het recht van de staat waar de schade zich voor doet (*lex loci damni*) van toepassing is.³⁹ Zoals we hiervoor hebben gezien is ook voor de toepassing van de Amerikaanse mededingingsrecht (*Sherman Act*) van belang de plaats waar het effect van de gedraging plaatsvindt. Ook daar is voor het bepalen van het toepasselijke recht dus van belang waar het effect of de schade zich voor doet. Zoals we later zullen zien speelt deze benadering ook in het Europese mededingingsrecht een belangrijke rol voor het bepalen van het toepasselijke recht en de bevoegdheid om handhavend op te treden.

Vroeger werd de bevoegdheid van de nationale rechter om recht te spreken in privaatrechtelijke geschillen geacht te zijn beperkt tot het territorium van de staat. Het rechtspreken over onderdanen of inwoners van een vreemde staat werd als een inbreuk op het soevereiniteitsbeginsel beschouwd.⁴⁰ Inmiddels is het echter algemeen aanvaard dat elke staat zelf de grenzen kan stellen aan de rechtsmacht van zijn rechter. Binnen het internationaal privaatrecht bestaan er verschillende gronden voor rechtsmacht: de woon- of verblijfplaats van procespartijen (waarbij meestal als uitgangspunt wordt genomen de woon- of verblijfplaats van de gedaagde partij), de ligging van de goederen waarover het geschil gaat, de plaats van de handelingen die aanleiding geven tot het geschil of de plaats waar een handeling moet worden verricht.

Voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter geldt dat deze bestaat wanneer het gaat om een geschil dat met een dagvaarding⁴¹ moet worden ingeleid en wanneer de gedaagde zijn woon- of verblijfplaats heeft in Nederland.⁴² In artikel 6 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) zijn aanvullende gronden opgenomen die rechtsmacht creëren voor de Nederlandse rechter. Deze bevoegdheidsregels zijn voor een belangrijk deel ontleend aan de EEX Verordening II.⁴³ Voor dit preadvies is met name van belang om te wijzen op de bevoegdheidsregels inzake geschillen over consumentenovereenkomsten.⁴⁴ De Nederlandse rechter is bevoegd, wanneer de consument in Nederland zijn woon- of verblijfplaats heeft en in Nederland de voor de sluiting van de overeenkomst

³⁶ Artikel 3, Verordening (EG) 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)

³⁷ Artikel 4, tweede lid, Rome I Verordening.

³⁸ Artikel 4, eerste lid, Rome I Verordening.

³⁹ Artikel 4, eerste lid, Verordening (EG) 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

⁴⁰ L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Kluwer 2015, p.40 en M.H. ten Wolde, Inleiding Nederlands en Europees Internationaal Privaatrecht, Hephaestus 2009, p. 221.

⁴¹ De dagvaarding wordt binnenkort vervangen door een procesinleiding. Zie Stb. 2016, 288 (kamerstuknr. 34 059)

⁴² Zie artikel 2 Rv.

⁴³ Verordening (EG) 1215/2012 van 12 december 2012, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verordening II).

⁴⁴ Artikel 6, sub d Rv en artikelen 17 t/m 19 EEX-Verordening II.

noodzakelijk handelingen heeft verricht.

Binnen dit stelsel van bevoegdheid- en conflictregels is het dus zeer wel mogelijk dat een Nederlandse rechter het recht van een andere staat toepast. Zoals we later in ons specifieke preadvies zullen zien is ook bij de bestuursrechtelijke handhaving van het consumentenrecht niet uitgesloten dat een Nederlands bestuursorgaan en later een Nederlandse bestuursrechter, buitenlands recht toepast.

De basisregel over de ten uitvoerlegging van vreemde vonnissen is opgenomen in artikel 431 Rv. Zonder wet of verdrag kan een buitenlands vonnis niet in Nederland ten uitvoer worden gelegd. Wel kan een geding opnieuw bij de Nederlandse rechter worden behandeld en afgedaan. Dit uitgangspunt is duidelijk gestoeld op het soevereiniteitsbeginsel: een vonnis van een buitenlandse rechter heeft geen extraterritoriale werking (althans niet in Nederland), tenzij anders bij wet of verdrag is bepaald. Door een verdrag met een andere staat te sluiten over de erkenning van gerechtelijke vonnissen, geven staten over en weer een gedeelte van hun soevereiniteit op.

Er zijn diverse bilaterale verdragen over de ten uitvoerlegging van buitenlandse vonnissen, maar binnen Europa is de EEX-Verordening II veruit het belangrijkste regeling. De EEX-Verordening II is alleen toepasselijk in burgerlijke zaken en handelszaken en niet in administratiefrechtelijke en fiscale zaken.⁴⁵ De hoofdregel uit artikel 4 EEX-Verordening II is dat de rechter van de lidstaat waarin de verweerder zijn woonplaats heeft, bevoegd is. De EEX-Verordening II bevat naast deze hoofdregel nog een aantal alternatieve regels die de mogelijkheid bieden om een geschil aan een andere rechter voor te leggen, maar ook een aantal bijzondere bevoegdheidsregels. Deze bijzondere bevoegdheidsregels wijken dwingend af van de hoofdregel. Er bestaan onder andere bijzondere bevoegdheidsregels op het gebied van verzekeringen, consumentenovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten.

3.4 Captive jurisdiction

Wanneer gedrag dat plaatsvindt buiten de staat wordt gevangen onder de jurisdictie van de staat, is sprake van *captive jurisdiction*. Het begrip *captive jurisdiction* valt uiteen in twee poten: de jurisdictie om regels op te stellen die zien op gedrag dat buiten de regelgevende staat plaatsvindt en de jurisdictie om handhavend op te treden tegen ditzelfde gedrag. Beide vormen van *captive jurisdiction*: verordenende- en handhavingsjurisdictie worden hierna besproken.

3.4.1 Verordenende jurisdictie

Beleidsmakers, met name op Europees niveau, kiezen er steeds vaker voor om regels op te stellen die mede gedragingen beogen te reguleren of te beïnvloeden die gedeeltelijk of geheel buiten het territoir van de betreffende regelgevende staat plaatsvinden, verordenende jurisdictie. Binnen deze vorm van *captive jurisdiction* kan onderscheid worden gemaakt tussen (zuiver) extraterritoriale

⁴⁵ Artikel 1, eerste lid EEX-Verordening II.

regelgeving en regelgeving met een territoriale extensie.

Extraterritoriale regelgeving die zich richt op gedrag dat geen enkele (territoriale) connectie heeft met de regelgevende staat is zeldzaam en wordt over het algemeen niet geaccepteerd in het volkenrecht. Een veel vaker voorkomende categorie van regelgeving, is regelgeving met een territoriale extensie. Deze laatste categorie omvat regels die een territoriale connectie hebben met de regelgevende staat, maar waarbij gedrag of omstandigheden buiten dat territoir worden meegewogen.⁴⁶ Hierna wordt uitgebreider op deze twee categorieën van verordende jurisdictie ingegaan.

3.4.1.1 Extraterritoriale regelgeving

Hoe meer binding een gedraging heeft met een bepaalde staat hoe “sterker” de jurisdictie is. Eerder constateerden wij al dat een soevereine staat het exclusieve gezag uitoefent over zijn territoir en zijn bevolking. Gedrag dat op het grondgebied van een staat plaatsvindt heeft een zeer sterke binding met de betreffende staat. Die binding wordt al minder wanneer de gedragingen buiten het grondgebied van de staat worden begaan door of tegen een burger van de betreffende staat. Deze binding of connectie is volgens Kamminga een voorwaarde voor het uitoefenen van extraterritoriale regelgevende jurisdictie.⁴⁷ Regelgeving die ziet op gedragingen die volledig buiten het grondgebied van een regelgevende staat plaatsvinden door burgers of ondernemingen uit een andere staat heeft nauwelijks binding met de regelgevende staat, maar dat wil niet zeggen dat zulk gedrag geen negatieve effecten heeft voor de personen in die staat. Ontbreken echter ook deze effecten, dan zal de binding met de betreffende staat en het directe belang om dat gedrag te reguleren gering zijn. Wanneer dat toch gebeurt zal de handhaving van dergelijke regels al snel kunnen leiden tot conflicten met andere jurisdicties (zoals die van de staat waar het gedrag plaatsvindt of waar de onderneming gevestigd is).

