

ANNOTATIE

# **Consob (HvJ EU, zaak C 481/19) – De zaak-Consob en de relevantie ervan voor het Nederlandse bestuursstrafrecht**

***B. van der Vorm***

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 02-02-2021, ECLI:EU:C:2021:84 (EHRC-2021-0058)*

## **Inleiding**

1. Het bestuursstrafrecht heeft sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw – mede onder invloed van de Europese Unie – sterk aan invloed gewonnen. Zo kan in dit verband worden gewezen op de voorgenomen introductie van de bestuurlijke boete ter handhaving van de Visserijwet, die vanuit ‘Europa’ wordt verlangd.[1] De bestuurlijke boete is – althans in Nederland – sinds de jaren negentig van de vorige eeuw vooral opgekomen als alternatief voor het strafrecht, omdat in het strafrecht sprake was van een handhavingstekort en de bestuurlijke boete efficiënter werd beschouwd dan de strafrechtelijke handhaving.[2] De bestuurlijke boete wordt namelijk opgelegd door het bestuursorgaan, waarna de overtreder (hoger)beroep kan instellen tegen het boetebesluit.[3] Vanuit strafrechtelijke hoek werd de opkomst van de bestuurlijke boete – als alternatief voor de strafrechtelijke handhaving – met argusogen bekeken, omdat de vrees bestond dat in het bestuursrecht niet dezelfde waarborgen konden worden geboden als in het strafrecht.[4] In hoeverre dit commentaar terecht was, laat ik hier in het midden, maar het valt niet te ontkennen dat, indien een bestuurlijke bestraffende sanctie wordt opgelegd, dezelfde set van waarborgen aan de overtreder moet worden geboden als de waarborgen in een strafrechtelijke procedure. Dit blijkt uit de bekende jurisprudentie van het EHRM over de ‘criminal charge’.[5] Het ‘criminal charge’-begrip heeft

volgens het EHRM een autonome betekenis, waardoor etikettenzwendel moet worden voorkomen. Met dit laatste wordt bedoeld dat lidstaten strafrechtelijke sancties als bestuurlijk aanmerken om zo de strafrechtelijke waarborgen te kunnen omzeilen.[6] Het Hof van Justitie sluit zich over de uitleg van het ‘criminal charge’-begrip aan bij de rechtspraak van het EHRM.[7] Dit betekent dat wanneer een bestuurlijke bestraffende sanctie wordt opgelegd, de strafrechtelijke waarborgen moeten worden geboden, die met name zijn te vinden in artikel 6 EVRM. Belangrijke waarborgen die de overtreder toekomen zijn het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel. Deze waarborgen staan centraal in de onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie.

## **De feiten**

2. De feiten in deze zaak zijn als volgt. In het geding tussen DB (zijnde een natuurlijke persoon) en de Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob, zijnde de nationale commissie voor het vennootschaps- en beurswezen in Italië[8]) is een verzoek om een prejudiciële beslissing gedaan, betreffende de wettigheid van sancties die aan DB zijn opgelegd wegens handel met voorwetenschap en de weigering om mee te werken aan een onderzoek door de Consob. Consob heeft in totaal drie bestuurlijke boetes opgelegd aan DB. Twee bestuurlijke boetes zijn opgelegd ter hoogte van € 200.000 en € 100.000 en één bestuurlijke boete van € 50.000. De eerste twee bestuurlijke boetes zijn opgelegd wegens de bestuursrechtelijke overtreding van handel met voorwetenschap[9] en de andere bestuurlijke boete van € 50.000 is opgelegd voor de bestuursrechtelijke overtreding, inhoudende dat de betrokkene eerst herhaaldelijk had verzocht om de datum van het verhoor te verzetten waarvoor hij was opgeroepen, en toen hij op dat verhoor was verschenen, had geweigerd om de hem gestelde vragen te beantwoorden.[10] De grondslag van deze Italiaanse bestuurlijke boetes vloeit voort uit het Unierecht, meer specifiek uit art. 14 lid 3 van de Richtlijn marktmisbruik en uit art. 30 lid 1, onder b van de Verordening marktmisbruik. Kort gesteld, blijkt uit deze bepalingen dat de lidstaten passende administratieve sancties moeten vaststellen, die moeten worden toegepast, indien geen medewerking wordt verleend aan een onderzoek naar marktmisbruik (art. 14 lid 3 Richtlijn marktmisbruik) en dat de lidstaten de bevoegdheid hebben om passende administratieve sancties te kunnen nemen, indien wordt geweigerd om aan het onderzoek mee te werken (art. 30 lid 1, onder b, Verordening marktmisbruik). De hoogste Italiaanse rechter ziet zich *in casu* gesteld voor een dilemma. Enerzijds bestaat het gevaar dat een ongrondwettigheid van de relevante Italiaanse bepalingen een strijd zou kunnen opleveren met het Unierecht. Anderzijds zou de uit het Unierecht afgeleide verplichting onverenigbaar kunnen zijn met de art. 47 en 48 Hv, namelijk het grondrecht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling, dat ook is gewaarborgd in artikel 6 EVRM.

