

Fraude op de financiële markten in het licht van het recht van de Europese Unie

M.J.J.P. Luchtman en J.M.W. Lindeman

Verschenen in: 'Fraude op de financiële markten in het licht van het recht van de Europese Unie', in: R.C.P. Haentjens and M. Jurgens (eds.), Fraude op de financiële markten, 2011, pp. 29-46.

Inleiding

De financiële markten zijn bij uitstek een terrein met een grensoverschrijdende dimensie. De huidige economische crisis laat zien hoe lastig het is nationale markten van elkaar te scheiden. Ten dele gaat het hier om een proces met een dynamiek tot ver buiten de grenzen van de Europese Unie, ten dele is dit ook het gevolg geweest van de inspanningen van de Europese Unie die erop zijn gericht een interne markt te realiseren en te vervolmaken. Het aantal Europese richtlijnen en verordeningen dat, direct of indirect, voor deze bundel relevant is, is groot en omvat onder meer het vennootschapsrecht, het jaarrekeningenrecht, het financiële toezicht (markttoegang en toezicht 'going concern') en ook het onderwerp marktintegriteit, waaronder marktmisbruik.¹ In een iets breder verband kan men ook denken aan de Europese invloeden op bijvoorbeeld de bestrijding van witwassen² en corruptie.³

Bovendien moeten we voor ogen houden dat niet alleen het *Europese recht* invloed heeft, maar dat in een breder verband *de Europeanisering* van de financiële markten de Nederlandse strafrechtspleging voor problemen stelt. Dat leidt soms tot eenzijdige aanpassingen van het Nederlandse recht. Zo is ingrijpen van de overheid op de financiële markten soms ook ingegeven uit de zorg voor het beeld van Nederland als achterbuurt op de Europese financiële dienstenmarkten.⁴ Andere onderwerpen, hoewel voor de praktijk van groot belang, blijven zelfs door de Europese of nationale wetgever helemaal onaangeroerd of worden op onvolkomen wijze behandeld. Te denken valt bijvoorbeeld aan (de gebrekkige normering van) de samenwerking op het vlak van de transnationale bewijsgeving en het transnationale bewijsgebruik. Die onderwerpen zijn voor de praktijk vaak minstens zo belangrijk als de onderwerpen die wel in het Europese recht zijn geregeld.

Met deze bijdrage hebben wij getracht een overzicht te bieden van de belangrijkste Europees-rechtelijke thema's, waarmee men, naar onze inschatting, in een fraudezaak kan worden geconfronteerd. Strikt genomen zijn die thema's niet uniek voor fraude op de financiële markten; ze spelen vrijwel altijd wanneer een strafzaak een Europese component kent. Wel lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat juist in het financiële strafrecht vraagstukken van Europees recht zeer frequent, en zeker meer dan gemiddeld, een rol spelen. Ons perspectief is daarbij 'bottom-up' geweest; we hebben getracht de invloed van het Europese recht te schetsen vanuit het perspectief van de actoren in de 'zittingszaal', de strafrechter in het bijzonder. Dat betekent dat wij problemen waarmee bijvoorbeeld de wetgever zich bij de omzetting van Europees recht geconfronteerd kan zien, niet zullen bespreken. We hebben er bovendien voor gekozen niet één specifiek onderwerp te behandelen, maar enige hoofdlijnen te schetsen. Vanuit die invalshoek hebben we drie thema's geïdentificeerd. In het onderstaande besteden we achtereenvolgens aandacht aan de invloed van het Verdrag van Lissabon op het strafrecht (paragraaf 2), aan de manier waarop EU-recht door kan werken in een nationale strafzaak (para-

¹ Richtlijn 2003/6/EG betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik), *PbEU* 2003 L 96/16.

² Vgl. Richtlijn 2005/60/EG tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, *PbEU* 2005 L 309/15.

³ Bijvoorbeeld het Kaderbesluit inzake de bestrijding van corruptie in de privé-sector, *PbEU* 2003 L 192/54.

⁴ Vgl. HvJ 10 mei 1995, Zaak C-384/93, *Alpine Investments BV/Minister van Financiën*, [1995] *Jur.* I-01141.

graaf 3) en aan de transnationale samenwerking ter verkrijging van buitenlands bewijsmateriaal (paragraaf 4). We sluiten af met een korte samenvatting.

2. Het strafrecht voor en na het Verdrag van Lissabon.

2.1 Inleiding

Het Verdrag van Lissabon, dat op 1 december 2009 in werking is getreden, bestaat in feite uit twee verdragen: het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU, ook wel Werkingsverdrag).⁵ Het VEU bevat de meer ‘constitutionele’ bepalingen, terwijl het VWEU de beleidsterreinen verder uitwerkt.⁶ Daarnaast heeft met de inwerkingtreding van Lissabon het Handvest voor de Grondrechten dezelfde, bindende status gekregen als de twee genoemde verdragen.⁷

Het Verdrag van Lissabon heeft in potentie grote gevolgen voor de strafrechtspleging. Dat blijkt ten eerste uit de doelstelling verwoord in art. 3 lid 2 VEU dat ‘[d]e Unie haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen [biedt], waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel, immigratie, en voorkoming en bestrijding van criminaliteit.’⁸ Voor wat betreft het strafrecht is daartoe voorzien in rechtsgrondslagen voor maatregelen op het vlak van de interstatelijke samenwerking (met wederzijdse erkenning als leidend beginsel; art. 82), de harmonisatie van materieel (art. 82) en formeel strafrecht (art. 83). Ook wordt speciale aandacht besteed aan Eurojust (art. 85) en het Europees Openbaar Ministerie (art. 86). Daarmee zijn verdergaande ambities geformuleerd dan onder het Verdrag van Amsterdam. Of die ambities ook worden gerealiseerd, moet nog worden afgewacht.

Ten tweede heeft Lissabon een aantal vooral voor het strafrecht belangrijke institutionele veranderingen mee gebracht. Het verdrag heeft de voormalige eerste en derde pijler in elkaar doen opgaan. Dat heeft ertoe geleid dat een aantal eigenheden van de derde pijler, die de lidstaten in staat stelden desgewenst hun nationale strafrechtspleging af te schermen van Europese invloeden, zijn afgeschaft. Zo keert de besluitvorming bij unanimiteit op strafrechtelijk vlak niet terug⁹ en is de invloed van de Europese instellingen (Parlement, Hof en Commissie) aanzienlijk vergroot. Het Europees parlement is nu mede-beslisser geworden in plaats van adviesorgaan, de Europese Commissie zal voortaan ook infractieprocedures kunnen starten (art. 258 VWEU) en de rechtsmacht van het Hof van Justitie is aanzienlijk uitgebreid.¹⁰ Met Lissabon verdween ook de rechtsfiguur van het kaderbesluit van het toneel. Wetgeving op strafrechtelijk terrein bereikt de lidstaten nu, net als voorheen onder de eerste pijler, in de vorm van richtlijnen en verordeningen (art. 288 VWEU).¹¹ Die instrumenten zullen voortaan op dezelfde wijze als in de voormalige eerste pijler directe werking en voorrang hebben.¹²

⁵ Voor de geconsolideerde versie van beide verdragen en de bijhorende protocollen, zie *PbEU* 2010 C 83.

⁶ R.H. Ooik, ‘Het Verdrag van Lissabon: structuur en overzicht’, *SEW* 2008, p. 38.

⁷ *PbEU* 2010 C 83/389.

⁸ Zie verder art. 4 lid 2 sub j en vooral de art. 67 e.v. VWEU.

⁹ Daarvoor kregen de lidstaten overigens de zogenaamde noodrem-procedure terug; zie art. 82 en 83 leden 3 VWEU.

¹⁰ Wel is voor de bestaande derde pijler wetgeving, wat betreft de bevoegdheden van Commissie en Hof, voorzien in overgangsbepalingen voor een periode van maximaal vijf jaar; art. 10 van Protocol 36 inzake de overgangsbepalingen bij het Verdrag van Lissabon. Gedurende die periode blijven de beperkingen gelden die ook in de derde pijler golden.