Regelgeving waarin een (zuivere) effectbenadering is opgenomen kan volgens ons onder omstandigheden als extraterritoriaal worden aangemerkt. Met regelgeving met een effectbenadering bedoelen wij regelgeving die slechts van toepassing is wanneer het gedrag effect heeft op de personen of markten in de regelgevende staat. Volgens Scott moet de effectbenadering (*effects-based jurisdiction*) onderscheiden worden van extraterritoriale regelgeving en van regelgeving met een extraterritoriale extensie.⁴⁸ Ons lijkt het juister om regelgeving met een (zuivere) effect benadering te scharen onder extraterritoriale regelgeving. Deze regelgeving beoogt immers tevens gedrag te reguleren dat buiten het territoir van de staat plaatsvindt door ondernemingen die buiten de staat zijn gevestigd. Dat laatste gedrag zal buiten een effect op de regelgevende staat dus geen binding of connectie hebben met de staat. Wanneer het soevereiniteitsbeginsel als uitgangspunt wordt genomen is het twijfelachtig of dergelijk gedrag onder de regelgevende staat kan worden gereguleerd. Dat geldt te meer wanneer het effect van de betreffende gedragingen niet alleen in de regelgevende staat wordt gevoeld maar ook in andere staten (waaronder de staat waar de

⁴⁶ Joanne Scott, Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law, *The American Journal of Comparative Law*, volume 62.

⁴⁷ Menno Kamminga, Extraterritoriality, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, November 2012.

⁴⁸ Joanne Scott, Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law, *The American Journal of Comparative Law*, volume 62

onderneming gevestigd is of waar het gedrag plaatsvindt). Een zuivere effectbenadering als basis voor regelgevende jurisdictie is dan ook niet geheel onomstreden.⁴⁹

3.4.1.2 Regels met een territoriale extensie

Waar het niet lukt om op interstatelijk of mondiaal niveau afspraken te maken over beleidsdoelstellingen, of mondiale afspraken niet ver genoeg gaan kiest de Europese wetgever er steeds vaker voor om zelf regels op te stellen met extraterritoriale uitwerking. Europese normen en waarden worden op die wijze geëxporteerd naar gedragingen die (gedeeltelijk) buiten de EU plaatsvinden om mondiale problemen (CO₂-uitstoot, illegale houtkap, schending van mensenrechten) op te lossen, of om (meer direct) de belangen van Europese burgers of bedrijven te beschermen (eerlijke concurrentie, stabiliteit van banken, bescherming van persoonsgegevens, de gezondheid of veiligheid van Europese burgers).

Ryngaert noemt verschillende manieren waarop met Europese regelgeving gedrag buiten het Europese grondgebied wordt gereguleerd.⁵⁰ Een simpel voorbeeld is het stellen van eisen aan producten of diensten die in de Europese Unie worden aangeboden. Door eisen te stellen aan de kwaliteit of de wijze waarop producten zijn geproduceerd kan worden bijgedragen aan het realiseren van Europese beleidsdoelstellingen. Met het verbieden van producten die door kinderarbeid tot stand zijn gekomen of waarbij schadelijke stoffen in het milieu terecht zijn gekomen, kan worden bijgedragen aan het terugdringen van kinderarbeid en milieuvervuiling, ook wanneer kinderarbeid of het gebruik van de betreffende stoffen in het land van productie niet verboden zijn. Een ander voorbeeld dat hier aan raakt betreft de emissierechten die luchtvaartmaatschappijen moeten aanschaffen voor de vluchten die aankomen en vertrekken van een Europese luchthaven. Deze emissierechten moeten niet alleen voor afstanden die in het Europese luchtruim zijn afgelegd maar voor de gehele vlucht worden aangeschaft. Deze regeling is daarmee ook van toepassing op gedrag buiten Europa (vluchten buiten het Europese luchtruim).⁵¹

Weer een andere manier om gedrag buiten het territoir te reguleren is door buitenlands recht te incorporeren in nationaal of Europees recht. Een voorbeeld dat in dit verband door Ryngaert aangehaald wordt is de *Houtverordening*.⁵² In deze verordening wordt voor het begrip illegale houtkap verwezen naar de regels die in de staten waar het hout wordt gekapt van toepassing zijn. Door de import van hout dat in strijd met de lokale regelgeving is gekapt te verbieden, kan de EU bijdragen aan mondiaal probleem (illegale houtkap) dat buiten de EU plaatsvindt, maar wellicht door de lokale autoriteiten niet voldoende wordt aangepakt.

Scott noemt nog enkele voorbeelden op het gebied van de financiële dienstverlening. In het bijzonder verwijst zij daarbij naar het nieuwe wettelijke kader dat uniforme vereisten voorschrijft voor

⁴⁹ Menno Kamminga, Extraterritoriality, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, November 2012.

⁵⁰ Cedric Ryngaert, Whither territoriality? The European Union's use of territoriality to set norms with universal effects. *What's Wrong with International Law?*. Brill, 2015. P. 434-448.

⁵¹ Zaak C-366/10 (ATAA).

⁵² Verordening (EU) 995/2010

de transparantie van transacties in markten voor financiële instrumenten (hierna: MiFIR⁵³), de regels omtrent het afwickelen van derivaten (dit zijn afgeleide financiële producten zoals opties en swaps) (hierna: EMIR⁵⁴) en de Richtlijn Bankherstel en -afwikkeling dat nationale financiële toezichthouders bevoegdheden geeft om, ter bescherming van de economie, tijdig en snel genoeg in zwakke of falende financiële instellingen in te grijpen.⁵⁵ Zo roept de MiFIR (onder meer) de verplichting voor beleggingsondernemingen in het leven om aandelen te verhandelen in een handelsruimte. Deze verplichting geldt ook voor entiteiten uit derde landen wanneer de betreffende overeenkomst een direct, substantieel en voorzienbaar effect heeft binnen de EU. Ook de EMIR kan verplichtingen scheppen voor ondernemingen uit derde landen die onderling een overeenkomst sluiten wanneer deze overeenkomst een direct, substantieel en voorzienbaar effect heeft binnen de EU. De verplichtingen uit de Richtlijn Bankherstel en -afwikkeling gelden niet direct voor buitenlandse contractpartijen van de Europese banken, maar deze contractpartijen kunnen wel belangrijke contractuele rechten worden onthouden wanneer zij niet aan de voorwaarden van de Richtlijn voldoen.

Zoals we later in de specifieke delen van dit preadvies zullen zien hebben ook de Europese regels op het gebied van mededinging en bescherming van persoonsgegevens extraterritoriale extensie. Het (Europees) mededingingsrecht kan van toepassing zijn op gedragingen die buiten Europa plaatsvinden, maar effect hebben op de Europese markt. De territoriale werking van de Europese privacywetgeving wordt door de nieuwe Europese Privacyverordening⁵⁶ aanzienlijk uitgebreid.

Deze voorbeelden van Europese regelgeving laten zien dat de Europese wetgever zich weinig gelegen laat aan het klassieke soevereiniteitsbeginsel. Om zijn burgers, consumenten of markt te beschermen of om meer mondiale beleidsdoelen na te streven (duurzaamheid, milieu of het tegengaan van kinderarbeid) wordt regelgeving gemaakt die ook van invloed is op het gedrag van (rechts)personen buiten de EU. Met dergelijke regels kunnen daadwerkelijk belangrijke effecten worden bereikt. Bedrijven die mondiaal opereren of in ieder geval de mogelijkheid willen hebben om hun producten binnen de Europese Unie aan te bieden, zullen hun producten of diensten moeten aanpassen zodat deze voldoen aan het beschermingsniveau dat door de Europese regels wordt geboden. Daarmee zorgen deze regels voor een effect dat verder gaat dan alleen de bescherming van Europese burgers. Er schuilt echter ook een belangrijk risico in regels met een extraterritoriaal effect. Wanneer deze regels te vergaand zijn, kunnen ondernemingen besluiten hun producten niet langer aan te bieden of te produceren binnen de Europese Unie, hetgeen de concurrentiepositie van de Europese Unie zal aantasten.