### **De beantwoording van de prejudiciële vragen door het Hof van Justitie EU**

3. De eerste stap die het Hof van Justitie zet, is dat de waarborgen van artikel 47 en 48 van het Handvest corresponderen met de waarborgen die zijn neergelegd in artikel 6 EVRM.[11] Dit is een belangrijk element. Het Hof van Justitie geeft aan op welke wijze het zwijgrecht in de jurisprudentie van het EHRM wordt uitgelegd en stelt vast dat het zwijgrecht ook beperkingen kent: 'Het zwijgrecht kan echter niet als rechtvaardiging dienen voor elke weigering van samenwerking met de bevoegde autoriteiten, zoals de weigering om te verschijnen op een door deze autoriteiten geplande hoorzitting, noch voor verdragingsacties die ertoe strekken dat die hoorzitting wordt uitgesteld'. [12] Het is een belangrijke constatering dat het Hof van Justitie – wat de uitleg van het zwijgrecht betreft – aansluiting zoekt bij jurisprudentie van het EHRM.

4. De tweede stap die het Hof zet, betreft de vraag in hoeverre het zwijgrecht moet worden geëerbiedigd in procedures tot vaststelling van bestuursrechtelijke overtredingen. Hier legt het Hof van Justitie een verband met de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het EHRM over het 'criminal charge'-begrip.[13] *In casu* is reeds door de Italiaanse rechter vastgesteld dat (sommige van de door de Consob opgelegde) bestuurlijke boetes bestraffend van aard zijn. Het Hof van Justitie overweegt dat het zwijgrecht zich er onder andere tegen verzet 'dat een dergelijke persoon een sanctie wordt opgelegd voor zijn weigering om de bevoegde autoriteit krachtens richtlijn 2003/6 of verordening nr. 596/2014 antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is'. [14] Deze overweging sluit wederom aan bij jurisprudentie van het EHRM over het zwijgrecht.[15]

5. De derde stap van het Hof van Justitie is dat het onderzoekt in hoeverre art. 14 lid 3 Richtlijn marktmisbruik en art. 30 lid 1, onder b, Verordening marktmisbruik, verenigbaar zijn met het zwijgrecht uit de art. 47 en 48 Hv, 'voor zover zij niet vereisen dat een natuurlijke persoon een sanctie wordt opgelegd voor zijn weigering om de bevoegde autoriteit krachtens deze richtlijn of deze verordening antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is'. [16] Volgens het Hof van Justitie kan aan beide Uniebepalingen een met de art. 47 en 48 Hv conforme uitleg worden gegeven, 'volgens welke zij niet vereisen dat een natuurlijke persoon een sanctie wordt opgelegd voor zijn weigering om de bevoegde autoriteit antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is'. [17] Een dergelijke procedure zou immers een schending opleveren van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel, zoals dat voortvloeit uit art. 6 EVRM. Hiermee is dus wederom een relatie

gelegd met de uitleg van het zwijgrecht door het EHRM.

