

# Het *Spector*-arrest: het weerlegbare vermoeden in een strafrechtelijke en mensenrechtelijke context

Mr. J.M.W. Lindeman\*

Het *Spector*-arrest, waarin prejudiciële vragen van de Belgische rechter worden beantwoord, heeft al heel wat Nederlandse pennen in beweging gebracht.<sup>1</sup> Daar is alle reden toe, want de uitspraak bevat op meerdere fronten interessante materie. Centraal in de uitspraak staat de duiding van het in de richtlijn marktmisbruik<sup>2</sup> opgenomen verbod op handel met voorwetenschap, dat in Nederland is geïmplementeerd in artikel 5:56 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). De door het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) gekozen invulling van deze verbodsbepaling roept enkele vragen op over de inpassing in het Nederlandse (bestuurs)strafrecht. Daarnaast spelen vraagstukken over al dan niet beoogde volledige harmonisatie van de richtlijn, de doorwerking van het EVRM en richtlijnconforme interpretatie.

*HvJ EG 23 december 2009, zaak C-45/08, Spector Photo Group NV en Chris van Raemdonck/Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA).*

## Feiten

Spector zit in 2003 in een lastig parket: werknemers konden participeren in een aandelenoptieplan, maar Spector bezit niet genoeg aandelen om haar verbintenissen in het kader van dat optieplan na te komen. Derhalve worden tussen 28 mei en 30 augustus in zes orders in totaal bijna

28.000 aandelen gekocht door Spector en Van Raemdonck. Kort daarna heeft Spector informatie met betrekking tot bedrijfsresultaten en toekomstig beleid bekend gemaakt, waarna de koers van de aandelen behoorlijk is gestegen.

De CBFA (het Belgische equivalent van onze Autoriteit Financiële Markten, AFM) is van oordeel dat de laatste order (gedaan op 13 augustus) van in totaal bijna 18.000 aandelen als overtreding van het verbod op handel met voorwetenschap kan worden gekwalificeerd en legt Spector en Van Raemdonck geldboetes op van respectievelijk €80.000 en €20.000. Spector en Van Raemdonck (hierna zal ik gemakshalve steeds alleen van Spector spreken) zouden de laatste (omvangrijkste) orders hebben gedaan met inachtneming van het vermoeden dat na het bekendmaken van de bedrijfsresultaten de koers van het aandeel zou stijgen en het inkopen van eigen aandelen daardoor kostbaarder zou worden. Daarbij zouden met name hebben meegewogen de omvang van de order, de gestelde (ruimere) prijslimiet en het 'dringende' karakter dat aan de aankopen werd gegeven.

## Het Belgische recht

Kort weergegeven luidt artikel 25 van de Belgische Wft (hierna: WFT (B)) als volgt:

t/m 31 december 2003: het is aan eenieder verboden die over voorkennis beschikt om gebruik te maken van deze voorkennis door te handelen in financiële instrumenten waarop die voorkennis betrekking heeft.

En na 31 december 2003: het is aan eenieder verboden die over informatie beschikt, waarvan hij weet of zou moeten weten dat het voorkennis betreft, om te handelen in financiële instrumenten waarop die voorkennis betrekking heeft.

Anders dan in de richtlijn marktmisbruik of in de Nederlandse Wft, wordt in de nieuwe verbodsbepaling dus niet

\* Mr. J.M.W. Lindeman is als universitair docent straf(proces)recht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht. Dank aan François Kristen voor commentaar op een eerder versie van deze bijdrage.

1. AB 2010, 83 m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt; JOR 2010, 70 m.nt. M. Nelemans; M.D. Gorissen en R.M.I. Lamp, 'HvJ EU verduidelijkt verbod op handel met voorwetenschap', Bb 2010, 11; E.J. van der Stel, 'Heiligt het doel de middelen? Europees Hof aan zet aangaande marktmisbruik', V&O 2010, afl. 2, p. 33-36.  
2. Richtlijn 2003/6/EG, Pb. EU 2003, L 96/16.

meer vereist dat er sprake is van ‘gebruik maken’ van voorwetenschap.

## De procedure voor de nationale rechter

In de procedure voor het Brusselse Hof van Beroep beroept Spector zich erop dat de nieuwe wetsbepaling (die in werking is getreden ná de veronderstelde overtreding) strenger is dan de oude. Spector stelt dat de oude wet, door het bestanddeel ‘gebruik maken van’ eiste dat er een causale relatie werd aangetoond tussen het beschikken over voorkennis en het handelen in financiële instrumenten, terwijl in de nieuwe wet deze eis niet meer voorkomt. Hier hoeft enkel nog te worden aangetoond dat iemand wist of moest weten dat hij over voorwetenschap beschikte en heeft gehandeld in financiële instrumenten, wat een makkelijker te bewijzen delict oplevert: het is derhalve een strengere bepaling dan de richtlijn marktmisbruik voorschrijft en daardoor is de bepaling strijdig met het communautaire recht, omdat met de richtlijn marktmisbruik volledige harmonisatie zou zijn beoogd. De nieuwe wet is derhalve onverbindend, waardoor er nu een gunstigere bepaling (namelijk: geen verbod) geldt ten aanzien van de haar verweten gedraging: het *lex mitior*-beginsel zou in dat verband met zich mee brengen dat Spector nu geen straf kon worden opgelegd.