¹¹ Voor sommige onderwerpen moet de richtlijn worden gebruikt; vgl. art. 82 lid 2 en art. 83 lid 2 VWEU.

¹² R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2008, p. 112-117; J.H. Reestman en F.A.N.J. Goudappel, ‘Het verdrag van Lissabon en de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht’, *SEW* 2008, p. 441 – 445, p. 445.

Bij dit alles moet worden bedacht dat ook onder het Verdrag van Amsterdam en oudere verdragen de nationale strafrechtspleging nooit immuun is geweest voor Europese invloeden. Nationale strafbepalingen die in strijd komen met Europees recht moeten wijken (negatieve integratie). Zo kunnen de vier vrijheden de toepassing van strafbepalingen verhinderen. Strafbepalingen met betrekking tot de financiële markten kunnen bijvoorbeeld in strijd komen met het vrije verkeer van diensten en/of kapitaal.¹³ En als de lidstaten ervoor kozen een uit de eerste pijler afkomstige norm door omzetting in nationaal recht strafrechtelijk te handhaven (positieve integratie), betekende dat automatisch dat vragen inzake richtlijnconforme interpretatie of rechtstreekse werking relevant werden. Essentieel is echter dat het, naar toenmalige inzichten, telkens ging het om een vrije keuze van de lidstaten. Conforme interpretatie, rechtstreekse werking of Francovich-aansprakelijkheid in de strafrechtelijke handhaving kwamen alleen in beeld als men daarvoor zelf koos.

Het is al vele malen beschreven hoe deze inzichten in de loop der tijd moesten worden bijgesteld. In 2005 aanvaardde het Hof van Justitie zowel de plicht tot Unietrouw en kaderbesluitconforme interpretatie in de derde pijler,¹⁴ als de bevoegdheid van de EG om de lidstaten via de eerste pijler tot strafrechtelijke handhaving van EG-beleid te dwingen.¹⁵ Die uitspraken zijn op felle kritiek gestuit, waarbij de bevoegdheidsverdeling tussen de eerste en derde pijler en de beperkte bevoegdheden van de Europese Unie op strafrechtelijk vlak 'hot issues' waren. Des te opvallender is het dat de nog verdergaande bepalingen in Lissabon op het vlak van de strafrechtspleging nauwelijks op verzet zijn gestuit.

Tegelijk kan worden geconstateerd dat het zojuist geschetste institutionele debat vooral de positie van de uitvoerende macht – in de vorm van de regering – en die van de wetgever raakt. De keuze voor de behandeling van een onderwerp in de eerste of derde pijler (dus richtlijn of kaderbesluit) werd, binnen bepaalde randvoorwaarden,¹⁶ in hoge mate bepaald door de Europese Raad/Raad van Ministers. Indien eenmaal was gekozen voor een richtlijn (dus eerste pijler), behield de nationale wetgever, opnieuw binnen zekere Europese randvoorwaarden,¹⁷ ook nog de nodige vrijheid bij de omzetting; als gezegd, aan hem was de keuze voor strafrechtelijke handhaving en/of handhaving langs andere wegen. In die zin heeft Lissabon voor rechter, OM en verdediging veel minder nieuws in petto. Zij waren al bekend met het fenomeen prejudiciële vragen, rechtstreekse werking, conforme interpretatie, et cetera. Desalniettemin lijkt een korte schets van de voornaamste wijzigingen onder het nieuwe verdrag nuttig.

2.2 Materieel strafrecht

In de derde pijler is het nodige aan harmonisatie op het gebied van strafrecht gebeurd met ook voor deze bundel relevante gemeenschappelijke standpunten en kaderbesluiten op het vlak van, bijvoorbeeld, de deelneming aan een criminele organisatie,¹⁸ corruptie in de privé-sector, fraude met niet-contante betaalmiddelen¹⁹ en terrorisme.²⁰ Toch had de fraudebestrijding in den brede – buiten de fraude tegen de financiële belangen van de EU zelf – niet de onverkorte aandacht van de derde-pijler wetgever. Die kwestie kwam, ook voor wat betreft de financiële

¹³ Zie voor een aardig voorbeeld de eerder genoemde *Alpine Investments*-zaak, die ging over *cold calling*. In die zaak werd overigens geen schending van het vrij verkeer aangenomen; de beperking was gerechtvaardigd.

¹⁴ HvJ 16 juni 2005, Zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285; *NJ* 2006, 500.

¹⁵ HvJ 13 september, Zaak C-176/03, *Commissie/Raad*, *Jur.* I-7875; *NJ* 2006, 210; zie ook HvJ 23 oktober 2007, Zaak C-440/05, *Commissie/Raad*, *NJ* 2008, 48.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld art. 42 (oud) VEU.

¹⁷ Vgl. HvJ 21 september 1989, Zaak 68/88, *Griekse maïs*, *Jur.* 1989, p. 2965.

¹⁸ Kaderbesluit ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, *PbEU* 2008, L 300/42.

¹⁹ Kaderbesluit bestrijding van fraude en vervalsing in verband met andere betaalmiddelen dan contanten, *PbEU* 2001 L 149/1.

²⁰ Kaderbesluit terrorismebestrijding, *PBEU* 2002 L164.

markten, vooral aan de orde binnen de eerste pijler. Ze had daarmee lange tijd te lijden onder het hiervoor geschetste institutionele bevoegdheidsconflict tussen de pijlers.

Het Verdrag van Lissabon heeft op dit punt de door het Hof van Justitie ingezette koers bevestigd. Artikel 67 lid 3 en 83 lid 2 VWEU zouden kunnen worden gelezen als een codificatie van het hierboven genoemde ontwikkeling.²¹ Als het voor een doeltreffende uitvoering van Unie-beleid (art. 3-6 VWEU) nodig blijkt, kunnen immers op grond van artikel 83 lid 2 VWEU bij richtlijnen minimumvoorschriften met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en de sancties worden vastgesteld. Lidstaten kunnen dus tot strafrechtelijke handhaving van EU-beleid worden gedwongen.²² Deze voorschriften moeten wel betrekking hebben op een gebied waarop harmonisatiemaatregelen zijn vastgesteld.²³ Daarbij kan zeker ook worden gedacht aan de terreinen met betrekking tot de financiële markten waarop, in het kader van de interne markt (art. 4 lid 2 sub a VWEU), al sinds lange tijd verschillende richtlijnen met harmonisatiemaatregelen bestaan, zoals de Richtlijn Marktmissbruik of de MiFid-richtlijn.²⁴ Deze richtlijnen worden in Nederland deels strafrechtelijk gehandhaafd (Wft en WED), maar dat is vooralsnog de keuze van de Nederlandse wetgever geweest. Denkbaar is dat dergelijke richtlijnen in de toekomst strafrechtelijke handhaving gaan voorschrijven.

Daarnaast creëert het eerste lid van artikel 83 VWEU de mogelijkheid om bij richtlijn minimumvoorschriften vast te stellen met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en sancties ‘in verband met vormen van bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie die voortvloeit uit de aard of de gevolgen van deze strafbare feiten of uit een bijzondere noodzaak om deze op gemeenschappelijke basis te bestrijden’. In het artikellid volgt dan een limitatieve opsomming van de vormen van criminaliteit die er door bestreken worden. Sommige worden al door kaderbesluiten bestreken. Voor het onderwerp van deze bundel zijn het witwassen van geld, de vervalsing van betaalmiddelen en computercriminaliteit de meest relevante vormen. De Raad kan bij eenparigheid van stemmen en met goedkeuring van het Europese parlement deze lijst aanvullen (art. 83 lid 1 *in fine* VWEU).

