

DE EUROPESE DIMENSIE VAN HET (ECONOMISCH EN FINANCIËEL) STRAFRECHT

*Prof. dr. J.A.E. Vervaele**

1. Inleiding

In dertig jaar rijke praktijk heeft Mischa Wladimiroff als pionier menige bakens verzet.

Hij staat aan de basis van de verzelfstandiging van het economisch strafrecht in Nederland en heeft die discipline als hoogleraar ook onderwezen aan de Juridische Faculteit in Utrecht.¹ Mischa weet evenwel als geen ander dat de banden tussen het economisch straf(proces)recht en het algemeen straf(proces)recht zeer belangrijk zijn. In het 'niets bijzonders' van zijn oratie² analyseert hij die belangrijke wisselwerking. Vanaf de jaren tachtig heeft Mischa vanuit de praktijk ook fors bijgedragen aan de ontwikkeling van het financiële strafrecht en inmiddels ook aan het internationale strafrecht. Dertig jaar rijk gevulde praktijk leveren dus meerdere rode draden op, die hij op een bewonderenswaardige wijze met elkaar weet te combineren. Mischa is tegelijkertijd generalist en specialist.

De keuze voor het onderwerp van deze bijdrage is gebaseerd op het feit dat één van de rode draden in de loopbaan van Mischa Wladimiroff kan worden betiteld als 'strafrecht in het economisch verkeer'. Vanuit die specialisatie heeft Mischa de invloed van het Europese recht op de strafrechtelijke handhaving 'aan den lijve' ondervonden, omdat de bestanddelen van veel economische delicten, financiële delicten, fiscale delicten, douanedelicten etc. rechtstreeks afhankelijk zijn van de inhoud van gelede normen, mede afkomstig van de Europese wetgever.

* Hoogleraar economisch en financieel strafrecht, aan de universiteit Utrecht en Hoogleraar Europa College te Brugge.

1. Zie in dat verband M. Wladimiroff, *Facetten van het economisch strafrecht*, Arnhem 1990.

2. M. Wladimiroff, *Niets bijzonders. Een beschouwing over de dominantie van het bijzonder strafrecht bij de handhaving van sociaal-economische normen*, (oratie), Deventer 1989.

In deze bijdrage wil ik die groeiende Europese dimensie van het (economisch en financieel) strafrecht historisch en institutioneel analyseren, om vervolgens de consequenties ervan door te trekken op het terrein van het beursstrafrecht.

2. Globalisering, Europese Integratie en Gedeeld Bestuur

Westeuropese Natie-staten zijn soevereine staten met volheid van bevoegdheden. De autoriteiten van deze Natie-staten oefenen deze bevoegdheden uit in een rechtsstatelijk kader, vastgelegd in Grondwet en formele wetten. De Natie-staten hebben een trias politica op strafrechtsgebied, ze beschikken over alle legislatieve, uitvoerende en rechtssprekende bevoegdheden. Soevereine staten zijn evenwel geen eilanden en zeker niet in een tijdsgeslacht die wordt gekenmerkt door internationalisering, de oprichting van regionale en internationale instellingen en de globalisering van de economische verhoudingen. In de twintigste eeuw heeft het internationale recht een hoge vlucht genomen en is de interstatelijke samenwerking fors geïntensiveerd. De ontwikkeling van het internationaal strafrecht past in dit kader. Enerzijds is op bilaterale, regionale en mondiale basis specifieke normering ontwikkeld voor rechtshulp, overdracht van strafvervolgung, uitlevering, executie van sancties, inbeslagname en confiscatie etc. ten dienste van het nationale strafrecht. In Europa zijn de strafrechtsverdragen van de Benelux en vooral van de Raad van Europa mijlpalen in die ontwikkeling. Mondiaal is het Weense VN-drugsverdrag van 1988 over witwassen en confiscatie-sancties een recent toonaangevend voorbeeld.³ Anderzijds staat in het internationaal strafrecht de ontwikkeling naar internationale strafrechtsjurisdictie centraal, met als laatste hoogtepunt de oprichting van een permanent strafrechtstribunaal bij de VN. Tevens hebben de soevereine staten in internationaal en regionaal verband verdragen gesloten over mensenrechten. De manier waarop het EVRM, in het bijzonder in monistische stelsels, doorwerkt in het nationale straf(proces)recht is een voorbeeld bij uitstek van hoe de uitoefening van het 'ius puniendi' is onderworpen aan supranationale mensenrechtennormen en aan supranationaal jurisdictioneel toezicht. Kortom, de Natie-staten hanteren een open, internationaal georiënteerd soevereniteitsbegrip, waardoor ook het straf(proces)recht mede internationaliseert. Politieke leidmotieven als "oorlog tegen drugs of tegen terrorisme" bepalen in grote mate op welke terreinen de internationalisering van het straf(proces)recht zich het sterkst doet gelden.

3. C. Van den Wyngaert, *International Criminal Law. A Collection of International and European Instruments*, the Hague 1996.

Ondanks de internationalisering van het straf(proces)recht heeft niemand vermoed dat het ontstaan van de Europese Gemeenschappen in de jaren vijftig en het proces van Europese integratie en eenwording verstrekkende gevolgen zou hebben voor het nationale straf(proces)recht. De oorspronkelijke verdragen waren uitsluitend gericht op regionale economische integratie met de daarbij horende supranationale economische instellingen en supranationaal recht. Hoofdcomponenten waren het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal binnen de interne markt en de realisatie van de douane-unie (negatieve integratie); de gemeenschappelijke politiek inzake landbouw, visserij, douane, kolen en staal, atoomenergie (positieve integratie) en het garanderen van eerlijke concurrentieverhoudingen. Met uitzondering van het mededingingsbeleid waren de Verdragen vooral stilzwijgend over de handhaving. Bovendien was strafrechtelijke handhaving van het internationaal economisch recht toen zogoed als onbestaand. Ook al was het de bedoeling om een supranationaal, regionaal economisch recht tot ontwikkeling te brengen, het Hof van Justitie heeft vrij snel de juridische bouwstenen gelegd voor een autonome rechtsorde, los van het internationaal recht, die via de doorwerking in de interne rechtstelsels van de lidstaten gemeenschapsrecht en nationaal recht integreert. De voorrang van het gemeenschapsrecht en de rechtstreekse werking zijn door het Hof van Justitie geformuleerd als grondbeginselen,⁴ die gelden voor de hele nationale trias politica en voor alle nationale rechtstelsels, het straf(proces)recht inclusief. De toenmalige Nederlandse visie, ondersteund door andere lidstaten, dat de vraag van rechtstreekse werking een vraag van intern staatsrecht betrof, die slechts kon worden beantwoord aan de hand van normen welke in casu in de Nederlandse rechtsorde door de Grondwet en door de rechtspraak zijn gesteld, is door het Hof van Justitie van tafel geveegd.⁵ Het gemeenschapsrecht is in de ogen van het Hof van Justitie een nieuwe rechtsorde, waarbij zowel de lidstaten als hun onderdanen rechtssubjecten zijn en die bijgevolg ook rechtstreeks rechten en plichten jegens particulieren kan creëren. Kortom, het gemeenschapsrecht regelt een conglomeraat van wederzijdse rechten en plichten tussen de Gemeenschap en haar subjecten, lidstaten zowel als particulieren, en tussen deze subjecten onderling. Bovendien is het gemeenschapsrecht intern recht dat de lidstaten gemeen hebben. Daarmee is duidelijk dat het gemeenschapsrecht kan doorwerken op zowel aspecten van intern privaatrecht als van intern publiekrecht van de Natie-staten en is ook de basis gelegd voor een ingrijpend integratie- en harmonisatieproces van de rechtstelsels van de

4. Zie respectievelijk zaken 6/64, Costa-ENEL, Jur. 1964 (1199) en 26/62, Van Gend en Loos, Jur. 1963 (0005).

5. Zaak 26/62, Van Gend en Loos, Jur. 1963 (0005).

lidstaten. Daaruit worden ook de procesrechtelijke conclusies getrokken. De nationale rechter, ook de nationale strafrechter, is in de ogen van het Hof van Justitie 'juge de droit commun', de eerste lijn gemeenschapsrechter. Om die reden regelt het EG-Verdrag de samenwerking tussen nationale rechtscolleges en het Hof van Justitie via verzoeken om een prejudiciële beslissing. Pogingen van sommige lidstaten om strafrechtscolleges van deze samenwerking uit te zonderen liepen snel stuk op principebeslissingen van het Hof van Justitie.⁶ De doorwerking van het gemeenschapsrecht is 'zonder onderscheid des rechts', is niet afhankelijk van de juridische rechtstelsels in de lidstaten. De doorwerking van het gemeenschapsrecht houdt niet op aan de ingangspoort van het straf(proces)recht, in de rechtsleer soms omschreven als een bijzonder soevereiniteitsdomein van de Natie-staten.