Het Hof van Beroep formuleert in zijn arrest van 1 februari 2008<sup>3</sup> een aantal prejudiciële vragen met betrekking tot dit verweer:

1. Wordt met de richtlijn marktmisbruik volledige harmonisatie beoogd?
2. Dient artikel 2 lid 1 van de richtlijn marktmisbruik zo te worden verstaan dat het enkele feit dat een persoon die over voorwetenschap beschikt en handelt in financiële instrumenten waarop die voorwetenschap betrekking heeft, meteen inhoudt dat hij gebruik maakt van zijn voorwetenschap?
3. Indien vraag 2 ontkennend wordt beantwoord: wordt vereist dat een welbewuste beslissing tot het gebruik van voorwetenschap werd genomen? Moet die beslissing tot gebruik blijken uit omstandigheden die voor geen andere uitleg vatbaar zijn of volstaat het dat die omstandigheden als zodanig kunnen worden begrepen?

Voorts worden nog drie andere prejudiciële vragen gesteld, die in essentie ingaan op de vraag wat een passende sanctie is voor overtreding van het verbod op handel met voorwetenschap. Deze vragen zal ik, gezien de omvang van deze bijdrage, buiten beschouwing laten.

3. Hof van Beroep Brussel 1 februari 2008, nr. 2006/SF/2, Justel nummer N-20080201-2, op te zoeken via <<http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=nl>>.

## Het arrest van het Hof van Justitie

De A-G en het Hof van Justitie kiezen ervoor om de eerste prejudiciële vraag voorlopig over te slaan, zodat eerst de beantwoording op de vragen 2 en 3 volgt. Volgens het Hof van Justitie blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van de richtlijn marktmisbruik dat uitdrukkelijk is gekozen voor het formuleren van een verbodsbepaling waarin géén element van doelgericht of intentioneel handelen in de definitie van het begrip handel met voorwetenschap is opgenomen: er is niet voorzien in een moreel bestanddeel. (punt 33-35)

Het Hof van Justitie verklaart deze keuze in de eerste plaats door de bijzondere aard van handel met voorwetenschap, waardoor dit bestanddeel vermoed wordt aanwezig te zijn als de andere bestanddelen in de bepaling zijn vervuld. De vertrouwensrelatie tussen primaire insiders en de emittent van de financiële instrumenten impliceert immers een bijzondere verantwoordelijkheid. Daarnaast kan het in de visie van het Hof van Justitie bijna niet bestaan dat er wordt gehandeld zónder bewustzijn van het feit dat er sprake is voorwetenschap. Wanneer een persoon handelt terwijl hij beschikt over voorwetenschap, moet worden aangenomen dat deze informatie in beginsel een rol heeft gespeeld in het beslissingsproces. (punt 36)

Het Hof van Justitie verklaart de afwezigheid van een moreel bestanddeel in de tweede plaats door de doelstelling van de richtlijn marktmisbruik: waarborging van de integriteit van financiële markten en het vergroten van vertrouwen van beleggers in deze financiële markten. Een slagvaardig verbodsbeleid zou gefrustreerd worden door een verbodsbepaling waarvoor steeds naar een moreel bestanddeel moet worden gezocht. (punt 37)

Vervolgens onderzoekt het Hof van Justitie of het aldus te constitueren vermoeden strijdig is met de onschulds-presumptie van artikel 6 lid 2 EVRM (en dus niet die van art. 48 van het Handvest). Fundamentele mensenrechten maken immers integraal deel uit van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof van Justitie de naleving verzekert en de eerbiediging van mensenrechten is een vereiste voor de wettigheid van het EU-recht, aldus het Hof van Justitie over diens eigen verantwoordelijkheid. (punt 40-41)

De onschulds-presumptie heeft relevantie ten aanzien van ‘straffen’. Artikel 14 van de richtlijn marktmisbruik verplicht niet tot het opleggen van ‘strafsancties’, maar wel tot passende administratieve maatregelen en sancties die doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. De aard van de inbreuken in kwestie en de zwaarte van de sancties die kunnen worden opgelegd, brengen het Hof van Justitie tot de conclusie dat de sancties, in het licht van het EVRM, kunnen worden aangemerkt als strafsancties. Daarbij wordt nadrukkelijk verwezen naar EHRM-klassiekers als *Engel/Nederland*<sup>4</sup> en *Öztürk/Duitsland*.<sup>5</sup> (punt 42)

4. EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223.

5. EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937.

Het Hof van Justitie haalt vervolgens het arrest *Salabiaku/Frankrijk*<sup>6</sup> aan: het bestraffen wegens het overtreden van een bepaling zonder subjectieve bestanddelen is niet in strijd met de onschuldspresumptie, zolang rekening wordt gehouden met de aard en de ernst van de belangen die op het spel staan en zolang de rechten van de verdediging worden geëerbiedigd.

Het vermoeden zoals dit in artikel 2 lid 1 van de richtlijn marktmisbruik wordt verwoord, is volgens het Hof van Justitie niet in strijd met de onschuldspresumptie: het is immers een weerlegbaar vermoeden en de rechten van de verdediging worden gewaarborgd. (punt 43)

Het feit dat een primaire insider die over voorwetenschap beschikt, een markttransactie verricht, wil volgens het Hof van Justitie niet automatisch zeggen dat hij het verbod op handel met voorwetenschap overtreedt; een te ruime uitleg van de bepaling zou immers betekenen dat ook gedragingen die géén afbreuk doen aan de door de richtlijn marktmisbruik beschermde belangen verboden zouden zijn. Na een teleologische beschouwing over de doelstelling van de richtlijn, komt het Hof van Justitie tot de uitspraak dat het verbod geldt 'wanneer een primair ingewijde die over voorwetenschap beschikt, ongerechtvaardigd gebruikmaakt van het voordeel dat deze informatie hem verschaft doordat hij in overeenstemming met deze informatie een markttransactie verricht.' (punt. 53)

'Hieruit volgt'<sup>7</sup>, aldus het Hof van Justitie in punt. 54, 'dat het feit dat een primair ingewijde die over voorwetenschap beschikt, met de financiële instrumenten waarop deze informatie betrekking heeft, een markttransactie verricht, impliceert dat deze persoon van deze informatie 'gebruikmaakt' in de zin van artikel 2 lid 1 van Richtlijn 2003/6/EG, onder voorbehoud van eerbiediging van de rechten van verdediging en inzonderheid van het recht om dit vermoeden te weerleggen.' Onder omstandigheden zal dan wel grondig onderzoek nodig zijn om vast te stellen dat er 'effectief ongerechtvaardigd gebruik wordt gemaakt van de voorwetenschap' (punt 55).