Van Ooik en Wessel vragen zich af of de in artikel 83 lid 1 gestelde eis van ‘criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie’ ook geldt voor het in artikel 83 lid 2 VWEU bepaalde.²⁵ Wij zijn, op basis van de redactie van artikel 83 VWEU en de aan de totstandkoming ervan voorafgaande jurisprudentie, waarin een dergelijke beperking niet naar voren is gebracht, geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden. Ook Barents betreft die stelling en merkt daarbij op dat (dus) grote delen van het nationale milieustrafrecht en economisch en financieel strafrecht onder de werkingssfeer van het Unierecht gaan vallen.²⁶

2.3 Formeel strafrecht en samenwerking

Op het gebied van het strafprocesrecht is de invloed van het EU-recht veel minder duidelijk dan op het gebied van het materiële strafrecht. Pas na het Verdrag van Amsterdam kwam er in het kader van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid schot in de zaak, vooral op het vlak van de samenwerking tussen de justitiële autoriteiten van de lidstaten. Het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel (KB EAB) is hiervan een voorbeeld; dit kaderbesluit heeft geleid tot de Overleveringswet. Andere al in het Nederlandse strafprocesrecht omgezette kaderbesluiten hebben betrekking op de status van het slachtoffer in het strafproces,²⁷

²¹ G.J.M. Corstens, ‘De strafrechtspleging na “Lissabon”’, *Trema* 2010, p. 383.

²² Sinds ‘Lissabon’ verdient het de voorkeur te spreken van EU-beleid, in plaats van EG-beleid.

²³ Zie hierover ook Corstens 2010, p. 380.

²⁴ Richtlijn 2004/39/EG, *PbEU* 2004 L 145/1.

²⁵ R.H. van Ooik en R.A. Wessel, *Europa in beeld na Lissabon*, Deventer: Kluwer 2009, p. 170-171.

²⁶ Barents 2008, p. 624.

²⁷ Kaderbesluit 2001/220 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEU* 2001, L 82/1.

de uitwisseling van gegevens uit het strafregister,²⁸ het Europees bevroingsbevel,²⁹ wederzijdse erkenning van geldelijke sancties,³⁰ en het rekening houden met eerdere strafrechtelijke veroordelingen in andere lidstaten.³¹

In het Verdrag van Lissabon heeft de strafrechtelijke samenwerking, maar ook de harmonisatie van formeel strafrecht een plaats gekregen in artikel 67 lid 3 en 82 VWEU. Op grond van artikel 82 lid 1 VWEU kunnen maatregelen worden vastgesteld op het terrein van de erkenning van nationale gerechtelijke uitspraken, het voorkomen van jurisdictiegeschillen, de opleiding van magistraten en justitieel personeel en het bevorderen van de samenwerking tussen (justitiële) autoriteiten op het vlak van de strafvervolgning en de tenuitvoerlegging van beslissingen.

In het tweede lid van artikel 82 VWEU wordt vervolgens de mogelijkheid gecreëerd tot het bij richtlijn vaststellen van minimumvoorschriften op het gebied van wederzijdse toelaatbaarheid van bewijs, verdedigingsrechten, rechten van slachtoffers en andere (in dat geval bij eenparigheid van stemmen door de Raad te bepalen) elementen van de strafvordering. Deze harmonisatie kan plaatsvinden *voor zover* zij nodig is ter bevordering van de wederzijdse erkenning van vonnissen en rechterlijke beslissingen en van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken met een grensoverschrijdende dimensie. Het is niet helemaal duidelijk wat dit betekent. Corstens merkt op dat dit tot gevolg kan hebben dat het nationale recht met betrekking tot grensoverschrijdende criminaliteit er anders uit zou kunnen komen te zien dan het recht met betrekking tot niet-grensoverschrijdende criminaliteit.³² Dat is denkbaar, hoewel de harmonisatie met betrekking tot de wederzijdse erkenning van vonnissen en rechterlijke beslissingen zich gezien de redactie van artikel 82 lid 2 niet beperkt tot strafzaken met een grensoverschrijdende dimensie. Dat laatste wordt bevestigd door een recente richtlijn die uitdrukkelijk de harmonisatie van strafprocesrecht ten doel heeft. Richtlijn 2010/64/EU betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures³³ legt voorschriften vast met betrekking tot het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures en procedures voor de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel (art. 1). De werkingssfeer van deze richtlijn omvat niet alleen transnationale gevallen; ze is onverkort van toepassing op nationale strafzaken. Daardoor versterkt men namelijk het onderlinge vertrouwen tussen de lidstaten in elkaars rechtssystemen, hetgeen de wederzijdse erkenning van elkaars beslissingen – zo is de gedachte – zal bevorderen.

Het is, in theorie, denkbaar dat onder de noemer van art. 82 lid 2 sub d VWEU ook opsporingsbevoegdheden gaan worden geharmoniseerd met het oog op de verbetering van de internationale samenwerking. Dat gebeurt, in zeer bescheiden mate, overigens nu ook al. Kijken we naar art. 12 van de Richtlijn marktmisbruik, dan zien we daar bijvoorbeeld voorgeschreven over welke onderzoeksmogelijkheden de toezichthouder zou moeten kunnen beschikken. Daar staat onder meer in dat deze, al dan niet in samenwerking met bevoegde instanties, bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer moet kunnen opeisen.³⁴

²⁸ Kaderbesluit 2005/876 inzake de uitwisseling van gegevens uit het strafregister, *PbEU* 2005, L 322/33.

²⁹ Kaderbesluit 2003/577 inzake de tenuitvoerlegging in de EU van beslissingen tot bevrozing van voorwerpen of bewijsstukken, *PbEU* 2003, L 196/45.

³⁰ Kaderbesluit 2005/214 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005 L 76/17.

³¹ Kaderbesluit 2008/675/JBZ van 24 juli 2008 betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie, *PbEU* 2008 L 220/32.

³² Corstens 2010, p. 382.

³³ *PbEU* 2010, L 280/1.

³⁴ Vergelijk art. 126n Sv.

2.4 Grondrechten

Op het vlak van de grondrechten heeft Lissabon een drietal wijzigingen meegebracht. Het heeft ten eerste het Handvest voor de Grondrechten een rang gegeven, gelijkwaardig aan de verdragen. Het Handvest is bindend. Het bepaalt bovendien dat de EU zal toetreden tot het EVRM (art. 6 lid 2 VEU). Het codificeert ten derde de rechtspraak van het hof die voor de grondrechtenbescherming put uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en het EVRM (art. 6 lid 3 VEU). Deze ontwikkelingen hebben grote praktische relevantie. Grondrechten spelen een rol bij de beoordeling van de geldigheid van EU-recht en nationaal recht en bij de uitleg ervan. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU blijkt dat nationale autoriteiten, dus ook de rechter, gehouden zijn de Europese grondrechtencatalogi in het oog te houden, wanneer nationaal recht onder de *werkings sfeer* van het EU-recht komt. Daaruit volgt bijvoorbeeld dat wanneer een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht voor meer dan één uitlegging vatbaar is, de uitlegging die de bepaling in overeenstemming brengt met de EU Verdragen de voorkeur verdient boven de uitlegging waarbij zij daarmee in strijd is. Daaruit volgt ook dat de lidstaten er niet alleen op toe moeten zien dat zij hun nationale recht conform het gemeenschapsrecht uitleggen (zie *infra*), maar ook dat zij zich niet mogen baseren op een uitlegging van een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht die in conflict zou komen met de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten.³⁵

Voor de toekomst zal het Handvest zonder enige twijfel een belangrijke bron van recht worden en een belangrijk instrument van rechterlijke rechtsvinding. Het codificeert een groot deel van de rechten die ook al in het EVRM waren erkend, maar gaat op onderdelen verder. Anders dan onder art. 4 van het Zevende Protocol EVRM heeft het *ne bis in idem*-beginsel dat in art. 50 Handvest is neergelegd bijvoorbeeld uitdrukkelijk transnationale gelding. Tegelijk moet evenwel worden benadrukt dat de bepalingen van het Handvest alleen zijn gericht tot de lidstaten, wanneer zij het recht van de Unie *ten uitvoer brengen* (art. 51 lid 1 Handvest). Dat is een formulering die wat beperkter lijkt dan de voormelde verwijzing naar de *werkings sfeer* van het Unierecht in de jurisprudentie van het HvJ EU. Die beperking is ingegeven vanuit de wens van de lidstaten om de bevoegdheid van het HvJ EU af te bakenen. Het begrip *werkings sfeer* lijkt ruimer en omvat niet alleen de tenuitvoerlegging, maar ook het handelen van de lidstaten krachtens eigen bevoegdheid op een terrein van Unierecht, waar dit Unierecht dat toestaat.³⁶ Of deze interpretatie van art. 51 ook de juiste is, moet echter worden afgewacht. Wij zouden haar willen verwerpen, al is het maar omdat dan de drie grondrechtenbronnen binnen de EU tot verschillende uitkomsten kunnen leiden.