Het economische integratieproces is inmiddels verdiept en verbreed. Het gemeenschapsrecht is geconsolideerd tot een autonome en constitutioneel gedragen rechtsorde met een eigen trias politica, waardoor nationale soevereiniteitsrechten zijn begrensd. De Natie-staten hebben wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende taken overgedragen aan de Europese Gemeenschap. De Europese Gemeenschap is uitgegroeid tot een volwaardige publiekrechtelijke structuur voor Europese overheidstaken, tot een Europese Politieke Unie (EPU). Het Interne Marktprogramma (1985), de Europese Akte (1986), het Verdrag van Maastricht (1993), met de Europees Monetaire Unie (EMU) en de eenheidsmunt, hebben uitgemondd in de Europese Unie (EU), zoals neergelegd in het huidige Verdrag van Amsterdam. Met het Verdrag van Amsterdam is de evolutie van marktintegratie naar politieke integratie nog niet voltooid. Die evolutie heeft enorme consequenties voor de plaats en rol van de nationale rechtstelsels in de Europese structuur. Niet zozeer in de zin dat nationale bevoegdheden worden 'gefederaliseerd', maar veeleer in de zin dat nationale rechtstelsels, componenten van de geïntegreerde rechtsorde, steeds meer transnationale functies hebben te vervullen in een ééngemaakte Europese ruimte. De verdieping en verbreding van het Europese integratieproces heeft geen EU gebaard die in de plaats is gekomen van de Natie-staten. Veeleer is er sprake van gedeeld bestuur. Om die reden is de EU ook geen federale staatsstructuur met een volwaardige soevereiniteit. De bevoegdheden van de EU zijn ook in het Verdrag van Amsterdam limitatief toegewezen en doelgebonden begrensd. Van 'implied powers' (Kompetenz-Kompetenz) is er geen sprake. In tegenstelling tot de Natie-staten beschikt de EU over een trias politica met beperkte bevoegdheden. Zo is de verantwoordelijkheid en bevoegdheid voor de handhaving van het gemeenschapsrecht in beginsel

6. Zaak 82/71, Italian Public Prosecutor /SAIL, Jur. 1972 (0119).

een zaak van de lidstaten.⁷ Dit is ook de reden waarom de EU geen legislatieve, executieve of jurisdictionele bevoegdheden op strafrechtelijk terrein heeft.⁸ Noch in de eerste, noch in de derde pijler kan de EU Europese 'federale' strafbaarstellingen creëren, die door EU-instanties laten opsporen, vervolgen en berechten. Er bestaan geen Europese delicten. Evenmin is er sprake van een Europees politiewezen of Europees OM. Evenmin beschikt het Hof van Justitie over jurisdictie om strafzaken te berechten. Al deze bevoegdheden zijn onderdeel gebleven van de soevereiniteit van de lidstaten. In tegenstelling tot de Verenigde Staten van Amerika is er in Europa van een federale staatsstructuur en van een federaal straf(proces)recht geen sprake. Betekent dit ook dat het nationaal straf(proces)recht grotendeels immuun is gebleven voor de invloed van de Europese integratie?

3. Europese integratie en Europees straf(proces)recht

De invloed van het proces van Europese integratie op de nationale stelsels van straf(proces)recht kan niet worden behandeld zonder de institutionele vormgeving van de Europese integratie hierin te betrekken. Sinds het Verdrag van Maastricht hebben we naast het EG-Verdrag, aangeduid als eerste pijler van de EU, ook een tweede en een derde pijler van de EU. De tweede pijler is gewijd aan het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid, de derde aan samenwerking op het gebied van Justitie en Binnenlandse Zaken.

3.1. EG-beleid en strafrecht tot aan de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht

Dat de bevoegdheid tot handhaving van het gemeenschapsrecht in beginsel bij de lidstaten berust betekent nog niet dat de lidstaten deze bevoegdheid, inclusief die op strafrechtelijk terrein in alle vrijheid kunnen uitoefenen. Het Hof van Justitie heeft een handhavingsplicht ingevoerd en de invulling daarvan aan effectiviteits- en proportionaliteitseisen onderworpen.⁹ Tevens heeft de communautaire wetgever de nationale handhaving vergaand geharmoniseerd door het definiëren van normstellingen (verboden, geboden, zorgplichten) en door het voorschrijven van verplicht-

7. De uitzondering – zelfstandige bestuurlijke handhavingsbevoegdheden voor de Europese Commissie inzake mededinging – bevestigen de regel.

8. J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht*, (oratie), Deventer 1994.

9. Zaak 68/88, Commissie v. Griekenland, Jur. 1989 (2965). J.A.E. Vervaele, *EEG-fraude en Europees economisch strafrecht*, Deventer 1991.

tingen met betrekking tot controlehandelingen en sancties.¹⁰ In communautaire richtlijnen en verordeningen met betrekking tot landbouw, visserij, milieu, financiële markten, witwassen etc. zijn hiervan uiteenlopende voorbeelden te vinden. Communautaire harmonisatie van de nationale handhaving betekent nog niet harmonisatie van het strafrecht, althans niet op een directe wijze. Immers, de keuze voor het in te zetten handhavingstelsel (civiel recht, tuchtrecht, bestuursrecht, strafrecht of een combinatie) bij het effectueren van gemeenschapsrecht blijft in beginsel wel een nationale keuze. Evenwel, communautaire handhavingbeginselen als afschrikking, effectiviteit en harmonisatiebepalingen¹¹ in de communautaire wetgeving kunnen de nationale wetgever indirect dwingen tot het inzetten van punitieve handhavingsinstrumenten. Zodra een lidstaat kiest voor (mede) strafrechtelijke handhaving van een communautair beleidsterrein werkt het communautair recht volledig door in het strafrecht. Het nationale strafrecht moet rekening houden met de materiële normstellingen van het communautair beleidsterrein en met de handhavingverplichtingen. In die zin is er in het communautair recht duidelijk sprake van een indirecte harmonisatie van het nationale straf(proces)recht. Het nationale straf(proces)recht kan aanpassing behoeven omdat nationale normen onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht (negatieve integratie). Strafbaarstelling van mokkel, ontduiking van douanerechten en strafbaarstelling van vervoer van geld innen de Unie zijn niet meer verenigbaar met het huidige communautaire recht. Onvolledige of foutieve omzettingen van richtlijnen in het nationale straf(proces)recht zijn strijdig met het Verdrag en kunnen leiden tot procedures tegen de lidstaat voor het Hof van Justitie. Het nationale straf(proces)recht kan eveneens aanpassing behoeven omdat het communautair recht effectief gehandhaafd moet worden (positieve integratie). Zo heeft Frankrijk ervaren dat het gebruik van het opportuniteitsbeginsel bij de handhaving van gemeenschapsrecht mede dient te worden afgewogen in het licht van de communautaire belangen.¹² Tot slot dienen de strafbepalingen die door de nationale wetgever worden ingezet ter handhaving van het gemeenschapsrecht door de handhavingsorganen conform het gemeenschapsrecht te worden geïn-

10. J.A.E. Vervaele, *Administratieve sanctiebevoegdheden van en in de Gemeenschap. Naar een systeem van Europese bestuurssancties?*, in: J.A.E. Vervaele (red.), *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland*, Europese Monografieën 41, Deventer 1993 en J.A.E. Vervaele, *Communautaire normering en operationele toepassing van onderzoeksbevoegdheden, bewijsgaring en bewijsgebruik met betrekking tot schending van financiële belangen van de EG*, in J.A.E. Vervaele (red.), *Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie. Ontwikkelingen in het Verdrag van Amsterdam en het Corpus Juris*, Antwerpen/Groningen 1999, p. 59-98.