Het Hof van Justitie overweegt dan verder dat op een aantal punten in de considerans van de richtlijn wordt overwogen dat er situaties zijn, waarin gedragingen niet als misbruik van voorwetenschap hoeven te worden aangemerkt, waarna ten slotte wordt gesteld dat: 'De vraag of deze persoon het verbod van handel met voorwetenschap heeft overtreden, moet worden onderzocht op basis van de doelstelling van deze richtlijn, die erin bestaat de integriteit van de financiële markten te beschermen en het vertrouwen van de beleggers te vergroten, dat onder meer berust op de wetenschap dat zij met elkaar op voet van gelijkheid zullen verkeren en dat zij zullen worden beschermd tegen het ongeoorloofde gebruik van voorwetenschap.' (punt 56-62)

Aan de hand van de eerste prejudiciële vraag hoopte de Belgische rechter ook te vernemen of met de richtlijn marktmisbruik volledige harmonisatie is beoogd. Het Hof

van Justitie beantwoordt deze vraag echter niet, aangezien ze 'voorwaardelijk' gesteld is: de verwijzende rechter bedoelde in de ogen van het Hof van Justitie te vragen of (a) het nieuwe artikel 25 WFT (B) een onjuiste omzetting van de richtlijn marktmisbruik behelsde en, zo ja, (b) of dit in strijd was met eventueel beoogde volledige harmonisatie. Het Hof van Justitie is na beantwoording van de tweede en derde vraag echter van mening dat het nieuwe artikel 25 WFT (B), ondanks het ontbreken van het bestanddeel 'gebruik maken van', geen onjuiste omzetting van de richtlijn marktmisbruik behelst; met het bewijzen van een markttransactie door iemand die weet of moet weten dat hij over voorwetenschap beschikt, is immers het 'gebruik maken' een feit. Het Hof van Justitie komt dus niet meer toe aan de vraag of volledige harmonisatie was beoogd.

## Commentaar

### Gebruik maken van; weerlegbaar vermoeden

De uitleg van het Hof van Justitie zet de klok voor de Nederlandse rechter min of meer terug naar 1 maart 2007, toen het Amsterdamse Gerechtshof uitmaakte dat 'bij de toepassing van artikel 5:56 Wft moet worden uitgegaan van het met artikel 2 lid 1 van Richtlijn 2003/6/EG verenigbare bewijsvermoeden dat sprake is van causaliteit wanneer een verdachte over voorwetenschap beschikte toen hij de transactie verrichtte of bewerkstelligde. Een verdachte kan dit vermoeden ontzenuwen, bijvoorbeeld door aannemelijk te maken dat hij op grond van zijn voorwetenschap redelijkerwijs niet tot de transactie kan zijn bewogen.'<sup>8</sup> Een jaar later kwam hetzelfde gerechtshof echter uitdrukkelijk terug van zijn beslissing door te overwegen dat voor het bewijs van het bestanddeel 'gebruik maken van' voldoende is dat de verdachte een transactie heeft verricht of bewerkstelligd terwijl hij op dat moment over voorwetenschap beschikte en dat afgezien van een mogelijk beroep op een schulditsluitingsgrond geldt dat het enkele verrichten of bewerkstelligen van een transactie door iemand die over voorwetenschap beschikt reeds strafbaar is, tenzij sprake is van een wettelijke of een bij AMvB aangegeven uitzonderingsgrond.<sup>9</sup> Het moge duidelijk zijn dat na deze zwalkende koers het *Spector*-arrest de node gemiste duidelijkheid verschaft. Voor een meer op de praktijk toegespitste duiding van de uitspraak voor de Nederlandse situatie (met name aan de hand van welke argumenten het vermoeden zou kunnen worden weerlegd) verwijs ik naar de in voetnoot 1 genoemde beschouwingen van met name Nelemans en verder Gorissen en Lamp. Ik vestig hierna de aandacht op een meer dogmatisch aspect ten aanzien van het te weerleggen vermoeden in het strafrecht en het bestuursrecht. In beide rechtsgebieden kan het verbod op handel met voorwetenschap worden gehandhaafd (art. 1:80 Wft en art. 1 WED).

6. EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991, 351.

7. Bedoelt het Hof: 'Uit r.o. 53 volgt' of: 'Uit r.o. 39 t/m 53 volgt'? Aan de enkele opmerking in r.o. 53 dat het verbod geldt voor iemand die 'ongerechtvaardigd gebruikmaakt van...' is m.i. niet logischerwijs de gevolgtrekking van r.o. 54 te verbinden.