Naast het Handvest blijven ook de andere twee bronnen van grondrechten relevant. Tot voor kort paste het Hof van Justitie de EHRM-jurisprudentie niet direct toe. Daarin is recent verandering gekomen. Een voorbeeld daarvan is het *Spector*-arrest.³⁷ Hierin stond onder meer de vraag centraal of de wijze waarop in België het verbod op handel met voorwetenschap uit de Richtlijn marktmisbruik is omgezet (namelijk zonder enig subjectief bestanddeel) niet in strijd was met de onschuldspresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM. *Spector* had voor het overtreeden van het verbod een bestuurlijke boete opgelegd gekregen. Voor het aan de beoordeling van de hiervoor weergegeven vragen kon toekomen, moest het hof vaststellen dat het hier inderdaad om een zaak ging waarop artikel 6 EVRM van toepassing was: was hier sprake van een 'criminal charge'? Aan de hand van de bekende jurisprudentie van het EHRM beantwoordde het hof deze vraag bevestigend, om vervolgens de slotsom te komen dat de on-

³⁵ HvJ 26 juni 2007, Zaak C-305/05, *Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a./Ministerraad*, Jur. 2007, p. I-5305; NJ 2007, 476.

³⁶ Barents 2008, p. 547-548.

³⁷ HvJ 23 december 2009, Zaak C-45/08, *Spector*;, NJ 2010, 239. Zie ook J.M.W. Lindeman, 'Het *Spector*-arrest: het weerlegbare vermoeden in een strafrechtelijke en mensenrechtelijke context', *NtEr* 2010, nr. 6, p. 200 – 206.

schuldpresumptie hier niet in het geding was. Waar wij ons eerder over hebben verwonderd, is dat het HvJ EU zich in dit (na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon geweest) arrest niet baseert op de in artikel 49 van het Handvest neergelegde onschuldpresumptie, maar (direct) op het EVRM.³⁸

Het bovenstaande wekt het beeld van een opeenstapeling van grondrechten, en dat terwijl het Handvest ten opzichte van het EVRM en zijn protocollen op heel veel onderdelen gelijklopend zijn. Voor de Nederlandse rechter, voor wie de burger zich rechtstreeks op het EVRM mag beroepen, zal er in die zin wellicht niet veel veranderen. Ook voor het HvJ EU zal de inhoudelijke toets vermoedelijk niet wezenlijk anders worden.³⁹ Het kan echter problematisch worden als het HvJ EU bij de interpretatie van de grondrechten gaat afwijken van het EHRM, wat zou kunnen leiden tot de situatie waarin de nationale rechter tussen tegenstrijdige interpretaties van 'Luxemburg' en 'Straatsburg' ingeklemd zou kunnen komen te zitten. Vooralsnog hebben beide hoven hun naam echter eer aangedaan door zich 'hoffelijk' tegenover elkaar op te stellen.⁴⁰

3. Nationaal strafrecht en doorwerking van EU-recht

Strafzaken met een Europese dimensie kunnen tot gecompliceerde vragen aanleiding geven. De Nederlandse rechter zal zich bij het door hem te verrichten onderzoek altijd bewust moeten zijn van de Europese achtergrond van een norm van materieelrechtelijke (of formeelrechtelijke aard). Daaraan kunnen juridische consequenties verbonden zijn. Zo kan de vraag rijzen of en wanneer een rechter prejudiciële vragen moet stellen, hoe bepaalde begrippen moeten worden uitgelegd en wat hem te doen staat wanneer de Nederlandse wetgever Europese regels verkeerd heeft omgezet. In het onderstaande gaan we op de laatste twee aangesneden punten nader in.⁴¹ Het belang van die onderwerpen voor de strafrechtspleging is na 'Lissabon' stellig toegenomen. Dat heeft er vooral mee te maken dat op alle rechtsinstrumenten die na 1 december 2009 tot stand (zullen) komen (ook die met uitsluitende relevantie voor het strafrecht) naar mag worden aangenomen niet alleen de plicht tot conforme interpretatie, maar ook het leerstuk van de directe werking van toepassing zijn. Dat is een gevolg van de samensmelting van de voormalige derde pijler met die van de eerste pijler onder 'Lissabon'.⁴²

3.1 De plicht tot richtlijnconforme interpretatie

De Europese Unie kan worden omschreven als een autonome rechtsorde, waarin het Unierecht voorrang heeft op het nationale recht en de instellingen die het Unierecht uitvoeren gehouden zijn tot loyale samenwerking (vgl. art. 4 lid 3 VEU). In deze context is de rechter gehouden bepalingen uit een richtlijn, die immers verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat (art. 288 VWEU; voorheen art. 249 EG), zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van die richtlijn: de plicht tot richtlijnconforme inter-

³⁸ Lindeman 2010, p. 205.

³⁹ Zie hierover M.L.H.K. Claes, 'Het Verdrag van Lissabon en de Europese grondrechtenmozaïek', *SEW* 2009, p. 162-168.

⁴⁰ Claes 2009, p. 167.

⁴¹ Men leze ook F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Nijmegen: Wolf 2004; P.H.P.H.M.C. Van Kempen, 'Communautaire doorwerking en straf(proces)recht', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen and J.B.H.M. Simmelink, *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf 2006, p. 73-95; M.J. Borgers, 'Europees straf(proces)recht', in: E. Van Sliedregt, J.M. Sjöcrona and A.M.M. Orie, *Handboek internationaal strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 93-138; A. Klip, *European criminal law*, Antwerpen: Intersentia 2009. De zogenaamde Francovich-aansprakelijkheid blijft hier buiten beschouwing.

⁴² Voor bestaande kaderbesluiten is dit overigens anders. Die hebben geen directe werking (vgl. art. 34 lid 2 sub b (oud) VEU). Dat verandert niet door het nieuwe verdrag; zie art. 9 Protocol 36 inzake de overgangsbepalingen.

pretatie.⁴³ Die verplichting bestaat niet alleen voor nationaal recht dat beoogt een richtlijn om te zetten, maar ook voor nationaal recht van eerdere of latere datum.⁴⁴ Bovendien geldt deze plicht niet alleen wanneer een richtlijn niet of incorrect is omgezet in nationaal recht, maar in alle gevallen die onder de werkingssfeer van een richtlijn vallen. Dat heeft op zijn minst twee consequenties. Ten eerste zal de rechter ook na correcte omzetting van een richtlijnbevestiging in nationaal recht de Europese oorsprong van de norm in het oog moeten blijven houden.⁴⁵ Ten tweede moet niet alleen de bepaling die de richtlijnbevestiging beoogt om te zetten conform worden geïnterpreteerd, maar het gehele nationale recht.⁴⁶