Tot dusver zijn alleen voorbeelden van regels afkomstig van de Europese wetgever belicht. Wij zijn ook op zoek gegaan naar voorbeelden van nationale of lokale regelgeving met een sterk extraterritoriale extensie. Deze zoektocht heeft echter weinig tot de verbeelding sprekende

⁵³ Verordening (EU) 600/2014

⁵⁴ Verordening (EU) 648/2012

⁵⁵ Richtlijn 2014/59/EU.

⁵⁶ Verordening (EU) 2016/679.

voorbeelden opgeleverd. Eén voorbeeld is het voornemen om brommers, auto's, taxi's en bestelwagens geproduceerd voor een bepaald bouwjaar uit (delen van) Amsterdam te weren.⁵⁷ Om de doelstellingen voor luchtkwaliteit te bereiken die verder gaan dan de Europese doelstellingen, neemt de gemeenste Amsterdam maatregelen die verder gaan dan maatregelen in andere gemeenten.⁵⁸ Dergelijke maatregelen zullen ook belangrijke gevolgen hebben voor auto- of scooterbezitters die buiten Amsterdam wonen maar wel regelmatig deze steden bezoeken. Een ander voorbeeld is het beleid om drugtoeristen te weren. Dit beleid dat ten grondslag lag aan de zogenaamde 'wietpas', bestaat thans uit de handhaving van het *ingezetenen-criterium*. Met name door gemeentes in de grensstreek (waar veel drugtoerisme voor komt) wordt dit criterium gehandhaafd door bezoekers van coffeeshops te verplichten om naast een geldig identiteitsbewijs ook een uittreksel uit de gemeentelijke basisadministratie over te leggen. Met dit beleid om coffeeshops alleen toe te staan om softdrugs te verkopen aan ingezetenen van Nederland wordt getracht drugtoerisme tegen te gaan. Het Nederlandse softdrugsbeleid richt zich daarmee op het beïnvloeden van gedrag van buitenlanders (of beter: niet-ingezetenen), waar ingezetenen hetzelfde gedrag wel mogen vertonen, althans dat gedrag wordt gedoogd.

Scott heeft verschillende Europese regelgeving met extraterritoriale effecten geanalyseerd en heeft een aantal '*triggers*' in kaart gebracht die in deze regelgeving zijn opgenomen om rechtsmacht te creëren.⁵⁹ Zij maakt daarbij een onderscheid tussen gevestigde en nieuwe triggers. Deze indeling kwalificeert (i) gedrag, (ii) nationaliteit en (iii) aanwezigheid in de staat als gevestigde triggers. Deze indeling kwalificeert (iv) effecten, (v) anti-ontwijking en (vi) handelen met EU personen of eigendommen als nieuwe triggers.

De gevestigde triggers vormen een uitvloeisel van de beginselen uit het internationale publiekrecht en het internationale privaatrecht. Gedrag dat plaatsvindt binnen het territorium van de staat valt van oudsher onder de rechtsmacht van de betreffende staat. Wanneer personen hun producten of diensten in de betreffende staat aanbieden (de markt betreden), zullen zij zich hebben te houden aan de regels die gelden in die staat, om het even of de betreffende personen zijn gevestigd binnen die staat. In de Europese (mededingings)jurisprudentie wordt dit ook wel de implementatieleer genoemd: daarbij is van belang waar een bepaald gedrag ten uitvoer is gelegd.⁶⁰ Ook wanneer personen niet de nationaliteit van een staat hebben zullen zij zich vaak moeten houden aan de regels die de betreffende staat heeft opgesteld. De jurisdictie van een staat over zijn ingezetenen/burgers is in het internationale recht onomstreden. Tenslotte kan jurisdictie ook worden vastgesteld aan de hand van de aanwezigheid van ondernemingen, middelen of burgers in een staat. Het hoeft dan niet eens te gaan om een onderneming die is gevestigd in die staat, maar het kan ook gaan om een dochter of bijkantoor dat aanwezig is in de betreffende staat.⁶¹

⁵⁷ Raadsbesluit van 22 juni 2016 (184/656) betreffende de uitbreiding van de milieuzone.

⁵⁸ Maatregelpakket sone lucht voor Amsterdam - op weg naar een uitstootvrij 2025 - Gemeente Amsterdam, februari 2016.

⁵⁹ Joanne Scott, The new EU "Extraterritoriality", Common market Law Review 51, 1343-1380, 2014.

⁶⁰ *Houtslijp* (HvJ 27 september 1988, 89/85.), zie ook *Intel* (Gerecht 12 juni 2014, ECLI:EU:T:2014:547) waar een mooi overzicht wordt gegeven van de verschillende lereren.

⁶¹ *Google Spain*-zaak (HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317) en de doctrine van de economische eenheid in het mededingingsrecht (*Imperial Chemical Industries*-zaak HvJ 14 juli 1972, ECLI:EU:C:1972:70.).

De nieuwe triggers zijn vooral gebaseerd op de gedachte dat de regelgevende staat ook regels moet kunnen opstellen om negatieve effecten voor zijn burgers of ondernemingen te voorkomen, dan wel zijn (financiële) markten moet kunnen beschermen tegen gedragingen die buiten haar grondgebied plaatsvinden. In het (Europese) mededingingsrecht speelt effect een belangrijke rol bij het vaststellen van jurisdictie. De Europese mededingingsregels strekken zich uit tot mededingingsbeperkende gedragingen die effect hebben op de handel tussen lidstaten. Dat kan ook gedrag zijn dat geheel buiten de EU plaatsvindt. Maar ook de hiervoor al genoemde MiFIR en EMIR bevatten regels die van toepassing kunnen zijn op gedrag dat buiten de EU plaatsvindt, maar (direct, substantieel en voorzienbaar) effect heeft binnen de EU. Als voorbeeld van de anti-ontwijkings trigger signaleert Scott de EMIR en MiFIR die entiteiten uit derde landen verplichten aan bepaalde regels te voldoen wanneer dat nodig is om te voorkomen dat de materiële verplichtingen uit die richtlijnen worden ontweken. In dit verband wijzen wij nog op de uitleg van de Europese mededingingsregels door het Europese Hof van Justitie van de EU. Bij deze uitleg houdt het Hof uitdrukkelijk rekening met het uitgangspunt dat deze regels niet te gemakkelijk omzeild moeten kunnen worden door een onderneming.⁶²

De extraterritoriale extensie van regels kan leiden tot een overlap of botsen met regels uit andere jurisdicties, meestal de jurisdictie waar het gedrag plaatsvindt. Dat kan overregulering en spanningen tussen verschillende jurisdicties tot gevolg hebben. Een dergelijk spanningsveld kan ook ontstaan wanneer een staat er bewust voor heeft gekozen om bepaald gedrag niet te reguleren en een andere staat dat gedrag door regelgeving met extraterritoriaal effect wel tracht te beïnvloeden.⁶³ Bij dergelijke conflicten zal er steeds een keuze bestaan tussen het toestaan van *de facto* extraterritorialiteit van schade veroorzakend gedrag versus de keuze om *de jure* extraterritoriale regels te accepteren. Wij lichten dat toe aan de hand van een voorbeeld:

Gedrag dat plaatsvindt binnen staat X door een bedrijf dat is gevestigd in staat X, kan *de facto* extraterritoriale effecten hebben binnen staat Y. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een fabriek in staat X vervuild water loost in een rivier die staat Y instroomt, waardoor milieuproblemen ontstaan in staat Y. Als het gedrag van de fabriek onvoldoende gereguleerd wordt in staat X om de vervuiling in staat Y tegen te gaan, zal in staat Y de behoefte ontstaan om dit gedrag te reguleren door regels op te stellen met een extraterritoriale extensie. Er ontstaat een keuze tussen het toestaan van *de facto* extraterritorialiteit van schade veroorzakend (vervuilend) gedrag versus de keuze om *de jure* extraterritoriale regels te accepteren.

De nadelen van het toestaan van *de facto* extraterritoriaal gedrag zal per geval verschillen. In het hiervoor genoemde voorbeeld zijn de nadelen van het extraterritoriale gedrag duidelijk: schade aan het milieu in staat Y. Maar wat de ene staat als schadelijk gedrag beschouwt, hoeft in een andere

⁶² *Houtslijp* (HvJ 27 september 1988, 89/85).