8. Hof Amsterdam 1 maart 2007, JOR 2008, 199 m.nt. Kristen, LJN BC7973.

9. Hof Amsterdam 13 juni 2008, JOR 2009, 10 m.nt. Kristen, LJN BD8046.

## Hoe een verweer met betrekking tot het weerlegbare vermoeden in het Nederlandse strafrecht te duiden?

In het Nederlandse strafrecht zal het weerlegbare vermoeden een plaats moeten krijgen in het beslissingschema dat de strafrechter op grond van artikel 350 Sv moet volgen. Ik zal hierna uiteenzetten dat een verweer waarin wordt getracht het vermoeden dat is gehandeld met gebruik van voorwetenschap te weerleggen, kan worden opgevat als schulditsluitingsgrond, als rechtvaardigingsgrond of als kwalificatie-uitsluitingsgrond.

Het 'objectieve' delict is in het Nederlandse strafrecht geen onbekend fenomeen. Met name in het bijzondere strafrecht (dat niet geheel toevallig ook vaak langs bestuursrechtelijke weg wordt gehandhaafd), zijn veel van dit soort bepalingen te vinden die (doorgaans als overtreding) strafbaar zijn. In het algemeen wordt aangenomen dat bij dergelijke overtredingen een beroep op de schulditsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (avas) soelaas biedt voor het geval iemand niet verwijtbaar de wet heeft overtreden.<sup>10</sup> Overtreding van artikel 5:56 Wft is in Nederland overigens een misdrijf, wat gezien het ontbreken van enig subjectief bestanddeel<sup>11</sup> bijzonder is.

Het verweer dat er geen 'gebruik is gemaakt' in de zin van artikel 2 lid 1 van de richtlijn marktmisbruik kan worden uitgelegd als een avas-verweer. Immers, de schulditsluitingsgrond avas manifesteert zich in veel gevallen als een verontschuldigbare dwaling ten aanzien van het recht of van de feiten, dan wel het hebben betracht van de maximaal of in redelijkheid te vergen zorg. In de redenering van het Hof van Justitie kan moeilijk worden volgehouden dat bij de 'te goeder trouw' handelende persoon, van enige dwaling sprake zou zijn. Iets beter denkbaar is, dat (zeker van primaire insiders) verwacht mag worden dat 'in de gevarenzone' uitermate voorzichtig (de maximaal te vergen zorg betrachtend) wordt gehandeld. Door aan te tonen dat de geverge zorgvuldigheid betracht is, kan aldus het vermoeden dat het verbod is overtreden worden weerlegd. De vraag die naar aanleiding van de *Spector*-uitspraak echter opkomt, is of het Hof van Justitie met de formule van het 'weerlegbare vermoeden' wel het weerleggen van de verwijtbaarheid beoogt, of dat wordt beoogd dat in bepaalde gevallen het ongerechtvaardigde karakter van de gedraging niet kan worden vastgesteld. Dat zou neerkomen op een rechtvaardigingsgrond. Deze gedachte wordt versterkt door het gegeven dat in de richtlijn zelf al situaties zijn benoemd waarin het verbod niet wordt overtreden. Bovendien overweegt het Hof van Justitie in punt 55 van het arrest dat het vereist kan zijn dat grondig onderzoek wordt gedaan om vast te stellen dat iemand 'effectief ongerechtvaardigd' gebruik maakt van voorwetenschap. Het Hof van Justitie komt uiteindelijk tot de conclusie dat aan de hand van de doelstelling van de richtlijn moet worden onderzocht of het verbod is overtreden. Wordt de

doelstelling geen geweld aangedaan, dan geen overtreding. De wederrechtelijkheid van de gedraging kan dan niet worden vastgesteld, terwijl wederrechtelijkheid wel een van de voorwaarden voor de strafbaarheid van het feit is.

De geschreven strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden (noodtoestand, noodweer, opvolgen wettelijk bevel) komen echter niet voor toepassing in aanmerking. En waar de ongeschreven schulditsluitingsgrond avas een vertrouwd verschijnsel is in de Nederlandse rechtspraak, is dat voor de ongeschreven rechtvaardigingsgrond van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid helemaal niet het geval. De Huizense veearts, die welbewust de wet overtrad door koeien ziek te laten worden, omdat dat in de periode dat zij geen melk gaven niet schadelijk voor hen was en zij de ziekte anders toch wel zouden krijgen, werd destijds ontslagen van rechtsvervolging wegens de afwezigheid van de materiële wederrechtelijkheid: hij handelde niet alleen naar eigen overtuiging volgens de regelen der kunst, maar had ook volgens algemeen deskundig inzicht in het beste belang van de dieren gehandeld. Juist dát belang stond voorop in de door hem overtreden wet.<sup>12</sup> Vergelijkbare jurisprudentie is er in al die jaren die sindsdien zijn verstreken amper te vinden. Een verschil tussen het verbod op handel met voorwetenschap en de Huizense veearts is overigens nog dat de veearts bewust in strijd met de wet handelde, terwijl het Hof van Justitie ter zake van het verbod op handel met voorwetenschap juist vaststelt, dat van overtreding van de wet in sommige gevallen geen sprake is. Hoewel deze benadering dus wringt binnen de bestaande strafrechtelijke dogmatiek, vind ik toch dat naar aanleiding van de door het Hof van Justitie gegeven uitleg en gebruikte terminologie (het woord 'ongerechtvaardigd'), een verweer ter weerlegging van het vermoeden dat met voorwetenschap is gehandeld eerder als een beroep op een rechtvaardigingsgrond moet worden opgevat.