11. Voor een goed voorbeeld, zie art. 31 van visserijverordening 2847/93, Pb 1993, L 261.

12. Zaak C-265/95, Jur. 1995 (I-6959).

terpreteerd. Die interpretatie dient evenwel het legaliteitsbeginsel in het strafrecht, tevens een communautair rechtsbeginsel, te respecteren.

Of de bevoegdheden in het EG-Verdrag ook ruimte laten voor een directe harmonisatie van het nationale straf(proces)recht is in de doctrine omstreden. De Europese Commissie heeft herhaalde malen gepoogd om lidstaten via richtlijnen te verplichten tot directe strafrechtelijke harmonisatie,¹³ maar in de praktijk heeft de Raad de strafrechtelijke angel eruit gehaald en de keuzevrijheid van de lidstaten voor het handhavingsregime intact gelaten. Of deze politieke vaststelling ook betekent dat het EG-Verdrag geen juridische basis biedt voor directe strafrechtelijke harmonisatie is nog maar de vraag. Tot op heden heeft het Hof van Justitie zich hierover nog niet uitgesproken. Recent is het debat hierover weer volledig opgelaaid in het kader van de bevoegheidsverdeling tussen de eerste en de derde pijler.¹⁴

3.2. Strafrecht en de derde pijler van het Verdrag van Maastricht

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht is de samenwerking op het gebied van Justitie en Binnenlandse Zaken in de uniestructuur geïntegreerd in de vorm van een derde pijler. In het kader van de derde pijler van het EU-Verdrag hebben de lidstaten een aantal materiële terreinen (zoals het asiel- en visumbeleid, de strijd tegen drugsverslaving en tegen internationale fraude) en een aantal handavingsinstrumenten (waaronder justitiële samenwerking in strafzaken) gedefinieerd als aangelegenheden van gemeenschappelijk belang. Het derde pijler-beleid dient het 'acquis communautaire' in de eerste pijler te respecteren en heeft tot doel dit 'acquis communautaire' verder te ontwikkelen.¹⁵ In de Maastrichtse derde pijler is de Euro-pol-conventie¹⁶ tot stand gekomen en is de basis gelegd voor de Rechtshulpconventie 2000.¹⁷ Ook al wordt directe harmonisatie van het nationale straf(proces)recht niet genoemd, het heeft de Raad er niet van weerhouden om ook conventies goed te keuren met vergaande bepalingen inzake harmonisatie van strafbaarstellingen, strafsancities (waaronder vrijheidsberovende straffen), aspecten van strafprocesrecht en van internationaal strafrecht. Voorbeelden zijn de PIF-Conventie en haar protocollen¹⁸ die verplichten tot strafbaarstelling van EG-fraude en de Corruptie-

13. Zie voorstel richtlijn inzake preventie witwassen, COM(90) 106 final, Pb 1990 C 106.

14. Zie punt 4.1.

15. Art. 2 van het EU-Verdrag.

16. Pb 1995 C 316.

17. Pb 2000 C 197.

18. Pb 1995 C 316, Pb 1996 C 313 en Pb 1997, C 221.

Conventie,¹⁹ die verplicht tot het strafbaarstellen van actieve en passieve ambtelijke corruptie, inclusief van ambtenaren van andere lidstaten en van internationale instellingen.

3.3. Strafrecht en de derde pijler van het Verdrag van Amsterdam²⁰

Het Verdrag van Amsterdam heeft de derde pijler in stand gehouden, maar beperkt²¹ tot politieke en justitiële samenwerking en strafrechtelijke harmonisatie, maar die derde pijler ingebed in een ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Die ruimte is voorzien in de doelstellingen van de EU (art. 2 EUV) en geregeld in het EG-Verdrag (Titel VI), dat evenwel voor de politieke en justitiële strafrechtelijke samenwerking en voor de strafrechtelijke harmonisatie doorverwijst naar de derde pijler. Art. 61 EGV bepaalt:

“Met het oog op een geleidelijke totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid neemt de Raad de volgende maatregelen aan:

- a) (...) en maatregelen ter voorkoming en bestrijding van criminaliteit overeenkomstig artikel 31, onder e, van het Verdrag betreffende de Europese Unie;
- e) maatregelen op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, gericht op een hoog niveau van veiligheid door voorkoming en bestrijding van criminaliteit in de Unie, in overeenstemming met het Verdrag betreffende de Europese Unie.”

De uitwerking in de derde pijler, met name in art. 29 EUV luidt:

“Onverminderd de bevoegdheden van de Europese Gemeenschap is het doel van de Unie de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid te verschaffen door de ontwikkeling van gezamenlijk optreden van de lidstaten op het gebied van politieke

19. Pb 1997 C 195.

20. J.A.E. Vervaele (red.), (1999), *a.w.*

21. De materies migratie, asielbeleid, justitiële samenwerking in burgerlijke zaken zijn overgeheveld naar het EG-Verdrag.

en justitiële samenwerking in strafzaken en door voorkoming en bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat.

Deze doelstelling wordt verwezenlijkt door het voorkomen en bestrijden van al dan niet georganiseerde criminaliteit, met name terrorisme, mensenhandel en misdrijven tegen kinderen, illegale drugshandel en illegale wapenhandel, corruptie en fraude, door middel van:

- (...)
- waar nodig, onderlinge aanpassing van de bepalingen betreffende strafzaken in de lidstaten, in overeenstemming met artikel 31, onder e.”

In het Verdrag van Amsterdam is de derde pijler, samenwerking op het terrein van politie en justitie, verder geoperationaliseerd en is er tevens expliciet voorzien in een juridische grondslag voor directe harmonisatie van straf(proces)recht, sterker nog, is zelfs voorzien in een specifiek instrument om die harmonisatie te verwezenlijken, namelijk het kaderbesluit.

Art. 31 (e) waar voortdurend naar wordt verwezen stelt:

“Gezamenlijk optreden inzake justitiële samenwerking in strafzaken omvat:

- a) (...)
- e) het geleidelijk aannemen van maatregelen tot opstelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de georganiseerde criminaliteit, terrorisme en illegale drugshandel.”