⁶³ Bijvoorbeeld regelgeving op het gebied van drugsbeleid, abortus of vrijheid van meningsuiting.

staat niet als zodanig te worden aangemerkt. Ook aan het toestaan van regels met een extraterritoriale extensie kunnen echter belangrijke nadelen kleven.⁶⁴ Ten eerste bestaat het risico op spanningen tussen verschillende staten. De toepassing van regels buiten de regelgevende staat kan conflicten opleveren met legitieme belangen van andere staten. Daarbij speelt mee dat regels die effect hebben op het gedrag van (rechts)personen uit een andere staat niet worden gelegitimeerd door de (rechts)personen uit die andere staat. Zij kunnen via het politieke proces niet rechtstreeks invloed uitoefenen op deze regels of de regelgevende of handhavende instanties ter verantwoording roepen. Dat kan er toe leiden dat staten blokkeringsbepalingen opstellen om te voorkomen dat (rechts)personen binnen hun territorium gebonden zijn aan regels met een extraterritoriale extensie uit een andere staat.⁶⁵ Ten tweede kunnen regels met een extraterritoriale extensie leiden tot overregulering: multinationals die extra kosten moeten maken om hetzelfde gedrag aan regels te laten voldoen uit meerdere staten. Een voorbeeld hiervan is een fusie tussen ondernemingen die zowel aan de Amerikaanse als aan de Europese mededingingsregels moet voldoen. Ten derde kunnen spanningen tussen verschillende staten en de effecten van overregulering worden verergerd door het risico van vooringenomenheid. Staten of toezichhouders kunnen in de verleiding komen om hun regels strikter toe te passen op gedrag dat buiten die staat plaatsvindt (door buitenlandse (rechts)personen) dan op gedrag dat binnen de betreffende staat plaatsvindt. Een recent voorbeeld is de verontwaardiging die in de Verenigde Staten is ontstaan over het besluit van de Europese Commissie om Ierland te verplichten om te weinig geïnde belasting (volgens de Commissie aan te merken als staatssteun) alsnog op Apple te verhalen.⁶⁶

De hiervoor beschreven spanning tussen staten komt vooral naar boven wanneer een staat daadwerkelijk overgaat tot handhaving van regels met een extraterritoriaal effect. Regels die niet worden gehandhaafd zullen weinig problemen opleveren tussen staten. Wij zullen hierna dan ook stilstaan bij de bevoegdheid om regels te handhaven.

3.4.2 Handhavingsjurisdictie

Uit het voorgaande werd duidelijk dat het internationale publiekrecht de mogelijkheid biedt om regels op te stellen die verder kunnen reiken dan het territorium van de regelgevende staat. Dat staten of internationale organisaties in de praktijk ook gebruik van deze mogelijkheid, bleek eveneens. Hierna wordt bezien onder welke voorwaarden het handhaven van dergelijke regels mogelijk is. Daarbij wordt eerst ingegaan op de vraag wanneer de bevoegdheid bestaat om handhavend op te treden, daarna zal worden ingegaan op de mogelijkheid om controle bevoegdheden in te zetten en ten slotte zal worden stilgestaan bij de mogelijkheden die bestaan om een eventuele sanctie te effectueren.

⁶⁴ Stefano Battini, *Extraterritoriality and Administrative Law*, extraterritoriality: an Unexceptional Exception, *Séminaire de droit administratif, européen et global*.

⁶⁵ Een voorbeeld hiervan zijn de zogenoemde Blocking Statutes die zijn ontworpen om de reikwijdte van de Amerikaanse mededingingsregels in te perken. Zie daarover o.a.: D.A. Sabalot, *Shortening the Long Arm of American Antitrust Jurisdiction: Extraterritoriality and the Foreign Blocking Statutes*, 28 *Loy. L. Rev.* 213, 1982.

⁶⁶ Die verontwaardiging was zo groot dat het Amerikaanse ministerie van financiën al snel een white paper naar buiten bracht over dit onderzoek en vergelijkbare onderzoeken naar Amerikaanse ondernemingen, zie: *The European Commission's recent state aid investigations of transfer pricing rulings U.S. Department of the treasury white paper*, 24 augustus 2016, <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf>

3.4.2.1 Bevoegdheid om handhavend op te treden

Voor de beantwoording van de vraag wanneer een staat, instantie of bestuursorgaan bevoegd is om handhavend op te treden moet allereerst worden gekeken naar de regelgeving waarin de betreffende verplichting (gebod of verbod) is opgenomen. Tot wie richt de norm zich, wie wordt door de norm beschermd of kan daar rechten aan ontlenuen en is de norm zelf territoriaal begrensd? Daarna zal moeten worden vastgesteld wie (welk bestuursorgaan) bevoegd is deze norm te handhaven.

De wet of regeling zal - al naar gelang de bedoeling van de regelgevende instantie - een ander (territoriaal) bereik kunnen hebben. Zo moeten buitenlandse vennootschappen op grond van de Wet marktmisbruik bepaalde koersgevoelige informatie tijdig openbaar maken, maar alleen voor zover zij handelen op de AEX. Er bestaat echter ook veel regelgeving waarin niet zo expliciet is bepaald wat de reikwijdte van de regels is. Zo is er regelgeving die richt zich tot een ieder⁶⁷, tot een onderneming⁶⁸ of tot een handelaar⁶⁹ zonder dat duidelijk is of deze (rechts)personen of entiteiten zich op het Nederlandse grondgebied moeten bevinden.

Anderzijds is van belang wie door de betreffende norm wordt beschermd of wie rechten aan deze norm kunnen ontlenuen. Parkeervergunningen kunnen bijvoorbeeld slechts worden aangevraagd door bewoners van een bepaald gebied. En alleen een ingezetene (een persoon die in Nederland woont) is volgens de Algemene ouderdomswet verzekerd. Maar ook hier bestaat regelgeving die niet duidelijk de groep aanwijst die door de norm worden beschermd. Zo bestaat er regelgeving die een ieder beschermt, consumenten beschermt⁷⁰ of gebruikers van randapparaten⁷¹, zonder dat duidelijk is of deze personen zich op het Nederlandse grondgebied moeten bevinden.

Vervolgens kan van belang zijn waar de betreffende norm wordt geschonden. Zo kan een norm zelf een territoriale afbakening kennen die kleiner is dan het territoir van de regelgevende instantie. Een voorbeeld is de eerder genoemde milieuzone waarin auto's en brommers van voor een bepaald bouwjaar niet zijn toegestaan. Overtreding van deze norm kan logischerwijs alleen plaatsvinden in de betreffende milieuzone. Een ander voorbeeld is een verblijfsverbod voor dealers. Op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening 2008 kan de burgemeester van Amsterdam een overlastgebied aanwijzen. Wanneer aannemelijk is dat een persoon zich binnen dit overlastgebied ophoudt om verdovende middelen te verkopen, kan de burgemeester deze persoon bevelen zich uit dat overlastgebied te verwijderen en zich gedurende maximaal zes maanden niet meer in dat gebied te bevinden.⁷² Maar zoals wij hiervoor al constateerden bestaat er ook regelgeving met een extraterritoriale extensie die ook van toepassing kan zijn op gedrag buiten de regelgevende staat. Om te bepalen of een norm van toepassing is, is het dan ook van belang om vast te stellen waar de norm geschonden is. Dat lijkt simpel, maar dat is het zeker niet altijd. Met name van gedragingen die zich in het digitale domein voordoen (bijvoorbeeld cybercrime) is niet altijd direct duidelijk wat de

⁶⁷ Bijvoorbeeld artikel 5:20 Awb of artikel 4.1 Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (oud).

⁶⁸ Bijvoorbeeld artikel 6 Mededingingswet.

⁶⁹ Bijvoorbeeld artikel 6:230h, eerste lid, BW.

⁷⁰ Bijvoorbeeld artikel 6:230h, eerste lid, BW.

⁷¹ Bijvoorbeeld artikel 11.7a Tw.

⁷² Algemene Plaatselijke Verordening 2008 Amsterdam, artikel 2.9a.

plaats is waar de norm geschonden wordt (de zogenaamde *locus delicti*). De Nederlandse wet kent geen voorschrift voor het bepalen van deze *locus delicti*. In de (strafrechtelijke) rechtspraak zijn hiervoor vier *leren* ontwikkeld, die hieronder aan de hand van de volgende casus worden toegelicht.

Casus: Er vindt een misdrijf plaats op het drielandenpunt nabij Valkenburg. Een man met een revolver in Nederland schiet een vrouw neer die in België staat. Ze wordt vervolgens naar een ziekenhuis in Duitsland vervoerd, waar ze komt te overlijden.