### Met succes het vermoeden weerlegd, maar toch geen vrijspraak?

Maar of het weerleggen van het vermoeden nu als rechtvaardigingsgrond of schulditsluitingsgrond wordt geïnterpreteerd: er speelt nog een probleem. Iemand die aanneemelijk kan maken dat hij heeft gehandeld conform de belangen die de richtlijn beoogt te beschermen, zal op basis van het arrest *Spector* verwachten dat hij wordt vrijgesproken van overtreding van het verbod op handel met voorwetenschap. Juridisch gezien kan de strafrechter echter niet op basis van een schulditsluitingsgrond of een rechtvaardigingsgrond tot vrijspraak komen. Culpas noch wederrechtelijkheid is immers als bestanddeel in de delictomschrijving opgenomen. De einduitspraak van de rechter zal bij het aanvaarden van het verweer ontslag van rechtsvervolging (ovar) zijn (art. 352 lid 2 Sv).

Een denkbare insteek is dat, zoals ook ten aanzien van het begrip 'mishandelen' wel wordt gedaan, de wederrechtelijkheid als ongeschreven bestanddeel wordt veronder-

10. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 353.

11. De veel voorkomende 'opzet=misdrijf'-regel van art. 2 lid 1 WED is hier niet van toepassing. In de WED is art. 5:56 Wft in art. 1 onder 3<sup>o</sup> genoemd, wat op grond van art. 2 lid 3 WED betekent dat overtreding van de bepaling een misdrijf is omdat ze in de Wft in art. 5:54 als zodanig is aangemerkt.

12. HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, p. 918 e.v. m.nt. Taverne.



steld.<sup>13</sup> Het beroep op de rechtvaardigingsgrond moet dan worden opgevat als bewijsverweer. Deze benadering is zeer goed verdedigbaar: de richtlijn ziet immers op bestrijding van markt**mis**bruik! Overigens is bij mishandeling ook als het gaat om het verweer dat legis artis (en dus gerechtvaardigd) is gehandeld (o.a. medisch handelen, sport en spel, mores op studentenverenigingen) de discussie wel of dit nu tot vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgning zou moeten leiden.<sup>14</sup> In dat verband kan nog betoogd worden dat het gaat om een zogenoemd dakdek-  
kersverweer (ook wel impliciet kwalificatieverweer of pseudo-bewijsverweer genoemd): de juridische lading die het begrip ‘gebruik maken’ krijgt, maakt dat, bij weerlegging van het vermoeden, het begrip niet meer kan worden bewezen.<sup>15</sup>

Er zijn dus meerdere wijzen waarop in het strafrecht kan worden omgegaan met het weerlegbare vermoeden. Dat komt de duidelijkheid niet ten goede, terwijl niet alle oplossingen leiden tot een (door de verdachte vermoedelijk begeerde) vrijspraak. Door opname van het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ in de verbodsbepaling zou dit probleem kunnen zijn voorkomen. Corstens heeft dit in 1988 al betoogd ten aanzien van de toen nieuw in te voeren verbodsbepaling.<sup>16</sup> Door die wederrechtelijkheid te interpreteren naar de doelstelling en de te beschermen belangen van de richtlijn, zou de rechter degene die niet ‘effectief ongerechtvaardigd’ gebruik maakt van voorwetenschap kunnen vrijspreken: deze persoon handelt immers niet wederrechtelijk.

Maar zo is het niet gegaan en al met al leidt de thans gekozen invulling van de bepaling tot een voor het Nederlandse strafrecht gewrongen denkraam.

### Het weerlegbare vermoeden in een bestuurlijke boete-procedure

In het bestuursrecht is het niet veel anders. In Nederland is ten aanzien van veel bijzondere wetten (waaronder de Wft) gekozen voor een duaal handhavingssysteem: handhaving kan langs strafrechtelijke of bestuursrechtelijke weg geschieden. Wegens overtreding van artikel 5:56 Wft kan ook een bestuurlijke boete worden opgelegd (art. 1:80 Wft). Dat betekent dat ook de bestuursrechter met ‘objectieve delicten’ te maken kan krijgen en dus met de toepassing van de in het *Spector*-arrest geformuleerde interpretatie geconfronteerd kan worden. Ook ten aanzien van de bestuurlijke boete is avas een geaccepteerde exceptie (art. 5:41 Awb) en de rechtvaardigingsgrond heeft inmiddels eveneens een plaats in het bestuurlijke boeterecht (art. 5:5 Awb). De bestuursrechter zal in procedures rond de bestuurlijke boete (dankzij het EVRM en ook de nadrukkelijke aanmoediging daartoe door de wetgever in het kader van de invoering van de vierde tranche Awb<sup>17</sup>)

doorgaans door een behoorlijk strafrechtelijke bril moeten kijken. Veel van wat ik hiervoor heb gezegd over het strafrecht, zal dientengevolge ook voor het bestuursrecht gelden, waarbij uiteraard niet het probleem speelt ten aanzien van vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgning.

### Lex certa

Ik vind het dan ook te betreuren dat het Hof van Justitie in zijn arrest eigenlijk geen blijk geeft van enige gevoeligheid voor de (bestuurs)strafrechtelijke inkadering van zijn benadering. Niet alleen in Nederland speelt het legaliteitsbeginsel een belangrijke rol in het strafrecht. Een van de aspecten van dat legaliteitsbeginsel is het lex certa-beginsel: de wet moet duidelijk kenbaar zijn, zodat voor de normadressant duidelijk is welk gedrag wel en welk gedrag niet onder de strafbepaling valt. Zeker in wetgeving op specialistisch terrein mogen aan die normadressanten best bepaalde eisen worden gesteld, zodat wetgeving die door een ‘leek’ amper te volgen is (de Wft is daar een fraai voorbeeld van) toch niet in strijd hoeft te zijn met het lex certa-beginsel. Maar dit arrest gaat wel erg ver. Het Hof van Justitie leest in artikel 2 van de richtlijn markt**mis**bruik een zeer breed in te vullen verbod en accepteert dat daar geen enkel constitutief bestanddeel ten aanzien van aspecten als wederrechtelijkheid en schuld in gelezen hoeft te worden. Het geeft vervolgens aan dat in de context waarin het verbod van die gedraging is geformuleerd, wel degelijk ruimte bestaat om te betogen dat de gedraging toch geen schending van het verbod behelst. Maar welke strekking het verbod nu heeft, weten we eigenlijk nog steeds niet. Ik vind dat moeilijk te verenigen met het lex certa-beginsel. Het Hof van Justitie geeft zich daar naar mijn smaak te weinig rekenschap van. Overigens heeft natuurlijk ook de Nederlandse wetgever verantwoordelijkheid als het gaat om het omzetten van Europees recht naar nationaal recht: het is de vraag of het Hof van Justitie er afwijzend tegenover zou staan als in onze verbodsbepaling het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ zou zijn opgenomen.