6. Een belangrijk gegeven in deze zaak is dat DB een natuurlijk persoon is. De kaarten zouden volgens het Hof van Justitie anders hebben gelegen, indien sprake was van (bestuursrechtelijke) procedures die kunnen leiden tot de oplegging van sancties aan ondernemingen en ondernemersverenigingen.[18] Dan zou het zwijgrecht niet van toepassing zijn geweest. Daarnaast kunnen ondernemingen, in het kader van een procedure tot vaststelling van een inbreuk op deze regels, worden verplicht alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis heeft, en om zo nodig de desbetreffende in haar bezit zijnde documenten over te leggen.[19] Ook dit sluit aan bij de uitleg van het zwijgrecht van het EHRM. Materiaal dat onafhankelijk van de eigen wil bestaat, zoals documenten, kunnen tegen de overtreder worden gebruikt en dit levert geen schending op van het *nemo tenetur*-beginsel.[20]

### **De betekenis van de uitspraak voor het Nederlandse bestuursstrafrecht**

7. De kern van deze uitspraak is daarmee dat een natuurlijk persoon tegen wie een administratief onderzoek wegens handel met voorwetenschap is ingesteld, het recht heeft om te zwijgen wanneer uit zijn antwoorden zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is.[21] Wat betekent deze uitspraak nu voor het Nederlandse bestuursstrafrecht? De eerste vraag die moet worden beantwoord, is hoe marktmisbruik in Nederland wordt aangepakt. Marktmisbruik als zodanig is niet verboden, maar dit geldt wel voor de drie verschijningsvormen ervan: handel met voorwetenschap, wederrechtelijke mededeling van voorwetenschap en marktmanipulatie. Nelemans geeft aan dat de verbodsbepalingen zijn opgenomen in de Verordening marktmisbruik, die rechtstreeks van toepassing zijn in het Nederlandse rechtsstelsel.[22] Deze verbodsbepalingen bevatten een aantal open normen die voor meerdere uitleg vatbaar kunnen zijn. Wanneer onzekerheid bestaat over de interpretatie ervan kunnen prejudiciële vragen worden gesteld aan het Hof van Justitie. De rol van het Hof van Justitie wordt naar de mening van Nelemans alleen maar groter, doordat de communautaire betekenis aan belang heeft gewonnen.[23] Dit betekent dat deze uitspraak van het Hof van Justitie ook voor Nederland van belang is. Hiermee is echter nog niets gezegd over de Nederlandse aanpak van marktmisbruik en handel met voorwetenschap in het bijzonder. De handel met voorwetenschap kan zowel bestuursrechtelijk – middels de oplegging van een bestuurlijke boete door de Autoriteit Financiële Markten – als strafrechtelijk worden afgedaan door het Openbaar Ministerie.[24] De bevoegdheid van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) om een bestuurlijke boete op te leggen berust op art. 1:80 Wet op het financieel toezicht.[25] Daarnaast is het verbod op handel met voorwetenschap ook een economisch delict, zie art. 1 onder 1° WED.[26]

Hoewel handel met voorwetenschap door de AFM in Nederland bestuursrechtelijk kan worden aangepakt, heeft Nederland geen bepaling, zoals het Italiaanse art. 187bis van de geconsolideerde tekst die in deze zaak centraal staat, met het opschrift 'Handel met voorwetenschap' en art. 187quindicies van de geconsolideerde tekst, met het opschrift 'Bescherming van de toezichtactiviteiten van de Consob'. Dit betekent overigens geenszins, zoals reeds opgemerkt, dat de onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie niet relevant is voor Nederland.