Het EUV beperkt de strafrechtelijke harmonisatie uitdrukkelijk niet tot georganiseerde criminaliteit, terrorisme en illegale drugshandel. Het woordje ‘omvat’ in art. 31 EUV luidt in het Frans éénduidig: ‘vise entre autres à’. Met deze vaststelling is ook duidelijk dat de directe strafrechtelijke harmonisatie in de derde pijler niet functioneel is ingeperkt, tenzij door algemene rechtsbeginselen, zoals het subsidiariteitsbeginsel (art. 2 EUV). De bestrijding van de criminaliteit, zoals het wordt uitgedrukt in de doelstellingen van de Unie (art. 2 EUV) is wel erg ruim. Er is niet eens een referentie naar transnationale belangen of een link met de interne markt. De Europese Commissie heeft in een actieplan gepoogd om de ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid in te vullen.²² Belangrijker is dat de regeringsleiders in

22. Zie Actieplan Pb 1999 C 19/1.

1999 in Tampere een bijzondere Europese Raad hebben gewijd aan de ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. In hun conclusies²³ worden de concepten 'wederzijdse erkenning van voorlopige en definitieve gerechtelijke beslissingen in strafzaken'²⁴ en 'vrij verkeer van bewijs in strafzaken' naar voren geschoven als mijlpalen voor de transnationale samenwerking in Europa. De Commissie²⁵ heeft de Tampere-conclusies vertaald in een *Scoreboard*.²⁶ Dit 'logboek' omvat de omschrijving van tientallen concrete harmonisatieprojecten die door de Europese Commissie worden voorbereid. In dat kader heeft de Commissie het initiatief genomen voor het Europees aanhoudingsmandaat. Door de halfjaarlijkse updating van het 'Scoreboard' wordt er periodiek gerapporteerd over de voortgang. Ook de lidstaten hebben een veelvoud aan voorstellen tot harmonisatie van straf(proces)recht ingediend. Die zijn niet per se een uitvoering van het 'Scoreboard', want de lidstaten hebben zo hun eigen harmonisatie dada's. Denemarken vindt de strafrechtelijke harmonisatie van het milieu²⁷ belangrijk, Duitsland heeft onder andere mededinging²⁸ naar voren geschoven. België heeft van pornografie en pedofilie²⁹ haar specialiteit gemaakt; Frankrijk heeft zich geprofileerd op het financiële terrein (witwassen, confiscatie, bankgeheim);³⁰ Spanje streeft naar harmonisatie van de anti-terrorismebepalingen³¹ etc. Nederland is opvallend passief gebleven en lijkt vooral defensief bezig met het behoud van de eigen strafrechtscultuur, die vurig en met de nodige deskundigheid wordt verdedigd.

De voorstellen tot harmonisatie zijn in eerste instantie gericht op het stroomlijnen van de formulering van de strafbaarstellingen. Voorbeelden hiervan zijn het kader-

23. Zie samenvatting in NJB 1999, 1831-1833.

24. Zie A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte*, Deventer 2001.

25. Sinds het Verdrag van Amsterdam heeft ook de Europese Commissie initiatiefrecht in de derde pijler.

26. Scoreboard to review progress on the creation of an area of 'Freedom, security and justice' in the european union, zie <http://www.consilium.eu.int/jai/default.asp?lang=en>

27. Pb 2000 C 39.

28. Initiative of the Federal Republic of Germany with a view to the adoption of a Council Framework Decision on criminal law protection against fraudulent or other unfair anti-competitive conduct in relation to the award of public contracts in the Common Market, website Consilium.

29. Proposal for a Council Framework Decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography, website Consilium.

30. Pb 2001 L 182 en Pb 2001 L 75.

31. Pb 1998 L 361.

besluit tot strafrechtelijke bescherming van de euro,³² het kaderbesluit in verband met de strijd tegen het terrorisme³³ en het kaderbesluit inzake de drugshandel.³⁴ Die harmonisatie is evenwel niet beperkt tot de bestanddelen (*actus reus/mens rea*), maar strekt zich ook uit tot de strafrechtelijke sancties, inclusief de gevangenisstraffen. De wijze waarop de sancties worden geharmoniseerd is bijzonder.³⁵ In een eerste fase werd vooral het criterium 'vatbaar voor uitlevering' gehanteerd, in een tweede fase wordt rechtstreeks geharmoniseerd door het opleggen van minimale maximumstraffen. De JBZ-raad van december 2001 heeft het systeem van harmonisatie van straffen geëvalueerd. Het Belgisch voorzitterschap had een model voorgesteld van vier strafschijsen, met minima en maxima. Onder andere Nederland verzet zich evenwel tegen harmonisatie van minimumstraffen. Het huidige Spaanse voorzitterschap heeft tot taak besluitvorming hierover voor te bereiden.

Tevens komt harmonisatie van het strafprocesrecht in beeld, met name op het terrein van de buitgerichte aanpak in het strafrecht. De *action commune* van 1998³⁶ is aangevuld met een kaderbesluit over witwassen, inbeslagneming en confiscatie³⁷ en een voorstel kaderbesluit tot wederzijdse erkenning van beslissingen inzake bevroering van wederrechtelijk verkregen vermogen en bewijs.³⁸ De harmonisatie heeft onder andere betrekking op de soorten inbeslagnames, de tijdsduur, de rechtsmiddelen etc.

Tot slot hebben de talrijke derde pijler-instrumenten inzake politieke en justitiële samenwerking een niet te onderschatten invloed op het nationale straf- en strafprocesrecht.³⁹ De tijd dat uitlevering en rechtshulp vrij los stonden van het nationale straf- en strafprocesrecht is voorgoed voorbij. De relaties tussen de nieuwe rechtshulpconventie 2000 en de Nederlandse bob-regeling in Sv zijn evident. De impact

32. Pb 2000 L 140/1. Zie J.A.E. Vervaele, *Counterfeiting the single European Currency (euro): Towards the Federalization of enforcement in the European Union?*, te verschijnen in *Columbia European Law Journal*, 2002.

33. Pb 2001 C 332E/300.

34. Pb 2001 C 304E/172.

35. Voor meer uitleg, zie O.J.D.M.L. Jansen, *De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht. Enkele beschouwingen over het bestraffende deel daarvan*, in: J. de Hullu, F.W. Bleichrodt en O.J.D.M.L. Jansen, *Herziening van het sanctiestelsel*, Deventer 2002, p. 214 e.v.

36. Pb 1998 L 333/1.

37. Pb 2001 L 182/1.

38. Pb 2001 C 75/1.

39. Zie voor een uitvoerige analyse J.A.E. Vervaele en A.H. Klip (red.) *Administratieve en strafrechtelijke samenwerking inzake fraudebestrijding tussen justitiële en bestuurlijke instanties van de EU-lidstaten*, WODC, Onderzoek en Beleid, nr. 188, 2001.

van het europees aanhoudingsmandaat⁴⁰ dat vóór 2004 in het Nederlands recht moet zijn geïmplementeerd is uiteraard niet beperkt tot de Uitleveringswet, maar zal ook de nodige aanpassingen vereisen van Sv.

Kortom, onder de derde pijler van het Verdrag van Amsterdam worden langzaam maar zeker de contouren zichtbaar van een Unie-strafrecht. Dit strafrecht is nog steeds niet 'federaal' van karakter, in die zin dat er Europese strafbaarstellingen worden gecreëerd die op Europees niveau worden gehandhaafd (opgespoord, vervolgd en berecht). Het Unie-strafrecht heeft tot doel via harmonisatie het nationale strafrecht, en in zekere mate strafprocesrecht, in de lidstaten beter op elkaar af te stemmen. In het Unie-strafrecht wordt uiteraard ook gewerkt aan het optimaliseren van de politiesamenwerking (Europol, Schengen) en van de rechtshulp en uitlevering. Hierbij wordt gezocht naar mogelijkheden om de klassieke staat-staat samenwerking in een bilateraal model te vervangen door een werkbaar model voor samenwerking tussen politie en justitiële autoriteiten in een gemeenschappelijk(e) ruimte of territoir. Onderhandelingen over de gemeenschappelijke onderzoeksteams die opsporingshandelingen zouden kunnen stellen in de gemeenschappelijke ruimte van de vijftien lidstaten en over de eventuele rol van Europol en van Eurojust daarbij, verlopen moeizaam. Nog steeds zijn de lidstaten niet bereid te aanvaarden dat op hun grondgebied opsporingshandelingen kunnen worden verricht door opsporingsautoriteiten van andere lidstaten en al zeker niet met toepassing van buitenlands recht. Bij de aanpak van ingewikkelde transnationale strafzaken, zoals BTW-carrousels en tabaks- en alcoholfraude, ligt het nochtans voor de hand om te werken met task forces onder de leiding van één OM en één rechter-commissaris, die kunnen opereren in het territoir van de vijftien lidstaten. Of we aanvaarden dat deze opsporingseenheden kunnen opereren met toepassing van het recht van één van de lidstaten, met toepassing van wederzijdse erkenning, of we aanvaarden dat er een heuse harmonisatie van het strafprocesrecht noodzakelijk is. De huidige oplossing, de instelling van Eurojust,⁴¹ een Europees steunpunt voor het OM, voldoet niet. De bevoegdheden van Eurojust zijn immers beperkt tot ondersteuning. De operationele bevoegdheden berusten niet bij de organisatie, maar bij de nationale leden van de organisatie. Bovendien worden de nationale spelregels voor het gebruik van die bevoegdheden niet doorbroken. Ook zijn de relaties van Eurojust tot Euro-

40. Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees aanhoudingsmandaat en de procedures voor de overlevering tussen de lidstaten, website Consilium.

41. Council Decision setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime, zie website Consilium.

pol en de invulling van de gemeenschappelijke onderzoeksteams nog onvoldoende uitgekristalliseerd.

4. EU en strafrechtelijke handhaving

4.1. Concurrerende bevoegdheden tussen EG en EU?

De iure is er met de komst van de derde pijler, ook die van Amsterdam, niets gewijzigd aan de eerste pijler en dus ook niet aan de mogelijke rechtsgrondslag tot strafrechtelijke harmonisatie in de eerste pijler. Sterker nog, in art. 2 EUV is uitdrukkelijk bepaald dat de derde pijler het 'acquis communautaire' moet naleven en bevorderen. Kortom, de bevoegdheden onder de derde pijler mogen niet worden aangewend ten koste van de bevoegdheden onder de eerste pijler en de derde pijler dient mede ter handhaving van het communautair beleid. Belangrijk is wel dat in het EG-Verdrag van Amsterdam een expliciete juridische basis is opgenomen voor harmonisatie ter bescherming van de financiële belangen van de EG en voor douanesamenwerking.⁴² In die twee artikelen en ook enkel in deze twee artikelen is bepaald dat de maatregelen die op basis van die artikelen worden genomen geen betrekking kunnen hebben op de 'toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling'.

Het is een publiek geheim dat de Commissie en het EP vrij ontevreden zijn over de resultaten van de derde pijler onder het Verdrag van Maastricht. De snelheid waarmee conventies worden geratificeerd is niet indrukwekkend, het aantal conventies dat effectief in werking is getreden evenmin. Met de introductie van het kaderbesluit onder het Verdrag van Amsterdam is die kritiek verstomd, maar het valt natuurlijk af te wachten of de lidstaten die kaderbesluiten ook tijdig, correct zullen omzetten. Voorts is de Europese Commissie van mening, daarin gesteund door het EP, dat er in het EG-Verdrag wel degelijk bevoegdheden besloten liggen tot directe harmonisatie van het strafrecht. Om die reden heeft de Europese Commissie recent twee richtlijnvoorstellen ingediend tot rechtstreekse harmonisatie van het strafrecht.⁴³ De voorstellen hebben betrekking op EG-fraude⁴⁴ en op milieustrafrecht.⁴⁵ Beide voorstellen treden in concurrentie met derde pijler-initiatieven, respectievelijk de

42. Respectievelijk de art. 280 en 135 EG-Verdrag van Amsterdam.

43. Zie G.J.M. Corstens, *Strafrecht in de eerste pijler?*, in: *Mok aria*, 2002.

44. COM (2001) 0139 final C 180E/238.

45. COM (2001) 272 final, C 240E/125. Zie T. de Lange, *Naar een Europees milieustrafrecht*, in: *Milieu en Recht* 2002, nummer 1, 2.

PIF-Conventie en haar protocollen⁴⁶ en het voorstel voor een kaderbesluit milieustrafrecht.⁴⁷ Inmiddels is gebleken dat de Juridische Dienst van de Raad in haar advies van mening is dat het EG-Verdrag wel degelijk een juridische grondslag biedt voor directe strafrechtelijke harmonisatie, evenwel beperkt tot het voorschrijven van het strafrechtelijk verbod/gebod (delictsomschrijvingen) en van de plicht tot strafrechtelijk sanctioneren. De strafrechtelijke harmonisatie van straffen, de strafvorderlijke aspecten van strafrechtelijke aansprakelijkheid en strafrechtelijke samenwerking zijn enkel mogelijk in de derde pijler. Dat dit verrassende advies, dat dus beperkte strafrechtelijke harmonisatiebevoegdheid erkent onder de eerste pijler, niet door alle lidstaten wordt gedeeld, is evident. De Nederlandse minister van Justitie heeft ter zake adviezen ingewonnen van de Raad van State en van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) teneinde zijn standpunt te bepalen.

Het is te verwachten dat de Europese Commissie deze keer voet bij stuk zal houden en goedkeuring van het kaderbesluit over milieustrafrecht zal aanvechten voor het Hof van Justitie, als strijdig met het 'acquis communautaire'. Hopelijk krijgen we dan ook een lang verwachte principe-uitspraak over de bevoegdheidsverdeling inzake strafrechtelijke harmonisatie en kan een einde worden gemaakt aan de 'institutionele veldslagen' tussen EG en EU.

4.2. Derde pijler harmonisatie in dienst van het communautair beleid. Casus: hervorming van de effectenmarkten

De volledige liberalisering van het kapitaalverkeer heeft in de EG lang op zich laten wachten. Om die reden heeft het tot begin jaren negentig geduurd vooraleer de EG de dienstverlening van effectenbemiddelaars en vermogensbeheerders via een richtlijn⁴⁸ heeft geharmoniseerd. Vrijheid van vestiging en vrijheid van diensten in de beleggingswereld werd terecht gezien als een essentieel voor de totstandkoming van de interne markt, waartoe bij de Europese Akte was besloten. Het in de richtlijn neergelegd systeem van 'single licence and home control', zijnde één vergunningverlening met communautaire draagwijdte (Europees paspoort) en een geharmoniseerd systeem van effectentoezicht, heeft uiteraard grote invloed gehad op de hervorming van de Nederlandse Wet Toezicht Effectenverkeer (Wte), Besluit Toezicht

46. Zie noot 19.

47. Pb 2000, C 39.

48. Richtlijn 93/22 van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten.

Effectenverkeer en de Nadere Regeling Toezicht Effectenverkeer en op de daaraan gekoppelde economische delicten in de WED. Hierbij kan worden gedacht aan de verplichtingen voor de effectenuitgevende instellingen – zoals de prospectusvoorwaarden,⁴⁹ de vergunningsplicht en -voorwaarden (financiële integriteit bestuurders, financiële waarborgen, gedragsregels) voor de effecteninstellingen, en de erkenningsplicht en -voorwaarden voor de effectenhuizen.

In 1989 had de EG reeds een richtlijn goedgekeurd tot coördinatie van voorschriften inzake transacties van ingewijden. Het goed functioneren van de interne markt vereiste dat beleggers worden beschermd tegen het ongeoorloofde gebruik van voorwetenschap. Na het fenomeen voorwetenschap juridisch te hebben gedefinieerd in art. 1⁵⁰ legt art. 2 (1) aan lidstaten op om personen die:

- “– vanwege hun hoedanigheid als lid van de bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende organen van de emittent,
- vanwege hun deelneming in het kapitaal van de emittent, of omdat zij toegang hebben tot deze informatie vanwege de uitoefening van hun werk, hun beroep of hun functie over voorwetenschap beschikken, voor eigen rekening of voor rekening van derden, rechtstreeks of middellijk, effecten van de emittent of van de emittenten op wie deze voorwetenschap betrekking heeft, te verwerven of te vervreemden met gebruikmaking, welbewust, van deze voorwetenschap”.