1. *De leer van de lichamelijke gedraging*

Op basis van deze leer is de *locus delicti* gelijk aan de plaats waar de dader het misdrijf heeft gepleegd.⁷³ In de casus zou dit Nederland zijn.

2. *De leer van het instrument*

De *locus delicti* op grond van deze leer is de plaats waar een door de dader gebruikt instrument zijn werking heeft.⁷⁴ In de casus zou dit België zijn

3. *De leer van het constitutieve gevolg*

Als *locus delicti* kan ook worden aangemerkt de plaats waar het delict door het intreden van een bepaald gevolg wordt voltooid.⁷⁵ In de casus zou dit Duitsland zijn.

4. *De ubiquoteitsleer*

Op basis van de ubiquoteitsleer kunnen ook meerdere plaatsen tegelijkertijd als *locus delicti* worden aangemerkt. Dat kan dus zowel de plaats waar de gedraging plaatsvond, de plaats waar het instrument zijn uitwerking had en de plaats waar het gevolg intrad zijn.

Er bestaat, anders dan in het strafrecht, geen algemene regeling die de territoriale reikwijdte van de verschillende bestuursrechtelijke bepalingen beperkt. Dat is ook logisch omdat de Awb bepalingen van regelend recht bevat en in die zin een soort 'reserve-functie' heeft; voor specifieke regelingen moet gekeken worden naar de bijzondere wetten. Regelen deze bijzondere wetten niets, dan kan worden teruggegrepen op de voorschriften uit de Awb (voor zover deze bestaan). Dat een dergelijke territoriale begrenzing niet is opgenomen in de Awb of een specifieke wet betekent overigens niet dat een dergelijke begrenzing niet bestaat. In zijn uitspraak van 20 juni 2013 overwoog het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) dat ten aanzien van de vraag of door de betreffende norm ook gebruikers buiten Nederland werden beschermd: *het feit dat uit de tekst en de toelichting van de bepaling geen beperking tot Nederlandse gebruikers blijkt, niet met zich brengt dat die beperking er niet is. In verband met het territorialiteitsbeginsel behoeft in Nederlandse regelgeving een dergelijke beperking niet expliciet te worden opgenomen.*⁷⁶ Dit oordeel van het CBb lijkt in

⁷³ Zie HR 16 oktober 1899, W. 7347.

⁷⁴ Zie HR 6 april 1915, NJ 1915/427.

⁷⁵ Zie HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AB9821.

⁷⁶ CBb 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716. Het ging hier overigens om een verbod uit artikel 4.1 Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (oud) om ongevraagde software (spyware) te plaatsen op de randapparatuur van een gebruiker.

overeenstemming te zijn met het hiervoor behandelde vermoeden tegen extraterritorialiteit zoals dat door het Hoogerechtshof in de *Aramca*-zaak werd vastgesteld. In die zaak stelde het Hoogerechtshof immers dat regelgeving alleen zijn toepassing heeft binnen het grondgebied van de regelgevende staat (dus wordt begrensd door het territorialiteitsbeginsel), tenzij de wetgever duidelijk een andere bedoeling heeft gehad.

Ten slotte is van belang om te kijken naar de absolute en relatieve bevoegdheid van het bestuursorgaan dat voornemens is om handhavend op te treden. Bestuursorganen zullen alleen bevoegd zijn om op te treden tegen gedragingen die een connectie hebben met het grondgebied waarin zij bevoegd zijn (absolute bevoegdheid). Daarnaast zijn bestuursorganen slechts bevoegd om op te treden tegen gedrag dat in strijd is met regels ter zake waarvan het bestuursorgaan met de handhaving is belast (relatieve bevoegdheid).

3.4.2.2 Inzet van toezichtsbevoegdheden

Voor de handhaving van regels is het nodig om onderzoek te doen naar de naleving van die regels. Titel 5.2 van de Awb geeft toezichthouders verschillende toezichtsbevoegdheden om een dergelijk onderzoek uit te kunnen voeren: de bevoegdheid om plaatsen te betreden (artikel 5:15 Awb), inlichtingen te vorderen (artikel 5:16 Awb), inzage te vorderen en gegevens kopiëren (artikel 5:17 Awb) en vervoermiddelen te onderzoeken (artikel 5:19 Awb). Ook in verschillende bijzondere wetten zijn bevoegden toegekend aan toezichthouders, bijvoorbeeld de bevoegdheid om woningen te betreden zonder toestemming van de bewoner (artikel 12c Instellingswet ACM), bedrijfsruimtes te verzegelen (artikel 12b Instellingswet ACM) en toegang te krijgen tot elektronische apparatuur en netwerken (artikel 34b Wet op de kansspelen).

Hoewel de toezichtbevoegdheden uit artikel 5.2 van de Awb, maar ook die uit bijzondere wetten niet territoriaal beperkt zijn (zij richten zich over het algemeen tot een ieder), betekent dit niet dat al deze bevoegdheden ook daadwerkelijk kunnen worden ingezet jegens een ieder. Vast staat dat toezichthouders geen bevoegdheid hebben om in het buitenland plaatsen te betreden (artikel 5:15 Awb) of in het buitenland inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 Awb). Net als bij opsporingsambtenaren in strafrechtelijke zin ontbreekt de bevoegdheid om daadwerkelijk toezichtsbevoegdheden in te zetten buiten het Nederlandse grondgebied, tenzij die bevoegdheden op grond van verdragen wel bestaan of toestemming door de betreffende staat is gegeven. Voor het vorderen van inzage in digitale gegevens, geldt overigens dat het niet altijd duidelijk is waar deze gegevens zich bevinden (waar bevindt zich een server) of dat gegevens zich op een continu wisselde locatie bevinden (sommige vormen van cloud opslag). Wij menen dat ook als gegevens zich in het buitenland bevinden, inzage kan worden gevorderd via de medewerking van een in Nederland aanwezig persoon die beschikt over toegang tot deze gegevens. Daarvan zal bijvoorbeeld sprake zijn wanneer een in Nederland gevestigde onderneming zijn digitale administratie heeft opgeslagen op een server buiten Nederland en deze gegevens vanuit de in Nederland gevestigde onderneming zijn te bereiken. Een andere mogelijkheid die door Nuijten wordt genoemd, is het sturen van een schriftelijke inzagevordering waaraan kan worden voldaan door de

gegevens naar Nederland te brengen.⁷⁷ Op een zelfde wijze kon volgens de voorzieningenrechter worden verlangd dat gegevens die zich in een woning bevonden naar de toezichthouder zouden worden gebracht, omdat de toezichthouder geen bevoegdheid had om de woning te betreden en ook geen toestemming kreeg om de woning te betreden.⁷⁸

Zelfstandig inzage nemen tot digitale gegevens die zich in het buitenland bevinden zal echter een schending opleveren van de soevereiniteit van de staat waar de gegevens zich bevinden. Net als in het strafrecht, zal dan rechtshulp moeten worden gevraagd van die andere staat.⁷⁹ Dat is ook het uitgangspunt in het wetsvoorstel Computercriminaliteit III: als bekend is, of in de loop van een onderzoek bekend wordt, dat gegevens zich binnen een andere staat bevinden zal een rechtshulpverzoek worden gedaan en verantwoording worden afgelegd aan die staat over de opsporingshandelingen die reeds zijn verricht. Wanneer toch opsporingshandelingen op het territorium van een andere staat worden verricht, is het van belang dat op de kortst mogelijke termijn alsnog toestemming wordt gevraagd aan de betreffende staat.⁸⁰

Ook in het bestuursrecht kunnen buitenlandse toezichthouders onder omstandigheden worden verzocht om plaatsen te betreden en inzage te vorderen en de betreffende gegevens vervolgens aan de Nederlandse toezichthouder te verstrekken.⁸¹

De vraag of een toezichthouder wel de bevoegdheid heeft om inlichtingen te vorderen bij een persoon die zijn zetel buiten Nederland heeft, is nog niet definitief beantwoord. Recentelijk heeft (de voorzieningenrechter van) de rechtbank Rotterdam zich twee maal uitgelaten over deze mogelijkheid. Op 5 januari 2016 heeft de Rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan in een zaak waarin de Nederlandsche Bank (hierna: DNB) inlichtingen had gevorderd bij een onderneming in Suriname.⁸² Dat had DNB niet zo maar gedaan, zij had een vermoeden dat deze onderneming in Nederland het bedrijf van een betaaldienstverlener uitoefende. DNB had eerst de Centrale Bank van Suriname om administratieve bijstand verzocht. Toen deze bijstand werd geweigerd, heeft DNB zelf inlichtingen gevorderd bij de Surinaamse onderneming. Toen deze onderneming de gevorderde inlichtingen weigerde te verstrekken, is een last onder dwangsom opgelegd. Tegen deze last onder dwangsom is de Surinaamse onderneming opgekomen. Daarbij werd onder andere aangevoerd dat DNB de bevoegdheid mist om deze inlichtingen te vorderen in Suriname. De rechtbank oordeelt daarover als volgt:

‘3.3.