De plicht tot richtlijnconforme interpretatie is een elegante oplossing om de doorwerking van Europees recht in de nationale rechtsorde te garanderen en sluimerende conflicten tussen nationaal en Europees recht op te lossen. De communautaire fundering ervan brengt mee dat conforme interpretatie de voorrang heeft ten opzichte van andere rechterlijke interpretatiemethoden. Als vuistregel geldt daarbij dat conforme interpretatie enerzijds beoogt te voorkomen dat de rechter zijn heil zoekt bij nationale methoden van rechtsvinding die leiden tot een met doel en bewoordingen van de richtlijn strijdig resultaat. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat een wetshistorische interpretatie achterwege moet blijven.⁴⁷ Anderzijds dwingt deze plicht hem het hem beschikbare instrumentarium volledig te gebruiken teneinde dat resultaat te bereiken.⁴⁸

Een moeilijk punt bij conforme interpretatie is dat het hof de beperking aanbracht dat nationaal recht *zo veel mogelijk* conform moet worden uitgelegd. Het is niet helemaal duidelijk wat daarmee precies wordt bedoeld. Er lijkt in ieder geval uit te kunnen worden afgeleid dat de nationale rechter op grond van het Unierecht niet kan worden gedwongen *contra legem* te gaan.⁴⁹ Daarnaast vloeien beperkingen voort uit de algemene rechtsbeginselen, waaronder in het bijzonder het legaliteitsbeginsel.⁵⁰ Maar of deze beperking daarenboven nog verdergaande betekenis heeft en zo ja, welke dan precies, is niet helemaal duidelijk.⁵¹

In relatie tot de plicht tot conforme interpretatie op strafrechtelijk terrein pleegt onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin een richtlijn juist is omgezet en de situatie waarin dat niet of te laat is gebeurd. In het eerste geval zal in ieder geval moeten worden voorkomen dat de rechter door een onjuiste uitleg van een strafbepaling alsnog een conflict met het Unierecht veroorzaakt. Extensieve interpretatie is daarbij op zichzelf niet verboden.⁵² De rechter zal de richtlijn mogelijk ook kunnen gebruiken om open termen in de nationale strafbepaling verder in te vullen.⁵³

Bij onjuiste of niet-tijdige omzetting zal de rechter moeten bezien of hij, binnen de zojuist beschreven grenzen, de strafbepaling zo kan uitleggen dat deze alsnog in lijn komt met doel en bewoordingen van de richtlijn. Dat kan echter niet leiden tot de vestiging of verzwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid van een persoon, wanneer zijn gedragingen in strijd

⁴³ Vgl. HvJ 8 oktober 1987, Zaak 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Jur.* 1987, p. 3969; *NJ* 1988, 1029, r.o. 12; HvJ 5 oktober 2004, Gevoegde Zaken C-397/01 en C-403/01, *Pfeiffer*, *Jur.* 2004, p. I-8835; *NJ* 2005, 333, r.o. 113-114.

⁴⁴ Zie HvJ 13 november 1990, Zaak C-106/89 *Marleasing*, [1990] *Jur.* I-4135, *NJ* 1993, 163, r.o. 8.

⁴⁵ Vgl. Kristen 2004, p. 62-63; S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: OUP 2005, p. 187-190.

⁴⁶ HvJ 5 oktober 2004, Gevoegde Zaken C-397/01 en C-403/01, *Pfeiffer*, *Jur.* 2004, p. I-8835; *NJ* 2005, 333, r.o. 115.

⁴⁷ HvJ 29 april 2004, Zaak C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier*, *Jur.* 2004, p. I-5791, r.o. 13.

⁴⁸ Voor dat laatste, vgl. HvJ 4 juli 2006, Zaak C-212/04 *Adeneler*, *Jur.* 2006, p. I-6057; *NJ* 2006, 593, r.o. 111.

⁴⁹ HvJ 16 juni 2005, Zaak C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285; *NJ* 2006, 500, r.o. 47; HvJ 4 juli 2006, Zaak C-212/04 *Adeneler*, *Jur.* 2006, p. I-6057; *NJ* 2006, 593, r.o. 110.

⁵⁰ HvJ 8 oktober 1987, Zaak 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Jur.* 1987, p. 3969, *NJ* 1988, 1029, r.o. 13; HvJ 12 december 1996, Zaken C-74/95 en C-129/95, *Strafzaken tegen X*, *Jur.* 1996, p. I-6609; *JAR* 1997, 106.

⁵¹ Prechal 2005, p. 193-199; Van Kempen 2006, p. 81.

⁵² Zie Kristen 2004, p. 73-74, en Borgers 2008, p. 110. Beiden vermelden HR 11 juli 2000, *NJ* 2000, 606.

⁵³ Vgl. Borgers 2008, p. 111.

zijn met een niet (tijdig) of niet correct omgezette richtlijn, maar niet met de nationale strafwet. In de omgekeerde situatie – die waarin het tot de burger gerichte (strafrechtelijk gehandhaafde) gebod of verbod in de richtlijn enger is omschreven dan in het nationale recht – kan richtlijnconforme interpretatie tot gevolg hebben dat het feit waarvoor wordt vervolgd, niet strafbaar is.⁵⁴

3.2 Directe werking van richtlijnbevestigingen

Het leerstuk van directe werking komt aan de orde wanneer een lidstaat een in een richtlijn opgenomen onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling niet tijdig of incorrect heeft omgezet in zijn nationale recht. Anders dan de plicht tot de conforme interpretatie, die altijd geldt wanneer nationaal recht onder de werkingssfeer van een richtlijn komt, heeft de directe werking een veel beperkter toepassingsbereik. Daar staat tegenover dat, indien eenmaal aan de orde, haar gevolgen voor lidstaten veel dwingender zijn.

Bij directe werking komt het, als vuistregel, erop aan of de betrokken bepaling de lidstaten een beoordelingsmarge laat bij de omzetting. Is dat het geval, dan geldt dat zo'n bepaling geen directe werking heeft; is er geen marge of is deze klein, dan zal doorgaans directe werking worden aangenomen. De gedachte is dat de rechter dan in staat is zelf te bepalen welke rechten de richtlijn aan de particulier toekent, zodat deze niet de plaats inneemt van wetgever of bestuur.⁵⁵

Rechtstreekse werking van een richtlijnbevestiging brengt mee dat een particulier – anders dan bij conforme interpretatie – direct een beroep kan doen op die bepaling. Dergelijke bevestigingen kunnen tegen de overheid worden ingeroepen,⁵⁶ en dat niet alleen wanneer de omzettingswetgeving zelf gebreken kent, maar ook wanneer deze, hoewel correct omgezet, op een verkeerde, met de richtlijn strijdige wijze wordt toegepast.⁵⁷ De justitiabele kan zo de hem door het Unierecht toebedeelde rechtspositie ook effectueren in geval de lidstaten de op hen rustende implementatieplichten niet nakomen. Dit hangt, net als bij de conforme interpretatie, samen met de plicht tot loyale samenwerking, het karakter van richtlijnen, die voor de lidstaten verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat, en de beoogde volle werking van het Unierecht.⁵⁸

Een directe werking van richtlijnbevestigingen kan op verschillende wijzen in een strafzaak aan de orde komen. Ten eerste moet worden benadrukt dat zogenaamde omgekeerde verticale directe werking niet mogelijk is; de overheid komt jegens haar burgers geen beroep toe op een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging.⁵⁹ Deze kan, als adressaat van de omzettingplicht, zijn eigen falen niet aan particulieren tegenwerpen. Dat brengt meer specifiek mee dat strafrechtelijke aansprakelijkheid nooit rechtstreeks op de direct werkende richtlijnbevestiging kan worden gebaseerd. Evenmin kan zo'n bepaling strafrechtelijke aansprakelijkheid verzwaa-

⁵⁴ Dan moet er wel sprake zijn van een richtlijn die volledige harmonisatie nastreeft; zie Kristen 2004, p. 76-77.

⁵⁵ Vgl. Kristen 2004, p. 81-82; W.T. Eijssbouts e.a. (red.), *Europees recht - Algemeen deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 254-255.