De richtlijn beperkt zich niet tot de primaire insiders. Art. 3 legt aan de lidstaten op om de melding van deze voorwetenschap aan derden te verbieden, evenals de aanbeveling aan derden te verbieden om van de voorwetenschap gebruik te maken (het zogenoemde tippen). Art. 4 breidt de verbodsbepaling van art. 2 nog uit tot “andere dan in dat artikel bedoelde personen die, met kennis van zaken, beschikken over voorwetenschap die rechtstreeks of middellijk alleen afkomstig kan zijn van een in artikel 2 bedoelde persoon”.

49. Deze waren reeds vastgelegd in specifieke richtlijnen: richtlijn 80/390, Pb L 100 van 17/04/1980 en richtlijn 89/298, Pb L 124 van 05/05/1989.

50. Art. 1: “voorwetenschap: niet openbaar gemaakte informatie die concreet is en die betrekking heeft op één of meer emittenten van effecten of op een of meer effecten en die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, aanwijsbare invloed zou kunnen hebben op de koers van dat effect of van die effecten”.

Tot slot eist art. 8 van de lidstaten dat ze een bevoegde administratieve autoriteit inrichten voor het toezicht, die over de nodige onderzoeksbevoegdheden moet kunnen beschikken. Het interne beurstoezicht wordt niet verboden, integendeel, maar een bestuursorgaan belast met het toezicht op het misbruik van voorwetenschap en onafhankelijk van de beurs is wel vereist. In Nederland is de Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE)⁵¹ met deze taak belast.

Deze richtlijn heeft alleen minimumharmonisatie tot doel. Lidstaten kunnen dus zowel de inhoud van voorwetenschap als de normadressaten verruimen. De richtlijn bevat geen strafrechtelijke handhavingsverplichtingen. De lidstaten hebben keuzevrijheid bij het omzetten van de richtlijn en zouden dus kunnen volstaan met bijvoorbeeld bestuurlijke handhaving. Wat voor handhavingssysteem ook wordt gekozen, het resultaat moet richtlijnconform zijn. Dat dat ook geldt voor het strafrecht is overduidelijk gebleken in Nederland bij de discussie over het richtlijnconform karakter van de strafbaarstelling.⁵² De formulering in art. 336A Sr weekt af van de definitie van de richtlijn door 1) ook een schending van een geheimhoudingsplicht te eisen, naast het niet-openbaar karakter van de informatie en 2) door een causaal verband in te bouwen waaruit voordeel kan ontstaan. Bij het overhevelen van de strafbaarstelling van voorwetenschap naar de Wte is in art. 46 Wte een eind gemaakt aan het niet-richtlijnconforme karakter van de Nederlandse strafbaarstelling.

De voortschrijdende integratie van de Europese financiële sector, inclusief de fusies van beurzen, de introductie van de eenheidsmunt, de mondialisering van het effectenverkeer en de invloed van nieuwe technologieën hebben ervoor gezorgd dat de huidige communautaire reglementering niet meer voldoet om tot een geïntegreerde Europese kapitaalmarkt te komen. Een door de Raad ingesteld Comité van Wijzen onder leiding van Lamfalussy, de voormalige voorzitter van het Europees Monetair Instituut, de voorloper van de ECB, heeft in 2000 al de nodige voorstellen geformuleerd. Deze voorstellen zijn door de Europese Commissie omgezet in nieuwe voorstellen voor richtlijnen. De belangrijkste in dit kader zijn ongetwijfeld het voorstel voor een richtlijn betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten⁵³ en de ontwerp-richtlijn betreffende handel met voorkennis en marktmanipulatie.

51. In het kader van de herziening van het financiële toezicht recentelijk omgedoopt tot Autoriteit Financiële Markten (Autoriteit-FM).

52. Zie D.R. Doorenbos, *Financieel Strafrecht*, Deventer 1992, hoofdstuk 22.

53. COM (2001)0280 def, Pb 2001 C 240E.

latie (marktmisbruik).⁵⁴ De voorstellen zijn inmiddels in behandeling bij het Europees Parlement en naar verwachting zal tussen de Raad en het EP in juni 2002 overeenstemming worden bereikt over de richtlijn over voorkennis en marktmanipulatie. De onderhandelingen over de prospectusrichtlijn beloven lastiger te worden. Inmiddels heeft de Europese Commissie de 'Committee of European Securities Regulators' (CESR) verzocht om technisch advies met betrekking tot de voorstellen. Kortom, ook de Nederlandse Autoriteit Financiële Markten (Autoriteit-FM) is betrokken bij het wetgevingsproces.

Het voorstel prospectusrichtlijn wil af van de wederzijdse erkenning van de nationale prospectusverplichtingen en wil komen tot één Europees paspoort voor de effectenuitgevers (emittenten) door het invoeren van een geharmoniseerde modelprospectus. Dus ook hier zouden de principes van 'single licence and home control' volledig worden doorgevoerd. Tevens zou het toezicht op de naleving ervan moeten worden gegarandeerd door één onafhankelijke administratieve autoriteit per land, niet meer alleen door de beurzen zelf.

In dit stuk zou ik me evenwel willen concentreren op het voorstel richtlijn marktmisbruik. Het doel ervan is de integriteit van de Europese financiële markten te waarborgen, gemeenschappelijke regels tegen marktmisbruik voor geheel Europa vast te stellen en ten uitvoer te leggen, en het vertrouwen van beleggers in deze markten te vergroten. In het voorstel is ervoor gekozen om onder marktmisbruik zowel handel met voorkennis als marktmanipulatie te verbieden. Marktmisbruik heeft dus zowel betrekking op handel met voorwetenschap, het verstoren van de prijsvorming van financiële instrumenten als het verspreiden van bedrieglijke of misleidende informatie. Het is voor de belegger essentieel dat de spelregels inzake a) toegang tot de informatie; b) kennis van de prijsvorming en c) kennis van de oorsprong van de openbare informatie voor alle beleggers gelijk zijn en worden gerespecteerd. Door de toenemende internethandel in financiële instrumenten en de digitale informatieverstrekking daarover is die behoefte voor de belegger alleen maar toegenomen.

De definitie van voorwetenschap is verruimd, doordat de richtlijn ook betrekking heeft op de primaire markten (en zelfs op de *grey market*-activiteiten) en betrekking heeft niet alleen op effecten, maar op alle financiële instrumenten, inclusief derivaten. Het toepassingsgebied van de richtlijn is ook niet beperkt tot gereglementeerde markten, maar omvat tevens de niet-gereglementeerde markten, handelsplatforms en -apparatuur/instrumenten voor de doorlopende bekendmaking

54. COM (2001)0281 def, Pb 2001 C 240E.

van koersinformatie en transacties buiten de markt om (alternatieve handelssystemen). De definitie van voorwetenschap luidt dan ook:

“niet openbaar gemaakte informatie die concreet is en die betrekking heeft op een of meer emittenten van financiële instrumenten of op een of meer financiële instrumenten en die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, een aanzienlijke invloed zou kunnen hebben op de koers van deze financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten”.⁵⁵

De definitie van marktmanipulatie berust op het gedrag van de betrokken persoon en niet op zijn bedoeling of oogmerk. Die kan zowel betrekking hebben op transacties en handelsoopdrachten in het orderboek als op verspreiding van informatie waarmee marktdeelnemers worden misleid of waarmee getracht wordt hen te misleiden:

- “(a) transacties of handelsorders die valse of misleidende signalen geven of kunnen geven met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten, of waarbij een of meerdere personen op basis van onderlinge afspraken de marktkoers van een financieel instrument op een abnormaal of een kunstmatig niveau houden dan wel daarbij gebruik wordt gemaakt van oneigenlijke constructies of enigerlei andere vorm van bedrog of misleiding;
- (b) de verspreiding van informatie via de media, met inbegrip van internet of via andere kanalen, die valse of misleidende signalen geeft of kan geven met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten, met inbegrip van de verspreiding van geruchten en valse of misleidende berichten”.⁵⁶

De in de art. 2-4 van de richtlijn opgenomen verboden met betrekking tot voorkennis hebben geen fundamentele veranderingen ondergaan in vergelijking tot de richtlijn van 1989. Uiteraard is er het verbod van marktmanipulatie bijgekomen, maar het is opvallend dat dit verbod in art. 5 zich beperkt tot de formulering: “De lidstaten verbieden alle natuurlijke of rechtspersonen de markt te manipuleren”. Er wordt dus in het licht van bovenstaande definitie vrij veel ruimte gelaten voor de lidstaten om de verbodsbepaling om te zetten. Bijlage B bevat een lijst van metho-

55. Art. 1.

56. *Idem*.

den die worden gebruikt om de markt te manipuleren, maar die lijst is niet uitputtend.⁵⁷ Nieuw is wel dat de lidstaten er zorg voor moeten dragen dat een aantal zorgplichten door de normadressaten worden nageleefd. Er zijn zowel zorgplichten opgenomen voor de effectenuitgevende instellingen (art. 6 (2-3)) als voor degenen die professioneel beursinformatie verspreiden (art. 6 (4)). Nieuw is ook dat de richtlijn een onthoudingsplicht invoert voor effectenbemiddelaars: “De lidstaten verlangen dat natuurlijke of rechtspersonen die beroepshalve transacties in financiële instrumenten tot stand brengen, het verrichten van transacties en het uitvoeren van orders namens hun cliënten weigeren indien zij redelijkerwijs vermoeden dat een transactie gebaseerd is op voorwetenschap of marktmanipulatie inhoudt.”⁵⁸

De Europese Commissie kan, na advies van het regelgevend comité voor het effectenbedrijf, op basis van art. 202 EGV uitvoeringsmaatregelen treffen waardoor nieuwe vormen van financiële instrumenten of nieuwe vormen van marktmisbruik onder de definities kunnen worden gebracht.

Art. 14 (1) eist van de lidstaten doeltreffende, evenredige en afschrikkende maatregelen voor de naleving, met inbegrip van administratieve en strafrechtelijke sancties. In art. 14 (2) wordt uitdrukkelijk bepaald dat die sancties ook toegepast moeten worden bij niet-medewerking aan onderzoekshandelingen. In art. 14 (3) wordt verwezen naar de mogelijkheid om de opgelegde sancties openbaar te maken, hetgeen door de Nederlandse Autoriteit-FM in 2002 voor het eerst is toegepast, met name in zaken met betrekking tot Fortis en ABN AMRO. Wat betekent de sanctieharmonisatie voor de lidstaten? In de toelichting bij de richtlijn is onder d) te lezen:

“Het is in een geïntegreerde financiële markt in beginsel onaanvaardbaar dat onrechtmatig gedrag in één land tot een zware straf leidt, in een ander land tot een lichte straf en in een derde land onbestraft blijft. Een volledige harmonisatie van strafrechtelijke sancties is evenwel niet in het EG-Verdrag voorzien. Niettemin is het wenselijk, en in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht, indien de richtlijn een algemene verplichting voor de lidstaten bevat om sancties vast te stellen en op te leggen voor de schending van maatregelen die ingevolge de richtlijn zijn vastgesteld, en wel op zodanige wijze dat naleving van de vereisten ervan wordt bevorderd”.

57. Bijlage B bevat een aardig overzicht van methoden en technieken, gaande van ‘wash sales’, ‘pumping and dumping’, ‘painting the tape’, etc.

58. Art. 6 (5).

De toelichting is niet helemaal in overeenstemming met de tekst van art. 14 (1), die verwijst naar administratieve *en* strafrechtelijke sancties. Het lijkt er dus op alsof de Europese Commissie via gemeenschapsrecht een en/en optie wil opleggen aan de lidstaten in plaats van de klassieke of/of optie. Ook al schrijft de ontwerp-richtlijn geen concrete strafrechtelijke sancties voor, toch is het een feit dat hier op een semi-directe wijze mede strafrechtelijke handhaving wordt geëist van de lidstaten. Het is zeer de vraag of deze constructie de onderhandelingen zal overleven.

Het voorstel eist tevens dat in elke lidstaat één administratieve autoriteit, onafhankelijk van de beurs, bevoegd is voor de handhaving van regelgeving met betrekking tot voorkennis en marktmanipulatie. Nieuw is wel dat in de richtlijn concrete minimale onderzoeksbevoegdheden worden vereist die de toezichthouder uitoefent "hetzij rechtstreeks, hetzij in samenwerking met andere autoriteiten zoals gerechtelijke instanties".⁵⁹ Dat toegang tot de boekhouding en het vorderen van inlichtingen daartoe behoren verbaast niet, maar de lijst van art. 12 (2) bevat ook: het vorderen van overzichten van telefoon- en dataverkeer, het vorderen van de bevrozing en/of inbeslagname van activa en het vorderen van een tijdelijk verbod op beroepsuitoefening. Ook hier is de vraag of er sprake is van een procedurele en/en constructie: toezicht en opsporing. Als deze maatregelen ook allemaal moeten kunnen voor uitsluitend bestuurlijke handhaving, dan zou dit behoorlijke consequenties hebben voor de inrichting van het bestuurlijk toezicht in de lidstaten.

Het voorstel bevat ook verdergaande bepalingen met betrekking tot de internationale samenwerking tussen de toezichthouders op de financiële markten. Naast de reeds bestaande plicht tot samenwerking en gegevensuitwisseling wordt in art. 16 (4) voorzien in een transnationaal verzoek tot het instellen van onderzoek, waaraan leden van de autoriteit van de verzoekende staat kunnen deelnemen. Daarmee wordt de basis gelegd voor 'bestuurlijke rogatoire commissies' in een directe relatie tussen de financiële toezichthouders, in lijn met de bestuurlijke fiscale en douanesamenwerking.⁶⁰

Wat betekenen deze voorstellen nu voor het huidige Nederlandse stelsel van beurs-handhaving, zoals neergelegd in de Wte juncto WED en Sr? Hoofdstuk XII van de Wte is exclusief gewijd aan gebruik van voorwetenschap en publieksmisleiding. Voor de handhaving wordt gebruik gemaakt van een combinatie van bestuurlijke en