⁷⁷ Zie: S.M.C. Nuijten, Internationaal Toezicht, Tijdschrift voor Sanctierecht & onderneming, nr. 4 juli 2016.

⁷⁸ V.zr. Rb. Rotterdam 5 september 2012, ECLI:RBROT:2012:BX6988.

⁷⁹ Kamerstukken II 2015/16, 34 372, nr. 3, p. 46

⁸⁰ *Ibid*

⁸¹ Ten aanzien van consumentenbescherming biedt verordening 2006/2004 deze mogelijkheid in het geval van intracommunautaire inbreuken op de in de bijlage van deze verordening genoemde bepalingen. Verordening 1/2003 biedt een dergelijk mogelijkheid in geval van mededingingsinbreuken. In de verschillende preadviezen wordt nader ingegaan op de verordeningen.

⁸² Rechtbank Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:109.

Naar de rechtbank heeft begrepen uit hetgeen DNB ter zitting naar voren heeft gebracht, heeft de Centrale Bank van Suriname een op grond van een Memorandum of Understanding door DNB gedaan verzoek om administratieve bijstand ten behoeve van het onderzoek naar de vermoedelijke overtreding van [eiseres] afgewezen. Hierna heeft DNB besloten dit onderzoek geheel zelfstandig uit te voeren en heeft zij van [eiseres] bij brief van 29 april 2014 gevorderd uiterlijk op 16 mei 2014 diverse inlichtingen, stukken en bescheiden te verstrekken.

Met DNB is de rechtbank van oordeel dat het enkele feit dat [eiseres] haar zetel buiten Nederland heeft niet betekent dat DNB niet bevoegd is deze informatie van [eiseres] te vorderen en, bij het niet verstrekken hiervan, niet bevoegd is [eiseres] tot verstrekking te gelasten op straffe van verbeurte van een dwangsom.

DNB gaat er naar het oordeel van de rechtbank echter wel aan voorbij dat zij in dit geval deze toezichtbevoegdheden heeft ingezet bij een onderzoek in Suriname (vergelijk de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1988). Nu niet in geschil is dat er geen verdrag is tussen Suriname en Nederland met betrekking tot de werking van de Awb en de Wft en ook anderszins niet is gebleken van toestemming van de Surinaamse autoriteiten voor het gebruik van deze toezichtbevoegdheden in Suriname, was DNB daartoe op grond van het territorialiteitsbeginsel niet gerechtigd.’

De rechtbank stelt in deze uitspraak voorop dat een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft om inlichtingen te vorderen bij een onderneming die haar zetel heeft in het buitenland, het territorialiteitsbeginsel verzet zich daartegen niet. Het territorialiteitsbeginsel verzet zich volgens de rechtbank echter wel tegen het vorderen van inlichtingen wanneer de staat waarin de onderneming is gevestigd daarvoor geen toestemming heeft gegeven of deze bevoegdheid niet in een verdrag is vastgelegd. Deze lijn lijkt ons te verenigen met de eerder genoemde *Lotus*-uitspraak waarin werd aangenomen dat de soevereiniteit van staten zich verzet tegen het nemen van maatregelen ter handhaving van regels met een extraterritoriale reikwijdte. Als een staat echter toestemming geeft voor de inzet van de toezichtsbevoegdheden binnen zijn territorium is de soevereiniteit van die staat ook niet in het geding.

Nog geen half jaar later doet de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank een uitspraak, die maar moeilijk valt te rijmen met de eerder genoemde uitspraak van 5 januari 2016. In deze zaak ging het om een andere toezichthouder, de Autoriteit Financiële Markten, maar om een vergelijkbare situatie: een toezichthouder die inlichtingen had gevorderd bij een onderneming in het buitenland. De voorzieningenrechter herhaalt nog wel de overwegingen van de Rechtbank Rotterdam van 5 januari 2016, maar laat na om daadwerkelijk te toetsen of er in dit geval wél toestemming was van de staat waarin de bevoegdheden zijn uitgeoefend⁸³.

⁸³ Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 11 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6829.

‘(...) 5.2 De rechtbank heeft in haar uitspraak van 5 januari 2016 [ECLI:NL:RBROT:2016:109] geoordeeld dat het enkele feit dat een persoon haar zetel buiten Nederland heeft, niet betekent dat het bestuursorgaan niet bevoegd is om informatie in het kader van haar toezichtstaak van die persoon te vorderen en bij het niet verstrekken hiervan, niet bevoegd is die persoon tot verstrekking te gelasten op straffe van verbeurte van een dwangsom. De uitoefening van toezichtsbevoegdheden in het buitenland is echter in strijd met het territorialiteitsbeginsel indien er geen toestemming is van de staat waarin deze bevoegdheden worden uitgeoefend.

5.3 In het kader van het toezicht op de naleving van de Wft is de AFM gerechtigd van een ieder informatie te vorderen en is een ieder gehouden aan deze vordering zijn medewerking te verlenen. Anders dan wat [verzoeksters] betogen laat de rechtbank in haar uitspraak uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat de toezichthouder informatie kan vorderen van een onderneming van wie de zetel buiten Nederland is gevestigd. Hiervoor is wel vereist dat de uitoefening van de toezichtstaak ziet op de naleving van de wet- en regelgeving in Nederland. Indien dit het geval is, handelt de toezichthouder niet in strijd met het territorialiteitsbeginsel indien hij zijn toezichtsbevoegdheden uitoefent in het buitenland.

5.4 De AFM heeft aannemelijk gemaakt dat de website voldoende aanknopingspunten biedt voor het sterke vermoeden dat [verzoeksters] deze website als instrument hebben gebruikt om zonder vergunning in Nederland krediet aan te bieden dan wel daarin te bemiddelen. (...)

5.5 Gelet op 5.4 waren [verzoeksters] verplicht aan de AFM ten behoeve van het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Wft gestelde regels inlichtingen te verstrekken. Door de gevraagde inlichtingen niet te verstrekken, hebben [verzoeksters] artikel 5:20, eerste lid, van de Awb overtreden en was de AFM bevoegd aan hen terzake van deze overtreding een last onder dwangsom op te leggen.’

Wij kunnen niet goed plaatsen waarom de voorzieningenrechter wel de overweging van de rechtbank herhaalt dat de uitoefening van toezichtsbevoegdheden in het buitenland in strijd is met het territorialiteitsbeginsel indien er geen toestemming is van de staat waarin deze bevoegdheden worden uitgeoefend, maar daar vervolgens niet aan toetst. De voorzieningenrechter lijkt het voor de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen voldoende te vinden dat de onderneming mogelijk in Nederland de wet heeft overtreden. Niet duidelijk is waarom in dat geval de inzet van toezichtsbevoegdheden in het buitenland, zonder toestemming van de betreffende staat, geen schending oplevert van de soevereiniteit van die staat.