8. De tweede vraag die moet worden beantwoord, is hoe het zwijgrecht in het Nederlandse bestuursstrafrecht is geregeld. Het zwijgrecht is neergelegd in art. 5:10a Awb. Uit het eerste lid van deze bepaling blijkt dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. In de wetsgeschiedenis is aangegeven waar de bestuurlijke inlichtingenplicht ophoudt en het zwijgrecht begint. Het zwijgrecht is in ieder geval van toepassing vanaf het tijdstip dat kan worden gesproken van een 'criminal charge', zo blijkt uit de memorie van toelichting bij de Vierde Tranche van de Awb.[27] Concreet begint dit vanaf het tijdstip waarop de overtreder uit handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs kan afleiden dat hem een bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Het zwijgrecht geldt echter niet absoluut; een overtreder kan namelijk wel worden gedwongen om materiaal te overleggen dat onafhankelijk van zijn eigen wil bestaat, zoals documenten.[28] Vanwege art. 5:10a Awb doet zich de Italiaanse problematiek in Nederland niet voor. Het is evenwel – ook voor Nederland – goed om voor ogen te houden dat zowel art. 14 lid 3 Richtlijn marktmisbruik als art. 30 lid 1, onder b, Verordening marktmisbruik een met de art. 47 en 48 Hv conforme uitlegging kan worden gegeven. Die uitleg zou inhouden dat deze bepalingen niet vereisen dat een natuurlijke persoon een sanctie wordt opgelegd voor zijn weigering om de bevoegde autoriteit antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is.[29]

### **Tot slot**

9. De onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie is mijns inziens dus vooral van belang omdat het Hof met betrekking tot het zwijgrecht expliciet aansluiting zoekt bij de relevante jurisprudentie van het EHRM. Ook zal deze uitspraak van belang zijn voor lidstaten die vergelijkbare bepalingen kennen als de bestuurlijke boetebepalingen in Italië. Alles overziend heeft deze uitspraak van het Hof van Justitie voor Nederland naar mijn mening vooral een inprentingsfunctie. Het zwijgrecht voor het bestuursstrafrecht is namelijk al neergelegd in art. 5:10a Awb en deze uitspraak van het Hof van Justitie heeft derhalve geen gevolgen voor de Nederlandse situatie ten aanzien van de bestuursrechtelijke aanpak van de handel met

voorkennis.

Benny van der Vorm

Universitair docent straf(proces)recht, Universiteit Utrecht

[1] B. van der Vorm, 'De voorgenomen introductie van de bestuurlijke boete in de Visserijwet 1963', *TvS&O* 2020, p. 246-255.

[2] Zie o.m. F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie VU Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994. Inmiddels heeft het strafrecht een beweging gemaakt in de richting van de bestuurlijke boete door de mogelijkheid om (bestuurlijke) strafbeschikkingen uit te vaardigen.

[3] Afgezien van de mogelijkheid om een strafbeschikking uit te vaardigen, is de strafrechtelijke handhaving trager dan de bestuursrechtelijke handhaving, omdat in het strafrecht de sancties worden opgelegd door de strafrechter en niet door het Openbaar Ministerie.

[4] G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht* (afscheidsrede Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1995.

[5] EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978/223 (*Engel t. Nederland*).

[6] M.S. Groenhuijsen, 'Het alcoholslot op slot in het Nederlandse strafrecht en bestuursrecht', *DD* 2015, p. 335-342.

[7] *Bonda*, HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319; *Åkerberg Fransson*, HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280, par. 35.

[8] Vergelijkbaar met de Nederlandse Autoriteit Financiële Markten.

[9] Zie punt 14.

[10] Zie punt 15.

[11] Zie punt 37.

[12] Zie punt 41.

[13] Zie punt 42-43.

[14] Zie punt 45.

[15] Vgl. *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699.

[16] Zie punt 49.

[17] Zie punt 55.

[18] Zie punt 48.

[19] Zie punt 46.

[20] *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald.

[21] Zie punt 58.

[22] M. Nelemans, 'Marktmisbruik', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman & W.S. de Zanger (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland* (tweede druk), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 395.

[23] Nelemans 2019, p. 395.

[24] Zie de AFM brochure *Handel met voorwetenschap* (april 2019), p. 4, [www.afm.nl](http://www.afm.nl).

[25] R.M.I. Lamp, 'De Wet op het financieel toezicht', F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman & W.S. de Zanger (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland* (tweede druk), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 328 e.v.

[26] Lamp 2019, p. 341.

[27] *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 95.

[28] Dit volgt uit jurisprudentie van het EHRM. Zie o.m. *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald.

[29] Zie punt 55.