⁵⁶ Dit wordt verticale rechtstreekse werking genoemd.

⁵⁷ HvJ 11 juli 2002, Zaak C-62/00, *Marks & Spencer*, *Jur.* 2002, p. I-6325, *FED* 2002, 608, r.o. 27.

⁵⁸ Vgl. HvJ 5 april 1979, Zaak 148/78, *Tullio Ratti*, *Jur.* 1979, p. 1629; *NJ* 1980, 66, r.o. 20-24; HvJ 11 juli 2002, Zaak C-62/00, *Marks & Spencer*, *Jur.* 2002, p. I-6325; *FED* 2002, 608, r.o. 24-25.

⁵⁹ Vgl. HvJ 5 oktober 2004, Gevoegde Zaken C-397/01 en C-403/01, *Pfeiffer*, *Jur.* 2004, p. I-8835; *NJ* 2005, 333, r.o. 108. Een interessante, vooralsnog hypothetische kwestie is of de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen rechtstreeks op een (toekomstige) richtlijn kan worden gebaseerd. Dat lijkt, anders dan onder het internationale recht; vgl. HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 724, niet mogelijk.

ren.⁶⁰ De verdachte die handelt in strijd met de verplichtingen (ge- of verboden) uit een richtlijn, maar overeenkomstig zijn nationale recht, kan dus niet worden bestraft.

Als de verdachte, in de context van het materiële strafrecht, heeft gehandeld in overeenstemming met een direct werkende richtlijn(bepaling), maar in strijd met zijn nationale recht, zijn er meerdere scenario's denkbaar. Zo kan een tot de burger gerichte (strafrechtelijk gehandhaafde) gebods- of verbodsbepaling in de richtlijn enger zijn omschreven dan in het nationale recht (of zelfs helemaal niet zijn toegestaan). Ook is mogelijk dat de verdachte een direct werkende exceptie uit de richtlijn op een strafrechtelijk gehandhaafd ge- of verbod inroept, die niet in het nationale recht voorkomt. In beide gevallen zal de directe werking van de ingeroepen bepaling tot gevolg hebben dat de nationale strafbepaling buiten toepassing moet blijven,⁶¹ zodat de verdachte straffeloos blijft.

Mogelijk is ook dat een richtlijn de justitiabele rechten toekent die in het nationale recht ontbreken. Vooral hier wordt het leerstuk van de directe werking ook relevant voor het strafprocesrecht.⁶² In de context van het formele strafrecht is goed voorstelbaar dat richtlijnbevestigingen zullen gaan worden ingeroepen om daarin toegekende rechten geldend te maken.⁶³

4. Transnationale samenwerking en nationaal strafrecht

Bij de bestrijding van fraude, in het bijzonder ook die op de financiële markten, laten zich eenvoudig situaties voorstellen waarin samenwerking met het buitenland nodig is. In die gevallen kan Nederland verzoekende of aangezochte partij zijn.⁶⁴ Op dit punt zijn er vele ontwikkelingen gaande in de Europese Unie, die met het Verdrag van Lissabon een nog steviger basis hebben gekregen. Hieronder schetsen wij kort de punten die naar onze smaak voor de thematiek van deze bundel het meest relevant zijn.⁶⁵

4.1 Vergaring van bewijs: de rol van wederzijdse erkenning

'Wederzijdse erkenning' als leidend beginsel voor strafrechtelijke samenwerking heeft in art. 67 lid 3 en 82 lid 1 VWEU tegenwoordig een verdragsrechtelijke basis. De vervolmaking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht die de EU zichzelf ten doel heeft gesteld moet onder meer worden bereikt door de erkenning van rechterlijke beslissingen uit andere lidstaten. Het gaat daarbij niet alleen om rechterlijke einduitspraken. Ook rechterlijke beslissingen uit het vooronderzoek moeten worden erkend. Het vlaggenschip van de strafrechtelijke erkenningsinstrumenten is natuurlijk het Europees Aanhoudingsbevel. Inmiddels is dit instrument echter aangevuld met tal van andere instrumenten, in hoofdzaak kaderbesluiten, die het principe van wederzijdse erkenning effectueren. Voor vrijwel iedere traditionele vorm van interstatelijke samenwerking (uitlevering, wederzijdse rechtshulp, overdracht van executie) is er – met uitzondering van de overdracht van strafvervolgning – een Europese tegenhanger gekomen.

⁶⁰ Vgl. HvJ 8 oktober 1987, Zaak 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Jur.* 1987, p. 03969, *NJ* 1988, 1029, r.o. 7-9; HvJ 3 mei 2005, Gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *Berlusconi e.a.*, *Jur.* 2005, p. I-3565; *NJ* 2006, 2, r.o. 73-74.

⁶¹ Zo reeds in HvJ 5 april 1979, Zaak 148/78, *Tullio Ratti*, *Jur.* 1979; *NJ* 1980, 66, p. 1629, r.o. 19-24. Dit geldt overigens, net als bij conforme interpretatie, alleen als de richtlijn de nationale wetgever geen ruimte laat voor afwijkende (ruimer geformuleerde) ge- of verboden; Kristen 2004, p. 90; Klip 2009, p. 177.

⁶² Vgl. Van Kempen 2006, p. 77-78.

⁶³ Denk bijvoorbeeld aan de eerder genoemde richtlijn betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures.

⁶⁴ Het onderscheid tussen verzoekende en aangezochte partij is overigens lang niet altijd meer makkelijk te maken. Ontwikkelingen als spontane en automatische uitwisseling van gegevens en gemeenschappelijke onderzoeksteams zijn daaraan debet.

⁶⁵ In het onderstaande richten we ons op de positie van Nederland als staat van berechting (forumstaat).

Het is lastig in algemene termen aan te geven wat de gevolgen van al deze ontwikkelingen zijn voor het onderwerp van deze bundel. Onze inschatting is dat vooral de samenwerking bij de vergaring van bewijsmateriaal interessant is. Tegelijk zijn de ontwikkelingen op dit terrein allerminst uitgekristalliseerd. Op het moment van schrijven van deze bijdrage is de omzettingstermijn van het Kaderbesluit Europees bewijsverkrijgingsbevel (EBB)⁶⁶ al bijna verlopen, maar nationale omzettingwetgeving nog niet aanhangig. Dit kaderbesluit is een belangrijke stap ter uitvoering van het plan om op termijn de gehele wederzijdse ('kleine') rechtshulp in strafzaken te vervangen door op wederzijdse erkenning gebaseerde instrumenten. Op het moment dat alle lidstaten het kaderbesluit hebben omgezet, zal de staat die voorwerpen, documenten en gegevens uit een andere staat nodig heeft, een bewijsverkrijgingsbevel kunnen doen uitgaan (art. 1 KB EBB). De andere staat is dan – tenzij een beroep op een weigeringsgrond (art. 13) of een grond voor opschorting (art. 16) inroepbaar is – gehouden tot erkenning van dat bevel (art. 11) en dient dat, desnoods met gebruikmaking van dwangmiddelen, binnen vrij korte termijnen uit te voeren en het verkregen materiaal over te dragen (art. 15).