59. Art. 12 (1).

60. Zie J.A.E. Vervaele en A.H. Klip (red.), *a.w.*

strafrechtelijke handhavingsinstrumenten (de en/en formule). Voorts is in 334 Sr koersmanipulatie strafbaar gesteld en kunnen we desgevallend ook gebruik maken van de art. 225, 326 of 140 Sr. Kortom, het huidige Nederlandse beurshandhavingsrecht gaat veel verder dan de huidige richtlijn. Niettemin moeten we vaststellen dat de huidige regeling geenszins volstaat om te voldoen aan de implementatie van het nieuwe richtlijnvoorstel. Vooreerst zullen ook wij de reikwijdte van het verbod op misbruik van voorwetenschap moeten uitbreiden. Ten tweede zijn onze huidige verbodsbepalingen over koersmanipulatie (art. 334 Sr) en publieksmisleiding/emissiebedrog te beperkt om volledige invulling te geven aan het begrip marktmanipulatie uit de richtlijn. Art. 334 Sr bevat bijvoorbeeld het bestanddeel “met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen” in de delictomschrijving, terwijl er in de richtlijndefinitie geen sprake is van enige bedoeling of oogmerk. Bovendien zijn de bedrieglijke middelen in de richtlijn niet beperkt tot het verspreiden van leugenachtige berichten. Het in art. 47 Wte neergelegde verbod van publieksmisleiding/emissiebedrog is een goed voorbeeld van marktmanipulatie, maar dus beperkt tot een deelsegment van het effectenverkeer. Tot slot ontbreekt in het nationale beursrecht een onthoudingsplicht voor effectenbemiddelaars, in de zin van art. 6(5) van de richtlijn. Kortom, als het voorstel richtlijn aangenomen wordt in de huidige vorm zal de Nederlandse wetgever forse aanpassingen moeten doorvoeren in titel XII Wte en/of Sr en eindelijk werk moeten maken van een volwaardig beurshandhavingsrecht en beursstrafrecht. Alles pleit ervoor om dat wetsysteem te doen in het kader van de Wte. Tot slot zal het luik internationale samenwerking ook nog enige aanpassingen vragen van de Wte, teneinde de Autoriteit-FM de bevoegdheid toe te kennen tot het verzoeken en tot het uitvoeren van administratieve rogatoire commissies. De bepalingen over de bevoegdheden van de toezichthouder juncto justitiële autoriteit zijn nog te onduidelijk om goed te kunnen inschatten of ook de toezichthouder moet worden uitgerust met forsere bevoegdheden of dat kan worden volstaan met dwangmiddelen onder Sv en WED. Voorlopig houd ik het met de huidige versie van de richtlijn op het laatste.

Tot slot, het realiseren van een geïntegreerde Europese kapitaalmarkt heeft in de richtlijn nog niet geleid tot supranationaal beurstoezicht. De eerste stappen naar een Europese Security Exchange Commission (SEC) zijn nog niet in zicht. Wel is het zo dat de eenheidsmarkt dwingt tot meer harmonisatie en tot meer samenwerking inzake handhaving van de regels met betrekking tot het effectenverkeer en dat ook het financieel strafrecht volop van dat integratieproces deel uitmaakt.

5. Conclusie

Alle tekenen wijzen erop dat de invloed van het Unie-recht op het nationale straf-(proces)recht de komende decennia sterk zal toenemen. De intense economisch-politieke en monetaire integratie stelt eisen aan de handhaving vanuit het concept van een geïntegreerde Europese (juridische) ruimte. Vanuit die optiek is een forse indirecte en directe harmonisatie van het nationale strafrecht te verwachten. De druk neemt toe om voor bepaalde functionele terreinen een straf(proces)recht voor de EU-ruimte uit te tekenen. Zo gaan stemmen op om het douanestrafrecht van de lidstaten te unificeren, nu het douanerecht zelf compleet is geharmoniseerd in het communautair douanewetboek. De invoering van de euro als eenheidsmunt en de daaraan gekoppelde eenmaking van de financiële markten hebben tot gevolg dat onderdelen van ons strafrecht direct of indirect worden geharmoniseerd. Die harmonisatie beperkt zich niet tot het bijzondere deel van het Wetboek van Strafrecht. Ook aspecten van het algemene deel van het Wetboek van Strafrecht, zoals de definitie van voorbereidingshandelingen, de strafrechtelijke aansprakelijkheid als de strafrechtelijke jurisdictie, worden steeds meer voorwerp van harmonisatie. De harmonisatie zet zich ook door op het vlak van strafprocesrecht en internationaal strafrecht. In het Corpus Juris onderzoek⁶¹ naar unificatie van straf(proces)recht op het terrein van de financiële belangen van de EG is een voorstel opgenomen tot het inrichten van een Europees Openbaar Ministerie.⁶² Dit voorstel is door de Europese Commissie overgenomen en inmiddels uitgewerkt in een groenboek.⁶³ Naast harmonisatie zal ook de horizontale samenwerking tussen de handhavingsorganen aan belang winnen. Hierbij dient niet alleen gedacht aan de politieke samenwerking in Europol-verband en tussen de gespecialiseerde handhavingsautoriteiten (douane, landbouw etc.), maar ook aan de justitiële samenwerking tussen leden van het OM en onderzoeksmagistraten. Bovendien zal ook deze samenwerking méér en méér door het EG-recht en Unie-recht worden aangestuurd. Naast de horizontale samenwerking zal ook de verticale samenwerking met de Europese Commissie aan belang toenemen. De toenemende bevoegdheden van de anti-fraude eenheid van de Europese Commissie, OLAF,⁶⁴ inclusief de bevoegdheid om strafrechtelijk onderzoek in de lidsta-

61. M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele, *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol I-IV, Antwerpen/Groningen, 2001-2002. Voor de Nederlandse versie, zie M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele, *Corpus Juris 2000. Strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de EU*, Utrecht 2001, ISBN 90-73272-28-9.

62. Zie M.I. Veldt, *Een Europees Openbaar Ministerie: de oplossing voor EU-fraude?*, in: NJB 2001, p. 666.

63. Zie http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/livre_vert/

64. J.A.E. Vervaele, *Towards an Independent European Agency to fight fraud and corruption in the EU?* in: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1999, p. 331-346.

ten te coördineren, wijst op een groeiende operationalisering van de Europese handhaving. Het debat over operationele bevoegdheden voor Europol, inclusief het recht om deel te nemen aan gemeenschappelijke onderzoeksteams, wijst in dezelfde richting. Supranationale operationele handhavingsbevoegdheden kunnen evenwel niet worden losgekoppeld van gerechtelijke sturing en controle. Om die reden is het dringend noodzakelijk vorm en inhoud te geven aan supranationale organisatievorming van het OM in de Europese ruimte.

De behoeften leiden niet automatisch tot een doordacht strafrechtsbeleid. Het lappendeken-karakter van de strafrechtelijke harmonisatie in de derde pijler is opvallend. Het gebrek aan geïntegreerde aanpak tussen het communautaire beleid en het Unie-beleid is nog frappanter. Door institutionele belangentegenstellingen is er op sommige terreinen sprake van concurrerende harmonisatie, maar is er vooral op veel terreinen sprake van forse leemtes. De derde pijler heeft mijns inziens te weinig bijgedragen tot de strafrechtelijke handhaving van communautaire beleidsterreinen. De eenmaking van de financiële markten en de hervorming van de effectenmarkten is daar een uitstekend voorbeeld van. Noch de Europese Commissie, noch de lidstaten hebben derde pijler-voorstellen uitgewerkt om het nationale beursstrafrecht te harmoniseren. Wel poogt de Commissie in de richtlijn-voorstellen om de lidstaten op een semi-directe wijze die kant op te krijgen. Mijns inziens was het evenwel veel verstandiger geweest om tegelijkertijd twee voorstellen uit te werken, één richtlijn en één kaderbesluit, waarbij het kaderbesluit vooral aspecten van strafprocesrecht en kleine rechtshulp kan regelen.

Onder invloed van de Europese integratie is het economische en financiële recht volop in beweging. Die dynamiek wordt vrij snel vertaald in het economisch privaatrecht. De vertaling naar het bestuurlijk handhavingsrecht en naar het strafrecht wordt door regering en parlement teveel ervaren als een bedreiging van nationale soevereiniteit en nationale cultuur. Toch zou Nederland er beter aan doen te erkennen dat de regionale integratie en het daaraan gekoppeld gedeeld bestuur ook consequenties heeft voor de taak en positionering van de publieke rechtshandhaving in de Europese ruimte. Uit dat besef zou Nederland een strafrechtsbeleid voor de EU moeten ontwikkelen en voorstellen moeten doen om de Europese dimensie van het (economisch en financieel) strafrecht handen en voeten te geven.