3.4.2.3 Effectuering van sancties

In het voorgaande zijn wij met name ingegaan op het startpunt van extraterritoriale handhaving, specifiek op de vraag in hoeverre een bestuursorgaan bevoegd is regels te stellen die gelden buiten Nederland, alsmede in hoeverre die bestuursorganen daar hun bevoegdheden kunnen aanwenden. Sluitstuk van (effectieve) handhaving is niet zelden ook de verplichting een geldsom te betalen. De vraag die daar in het kader van handhavingjurisdictie uit voortvloeit is welke juridische grenzen gesteld zijn aan het grensoverschrijdend innen van (uit boetes voortvloeiende) geldschulden. In deze

paragraaf staan wij kort stil bij die vraag, met dien verstande dat wij deze vraag naar algemeen bestuursrecht beantwoorden. In het bijzonder bestuursrecht – waarvan het belastingrecht een mooi voorbeeld is – kunnen specifieke regelingen bestaan die grensoverschrijdende invordering mogelijk maken.⁸⁴

Wij stellen voorop dat naar geldend internationaal recht staten en hun bestuursorganen ook bij het innen van boetes de soevereiniteit van andere staten dienen te respecteren. Er kan immers al snel worden aangenomen dat bijvoorbeeld het verzenden van een aanmaning als rechtshandeling van het bestuursorgaan van de verzendende staat kwalificeert, waarmee een inbreuk op de soevereiniteit van de ontvangende staat gegeven is. Dit laatste is alleen anders wanneer de verzendende staat over toestemming beschikt of wanneer een wettelijke basis hiervoor – in de vorm van een verdrag – voor handen is.⁸⁵

Nationaalrechtelijk bevat titel 4.4 van de Awb het kader voor het invorderen van bestuurlijke geldschulden. Artikel 5:10, tweede lid, Awb regelt dat bestuursorganen een opgelegde bestuurlijke boete kunnen invorderen bij dwangbevel. Artikel 4:116 Awb bepaalt dat een dwangbevel een executoriale titel oplevert die met toepassing van de voorschriften uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer kan worden gelegd. Nederlandse executoriale titels kunnen echter slechts in Nederland ten uitvoer worden gelegd. Bij het invorderen van boetes opgelegd aan rechtspersonen met vermogensbestanddelen in het buitenland is deze regeling slecht bruikbaar.

Van belang daarnaast is dat een algemene specifieke internationale regeling op het gebied van de erkenning en tenuitvoerlegging van bestuursrechtelijke beslissingen ontbreekt. Vorderingen in civiele zaken worden zoals eerder is uitgelegd via de EEX-Verordening⁸⁶ erkend in het buitenland, maar deze regeling is expliciet niet van toepassing verklaard op bestuurlijke boetes. Evenmin lijkt het EU-Kaderbesluit⁸⁷ dat de buitenlandse erkenning van vorderingen in strafzaken regelt, goed bruikbaar in bestuursrechtelijke zaken.⁸⁸ Weliswaar heeft het Hof de werking van het EU-kaderbesluit verruimd met haar uitspraak in de zaak *Baláž*.⁸⁹ In die zaak gaf het Hof een autonome interpretatie van het begrip ‘met name in strafzaken bevoegde rechter’ die mogelijk meebrengt dat het EU-kaderbesluit ook toegepast dient te worden in zaken waarin grensoverschrijdende erkenning en tenuitvoerlegging van bestuurlijke boetes tussen EU-lidstaten gevraagd is. Niet bepalend – aldus het Hof – is binnen welk rechtsgebied rechtsbescherming openstaat tegen de geldelijke sanctie, maar juist de vraag hoe

⁸⁴ Zo kent men binnen het belastingrecht tal van bilaterale verdragen, maar wordt ook samengewerkt op multilateraal niveau (zie onder meer het Verdrag inzake de wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken en de Richtlijn 2010/24/EU betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen *Pb* EU 2010, L 84/1).

⁸⁵ A.J. Metselaar & P.C. Adriaanse, Grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes: Een verkennend onderzoek naar ervaringen in België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk en mogelijkheden voor internationale samenwerking, 2014 WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie.

⁸⁶ Verordening (EG) Nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

⁸⁷ Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (*PbEG* L 76).

⁸⁸ Het EU-Kaderbesluit is geïmplementeerd in de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging strafrechtelijke sancties, *Stb.* 2007, nr. 432.

⁸⁹ HvJ 14 november 2013, nr. C-60/12 (*Baláž*).

inhoudelijk gezien de rechtsbescherming geregeld is. Vooral nog wordt echter in de literatuur aangenomen dat de reikwijdte van het EU-kaderbesluit beperkt is. Dit is allereerst het gevolg van het feit dat het EU-kaderbesluit ziet op (automatische) erkenning van boetes voor feiten die in de meeste landen strafrechtelijk worden gehandhaafd (zoals terrorisme, verkrachting, etc.). Daarnaast lijkt het er (vooral nog) op dat het begrip 'strafbare feiten' uit artikel 5, derde lid, EU-Kaderbesluit – dat wederzijdse erkenning mogelijk maakt van boetes voor andere feiten mits deze in beide betrokken landen strafbaar zijn gesteld – eng dient te worden geïnterpreteerd.⁹⁰

Interessant is dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) op 3 december 2014 heeft geoordeeld dat een bestuurlijke boete die is opgelegd voor overtreding van de rij- en rusttijdenwet wel onder de werking van het Kaderbesluit valt, omdat in artikel 5, derde lid, Kaderbesluit de overtreding van de rij- en rusttijdenwet expliciet is genoemd.⁹¹ Het Kaderbesluit is in Nederland geïmplementeerd in de Wet wederzijdse erkenning. In artikel 10, eerste lid, van deze wet, worden limitatief de beslissingen genoemd die vatbaar zijn voor erkenning en tenuitvoerlegging in een andere lidstaat. Deze opsomming omvat niet de bestuursrechtelijke boeten die onder het regime van de Awb vallen. Nu een opgelegde bestuurlijke boete voor overtreding van de rij- en rusttijdenwet daarmee buiten de reikwijdte van de Wet wederzijdse erkenning valt, moet volgens de ABRvS worden vastgesteld dat het Kaderbesluit, gelet op de zaak Baláž, niet juist is omgezet.⁹²

3.5 Ontwikkelingen strafrecht

Op 1 juli 2014 zijn de regels betreffende extraterritoriale rechtsmacht in strafzaken herzien.⁹³ Deze herziening, die een wijziging van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) tot gevolg heeft gehad, heeft de bestaande wettelijke bepalingen over rechtsmacht verduidelijkt en verstevigd.

Bij het opnemen van de regels over rechtsmacht in het Wetboek van Strafrecht zijn drie uitgangspunten gehanteerd.⁹⁴ Het eerste uitgangspunt betrof een versterking van de beschermende functie van de Nederlandse strafwet. Met de nieuwe regeling kan de Nederlandse strafwet meer dan voorheen het geval was worden ingezet als een Nederlander slachtoffer is geworden van een strafbaar feit. Deze verruiming van de bevoegdheid ten aanzien van misdrijven begaan tegen Nederlandse slachtoffers is ingegeven door de wens het slachtoffer een stevige positie in het strafproces te geven. Het tweede uitgangspunt betrof de ongedaanmaking van het onderscheid in rechtsmacht over Nederlanders en in Nederland woonachtige vreemdelingen.⁹⁵ Simpel gezegd kan sinds de herziening van het Wetboek van Strafrecht iedereen die in Nederland een vaste woon- of verblijfplaats heeft gelijkelijk aansprakelijk worden gesteld voor in het buitenland begane strafbare feiten. Het derde uitgangspunt betrof het meer toegankelijk maken van de rechtsmachtsregeling.

⁹⁰ Zie P.C. Adriaanse en A.J. Metselaar, 'Zaak C-60/12, Marián Baláž', SEW, nummer 4, 2014, p. 202-206.

⁹¹ ABRvS, 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4346.

⁹² De wetgever is nu dus aan zet om de Wet wederzijdse erkenning zodanig aan te passen dat deze wel een juiste implementatie is van het Kaderbesluit. Een wetsvoorstel daarvoor is in de maak.

⁹³ *Stb.* 2014, 103 (Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de herziening van de regels over werking van de strafwet buiten Nederland).

⁹⁴ Kamerstukken II 2012/13, 33 572, nr. 3, p. 2.

⁹⁵ Zie artikel 7, derde lid, Sr.

Daarbij is ervoor gekozen om de grondslagen voor de uitoefening van rechtsmacht strikter te binden aan de factoren ernst van het feit en de persoon van de dader.⁹⁶ Met deze aanpassingen in het Wetboek van Strafrecht zijn de beginselen uit het internationale publiekrecht in het strafrecht gecodificeerd.