Toch is het Kaderbesluit EBB slechts een bescheiden stap. De complexiteit van de kleine rechtshulp, die zeer veel verschillende vormen van samenwerking omvat, maakte een eenvormig instrument niet haalbaar. Over de bewijskracht van uit het buitenland verkregen materiaal is bijna niets te vinden.⁶⁷ Bovendien is de reikwijdte van het kaderbesluit beperkt en zijn bijvoorbeeld het horen van getuigen of het verzamelen van *real time evidence* ervan uitgesloten (vgl. art. 4 lid 2). Het gevolg daarvan is dat dit kaderbesluit de rechtshulpverdragen niet helemaal zal vervangen (vgl. art. 21). Nog sterker, inmiddels wordt er in Brussel al weer onderhandeld over een nieuw voorstel op dit terrein dat, indien aangenomen, het Kaderbesluit EBB weer zal intrekken. Het initiatief voor een Europees onderzoeksbevel (EOB) heeft een breder toepassingsbereik dan het EBB, maar zal nog steeds de traditionele rechtshulp niet helemaal vervangen.⁶⁸

4.2 Toetsing van opsporingshandelingen

Op dit moment leveren de internationale verdragen en nationale wetgeving dus nog steeds het kader voor de vraag hoe om te gaan met uit het buitenland verkregen materiaal. De strafrechter die in het buitenland verzameld bewijs wil gebruiken, zal zich gesteld zien voor de vraag of en hoe hij de rechtmatigheid van uit het buitenland verkregen materiaal moet controleren. Dat levert niet alleen praktische problemen op (de rechter is immers niet vertrouwd met het buitenlandse recht), maar raakt ook de meer principiële kwestie of de Nederlandse rechter dit wel tot zijn taak moet rekenen. Enerzijds wordt het verkregen materiaal – als startinformatie of als bewijsmateriaal – weliswaar in een Nederlandse procedure gebruikt, anderzijds staan de Nederlandse autoriteiten in een horizontale relatie tot hun buitenlandse collega's en hebben zij over hen geen zeggenschap.

Onlangs wees de Hoge Raad een arrest dat kan worden gezien als een recapitulatie van de eerdere uitspraken op dit terrein.⁶⁹ In deze zaak, waarin een gecoördineerd onderzoek van Belgische en Nederlandse autoriteiten had plaatsgevonden naar aanleiding van een militaria-beurs in België waar vermoedelijk illegale wapens werden verhandeld, stelt de Hoge Raad twee uitgangspunten voorop. De aard en omvang van de rechterlijke toetsing hangen ten eer-

⁶⁶ Kaderbesluit 2008/978/JBZ, *PbEU* 2008 L 350/72.

⁶⁷ Zie daarover evenwel het Groenboek van de Europese Commissie over de bewijsverkrijging in strafzaken tussen lidstaten en het garanderen van de toelaatbaarheid van bewijs, COM(2009), 624, en de kabinetsreactie daarop, *Kamerstukken II* 2009/10, 22 112, nr. 996.

⁶⁸ Initiatief voor een richtlijn van het betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken, versie 21 mei 2010, Raadsdocument 9288/10.

⁶⁹ HR 5 oktober 2010, *LJN* BL5629.

ste af van de vraag onder wiens verantwoordelijkheid de opsporingshandelingen in het buitenland plaatsvonden,⁷⁰ en, indien het onderzoek onder leiding van een buitenlandse autoriteit werd verricht, in de tweede plaats van de vraag of die staat partij is bij het EVRM. Is dat het geval, dan is de taak van de Nederlandse rechter (enkel) te waarborgen dat de wijze waarop van de buitenlandse resultaten gebruik wordt gemaakt in de zaak tegen de verdachte, geen inbreuk maakt op zijn recht op een eerlijk proces.⁷¹ Het is evenwel niet de taak van de Nederlandse rechter te toetsen of de in het buitenland verrichte opsporingshandelingen in overeenstemming met het buitenlandse recht plaatsvonden. In het verlengde daarvan ligt dat het evenmin de taak van de Nederlandse rechter is te onderzoeken of in het buitenland art. 8 EVRM (of mogelijk een ander verdragsrecht) is geschonden. De interstatelijke vertrouwensregel brengt mee dat de verdachte zich daarvoor, gelet ook op art. 13 EVRM, tot de buitenlandse rechter moet wenden.

Wanneer de in het buitenland verrichte onderzoekshandelingen wél onder regie en verantwoordelijkheid van de Nederlandse autoriteiten plaatsvonden, gelden de toepasselijke verdragsrechtelijke regels en het strafvorderlijk kader, inclusief art. 539a Sv op grond waarvan opsporingsbevoegdheden ook in het buitenland mogen worden uitgeoefend.

De benadering van de Hoge Raad heeft het voordeel van de eenvoud. De Nederlandse strafrechter toetst hetgeen onder Nederlandse verantwoordelijkheid werd verricht.⁷² Die verantwoordelijkheid omvat in ieder geval het waarborgen van de eerlijkheid van het hier gevoerde strafproces. Maar deze benadering roept ook vragen op. Is de Nederlandse rechter nooit gehouden te kijken naar een beweerdelijke schending van art. 8 EVRM in het buitenland of hebben we hier te maken met een (weerlegbaar) uitgangspunt? Geldt deze taakverdeling alleen met betrekking tot art. 8 EVRM of ook in relatie tot andere verdragsrechten? Ten derde is niet helemaal duidelijk wat de betekenis is van art. 359a Sv in dit soort gevallen. De Hoge Raad benadrukt dat de door hem in het *Afvoerprijs*-arrest⁷³ geformuleerde uitgangspunten bij de toepassing van art. 359a Sv van toepassing zijn.⁷⁴ Aannemelijk is dan ook dat het handelen van Nederlandse autoriteiten volledig langs de lat van art. 359a Sv zal moeten worden beoordeeld. Bij onderzoeken verricht onder leiding van buitenlandse autoriteiten is twijfel mogelijk. In het licht van de door de Hoge Raad geschetste taakverdeling tussen de Nederlandse en buitenlandse rechter op het vlak van art. 8 EVRM lijkt de ruimte voor bijvoorbeeld bewijsuitsluiting of strafvermindering erg klein. Tegelijk is die ruimte ook niet helemaal afwezig, nu de Hoge Raad niet spreekt over de toepassing van art. 359a Sv zelf, maar over de *uitgangspunten* waarop dat artikel is gebaseerd. Dat biedt ruimte voor een sanctionering van buitenlands optreden.⁷⁵ De vraag rijst dan, zeker als de verdedigingsrechten van art. 6 EVRM niet direct in het geding zijn, hoe de zittingsrechter kan sanctioneren wat hij zelf niet hoeft te (of mogelijk zelfs niet mag) controleren. De vraag is bovendien wat de Nederlandse rechter te doen staat als de buitenlandse rechter tot het oordeel komt dat er onrechtmatigheden plaatsvonden. Komt art. 359a Sv dan alsnog in het vizier of volstaat ook dan de ‘remedy’ die in de andere staat zal worden geboden? En wat als die uitspraak pas volgt ná de veroordeling door de Nederlandse rechter? Die vragen zullen ongetwijfeld op enig moment aan de orde komen.

⁷⁰ HR 18 mei 1999, NJ 2000, 107, onder 6, en HR 31 januari 2006, *LJN AU3446*; NJ 2006, 365 (m.nt. Reijntjes), onder 4.4.

⁷¹ Dat kan ons inziens meebrengen dat ook buitenlandse opsporingsactiviteiten in het licht van art. 6 EVRM moeten worden beoordeeld; vgl. EHRM 27 juni 2001, *Echeverri Rodriguez t. Nederland*, NJ 2002, 102. Te denken valt aan een schending van het *nemo tenetur*-beginsel aldaar.

⁷² Inclusief de vraag of Nederlandse autoriteiten mogelijk strafbare feiten door derden hebben uitgelokt of bevorderd; vgl. HR 14 november 2006, NJ 2007, 179.

⁷³ HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 (m.nt. Buruma).

⁷⁴ Zie overweging 4.6 van het arrest.

⁷⁵ Vgl. ook A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 31 januari 2006, NJ 2006, 365, onder 19.