Desalniettemin is het, zeker nu ook het voorschrijven van strafrechtelijke sancties tot de bevoegdheden van de EU is gaan behoren, te hopen dat de rechtspraak ook een wat meer specifiek strafrechtelijk karakter gaat krijgen.

### Aanknopen bij jurisprudentie EHRM

- *Rol van EVRM en EHRM in jurisprudentie HvJ*

Bij het beantwoorden van de vraag hoe het begrip ‘gebruik maken van’ moet worden uitgelegd, komt het Hof van Justitie voor de vraag te staan of de onschuldpresumptie in het gedrang komt bij een bepaalde interpretatie. Het zoekt daartoe aansluiting bij de EHRM-jurisprudentie over het begrip *criminal charge* en over de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM. Dat is op zich niet per se bijzonder. Fundamentele mensenrechten maken immers integraal deel uit van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof van Justitie de naleving verzekert en

13. C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 133; A.J. Machielse, aant. 1 op art. 300 Sr in: Noyon/Langemeijer/Remmelink.

14. A.J. Machielse, aant. 1 op art. 300 Sr in: Noyon/Langemeijer/Remmelink.

15. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 724-725. C.M. Pelsler, aant. 13.3 en 13.5 op art. 358 Sv in: Melai/Groenhuijsen e.a.

16. G.J.M. Corstens, ‘Misbruik van voorwetenschap’, *De NV* 1998, afl. 4, p. 129.

17. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 86-87 en p. 134-135.

de eerbiediging van mensenrechten is een vereiste voor de wettigheid van het EU-recht.<sup>18</sup>

De voorgenomen toetreding van de EU tot het EVRM (art. 6 lid 2 VEU), en de opwaardering van de status van het handvest (art. 6 lid 1 VEU) maken dat ik er toch benieuwd naar ben of de Europese rechter het EVRM directer gaat toepassen. Het is in dit verband interessant dat met geen woord wordt gerept over het Handvest, waarin de onschuldspresumptie toch ook is opgenomen. Het Hof van Justitie past rechtstreeks de EHRM-criteria toe, zonder, zoals het steeds heeft gedaan, eerst te stellen dat het Straatsburgse recht eigenlijk alleen indirect van toepassing is. Zoals ook al elders geconstateerd<sup>19</sup> is dit niet zonder betekenis. Het is misschien nog te vroeg om uit deze uitspraak conclusies te trekken, maar een *quick scan* leert mij dat in uitspraken sinds het *Spector*-arrest toch ook naar het Handvest wordt verwezen, maar dat het EVRM ook als directe rechtsbron wordt gebruikt.<sup>20</sup> Zouden het Handvest en het EVRM voor het Hof van Justitie min of meer inwisselbaar zijn? De toetreding van de EU tot het EVRM zou dan voor wat betreft de jurisprudentie van het Hof van Justitie wellicht geen al te grote veranderingen opleveren. Wat in ieder geval nu voor het eerst lijkt te zijn gebeurd, is dat het Hof van Justitie rechtstreeks aanknoopt bij de criteria van arresten als *Engel/Nederland* en *Öztürk/Duitsland*. Ook in andere zaken waarin op artikel 6 en/of 7 EVRM een beroep wordt gedaan, kan dus verwacht worden dat het Hof van Justitie zal toetsen of de sancties die zijn of kunnen worden opgelegd als 'strafsancties' kunnen worden aangemerkt.

- *Strafrechtelijke sancties*

Overigens roept de toepassing van de *Engel*-criteria bij de kwestie of er ten aanzien van de sancties die voor overtreding van het verbod op handel met voorwetenschap moeten worden opgelegd sprake is van 'bestraffende' sancties wel een vraag op met betrekking tot de bruikbaarheid van die criteria in de context van een prejudiciële procedure. De aangehaalde EHRM-jurisprudentie is uit zijn aard steeds gewezen in zeer casuïstische situaties, waarin concreet werd onderzocht welke plaats de overtreding had in het nationale rechtssysteem, wat de aard van de overtreding was en wat de aard en zwaarte van de sanctie was. Een dergelijk onderzoek kan het Hof van Justitie in een prejudiciële procedure niet doen, omdat het gaat om interpretatie en niet om toepassing. Elke lidstaat heeft de sancties op een eigen manier vormgegeven.<sup>21</sup> De vaststelling dat het per saldo om bestraffende sancties gaat, lijkt dus de uitkomst van een wat abstracte redenering. Desalniettemin is het oordeel wel te volgen. Het Hof van Jus-

titie kan natuurlijk ook in zijn algemeenheid bepalen dat met name de aard van de overtreding maakt dat bijpassende, doeltreffende en afschrikwekkende sancties per saldo van een dusdanige aard en zwaarte zullen moeten zijn dat van een *criminal charge* gesproken moet worden. Simpel gezegd: kennelijk heeft het Hof van Justitie hier sancties voor ogen die per definitie als 'strafsanctie' moeten worden aangemerkt. Feit blijft dat het Hof van Justitie feitelijk alleen met de aard van de overtreding een steekhoudend argument heeft voor de kwalificatie als 'strafsanctie'.