Artikel 2 Sr bepaalt dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op een ieder die zich in Nederland aan enig in de Nederlandse wet strafbaar gesteld feit schuldig maakt. Nederland heeft dus rechtsmacht over alle strafbare feiten die op het territorium van de staat zijn gepleegd en over een ieder die daaraan deelneemt ongeacht zijn nationaliteit. Dit (territorialiteits)beginsel is 'onbetwist en onbetwistbaar'.⁹⁷

Het actief personaliteitsbeginsel is vastgelegd in (het nieuwe) artikel 7 Sr.⁹⁸ Dit artikel stelt voorop dat de Nederlandse strafwet van toepassing is op Nederlanders die zich buiten Nederland schuldig maken aan een feit waarop door de Nederlandse strafwet én de wet van het land waar het misdrijf is begaan straf is gesteld. Dit laatste vereiste wordt ook wel het vereiste van dubbele strafbaarheid genoemd.

Het passief personaliteitsbeginsel is per 1 juli 2014 in artikel 5 Sr opgenomen. Dit artikel biedt de mogelijkheid om ook op te treden tegen misdrijven die in het buitenland zijn begaan tegen Nederlandse burgers⁹⁹ De mogelijkheid bestaat echter alleen voor misdrijven waarop in Nederland een gevangenisstraf van tenminste acht jaren is gesteld.

Op basis van artikel 4 Sr is de Nederlandse strafwet echter ook van toepassing op een ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan de in dit artikel opgenomen misdrijven. Dit artikel wordt vaak gebruikt om verdragsverplichtingen tot het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht in onder te brengen. Hier geldt, anders dan bij het actief personaliteitsbeginsel, dus niet het vereiste van dubbele strafbaarheid, voldoende is dat iemand zich – waar ook ter wereld – aan de in dit artikel opgenomen misdrijven heeft schuldig gemaakt.

Het universaliteitsbeginsel is in feite de tegenhanger van het territorialiteitsbeginsel. Bij de toepassing van het territorialiteitsbeginsel moet sprake zijn van een sterke binding met Nederland (de overtreding is daar immers begaan), de ernst de overtreding is daarbij niet van belang. Bij het universaliteitsbeginsel is dat precies omgekeerd, er hoeft geen enkele band tussen het feit en Nederland te zijn, maar vervolging is alleen gerechtvaardigd bij zeer ernstige misdrijven. Deze misdrijven zijn opgesomd in artikel 4 Sr (o.a. staatsgevaarlijke misdrijven, meined voor een internationaal gerecht, en terroristische misdrijven). Voor dit soort misdrijven is tevens de regel 'aut

⁹⁶ Zie artikel 4 dat een algemene rechtsgrondslag bevat voor de uitoefening van Nederlandse rechtsmacht ter bescherming van gewichtige algemene nationale rechtsbelangen.

⁹⁷ H.J. Smidt, tweede druk, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, 1891-1901.

⁹⁸ Zie Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de herziening van de regels over werking van de strafwet buiten Nederland (herziening regels betreffende extraterritoriale rechtsmacht in strafzaken), *Stb.* 2013, 484.

⁹⁹ Het artikel noemt verder ook nog Nederlandse ambtenaren en Nederlandse voer-, vaar- en luchtvaartuigen.

dedere aut judicare' (de staat levert uit óf vervolgt) ontwikkeld. Dit houdt in dat als een staat een verdachte niet uitlevert, hij in beginsel zelf tot vervolging zal moeten overgaan. De weigering tot uitlevering van een verdachte mag niet leiden tot straffeloosheid.

Vermeldenswaardig is dat bij de totstandkoming van de nieuwe regeling stil is gestaan bij de vraag in hoeverre het wenselijk is artikel 3 van de Wet op de economische delicten (hierna: WED) over te hevelen naar het Wetboek van Strafrecht en deze toepasselijk te laten zijn voor alle feiten. Voor de helderheid, genoemd artikel is een bijzondere bepaling ten opzichte van de (commune) regels over extraterritoriale rechtsmacht zoals recentelijk opgenomen in het Wetboek van Strafrecht. Artikel 3 van de WED stelt een ieder strafbaar die waar dan ook ter wereld deelneemt aan een in Nederland gepleegd economisch delict. Dit artikel is gebaseerd op het uitgangspunt dat deelneming een eigen *locus delicti* heeft. In de literatuur en jurisprudentie wordt echter aangenomen dat dit voor twee deelnemingsvormen, medeplegen en doen plegen niet opgaat – daar is de plaats van het grondfeit bepalend – waardoor het niet in de rede ligt genoemd artikel uit de WED naar het Wetboek van Strafrecht over te hevelen en van toepassing te verklaren op alle feiten. Naar onze mening rijzen naar aanleiding van deze beschouwingen over de klassieke deelnemingsvormen, hier interessante vragen ten aanzien van de zogeheten deelnemingsvormen *sui generis*, zoals het feitelijk leidinggeven aan overtredingen of deelneming op grond van de IJzerdaad-criteria¹⁰⁰. Centraal staat hier het eigen gedrag of de eigen handeling van de dader (bijvoorbeeld van de feitelijk leidinggever) die ook een eigen verwijt treft dat geheel los staat van het gronddelict. In die zin is de vraag interessant in hoeverre de feitelijk leidinggever een eigen *locus delicti* heeft en in vervolg daarop, in hoeverre Nederlandse bestuursorganen rechtsmacht hebben ten aanzien van een natuurlijke persoon die vanuit het buitenland opdracht geeft tot het begaan van bepaalde overtredingen.

Tot slot is eveneens interessant te vermelden dat op Europees niveau voorstellen zijn gedaan over het oprichten van een Europees Openbaar Ministerie.¹⁰¹ Ter bescherming van de Europese financiële belangen heeft dit Europese OM het doel om grensoverschrijdende fraude met Europees geld te voorkomen. In de meest recente voorstellen beschikt de aanklager over de bevoegdheid om in alle EU-landen onderzoek te doen naar gevallen van fraude, waarbij hij zelfs lidstaten de verplichting kan opleggen om binnen het eigen juridische systeem een onderzoek te beginnen.

4 Conclusies

Regels en rechtsbeginselen over de extraterritoriale toepassing van regelgeving, zijn voornamelijk ontwikkeld en gecodificeerd in het internationale privaatrecht en het strafrecht. Het internationaal publiekrecht kent eigenlijk weinig duidelijke regels op dit punt. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen gedragingen die buiten de handhavende staat plaatsvinden.

Er bestaat geen (ongeschreven) rechtsregel die een staat verbiedt om regels op te stellen met een

¹⁰⁰ HR 23-02-1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad).

¹⁰¹ Voorstel voor een verordening van de Raad tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie, COM(2013)534, d.d. 17 juli 2013.

extraterritoriale reikwijdte of extensie.¹⁰² Dat een rechtsregel verder kan reiken dan gedrag dat binnen een staat plaatsvindt moet echter wel uit de regel zelf of de bedoeling van de regelgever blijken. Wanneer de rechtsregel of de wetgever zwijgt over de (extra) territoriale reikwijdte van een regel, moet worden aangenomen dat deze rechtsregel wordt begrensd door het territorialiteitsbeginsel.

Dat staten bevoegd kunnen zijn om regels met een extraterritoriale reikwijdte op te stellen, betekent echter niet dat de bevoegdheid om dergelijke regels te handhaven onomstreden is. Conflicten kunnen met name ontstaan wanneer een staat optreedt tegen gedrag dat in een andere staat plaatsvindt. Deze laatste staat kan dat als in een inbreuk op zijn soevereiniteit beschouwen. Dat geldt ook wanneer zonder toestemming toezichtsbevoegdheden worden ingezet in een andere staat.

Wij vragen ons af of dergelijke conflicten zijn op te lossen door het opstellen van internationaal administratief recht of dat voor ieder gedeelte van het bijzonder bestuursrecht een aparte regeling of systeem moet worden opgesteld met duidelijke verwijzings-, jurisdictie- en executieregels.

In de verschillende preadviezen zullen de auteurs nader verkennen op welke wijze de behandelde rechtsgebieden om gaan met grensoverschrijdende regels en de grensoverschrijdende handhaving van deze regels. Op welke juridische obstakels wordt gestuit bij de handhaving van deze regels? Wat kunnen wij van de verschillende regelgevende kaders leren?

¹⁰² *Aramco*-uitspraak (*ibid* noot 25), de extensieve benadering uit het *Lotus*-arrest (*ibid* noot 10) en CBb 20 juni 2013 (*ibid* noot 73).