4.3 Toetsing van (de betrouwbaarheid van) buitenlands bewijsmateriaal

Over het gebruik van het buitenlands materiaal als bewijs en de toetsing van de betrouwbaarheid ervan, is maar weinig geregeld. Toch is voorstelbaar dat de Nederlandse rechter, al dan niet op verzoek van de verdediging of vordering van het OM, een buitenlandse getuige of opsporingsambtenaar ter zitting zal willen horen. Op een enkele voorziening na kent het Wetboek van Strafvordering ter zake nauwelijks voorzieningen, noch ten aanzien van de bewijskracht van buitenlands bewijsmateriaal,⁷⁶ noch ten aanzien van de mogelijkheden om de betrouwbaarheid ervan te kunnen toetsen.⁷⁷ Hier geldt het normale strafvorderlijke kader, aangevuld met voorzieningen in verdragen, zoals de regel dat rechtshulpverzoeken waar mogelijk worden uitgevoerd in overeenstemming met de – in dit geval – door Nederland aangegeven procedures en formaliteiten (vgl. art. 4 lid 1 EU Rechtshulpovereenkomst),⁷⁸ en de in die verdragen opgenomen voorzieningen op het vlak van, bijvoorbeeld, de betekening van gerechtelijke stukken of het horen van getuigen. Als ook met die rechtshulpverdragen niet kan worden bewerkstelligd dat een buitenlandse getuige (tijdig) wordt gehoord, zal onder omstandigheden van verdere oproeping kunnen worden afgezien (vgl. art. 288 lid 1 sub a Sv).⁷⁹

4.4 Samenloop met de bestuursrechtelijke samenwerking

Een laatste opmerking past over een probleem dat vooral bij de bestrijding van fraude op de financiële markten van belang is, namelijk de omstandigheid dat – veel meer nog dan bij de commune criminaliteit – informatie en bewijsmateriaal niet alleen via de strafrechtelijke, maar ook via de bestuursrechtelijke kanalen Nederland binnenkomen. Vrijwel alle Europese richtlijnen die de financiële sector normeren kennen afspraken over de samenwerking tussen de verantwoordelijke bestuurlijke autoriteiten. Men spreekt van wederzijdse administratieve bijstand. Die samenwerking kan niet alleen overlappen met de strafrechtelijke samenwerking, ze roept bovendien vergelijkbare problemen op als die, die in de nationale context worden geduid onder de noemer ‘sfeerovergang’ en ‘sfeercumulatie’.⁸⁰ Net als in de nationale situatie het geval kan zijn, is voorstelbaar dat dezelfde informatie én voor de bestuursrechtelijke én voor de strafrechtelijke rechtshandhaving van belang is. Verzoeken om informatie hebben in dergelijke gevallen al snel een dubbel doel, wat de rechterlijke controle op de onderzoeksfase nog verder compliceert. Wij stippen in het onderstaande de belangrijkste problemen aan. Het eerste probleem betreft de vraag of en hoe misbruik van bevoegdheid kan worden bestreden. Dat misbruik kan bijvoorbeeld zijn geleden in de omstandigheid dat een administratief bijstandsverzoek wordt gedaan voor een strafrechtelijk doel (waardoor bijvoorbeeld strafvorderlijke waarborgen worden omzeild). In dat geval rijst niet alleen de vraag of de Nederlandse rechter een dergelijk, mogelijk oneigenlijk gebruik van de bestuursrechtelijke samenwerking moet controleren, maar ook aan de hand van welke maatstaf hij dat moet doen. Rechtspraak op dit punt is schaars. Uit de voorhanden zijnde jurisprudentie kan voorzichtig worden afgeleid dat niet heel strenge eisen worden gesteld.⁸¹ Daarbij speelt ongetwijfeld een rol dat

⁷⁶ Zie evenwel art. 344 lid 1 onder 3 Sv; art. 552qc Sv (gemeenschappelijke onderzoeksteams); art. 552gg Sv (overdracht van strafvervolgning).

⁷⁷ Zie evenwel 552qa lid 3 Sv (gemeenschappelijke onderzoeksteams), dat waarborgt dat buitenlandse leden van dat team door de Nederlandse rechter kunnen worden gehoord.

⁷⁸ *PbEU* 2000 C 197/3.

⁷⁹ Vgl. HR 31 januari 2006, *LJN* AU3446; *NJ* 2006, 365 (m.nt. Reijntjes).

⁸⁰ M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie: over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU-verband*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

⁸¹ Vgl. HR 30 november 1993, *Infobulletin* 1994, 746; ABRvS 11 februari 1997, *Infobulletin* 1994, 424; ABRvS 10 april 2002, *AB* 2004, 99.

juist de omstandigheid dat informatie voor meerdere doeleinden relevant kan zijn, meebrengt dat bijna altijd *ook* een rechtmatig doel is gediend en van misbruik dus geen sprake is. Een tweede, nauw hiermee verbonden punt van aandacht betreft de inachtneming van geheimhoudings- en doelbindingsbeperkingen die in de bestuursrechtelijke samenwerking veelvuldig voorkomen.⁸² Aangenomen dat het hier gaat om voorschriften die ook de belangen van de betrokkene beschermen (zijn privacy bijvoorbeeld), zijn dit voorschriften waarvan de naleving zal moeten worden kunnen getoetst. Het niet toetsen van dergelijke voorschriften kan in strijd zijn met art. 8 EVRM, als men zich realiseert dat niet alleen de vergaring van (persoons)gegevens een inbreuk op dat verdragsrecht kan maken, maar ook de verdere verwerking ervan, inclusief het doorgeven aan andere overheidsinstanties of het gebruik voor andere doeleinden.⁸³ Uit de voorhanden zijnde Nederlandse rechtspraak blijkt dat die verantwoordelijkheid ook te worden erkend.⁸⁴ Als die voorschriften niet zijn nageleefd, zal vervolgens moeten worden bekeken welke sanctie daarop moet volgen. Een ander mogelijk probleem ligt, net als in de nationale context, in het conflict dat zich voor kan doen tussen de plicht tot medewerking die op de justitiabele rust in de bestuursrechtelijke samenwerking en het zwijgrecht dat diezelfde persoon, dan als verdachte, kan toekomen in de strafprocedure. Ons zijn geen uitspraken bekend waarin dit probleem aan de orde was. Dat kan erop duiden dat het in de praktijk geen probleem is, maar helemaal dwingend is die conclusie niet. Zo is in theorie voorstelbaar dat de staat die de gegevens heeft vergaard erop vertrouwt dat het *nemo tenetur*-beginsel recht wordt gedaan, doordat de Nederlandse rechter onder dwang verkregen gegevens niet als bewijs zal gebruiken, terwijl de laatste juist meent het materiaal te mogen gebruiken, omdat deze erop vertrouwt dat de betrokkene niet onder dwang heeft verklaard.

5. Samenvattende opmerkingen

In het voorgaande hebben wij getracht een Europees perspectief te bieden op het thema van dit boek, fraude op de financiële markten. Het is niet moeilijk die dimensie op dit specifieke terrein, dat in hoge mate door Europese regelgeving wordt beïnvloed, te onderkennen. Wij hebben er voor gekozen onze bijdrage niet toe te spitsen op een deelprobleem, maar enkele grote lijnen te schetsen. Ons perspectief was daarbij ‘bottom-up’, dat van de zittingsrechter die op alle mogelijke manieren met Europeesrechtelijke vraagstukken kan worden geconfronteerd. Vanuit dat perspectief zijn wij ingegaan op het vraagstuk hoe het Europese recht doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, de strafrechtspleging in het bijzonder, en op de complicaties die ontstaan wanneer in een fraudezaak gebruik moet worden gemaakt van materiaal dat in het buitenland werd verzameld. Deze twee hoofdthema’s werden voorafgegaan door een overzicht van de voornaamste wijzigingen die het Verdrag van Lissabon met zich heeft gebracht.

⁸² Zie bijvoorbeeld art. 13 en 16 Richtlijn marktmisbruik, uitgewerkt in art. 1:89, 1:90 en 1:92 Wft.

⁸³ Dat wordt over het hoofd gezien door Hof Amsterdam 18 januari 2006, *LJN* AU9845; vgl. Luchtman 2007, p. 698-699.

⁸⁴ Vgl. HR 14 november 2006, *NJ* 2007, 179, r.o. 3.7.