Het binnenhalen van het autonome 'straf'-begrip uit de EHRM-jurisprudentie maakt nog nieuwsgierig op een ander punt. Artikel 83 VWEU maakt mogelijk dat in richtlijnen minimumvoorschriften worden vastgesteld betreffende de bepaling van strafbare feiten en sancties. Hoe gaat het Hof van Justitie straks beoordelen wanneer sprake is van een 'strafrechtelijke sanctie' in die zin van artikel 83 VWEU? Zal daarbij de kwalificatie die in het nationale recht aan de term 'strafrechtelijke sanctie' wordt gegeven van doorslaggevend betekenis zijn of zullen de autonome criteria van de EHRM-jurisprudentie leidend zijn? In Nederland zullen veel mensen gedacht hebben dat het toch de bedoeling is dat we het naar Nederlands recht strafrechtelijk gaan regelen, maar als de autonome criteria worden toegepast, kan een bestuurlijke boete wellicht volstaan als 'strafrechtelijke sanctie'.

- *Onschuldspresumptie*

Nadat is vastgesteld dat het hier om strafsancties gaat en dat de onschuldspresumptie dus van toepassing is, zoekt het Hof van Justitie nadrukkelijk aansluiting bij het *Salabiaku*-arrest van het EHRM. De twijfel van bijvoorbeeld Veldt-Foglia of de jurisprudentie van het Hof van Justitie wel aansloot bij die van het EHRM (zie bijvoorbeeld *Hansen en Soen*,<sup>22</sup> waarin amper ruimte werd gelaten voor overmachtsituaties), is hiermee weggenomen.<sup>23</sup> Daarbij haast ik mij overigens te benadrukken dat het *Salabiaku*-arrest bepaald niet zaligmakend is: het blijft (zoals het geval is bij veel Straatsburgse jurisprudentie) de vraag wanneer een strafbepaling nu voldoende *constituent elements* bevat om niet strijdig te zijn met de onschuldspresumptie. Het Hof van Justitie gaat hierop in zijn arrest eigenlijk nauwelijks in. Bovendien mag worden aangenomen dat het EHRM naarmate de straffen die kunnen worden opgelegd hoger worden, stringenter eisen gaat stellen.<sup>24</sup> *Salabiaku* werd veroordeeld tot (omgerekend) ca. 15.000 euro. De bestuurlijke boete die bijvoorbeeld in Nederland kan worden opgelegd voor overtreding van het verbod op handel met voorwetenschap is vele malen hoger: deze kan oplopen tot 4 miljoen euro (waartegen de maximale strafrechtelijke geldboetes van 76.000 euro voor

18. HvJ EG 3 september 2008, NJ 2009, 38 (*Kadi en Al Barakaat*). Zie ook C.R.J.J. Rijken, 'Het Hof als hoeder van de fundamentele rechten in de zaak Kadi en Al Barakaat', *NTER* 2009, p. 140-146.

19. A.J.C. de Moor-van Vugt in haar noot bij het arrest in AB 2010, 83 en A.P.W. Duijkersloot en R.G.J.M. Widdershoven, 'Kroniek Europees bestuursrecht', *NTB* 2010, p. 142.

20. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 18 maart 2010, zaken C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320/08, *Alasini e.a./Telecom Italia SpA* en HvJ EU 4 maart 2010, zaak C-578/08, *Chakroun/Nederland*.

21. In een procedure wgens verdragsinbreuk zou het in beginsel wel denkbaar zijn dat het Hof van Justitie meer concreet toetst.

22. HvJ EG 10 juli 1990, zaak C-326/88, *Hansen*, *Jur.* 1990, p. 1-2911.

23. M.I. Veldt-Foglia, Europees Strafrecht, in: *Handboek Strafzaken*, oktober 2009, par.106.3.3.2.

24. Zie de noot van M.W.C. Feteris bij het *Salabiaku*-arrest in *FED* 1990, 420. Zie ook M.W.C. Feteris, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces*, Deventer: Kluwer 2002, p. 385 e.v.

natuurlijke personen en 760.000 euro voor rechtspersonen nogal schril afsteken, maar dat terzijde).<sup>25</sup>

- *Volledige harmonisatie?*

In tegenstelling tot het Hof van Justitie, beantwoordt A-G Kokott de eerste prejudiciële vraag wel en ze doet dat bevestigend. Daartoe onderzoekt zij aan de hand van de bewoordingen en het doel en de opzet van artikel 2 lid 1 van de richtlijn welk harmonisatieniveau is beoogd. Dit is niet duidelijk aangegeven in de richtlijn zelf. Een eerste aanwijzing voor beoogde volledige harmonisatie is echter te vinden in de vergelijking met de oude Richtlijn 89/592/EEG (transacties van ingewijden), waarin nadrukkelijk wél werd toegestaan dat het verbod op handel met voorwetenschap werd uitgebreid. Het schrappen van deze afwijkingmogelijkheid duidt op beoogde volledige harmonisatie. Ook uit het doel en de opzet van de richtlijn marktmisbruik, zoals weergegeven in de considerans, kan beoogde volledige harmonisatie worden afgeleid. Ten slotte kan, aldus Kokott, uit de inhoud van artikel 2 lid 1 van de richtlijn zelf worden afgeleid dat volledige harmonisatie is beoogd. Het ruim geformuleerde verbod, alsmede de opsomming van erkende uitzonderingen in de considerans lijken te impliceren dat lidstaten niet nog over nadere discretionaire ruimte zouden moeten beschikken om een strenger verbod te formuleren.

Aldus heeft Kokott, naast de doelstelling en bewoording van de richtlijn, ook gekeken naar de mate van gedetailleerdheid en de afwezigheid van een expliciete afwijking-bevoegdheid. Het zijn ook deze punten die Kristen in zijn op dit vlak toonaangevende proefschrift heeft nagelopen als hij tot de conclusie komt dat volledige harmonisatie is beoogd.<sup>26</sup> Het Hof van Justitie spreekt zelf in punt. 35 van ‘eenvormige harmonisatie’, in punt. 37 van een verbod dat ‘steunt op een eenvoudige structuur’ en in punt. 45 van een ‘uniforme regeling’. Op basis hiervan lijkt mij dat een ander standpunt ook niet eenvoudig te verdedigen zal zijn.<sup>27</sup>

- *Richtlijnconforme interpretatie*

Wat overigens een aspect van Kokott’s conclusie is dat bij mij nog een vraag oproept, is de oplossing die zij meende te kunnen aandragen ter verwerping van het op het lex mitior-beginsel gestoelde verweer van Spector (zie de voorgaande paragraaf *De procedure voor de nationale rechter*). Zij stelt dat het lex mitior-beginsel helemaal niet aan de orde is, omdat het nieuwe artikel 25 WFT (B) met ‘richtlijnconforme tempering’<sup>28</sup> kan worden uitgelegd, wat wil zeggen dat een te breed geformuleerde verbodsbepaling alsnog richtlijnconform uitgelegd kan worden door de bepaling aldus te interpreteren, dat alleen die gevallen onder de verbodsbepaling vallen die door de ontwerpers van de richtlijn zijn beoogd. Het is een voor mij nieuw begrip, dat teruggevoerd lijkt te kunnen worden op

het in Duitsland wel gebruikte begrip ‘beperkende (temperende) teleologische interpretatie’.<sup>29</sup> De vraag is of we hier nu een nieuwe interpretatiemethode krijgen voorgeschoteld, of dat het beestje een andere naam heeft gekregen. Dat laatste lijkt het geval, als we bijvoorbeeld kijken naar het geval van *Gourmetterie van den Burg*, waarin de Nederlandse rechter het verbod op het verkopen van beschermde vogels diende te beperken in de zin dat de Schotse sneeuwhoen niet als beschermde vogel aangemerkt mocht te worden.<sup>30</sup>

De Belgische rechter kan in ieder geval wachten op het verweer dat de bepaling van artikel 25 WFT (B) (nieuw) met ‘richtlijnconforme tempering’ moet worden uitgelegd. Als het Belgische recht hem een dusdanige interpretatie toestaat, zal hij daartoe mijns inziens ook over dienen te gaan.<sup>31</sup>

## Ten slotte

Voor Spector zal het vermoedelijk niet zo goed gaan aflopen: alle juridische fijnslijperij ten spijt, lijkt het er niet op dat Spector (afgaande op de gang van zaken zoals die mij uit lezing van de verwijzingsuitspraak van het Hof van Beroep blijken) de feiten zo’n draai kan geven dat daarmee het rechtsvermoeden dat zij gebruik heeft gemaakt van voorwetenschap weerlegd kan worden. Daarmee is niet op voorhand gezegd dat de *escape* die het Hof van Justitie hier biedt slechts theoretisch is. Maar daarover is, als gezegd, elders al het nodige geschreven. In een breder perspectief is het arrest enerzijds reden tot zorg met betrekking tot het gebrek aan strafrechtelijk invoelingsvermogen van het Hof van Justitie ten aanzien van het lex certa-beginsel. Daarnaast zal de wetgever ten aanzien van het verbod op handel met voorwetenschap mijns inziens andermaal moeten nagaan of de delictomschrijving niet toch het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ zou moeten bevatten. Anderzijds is het positief dat het Hof van Justitie bereid lijkt te zijn steeds meer het EVRM en de bijbehorende jurisprudentie in zijn rechtspraak te integreren.

25. Art. 1:81 Wft jo. art. 2, 3 en 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector.

26. F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 42 en p. 195-200.

27. Zie in die zin ook De Moor-van Vugt in haar noot bij het arrest in AB 2010, 83.

28. In het Duits: *Richtlinienkonformen Reduktion*.

29. Zie bijvoorbeeld het arrest BGH 26 november 2008, VIII ZR 200/05, zie ook Pressemitteilung Nr. 217/08 op <<http://juris.bundesgerichtshof.de>>. Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het *Quelle*-arrest van het HvJ EG 17 april 2008, zaak C-406/06, NJ 2008, 382 m.nt. M.R. Mok. Het BGH koos eieren voor zijn geld en interpreteerde d.m.v. de temperende richtlijnconforme interpretatie het Duitse consumentenrecht zo, dat de wettelijke voorgeschreven gebruiksvergoeding die moet worden betaald als binnen de garantietermijn een consumptiegoed wordt vervangen voor een nieuw, niet meer geëffectueerd kan worden.

30. HvJ EG 23 mei 1990, zaak C-169/89, *Jur.* 1990, p. I-2143 en HR 20 november 1990, NJ 1991, 241; voorbeeld ontleend aan Kristen (2004), p. 67, waarin nog meerdere voorbeelden worden genoemd.

31. Zie ook de noot van Widdershoven bij het arrest HvJ EG 5 oktober 2004, AB 2005, 16, *Pfeiffer e.a./Deutsches Rotes Kreuz*.